Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

Franke, M.E.

Citation
Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. *Meijers-reeks*. Boom juridisch. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3249631

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3249631

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Over de grens van de onrechtmatige daad

Over de grens van de onrechtmatige daad

Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op woensdag 12 januari 2022
klokke 16.15 uur

door

Mirjam Esther Franke

Promotoren:	prof.mr. A.G. Castermans prof.mr. J.H. Crijns
Promotiecommissie:	prof.mr. W.H. van Boom prof.mr. C.G. Breedveld-de Voogd prof.mr. M.A. Loth (Tilburg University) prof.dr. I.R.K. Samoy (KU Leuven)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2021 M.E. Franke | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-152-0
ISBN 978-90-8974-209-3 (e-book)
NUR 822

www.boomjuridisch.nl

Woord vooraf

'*Bekijk het eens van de andere kant!*' Die wijsheid geldt niet alleen in sociale relaties, maar is ook een aansporing die de jurist zou kunnen lezen in artikel 6:162 lid 2, slot. Het artikel geeft het centrale leerstuk van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht weer met de omschrijving van wat als onrechtmatige daad wordt aangemerkt. Aan de opsomming van de verschillende typen onrechtmatige daden is het slot toegevoegd: '*een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond*'. Met deze afsluiting is de deur naar de uitzondering op de kern van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wijd open gezet. Fascinatie voor de *escape* die hiermee werd ingebouwd in het aansprakelijkheidsrecht vormde de aanleiding tot deze studie. En daarbij verwondering over de wijze waarop de wetgever de uitzondering invoerde: met maar weinig duiding en onderbouwing, of onderzoek naar de gevolgen van de opgenomen uitzondering. Vanuit die verwondering is het onderzoek gestart, wat heeft geleid tot een tocht door het gehele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – dat steeds werd bezien vanuit de uitzondering op de regel. Deze start was in zekere zin ook bepalend voor de methodiek. Want zonder twijfel is de studie aftastend van aard in de zin die Van Dale aan het werkwoord onderzoeken geeft: 'pogingen of moeite doen om een zaak meer in bijzonderheden of in haar aard te leren kennen'.

Het onderzoek is, het volgt uit het voorgaande, niet begonnen met een scherpe probleemstelling. Dat wil niet zeggen dat het probleem niet eenvoudig zou kunnen worden gesteld, aansluitend bij de hierboven geciteerde wettelijke regeling: 1. wat is een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6:162 lid 2, slot en 2. hoe werkt zijn aanwezigheid door in de beoordeling van de als aanvankelijk onrechtmatig gekwalificeerde daad? Doel van het onderzoek was met het antwoord op die vragen naar het 'wat' en 'hoe' inzicht te krijgen in de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – en daarmee hopelijk ook in dat buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht zelf. Uit de hieronder te geven beschrijving van de opbouw van het boek volgt in welke subvragen de twee hoofdvragen zijn onderverdeeld, en hoe deze een plaats kregen binnen de structuur van het onderzoek.

Wat betreft de rechtsvergelijking is gekozen voor interne vergelijking – met het strafrecht, omdat dit rechtsgebied met zijn lange traditie van omgaan met en denken over rechtvaardigingsgronden voor de gedachtenvorming over het onderwerp een rijke bron van kennis en inspiratie vormde. Bij die keus speelde ook een rol het feit dat de wetsontwerper bij de introductie van de

rechtvaardigingsgrond in de eerste ontwerpen van het huidig BW vooral verwees naar de regeling in het strafrecht. Aan externe rechtsvergelijking is aandacht besteed waar dat nodig was ter verdieping of verheldering van het betoog, of om na te gaan of geen belangrijke rechtvaardigingen over het hoofd waren gezien. Verder is, waar mogelijk en met plezier, gebruik gemaakt van bronnen uit de rechtsgeschiedenis – op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en van rechtvaardigingen in het bijzonder.

Het eerste gedeelte van de studie biedt een verkenning van het onderzoeksterrein. Het begint met een *Begripsbepaling* in hoofdstuk 1. Daarin worden de verschillende soorten 'rechtmatige' daden beschreven, worden de begrippen rechtvaardiging en rechtvaardigingsgrond gedefinieerd en wordt de grens aangegeven met schulduitsluitingsgronden. In de civielrechtelijke begripsvorming over rechtvaardigingsgronden is veel ontleend aan het strafrecht. Dat roept de vraag op in hoeverre het mogelijk is strafrechtelijke leerstukken toe te passen in een civielrechtelijke context. Daarom vervolgt het eerste deel in hoofdstuk 2 met een vergelijking: *Strafrecht en burgerlijk recht*. Hierin wordt bezien in hoeverre en op welke wijze bij civielrechtelijk onderzoek naar rechtvaardigingen gebruik kan worden gemaakt van strafrechtelijke inzichten.

In het tweede gedeelte volgt een ordening van de stof. Daartoe worden de verschillende typen rechtvaardigingen beschreven en ingedeeld in categorieën. Als eerste komen aan bod die rechtvaardigingen die kunnen bewerkstelligen dat het voorlopige oordeel over de te beoordelen handeling verandert van 'onrechtmatig' in: 'rechtmatig'. Deze rechtvaardigingen worden besproken als *Volledige rechtvaardigingen*, in hoofdstuk 3. In het tweede hoofdstuk van dit deel volgt een inventarisatie van de rechtvaardigingen die tekortschieten om op zichzelf de zojuist beschreven omslag in de beoordeling van de handeling te veroorzaken. Het zijn *Onvolledige rechtvaardigingen*, die in hoofdstuk 4 behandeld worden. Ten slotte zijn er rechtvaardigingen die weliswaar kunnen bewerkstelligen dat de handeling als rechtmatig wordt aangemerkt, maar waarvan het voortbestaan afhankelijk is van een bepaalde voorwaarde. Deze worden als *Voorwaardelijke rechtvaardigingen* beschreven in het laatste hoofdstuk van dit deel: hoofdstuk 5.

Het derde deel is gewijd aan de beginselen van rechtvaardigingsgronden. Beginsel is hier op te vatten in de letterlijke zin van 'aanvang': de basisvoorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor ieder geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond. Een rechtvaardigingsgrond is een bevoegdheid schade toe te brengen. Met de te bespreken beginselen zijn bedoeld de eisen die gelden met betrekking tot de *uitoefening* van deze bevoegdheid. Het gaat dus om een toets van het handelen van degene die zich op een rechtvaardiging beroept. Als eerste komt daarbij in hoofdstuk 6 de strafrechtelijke *Culpa in causa*-gedachte aan de orde: een beroep op een rechtvaardigingsgrond komt niet toe aan diegene die zichzelf heeft gebracht in de te rechtvaardigen toestand. Van deze eis wordt eerst de strafrechtelijke achtergrond belicht, om vervolgens

na te gaan wat de civielrechtelijke betekenis van het vereiste zou kunnen zijn. In hoofdstuk 7 worden behandeld de eisen van *Proportionaliteit* (er moet een redelijke doel/middel-verhouding bestaan) en *Subsidiariteit* (een betere mogelijkheid om het doel te bereiken mag niet onbenut worden gelaten). Nagegaan wordt hoe deze voorwaarden zijn uitgewerkt in het strafrecht, in hoeverre ze gelden voor rechtvaardigingsgronden in het burgerlijk recht en wat ze ons kunnen leren in verband met de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm.

Dan wordt de aandacht gericht op de *inhoud* van de rechtvaardiging. Daartoe wordt de plaats van de rechtvaardiging in het vierde gedeelte van het boek bezien in het licht van de eisen van artikel 6:162 en 163. In hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*) staat centraal de verhouding tussen normschending en rechtvaardiging. Het onderzoek richt zich op de werking van rechtvaardigingen. Besproken wordt welke rol rechtvaardigingen en andere mogelijke verweren spelen bij de beoordeling van de eventuele onrechtmatigheid van een handeling. Daarbij worden twee manieren van rechtvaardigen vergeleken: de synthetiserende en analyserende. In het volgende hoofdstuk van dit gedeelte (hoofdstuk 9, *Schuld*) wordt de relatie tussen rechtvaardiging en schulduitsluiting onderzocht. Traditioneel worden in burgerlijk recht en strafrecht naast rechtvaardigingsgronden ook schulduitsluitingsgronden onderscheiden. Sinds de invoering van het huidig Burgerlijk Wetboek is het civielrechtelijke begrip 'schuld' echter sterk veranderd. Dat gegeven moet gevolgen hebben voor het begrip schulduitsluitingsgrond. Bezien wordt in hoeverre dit type gronden, althans in het civiele recht, nog bestaansrecht heeft. Het laatste hoofdstuk in dit deel (hoofdstuk 10, *Relativiteit*) is gewijd aan de beschermingsomvang van de rechtvaardiging. In dit hoofdstuk wordt de stelling verdedigd dat de rechtvaardiging, net als haar spiegelbeeld de onrechtmatige daad, relatief van aard is. Zij strekt slechts tot bescherming van bepaalde soorten belangen, van bepaalde personen, tegen bepaalde soorten schade. Die stelling wordt uitgewerkt aan de hand van de klassieke rechtvaardigingsgronden.

Het vijfde en laatste deel van de studie behandelt de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging of rechtvaardigingsgrond. Die gevolgen betreffen allereerst de handeling zelf. In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) wordt besproken welk gevolg de aanwezigheid van de verschillende typen rechtvaardiging heeft voor de beoordeling van het eventueel onrechtmatige karakter van de handeling. Verder heeft de aanwezigheid van een rechtvaardiging invloed op de beoordeling van het bestaan en de omvang van een eventuele schadevergoedingsverplichting. Hieraan wordt aandacht besteed in het laatste hoofdstuk van dit boek: hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

Tot slot een opmerking van meer persoonlijke aard. De ontstaansgeschiedenis van deze studie is ongebruikelijk lang geweest. Zo lang dat mijn oorspronkelijke promotor Hans Nieuwenhuis de voltooiing niet meer heeft kunnen meemaken. Dat laatste betreur ik diep. Het boek draag ik aan Hans op.

Verkorte inhoudsopgave

WOORD VOORAF v

DEEL I TERREINVERKENNING 1
1. Begripsbepaling 3
2. Strafrecht en burgerlijk recht 33

DEEL II ORDENING 85
3. De volledige rechtvaardiging 87
4. De onvolledige rechtvaardiging 149
5. De voorwaardelijke rechtvaardiging 173

DEEL III BEGINSELEN 197
6. *Culpa in causa* 199
7. Proportionaliteit en subsidiariteit 245

DEEL IV INHOUD 307
8. Onrechtmatigheid 309
9. Schuld 353
10. Relativiteit 403

DEEL V RECHTSGEVOLGEN 447
11. Invloed op oordeel handeling 449
12. Invloed op oordeel vergoedingsplicht 495

AFRONDING EN SAMENVATTING 551
SUMMARY 575
RECHTSPRAAKREGISTER 579
VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR 601
TREFWOORDENREGISTER 623
CURRICULUM VITAE 629

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF v

DEEL I: TERREINVERKENNING 1

1 BEGRIPSBEPALING 3
1.1 Onderwerp en benadering ervan 3
1.1.1 Het onderwerp 3
1.1.2 Kijken met je nachtoog 5
1.2 De olifant van Hart 7
1.2.1 Het nut van een definitie 7
1.2.2 Normschending in abstracto en normschending in concreto 8
1.2.3 Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging 9
1.2.4 De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging 11
1.2.5 De contouren komen in zicht 12
1.2.6 Niet-onrechtmatig, of: rechtmatig? 13
1.3 Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad 14
1.4 Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie 14
1.4.1 Inleiding 14
1.4.2 Type 1: geen schade; juiste belangenafweging. De rechtmatige daad 15
1.4.3 Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad 16
1.4.4 Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid 18
1.4.5 Type 3b: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. De niet-onrechtmatige daad 20
1.4.6 Type 4: wel schade; onjuiste belangenafweging. De onrechtmatige daad 21
1.4.7 Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig 21
1.4.8 Bijstelling definitie 22
1.5 Definitie en implicaties 23
1.5.1 Uitwerking van de definitie 23
1.5.2 Niet bij risicoaansprakelijkheid? 23
1.5.3 Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging 24
1.5.4 Rechtvaardiging ten tijde van de handeling 25
1.5.5 Geen putatieve rechtvaardiging 25
1.5.6 Geen schadevergoeding op grond van artikel 6:162 27

1.5.7 Rechtvaardiging en rechtvaardigingsgrond 27
1.5.8 De betrokken partijen 28
1.6 Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld 30
1.6.1 Plaatsbepaling 30
1.6.2 Het karakter van rechtvaardiging en schulduitsluiting 30
1.6.3 Het belang van rechtvaardiging en schulduitsluiting 31
1.7 Tot slot 32

2 Strafrecht en burgerlijk recht 33
2.1 Inleiding 33
2.1.1 Rechtvaardigingsgronden in de parlementaire geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek 33
2.1.2 Het strafrecht en de civielrechtelijke begripsvorming 35
2.1.3 Vorm of norm? 38
2.1.4 Doel en functie 39
2.1.5 Recht: doel, werking en middel; gelaagde structuur 39
2.1.6 Focus op het onderzoeksgebied 40
2.2 Straf- en civielrecht: ordeningssystemen 41
2.2.1 Doel van het recht: openbare en particuliere belangenbescherming 41
2.2.2 De grens tussen publiek- en privaatrecht? 42
2.2.3 Doel van het middel: straffen en herstellen 43
2.2.4 Uitwerking 1: de verhouding tussen de procespartijen 46
2.2.5 Uitwerking 2: debatstructuur en bewijslast 51
2.2.6 Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades 56
2.2.7 Tussenconclusie I 58
2.3 Overgang van ordening naar normering: over de werking van het recht 59
2.3.1 Functie van recht en middel: inleiding 59
2.3.2 Strafrecht: functies van straf 59
2.3.3 Van Veen: het verband tussen de aard van het delict en de functie van straf 60
2.3.4 Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen 61
2.3.4.1 Schadevergoeding: compensatie, schadespreiding en preventie 61
2.3.4.2 Schadevergoeding en risicoallocatie 61
2.3.4.3 Schadevergoeding en genoegdoening 63
2.3.4.4 Schadevergoeding en bestraffing 66
2.3.4.5 Van de functies in het algemeen naar de verschillende typen aansprakelijkheid 68
2.3.5 Functies van schadevergoeding bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad 68
2.3.6 Functies van schadevergoeding bij risicoaansprakelijkheid 70
2.3.7 Functies van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid 70
2.3.8 Tussenconclusie II 72

2.4 Straf- en civielrecht: normen bij schuldaansprakelijkheid 74
2.4.1 Onrechtmatigheid en rechtvaardiging 74
2.4.2 Grondslag van straf- en civielrechtelijke aansprakelijkheid 74
2.4.3 Toepassingsgebied van rechtvaardigingsgronden 75
2.4.4 Doel en functie van rechtvaardigingsgronden 76
2.4.5 Inhoud van rechtvaardigingsgronden 76
2.4.6 Gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond 77
2.4.7 Tussenconclusie III 78
2.5 Afsluiting 79
2.5.1 Disharmonie of convergentie? 79
2.5.2 Samenvatting van de bevindingen in dit hoofdstuk 81

DEEL II: ORDENING 85

3 DE VOLLEDIGE RECHTVAARDIGING 87
3.1 Inleiding 87
3.1.1 De volledige rechtvaardiging 87
3.1.2 De Toelichting Meijers 87
3.1.3 Kritiek van de Raad van State 88
3.1.4 Verwerping van de kritiek door het driemanschap 90
3.1.5 Conclusie en overgang naar wat volgt 90
3.2 Het strafrechtelijk systeem 91
3.2.1 De Memorie van Toelichting 91
3.2.2 Rechtvaardiging en schulduitsluiting 92
3.3 Overmacht: een civielrechtelijke kwalificatiefout 93
3.3.1 Artikel 40 Sr 93
3.3.2 Verschillende typen overmacht 93
3.3.3 Civiel: geen rechtvaardiging, maar schulduitsluiting 94
3.4 Noodweer 95
3.4.1 Inleiding 95
3.4.2 Artikel 41 lid 1 Sr 96
3.4.3 Voorwaarden 97
3.4.4 Een kortere omschrijving? 100
3.4.5 Een extra vereiste: alleen tegen veroorzaker gevaar? 101
3.4.6 Tot slot: noodweerexces 102
3.5 Wettelijk voorschrift of bevoegdheid 103
3.5.1 Inleiding 103
3.5.2 Artikel 42 Sr 104
3.5.3 Voorschrift en bevoegdheid 104
3.5.4 Het nut van de bepaling 105
3.5.5 Voorwaarden 107
3.6 Ambtelijk bevel 107
3.6.1 Inleiding 107
3.6.2 Verhouding tot wettelijke plicht 108
3.6.3 Artikel 43 lid 1 Sr 108
3.6.4 Voorwaarden 109
3.6.5 Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel 109

3.7 Noodtoestand 111
3.7.1 Inleiding 111
3.7.2 Karakterisering 112
3.7.3 De weging van de belangen: gekozen voor gelijk of geringer belang 113
3.7.4 Beoordelingsmoment belangenafweging 115
3.8 Terzijde 115
3.8.1 Parallel met PETL 115
3.8.2 Artikel 6:162 gespiegeld 116
3.9 Toestemming: eveneens een civielrechtelijke kwalificatiefout 118
3.9.1 Inleiding 118
3.9.2 Omstandigheid niet aan de zijde van de handelende 119
3.9.3 Toestemming *voorkomt* onrechtmatigheid 119
3.9.4 Conclusie: toestemming is geen rechtvaardiging 122
3.10 Zaakwaarneming 122
3.10.1 Belangenbehartiging 122
3.10.2 Redelijke grond 123
3.10.3 Afronding 126
3.11 Tussentijds concluderend 127
3.11.1 Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang 127
3.11.2 Terugblik op Parlementaire Geschiedenis en overgang naar wat volgt 130
3.12 Andere rechtvaardigingen in het Nederlandse civielrecht? 130
3.12.1 Verspreide rechtvaardigingen 130
3.12.2 Argumenten ontleend aan het systeem van het burgerlijk recht? 131
3.12.3 Wettelijke bevoegdheid, toestemming en zaakwaarneming 131
3.12.4 Handelen in het algemeen belang en aanbieden van schadevergoeding 132
3.12.5 Andere rechtvaardigingsgronden? 133
3.12.6 Conclusie 135
3.13 Andere rechtvaardigingen in het niet-Nederlandse civielrecht? 135
3.13.1 Inleiding 135
3.13.2 België 135
3.13.3 Frankrijk 137
3.13.4 Duitsland 138
3.13.5 Anglo-Amerikaanse systemen 139
3.13.6 PETL 139
3.13.7 DCFR 142
3.13.8 Conclusie 142
3.14 Andere rechtvaardigingsgronden in het strafrecht 142
3.14.1 Inleiding 142
3.14.2 Ontbreken materiele wederrechtelijkheid/zorgvuldigheid als rechtvaardiging 143
3.14.3 Persoonlijke hoedanigheden 145
3.14.4 Verzetsrecht 146

3.14.5 Vergunningen/ontheffingen 146
3.14.6 Conclusie 147
3.15 Conclusie 147

4 DE ONVOLLEDIGE RECHTVAARDIGING 149
4.1 Twee typen onvolledigheid 149
4.1.1 Inleiding 149
4.1.2 Mislukt beroep op een toereikende, volledige, rechtvaardiging 149
4.1.3 Geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige, rechtvaardiging 150
4.1.4 De onvolledige rechtvaardiging en de aard van de vordering 151
4.2 Welke rechtvaardigingen? 153
4.2.1 Het uitoefenen van een bevoegdheid 153
4.2.2 Bevoegdheden in de private sfeer 153
4.2.3 Bevoegdheden in de (semi-)publieke sfeer 154
4.2.4 Het spanningsveld: de bevoegdheid van de handelende en de belangen van de benadeelde 154
4.2.5 Het lange verhaal van Sporrong en Lönnroth 155
4.2.6 Op zoek naar de balans 157
4.3 Dogmatische onderbouwing 157
4.3.1 Een oude discussie 157
4.3.2 Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording 158
4.3.3 Drion: het complex van handeling en schadevergoeding 159
4.3.4 Bloembergen c.s.: bevoegd, dus rechtmatig 161
4.3.5 Einde discussie? 163
4.4 Verwerping van de visie van Bloembergen c.s. 165
4.4.1 Vooraf 165
4.4.2 Wat maakt het uit? 165
4.4.3 Het procedurele belang van het onderscheid 166
4.4.4 Het belang van het onderscheid in verband met de hoogte van de schadevergoeding 166
4.4.5 Het manco, bezien vanuit de rechtvaardiging 167
4.4.6 Het manco, bezien vanuit de normschending 167
4.4.7 Conclusie 169
4.5 De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht 169
4.5.1 Inleiding 169
4.5.2 Hoe de ontoereikende rechtvaardiging aan te vullen? 170
4.5.3 Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht? 171
4.6 Conclusie en slot 172

5 DE VOORWAARDELIJKE RECHTVAARDIGING 173
5.1 Vooraf 173
5.1.1 Bevoegdheid en onzekerheid 173
5.1.2 Enkele voorbeelden 173

5.1.3 Verschil met de onvolledige rechtvaardiging 175
5.1.4 Schuld en toerekening? 175
5.1.5 Onrechtmatigheid? 176
5.2 Grondslag van de aansprakelijkheid 176
5.2.1 Inleiding 176
5.2.2 Rechtmatige daad 177
5.2.3 Risicoaansprakelijkheid 179
5.2.4 Onrechtmatige daad 181
5.3 Onrechtmatigheid: dogmatische onderbouwing 182
5.3.1 De bevoegdheid en de onrechtmatigheid 182
5.3.2 Handelen zonder recht of titel 183
5.3.3 De variërende status van de rechtsbetrekking 184
5.3.4 De voorwaardelijke bevoegdheid 189
5.4 De voorwaardelijke rechtvaardiging nader beschouwd 189
5.4.1 De aard van de voorwaarde 189
5.4.2 Gevolg van de voorwaardelijkheid 190
5.4.3 Een bijzondere toepassing: strafvorderlijk optreden 191
5.5 Slot 195

DEEL III: BEGINSELEN 197

6 *Culpa in causa* 199
6.1 Het probleem 199
6.2 Terminologie 201
6.2.1 Geen omschrijving in het Wetboek van Strafrecht 201
6.2.2 *Actio libera in causa* 202
6.2.3 Eigen schuld 203
6.2.4 Anterieure verwijtbaarheid 203
6.2.5 *In pari delicto, clean hands* en dergelijke 204
6.2.6 *Culpa in causa* 205
6.3 Twee benaderingen in het strafrecht 206
6.3.1 Ter inleiding 206
6.3.2 Uitgangspunt van Strijards: het verwijt 207
6.3.3 Beoordeling visie-Strijards 209
6.3.4 Uitgangspunt van 't Hart: de rechtvaardigingsgrond 210
6.3.5 Beoordeling visie-'t Hart 211
6.3.6 De middenweg: verwijt *en* rechtvaardiging 212
6.3.7 Samenvattend over strafrecht 214
6.4 Civielrechtelijke benadering 215
6.4.1 *Culpa in causa* in het civiele recht 215
6.4.2 Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh 216
6.4.3 Beoordeling visie-Sieburgh 217
6.4.4 *Culpa in causa* en risicoaanvaarding 219
6.4.5 Parallel tussen leer-Strijards/Sieburgh en vroegere kijk op risicoaanvaarding 221
6.4.6 Huidige visie op risicoaanvaarding 222

6.4.7 Toepassing op *culpa in causa* 223
6.4.8 Orde van het verdere betoog 223
6.5 Corrigerende werking van *culpa in causa* in het burgerlijk recht, algemeen 224
6.5.1 Inleiding 224
6.5.2 Over de methode: de verkering van het oordeel 224
6.5.3 De wisselwerking tussen verwijt en rechtvaardiging 225
6.6 Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel 226
6.6.1 Inleiding 226
6.6.2 Anterieure onrechtmatigheid 226
6.6.3 Geen voorafgaande onrechtmatige daad 228
6.6.4 Uitleg rechtvaardigingsgrond 230
6.6.5 Subsidiariteit 231
6.6.6 Relativiteit 232
6.6.7 De rol van de rechtvaardiging; correctie-Langemeijer 233
6.6.8 Relativiteit en uitlokking 234
6.7 Correctie via de vergoedingsplicht 237
6.7.1 Inleiding 237
6.7.2 Causaal verband 237
6.7.3 Eigen schuld 239
6.7.4 Eigen schuld en uitlokking 240
6.7.5 Matiging 242
6.8 Conclusie 243

7 PROPORTIONALITEIT EN SUBSIDIARITEIT 245
7.1 Proportionaliteit, subsidiariteit en rechtvaardiging 245
7.1.1 Inleiding 245
7.1.2 Onderscheiden, niet: scheiden 247
7.1.3 De gebruikte begrippen 248
7.2 Proportionaliteit en rechtvaardiging 249
7.2.1 Inleiding: het talio-beginsel 249
7.2.2 Doel/middel. Factoren, inleiding 251
7.2.3 Doeltoets: het nagestreefde belang 251
7.2.4 Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar 253
7.2.5 Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel 253
7.2.6 Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel 256
7.2.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging 258
7.2.8 Conclusie 259
7.3 Subsidiariteit en rechtvaardiging 260
7.3.1 Ter inleiding: de rover bij Justinianus 260
7.3.2 Middel/andere middelen. Factoren, inleiding 261
7.3.3 Alternatief middel: minder schadelijk middel 261
7.3.4 Alternatief middel: wettig middel 262
7.3.5 Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten 264
7.3.6 Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten 266
7.3.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging 267
7.3.8 Conclusie 267

7.4 Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid 268
7.4.1 Terug naar het begin: het nachtoog 268
7.4.2 Belangenafweging en gevaarzetting 269
7.4.3 De strafrechtelijke beginselen opnieuw bezien 270
7.5 Proportionaliteit en zorgvuldigheid 272
7.5.1 Inleiding 272
7.5.2 Variaties met het doel van de activiteit 272
7.5.2.1 Uiteenzetting toets: het Halcion-arrest 272
7.5.2.2 Handeling zonder rechtvaardigend doel 274
7.5.2.3 Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang 275
7.5.2.4 Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst 276
7.5.2.5 Handeling in het belang van een ander: altruïsme 278
7.5.2.6 Conclusie met betrekking tot het doel 279
7.5.3 Variaties met het gebruikte middel 279
7.5.3.1 Uiteenzetting toets 279
7.5.3.2 Een gevaarlijk middel 280
7.5.3.3 Een anderszins schadelijk middel 280
7.5.3.4 Een onbehoorlijk middel 282
7.5.3.5 Een juist middel, onjuist toegepast: wederom sport en spel 283
7.5.3.6 Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel 284
7.5.4 Tot slot: gebrek in doel of middel: misbruik van bevoegdheid 284
7.5.5 Conclusie met betrekking tot proportionaliteit 285
7.6 Subsidiariteit en zorgvuldigheid 285
7.6.1 Vooraf: subsidiariteit, heuristiek en legitimatie 285
7.6.2 Een standaardcasus: de Meppelse ree 286
7.6.3 Twee andere toepassingen: artikel 6:174 en 6:162 287
7.6.4 Waarschuwings- en informatieplichten 290
7.6.5 Onderzoeksplichten 291
7.6.6 Andere maatregelen om de schade te voorkomen 292
7.6.7 De aard en ernst van de schade 294
7.6.8 De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade 295
7.6.9 Toepassing op nalaten 296
7.6.10 Conclusie met betrekking tot subsidiariteit 297
7.7 Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid. Afronding 297
7.7.1 Inleiding 297
7.7.2 De aard van de overtreden norm 298
7.7.3 *Margin of appreciation* 301
7.7.4 Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen 302
7.7.5 Concluderend over proportionaliteit en subsidiariteit 303
7.7.6 Overgang naar wat volgt 304

DEEL IV: INHOUD 307

8 ONRECHTMATIGHEID 309
8.1 Normschending en rechtvaardiging 309
8.2 Twee methoden van rechtvaardigen 309
8.2.1 Regel en uitzondering 309
8.2.2 Multi-factorbenadering 311
8.2.3 Twee methoden: analyse en synthese 311
8.3 De analyserende methode 312
8.3.1 Van Rome … 312
8.3.2 … tot Rome 314
8.3.3 De toets: duaal, sturend, van abstract naar concreet 316
8.3.3.1 Duale structuur 316
8.3.3.2 Sturende norm 319
8.3.3.3 Van abstract naar concreet 319
8.3.4 Het belang van het voorlopige oordeel: het verhaal van koning Salomo 320
8.3.5 De relativiteit van rechten en plichten 321
8.4 De synthetiserende methode 323
8.4.1 De leer-Smits 323
8.4.2 De toets: overkoepelend, open en concreet 325
8.4.2.1 Overkoepelend 325
8.4.2.2 Open 328
8.4.2.3 Concreet 329
8.4.3 Smits en de postmoderne tijdgeest 330
8.5 Naar een beter begrip van het probleem. Recht vinden 331
8.6 Theoretische benadering: het nut van rechtsregels 333
8.6.1 Vooraf: gedragsbeïnvloeding of geschillenbeslechting 333
8.6.2 De functie van de rechtsregel bij geschillenbeslechting 335
8.6.3 Situeringsfunctie; de legitimerende kracht 335
8.6.4 Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel 338
8.6.5 Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen 340
8.6.6 Richtinggevende functie; de sturende kracht 342
8.6.7 Kapstokfunctie; de heuristische kracht 345
8.6.8 Dialectische functie; de dynamiek van de methode 348
8.6.9 De corrigerende werking van de uitzondering 349
8.7 Conclusie en overgang naar wat volgt 350

9 SCHULD 353
9.1 Koning Oedipus 353
9.2 Enkele grensproblemen 354
9.2.1 Rechtvaardiging en schulduitsluiting 354
9.2.2 Burgerlijk recht en strafrecht 356
9.2.3 Schuld en toerekening 357
9.3 Methode 358

9.4 Daderschap 359
9.4.1 Causaliteit en schuld 359
9.4.2 Daderschap in het strafrecht 360
9.4.3 Daderschap in het civielrecht 360
9.4.4 Het handelingsbegrip 362
9.4.4.1 Inleiding 362
9.4.4.2 De wilshandeling 362
9.4.4.3 De mogelijkheid om te willen 363
9.4.4.4 De normatieve benadering 364
9.4.5 Object van externe krachten/instrument 364
9.4.5.1 De gedwongen handeling 364
9.4.5.2 De Toelichting Meijers bij artikel 6:179 365
9.4.5.3 Toepassing op schuldaansprakelijkheid 366
9.4.5.4 Het verband met absolute overmacht 367
9.4.6 Conclusie 368
9.5 Onrechtmatigheid 368
9.5.1 Algemeen 368
9.5.2 Betekenis voor het onderzoek 369
9.5.3 Conclusie 369
9.6 *Culpa* 369
9.6.1 Als synoniem voor *iniuria* 369
9.6.2 Als tegenstelling tot *dolus* 370
9.6.3 Als tegenstelling tot *casus* 372
9.6.4 Conclusie 375
9.7 Vermijdbaarheid 376
9.7.1 Schuld in de zin van verwijtbaarheid? 376
9.7.2 Schuld in de zin van vermijdbaarheid 377
9.7.3 Kennen 378
9.7.3.1 Kenbaarheid van de norm 378
9.7.3.2 Interne belemmeringen voor kennis van de norm 379
9.7.3.3 Externe belemmeringen voor kennis van de norm 380
9.7.3.4 Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt 381
9.7.4 Kunnen 382
9.7.4.1 De mogelijkheid zich normconform te gedragen 382
9.7.4.2 Een bijzonder probleem: overmacht 382
9.7.4.3 Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen 384
9.7.5 Conclusie 384
9.7.6 Overgang naar wat volgt: waar de wegen van strafrecht en burgerlijk recht scheiden 384
9.8 Toerekening 385
9.8.1 De noodzakelijke laatste toets 385
9.8.2 De dialectiek van onrechtmatigheid, schuld en toerekening 386
9.8.3 Toerekening op grond van de wet 386
9.8.4 Toerekening op grond van de verkeersopvattingen 388
9.8.5 Een speciale rubriek: psychische overmacht 391
9.8.6 Het royale karakter van toerekening 395

9.8.7 Terug naar de besproken schulduitsluitingsgronden 396
9.8.7.1 Inleiding 396
9.8.7.2 In verband met de kennis van de norm 396
9.8.7.3 In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen 397
9.8.7.4 Samenvattend: geen schuld, toch toerekening 399
9.8.8 Conclusie 400
9.9 Het zinledige begrip schulduitsluiting 401

10 RELATIVITEIT 403
10.1 Rechtvaardiging en relativiteit 403
10.1.1 Inleiding 403
10.1.2 Relativiteit van de rechtvaardiging in verschillende rechtssferen 403
10.1.3 Relativiteit van de werking van de rechtvaardiging 404
10.1.4 Relativiteit van de rechtvaardiging zelf 406
10.1.5 Ter illustratie: een Duitse controverse 407
10.2 De relativiteit van de rechtvaardiging: begripsbepaling 409
10.2.1 Strekking van de norm en van de rechtvaardiging 409
10.2.2 Twee typen relativiteit 410
10.2.3 Consequentie voor de afbakening van het onderzoeksterrein 411
10.2.4 Drie soorten beschermingsbereik 414
10.2.5 Koppeling met de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162 415
10.2.6 Verband met de voorgaande delen van het onderzoek 415
10.3 Noodweer 417
10.3.1 Algemeen 417
10.3.2 Kring van personen 417
10.3.3 Soort schade 419
10.3.4 Wijze van ontstaan van de schade 420
10.3.4.1 Niet-onmiddellijke verdediging 421
10.3.4.2 Ongeoorloofde wijze van verdedigen 422
10.3.4.3 De uitgelokte aanval 424
10.4 Wettelijk voorschrift en wettelijke bevoegdheid 425
10.4.1 Algemeen 425
10.4.2 Botsing tussen wettelijk plicht en de strekking van de wet 426
10.4.3 Kring van personen 427
10.4.4 Soort schade 428
10.4.5 Wijze van ontstaan van de schade 429
10.4.5.1 Gevaarlijke wijze van uitvoering 429
10.4.5.2 Onzorgvuldige wijze van uitvoering 430
10.4.5.3 Misbruik van bevoegdheid 431
10.5 Noodtoestand 431
10.5.1 Algemeen 431
10.5.2 Kring van personen 432
10.5.3 Soort schade 432
10.5.4 Wijze van ontstaan van de schade 433
10.5.4.1 Duur van de noodtoestand 433

10.5.4.2 Gebruik van ongeoorloofd middel 434
10.5.4.3 Onjuist gebruik van een geoorloofd middel 435
10.6 Zaakwaarneming 436
10.6.1 Algemeen 436
10.6.2 Kring van personen 437
10.6.3 Soort schade 438
10.6.4 Wijze van ontstaan van de schade 439
10.6.5 Tot slot 441
10.7 Correctie-Langemeijer 442
10.7.1 De correctie 442
10.7.2 Toepassing in geval van rechtvaardigingen 443
10.8 Conclusie 445

DEEL V: RECHTSGEVOLGEN 447

11 INVLOED OP OORDEEL HANDELING 449
11.1 Een argumentatiemodel 449
11.1.1 Naar een praktische benadering 449
11.1.2 Een 'nieuwe logische theorie van regeltoepassing'?, Hart en Toulmin 449
11.1.3 Twee wijzen van argumenteren 451
11.1.4 Het model van Toulmin: aard van de methode 453
11.1.5 De elementen van het model: feit, grond en claim 454
11.1.6 Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduider 454
11.1.7 Verfijning van het model: de contraweerlegging 456
11.1.8 Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers 457
11.1.9 Tot slot 459
11.2 Nadere beschouwing 459
11.2.1 De samenhang tussen grond en ondersteuning 459
11.2.2 De samenhang tussen grond en weerlegging 464
11.2.2.1 Inleiding 464
11.2.2.2 Grond en rechtvaardiging 465
11.2.2.3 Grond en kenbaarheid 467
11.2.2.4 Grond en relativiteit 468
11.2.3 Een bijzonder probleem: gelijkwaardigheid grond en weerlegging 469
11.2.4 De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging 470
11.2.5 De samenhang tussen grond, weerlegging en claim 471
11.3 Aanvulling op het model 472
11.3.1 Samenvatting van het voorgaande 472
11.3.2 Wat aanvulling behoeft 472
11.3.3 De verschillende domeinen: processuele dimensie 473
11.3.4 Afronding en overgang naar wat volgt 474
11.4 Focus op de weerlegging: de ingeroepen rechtvaardiging 475
11.4.1 De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging 475

11.4.2 De volledige rechtvaardiging 475
11.4.3 De onvolledige rechtvaardiging 476
11.4.4 De voorwaardelijke rechtvaardiging 477
11.4.5 Conclusie 477
11.5 Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging 478
11.5.1 Inleiding 478
11.5.2 De noodzaak snel op te treden 479
11.5.3 De niet zelf veroorzaakte situatie 480
11.5.4 Dikwijls gehandeld ten behoeve van een derde 481
11.5.5 De correctie-Langemeijer 482
11.5.6 *Margin of appreciation* 482
11.6 Focus op de contraweerlegging van de rechtvaardiging 483
11.6.1 De toets van het gehanteerde middel 483
11.6.2 De rol van het voorafgaand handelen 484
11.6.3 Proportionaliteit en subsidiariteit 487
11.6.4 Relativiteit 489
11.7 Terugblik, samenvatting en overgang naar wat volgt 490
11.7.1 Geschilbeslechting, Toulmin en PETL 490
11.7.2 Samenvattend 492

12 INVLOED OP OORDEEL VERGOEDINGSPLICHT 495
12.1 Inleiding 495
12.1.1 Het 'onafwendbare' gevolg: geen schadevergoeding 495
12.1.2 Relativering van het uitgangspunt 495
12.1.3 Over de terminologie 496
12.2 De betrokken partijen 497
12.2.1 Vier aspecten 497
12.2.2 Vier rollen 497
12.2.3 De veroorzaker 498
12.2.4 De handelende 499
12.2.5 De belanghebbende 500
12.2.6 De benadeelde 500
12.2.7 Variaties op het schema: veelvoud en samenval 501
12.2.8 Veelvoud van betrokkenen in een rol 501
12.2.9 Samenval van rollen in een betrokkene 501
12.3 Grondslag van de vergoedingsplicht 503
12.3.1 Inleiding 503
12.3.2 Billijkheid 503
12.3.3 Onrechtmatige daad 504
12.3.3.1 Van de veroorzaker 504
12.3.3.2 Van de handelende 505
12.3.4 Ongerechtvaardigde verrijking 507
12.3.5 Zaakwaarneming 511
12.3.6 *Egalité* 513
12.3.7 Misbruik van bevoegdheid? 514
12.3.8 Conclusie 514

12.4 Andere grondslagen? De vijf casus van Sieburgh 515
12.4.1 Inleiding 515
12.4.2 Redding uit een brandend huis 517
12.4.3 Verduistering van een tapijt ten behoeve van onderduikers 519
12.4.4 De ijswandelaar 521
12.4.5 Uitsmijter 522
12.4.6 Schade door huiszoeking 524
12.4.7 Conclusie 525
12.5 Omvang van de vergoedingsplicht: welke omstandigheden spelen een rol? 252
12.5.1 Allereerst: de rechtvaardigende omstandigheden zelf 525
12.5.2 Terug naar de beginselen 527
12.5.3 Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling 527
12.5.4 Het gediende en het geschonden belang 528
12.5.5 Relativiteit: strekking van de rechtvaardiging 530
12.5.6 Conclusie 531
12.6 Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten 531
12.6.1 Inleiding 531
12.6.2 Toerekening op grond van artikel 6:98 533
12.6.2.1 Algemeen 533
12.6.2.2 Aard aansprakelijkheid 533
12.6.2.3 Aard normschendende gedraging 534
12.6.2.4 Terug naar proportionaliteit en subsidiariteit 536
12.6.3 Eigen schuld in de zin van artikel 6:101 538
12.6.3.1 Eigen schuld, algemeen 538
12.6.3.2 De schadevergoedingseis *tegen* de handelende 539
12.6.3.3 De schadevergoedingseis *van* de handelende 542
12.6.3.4 Conclusie 544
12.6.4 Matiging op grond van artikel 6:109 545
12.6.4.1 Algemeen 545
12.6.4.2 Aard aansprakelijkheid 545
12.6.4.3 Tussen partijen bestaande rechtsverhouding 547
12.6.4.4 Overige factoren 548
12.7 Conclusie 550

AFRONDING EN SAMENVATTING 551
SUMMARY 575
RECHTSPRAAKREGISTER 579
VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR 601
TREFWOORDENREGISTER 623
CURRICULUM VITAE 629

DEEL I

Terreinverkenning

1 Begripsbepaling

> 'Wat is een raakvlak (...)? Ik stel me daarbij zoiets voor als een niemandsland, een strook waarin gebieden in elkaar overgaan. Neem de overgang van Nederland en België, het landschap verandert eigenlijk niet, maar er gebeurt iets mee waardoor je voelt dat de wereld steeds Belgischer en steeds minder Nederlands wordt. Het zit in de huizen, de straten, de kleding, de verschijnselen kortom, die naar een andere cultuur, een andere sociale werkelijkheid verwijzen. Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. Ook al gaat het geleidelijk, toch overschrijd je een grens. Een raakvlak verwijst naar verschillen, niet naar overeenkomsten.'
>
> Rutger Kopland, *De dichter en de gek*.[1]

1.1 Onderwerp en benadering ervan

1.1.1 Het onderwerp

Deze studie gaat over rechtvaardigingen bij onrechtmatige daad, en daarmee over de grenzen van de onrechtmatige daad.

Een onrechtmatige daad is een handeling die door de rechtsorde niet kan worden geduld.[2] Bepaalde handelingen echter, laten zich wel *aanzien* als onrechtmatig, maar zijn dat bij nadere beschouwing toch niet. Soms verricht iemand bijvoorbeeld een handeling, die op zichzelf alle kenmerken van een onrechtmatige daad vertoont, maar die niettemin door de rechtsorde wordt geduld, of zelfs gewenst. Denk aan de situatie waarin een fietser zijn stuur moet omgooien om een plotseling overstekend spelend kind te ontwijken, en daardoor tegen een geparkeerde auto rijdt.

Ook al is in dit voorbeeld sprake van het toebrengen van schade aan de eigendom van een ander, niet vol te houden is dat het beschadigen van de auto in deze omstandigheden 'onrechtmatig' zou zijn. Anders gezegd: de fietser heeft weliswaar inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van de autobezitter,

---

1 In: *Het mechaniek van de ontroering*, Amsterdam: Van Oorschot 1995, p. 9.

2 De definitie is ontleend aan Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 18, die de onrechtmatige daad beschrijft als 'een menselijke gedraging die in onze rechtsorde niet kan worden geduld'.

maar zijn handelen is gerechtvaardigd door het feit dat hij dit deed om het kind niet aan te rijden.

Zo'n rechtvaardiging is een reden die iemand aanvoert om de juistheid van zijn handelwijze aan te tonen.[3] Zij wordt in het civiele recht een rechtvaardigings*grond* genoemd als zij krachtig genoeg is om de aanvankelijke kwalificatie van 'onrechtmatige daad' opzij te zetten. Daarnaast zijn er rechtvaardigingen die niet sterk genoeg zijn om het aanvankelijk oordeel over de onrechtmatigheid van de daad te veranderen. Denk aan de mogelijkheid om te bouwen op eigen grond. Deze bevoegdheid komt toe aan de grondeigenaar. Maar wanneer een ander door het uitoefenen van die bevoegdheid schade lijdt,[4] schiet de enkele verwijzing naar de eigenaarsbevoegdheid tekort als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie van die ander.

In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is de rechtvaardigingsgrond te vinden op een centrale plaats, bij de omschrijving van de onrechtmatige daad in het tweede lid van artikel 6:162:

> 'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

In de visie van de wetgever fungeert de rechtvaardigingsgrond dus als omslagpunt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, als afgrenzing van wat onrechtmatig is. Daarmee heeft de rechtvaardigingsgrond een belangrijke functie bij de beoordeling van een mogelijk onrechtmatige handeling.[5]

Een daad is niet onrechtmatig wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Zoveel is uit artikel 6:162 lid 2 af te leiden.[6] Maar voor het overige roept het artikel vooral vragen op,[7] vragen die tot nu toe weinig aandacht hebben gekregen in de Nederlandse civielrechtelijke literatuur. Op welke wijze,

---

3 Van Dale spreekt van: 'het aantonen van de *rechtvaardigheid*, de *gewettigdheid* van iets' (cursivering toegevoegd).

4 Bijvoorbeeld de eigenaar van het buurpand, waarin scheuren zijn ontstaan door de bouwwerkzaamheden op het belendende perceel.

5 In die zin bijv. ook Van Maanen die wijst op de 'uitermate belangrijke functie' die de verwijzing naar de rechtvaardigingsgrond in het systeem van artikel 6.3.1.1 kan hebben: Van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss.) 1986, p. 221. Zie ook Van Dam, volgens wie het element 'aard van de gedraging' een sleutelrol speelt bij het vaststellen van de waarde van de andere elementen van de zorgvuldigheidsnorm, en die daarbij in de eerste plaats denkt aan rechtvaardigingsgronden: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120.

6 De toelichting formuleert het zo dat een daad haar onrechtmatig karakter kan 'verliezen' door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

7 Het feit dat de wetgever heeft afgezien van een nadere bepaling van de inhoud van het begrip rechtvaardigingsgrond (zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617), heeft weinig bijgedragen aan een beter begrip van de genoemde kwesties.

bijvoorbeeld, grijpt de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond in op de oordeelsvorming over het (mogelijk onrechtmatige) karakter van de handeling? Aan welke gronden is daarbij te denken? Aan welke voorwaarden zijn deze gronden onderworpen? Als er geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is, valt de vertrouwde basis voor schadevergoeding weg.[8] Maar op welke grond kan dan schadevergoeding worden gevorderd door bijvoorbeeld de autobezitter die hierboven ten tonele is gevoerd? Of moet hij met zijn schade blijven zitten? En zijn er andere gevolgen die de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan hebben, zo ja: welke?

In deze studie wordt gezocht naar het antwoord op bovenstaande vragen. Onderzocht wordt wat de aard en functie van de rechtvaardigingsgrond zijn in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, en hoe de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond de onrechtmatige daad precies afgrenst. En hiermee worden dus ook de grenzen van de onrechtmatige daad afgetast. Daarbij wordt niet alleen de echte rechtvaardigingsgrond betrokken, maar ook andere redenen die ter rechtvaardiging van de handeling kunnen worden aangevoerd. Bezien wordt welke rechtvaardigingen als verweer tegen een gestelde onrechtmatige daad slagen en welke redenen daarin tekortschieten en waarom dat zo is.

1.1.2 Kijken met je nachtoog

Dit boek gaat, het is hierboven al geschreven, over de rechtvaardiging en daarmee over de grenzen van de onrechtmatige daad. Het gaat letterlijk 'over' die grenzen. Niet de onrechtmatige daad zelf staat centraal, maar dat wat juist buiten de onrechtmatigheid ligt: de aandacht is gericht op de daad die net niet of juist volstrekt niet onrechtmatig is. De focus is dus gericht op de niet-onrechtmatige daad. Maar daarmee is niet gezegd dat de onrechtmatige daad buiten het blikveld ligt. Integendeel.

Wie een bepaalde zaak scherp wil observeren, doet dit soms het best door precies *naast* het voorwerp van zijn onderzoek te kijken. Deze oude wijsheid geldt voor wie 's avonds de blik op de sterrenhemel richt. De Belgische filosoof Oger vertelt over zijn ervaring in het leger:

> 'Een officier legde uit dat je in het donker beter niet recht voor je uit kunt kijken. Het netvlies is in het midden van je oog niet erg gevoelig in het donker. 's Nachts zie je beter met de zijkant van je oog. Daarom is het beter een beetje mis te kijken, ernaast te kijken.'[9]

8 Kern van artikel 6:162 is immers de in lid 1 neergelegde schadevergoedingsverplichting die rust op hem die een onrechtmatige daad pleegt.

9 Oger, *De indirecte blik* 1999, p. 17/18.

Zo'n manier van zien noemt Oger 'kijken met je nachtoog'.[10] Ook bij het bestuderen van een theoretisch probleem kan dat nuttig zijn. Deze benadering wordt door Oger de *intentio obliqua* genoemd. De indirect gerichte aandacht,[11] als tegenstelling van de *intentio recta*: de rechtstreeks op het onderwerp gerichte aandacht.[12]

Aan te nemen is dat de studie naar wat juist niet onrechtmatig is (de gerechtvaardigde daad) ook een beter zicht geeft op wat dan wel onrechtmatig is. Een vaag omlijnd, bijna oeverloos onderwerp als de onrechtmatige daad leent zich waarschijnlijk zelfs goed voor een benadering via een omweg. Men bestudeert het leerstuk dan niet door de onrechtmatige daad *zelf* uitputtend te onderzoeken. Maar men richt de blik juist buiten het terrein van de onrechtmatige daad. Door een onderzoek naar de grenzen van een leerstuk komt het leerstuk zelf beter in beeld. Anders gezegd: inzicht in de redenen waarom een bepaalde daad niet of niet meer onrechtmatig is, kan een belangrijke bron van kennis zijn voor het antwoord op de vraag waarom een bepaalde gedraging *wel* onrechtmatig is. De onrechtmatige daad wordt zo van buitenaf beschouwd, via bestudering van haar begrenzer: de rechtvaardiging. Dat is de in deze studie gebruikte methode. Daartoe worden twee grensgebieden onderzocht.

Het eerste betreft de grens tussen onrechtmatigheid en rechtmatigheid. Op dat grensgebied bevinden zich de rechtvaardigingen en dat is ook het eigenlijke thema van deze studie: de rechtvaardiging in het aansprakelijkheidsrecht. In twee opzichten is daarmee overigens nog teveel gezegd. Ten eerste is dit een civielrechtelijke studie naar rechtvaardigingen. Onderzoeksterrein is dus het *civiele* aansprakelijkheidsrecht. Het strafrecht, waaraan civilisten veel kennis over rechtvaardigingsgronden ontlenen, komt alleen bij wijze van vergelijking aan de orde. Ten tweede: het onderzoek is gericht op het *buitencontractuele* aansprakelijkheidsrecht. De kern van de studie betreft de rol die rechtvaardigingen spelen bij het oordeel over de (on)rechtmatigheid van een bepaalde gedraging.

Het tweede grensgebied dat aan de orde komt, is dat tussen onrechtmatigheid en schuld. De keuze hiervoor komt voort uit de omschrijving van het eerste onderzoeksthema. Sommige verweren van de gedaagde schieten tekort als rechtvaardigingsgrond, maar kunnen, naar veelal wordt aangenomen, wel dienst doen als schulduitsluitingsgrond. Noodweerexces is een voorbeeld dat in dit verband meestal wordt genoemd.[13] Het bleek onmogelijk iets te zeggen over het verschil tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden,

10 Oger, *De indirecte blik* 1999, p. 18.

11 Oger vertaalt als: 'met de schuinse blik', *De indirecte blik* 1999, p. 18.

12 In: *De onbeheersbaarheid van de beheersing* verdedigt Oger de stelling dat sommige zaken zelfs alleen via de intentio obliqua te benaderen zijn, *ANTW* 1999, p. 16-32. Deze stelling werkt hij uit in: *Nachtoog. Schuine wegen van de filosofie*, Kapellen: Pelckmans 2007.

13 Bijv. in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/91 en 111.

zonder eerst in te gaan op de verhouding tussen de hoofdbegrippen onrechtmatigheid en schuld. Daarom werd ook dit onderwerp in het onderzoek betrokken.[14]

De hier gegeven beschrijving van het onderzoeksterrein kan de indruk wekken dat duidelijk is waar de grenzen van de onrechtmatige daad liggen. Die indruk zou onjuist zijn. Grootste moeilijkheid in het onderzoek bleek uit te vinden waar de grens zich eigenlijk *bevindt*. Op het gebied, gelegen tussen onrechtmatige en rechtmatige daad bijvoorbeeld, is duidelijk dat een bepaalde handeling in het ene geval onrechtmatig genoemd moet worden, maar dat die kwalificatie in andere omstandigheden niet passend is. Ergens in de omstandigheden verandert iets, waardoor ook het oordeel over de onrechtmatigheid verandert. En juist dat vage 'iets' verdient de belangstelling. Zoals de dichter zegt: 'Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. Ook al gaat het geleidelijk, toch overschrijd je een grens.' Dit boek is de neerslag van een onderzoek naar de grillige grens die onrechtmatigheid van rechtmatigheid, en onrechtmatigheid van schuld scheidt.

Dit eerste hoofdstuk van het boek dient een drieledig doel: het ordenen van de stof, het omschrijven van de belangrijkste begrippen en het verwijzen naar plaatsen in het boek waar bepaalde thema's verder worden uitgewerkt.

1.2 De olifant van Hart

1.2.1 Het nut van een definitie

Na het voorgaande dient zich de logische vraag aan: Wat is een rechtvaardigingsgrond? De ontwerpers van het huidige BW hebben uitdrukkelijk afgezien van een omschrijving:

> 'In verschillende buitenlandse wetboeken worden bepaalde rechtvaardigingsgronden afzonderlijk geregeld, met name noodweer en noodtoestand. Het ontwerp heeft hierin deze wetboeken niet gevolgd. In verband met de nog bestaande onzekerheid over de juiste omschrijving van noodweer en noodtoestand en over de onderlinge begrenzing van deze beide rechtvaardigingsgronden heeft het ontwerp de nadere bepaling van de inhoud ook van deze rechtvaardigingsgronden aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.'[15]

In de literatuur over het aansprakelijkheidsrecht is het evenmin eenvoudig een definitie te vinden van het begrip rechtvaardigingsgrond. Kennelijk bestaat aan een definiëring van het fenomeen ook weinig behoefte. De rechtvaardi-

14 Omdat het slechts een deelonderwerp is, wordt volstaan met de behandeling in een enkel hoofdstuk (hoofdstuk 9, *Schuld*). Zie daarover ook nog hierna, par. 1.6 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld*).

15 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

gingsgrond wordt meestal beschreven aan de hand van zijn werking,[16] al dan niet gevolgd door een opsomming van voorbeelden.[17] Het lijkt alsof een duidelijke, algemeen gedeelde, maar niettemin altijd impliciet gebleven opvatting bestaat van wat een rechtvaardigingsgrond is.[18]

Het is als met de olifant die Hart beschrijft in zijn Concept of Law:

> 'Definition, as the word suggests, is primarily a matter of drawing lines or distinguishing between one kind of thing and another, which language marks off by a separate word. The need for such drawing of lines is often felt by those who are perfectly at home with the day-to-day use of the word in question, but cannot state or explain the distinctions which, they sense, divide one kind of thing from another. All of us are sometimes in this predicament: it is fundamentally that of a man who says, "I can recognize an elephant when I see one but I cannot define it".'[19]

Zelfs als een impliciete opvatting zou bestaan van wat rechtvaardiging(sgrond)en zijn, is het belang van een expliciete omschrijving groot. Niet *ondanks* het feit dat het gaat om een alledaags begrip waarbij velen zich wel iets kunnen voorstellen, maar juist *vanwege* dat feit.

1.2.2 Normschending in abstracto en normschending in concreto

Een Nederlands civilist die zich in elk geval heeft gewaagd aan een omschrijving van het karakter van rechtvaardigingsgronden is H. Drion:

> 'Ziet men in de normen van geschreven of ongeschreven recht de voor meer dan één *geval* geldende rechtsregels, dan zijn de rechtvaardigingsgronden de voor meer dan één *norm* geldende uitzonderingen.'[20]

De status van de norm is die van algemene regel, die in bepaalde situaties uitzondering lijdt – bijvoorbeeld omdat sprake is van een rechtvaardigingsgrond.

---

16 Vgl. bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88: 'Een daad die, op zichzelf beschouwd, onrechtmatig zou zijn, kan haar onrechtmatige karakter verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. En: Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18.

17 Zie: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89-97; Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18.

18 Hetzelfde signaleert Eberhard Schmidhäuser voor het Duitse strafrecht. In handboeken en commentaren treft men er weliswaar verhandelingen over regel/uitzondering, opsommingen van rechtvaardigingsgronden en dergelijke. 'Aber all dies setzt im Grunde einen Begriff von Rechtfertigung und dessen Definition voraus, und daran fehlt es fast durchweg'. *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987, p. 78/79.

19 Hart, *The Concept of Law* 2012, p. 13/14. Vgl. M. Groenhuijsen in *Ars Aequi-special* 2013, *(Privatisering van het strafrecht*), 'Afrondende en overkoepelende beschouwingen' (p. 606-614), p. 611: 'Ik weet niet wat recht is, maar ik herken onrecht als ik het aantref'.

20 Hoffman/Drion/Wiersma, *Het Nederlandse verbintenissenrecht* 1959, p. 99.

Regel en uitzondering. Bij de beoordeling van de mogelijke onrechtmatigheid is dit hun rol: De algemene, abstracte (rechts-)regel brengt mee dat een bepaalde daad in het algemeen als onrechtmatig wordt aangemerkt; in het concrete geval kan blijken dat de daad toch anders moet worden beoordeeld. Het voorlopig gevormde oordeel over de onrechtmatigheid wordt in het concrete geval hervormd tot het definitieve.[21] Schmidhäuser beschrijft dat voor het strafrecht zo:

> 'bezeichnen wir den Wertverstoß als "Rechtsgutverletzung" und sehen wir in ihr das "Unrecht" begründet, dann hat die Frage nach Rechtfertigung mit Vorläufigkeit und Endgültigkeit des Urteils über das Unrecht zu tun. Auf der ersten Stufe ist dieses Unrechtsurteil nur vorläufig; zu einem endgültigen Urteil kommt es erst, wenn auf der zweiten Stufe nach weiteren Momenten des Tatgeschehens gefragt worden ist. Und zwar wird das vorläufige Unrechtsurteil auf der zweiten Stufe endgültig bejaht, wenn sich keine Rechtfertigung ergibt, und es wird endgültig verneint, wenn sich Rechtfertigung ergibt.'[22]

Men kan de opvatting verdedigen dat het omslachtig, of zelfs onnodig is eerst uit te gaan van een voorlopig oordeel (een normschending in abstracto), om dat oordeel vervolgens voor een concreet geval te herzien.[23] Die opvatting wordt hierna uitgebreid besproken, en verworpen.[24] Maar nu reeds een korte beschouwing aan de hand van een logisch/taalkundig en een wetssystematisch argument.

1.2.3 Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging

Handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond is uiteindelijk normconform gedrag. Maar het bijzondere ervan is dat het geen gewoon normconform gedrag is. Het is een handelen dat alle kenmerken vertoont van een onrechtmatige daad: er is schade, veroorzaakt door de handelende. Er is in principe ook sprake van een normschending. Alleen blijkt die normschending bij nader inzien toch geen normschending te zijn, omdat de handelende in dit geval goede grond had te doen zoals hij deed.

De vaststelling dat in principe sprake is van een normschending is van groot gewicht. De normschending gaat noodzakelijk vooraf aan de rechtvaardiging. Als er geen normschending is, behoeft immers ook niets gerechtvaardigd te worden; zonder normschending geen rechtvaardiging.[25] De rechtvaar-

---

21 Vgl. ook Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46/47.

22 Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987, p. 78. Vgl. voor het burgerlijk recht: Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* 1996, p. 169-171.

23 Zo bijvoorbeeld: Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

24 In hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

25 Onjuist is dan ook Rb. Gelderland 29 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5120 (*Klapband*).

diging is een *verweer* van de gedaagde tegen een actie uit onrechtmatige daad. Loth merkt over het verweer op:

> 'De strekking van een verweer is de toerekening van aansprakelijkheid te voorkomen of af te wentelen. Een verweer is dan ook alleen op zijn plaats wanneer men verantwoordelijk of aansprakelijk is gesteld. Een verweer is een reactie op de toerekening van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid. Wij vinden het dan ook vreemd, en zelfs verdacht, wanneer iemand zich verweert zonder voorafgaande ascriptie van verantwoordelijkheid. Dat is verdacht, omdat de betrokkene zich dan blijkbaar verantwoordelijk weet; zijn verweer berust op de veronderstelling dat hij verantwoordelijk is.'[26]

Eerst de normschending, daarna de rechtvaardiging. Die volgorde is ook te herkennen in de voor artikel 6:162 lid 2 gekozen bewoordingen. De rechtvaardigingsgrond is hierin opgenomen als een uitzondering op de in het artikel genoemde normschendingen: 'Als een onrechtmatige daad worden aangemerkt (volgt opsomming van normschendingen, MF), een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.' De toelichting bij het artikel wijst erop dat

> 'wordt aangenomen dat een daad welke naar de algemene omschrijving onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatig karakter kan verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'.[27]

Uit het woord 'verliezen' is af te leiden dat men ervan uitgaat dat een daad in principe als onrechtmatig moet zijn aangemerkt, voordat men aan de beoordeling van een eventuele rechtvaardigingsgrond toekomt.[28]

Het strafrechtelijk systeem kent dezelfde methodiek, neergelegd in artikel 350 Sv. Daarover schrijft Remmelink:

> 'Het is duidelijk, dat de rechter op grond van het strafprocessuele systeem (...) eerst de vervolgingsuitsluiting onderzoekt, daarna de eventuele bewezenverklaring (…), dan de strafbaarheid van het feit (dus de rechtvaardigingsgronden) en tenslotte de strafbaarheid des daders.'[29]

De volgorde is helder. Aan de behandeling van strafuitsluitingsgronden (waaronder rechtvaardigingsgronden) komt men pas toe als het feit is bewezen

---

26 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 22.

27 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

28 Dit uitgangspunt is ook te vinden bij bijvoorbeeld Asser, optredend als wnd. A-G, in zijn conclusie (onder 19) voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

29 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 276. Zie over het beslissingsschema verder bijv. Koopmans, *Het beslissingsmodel* 2017 en Corstens/Borgers & Kooijmans, *Nederlands strafprocesrecht* 2018, XVI (m.n. XVI.4 e.v.).

en kan worden gekwalificeerd (civielrechtelijk: als de normschending is vastgesteld). Als het tenlastegelegde feit niet is bewezen, volgt vrijspraak (artikel 352 lid 1 Sv). Bij een succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond wordt de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging (artikel 352 lid 2 Sv).[30] In dat geval 'verdringt' de rechtvaardiging de aanvankelijk aangenomen normschending:

> 'Wenn auch der strafrechtliche Begriff von Rechtfertigung mit der Kollision von Werten zu tun hat, dann läßt sich auch diese Kollision nur in zwei Stufen erfassen, falls sie vorliegt. Auf der ersten Stufe wäre die Wertverletzung festzustellen. Nur wenn sie gegeben ist, kann es auf Rechtfertigung ankommen; ihre Feststellung bleibt der zweiten Stufe vorbehalten. Rechtfertigung wäre dann gegeben, wenn auf dieser Stufe ein Wertbejahendes Geschehen festzustellen wäre, das den Unwert der Wertverletzung, die auf der ersten Stufe festgestellt ist, „verdrängt" (oder: relativiert).'[31]

1.2.4 De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging

Normschending en rechtvaardiging. Ze zijn tot nu toe apart van elkaar besproken. Maar ze kunnen niet los van elkaar worden gedacht. Normschending en rechtvaardiging zijn op elkaar *betrokken*, als beeld en spiegelbeeld. Aan de ene zijde de redenen waarom een daad onrechtmatig is; aan de andere zijde de redenen waarom diezelfde daad gerechtvaardigd is. Deze wederzijdsheid is belicht door R.J. Polak. Na zijn behandeling van de onrechtmatigheid begint hij de bespreking van rechtvaardigingsgronden zo:

> 'Tot dusver is de dialectiek van het maatschappelijk evenwicht voornamelijk op één harer zijden bezien: de positie van de gelaedeerde, zijn rechtens beschermde belangen. De dogmatiek van de aanspraak uit onrechtmatige daad omvat evenwel ook de beschermingsnormen welke aan de zijde van de dader voor de vaststelling van het maatschappelijk evenwicht bepalend zijn.'[32]

De norm beschermt het mogelijke slachtoffer tegen (schade door) onrechtmatig handelen; de rechtvaardiging de dader (handelende) tegen aansprakelijkheid. Normschending en rechtvaardiging zijn *polair*, naar tegenovergestelde kanten gericht.

---

30 Daarbij past een nuancering. Het ligt (uiteraard) anders bij delicten waarbij de wederrechtelijkheid een (impliciet) bestanddeel is van de delictsomschrijving, zoals art. 350 Sr (waarin 'opzettelijk en wederrechtelijk' vernielen strafbaar wordt gesteld). Zie over de wederrechtelijkheid (uitgebreid) Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, par. 1.3, m.n. p. 19-21.

31 Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987, p. 78.

32 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 119.

Met het begrip polariteit bedoel ik hier twee zaken aan te duiden. Polariteit wil volgens Van Dale zeggen: 'het uit elkaar gaan van een eenheid in een tegengestelde tweeheid'. Dat drukt ten eerste de zojuist beschreven dynamiek uit van normschending en rechtvaardiging: zij zijn aan elkaar 'tegengesteld'. Zij trekken beide van verschillende zijden aan de oordeelsvorming. De normschending trekt het oordeel richting 'onrechtmatig'; de rechtvaardiging trekt het richting 'rechtmatig'.[33] Ten tweede geeft het begrip polariteit uitdrukking aan de onderlinge samenhang – 'tweeheid' – tussen normschending en rechtvaardiging. Tussen beide bestaat een zekere afhankelijkheid: niet tegen iedere normschending kan men zich succesvol verweren met een beroep op elke willekeurige rechtvaardigingsgrond. De rechtvaardiging moet de belangeninbreuk 'dekken',[34] om nogmaals Polak aan te halen.[35]

1.2.5 De contouren komen in zicht

Inmiddels is de olifant van alle zijden bezien. Het wordt nu tijd te zoeken naar een definitie van een rechtvaardigingsgrond. Die moet op grond van het voorgaande de volgende elementen bevatten:

1. Er is sprake van een *normschending:* het handelen van de gedaagde kan in principe als onrechtmatig worden aangemerkt. Zojuist bleek waarom: waar geen normschending is, valt niets te rechtvaardigen.
2. Een rechtvaardigingsgrond is daarbij een *verweermiddel* van de gedaagde. Deze karakterisering is algemeen in Europa,[36] en ook in Amerika.[37] Zij is terug te voeren op de plaats die de Romeinsrechtelijke 'exceptio' in het proces innam.[38]
3. Vele verweren zijn denkbaar. De gedaagde kan zich bijvoorbeeld beroepen op onbevoegdheid van de rechter, niet ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering, verjaring van de vordering, rechtsverwerking door, of eigen schuld van de eiser.[39] De gedaagde kan zijn daad verklaren, of hij kan

33 Zie over deze wisselwerking verder hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*) en 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

34 Zie over de strekking van de rechtvaardiging verder hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), en over de concrete toepassing ervan: hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

35 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 120. Overigens spreekt ook Polak van 'polariteit'. Hij betrekt het begrip echter op de *norm*, die: 'zelf altijd een polariteit in zich sluit, immers de verhouding bepaalt tussen twee rechtssubjecten, en derhalve zelf weer wordt bepaald door de posities van ieder hunner' (p. 119).

36 Zie Von Bar, die rechtvaardigingsgronden bespreekt onder de 'allgemeinen Verteidigungsgründe', *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 504 e.v.

37 Waar ze onder de 'defenses' worden geschaard. Zie *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984, p. 108-159 en 451-498.

38 Daarover verder in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*), par. 8.3.1 (*Van Rome…*).

39 Een algemene beschouwing van de mogelijke verweren na een gestelde en aangenomen normschending: Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, m.n. p. 162-166.

zichzelf verontschuldigen. Een echte rechtvaardigingsgrond onderscheidt zich van alle andere verweren hierin dat de handelende erop wijst dat hij een goede *reden* voor zijn handeling had.

4. Met de verwijzing naar zijn beweegreden richt de handelende zich *tegen de kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig'*. De gedaagde beroept zich daartoe op feiten of omstandigheden die een herziening van die kwalificatie zouden kunnen meebrengen. Hierin komt het polaire karakter van de rechtvaardiging tot uitdrukking. Het beroep op de rechtvaardiging wil tegenwicht bieden aan de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig.
5. De voor de handeling aangevoerde reden moet uiteindelijk *krachtig genoeg* zijn om die herziening te bewerkstelligen. Zij moet in staat zijn de voorlopige conclusie dat de daad onrechtmatig is te ontkrachten. Wanneer de grond daarin tekortschiet, kan er immers geen sprake zijn van een *gerechtvaardigde* daad.

Voorlopig samenvattend kan de rechtvaardigingsgrond worden omschreven als een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig'.

1.2.6 Niet-onrechtmatig, of: rechtmatig?

De zojuist gegeven definitie drukt uit dat een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond ertoe leidt dat de daad *niet* als onrechtmatig wordt aangemerkt. Dat is kenmerkend voor alle beschrijvingen van de werking van rechtvaardigingsgronden. Hierboven zijn Asser/Sieburgh en de Parlementaire Geschiedenis op dit punt al geciteerd: door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan een daad haar onrechtmatig karakter verliezen.[40]

Onduidelijk blijft daarbij wat het karakter van de gerechtvaardigde handeling dan *wel* is. Kan zij een rechtmatige daad worden genoemd? Of moet worden volstaan met het predicaat 'niet-onrechtmatig'? Voordat die vragen kunnen worden beantwoord, ga ik eerst na waarin de rechtmatige daad zich van de niet-onrechtmatige en onrechtmatige daad onderscheidt. Daarna wordt bezien of de hierboven gegeven definitie bijstelling behoeft.

40 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88; TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616. In gelijke zin bijv. Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46, die stelt dat rechtvaardigingsgronden de onrechtmatigheid 'wegnemen'.

1.3 Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad

Wat is een onrechtmatige daad? Artikel 6:162 laat zich als volgt samenvatten: Een anders handelen dan in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat kan zijn omdat men een inbreuk heeft gemaakt op het recht van een ander, een wettelijke plicht heeft geschonden, of zich anderszins niet zorgvuldig heeft gedragen (zie artikel 6:162 lid 2). Een onrechtmatige daad is normschendend gedrag. Onrechtmatig handelen is: zich anders gedragen dan behoort. In het aansprakelijkheidsrecht, dat zich bezighoudt met de vraag wie voor een *bepaalde* schade aansprakelijk kan worden gesteld, komt het meestal neer op de concrete variant: iemand heeft zich anders gedragen dan zou behoren *in de situatie waarin hij verkeerde*.

Hoe zou een rechtmatige daad moeten worden omschreven? Van de hierboven gegeven definitie van een onrechtmatige daad kan men de positieve variant bedenken: Rechtmatig handelen is zich zo gedragen als in een bepaalde situatie behoort. Rechtmatig handelen is normconform gedrag.

De tegenstelling rechtmatig/onrechtmatig op deze wijze opgevat, is in het aansprakelijkheidsrecht echter niet gangbaar. Dat hangt samen met het feit dat het aansprakelijkheidsrecht *sanctie*recht is.[41] Het grijpt pas in daar waar de grens van het toelaatbare is gepasseerd. Het geeft aan waar de grens van het betamelijke ligt, wat echt niet meer door de beugel kan. *Daar*voor bestaat een noodzaak tot definiëren; dat is onrechtmatig handelen. Alle andere handelingen zijn rechtmatig.

Rechtmatige daad is zo beschouwd dus een restcategorie: iedere daad die niet aan de omschrijving van een onrechtmatige daad voldoet. De verzameling van deze daden is een grijze, vormeloze massa handelingen. Zij omvat handelingen waarop in het geheel niets is aan te merken, tot handelingen op de rand van onrechtmatigheid. Ook het handelen op grond van een rechtvaardiging bevindt zich in deze groep daden. Om inzicht in rechtvaardigingen te verkrijgen, lijkt het daarom geraden eerst onderscheid aan te brengen in de diffuse groep van daden die men rechtmatig kan noemen.

1.4 Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie

1.4.1 Inleiding

Rechtmatig is alles wat niet onrechtmatig is. Rechtmatige daad, het kwam al ter sprake, is de aanduiding van zowel de vlekkeloze als de bijna-onrechtmatige handeling. Ik begin met een beschrijving van die eerste soort rechtmatige daad, om ten slotte te komen bij het andere uiterste: de onrechtmatige daad.

41 Zie daarover verder uitgebreid in hoofdstuk 2 (*Strafrecht en burgerlijk recht*), met name par. 2.1.5, 2.2.2 en 2.3.1.

1.4.2 Type 1: geen schade; juiste belangenafweging. De rechtmatige daad

Prototype van 'de' rechtmatige daad is het onberispelijk handelen van de rechtschapen persoon. Veel culturen kennen een beschrijving van het voorbeeldige handelen van deze mens; van de hindoestaanse *brahmaan* tot de christelijke *heilige*. In de joodse traditie is het de *tzaddik*, de rechtvaardige, over wie wordt gezongen:

> 'Die rein van handen, en zuiver van hart is, die zijn ziel niet opheft tot ijdelheid, en die niet bedrieglijk zweert.'[42]

Voor het recht is een fraaie verwoording van de juiste manier van leven te vinden aan het begin van de Instituten van Justinianus, in het eerste boek:

> 'honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'.[43]

Fatsoenlijk leven, een ander niet schaden en ieder het zijne geven. Dat zijn de regels waaraan de rechtschapen mens zich houdt.

Deze vleesgeworden zorgvuldigheid doet altijd het goede (we hebben dan ook te maken met een juridische abstractie) en dat levert de volgende paradox op. Enerzijds is de zorgvuldige persoon juridisch-praktisch oninteressant. Hij verschijnt nooit voor de rechter en men treft hem dus nooit aan in rechtspraakoverzichten. Want tegen iemand die geen schade veroorzaakt is geen actie uit onrechtmatige daad mogelijk.[44] Waar geen (dreigende) schade is, is geen belang, is geen actie.[45] In dit opzicht bestaat de zorgvuldige persoon niet voor het recht.[46] Anderzijds is deze persoon juridisch-theoretisch gezien van groot belang. Bij iedere beoordeling van de eventuele onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging zal de rechter zich afvragen of de zorgvuldig handelende persoon in dit geval ook zo zou hebben gehandeld.[47] Aan zijn functioneren

---

42 Psalm 24:4, Statenvertaling. Niet minder mooi is de berijmde vertaling: '(Wie zal de tempel binnentreden?) Wie niet op loze wijsheid bouwt/ zijn hart en handen zuiver houdt/ van kwade trouw en valse eden'. Psalm 24:2.

43 Instituten Iustinianus 1.1.12-13.

44 Zie artikel 6:162 lid 1. Vgl. White, *Grounds of Liability* 1985, p. 24: 'The law is, however, primarily interested in our *conduct* in so far as that breaks the law' (cursivering in origineel).

45 Vgl. artikel 3:303.

46 Vgl. Nieuwenhuis: 'De zorgvuldige persoon heeft echter ook een belangrijk nadeel: hij bestaat niet'. *Wat is een onrechtmatige daad?*, *R.M. Themis*1998, p. 245, r.k. Een uitzondering vormt artikel 4:102 para 1 PETL, waar de norm voor handelen wordt omschreven als 'The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances'. Zie daarover ook Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, p. 58.

47 Op dit punt ga ik uitgebreid in bij de bespreking van de subsidiariteitseis, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), m.n. par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*), 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*) en 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*). Over de maatman in het burgerlijk recht in het algemeen: *Maatmanbundel* 2008. Tegenhanger van deze handelende maatman is de 'maatmens-benadeelde'. Zie daarover de preadviezen van

als vergelijkingstype dankt de zorgvuldig handelende persoon zijn juridische bestaansrecht.[48]

De zorgvuldige persoon houdt zich, als gezegd, keurig aan de hierboven al genoemde basisregels van het burgerlijk recht: *alterum non laedere* en *suum cuique tribuere*. De ander niet schaden en ieder het zijne geven, voor het aansprakelijkheidsrecht te vertalen als: geen schade veroorzaken en steeds de juiste belangenafweging maken. Precies op deze twee punten onderscheidt de zorgvuldige gedraging zich van andere rechtmatige daden.

1.4.3 Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad

Het is weinigen gegeven te leven als de *tzaddik*. Het lukt ook niet veel mensen te leven zonder ooit schade te veroorzaken. Sterker: soms eísen de omstandigheden juist een onzachtzinnig optreden. Zoals in het geval van Odysseus, die met zijn makkers gevangen zat in de grot van de Cycloop en maar één uitweg zag:

> 'En zij grepen de paal van olijfhout en dreven de scherpe punt in het oog, terwijl ik aan het einde draaiend kracht gaf, zoals wanneer een timmerman met een drilboor een gat draait in een scheepswand (...) zo hielden wij de vurige hefboom in het oog en bleven maar boren.'[49]

Wanneer iemand schade toebracht aan een ander zal, op aangeven van de handelende, worden getoetst wat de handelende dreef.

Soms heeft iemand schade veroorzaakt, maar meent hij een goede reden voor zijn handelen te hebben. Vele redenen zijn denkbaar: het handelen op grond van een wettelijke plicht, het nastreven van bepaalde belangen, het uitoefenen van een eigen recht, of het handelen op grond van een andere bevoegdheid, zoals een vergunning. Waar moet zo'n handeling worden geplaatst op de schaal van rechtmatige tot onrechtmatige daad? Dat hangt af van de beoordeling van de rechtvaardiging die de handelende voor zijn schadeveroorzakend handelen aanvoert.

De door de handelende aangevoerde reden kan een zo dwingende en overtuigende zijn, dat de handeling uiteindelijk een 'gerechtvaardigde daad' moet worden genoemd. Daarvoor is vereist dat de handelende zich zo gedroeg als we van iedereen in die situatie zouden wensen. Zoals in het voorbeeld van de fietser die een geparkeerde auto beschadigt, omdat hij moet uitwijken voor een plotseling overstekend kind. Geconfronteerd met twee belangen: geen

---

Beumers & Van Boom en Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, preadvies VASR, Deventer: Wolters Kluwer, 2016.

48 En dan vooral in moeilijke gevallen. Vgl. P. Memelink: '*De maatman en de verkeersopvatting*', in: *Maatmanbundel* 2008, p. 51.

49 Odysseia, Boek 9, vertaling: Imme Dros, *Odysseia,* Amsterdam: Van Oorschot 1991, p. 153.

schade toebrengen aan de auto en het niet aanrijden van het kind, heeft hij voor het zwaarstwegende belang gekozen. De handelende heeft weliswaar schade veroorzaakt, maar op zijn gedrag is overigens niets aan te merken.

Maar niet elke reden die de handelende voor zijn handelen aanvoert, leidt dwingend tot de conclusie dat de handelende ook handelde zoals hij behoorde. Zo verschaffen bepaalde bevoegdheden de laedens wel de mogelijkheid te handelen, maar ontslaan ze hem niet van de verplichting rekening te houden met de belangen van anderen. Een voorbeeld is de hierboven al genoemde bevoegdheid te bouwen op eigen grond. De omstandigheid dat men eigenaar is van de grond en dus gerechtigd is erop te bouwen, laat onverlet de verplichting maatregelen te treffen om schade aan eigendommen van anderen te voorkomen.[50] Niet iedere mogelijke rechtvaardiging *strekt* er ook toe de handelende te beschermen tegen een schadevergoedingseis. Zo behoeft een vergunning nog geen vrijwaring tegen aansprakelijkheid te bieden.[51] Ook als de handelende opereert binnen de voorwaarden van de vergunning en daarbij schade toebrengt aan derden, is niet uit te sluiten dat hij toch met succes tot vergoeding van die schade wordt aangesproken.[52] Een beroep op het eigendomsrecht of op de vergunning is dus op zichzelf onvoldoende als verweer tegen een door de benadeelde ingestelde vordering uit onrechtmatige daad.

Met de voorbeelden komen de twee uitersten van de mogelijke gevolgen van het inroepen van een rechtvaardiging in beeld.

Aan de ene kant: de rechtvaardiging die zo sterk is, dat zij leidt tot het oordeel dat het handelen van de handelende niet alleen niet-onrechtmatig was, maar zelfs als normconform moet worden aangemerkt.[53] Wat de handelende deed, was het juiste. Het beeld dat in *1.4.2* is geschetst van de zorgvuldige persoon verdient na deze constatering aanvulling. De zorgvuldige persoon brengt geen schade toe. En áls hij schade moet toebrengen, heeft hij daarvoor een goede reden en houdt hij voldoende rekening met de belangen van anderen.

Aan de andere kant: de rechtvaardiging die het gedrag van de handelende wellicht verklaart, maar tekortschiet als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie. Bijvoorbeeld omdat de laedens bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid onvoldoende rekening hield met de belangen van anderen. Zo'n handeling

50 Vgl. bijv. HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, *NJ* 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*).

51 Zij vrijwaart de handelende uiteraard wel tegen aansprakelijkheid ten opzichte van belangen die bij haar verlening zijn meegewogen. Over vergunningen zie bijv. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 720-3.

52 Vgl. bijv. HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*).

53 Vgl. A-G Remmelink in zijn conclusie voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), die de dader het criterium aanlegt: 'dat hij heeft gehandeld, zoals in zo'n geval behoort te geschieden'.

is – uiteindelijk – een gewone onrechtmatige daad en hoort dus thuis bij het hierna te bespreken type 4.[54]

Tot slot: alle daden in de hier besproken rubriek hebben één gemeenschappelijk kenmerk. Het gaat om handelingen waarbij de handelende de schade bewust toebrengt, of de kans op schade op de koop toeneemt, omdat hij meent een geldige reden te hebben om te handelen zoals hij deed; hij handelt opzettelijk, om een hoger doel te bereiken. Hij acht zich daarmee tot de handeling *bevoegd* (en vindt daarbij het recht aan zijn zijde). In dat opzicht verschillen deze daden van de nu te bespreken handelingen.

1.4.4 Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid

Van een heel andere orde dan de voorgaande, zijn daden die vervelende gevolgen hebben, maar die we de handelende toch niet kwalijk nemen. Zoals in het geval van de verhuizende zusjes:

Wendy helpt haar zus Monique bij het inrichten van haar woning. Daarvoor moeten onder andere twee linnenkasten vanuit de berging, onderin het flatgebouw, naar de woning van Monique worden gesjouwd. Bij de tweede kast gaat het mis. De zusjes lopen met de kast de trap op, en daar komen ze stil te staan. Wendy staat bovenaan en houdt met één hand de deur open en met de andere de kast vast. Haar zus staat enkele treden lager en heeft de kast met twee handen vast.

> 'Vanuit deze positie heeft Monique de kast, teneinde hem door de deur te kunnen krijgen, horizontaal gedraaid. Hierbij verloor zij echter haar evenwicht en glipte de kast (voor beide partijen) onverwacht uit haar handen. In een wanhopige reactie heeft Monique de kast vervolgens een duw naar boven gegeven.'[55]

Door deze duw raakt Wendy's pols bekneld tussen de deur en de kast. Het letsel dat zij daarbij oploopt, leidt er uiteindelijk toe dat haar onderarm moet worden geamputeerd.

Mensen brengen niet alleen schade toe omdat ze menen daartoe gerechtigd te zijn (zoals geschetst in *1.4.3*); ze veroorzaken ook schade per ongeluk of uit onhandigheid.[56] Uiteraard hadden we – juist vanwege de schadelijke gevolgen – liever gezien dat het anders was gelopen: Dat u even had omgeke-

---

54 Zie par. 1.4.6 *(Type 4: wel schade; onjuiste belangenafweging. De onrechtmatige daad).* Dit type handelingen wordt nader besproken in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

55 HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, *NJ* 2001/300 (*Verhuizende zusters*), r.o. 3.1.

56 In hoofdstuk 9 (*Schuld*) ga ik nader in op het begrip toeval. Toeval (*casus*) wordt daar besproken als tegenstelling tot een van de betekenissen van de term schuld: *culpa*, in par. 9.6.3 (*Culpa, als tegenstelling tot casus*).

ken voordat u achteruit stapte bij die bus.[57] Dat u met uw hakken geen putten had getrapt in de parketvloer van uw buren.[58] Dat u niet zo onbezorgd met die tak had gezwaaid.[59] Of dat u even had gewacht voordat u die tennisbal naar uw medespeler sloeg.[60]

De schade in deze gevallen wordt veroorzaakt door: onhandigheid, toeval, ongelukjes. Rechtens is dat niet zó afkeurenswaardig dat er een onrechtmatige daad in kan worden gezien. Daarmee is niet gezegd dat het allemaal even prettig is wat er gebeurt.[61] Maar het recht verbindt er geen sancties aan. Weliswaar zijn de *gevolgen* van de handelingen vervelend, maar waar het in het aansprakelijkheidsrecht om gaat, is of de handeling *zelf* door de beugel kan. En het verwijt dat hier de handelenden gemaakt kan worden is, vanuit het sanctiestelsel van normschendingen bezien, niet ernstig genoeg. Aan hun daden wordt daarom niet de kwalificatie 'normschending' verbonden. De reden daarvoor kan zijn dat de schade niet voorzienbaar was (zoals bij de bus, de tak en de verhuizende zusjes), of dat bij de belangenafweging in het concrete geval andere (lichtere) normen golden dan normaal (het parket van de buren en de ongelukkig geslagen tennisbal).[62]

Aansprakelijkheid ontbreekt in deze gevallen, omdat de schade niet is veroorzaakt door een normschending. Er is, in de woorden van de Hoge Raad, 'geen onrechtmatige daad' gepleegd.[63] Dus is er geen aansprakelijkheid. De schade is slechts het gevolg van 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'.[64] Het begrip geeft, net als de kwalificaties onhandigheid/toeval/ongeluk, beeldend aan wat de oorzaak van de schade is geweest.[65] En voor

57 HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393 (*Bushalte*).

58 Het voorbeeld is ontleend aan Bloembergen, *Boekbespreking* 1991, p. 130, l.k. Vgl. ook RTS 6 februari 1995, *VR* 1995/177. Andere voorbeelden zijn te vinden bij Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes* 1994, p. 325-333.

59 HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403 (*Zwiepende tak*).

60 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621 (*Tennisbal*).

61 Niet voor niets spreekt men in dit soort gevallen van 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'. Dat begrip komt hierna aan de orde, zie ook de hierna te noemen publicatie van Van Dam, *Het zinledige osvo-'criterium'* 2001.

62 Deze groep gevallen wordt hierna in verband gebracht met de proportionaliteits- en subsidiariteitsgedachte, in hoofdstuk 7, zie m.n. par. 7.7.2 (*Aard van de overtreden norm*).

63 Aldus bijv. in HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393 (*Bushalte*), r.o. 3.3.

64 Zie bijv. HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, *NJ* 1986/780 (*Dollende collega's*) en HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393 (*Bushalte*).

65 Tegen het gebruik van de terminologie 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' is (mijns inziens ten onrechte) geageerd door Van Dam, *Het zinledige osvo-'criterium'* 2001. Hij is van mening dat 'osvo' geen criterium biedt, maar hooguit een conclusie is (p. 139), zie ook zijn *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 211-5, waar hij terecht aangeeft dat bij de meeste ongevallen sprake is van een osvo. Zoals uit de zojuist geciteerde bewoordingen van de Hoge Raad echter blijkt, gebruikt de Raad het begrip ook niet als criterium. Criterium is de onrechtmatige daad. Die is afwezig (althans: kan niet worden vastgesteld) in geval van een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

de benadeelde betekent het vooral: pech. Hij zal zijn schade niet vergoed krijgen.

Kenmerk van de daden in deze categorie is dat weliswaar schade is veroorzaakt – dat is het verschil met rechtmatige daden van type 1 – maar dat deze *ongewild* is toegebracht en (dus) zonder dat de handelende meent dat hij de *bevoegdheid* had schade toe te brengen. In dat laatste opzicht wijken ze af van de gerechtvaardigde daden van type 2, waar de handelende zich juist bevoegd achtte te handelen zoals hij deed. Ze wijken ook af van de hierna te bespreken handelingen waaraan wel een afweging voorafging.

1.4.5 Type 3b: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. De niet-onrechtmatige daad

In het rechtsverkeer gaat het vaak om handelingen die evenals de zojuist besproken daden geen schoonheidsprijs verdienen, maar waarbij de handelende (anders dan bij de hierboven besproken groep daden) weliswaar een belangenafweging heeft gemaakt, en daarmee de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht opgezocht, maar niet overschreden. Het zal dikwijls gaan om het behartigen van het 'welbegrepen eigenbelang'.

Te denken valt aan de iconische casus van neef Pos. Hij accepteerde een schenking van de boerderij aan hem – achterneef en lieveling – van zijn hoogbejaarde tante, terwijl hij wist dat op deze boerderij een koopoptie rustte ten behoeve van Van den Bosch. Het enkele profiteren van wanprestatie van een ander maakt het handelen van Pos (het nastreven van zijn eigenbelang ten koste van de belangen van Van den Bosch) nog niet onrechtmatig, volgens de Hoge Raad.[66]

Verder valt te denken activiteiten in het economisch verkeer, waarmee aan anderen wel schade wordt berokkend, maar waarbij niet kan worden gezegd dat het handelen onrechtmatig is, zoals in het geval van eerlijke concurrentie.

Kenmerk van dit type handelingen is dat de belangenafweging uiteindelijk niet als onjuist wordt gekwalificeerd. Er heeft dus geen normschending plaatsgevonden, en daarmee verschillen deze daden van de nu te behandelen groep: type 4.

66 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*). Ook niet volgens het hof, zie r.o. 14. Het onrechtmatige school in de bijkomende omstandigheden, die de Hoge Raad noemt in zijn bespreking van de middelen C, D, F en H.

1.4.6 Type 4: wel schade; onjuiste belangenafweging.[67] De onrechtmatige daad

De categorie daden die hier de minste toelichting behoeft, is die van de onrechtmatige daden. Onrechtmatig handelen is handelen in strijd met een subjectief recht, met een wettelijke plicht, of met de maatschappelijke betamelijkheid. Benaderd vanuit de rechtvaardiging: het zijn de daden die niet te rechtvaardigen zijn, of waarvoor de aangevoerde rechtvaardiging tekortschiet.

Met name de rubriek 'strijd met de zorgvuldigheid' kan van belang zijn in geval van mogelijk gerechtvaardigd handelen. Dikwijls heeft de laedens weliswaar een bevoegdheid tot handelen, maar houdt hij bij het *uitoefenen* van die bevoegdheid onvoldoende rekening met de belangen van anderen. Om die reden kan zijn gedrag dan toch als onzorgvuldig en dus onrechtmatig worden aangemerkt.[68]

1.4.7 Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig

Van de hierboven besproken daden zijn de typen 1 (de 'zuivere' rechtmatige daad) en 2 (de gerechtvaardigde daad) aan te merken als daden waarbij is gehandeld volgens de norm van de zorgvuldige persoon. Voor déze daden wil ik de term *rechtmatige daad* reserveren. Met een rechtmatige daad is dan dus bedoeld: zorgvuldig handelen, als volledig tegendeel van onrechtmatig handelen; de daad wordt daardoor gekenmerkt dat de handelende heeft gehandeld zoals men van ieder ander in deze positie zou willen dat hij handelde.

Als we deze toets toepassen op daden van type 3 (ongeluk, toeval, onhandigheid), valt deze negatief uit. Om het voorbeeld van verhuizende zusjes te nemen: de schade wordt hier toegebracht 'in een wanhopige reactie' van de ene zus. Zo'n reactie kan niet gelden als voorbeeld van de norm waarnaar iedereen in deze omstandigheden zou moeten handelen. Het gaat dan ook te ver om van een laedens uit deze categorie te zeggen dat hij zorgvuldig handelde. Maar de daden van dit type zijn anderzijds onvoldoende ernstig voor de kwalificatie 'onrechtmatig'. Handelingen in deze categorie zijn '*jenseits*

67 Naast de vier genoemde typen valt nog een vijfde te onderscheiden: *geen schade; onjuiste belangenafweging*. Wat betreft de normschending onderscheidt dit type zich niet van type 4 (de onrechtmatige daad) en behoeft daarnaast dus geen bespreking. Wanneer geen schade is geleden, zal geen belang bestaan bij een schadevergoedingsvordering. Maar de vaststelling dat een onjuiste belangenafweging plaatsvond of dreigt, kan van uiteraard wel belang zijn in het geval een verklaring voor recht wordt gevraagd.

68 Deze kwestie komt nader aan de orde in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

von Gut und Böse'.[69] Ook bij de daden van type 4 gaat het om handelingen die onvoldoende 'fout' zijn voor de kwalificatie onrechtmatig. Tegelijkertijd zou het te ver gaan om van deze daden te zeggen dat ze zorgvuldig (in de zin van rechtmatig) zijn. Het zijn handelingen waar iets aan schort, maar niet zo ernstig dat ze het predicaat onrechtmatig verdienen. Bij type 3 en 4 is de handeling vaak ongewenst, maar rechtens bestaat er onvoldoende reden om de handeling als onrechtmatig te bestempelen. Daarom worden de daden van type 3 en 4 hier verder aangeduid als: *niet-onrechtmatig*.

1.4.8 Bijstelling definitie

In paragraaf 1.2.5 is de rechtvaardigingsgrond gedefinieerd als: 'Een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als onrechtmatig.'

Deze definitie blijkt na het voorgaande te ruim. Immers: ook wie stelt dat de door hem veroorzaakte schade het gevolg is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, richt zich tegen de beoordeling van de daad als onrechtmatig. Toch kan men zo'n verweer niet een rechtvaardigingsgrond noemen. Wat de handelende deed was niet *gerechtvaardigd*; wat hij deed, wordt hem hooguit niet aangerekend. Met een rechtvaardigingsgrond valt de verweerder de aanvankelijk, prima facie, aangenomen onrechtmatigheid aan. Hart beschrijft het beoogd gevolg van zo'n verweer: een 'exception, the effect of which is (…) to defeat the claim'.[70]

De definitie is bovendien te weinig specifiek in de omschrijving van wat het verweer beoogt. Wie zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, is niet alleen van mening dat de daad niet-onrechtmatig is. Zijn betoog berust op de stelling dat zijn handelen *rechtmatig* is, dat hij handelde zoals hij in deze omstandigheden moest.

In paragraaf 1.2.5 is verder als element van de definitie van de rechtvaardigingsgrond genoemd dat de handelende als grondslag van zijn verweer aanvoert dat hij een gegronde reden had te handelen zoals hij deed. Deze omschrijving van het karakter van het verweermiddel blijkt na het voorgaande te algemeen. De verweerder voert niet zomaar een 'gegronde' reden voor zijn handeling aan. Hij beroept zich op een bevoegdheid of zelfs verplichting tot zijn handelen – hij moest bijvoorbeeld een geparkeerde auto aanrijden om een spelend kind te ontwijken. Op grond van de ingeroepen bevoegdheid of plicht

69 Deze verwijzing naar Nietzsche is eerder gebruikt door Hazewinkel-Suringa/Remmelink, om een bepaald type strafuitsluitingsgronden (vervolgingsuitsluitingsgronden) mee aan te duiden (*Hazewinkel-Suringa-Remmelink* 1996, p. 272). Voor rechtvaardigingen zou dat een onjuiste kwalificatie zijn. Gerechtvaardigde daden verdienen het predicaat '*gut*'.

70 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148.

stelt de handelende tot de handeling gerechtigd te zijn. Het verweermiddel blijkt dus te kunnen worden omschreven als een *ingeroepen bevoegdheid*.

De voorlopige definitie moet daarom worden bijgesteld: Een rechtvaardigingsgrond is een verweermiddel, gericht tegen de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig, en sterk genoeg om die kwalificatie te veranderen in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig. Het verweermiddel is een ingeroepen bevoegdheid.

1.5 Definitie en implicaties

1.5.1 Uitwerking van de definitie

De rechtvaardigingsgrond is een ingeroepen bevoegdheid, waardoor de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig verandert in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig.

Deze definitie omvat enkele kwesties die voor een goed begrip van het volgende nog kort moeten worden uitgediept.

1.5.2 Niet bij risicoaansprakelijkheid?

Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt een onrechtmatige handeling. Dat betekent dat in geval van een risicoaansprakelijkheid in principe geen beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. Risicoaansprakelijkheden zijn immers aansprakelijkheden los van eigen onrechtmatig handelen. De aansprakelijkheid komt tot stand buiten enig verwijt aan de aansprakelijke persoon.

Daarbij moet echter worden bedacht, dat diverse risicoaansprakelijkheden een terugkoppeling naar afdeling 6.3.1 (artikel 6:162 e.v.) kennen via de tenzij-clausules.[71] Daarmee wordt ook de werking van de rechtvaardigingsgrond 'binnengehaald'.[72]

Bij andere risicoaansprakelijkheden is de onderliggende grondslag de onrechtmatige daad van een ander dan de aansprakelijke persoon. Denk aan de aansprakelijkheid van de werkgever voor de onrechtmatige daden van zijn ondergeschikten (artikel 6:170). Ook bij dit soort aansprakelijkheden is een

71 Zie bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (6:173), opstallen (6:174) en dieren (6:179). De regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (6:175 e.v.) kent een dergelijke clausule niet, maar wel een aparte opsomming van aansprakelijkheidsuitsluitingsgronden (in 6:178), die de oorspronkelijk voorgestelde tenzij-clausule voor dit type aansprakelijkheid vervangt (zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 11-12).

72 Zie over risicoaansprakelijkheid en rechtvaardigingsgronden: Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 234-241.

beroep op een rechtvaardiging mogelijk, namelijk door degene die de *fout* beging.

In verband met risicoaansprakelijkheden kan het fenomeen rechtvaardigingsgrond dus toch van belang zijn.

1.5.3 Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging

Gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond is dat de handeling niet meer onrechtmatig, maar rechtmatig is. Dat betekent dat tegen een gerechtvaardigde daad niet nogmaals een rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt immers een *onrechtmatige* daad.

Om deze reden is bijvoorbeeld geen noodweer toegelaten tegen een handeling gepleegd in noodweer, zoals de casus van Hilhorst en Van der Berg illustreert.

In Amsterdam komt het tot een treffen van Feyenoord- en Ajaxsupporters. Tussen de Feyenoord-supporters bevindt zich politieagent Van der Berg. Hij is in burger, zonder assistentie van collega's, en dus voor anderen niet herkenbaar als agent. Op zeker moment achtervolgt Van der Berg de Ajaxsupporters, waaronder Hilhorst. Van der Berg trekt zijn pistool en richt dit op Hilhorst; Hilhorst valt Van den Berg daarop aan. Er ontstaat een vechtpartij waarbij Van der Berg letsel oploopt; ook Hilhorst heeft letsel, omdat Van der Berg hem in de hand schiet. Beide partijen beroepen zich – met betrekking tot het letsel van de ander – op noodweer.

In de civielrechtelijke procedure die volgt, is uitgangspunt de chronologisch eerste aanval, waarbij Van den Berg zijn wapen trok, terwijl hij niet als politieman herkenbaar was. Tegenover deze aanval mocht Hilhorst zich verweren. Hij voelde zich door Van der Berg bedreigd en hij kon in de gegeven omstandigheden niet vermoeden dat Van der Berg agent was, aangezien deze niet als zodanig herkenbaar was. De rechtbank concludeert dat

> 'gezien de omstandigheden waaronder een en ander plaatsvond het wederrechtelijke karakter aan de aanval van Hilhorst en de hem te hulp gekomen personen komen te ontbreken'.[73]

Ook Van den Berg beroept zich ook op noodweer. Hij loste tijdens de vechtpartij een schot toen Hilhorst de loop van de pistool omklemd hield. Maar als gevolg van de noodweerbevoegdheid van Hilhorst, was het wederrechtelijk karakter aan de aanval van Hilhorst komen te ontbreken en dan

73 Rb. Amsterdam 19 april 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AL7723, *VR* 1990/91, p. 165.

'komt Van der Berg geen beroep op noodweer toe'.[74]

Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging; tegen noodweer geen noodweer.[75]

1.5.4 Rechtvaardiging ten tijde van handeling

Wie zich op een rechtvaardigingsgrond beroept, doet dit omdat hem wordt verweten dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Om dat verwijt te weerleggen, zal de aangesprokene een rechtvaardiging moeten aanvoeren die ten tijde van de handeling reeds bestond. Een beroep op een omstandigheid of rechtvaardiging die zich voordoet *nadat* de te rechtvaardigen handeling is gepleegd, kan de daad niet meer rechtvaardigen.

Lewin schrijft beledigende publicaties over de communist Nak, waarbij hij de rol van Nak in de Februaristaking van 1941 in twijfel trekt. Zijn artikelen worden door rechtbank en hof als grievend en kwetsend beschouwd. Tegen het oordeel van de rechtbank voert Lewin onder meer de grief aan dat de rechtbank de zaak te eenzijdig beoordeeld heeft, door geen rekening te houden met beschuldigingen en beledigingen die Nak – kennelijk na de gewraakte publicaties – 'om zich heen strooit', in het bijzonder over Mosje Dajan. De grief wordt door het hof verworpen, omdat Lewin ermee miskent dat geen plaats is voor een onderzoek naar 'het gedrag van Nak posterieur aan het tijdstip waarop Lewin zijn beschuldigingen uitte', aldus het hof.[76] Of, zoals Meijers schrijft: 'Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben.'[77]

1.5.5 Geen putatieve rechtvaardiging

Een norm is hierboven, met de omschrijving van Drion, gekarakteriseerd als een voor meer dan één geval geldende rechtsregel.[78] De rechtvaardiging is weliswaar de uitzondering op de norm, maar tegelijkertijd, evenals de norm zelf, een voor meer dan één geval geldende regel. Wanneer in een bepaalde situatie een beroep op noodweer van iemand wordt toegewezen, zal het beroep van een ander, die in dezelfde omstandigheden verkeert, eveneens worden toegewezen. Norm en rechtvaardiging zijn in deze zin objectieve rechtsregels. Hun gelding gaat uit boven het toevallige individuele geval; zij zijn herhaalbaar in andere, soortgelijke situaties.

---

74 Rb. Amsterdam 19 april 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AL7723, *VR* 1990/91, p. 165.
75 Zie in verband met het belang van de volgorde van de handelingen ook HR (Strafkamer) 10 september 2019, ECL:NL:HR:2019:1307, *RvdW* 2019/977.
76 Hof Amsterdam 8 november 1973, ECLI:NL:GHAMS:1973:AC0572, *NJ* 1974/163 (*Lewin/Nak*).
77 Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.
78 Vergelijk par. 1.2.2 *(Normschending in abstracto en normschending in concreto).*

Dat betekent dat een beroep op een vermeende (putatieve) bevoegdheid niet kan dienen als rechtvaardiging. Van een putatieve rechtvaardiging is sprake wanneer de handelende ten onrechte meent dat hij bevoegd is tot zijn handelen. Zoals in de casus die Strijards beeldend schetst:

> 'Een toevallige passant hoort hulpgeschrei uit een woning komen. Het lijkt er bepaald op dat iemand gekeeld wordt. Om binnen te komen en hulp te verlenen slaat de voorbijganger een ruit in. Aanbellen heeft onder de gegeven omstandigheden immers geen zin. In de woonkamer treft hij een opgewekte roodstaartamazone aan, die met een ijver, een betere zaak waardig, gierend hulpgeroep nabootst als verkeerde iemand in levensnood.'[79]

Een putatieve rechtvaardiging bestaat alleen in het hoofd van degene die er een beroep op doet. De handelende vergist zich, houdt de omstandigheden voor anders dan ze werkelijk zijn. Dat kan zijn handelen wellicht verklaren. Maar de individuele beleving van de handelende is te weinig om de gelding van de *norm zelf* te veranderen. De putatieve rechtvaardiging wordt dan ook niet gezien als rechtvaardigingsgrond die de onrechtmatigheid/wederrechtelijkheid opheft. In het strafrecht wordt aangenomen dat het beroep op een putatieve rechtvaardiging ertoe kan leiden dat geoordeeld wordt dat geen sprake is van verwijtbaarheid.[80] Bij de bespreking van de schulduitsluitingsgronden kom ik daarop voor het civiele recht nog terug.[81] De omstandigheden kunnen ook meebrengen dat het *gevolg* van de normschending – in het burgerlijk recht: schadevergoeding – niet onverkort wordt toegepast, bijvoorbeeld in het geval het handelen van degene die zich op de putatieve rechtvaardiging wil beroepen, wordt uitgelokt of opgewekt door degene tegen wie de handeling gericht is.[82]

---

79 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 53. Strijards (*Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117) haalt ook het voorbeeld van een 'putatieve' (want later ingetrokken) vergunning aan, onder verwijzing naar HR, DD 1985, 128.

80 En dus tot een schulduitsluitingsgrond. Zie bijv.: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.7.3.1 en Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.4. Vgl. ook Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 54 en 116-118. Zie ook het overzichtsarrest HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.7.2: bij een beroep op putatieve noodweer moet worden onderzocht of sprake is van verschoonbare dwaling aan de kant van de verdachte. Op deze grond slaagde het beroep op putatief noodweer in Hof Den Haag 9 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2464 en faalde het in Rb. Den Haag 19 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9916.

81 In par. 9.7.3.1 (*Kenbaarheid van de norm*) e.v. Op het voorbeeld van de amazonepapegaai kom ik terug in par. 9.8.4 (*Toerekening op grond van de verkeersopvattingen*), laatste alinea.

82 Zie bijv. Hof Den Haag 12 december 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AG4070, *NJ* 2003/188, r.o. 4.3. Over uitlokking zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke onder 4. De kwestie van uitlokking komt hierna op verschillende plaatsen aan de orde; bij de bespreking van: Culpa in causa (H. 6) in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*); 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*); Relativiteit (H. 10) in par. 10.3.4. 3 (*De uitgelokte aanval*), Invloed op oordeel handeling (H.11) in par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*) en 11.6.2 (*De rol van het*

1.5.6 Geen schadevergoeding op grond van artikel 6:162

Een belangrijk gevolg van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond is dat de grondslag voor de schadevergoeding uit onrechtmatige daad ontbreekt. Aan de voorwaarden van artikel 6:162 lid 1 is immers niet voldaan. Dit artikel regelt de schadevergoedingsverplichting bij onrechtmatig handelen, waarvan bij een rechtvaardigingsgrond nu juist geen sprake meer is.

In het laatste gedeelte van dit boek komen de gevolgen van de aanwezigheid van de rechtvaardiging aan de orde. Daarin wordt aandacht besteed aan de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van de handeling, en de gevolgen ervan voor het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht.[83] Tegen een gerechtvaardigde daad is geen verbodsactie mogelijk. Dat laat zich eveneens afleiden uit de definitie die hierboven is gegeven. Een handeling op grond van een rechtmatige daad is immers uiteindelijk een zorgvuldige, door het recht gewenste, handeling. Het is niet in te zien hoe een dergelijke handeling verboden zou kunnen worden.

Op deze plaats is het goed er alvast op te wijzen dat voor sommige rechtvaardigingen geldt dat deze een verbodsactie blokkeren, maar een schadevergoedingsactie niet. Te denken valt bijvoorbeeld aan het handelen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen.[84] Artikel 6:168 stelt dat een vordering tot een verbod van deze gedragingen zal worden afgewezen, maar een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar is op grond van onrechtmatige daad.[85]

1.5.7 Rechtvaardiging en rechtvaardigingsgrond

De rechtvaardiging die de handelende voor zijn handeling aanvoert, moet krachtig genoeg zijn om de daad als een rechtmatige aan te merken. Voor sommige rechtvaardigingen geldt dat ze inderdaad sterk genoeg zijn om de belangenafweging in het voordeel van de handelende te laten uitvallen. Bij andere rechtvaardigingen is dat niet zonder meer het geval. Niet elke bevoegdheid tot handelen levert een complete rechtvaardiging van de daad op. In het

---

voorafgaand handelen) en Invloed op oordeel vergoedingsplicht (H. 12) in par. 12.5.3 (*Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling*) en in 12.6.3.2 (*De schadevergoedingseis tegen de handelende*), waar (in de laatste alinea) ook het voorbeeld van de amazonepapegaai expliciet wordt besproken.

83 In hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

84 Zie daarover verder par. 4.1.4 (*De onvolledige rechtvaardiging en de aard van de vordering*) en par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*).

85 De gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de schadevergoedingseis en andere vorderingen worden besproken in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

volgende gedeelte van dit boek (*deel II*) staan de mogelijke rechtvaardigingen van schade toebrengend handelen centraal. Daarover nu een enkel woord.

Allereerst kunnen worden onderscheiden de rechtvaardigingen die kunnen bewerkstelligen dat de daad als rechtmatig wordt aangemerkt. Deze rechtvaardigingen zijn *op zichzelf* in staat de omslag in de kwalificatie van onrechtmatig naar rechtmatig te bewerkstelligen. Ze voldoen daarmee aan de hierboven gegeven definitie van rechtvaardigings*gronden*. Ze worden hierna, ter onderscheiding van andere soorten rechtvaardigingen, de *volledige* rechtvaardigingen genoemd en besproken in hoofdstuk 3.

Om twee redenen kan een rechtvaardiging onvolledig zijn. Zij kan ten eerste onvolkomen zijn, omdat er iets aan ontbreekt. Er is bijvoorbeeld niet voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een volledige rechtvaardiging. Of de handelende beroept zich op een bevoegdheid die te zwak is om door haar enkele aanwezigheid de daad als zorgvuldig aan te kunnen merken. Deze gevallen bespreek ik in hoofdstuk 4 als *onvolledige* rechtvaardigingen. Een tweede reden waarom een rechtvaardiging als onvolledig getypeerd kan worden, geldt in het geval de handelende zich baseert op een voorwaardelijke of tijdelijke rechtvaardiging. Op het moment van zijn handelen heeft hij dan weliswaar een complete, toereikende bevoegdheid, maar op dat moment weet hij ook dat het voortbestaan van die bevoegdheid niet gewaarborgd is. Deze soort bespreek ik als *voorwaardelijke* rechtvaardigingen in hoofdstuk 5.

1.5.8 De betrokken partijen

In iedere situatie waarin iemand zich op een rechtvaardiging moet beroepen, zijn vier steeds terugkerende aspecten te onderscheiden. Er is:

1. een oorzaak van de situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging;
2. iemand die handelend optreedt in de ontstane situatie;
3. een reden waarom moet worden opgetreden: het belang dat moet worden gered;
4. schade veroorzaakt.

Deze aspecten vallen samen met de bijdrage van verschillende bij de situatie betrokken partijen. Die verschillende bijdragen licht ik kort toe, aan de hand van een voorbeeld van Meijers: Er is brand gesticht, en iemand grijpt de deken van een ander om daarmee de voor een derde dreigende dood door verbranding te voorkomen.[86] In dit geval zijn vier verschillende betrokken partijen te onderscheiden.

86 In zijn noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 e.v., op p. 1553. Het gegeven dat de brand is *gesticht*, is door mij aan het voorbeeld van Meijers toegevoegd.

Allereerst is er iemand die de situatie teweegbrengt waarin een beroep op rechtvaardigingsgrond noodzakelijk is. Hij is degene die de reden tot ingrijpen *veroorzaakt*. In het zojuist gegeven voorbeeld is dat de brandstichter.

Vervolgens is er een ingrijpende persoon. Deze *handelt* in de ontstane situatie. Hij brengt daarbij schade toe en beroept zich op een rechtvaardiging wanneer hij tot vergoeding daarvan wordt aangesproken. In het voorbeeld is dit degene die de deken wegrukt om iemand te redden.

Verder is te onderscheiden: degene wiens belang wordt behartigd. De nood waarin deze persoon verkeert, vormt de reden tot ingrijpen; zijn belang vertegenwoordigt de *reden tot ingrijpen*. Meestal is dit dus de geredde persoon of het geredde belang, dan wel de bedreigd(e) persoon (of het bedreigde belang). In het voorbeeld is dat degene die dreigt te verbranden.

Tot slot is er de schadelijdende persoon. Dit is degene *ten koste van wie* is opgetreden om het bedreigde belang te redden. Hij is ook degene tegenover wie het beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan. In het voorbeeld van Meijers is dit de eigenaar van de deken.

In een situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond zijn de zojuist besproken aspecten, als gezegd, altijd aanwezig. Als aan elk van de vier betrokkenen een rol moet worden toegekend, gaat het om deze:

1. de veroorzaker;
2. de handelende;
3. de belanghebbende;
4. de benadeelde.

Aan het bovenstaande moet onmiddellijk worden toegevoegd dat de verschillende rollen niet altijd zo precies over vier verschillende partijen verdeeld zullen zijn. Verschillende rollen kunnen samenvallen in een partij. Zo kan de veroorzaker van de noodsituatie ook de belanghebbende zijn, in het voorbeeld van Meijers: als de brandstichter zelf in brand komt te staan en gered moet worden. Ook kan de handelende tegelijkertijd benadeelde zijn, in het voorbeeld van Meijers: als de handelende bij zijn reddingsactie zelf schade oploopt. Op dit soort 'verdichtingen' wordt aan het slot van dit boek, bij de bespreking van de schadevergoedingsplicht uitgebreider ingegaan.[87]

87 Zie hoofdstuk 12. In par. 12.2 (*De betrokken partijen*) wordt de rol van de verschillende betrokken partijen nader besproken, met de belangrijkste variaties op het basisschema.

1.6 Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld

1.6.1 Plaatsbepaling

Niet alleen de grens tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid wordt in dit boek onderzocht. Ook het grensgebied tussen onrechtmatigheid en schuld wordt bestudeerd. Dit komt pas in zicht als de grens rechtmatig/onrechtmatig is gepasseerd. Vergelijk daarover nogmaals Loth, die aangeeft waarom een rechtvaardigingsgrond vooraf gaat aan een schulduitsluitingsgrond (door hem 'excuus' genoemd):

> 'Een excuus is pas aan de orde als het handelen niet gerechtvaardigd is. Excuseren is immers het aanvoeren van een verklarende reden terwijl een rechtvaardigende reden ontbreekt. Logisch gezien gaat een rechtvaardiging aan een excuus vooraf, en pragmatisch gezien impliceert het aanvoeren van een excuus de erkenning dat het handelen niet gerechtvaardigd is.'[88]

1.6.2 Het karakter van rechtvaardiging en schulduitsluiting

Uit het voorgaande volgt wat de werking is van de rechtvaardigingsgrond: zij werkt normvormend en normhervormend. Een handeling die zich aanvankelijk liet aanzien als een normschending, blijkt rechtmatig bij aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In soortgelijke gevallen zal evenmin sprake zijn van een normschending. De rechtvaardiging geeft derhalve informatie over hoe de norm voortaan moet worden toegepast. Strijards spreekt over de 'norm-heroriënterende werking':

> 'de (…) norm wordt genuanceerd: *dit* geval wordt er *niet meer* door bestreken. Niet meer: de nuance kan voor vergelijkbare gevallen worden geprolongeerd'.[89]

Geheel anders van aard is de schulduitsluitingsgrond. Deze zet de norm *zelf* niet buiten werking. Hij brengt alleen mee dat de geldende norm niet wordt toegepast op deze handelende (strafrechtelijk: dader). De reden daarvoor is deze:

---

88 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 23. In dezelfde zin (voor het strafrecht) Strijards: 'Vanzelfsprekend komen de schulduitsluitingsgronden nà de rechtvaardigingsgronden, zoals deze weer, op hun beurt, een 'te rechtvaardigen gedraging' en daarmede een vastgestelde dader vooronderstellen. *Schuld*, in de zin van: verwijtbaarheid, veronderstelt iets 'verkeerds', in het strafrecht: iets onrechtmatigs', *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 40.

89 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 37. Cursiveringen in origineel.

> 'Bij een schulduitsluitingsgrond treedt het strafrecht terug voor een (hyperindividuele) innerlijke toestand van de dader. De normhandhaving eist niet, dat een dader, die het "niet helpen kon" gestraft wordt.'[90]

Het citaat betreft het strafrecht. Maar de werking van een schulduitsluitingsgrond is in het civiele recht niet anders.[91]

Een schulduitsluitingsgrond laat de norm onaangetast. Hij verklaart alleen waarom het normale gevolg van een normschending in een bijzondere, bepaalde situatie buiten toepassing blijft. In het geval van een rechtvaardigingsgrond is van een normschending juist geen sprake meer. Hij geeft, om nog eenmaal Strijards te citeren,

> 'voor de toekomst aan, welke actieradius de norm *niet* meer heeft'.[92]

1.6.3 Het belang van rechtvaardiging en schulduitsluiting

Dit boek gaat, als gezegd, over de grenzen van de onrechtmatige daad.

Uit het hierboven omschreven karakter van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden vloeit voort dat de eerste groep veel belangrijker voor het onderzoeksonderwerp is dan de tweede. Immers: rechtvaardigingen raken aan de normschending, dus de eventuele onrechtmatige daad zelf; schulduitsluitingen niet. Deze laatste betreffen alleen de handelende (dader) in kwestie en laten de norm onverlet. Over de grenzen van de onrechtmatige daad verschaffen ze derhalve niet veel informatie. Om die reden is in deze studie een aanzienlijk prominenter plaats toebedacht aan rechtvaardigings- dan aan schulduitsluitingsgronden.

Er is nog een andere reden waarom de schulduitsluitingsgronden er wellicht wat bekaaid afkomen. Die reden is een inhoudelijke en daarmee loop ik vooruit op wat ik verderop in dit boek zal betogen.[93] Mijns inziens is – tenminste na de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 – het nut van de schulduitsluiting voor het civiele recht nagenoeg afwezig. Immers: zelfs als sprake is van een schulduitsluitingsgrond, kan toerekening op grond van wet of verkeersopvattingen plaatsvinden. Overigens is al in 1987 door Langemeijer betoogd dat strafrechtelijke schulduitsluitingsgronden de civielrechtelijke aansprakelijkheid niet opheffen. Hij stelt:

> 'Dat de eerste (verwezen wordt naar strafrechtelijke schulduitsluitingsgronden, MF) civielrechtelijke aansprakelijkheid niet aantasten, lijkt wel evident.'[94]

---

90 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 39.

91 Vgl. ook Hart, *Punishment and responsibility* 1968, p. 13-14 en Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 22-23.

92 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 39. Cursivering in origineel.

93 Bij de bespreking van de fenomenen schuld en schulduitsluiting in hoofdstuk 9 (*Schuld*).

94 Langemeijer, *Veroorlovende normen* 1987, p. 302.

Die evidentie is voor veel civilisten echter minder groot dan Langemeijer aannam. In dit verband hoeft maar te worden gewezen op de verschillende civielrechtelijke handboeken, die alle een uitgebreide bespreking bevatten van schulduitsluitingsgronden. Daarbij wordt meestal ook een opsomming van juist de strafrechtelijke schulduitsluitingen gegeven.[95]

Maar als gezegd: schulduitsluitingsgronden zijn voor het huidige civiele recht mijns inziens van marginale betekenis. De lengte van de bespreking ervan in deze studie (die slechts een hoofdstuk omvat) is in overeenstemming met de betekenis die ik aan het onderwerp toeken.

1.7 Tot slot

In dit eerste hoofdstuk van de Terreinverkenning is het onderzoeksterrein omschreven, zijn de basisbegrippen uit deze studie gedefinieerd en is aangegeven op welke plaatsen in het boek de belangrijkste kwesties verder worden besproken.

Voordat in deel II (*Ordening*) een indeling en beschrijving van de verschillende soorten rechtvaardigingen wordt gegeven, moet eerst worden stilgestaan bij de vraag naar de vergelijkbaarheid van strafrecht en burgerlijk recht. Veel rechtvaardigingsgronden in het civiele recht zijn namelijk rechtstreeks overgenomen uit het strafrecht. Veel van de kennis omtrent rechtvaardigingen eveneens. Dat roept de vraag op in hoeverre het mogelijk is strafrechtelijke leerstukken te gebruiken in een civielrechtelijke context. Deze vraag staat centraal in het nu volgende hoofdstuk, waarmee de Terreinverkenning besluit.

95 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/70, *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/108 e.v.

2 Strafrecht en burgerlijk recht

2.1 INLEIDING

2.1.1 Rechtvaardigingsgronden in de parlementaire geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek

In 1992 wordt het begrip rechtvaardigingsgrond geïntroduceerd in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Al in eerdere voorstellen tot codificatie waren bepaalde rechtvaardigingsgronden te vinden. Zo bevatte het ontwerp Van der Linden (1807/1808) de bepaling:

> 'Doodslag of kwetsing uit noodweer, of bij ongeluk, geven geen regt om vergoeding te vorderen.'[1]

Het Wetboek Napoleon voor het Koningrijk Holland (1809) en het Ontwerp van 1820 kenden een soortgelijke regeling,[2] alleen was hierin de term 'ongeluk' vervangen door 'toeval', respectievelijk 'onvermijdelijk toeval'.

In het BW van 1838 was een dergelijke bepaling niet opgenomen. Maar het wetboek van 1992 brengt een algemene regeling, in artikel 6:162 lid 2:

> 'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

De toelichting op het nieuwe fenomeen is uiterst summier; zij omvat nauwelijks anderhalve bladzijde. In dat korte bestek wordt het begrip rechtvaardigingsgrond gedefinieerd, van enige voorbeelden voorzien, èn wordt aangegeven wat het effect van de aanwezigheid ervan is op de schadevergoedingsverplichting.[3] Bij deze toelichting sta ik wat uitgebreider stil.

---

1 Derde Boek, Dertiende Titel, Artikel 6 (gebr. uitg.: 'Heruitgave met enige nog onuitgegeven stukken', verzorgd door J.Th. de Smidt, Amsterdam 1967).

2 In artikel 1321 (gebr. uitg.: Koninklijke Staatsdrukkerij, 1809), resp. 3024 (gebr. uitg.: tweede uitgave, 'benevens de opheldernde Memorie', met voorrede van J. de Bosch Kemper, Leiden, 1864).

3 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616-618.

De wetsontwerpers stellen dat een daad die 'naar de algemene omschrijving onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatig karakter kan verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. Uitgelegd wordt: 'De rechtvaardigingsgronden zijn de voor meer dan één norm geldende uitzonderingen.'[4] Dat is te herkennen als de ingedikte versie van de hierboven al aangehaalde beschrijving van H. Drion, die luidt: 'Ziet men in de normen van geschreven of ongeschreven recht de voor meer dan één *geval* geldende rechtsregels, dan zijn de rechtvaardigingsgronden de voor meer dan één *norm* geldende uitzonderingen.'[5]

Onderscheiden wordt vervolgens tussen rechtstreeks op de wet gebaseerde en 'andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien'.[6] Vooral de laatste categorie, die van wat wel de *buitenwettelijke* rechtvaardigingsgronden worden genoemd,[7] achten de ontwerpers van groot belang.[8] Veel meer valt erover echter niet te lezen. Zelfs een voorbeeld van zo'n grond ontbreekt. Kennelijk wordt hier vertrouwd op de elders in het ontwerp 'aan wetenschap en rechtspraak overgelaten' nadere bepaling van de inhoud van rechtvaardigingsgronden.[9]

Uitgebreid geven de wetsontwerpers echter aan wat hun voor ogen staat bij de rubriek *wettelijke* rechtvaardigingsgronden:

> 'Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming (...). Voorts zijn ook in het civiele recht "overmacht" (noodtoestand) en noodweer rechtstreeks op de wet gebaseerde rechtvaardigingsgronden, indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht en in het concrete geval "overmacht" of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter ontneemt. Tenslotte zou men tot deze categorie van rechtvaardigingsgronden ook kunnen rekenen de bepaling van artikel 25 Wegenverkeerswet, voor zover men daarin leest een algemene rechtvaardigingsgrond voor overtreding van de concrete verkeersregels in gevallen waarin het opvolgen van die regels de veiligheid van het verkeer in gevaar zou brengen.'[10]

Uit het citaat blijkt hoezeer het civielrechtelijk denken over rechtvaardigingsgronden is beïnvloed door het strafrecht. Drie groepen wettelijke rechtvaardigingsgronden worden beschreven, die alle van strafrechtelijke herkomst zijn.

---

4 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616, waarbij wordt verwezen naar Hofmann/Drion/Wiersma, *Het Nederlandse verbintenissenrecht* 1959 (zie de volgende noot).

5 Hofmann/Drion/Wiersma, *Het Nederlandse verbintenissenrecht* 1959, p. 99. Zie over deze definitie hierboven, par. 1.2.2 (*Normschending in abstracto en normschending in concreto*).

6 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

7 Zie bij voorbeeld Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46.

8 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

9 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

10 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

Aan de eerste groep (kortweg: wettelijke plicht of bevoegdheid en ambtelijk bevel) wordt een algemene gelding toegekend, maar zij is rechtstreeks afkomstig uit het strafrecht, waar de gronden sinds 1886 wettelijk zijn vastgelegd.[11] Alleen de ook tot deze rubriek gerekende zaakwaarneming is een niet-strafrechtelijke figuur.

Voor het inroepen van de tweede groep rechtvaardigingsgronden (overmacht of noodtoestand en noodweer)[12] wordt in de zojuist geciteerde passage zelfs een overtreding van strafrechtelijke bepalingen voorondersteld. Deze beperking is in de civielrechtelijke literatuur echter niet overgenomen. Algemeen worden de klassieke strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden gezien als *de* voorbeelden van gronden die ook in het civiele recht kunnen dienen ter rechtvaardiging van onrechtmatig handelen.[13]

Artikel 25 WVW tenslotte (betreffende het verbod het verkeer zonder noodzaak te belemmeren), wordt in de geciteerde passage al direct aangemerkt als een strafrechtelijke bepaling die in het civiele recht kan doorwerken.

2.1.2 Het strafrecht en de civielrechtelijke begripsvorming

Het zojuist besproken gedeelte uit de parlementaire geschiedenis is exemplarisch voor de invloed van het strafrecht op het denken over rechtvaardigingsgronden in het burgerlijke recht. Nagenoeg alle civielrechtelijke hand- en studieboeken openen de bespreking van rechtvaardigingsgronden met een opsomming van de in artikel 40 e.v. Sr. genoemde gronden; overmacht (noodtoestand), noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel.[14] En in de meeste volgt daarna niet veel meer.[15]

Dat in de civiele literatuur zo vaak naar het strafrecht wordt verwezen, is goed te begrijpen. Rechtvaardigingsgronden zijn, als gezegd, al in de tweede helft van de negentiende eeuw in het Wetboek van Strafrecht opgenomen. Daarop is een overvloedige, in de rechtspraak uitgewerkte, casuïstiek gevolgd. Verder kent het strafrecht een rijke literatuur op het gebied van de rechtvaardi-

11 Zie de artikelen 42 en 43 Sr.

12 Zie de artikelen 40 en 41 Sr.

13 Zie bijvoorbeeld: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89-93.

14 Zie nogmaals *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89-93.

15 In *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019, volgt in de nrs. 94-97 nog wel een bespreking van andere 'rechtvaardigingsgronden', maar de besproken gronden (uitgezonderd de in nr. 94 genoemde zaakwaarneming) verdienen die naam niet, omdat ze geen van alle in staat zijn op zichzelf de omslag van de kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig' in 'rechtmatig' te veranderen. Zie verder hierna, par. 3.12, waar de door Asser/Sieburgh genoemde gronden nader worden beschouwd. Ook Van Dam noemt naast de strafrechtelijke gronden nog ongeschreven rechtvaardigingsgronden, maar bespreekt alleen toestemming (dat mijns inziens geen rechtvaardiging is, zie hierna, par. 3.9) en risico-aanvaarding (dat ook volgens Van Dam, met verwijzing naar HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*) geen rechtvaardiging is), zie *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 213, m.n. 213-3 en 213-4.

gingsgronden. Over elk van de gronden, genoemd in de artikelen 40-43 Sr. bijvoorbeeld, is ten minste één Nederlands proefschrift verschenen.[16] Zoals hierboven bleek, kan het Nederlandse burgerlijke recht bij lange na niet bogen op zo'n traditie. Het denken over rechtvaardigingsgronden staat hier (ook 30 jaar na invoering van het BW) nog aan het begin van zijn ontwikkeling. De nadere bepaling van de inhoud van het onderwerp door wetenschap en literatuur die de civiele wetgever voorzag,[17] moet nog geheel van de grond komen.[18]

Voor een civielrechtelijke studie over rechtvaardigingsgronden lijkt het dan ook voor de hand te liggen gebruik te maken van de strafrechtelijke kennis over het onderwerp.[19] Maar dat is bepaald niet onproblematisch. Is het namelijk wel mogelijk een strafrechtelijke rechtsfiguur, al dan niet rechtstreeks, toe te passen in een civielrechtelijke context? En, zo ja, in hoeverre kan men daarbij in het civiele recht gebruikmaken van de strafrechtelijke dogmatiek?

De kwestie van de vergelijkbaarheid van straf- en civielrecht is al geruime tijd geleden ook aangeroerd door Sieburgh.[20] Na een korte beschrijving van de achtergronden en doeleinden van strafrecht en burgerlijk recht komt zij tot de conclusie dat een feit dat niet strafbaar is vanwege een strafrechtelijke rechtvaardiging, vanuit het burgerrechtelijke gezichtspunt 'niet in al zijn facetten' gerechtvaardigd behoeft te zijn.[21] Volgens haar 'is de buitencontractuele fout zowel in haar bestaansvoorwaarden als in de gronden voor de

16 Voor de geïnteresseerde civilist een kort overzicht. Over overmacht: Bronkhorst, *Overmacht* (diss.) 1952; Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding* (diss.) 1998 en Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006. Daarbij mag niet onvermeld blijven het schitterende opstel van Hazewinkel-Suringa (die eerder promoveerde op een civielrechtelijk onderwerp) *Enige beschouwingen over overmacht*, 1948. Over noodtoestand: 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925. Over noodweer: Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, en de negentiende eeuwse studies van Grothe, *Noodweer* (diss.) 1890, Huijse, *Noodweer* (diss.) 1898 en De Vries van Buuren, *Overschrijding bij noodweer* (diss.) 1892. Over wettelijk voorschrift: Van Praag, *Wettelijk voorschrift* (diss.) 1890; Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959. Over ambtelijk bevel: Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991. Over strafuitsluiting in het algemeen: Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss.) 2005. Daartegenover is van het civiele recht slechts te noemen: Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998.

17 Zie nogmaals TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

18 Dezelfde observatie is te vinden bij Cornelis en Van Ommeslaghe voor het Belgische burgerlijk recht. Zij stellen: 'Profondément lié à la responsabilité, qui est fondée sur la "faute", le fait justificatif ne transparaît, en droit belge, que dans les applications concrètes des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il n'est cependant invoqué que très rarement en tant que tel devant les tribunaux belges. La jurisprudence ainsi que la doctrine lui ont consacré peu d'attention; il s'agit donc d'une notion qui reste à découvrir' (Cornelis & Van Ommeslaghe, *Les faits justificatifs* 1984, p. 265-266).

19 Zo past A-G Spier in zijn conclusie voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*) in een noodweercasus de strafrechtelijke begrippen proportionaliteit en subsidiariteit rechtstreeks toe in een civielrechtelijke context.

20 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 647-683.

21 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 658-659.

uitsluiting daarvan autonoom ten opzichte van het strafrecht'.[22] De verklaring daarvoor zoekt zij in het verschillend perspectief en verschillende doelen van strafrecht en burgerlijk recht.[23]

Mijn stelling is een andere. Zoals in dit hoofdstuk zal blijken, vertonen rechtvaardigingen (dus de gronden voor uitsluiting van aansprakelijkheid voor de 'buitencontractuele fout') in straf- en civielrecht vergaande gelijkenis. De op beide rechtsgebieden nagestreefde doelen zijn (althans: op het terrein waarop rechtvaardigingsgronden een rol spelen) niet wezenlijk verschillend. En bij de beoordeling van het beroep op een rechtvaardigingsgrond gelden in strafrecht en burgerlijk recht dezelfde criteria ('bestaansvoorwaarden', in de terminologie van Sieburgh). Voor het feit dat de *uitkomst* van die beoordeling in het burgerlijk recht niettemin anders kan zijn dan in het strafrecht, zie ik twee belangrijke verklaringen, die allebei niet afdoen aan de vergelijkbaarheid: een formele (procesrechtelijke, die verband houdt met de procespartijen en hun bewijsposities) en een materiële (die verband houdt met het *gevolg* van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond en de grondslag van de schadevergoedingsplicht). Op beide aspecten ga ik in dit hoofdstuk in.

Hierboven zijn de vragen gesteld in hoeverre in het civielrecht gebruik kan worden gemaakt van strafrechtelijke kennis van rechtvaardigingsgronden en de daaraan rakende leerstukken als culpa in causa en proportionaliteit en subsidiariteit. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, moet men inzicht hebben in de functie die rechtvaardigingsgronden in beide rechtsgebieden vervullen. Dat vereist enige kennis van de in beide rechtsgebieden geldende normen. Immers: als een rechtvaardigingsgrond een uitzondering is op een norm,[24] moet men, om de uitzondering te leren kennen, iets weten over datgene waaróp zij uitzondering vormt: de norm zelf. En die normen staan in beide rechtsgebieden niet op zichzelf. Ze beschermen bepaalde belangen, met bepaalde middelen en met een bepaald doel. Vergelijking van rechtvaardigingsgronden in straf- en civielrecht is uiteindelijk vergelijking van beide rechtsgebieden zelf. Daarmee kom ik op de basale vraag: wat *is* strafrecht en wat *is* burgerlijk recht?

22 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 683.
23 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 657 en 658.
24 Zoals de wetsontwerpers stellen op de reeds aangehaalde plaats: TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

2.1.3 Vorm of norm?

Wat is recht? Een 'leeg woord', kan men Van Haersolte nazeggen.[25] Wie niettemin een antwoord op de vraag probeert te zoeken, kan het probleem, grof uitgedrukt,[26] op twee manieren benaderen: 'Recht is een systeem',[27] of: 'Recht is moraal.'[28] Vorm of norm? De keuze tussen beide karakteriseringen komt aan de orde bij Suijling, die uiteindelijk de voorkeur geeft aan een formele omschrijving van recht:

> 'In zijn werking vertoont het recht geen eigenschappen, die het steeds en altijd tegenover moraal en zeden plaatsen. Tevergeefs zoekt men daarom naar nimmer falende materiële kenmerken, die zouden vergunnen deze groepen van regelen scherp uiteen te houden. Er rest dus niets anders dan ons met een formeele onderscheiding te vergenoegen. Zede en zedelijkheid zijn gedragsregels, die de individuen voortbrengen. Het recht daarentegen is een maatschappelijke orde, door den staat ingesteld of erkend.'[29]

Met het kiezen voor een definitie van recht als ofwel een ordeningssysteem ofwel een normenstelsel gaat onvermijdelijk het verband tussen beide kenmerken verloren. Het recht vormt weliswaar de juridische orde van een bepaalde samenleving. Maar die ordening komt voort uit, steunt op, en beschermt de in deze samenleving bestaande normen. Om een beeld te krijgen van beide rechtsgebieden worden in dit hoofdstuk daarom de verschillen op beide niveaus bezien.

Eerst op het ordeningsniveau: *wat* regelen straf- en civielrecht, en: *hoe*, dat wil zeggen: met welke middelen? Besproken wordt daarbij wat de functie van deze middelen is.

Daarna komt het meer inhoudelijke, normatieve, niveau aan de orde: welk karakter hebben de *normen* die dienen ter bescherming van de verschillende belangen (de vraag wordt besproken voor het rechtsgebied dat in deze studie

---

25 R.A.V. van Haersolte, *'Het lege woord recht'*, in: *De Gids*, 1971, opgenomen in: Van Haersolte, *De mens en het zijne* 1984, p. 101-104. Elders onderscheidt hij een dertiental elementen 'die in het als "recht" aangeduide soms (...) voorkomen'. Zie zijn: *'Wat is recht?'*, *AA* 1979, eveneens opgenomen in: Van Haersolte, *De mens en het zijne* 1984, p. 200-209, m.n. p. 203/204.

26 Te grof uitgedrukt. Van Haersolte onderscheidt drie benaderingswijzen van het rechtsbegrip: 'Sommige auteurs leggen de nadruk op de feitelijke, andere op de morele aspecten, weer andere op het formeel-systematische moment in "het" rechtsbegrip', zie *'Wat is recht?'*, in *De mens en het zijne* 1984, p. 204. De eerstgenoemde groep blijft hier buiten beschouwing.

27 P.W. Brouwer, *Samenhang in recht. Een analytische studie* (diss. Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff 1990, p. 1.

28 Nieuwenhuis, 'Confrontatie en compromis', in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 4. Ook reeds in *AAe* 1985, p. 421, annotatie bij HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961 (*Renteneurose*).

29 Suijling, *Inleiding 1-1* 1918, p. 3.

centraal staat: het aansprakelijkheidsrecht)[30] en welk *gevolg* heeft daarbij de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond?

Voordat deze kwesties aan de orde komen, eerst een korte verklaring van de te gebruiken begrippen.

2.1.4 Doel en functie

Bij het zoeken naar verschillen tussen strafrecht en burgerlijk recht is het goed zich te bezinnen op doel en functie van beide rechtsgebieden. Ik zal de rechtsgebieden en de verschillen ertussen aan de hand van deze elementen bespreken. Maar omdat beide begrippen nogal eens door elkaar worden gebruikt,[31] zet ik eerst uiteen wat ik met doel en functie bedoel.

Onder *doel* versta ik: datgene wat men in de rechtsgebieden beoogt, waarnaar men streeft.[32] Het begrip doel opgevat in deze zin komt overeen met de term doeleinde.[33]

Met *functie* bedoel ik hier: de wijze waarop strafrecht en burgerlijk recht (feitelijk) werken.[34]

2.1.5 Recht: doel, werking en middel; gelaagde structuur

Ieder rechtsgebied heeft ten doel bepaalde belangen te beschermen. Daartoe worden normen geformuleerd. Verder worden middelen gekozen om die normen te handhaven, of op overtreding ervan te reageren. Men kan zeggen: in deze middelen krijgt de rechtsbescherming gestalte. Daarover nu nog een enkele opmerking.

De verhouding tussen recht en middel is te beschrijven als een gelaagde structuur. Voor het burgerlijk recht is die als volgt te schetsen. Binnen het burgerlijk recht geeft het *verbintenissenrecht* aan welke regels gelden voor verbintenissen tussen burgers. Het *aansprakelijkheidsrecht* regelt de aanspraken die burgers ontlenen aan die verbintenissen; het gaat om 'handhaving van aanspraken door middel van sancties'.[35] Aansprakelijkheidsrecht is sanctierecht. Het *schadevergoedingsrecht* tenslotte, betreft één van die sancties: de schadevergoeding.

---

30 Over de focus op dit rechtsgebied zie par. 2.1.6 (*Focus op het onderzoeksgebied*).

31 Zie bijvoorbeeld Hartlief, die onder de kop 'functies' afwisselend spreekt van doel, functie, doelstelling en effect. *Rede Leiden* 1997, p. 16-23.

32 Vergelijk de omschrijving in Van Dale: '*doel*: (-6.) datgene waarnaar men streeft, dat men zoekt te bereiken, te verwezenlijken'.

33 Volgens Van Dale: '*doeleinde*: (-1.) datgene waarnaar men streeft'.

34 Vergelijk nogmaals Van Dale: '*functie*: (-3): als zodanig werken'.

35 Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020/5, p. 6.

De verhouding tussen verbintenissenrecht en schadevergoeding is dus uiteindelijk deze: het *middel* schadevergoeding dient het *doel* van het aansprakelijkheidsrecht, namelijk: het handhaven van aanspraken. En daarmee dient het het doel van het verbintenissenrecht: het nakomen van verbintenissen. Feitelijk werkt het recht dus via zijn middelen. Deze verwevenheid van rechtsgebied en middel maakt het niet eenvoudig recht en middel gescheiden te bespreken.[36] Zij verklaart ook waarom men dezelfde functies nu eens beschreven ziet als functies van de zorgvuldigheidsnorm (als onderdeel van het verbintenissenrecht),[37] dan weer als functies van aansprakelijkheidsrecht,[38] en ook wel als functies van compensatiesystemen, dus van schadevergoedingsrecht.[39]

Het strafrecht kent dezelfde verbondenheid tussen recht en middel. Zo behandelt Hazewinkel-Suringa/Remmelink in het hoofdstuk 'Strafrechtstheorieën' voornamelijk theorieën over (het nut, of de rechtvaardiging van) *straf*.[40]

In dit hoofdstuk zal ik de bespreking van recht en middel zoveel mogelijk gescheiden houden. Eerst wordt bezien wat het doel is van strafrecht en burgerlijk recht. Daarna wordt nagegaan hoe deze rechtsgebieden functioneren en komen de middelen ter sprake. Ook van deze middelen wordt nagegaan wat hun functie is.

2.1.6 Focus op het onderzoeksgebied

In dit boek worden rechtvaardigingen in het aansprakelijkheidsrecht onderzocht. Doel van dit hoofdstuk is daarom na te gaan in hoeverre het onderzochte van belang is voor de vergelijking tussen strafrecht en civielrecht op het punt van rechtvaardigingen. Om die reden wordt de aandacht uiteindelijk vooral gericht op het terrein waar deze rechtvaardigingen een rol spelen. Voor het burgerlijk recht is dat het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

De bespreking in dit hoofdstuk kent eenzelfde gelaagdheid als in de vorige paragraaf geschetst. Zij verloopt van algemeen naar concreet, dus van het algemene doel van het rechtsgebied, via de werking ervan, naar de gehanteerde middelen. Dat is een nogal omslachtige methode (de lezer zij gewaarschuwd). Maar voordeel is dat de verschillen tussen straf- en civielrecht duidelijk in beeld komen en daardoor de vraag kan worden beantwoord of de gesignaleer-

36 Vergelijk Bloembergen, *Schadevergoeding* (Mon.) 1982: 'Hoewel het schadevergoedingsrecht nu apart is geregeld in afdeling 6.1.9, blijft het nauw verbonden met het aansprakelijkheidsrecht. Daarom zal het niet steeds mogelijk zijn het aansprakelijkheidsrecht buiten de deur te houden' (p. 1).

37 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 199 e.v.

38 Nieuwenhuis, *Rede Groningen* 1997, p. 18.

39 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, hoofdstuk 17, p. 403-455.

40 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, H. 5, p. 889-922.

de verschillen een vergelijking op het gebied van rechtvaardigingsgronden in de weg staan.

Over de vragen wat strafrecht en burgerlijk recht beogen en op welke wijze dat doel wordt nagestreefd (zie paragraaf 2.2), kan in vrij algemene termen worden gesproken. Om de werking van het recht te behandelen (in paragraaf 2.3), moet echter al worden gedifferentieerd tussen verschillende typen aansprakelijkheid scheppende feiten. Bij de behandeling van de relatie tussen normschending en rechtvaardiging (in paragraaf 2.4) wordt tenslotte gefocust op één type tot aansprakelijkheid leidend feit: de normschending waarbij een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden gedaan. Grofweg gaat het dan om de aansprakelijkheid voor een fout: de toerekenbare onrechtmatige daad (dan wel het toerekenbare strafbare feit).

2.2 Straf- en civielrecht: ordeningssystemen

2.2.1 Doel van het recht: openbare en particuliere belangenbescherming

> 'Onder recht verstaat men algemeen (...) een geheel van regels die betrekking hebben op de handelingen der mensen als leden ener samenleving. (...) De strekking van het recht is orde in de menselijke samenleving te scheppen.'[41]

Het recht brengt orde in de maatschappij. Het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht doen dat op verschillende niveaus. Het strafrecht heeft als doel de bescherming van het *algemene* belang, de *openbare* orde. Het burgerlijk recht betreft het microniveau van de *privé*-orde.[42] Het heeft als doel de bescherming van het *eigen*belang van rechtssubjecten. Nu kan dit 'eigenbelang' weliswaar bestaan uit een streven zich in te zetten voor (een onderdeel van) het algemeen belang. De rechtspraak geeft op dit gebied een illuster beeld van belangenorganisaties met namen als: De Stichting Miljoenen Zijn Tegen;[43] Vereniging Das en Boom;[44] Stichting Reinwater,[45] Urgenda.[46] Maar in deze gevallen gaat het om het algemeen belang, zoals dat wordt opgevat door de betreffende organisatie, dus door *dit* rechtssubject. Dat hoeft niet overeen te

41 Meijers, *Algemene Begrippen* 1948, p. 7.

42 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/6 en Sieburgh, *Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?* 2002, p. 97, l.k. Vgl. ook Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst* (diss.) 2010, p. 444, die opmerkt dat elke verdergaande karakterisering van het verschil tussen straf- en civielrecht vrijwel op voorhand is gedoemd af te stuiten op een golf van kritiek.

43 Vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249, *NJ* 1998/656 en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217 (*Miljoenen zijn Tegen*).

44 In bijv. Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF5785, *NJ* 2003/144 (*Das en Boom*).

45 Zie HR 25 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1284, *NJ* 1996/362 (*Reinwater*).

46 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730, *NJ* 2020/19 (*Urgenda*).

komen met het algemeen belang, zoals dat wordt gezien door de in een democratisch land aangewezen belangenbehartigers: regering en parlement.[47]

De zojuist gegeven doelomschrijving toont het eerste wezenlijke verschil tussen straf- en burgerlijk recht. Beide rechtsgebieden bedoelen verschillende soorten belangen te beschermen: het algemene belang van de samenleving respectievelijk het particuliere belang van het rechtssubject.[48]

Uit het feit dat het om verschillende belangen gaat, vloeit logisch voort dat *verschillende belangenbehartigers* optreden, wanneer een normovertreding heeft plaatsgevonden. Als beschermster van het algemene belang in het strafrecht is de overheid de aangewezen instantie. Zij treedt *namens* de geschokte rechtsorde op tegen de verdachte. Als behartiger van het particuliere belang in het civielrecht treedt op degene wie het aangaat: hij wiens belang geschonden is. Daarmee is overigens niet een zelfstandig verschilpunt opgespoord, omdat het (als gezegd) rechtstreeks volgt uit het feit dat de door straf- en civielrecht beschermde belangen andere zijn. Maar het gegeven dat het in beide rechtsgebieden gaat om verschillende belangen en verschillende belangenbehartigers heeft wel processuele gevolgen. Het verklaart de verhouding tussen de procespartijen, en de debatstructuur in een procedure. Die punten werk ik uit in paragraaf 2.2.4 en 2.2.5.

2.2.2 De grens tussen publiek- en privaatrecht?

Strafrecht en burgerlijk aansprakelijkheidsrecht beschermen verschillende soorten belangen: het algemene en het particuliere belang. Voor een bespreking van de verschillen tussen straf- en civielrecht zou men daarom aansluiting kunnen zoeken bij de algemenere indeling van de rechtsstof in publiek- en privaatrecht.

Daarmee is in ieder geval het zojuist (in paragraaf 2.2.1) geschetste verschil tussen de rechtssubjecten en hun belangen in beide rechtsgebieden te verklaren. Een oude klassieker over deze kwestie is het proefschrift van Loeff, volgens wie het grote verschil tussen publiek- en privaatrecht is

> 'dat de Staat in het publiekrecht verhoudingen vestigt tusschen zich zelf en den onderdaan, in het privaatrecht tusschen de onderdanen onderling. De eerste soort schept betrekkingen van ondergeschiktheid, de tweede van gelijkheid; in de eerste soort staat de onderdaan altijd met een plicht en nooit met een recht tegenover

47 Kritisch over de relatie tussen door belangenorganisaties beschermde belangen en andere belangen: E.J. Daalder, *Belangenorganisaties, de door hen behartigde belangen en het andere belang*, in: De landsadvocaat, voor deze (1999), p. 53-61. Over de ongeschiktheid van het burgerlijk recht om het algemeen belang te dienen: W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467, p. 3020-3024.

48 Vgl. ook Sieburgh, *Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?* 2002, p. 97, l.k.

> den Staat; in de tweede soort daarentegen staat de eene staatsonderdaan tegenover den ander als gerechtigde tegenover verplichte, en omgekeerd.'[49]

De onderscheiding is nog altijd te hanteren,[50] maar ik geloof niet dat zij voor het doel dat in dit hoofdstuk wordt nagestreefd uiteindelijk een verhelderende is. Strafrecht en burgerlijk aansprakelijkheidsrecht beschermen verschillende belangen, met verschillende middelen. Maar ze stemmen overeen wat het *karakter* van de bescherming betreft. Zij zijn beide *sanctie*recht.[51] Ze reageren (weliswaar op verschillende niveaus) op verstoringen van de maatschappelijke status quo. In beide gevallen, ik heb dat reeds aangegeven, gaat het om de vergeldende rechtvaardigheid. Alleen de *aard* van de 'vergelding' (neutraler geformuleerd: reactie) verschilt. Daar ga ik nu op in.

2.2.3 Doel van het middel: straffen en herstellen

Niet alleen in de te beschermen belangen onderscheiden straf- en burgerlijk recht zich van elkaar. Ook de middelen om die belangen te behartigen, verschillen. Die middelen zijn van velerlei aard. Omdat hier rechtvaardigingsgronden te onderzoeken zijn, moet de aandacht, wat het burgerlijk recht betreft, beperkt blijven tot het middel waarmee het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht reageert op een normschending.[52] Dat is primair: schadevergoeding.[53] En wat het strafrecht betreft, dit kent als voornaamste middel straf.[54]

---

49 J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburg 1887, p. 33/34.

50 Voor een moderne variant zie: Nico Kwakman, die onderscheidt tussen normenstelsels 'die betrekking hebben op uitgesproken "horizontale" rechtsbetrekkingen (het civiele recht) en (…) die betrekking hebben op "verticale rechtsbetrekkingen" (het bestuursrecht, het ordeningsrecht en het strafrecht)', *Convergentie en divergentie* 2013, p. 529.

51 Over burgerlijk recht als sanctierecht vgl. Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon.) 2018. Zie over de gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht: Ahsmann, *Van 'delictum' tot 'delict'* 1995, p. 11-22, die overigens vooral (en terecht) het oog heeft op strafrecht en privaat *aansprakelijkheids*recht.

52 De rechtsvorderingen verbod en bevel (3:296) blijven daarbij hier buiten beschouwing. Deze maatregelen kunnen immers ook worden gevraagd als de normschending nog niet heeft plaatsgevonden. Zie over het verbod Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978 en Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, 2019. Ook de verklaring voor recht (3:302) blijft hier onbesproken. Een declaratoire uitspraak is geen reactie op een onrechtmatige gedraging; door haar komt de eventuele onrechtmatigheid alleen vast te staan. Zie Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978, p. 123-124 en over de verklaring voor recht: Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss.) 2015.

53 Bijzondere vormen van schadevergoeding als schadevergoeding anders dan in geld (6:103), winstafdracht (6:104) en rectificatie (6:167/196) komen hier alleen ter sprake voor zover het speciale karakter van deze vormen daartoe aanleiding geeft.

Straf is te omschrijven als de 'rechtens beoogde leedtoevoeging aan de dader',[55] als reactie op een schending van een strafrechtelijke rechtsnorm.[56] Doel van straf is dus leed toevoegen.[57] In de gekozen definitie van straf zijn de woorden *rechtens beoogd* essentieel. Enerzijds omdat in het strafrecht leedtoevoeging *beoogd* is, hoewel deze door de dader niet als zodanig behoeft te worden ervaren: 'Misschien ziet een bepaalde delinquent zijn boete als een stukje bedrijfsonkosten, of de tbr als een zwaarder straf dan straf', aldus Van Haersolte.[58] Anderzijds omdat ook de civielrechtelijke schadevergoeding als leedtoevoeging aan de aansprakelijke kan zijn bedoeld door de benadeelde, of als leedtoevoeging kan worden gevoeld door de aansprakelijke. In het civiele recht is deze leedtoevoeging echter niet *rechtens* beoogd.[59] Schade vergoeden is schade compenseren, 'goedmaken'.[60] Doel van schadevergoeding is het herstellen van de oude toestand.[61]

Maar even belangrijk als het eerste deel van de definitie is het laatste. Straf is leed toevoegen *aan de dader*. Straf volgt op een laakbare handeling waarvoor de dader moet boeten; het strafrecht wil de dader raken.[62] Het burgerlijke

54 Geregeld in art. 9 Sr. Daarnaast bestaan natuurlijk de maatregelen (waarvan de belangrijkste zijn de vrijheidsbenemende of -beperkende maateregelen, zoals de terbeschikkingstelling, en de maatregelen met betrekking tot zaken en vermogensrechten, zoals de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel), neergelegd in art. 36a-38u Sr. Zie daarover verder: Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss.) 2002.

55 De definitie is ontleend aan R.A.V. van Haersolte, 'Een drastische taal', in: A.L. Melai e.a., *Bij deze stand van zaken, opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, opgenomen in: Van Haersolte, *De mens en het zijne* 1984, p. 211.

56 Zie Ten Voorde, *Recht tot straffen* 2015, p. 12.

57 Hierbij past, wellicht ten overvloede, een nuancering. Weliswaar heeft straf een punitief karakter en wordt deze opgelegd op grond van een normschending, maar het strafrecht kent ook andere sancties: de al eerder genoemde maatregelen. Deze worden niet opgelegd op grond van een strafbaar feit, maar naar aanleiding daarvan. Grondslag is niet vergelding, maar primair verbetering, herstel in de oude toestand of voorkoming van gevaar. Zie bijv. Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/11.2.1. Zie verder Ten Voorde, *Recht tot straffen* 2015, passim.

58 Van Haersolte, *Een drastische taal* 1983, p. 212.

59 Een uitzondering moet hier worden gemaakt voor de vergoeding van niet-vermogensschade, waarvan de wetsontwerpers stellen dat zij 'het geschokte rechtsgevoel van de getroffene' kan bevredigen, 'doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd'. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 377.

60 Aldus de eerste betekenis van vergoeden volgens Van Dale: 'goedmaken, een gelijke waarde geven voor'. Als tweede betekenis wordt genoemd: 'als compensatie geven'.

61 Daaronder versta ik ook de ongedaanmaking van een verrijking van de aansprakelijke persoon, die door Bloembergen als apart doeleinde van schadevergoeding wordt onderscheiden. Zie zijn *Schadevergoeding* (Mon.) 1982, p. 5, en Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020/8, p. 14.

62 Een probleem doet zich voor bij een straf als de geldboete, of schadevergoeding als maatregel, waarbij men vaak niet weet 'door wie het geld wordt opgebracht', zie Th.W. van Veen, *Inleiding Materieel strafrecht in beweging*, *AA* 1994/1, p. 8; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996 beschouwt het (vanwege de oncontroleerbaarheid) als een reële opvatting van de Hoge Raad dat niet wordt geëist dat de boete door de veroordeelde zelf wordt betaald, zie p. 699,

aansprakelijkheidsrecht daarentegen, is gericht op het vergoeden van de schade *van de benadeelde (het slachtoffer)*. Het staat onverschillig tegenover de vraag wie deze vergoeding uiteindelijk betaalt.[63] In veel gevallen zal dat niet eens de aansprakelijke zelf zijn, maar bij voorbeeld zijn verzekeraar, of, als de aansprakelijke in gemeenschap van goederen is gehuwd: de huwelijksgoederengemeenschap. Sterker: een vordering tot betaling *door de aansprakelijke persoon zelf* zal in het burgerlijk recht niet snel (kunnen) worden toegewezen.[64]

Strafrecht en burgerlijk aansprakelijkheidsrecht. In beide rechtsgebieden gaat het, althans waar het de aansprakelijkheid voor een *verwijtbare* gedraging betreft,[65] om de vergeldende rechtvaardigheid.[66] Maar in het strafrecht is

---

met verwijzing naar o.m. HR 5 maart 1906, *W.* 8345. Vgl. evenwel voor het nakomen van een opgelegde verplichting door de aansprakelijke persoonlijk: Rb. Roermond 29 maart 1999, ECLI:NL:RBROE:1999:3037, *NJ* 1999/608.

63 Een uitzondering moet worden gemaakt voor de gesubrogeerde verzekeraar in het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Zie HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526, *NJ* 1993/566 (*IZA/Vrerink*) en de arresten HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1740, *NJ* 1997/700-702 (*Marloes de Vos*) en HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, *NJ* 1998/402 (*Van Keulen/Trias II*). Hier is het rechtens *niet* irrelevant of de schade door het slachtoffer zelf wordt gedragen of niet.

64 Het tegendeel is bepleit door M.A.B. Chao-Duivis, die betoogt dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad moet kunnen vorderen dat de schadevergoeding wordt betaald door de aansprakelijke persoonlijk, in: 'Vergelding als schadevergoeding', *NJB* 1990/14, p. 513-520. Los van oncontroleerbaarheid en de zojuist geschetste (m.i. terechte en logische) civielrechtelijke desinteresse in de herkomst van het geld waarmee de vergoeding wordt betaald, zie ik fundamentele obstakels. Hoewel het civiele aansprakelijkheidsrecht zeker niet vrij is van bestraffende elementen (ik bespreek ze hierna in 2.3.4.4), en het op grond van artikel 6:103 op zichzelf mogelijk is om allerlei creatieve vorderingen in te dienen, meen ik dat het civiele proces niet dient voor het nemen van wraak op of vergelding aan de aansprakelijke persoon. Strafdoelen verwezenlijken met civielrecht lijkt mij een onaanvaardbare doorkruising van het strafmonopolie van de overheid.

65 In par. 2.3.4 e.v. zal ik betogen dat voor ándere tot aansprakelijkheid leidende feiten het civiele recht een geheel ander doel (en functie) heeft.

66 Vgl. voor het burgerlijk recht bijv. Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 17.5. Voor het burgerlijk recht heeft Van Boom de visie dat het privaatrecht 'slechts' de vergeldende rechtvaardigheid dient als 'achterhaald' gekwalificeerd. Zie Van Boom, *Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid* 2002, p. 90. Hij wijst op 'privaatrechtelijke verschijnselen als ongelijkheidscompensatie, bescherming van zwakkeren, onevenredig getroffenen (…), rechterlijke matiging en wellicht zelfs de categorie van ongelukkige samenloop van omstandigheden', die 'met de beste wil van de wereld' niet worden verklaard met een beroep op zuiver vergeldende rechtvaardigheid, zie Van Boom & Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* 2002, p. 90/91. Ik twijfel of veel auteurs het hele privaatrecht als louter vergeldend zullen aanmerken, maar de karakterisering van privaatrecht als vergeldende rechtvaardigheid lijkt mij inderdaad te ruim omschreven. Vergelding is geen functie van het gehele aansprakelijkheidsrecht, zij kan niet dienen ter verklaring van ieder type aansprakelijkheid, maar wel van bepaalde typen. Daarop kom ik hierna, in 2.3.4, uitgebreid terug. De karakterisering van privaatrecht als vergeldende rechtvaardigheid lijkt mij overigens zinnig en werkbaar als het gaat om de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht. Zij kan dan verklaren waarom in het ene rechtsgebied andere criteria gelden voor de beoordeling van een schadevergoedingseis dan in het andere. Zie bijvoorbeeld: J.H. Nieuwenhuis, '*De kunst van het gelijke*', *R.M.Themis* 1989, p. 123-124 en P.W. Brouwer, 'De rechtvaardiging van bestuurscompensatie', in: A.M.

dat een morele vergelding: *aan* de dader, *om* wat hij heeft misdaan. De vergelding in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht zou men in dit opzicht amoreel kunnen noemen:[67] Zij behoeft niet te worden voltrokken aan de aansprakelijke en zij vindt lang niet altijd plaats omdat de aansprakelijke iets heeft misdaan.[68] In deze zin is wellicht te begrijpen de uitroep van Modderman bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van het Wetboek van Strafrecht:

> 'Ongetwijfeld zijn er op het gebied van het privaatrecht tal van onderwerpen die in schoonheid, diepte en belangrijkheid met het strafrecht gelijk staan – die namelijk waarbij (...) de goede zeden en de openbare orde rechtstreeks betrokken zijn (...). Maar overigens! Overigens is het publiek recht, bovenal het strafrecht, even ver verheven boven het privaatrecht, als de ideële goederen der menschheid verheven zijn boven de materieele belangen van het menschdom.'[69]

2.2.4 Uitwerking 1: de verhouding tussen de procespartijen

Strafrecht en burgerlijk recht beschermen verschillende belangen. Daaruit vloeit voort, het is hierboven al gezegd,[70] dat ook de *belangenbehartigers* verschillen. Dat heeft gevolgen voor de hoedanigheid van de procespartijen in de twee rechtsgebieden. In beide is de 'gedaagde'[71] de vermeende normovertreder. Dat kan een rechts- of natuurlijke persoon zijn. Maar in het strafrecht vindt die normovertreder altijd als *eisende* partij tegenover zich de overheid, als

---

Hol, M.A. Loth & M.A.P. Bovens, *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 89-97.

67 Met de nadruk op 'in dit opzicht'. Het burgerlijk recht houdt zich in het algemeen niet bezig met de vraag of de aansprakelijke *persoonlijk* boet voor het gebeurde; in zoverre is het zonder morele preoccupatie. In andere opzichten kan men het burgerlijk recht bezwaarlijk amoreel noemen. Voor het *vestigen* van aansprakelijkheid is schuld in de zin van verwijt – weliswaar niet de enige, zoals in het strafrecht, maar wel – een van de belangrijkste grondslagen. Ook in de fase van het vaststellen van de *omvang* van de schadevergoedingsplicht (aan de hand van afdeling 6.1.10) is schuld een factor van gewicht. Ik kom daarop nog terug in par. 2.3.3 (*Van Veen: het verband tussen de aard van het delict en de functie van straf*).

68 Wat het laatste betreft: dat zal afhangen van het tot schadevergoeding verplichtende feit. Ik kom daarop terug in par. 2.3.3 (*Van Veen: het verband tussen de aard van het delict en de functie van straf*) en 2.3.4 (*Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen*) e.v.

69 *Smidt I* 1891, p. 23 (Inleiding, Grondslagen en Algemeene strekking, Antwoord der Regeering), r.k. Een ander geluid is overigens te horen bij Hazewinkel-Suringa, die aan het slot van haar inaugurele rede haar studenten voorhield: 'Wel beschouw ik het als mijn taak U te behoeden voor die eigenaardige geringschatting, die in civielrechtelijke kringen nog al te dikwijls ten aanzien van het strafrecht heerscht' (rede UvA 21 maart 1932, p. 28).

70 Zie par. 2.2.1 (*Doel van het recht: openbare en particuliere belangenbescherming*).

71 Het begrip staat tussen aanhalingstekens, omdat het in het strafrecht geen gebruikelijke terminologie is om de verdachte mee aan te duiden.

vertegenwoordigster van de geschokte rechtsorde.[72] In het civiele recht treft hij als eiser een andere natuurlijke of rechtspersoon. Deze laatste kan uiteraard ook de overheid zijn, maar die treedt dan op voor zichzelf, omdat haar eigen belang geschonden is.

De hier geschetste verhouding tussen eiser en gedaagde komt tot uitdrukking in de plaats die beide partijen innemen gedurende de rechtszitting. In het strafproces staat de verdachte (schuin) *tegenover* zijn aanklager, het Openbaar Ministerie, dat op een verhoging zetelt, aan de zijkant van het podium waarop ook de rechter zit.[73] In het burgerlijk proces staan eiser en gedaagde *naast* elkaar in de zaal, samen tegenover de rechter op het podium boven hen.[74] Ook in de aan de gedaagde in de rechtszaal toebedachte plaats is dit verschil zichtbaar. In de strafzaak zit de verdachte in zijn eentje middenvoor het forum waarvoor hij geroepen is, met zijn advocaat naast zich.[75] De verdachte staat terecht, en wel in persoon. In de civiele procedure zitten eiser en gedaagde op gelijke hoogte in de zaal, naast, en gescheiden door, hun advocaten. Partijen staan daarbij niet terecht. Partijen hebben samen een conflict, dat zij wensen[76] uit te vechten voor de rechter.[77] Hiermee is een andere karaktertrek gegeven: de partijen in het burgerlijk recht zijn soortgelijk en gelijkwaardig.[78] In het strafrecht zijn ze per definitie ongelijkwaardig[79]

---

72 Mogelijk ook het slachtoffer, maar dat betreft dan een andere kwestie (vergoeding van de schade die deze door het misdrijf heeft geleden), waarbij civielrechtelijke maatstaven van toepassing zijn. Over dat onderwerp reeds: G.E. Langemeijer, 'Het strafrecht en de benadeelde', *NJB* 1938, p. 29-37 en 53-60 en M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding van slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985 (met rechtsvergelijkende notities) en (over de victimologische wending in het strafrecht:) H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: SUN 1993. Aan het slot van deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de recente ontwikkelingen m.b.t. de positie van het slachtoffer in het strafrecht.

73 Over de inrichting van de zittingszaal zie recentelijk het lezenswaardige artikel van K. Freeke en W. Monster, *'Design of Justice, Over het ontwerp van de zittingszaal'*, in *Strafblad* 2020/5, p. 296-299.

74 Daarmee wordt ook letterlijk uitdrukking gegeven aan de door De Hullu beschreven horizontale gerichtheid in de civiele rechtsverhouding tegenover de verticale, meer vergeldende *'sanctionering'* van het strafrecht, *Materieel strafrecht* 2021, I.3.2.1 (p. 29).

75 Over diens positie: Th.A. de Roos, *Verdediging van belangen: het belang van de verdediging* (rede Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1991.

76 Althans: partijen zien zich er kennelijk toe gedwongen. Nog juister: de eiser ziet zich er kennelijk toe gedwongen.

77 Zie over deze kenschets verder Corstens/Borgers & Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht* 2018, I.3 (p. 10), die het civiele proces als accusatoir beschrijft en het strafproces als (getemperd) inquisitoir.

78 Vgl. over deze principiële gelijkwaardigheid: Zwalve, *De autonomie van strafrecht en civielrecht* 1995, p. 24.

79 Vgl. ook Kwakman, *Convergentie en divergentie* 2013, p. 529. Cleiren wijst er overigens op dat 'de gelijkwaardigheid van de positie van de verdachte groeit naarmate de strafprocedure vordert', C.P.M. Cleiren, 'Kruisbestuiving': procesposities in strafrecht en privaatrecht', in: *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht* 1995, p. 83.

– daar staat de verdachte tegenover het Openbaar Ministerie 'als staatsapparaat'.[80]

Verder is de aandacht in het strafproces eenzijdig gericht: op de verdachte. De rechter gaat daarbij 'zelfstandig en actief op zoek naar de waarheid'.[81] In het burgerlijk proces is de rechter meer lijdelijk, gaat uit van de tussen partijen vaststaande feiten, en verdeelt zijn aandacht over de beide procespartijen, waarbij hij ook onderzoekt of het conflict tussen hen beiden niet (alsnog) op een minnelijke wijze is op te lossen.[82]

Deze een- en tweezijdigheid is ook kenmerkend voor de beoordeling van de handeling. In het burgerlijk proces staan benadeelde en aansprakelijk gestelde tegenover elkaar. Hun geschil draait om de vraag of de daad van deze handelende onrechtmatig was of niet. Maar dat betekent niet dat de blik alleen gericht is op de persoon van de aansprakelijk gestelde en op zijn handeling. Bezien wordt bijvoorbeeld in hoeverre het handelen van de aansprakelijk gestelde onrechtmatig was jegens *deze* benadeelde.[83] Verder kan bij de toets van de door de *aansprakelijk gestelde* in acht genomen zorgvuldigheid worden gelet op de mate van voorzichtigheid die de aansprakelijk gestelde van de *benadeelde* mocht verwachten.[84] En tegenover het geschonden belang van de benadeelde kan de aansprakelijk gestelde zich beroepen op belangen aan *zijn* zijde die meebrengen dat de daad niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, waartegen de benadeelde weer kan aanvoeren waarom deze in casu toch niet doorslaggevend kunnen zijn.[85] De toets is derhalve tweezijdig. Oordelen over een handeling is in het burgerlijk recht: belangen afwegen. En binnen die belangenafweging spelen rechtvaardigingen een grote rol.[86] Ze

80 Van Maanen, in *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2015/5. (In de bewerking van Lindenbergh (2018) is de term overigens niet meer terug te vinden.) Juist vanwege deze ongelijkwaardigheid maakt Cleiren bezwaar tegen de kwalificatie van de verdachte als procespartij. Zie: 'Een grensoverschrijdende verdachte', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht. Een bundel opstellen geschreven door medewerkers van de Afdeling Straf-(proces)recht, Rijksuniversiteit te Leiden*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

81 Aldus Crijns en Van der Meij, 'Over de grenzen van materiële waarheidsvinding', in: R.A. Haveman e.a. *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 49. Zij komen tot de conclusie dat het strafproces beter is ingericht om tot vaststelling van de materiële waarheid te komen dan het burgerlijk proces (t.a.p., p. 50).

82 Vergelijk Hoofdstuk 5 van het Landelijk Reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, dat na de conclusie van antwoord in principe een comparitie van partijen voorschrijft. Nagenoeg altijd zal de rechter tijdens deze 'comparitie na antwoord' een minnelijke schikking beproeven.

83 Zie artikel 6:163.

84 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

85 Het probleem van de belangenafweging en de rol van rechtvaardigingsgronden daarbij komt uitgebreid aan de orde in de hoofdstukken 8 (*Onrechtmatigheid*) en 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

86 Zie daarover nogmaals de hoofdstukken 8 (*Onrechtmatigheid*) en 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

hebben daarmee niet alleen gevolg voor de procespositie van de gedaagde, maar ook voor die van de eiser.

In het strafproces is de toets eenzijdig: *de verdachte staat terecht*. Hierbij is geen sprake van een afweging van belangen tussen de procespartijen. Voorwerp van onderzoek zijn de gedragingen van de verdachte. En alleen van hem. Daarmee is niet gezegd dat het handelen van de processuele wederpartij nooit van belang zou kunnen zijn. Het proces tegen de verdachte moet op een eerlijke manier worden gevoerd; het bewijsmateriaal moet rechtmatig zijn verkregen.[87] Maar dan gaat het om de formele vereisten die vervuld moeten zijn, wil men toekomen aan de (materiële) beoordeling van de daad van de verdachte. Binnen laatstgenoemde toets is het handelen van de staat als procespartij niet relevant.

Eveneens een geheel andere is in het strafrecht uiteraard, maar dit wellicht ten overvloede, de positie van het *slachtoffer.* Daarmee wijkt het strafrecht in nog twee opzichten van het civiele recht af. Ten eerste: een door het slachtoffer aan de verdachte gegeven toestemming hoeft de werking van het strafrecht, als de delictsomschrijving vervuld is, niet te blokkeren, zoals bij voorbeeld het euthanasievraagstuk duidelijk maakt.[88] Ten tweede: het slachtoffer is geen partij in het strafproces, maar 'procesdeelnemer'.[89] Over zijn positie in het proces bestond lange tijd scepsis,[90] in de woorden van Prosser en Keeton:

> 'So far as the criminal law is concerned, the victim will leave the courtroom empty-handed.'[91]

87 Uitgebreid: C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989. Zie over de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht verder Corstens/Borgers & Kooijmans, *Nederlands strafprocesrecht* 2018, III.1-3 (p. 45-67), Mevis, *Capita Strafrecht* 2013, p. 489-492 en 645-650. I.v.m. het bewijs: zie de Pettense campingmoord HR (Strafkamer) 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:634.

88 Voor andere voorbeelden zie: *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 355 e.v.

89 Over diens positie, zie de oratie van T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, Tilburg: Tilburg University 2011, p. 28-39, m.n. p. 32-39.

90 Zie in dat verband voor het burgerlijk recht bijv.: W.H.M. Reehuis, *Schadevergoeding in het strafrecht* (rede Groningen), Deventer: Kluwer 1992, en Zwalve, De autonomie van het strafrecht en civielrecht 1995, p. 26-28. Voor het strafrecht: Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (rede Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996, m.n. p. 38-42. In 'Rechtsorde of slachtoffer' betoogde Den Harder dat slachtoffers zich na hun 'wraakactie' bij de strafrechter niet beter voelen dan de slachtoffers die geen actie hebben ondernomen (W. den Harder, *NJB* 2004, p. 1207-1212). Daar werd overigens al direct ook anders over gedacht. Zie o.a.: J.J.M. Van Dijk en M.S. Groenhuijsen, 'Schadevergoedingsmaatregel en voeging; de civielrechtelijke invalshoek', *NJB* 1993/5, p. 163-167.

91 *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984, p. 7. In de volledig herziene bewerking van Dobbs, *The Law of Torts* 2000, is de passage verdwenen.

Inderdaad schuurt de praktijk op een aantal punten, volgens alle betrokken procesdeelnemers.[92] De strafzaak kan voor het slachtoffer een teleurstellende ervaring opleveren.[93] Uiteindelijk gaat het immers niet om zíjn verhaal, maar om dat van de verdachte, wat ook de strafrechter voor problemen kan stellen. Deze worden beschreven door strafrechter Wieland in een interview ter gelegenheid van zijn afscheid als rechter:

> 'Er is mijns inziens slecht nagedacht over de gevolgen van de wettelijke positie die het slachtoffer heeft gekregen in het strafproces. Nog voordat je de feiten hebt vastgesteld, moet je als rechter met het slachtoffer in gesprek. Dat kan lastig zijn. Wel empathie voor het slachtoffer maar geen oordeel over de dader. Alsof een rechter een Tefal-pan is waaraan niets blijft plakken.'[94]

Dat de strafrechtadvocatuur niet altijd gelukkig zal zijn met het spreekrecht voor slachtoffers, spreekt bijna voor zich.[95]

Niettemin is de eigen plaats van het slachtoffer in het strafproces in Nederland inmiddels simpelweg een vast gegeven,[96] met de schadevergoedingsmaatregel in 36f Sv, en de regeling in Titel IIIA van het spreekrecht (art. 51e Sv) en de vordering benadeelde partij (art. 51f jo 361 Sv).[97] De laatste proces-

92 Onder voorzitterschap van Donner is over de schadevergoeding aan slachtoffers in april 2021 aan de minister voor rechtsbescherming advies uitgebracht, zie het rapport *Op verhaal komen. Naar een afgewogen, consistent en betaalbaar stelsel voor compensatie van slachtoffers van een strafbaar feit*. Het rapport is bij brief aan de Tweede Kamer aangeboden, zie *Kamerstukken II* 2020/21, 33552, 83. Zie over het advies ook T. Hartlief, 'Het verhaal van slachtoffers van strafbare feiten', *NJB* 2021, p. 1373.

93 Voor een verslag van zo'n ervaringsdeskundige zie Folkert Jensma, 'Een slachtoffer bij de zitting is onbeschermd', *NRC* 2 september 2017, p. E9.

94 Strafrechter Frank Wieland, *Afscheidsinterview NRC* 21/22 december 2019, p. 34. Aanmerkelijk positiever is officier van justitie Jironet, *De zitting als ritueel* 2020,

95 Fel daarover is bijv. P. Plasman, *Weg met het slachtoffer*', *Advocatenblad* 20 september 2017, p. 66-69. Aanmerkelijk positiever is officier van justitie Jironet, *De zitting als ritueel* 2020, met het verhaal van slachtoffer Rose onder 4 (p. 306-307).

96 Een schets van de 'nieuwere ontwikkelingen' geeft Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/1.9. Zie verder bijv. Cleiren, 'Het slachtoffer, een persoon met rechten?', in: *Nieuwenhuisbundel* 2009, p. 479-493, die hier een taak ziet voor civilisten en strafrechtsbeoefenaren gezamenlijk. Bij de Wet uitbreiding slachtofferrechten van 21 april 2021, *Stb.* 2021, 220 (*Kamerstukken* 35 349) is de positie van het slachtoffer in het strafrecht verstevigd.

97 Over de vordering benadeelde partij wees de Hoge Raad (met in zijn samenstelling de voorzitter en twee leden van de strafkamer en twee leden van de civiele kamer) een overzichtsarrest op 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, *NJ* 2019/379 (*Overzichtsarrest vordering benadeelde partij*). Annotator Vellinga wijst (in zijn annotatie onder 9) op de bewijsproblemen waarmee de strafrechter te maken krijgt. Hij moet twee soorten regels van bewijsrecht toepassen: het bewijs van de tenlastelegging wordt beoordeeld naar de regels van strafprocesrecht; het bewijs van de vordering naar civiel procesrecht. Op die problemen was vanuit strafrechtelijke hoek (en voorafgaand aan het arrest) gewezen door Felix & Schild, *Stelplicht, bewijslastverdeling en de civiele vordering* 2019, p. 850-857 en J. Candido, '*Civiel bewijsrecht toepasselijk op vordering benadeelde partij?*', *NJB* 2012/824. Zij komen allen tot een andere conclusie dan de Hoge Raad in 2019.

rechtelijke figuur dwingt de strafrechter tot (grondige) kennis van het civiele recht.[98]

Crijns noemt de ontwikkelingen als voorbeeld bij zijn constatering dat privaatrecht en publiekrecht in toenemende mate met elkaar in aanraking komen en zich door elkaar laten inspireren.[99]

2.2.5 Uitwerking 2: debatstructuur en bewijslast

Ook in de wijze waarop het debat voor de rechter verloopt, verschillen strafrecht en civielrecht.[100] Daarbij zijn naar mijn mening drie zaken van belang, die overigens onderling samenhangen: bewijslast, legaliteitsbeginsel en onschuldpresumptie.

In het procesrecht rust in beginsel op de eisende partij de plicht te bewijzen dat de voorwaarden voor het ingeroepen rechtsgevolg (strafbaarheid of aansprakelijkheid) zijn vervuld. Dat geldt zowel voor het strafrecht als het burgerlijk recht.

Voor het strafrechtelijk bewijs is van belang artikel 1 Sr, dat het legaliteitsbeginsel omvat: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan vooraf gegane wettelijke strafbepaling.' Hieruit volgt onder andere dat verboden gedragingen in de delictsomschrijving nauwkeurig worden beschreven en dat niet mag worden gestraft op grond van ongeschreven recht.[101] In het strafproces vormt de delictsomschrijving (waarnaar de tenlastelegging verwijst) een dwingend richtsnoer voor datgene wat te bewijzen is: de strafbaarheid van de verdachte. Dat betekent overigens dat soms de afwezigheid van een rechtvaardiging moet worden vastgesteld, ook zonder dat de verdachte daarom vraagt.[102] Vergelijk bijvoorbeeld artikel 310 Sr, dat eist dat het goed 'wederrechtelijk' moet zijn weggenomen.[103] Illustratief in dit verband is Leijten over de 'verhaalstructuur' in het strafrecht:

---

98 Behalve het bewijs van de vordering (zie de vorige voetnoot), moet immers ook de inhoud van de vordering naar civiel recht worden beoordeeld. Vellinga concludeert (annotatie onder 14) terecht dat het overzichtsarrest van 28 mei 2019 (*NJ* 2019/379) laat zien dat de beoordeling van de vordering 'een gedegen beheersing van het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht' vraagt.

99 Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst* (diss.) 2010, p. 395.

100 Zie over dit onderwerp vooral ook het opstel van Dreissen, *Het bewijs van excepties* 2020, p. 232-238. Onder 4 (p. 235-236) vergelijkt zij de bewijslastverdeling in privaat- en strafrecht.

101 Zie uitgebreid over het legaliteitsbeginsel: M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet* (rede Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987, m.n. p. 15-23 en 45-53.

102 Zie reeds hierboven, par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*), met verwijzing naar o.m. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, par. 1.3, m.n. p. 19-21.

103 In dat geval moet de wederrechtelijkheid, en dus de afwezigheid van toestemming, als bestanddeel van het strafbare feit worden bewezen. Zie daarover bijv. Jörg, Kelk & Klip, *Strafrecht met mate* 2019, par. 5.3.

> 'De verdachte zal er zijn verhaal niet in terugkennen. Enigszins verwonderd was hij al toen de rechter hem zo uitdrukkelijk vroeg of hij van de eigenaar toestemming had gekregen om dat mooie video-apparaat uit diens huiskamer weg te halen. Om de stemming niet te bederven zegt hij maar niet dat hij anders waarschijnlijk niet voor het gerecht zou staan.'[104]

De rol van de verdachte in het strafproces kan, algemeen gezegd,[105] een reagerende worden genoemd. Uitgangspunt is het (door de wettelijke delictsomschrijving gestuurde) gestelde in de tenlastelegging. De rechter dient de overtuiging te krijgen dat dit ten laste gelegde wettig en overtuigend is bewezen.[106] Taak van de verdachte is dus twijfel te zaaien, en hij krijgt daarbij het voordeel van die twijfel.[107]

In dat opzicht is het debat over de aansprakelijkheid in civiele proces geheel anders gestructureerd. Het is een heen en weer redeneren tussen partijen, waarbij de wettelijke regels het karakter hebben van een 'agenda' voor het debat, waarbij het nu eens ligt op de weg van de ene partij, dan weer op die van de andere om zich op een bepaalde regel te beroepen.[108]

Verder is wat het te leveren bewijs betreft een opmerkelijk verschil te constateren met het strafrecht. Als hoofdregel geldt *ook* in het civiele proces: Wie stelt, bewijst (150 Rv). Maar in bepaalde opzichten kan de rechter de eiser in zijn bewijsnood tegemoetkomen, bijvoorbeeld door de bewijslast te verlichten, of zelfs om te draaien. Dat kan betekenen dat het aan de *gedaagde* is om zijn onschuld aan te tonen. Een voorbeeld daarvan is de omkeringsregel. Deze regel wordt toegepast als in een concreet geval vast staat dat sprake is van schending van een norm die strekt tot voorkoming van een specifiek gevaar, en de eiser aannemelijk heeft gemaakt dat juist dit gevaar zich in heeft verwezenlijkt. De regel houdt in dat het condicio sine qua non verband tussen normschending en schade wordt aangenomen en de gedaagde moet bewijzen dat de schade ook zonder de normschending zou zijn ontstaan.[109] In het strafrecht zal een dergelijke bewijslastverdeling, in verband met de onschuldpresumptie, zeer slecht denkbaar zijn. Immers: ieder die wordt beschuldigd

---

104 J.C.M. Leijten, *We need stories* (rede Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 7.

105 Er zijn uitzonderingen, zoals bewijsvermoedens (zie bijv. art. 36e lid 3 Sr, over vaststelling van wederrechtelijk verkregen voordeel, en Rb. Noord-Holland 27 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2834, over witwassen).

106 De bewijsmaatstaf is dat de feiten waarop het oordeel is gebaseerd 'buiten gerede twijfel' moeten zijn, vgl. Dreissen, *Het bewijs van excepties* 2020, p. 236-238.

107 Zie daarover Jansen, *In dubio pro reo bij strafuitsluitingsgronden?* 2020, p. 127-129. Hij wijst er daarbij op (p. 128) dat niet elke twijfel een voordeel voor de verdachte oplevert – op een hoogst onwaarschijnlijk alternatief scenario hoeft de rechter bijvoorbeeld niet te reageren.

108 Nieuwenhuis, 'Hoe bestaat een recht?', in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 54. Deze materie wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

109 Bijv. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, *NJ* 2007/141 (*Skeelerongeval*). Zie over de omkeringsregel: A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (rede VU 2001), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.

van een strafbaar feit wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld overeenkomstig de wet is bewezen (art. 6 lid 2 EVRM).[110]

Overigens geldt in beide rechtsgebieden dat de rechtvaardigingsgrond een verweermiddel is, gericht tegen de door de wederpartij beweerde strafbaarheid, of aansprakelijkheid. Het is een bevrijdend verweer.[111] Dat betekent dat in beide rechtsgebieden het op de weg van de gedaagde zal liggen om zich erop te beroepen.[112] In dít opzicht verschilt de structurering van het debat derhalve niet.

Wel is een verschil waar te nemen in datgene wat moet worden aangevoerd om het beroep op een rechtvaardigingsgrond te doen slagen. Strafrechtelijk moet de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond *aannemelijk* worden.[113] Daartoe moet de verdachte feiten en omstandigheden aandragen, maar hij hoeft niet te bewijzen dat ze waar zijn.[114] Bepalend is:

> 'of bedoelde feiten en omstandigheden door het onderzoek ter terechtzitting al dan niet aannemelijk zijn geworden'.[115]

Civielrechtelijk geldt op grond van de gewone hoofdregel van bewijsrecht dat rechtvaardigingsgronden door de gedaagde te stellen en te bewijzen zijn.[116]

Het verschil in datgene wat te bewijzen is, heeft ook gevolg voor de bewijskracht van het vonnis op het punt van de rechtvaardiging. Wanneer de straf-

---

110 Daarbij moet overigens bedacht worden dat in het strafrecht wel met bewijsvermoedens wordt gewerkt. Hierboven is al verwezen naar bijv. art. 36e lid 3 Sr (over vaststelling van wederrechtelijk verkregen voordeel) en Rb. Noord-Holland 27 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2834 (over witwassen).

111 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8366, *JA* 2017/6, r.o. 4.3. Over de bewijslast bij het bevrijdend verweer in het algemeen zie bijv. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, *NJ* 2004/254 en HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8725, *NJ* 2009/599.

112 Zie voor het burgerlijk recht bijv. Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.4.3. Zie voor het strafrecht nogmaals het opstel van Dreissen, *Het bewijs van excepties* 2020.

113 HR 17 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1775, *NJ* 1993/267. Zie nogmaals Jansen, *In dubio pro reo* 2020, p. 128, mede naar aanleiding van Rb. Amsterdam 6 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9087. Bij de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond kunnen feitelijke vaststellingen van belang zijn. De rechter mag de last tot het aannemelijk maken niet uitsluitend op de verdachte leggen, aldus HR (Strafkamer) 12 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:209, *RvdW* 2019/275, r.o. 2.4.

114 Zie ook Stolwijk, *Inleiding in het strafrecht* 2009, p. 13-14.

115 HR (Strafkamer) 23 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5761, *VR* 1972/24. Zie ook bijv. HR 17 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1775, *NJ* 1993/267.

116 Vgl. Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46, en Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB9301, *NJ* 1998/788, r.o. 4.1, HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.1. Expliciet i.v.m. rechtvaardigingen: Rb. Arnhem 5 november 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6851, *NJF* 2004/144, r.o. 5; Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.4.3 en HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77.

rechter bewezen verklaart dat iemand een feit heeft begaan,[117] levert dat vonnis op grond van artikel 161 Rv voor de civiele rechter dwingend bewijs van het begane feit.[118] Maar dat geldt niet voor de beslissing op een verweer als een rechtvaardigingsgrond.[119] Dat kan men al afleiden uit artikel 161 Rv zelf, dat immers spreekt van een bewezen verklaard feit. Het oordeel over een beroep op een rechtvaardigingsgrond vormt geen onderdeel van die bewezenverklaring.[120] De rechtvaardigingsgrond moet voor het civiele recht dus (alsnog) bewezen worden.

Zo kan de situatie ontstaan dat iemand strafrechtelijk wordt ontslagen van alle rechtsvervolging, omdat noodweer aannemelijk wordt geacht, terwijl de civiele rechter vervolgens het bestaan van noodweer niet bewezen acht en diezelfde persoon op grond van onrechtmatige daad toch aansprakelijk houdt.[121] Is dat een probleem? Niet voor wie zich realiseert dat de strafrechtelijke bewezenverklaring civiel als dwingend bewijs doorwerkt, en dat de aan het bewijs van het verweer te stellen eisen in beide rechtsgebieden verschillen.

Daarbij rijst nog de vraag op welke wijze de in het strafrecht aannemelijk geachte aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond doorwerkt in de civiele procedure. Door Boonekamp is ervoor gepleit om op grond van de eisen van efficiëntie en consistentie het bewijsoordeel van de strafrechter in beginsel dwingend te aanvaarden. Over het daartegen te leveren tegenbewijs zegt hij:

---

117 Voor een strafrechtelijke vrijspraak geldt de regel niet (zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ4848, r.o. 4.6.1. Een dergelijk vonnis heeft in de civiele procedure vrije bewijskracht.

118 Voorwaarde is dat het vonnis op tegenspraak is gewezen, en dat het in kracht van gewijsde is gegaan. Tegenbewijs is mogelijk (zie bijv. Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), r.o. 4.5), maar daarmee zal de rechter behoedzaam omgaan. Zie daarover Boonekamp, *Dwingende bewijskracht* 2008, p. 117-122 en Franke, *De rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 509-510.

119 Aldus bijv. Rb. Arnhem 5 november 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6851, *NJF* 2004/144, r.o. 5; Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7564, *VR* 2013/109, r.o. 2.8. Zie ook Hof Leeuwarden 13 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8272, r.o. 6, Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 2011, ECLI:NL:RBGHE:2011:BU8967, r.o. 2.6, Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8366, *JA* 2017/6.

120 Zie bijv.: Hof Leeuwarden 19 juni 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE4420, *NJ* 2003/206, r.o. 5. Bij de parlementaire behandeling van de voorganger van artikel 161 Rv werd nog aangenomen dat ook het oordeel van de strafrechter over de rechtvaardiging dwingende bewijskracht had (VV TK (1971) en MvA TK (1981), *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988, p. 162-163). Die opvatting is achterhaald. Aldus Franke, *De rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 510, welke visie is bevestigd met HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77. Zie, naast de in de voorgaande noot genoemde uitspraken en het zojuist aangehaalde arrest van het Hof Leeuwarden van 2002, reeds Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB9301, *NJ* 1998/788, dat overwoog dat 'geen grond bestaat om de regel van (thans) 161 Rv uit te breiden tot gegeven beslissingen op verweren aangaande de strafbaarheid en de verwijtbaarheid van de dader' (r.o. 4.1). Vgl. tot slot *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/260.

121 Vgl. Rb. Arnhem 5 november 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6851, *NJF* 2004/144, r.o. 5 en meer recent: Hof Leeuwarden 15 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ7903, r.o. 7.1 en Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, m.nt. M.E. Franke, r.o. 4.8.1.

> 'Ik denk dat aan de levering van tegenbewijs tegen het dwingende bewijs van een strafvonnis de eis gesteld moet worden dat sprake is van nieuw bewijsmateriaal dat een nieuw licht op de zaak kan werpen.'[122]

Volgens hem moet aan het tegenbewijs de specificatie-eis worden gesteld, omdat het dwingende bewijs van een strafvonnis

> 'het resultaat is van bewijsgaring en bewijswaardering door een rechter en dus van rechterlijke oordeelsvorming die is uitgemond in een beslissing, namelijk de bewezenverklaring, die onherroepelijk is en die de civiele rechter in beginsel tot uitgangspunt moet nemen. Mij dunkt dat van de gedaagde (die zelf verdachte was) die de onherroepelijke oordeelsvorming over dat bewijs wil heropenen verwacht mag worden dat hij goede gronden daarvoor aanvoert'.[123]

Voor het vonnis en het bewezenverklaarde lijkt mij deze gedachte juist.[124]

Door Hebly is gesuggereerd, en daarmee gaat hij verder dan Boonekamp, dat de civiele rechter ook het oordeel van de strafrechter over de rechtvaardigingsgrond in principe volgt, en alleen afwijkt als er nieuw bewijsmateriaal wordt aangeleverd.[125] Deze suggestie lijkt mij onjuist. Allereerst: anders dan het strafvonnis zelf, maakt het oordeel van de strafrechter over de aannemelijkheid van de rechtvaardigingsgrond geen deel uit van het bewezenverklaarde. Dit deel van de uitspraak wordt dus niet bestreken door artikel 161 Rv, en heeft geen dwingende bewijskracht.[126] Bovendien druist de suggestie van Hebly in tegen de kern van de verdeling van de bewijslast in het civiele geding. Immers: de onrechtmatige daad moet worden bewezen door de eiser. Slaagt de eiser daarin, dan is er in principe aansprakelijkheid. Om aan dat gevolg te ontkomen, moet door de gedaagde een rechtvaardiging worden ingeroepen en bewezen. Het gaat mij te ver om daarbij uit te gaan van de strafrechter die het bestaan van de grond 'aannemelijk' heeft geoordeeld. In wezen zal het er dan immers op neerkomen, dat de *eiser* tegenbewijs moet leveren tegen de als (voorshands) aannemelijk beoordeelde rechtvaardiging van zijn wederpartij, die het strafproces heeft doorlopen (en dan gaat het niet om de geringste onrechtmatige daden). Dat acht ik een te grote, onredelijke, verzwaring van de bewijslast van de eiser, en in strijd met de regels van

122 Boonekamp, *Dwingende bewijskracht* 2008, p. 121.

123 Boonekamp, *Dwingende bewijskracht* 2008, p. 121. In de rechtspraak wordt deze specificatie-eis echter meestal niet gesteld, zie bijv.: Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU3982, *NJF* 2011/511, r.o. 4.6.1 e.v. en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9212, *NJF* 2014/114, r.o. 4.3 e.v.

124 Zie mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, m.nt. M.E. Franke, onder 2.

125 M.R. Hebly, annotatie bij HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *JA* 2015/76, p. 620.

126 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77, r.o. 4.2.2. *Asser Procesrecht/Asser 3* (Bewijs) 2017/260, voetnoot 1, waar overigens alleen de door de Hoge Raad in zijn arrest van 2015 beoordeelde noodweer wordt genoemd.

bewijslastverdeling in het civiele recht. Overigens hoeft de gedaagde die zich in een civiele procedure op een rechtvaardigingsgrond wil beroepen, uiteraard geen nadeel te hebben van het feit dat de strafrechter zijn beroep op die rechtvaardigingsgrond heeft gehonoreerd: het bewijsmateriaal voor zijn verweer zal grotendeels gereed liggen in het strafdossier, zoals ook Boonekamp opmerkt. In gevallen van twijfel zal het op de weg van de gedaagde liggen om nader bewijs aan te dragen ter ondersteuning van zijn stellingen met betrekking tot zijn verweer.[127]

Nog een afsluitende opmerking. In de weinige uitspraken waarbij de burgerlijke rechter op grond van hetzelfde feitencomplex tot een andere beoordeling van de rechtvaardigingsgrond komt dan de strafrechter, wordt dit afwijkende oordeel niet veroorzaakt door een andere interpretatie van de rechtvaardigingsgrond op zichzelf: in geen enkele uitspraak gaat de rechter bij het oordeel over een ingeroepen rechtvaardiging uit van andere voorwaarden of criteria dan in het strafrecht gelden. Integendeel: de civiele rechter hanteert expliciet de strafrechtelijke criteria bij de vraag of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is.[128] Als de civiele rechter tot een ander eindoordeel dan de strafrechter komt, is dat op grond van een andere waardering van het bewijs van de feiten die ten grondslag worden gelegd aan de ingeroepen rechtvaardiging.[129]

2.2.6 Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades

Aan het slot van dit deel van de bespreking van de verschillen tussen straf- en civielrecht sta ik nog stil bij wat in mijn visie de moeilijkste casus op het gebied van rechtvaardigingen is: het geval van de twee drenkelingen en het

127 Ook Verweij is kritisch over de visie van Hebly. Hij wijst terecht op de verschillen tussen de straf- en civiele procedure. In de eerste heeft de verdachte een zwijgrecht; in de tweede moeten de procespartijen de rechter volledig informeren o.g.v. art. 21 Rv. Zie zijn annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8366, *JA* 2017/6, m.nt. E.P.J. Verweij, onder 14.

128 Zie bijv. over noodweer: Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269 (r.o. 4.4.3); Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), r.o. 4.8; Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7564, *VR* 2013/109, r.o. 2.10, en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.7. Een heel duidelijk voorbeeld van rechtstreekse toepassing van strafrechtelijke voorwaarden voor de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond biedt de conclusie van A-G Spier voor het Uitsmijter-arrest onder 3.2 en 3.4, en het arrest zelf, HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2.

129 Zo oordeelde bijv. het Hof 's-Hertogenbosch op 18 januari 2011 over het verweer van een gedaagde die in de strafprocedure was ontslagen van alle rechtsvervolging, inhoudend een beroep op een rechtvaardigingsgrond: 'Nog daargelaten dat het onvoldoende feitelijk is onderbouwd, is het niet aannemelijk gemaakt', ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, r.o. 4.8.1.

vlot dat maar een van hen kan dragen. De oorsprong van het verhaal wordt toegeschreven aan Karneades, maar van hem zijn geen geschriften bekend. Een van de eerste beschrijvingen van de kwestie is te vinden bij Cicero:[130]

> 'Als er maar één plank is en er zijn twee schipbreukelingen, allebei wijze mannen, mag de een dan de plank van de ander afpakken of moet hij de plank loslaten voor de ander?'[131]

De casus wordt in de Franse literatuur gebruikt om de verschillende uitkomsten in straf- en civielrecht te verklaren als het gaat om toepassing van rechtvaardigingsgronden. Viney c.s. schrijven daarover:

> 'Cependant, un auteur a remarqué que le droit pénal considère comme « justifiés » non seulement les actes « socialement utiles » mais aussi ceux qui sont « socialement indifférents », par exemple le sauvetage de sa propre vie ou de ses propres biens aux dépends de ceux d'autrui (…). Or, si l'on comprend bien que de tels actes ne soient pas réprimés pénalement, rien ne s'opposerait, en revanche, à ce qu'on les assortisse d'une responsabilité civile destinée à compenser le dommage causé par le choix égoïste.'[132]

Strafrechtelijk gerechtvaardigd kunnen zowel maatschappelijk nuttige als maatschappelijk neutrale ('onverschillige') handelingen zijn – zoals wanneer het eigen leven wordt gered ten koste van dat van een ander. In dat laatste geval zal geen reden voor bestraffing hoeven te bestaan. Maar dat wil niet zeggen dat er civielrechtelijk geen reden zou zijn om een verplichting tot schadevergoeding op te leggen aan degene die door zijn egoïstische keus schade heeft veroorzaakt.[133] In dit opzicht past dus enige relativering bij de hierboven aangehaalde uitroep van Modderman,[134] en zou men het burgerlijk recht moraliserender dan het strafrecht kunnen noemen.

---

130 Die voor de bron overigens verwijst naar Hecaton.

131 *De officiis*, XXIII,90. Geciteerd is uit de Nederlandse vertaling van Paul Silvertand, Cicero, *Fatsoen*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2019. Een latere, niet minder gruwelijke en waargebeurde variant is de Mignonette-casus (R. vs. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273 (1884)), besproken door Sandel; drie schipbreukelingen besluiten de vierde van hen te doden en op te eten, om zo het leven van de overgebleven drie te redden. Sandel, *Justice*, 2010, p. 31-33. Zie in dit verband ook: *Fuller, De zaak van de grotverkenners (vert.)* 2021.

132 Viney, Jourdain & Carval, *Les conditions de la responsabilité* 2013, nr. 557, p. 646. De auteur waarnaar zij verwijzen is J. Pelissier. Zijn *Faits justificatifs et action civile* uit 1963 (*Receuil Dalloz* 1963, p. 121-126) is nog altijd gezaghebbend.

133 Aan de zojuist geciteerde passage voegen Viney c.s. nog toe dat omgekeerd bijv. toestemming van de benadeelde civielrechtelijk een actie kan verhinderen, maar strafrechtelijke sancties niet in de weg hoeft te staan (Viney, Jourdain & Carval, *Les conditions de la responsabilité* 2013, nr. 557, p. 646). Dat kwam hierboven al ter sprake, bij als voorbeeld is verwezen naar het euthanasievraagstuk, zie par. 2.2.3 (*Doel van het middel: straffen en herstellen*), slot.

134 In par. 2.2.3 (Doel van het middel: straffen en herstellen), slot.

Met de constatering van Viney c.s. dat civielrechtelijk grond voor schadevergoeding kan bestaan, maar strafrechtelijk geen reden voor bestraffing, komt de vraag naar de werking of functie van civiele compensatie en straf in beeld. Die vraag wordt in paragraaf 2.3 behandeld.

2.2.7 Tussenconclusie I

Met de beschrijving van de doeleinden van bestraffing en schadevergoeding en van de belangen die erdoor worden beschermd, zijn de belangrijkste verschillen op ordeningsniveau tussen straf- en civielrecht weergegeven:

> 'A tort is not the same thing as a crime, although the two sometimes have many features in common. The distinction between them lies in the interests affected and the remedy afforded by the law. A crime is an offence against the public at large, for which the state, as a representative of the public, will bring proceedings in the form of a criminal prosecution. (...) So far as the criminal law is concerned, the victim will leave the courtroom empty-handed. The civil action for a tort, on the other hand, is commenced and maintained by the injured person, and its primary purpose is to compensate for the damage suffered, at the expense of the wrongdoer.'[135]

Strafrecht en civiel recht verschillen sterk wat hun doel[136] en middel[137] betreft. Daarmee hangt samen het verschil in de hoedanigheid van de belangenbehartigers en de wijze waarop het proces(recht) is ingericht.[138]

In het strafrecht is sprake van twee ongelijkwaardige procespartijen, waarbij de zwakkere partij, de verdachte, wordt beschermd. Op het terrein van de rechtvaardigingsgronden betekent dit dat, bij een bewezen normschending, de verdachte het bestaan van een rechtvaardiging (slechts) aannemelijk moet maken. In het civiele recht staan echter twee in principe gelijkwaardige partijen tegenover elkaar. Ook de verdeling van bewijslast is gelijkwaardig: de eiser bewijst de door hem gestelde normschending; de gedaagde de door hem ingeroepen rechtvaardiging.

Het gesignaleerde verschil kan ertoe leiden dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond in een strafprocedure tot een ander resultaat leidt dan in een civiele procedure. Die andere uitkomst wordt echter niet veroorzaakt door een materieel verschil; de voorwaarden waaraan wordt getoetst, zijn in straf- en civielrecht precies dezelfde. De andere uitkomst kan worden verklaard

---

135 *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984 p. 7. Niet overgenomen in de bewerking door Dobbs, *The Law of Torts* 2000.

136 Zie par. 2.2.1 (*Doel van het recht: openbare en particuliere belangenbescherming*).

137 Zie par. 2.2.3 (*Doel van het middel: straffen en herstellen*).

138 Zie resp. par. 2.2.4 (*Uitwerking 1: de verhouding tussen de procespartijen*) en 2.2.5 (*Uitwerking 2: debatstructuur en bewijslast*).

vanuit het doel van de beide rechtsgebieden en de wijze waarop de belangen in beide gebieden worden beschermd. Daaruit vloeit ook een formeel verschil voort: civielrechtelijk geldt een zwaarder bewijsregime dan in het strafrecht: waar in het strafrecht de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt, moet deze in het civielrecht door de gedaagde worden bewezen.

2.3 Overgang van ordening naar normering: over de werking van het recht

2.3.1 Functie van recht en middel: inleiding

In de vorige paragraaf zijn straf- en civielrecht beschreven als ordeningssystemen. De rechtsgebieden bleken te verschillen in het nagestreefde doel en het daarbij gehanteerde middel. Ze vertonen echter gelijkenis in de wijze waarop de in beide rechtsgebieden gehanteerde middelen *functioneren*. In deze paragraaf zal ik betogen dat de functie van straf of schadevergoeding samenhangt met het tot (straf- of civielrechtelijke) aansprakelijkheid leidende feit. En daarmee betreden we het overgangsgebied tussen ordening en normering.

Strafrecht en aansprakelijkheidsrecht reageren op normschendingen. Ze zijn daarmee te karakteriseren, het is hierboven al gezegd, als sanctierecht.[139] Dit gemeenschappelijke kenmerk verklaart waarom de functies van de in beide rechtsgebieden gehanteerde middelen niet sterk uiteenlopen.

2.3.2 Strafrecht: functies van straf[140]

Van straf wordt algemeen aangenomen dat zij vergeldend, genoegdoenend en (generaal en speciaal) preventief kan werken.[141] Jescheck spreekt van de 'repressive und präventive Funktion des Strafrechts'.[142]

De genoemde functies worden meestal besproken aan de hand van strafrechttheorieën.[143] Zelfs een oppervlakkige bestudering hiervan leert dat bepaald geen overeenstemming bestaat over de vraag hoe het strafrecht precies

139 Zie par. 2.2.2 (*De grens tussen publiek- en privaatrecht?*).

140 Zie over theorieën over straf in het algemeen de zeer toegankelijke studie van Ten Voorde, *Recht tot straffen* 2015.

141 Zie over de genoemde functies bijv. *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 30-51, m.n. p. 49. Kritisch over het genoegdoenende karakter van het strafrecht is Cleiren, zie haar *Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht*, in: *Het opstandige slachtoffer* (2003), passim.

142 *Jescheck/Weigend* (1996), p. 4.

143 Voor een overzicht zie bij voorbeeld: (nogmaals:) *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 30-51; *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 12-43; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, H. 5, p. 889-922.

functioneert.[144] Zie bijvoorbeeld L. Polak, die spreekt van 'Recht en plicht tot gunnen en opzettelijk toevoegen van leed',[145] of Hulsman, die weinig in vergelding of leedtoevoeging ziet, en volgens wie het wezen van straf is: 'Tot de orde roepen',[146] of Beccaria, die stellig is over het ultieme doel van straf: preventie, in het Engels aldus vertaald:

> 'The purpose, therefore, is nothing other than to prevent the offender from doing fresh harm to his fellows and to deter others from doing likewise.'[147]

Hoe te komen tot een algemene beschrijving van de functie van straf?

2.3.3 Van Veen: het verband tussen de aard van het delict en de functie van straf

Een verhelderende benadering van de vraag naar de functie van straf is te vinden bij Van Veen. Zijn theorie heeft geen brede ingang gevonden in het strafrecht,[148] maar biedt wel een inzicht dat behulpzaam kan zijn bij het begrijpen van de verschillen tussen straf- en burgerlijk recht.

Van Veen wijst erop dat bij verschillende soorten delicten verschillende functies van straf op de voorgrond treden. Zo fungeert straf in het economisch strafrecht vooral als *stuurmiddel*. Bij ernstige vermogensdelicten staat juist de behoefte aan het *verantwoordelijk stellen* van de dader voorop. Gaat het om delicten tegen de persoon, dan zal de behoefte de dader te *laten lijden* voor wat hij deed een belangrijke rol spelen. In geval van culpoze delicten vervult straf de functie van '*zoen* voor het veroorzaakte onheil' of als mogelijkheid voor 'zowel de dader als het slachtoffer of diens familie zich van het gebeurde *los te kunnen maken*'. En bij delicten tegen de openbare orde wordt gestreefd naar een zodanige straf 'dat *de schrik er in* komt of blijft'.[149] Vergelding, genoegdoening en preventie. Welke functie van straf op de voorgrond treedt, hangt af van de aard van het concrete delict waarop die straf volgt.

---

144 Daaraan zal ongetwijfeld bijdragen dat deze vraag vaak wordt verweven met de vraag hoe het strafrecht zou móeten functioneren. Met andere woorden: wat het doel van strafrecht is. Deze kwestie is in de vorige paragrafen aan de orde geweest.

145 L. Polak, *De zin der vergelding: een strafrecht-philosophisch onderzoek* (Verzameld werk Deel I, Hoofdstuk IV, Amsterdam: Van Oorschot 1947.

146 L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1965, p. 17-18.

147 Cesare Beccaria, *On crimes and punishments and other writings* (ed. by Richard Bellamy, translated by Richard Davies, with Virginia Cox), Cambridge: Cambridge University Press 1995, p. 31.

148 Gangbaar is tegenwoordig de verenigingstheorie, 'waarin zowel de vergelding als de andere strafdoeleinden belangrijk worden geacht', zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, I.2.2 (citaat van p. 6).

149 Th.W. van Veen, *De straf als instrument* (rede Groningen), Assen: Van Gorcum 1969, p. 21-26 (cursiveringen toegevoegd).

2.3.4 Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen

Om te beoordelen welke functies het middel schadevergoeding heeft, zal ik eerst stilstaan bij de vraag wat in het algemeen als functies van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden gezien. Welke functies worden toegeschreven aan het civiele aansprakelijkheidsrecht? Als mogelijke functies worden in het algemeen de volgende genoemd: 1. compensatie; 2. schadespreiding; 3. risicoallocatie; 4. bestraffing; 5. genoegdoening; 6. preventie.[150]

2.3.4.1 Schadevergoeding: compensatie, schadespreiding en preventie

Meestal worden alleen compensatie, schadespreiding en preventie als 'echte' functies van het aansprakelijkheidsrecht aangemerkt. Het zijn bijvoorbeeld de functies die Van Dam toeschrijft aan de zorgvuldigheidsnorm.[151] Nieuwenhuis spreekt in dit verband van 'kerndoelen' van het aansprakelijkheidsrecht.[152]

Over de andere drie functies (risicoallocatie, genoegdoening en bestraffing) bestaat in de Nederlandse civielrechtelijke literatuur minder eensgezindheid. Maar ook deze zijn wel degelijk van belang voor het aansprakelijkheidsrecht.

2.3.4.2 Schadevergoeding en risicoallocatie

Wat *risicoallocatie* betreft: (het toekennen van) schadevergoeding kan functioneren als middel van het aansprakelijkheidsrecht om de schade te leggen bij degene tot wiens risicosfeer deze behoort. Daarmee is nog niet gezegd *waarom* de schade voor het risico van de ene partij zou moeten komen:

---

150 Zie bijv. Cane, *Atiyah's Accidents* 20183, hoofdstuk 17. Daarbij noemt hij nog: 'corrective justice' (par. 17.5) als mogelijke functie. Vgl. verder Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon.) 2018, p. 4-6, die de genoemde functies bespreekt als doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering. A.J. Verheij onderscheidt naast de genoemde nog de 'ventielfunctie', in: *Onrechtmatige daad*, (Monografieën Privaatrecht nr. 4) 2019, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 16) en de functie van rechtshandhaving, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 404 en uitgebreid: p. 445-479. Zie over deze laatste functie ook J.H. Nieuwenhuis, 'Het Kreoncomplex', *R.M. Themis* 1985, p. 245-246.

151 Van Dam spreekt van preventie, vergoeding en spreiding. *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 213-247. In zijn *Aansprakelijkheidsrecht* noemt hij deze, naast straf en genoegdoening, als *secundaire* functies van aansprakelijkheidsrecht. Als primaire functies ziet hij a. identificatie van te beschermen rechten en belangen, b. vaststellen wanneer rechten en belangen zijn geschonden, c. herstel van geschonden rechten en belangen, zie Van Dam *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, resp. 103 en 102. Tezamen noemt hij dat handhaving. Ik zie dat als doel van *alle* recht.

152 Nieuwenhuis, *Rede Groningen* 1997, p. 18.

> 'Of course, just saying that the law is concerned with allocating risks does not answer the question of to whom particular risks ought to be allocated or why certain risks are allocated in a particular way.'[153]

Waarom die ene partij dat risico draagt, is een andere vraag, namelijk die naar de grondslag van de aansprakelijkheid.[154] Maar dat het aansprakelijkheidsrecht ertoe dient schade daar te leggen (of te laten), waar deze gezien de omstandigheden hoort, dus het risico juridisch de juiste plaats toekent (alloceert), lijkt mij niet aan twijfel onderhevig.

Van de overige twee functies, genoegdoening en bestraffing, wordt meestal aangenomen dat daarvoor geen ruimte is in het civiele aansprakelijkheidsrecht.[155] Ten onrechte, zou ik denken. Om die stelling toe te lichten, grijp ik terug op het in paragraaf 2.1.4 gemaakte onderscheid tussen doel en functie van het recht. Weliswaar kunnen bestraffing en genoegdoening niet worden gezien als *doeleinden* van het civiele schadevergoedingsrecht, zoals in paragraaf 2.2 is uiteengezet.[156] Maar daarmee is niet gezegd dat het aansprakelijkheidsrecht een dergelijke *werking* niet zou kunnen hebben.[157] Mijns inziens kan het aansprakelijkheidsrecht feitelijk, in de praktijk, wel degelijk ook een genoegdoenende of een bestraffende functie hebben. Voor beide functies licht ik dat nu kort toe.

2.3.4.3 Schadevergoeding en genoegdoening

Genoegdoening is letterlijk: voldoening, herstel of schadeloosstelling, volgens Van Dale. Daarmee worden gevoelens aan de kant van de rechtzoekende, dus

153 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, p. 400.

154 Vgl. daarover nogmaals: Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, p. 400.

155 Zie Bloembergen, *Schadevergoeding (*Mon.*)* 1982, die schadevergoeding als straf 'ten enenmale ongeschikt' acht (p. 6) en bij vermogensschade geen plaats ziet voor genoegdoening (p. 4/5). In de nieuwste, door Lindenbergh bewerkte druk is dat standpunt m.b.t. genoegdoening verlaten t.a.v. immateriële schade en genuanceerd t.a.v. vermogensschade (Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020/8, p. 13/14). Over bestraffing zie nog de Leidse rede van Hartlief, die stelt dat voor het Nederlandse recht wordt aangenomen dat het aansprakelijkheid een dergelijke functie niet heeft, overigens ook met verwijzing naar literatuur waarin het tegendeel wordt betoogd (p. 17, noot 19). Van Dam bespreekt straf en genoegdoening als onderdeel van de secundaire functies van aansprakelijkheidsrecht, zie zijn *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 103-4.

156 In zoverre ben ik het eens met Bloembergen in de zojuist aangehaalde passage uit *Schadevergoeding (*Mon.*)* 1982, p. 4-6. Zie de vorige noot.

157 Dat een discrepantie kan bestaan tussen het doel van het recht en de functie die het voor de rechtzoekende kan hebben, signaleren ook H.P.G.A. Arntz en J.H.F. Schultz van Haegen: 'We moeten niet alleen de *doeleinden* van schadevergoeding willen formuleren, maar tevens bezien welk *effect* zij sorteert bij alle betrokkenen' (cursiveringen in origineel), '*Over voetbalvandalisme, straf en schadevergoeding. Een onderzoek naar de poenale mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht*', in: *BWKJ* 1990, p. 158.

het slachtoffer beschreven.[158] De genoegdoeningsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht is deze dat toepassing van het recht – soms – de uitwerking heeft dat het slachtoffer tevreden is gesteld, een gevoel van voldoening aan de uitkomst ontleent.[159]

De genoegdoenende functie van het civiele aansprakelijkheidsrecht stond geruime tijd in de belangstelling.[160] Zij wordt meestal genoemd in verband met de vergoeding van immateriële schade.[161] De enige plaatsen waar de wetsontwerper spreekt van deze functie van schadevergoeding betreffen dan ook precies dat type schade – zie de toelichting voor het ontwerp van artikel 6.1.9.11 (6:106), over ander nadeel dan vermogensschade:

> 'De vergoeding heeft een dubbele functie: enerzijds dient zij om, zij het ook op onvolmaakte wijze, het door de getroffene ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffene worden bevredigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.'[162]

Ook de toelichting op het ontwerp van de Wet Affectieschade (waarin een vergoeding wordt toegekend aan naasten van een slachtoffer van ernstig en blijvend letsel) bespreekt de ratio van het ontwerp, die gelegen is in

> 'de wenselijkheid van juridische en maatschappelijke erkenning van het feit dat ernstig en blijvend letsel niet alleen een zeer ingrijpend verlies voor de verwonde zelf betekent, maar, gelet op de nauwe persoonlijke betrekkingen die zijn naasten met hem onderhouden, ook voor die naasten, aan wie door de toekenning van een vergoeding van affectieschade tevens genoegdoening wordt verschaft'.[163]

Maar wat hier wordt gezegd over immateriële schadevergoeding en affectieschade, geldt in wezen voor alle typen schadevergoeding. Met de vergoeding

158 Anders dan bestraffing, die gericht is tegen de *dader*. Daarover straks meer.

159 Over dit onderwerp: het themanummer van het Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2007, p. 100-141: *Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief*.

160 Zie het drietal preadviezen in 2003 verschenen voor de NJV, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2003, en de proefschriften van Lindenbergh, *Smartengeld* (diss.) 1998 en Verheij, *Vergoeding van immateriële schade* (diss.) 2002.

161 Zie bijv.: Bernd-Rüdiger Kern, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzengeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?*, AcP 1991, p. 247-272. Voor Nederland zie bijv. de proefschriften van Lindenbergh, *Smartengeld* (diss.) Deventer: Kluwer 1998, p. 38-45 en Verheij, *Vergoeding van immateriële schade* (diss.) 2002, p. 407-408 en 423-431.

162 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 377. Met de tweede functie is de genoegdoeningsfunctie bedoeld (EV I, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 388). Overigens gaat het in deze passage mijns inziens eigenlijk om drie functies: compensatie (goed maken), genoegdoening (het bevredigen van het rechtsgevoel van de getroffene) en bestraffing (van de aansprakelijke een opoffering eisen).

163 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3 (MvT), p. 18-19.

wordt het ondergane leed (of de schade in het algemeen) 'goed' gemaakt (gecompenseerd),[164] en het rechtsgevoel bevredigd.

Het ligt voor de hand dat ieder slachtoffer van een normschending met een tevreden gevoel van de rechter zal vernemen dat zijn schadevergoedingseis is toegewezen en dat de verantwoordelijke moet 'opdraaien' voor de schade die hij heeft aangericht. Het schadevergoedingsrecht heeft voor het slachtoffer in elk geval mede deze duidelijke functie: de aansprakelijke betaalt ('boet', zo men wil) voor wat hij deed. Aannemelijk is dat het slachtoffer daaraan ook, minstens enige, genoegdoening ontleent;[165]

> 'Tort victims (and their relatives and friends) are often angry and resentful. Compensation can go some way to removing such feelings, as can punishment of the wrongdoer.'[166]

Deze genoegdoeningsfunctie lijkt me zelfs een van de belangrijkste van het aansprakelijkheidsrecht.[167] Ook al kan met schadevergoeding lang niet altijd worden bereikt dat het slachtoffer weer komt te verkeren in de toestand van vóór de normschending, het belang van het enkele feit *dat* schadevergoeding wordt toegekend, moet niet worden onderschat.[168] Dat kan zelfs al gelden

164 En dat zal altijd onvolmaakt zijn, want een herstel van de oude toestand is met het betalen van schadevergoeding op zichzelf natuurlijk niet mogelijk.

165 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, p. 403.

166 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, p. 403.

167 Waarbij ik opmerk dat zij niet steeds even sterk aanwezig is. Zie daarover het slot van deze paragraaf en paragraaf 2.3.5-2.3.7. Zie in dit verband nog A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', in *WPNR* 2011/6903, p. 869-871, over de genoegdoenende functie van de verklaring voor recht, bijvoorbeeld bij contactverboden.

168 Vgl. bijv. Dozy en Willink die over hun ervaring als rechters in letselschadezaken schrijven in het hierboven al genoemde themanummer van TvVP: 'Het eerste herkenningspunt (…) is dat benadeelden niet alleen gecompenseerd willen worden voor hun financiële schade, maar óók erkend in hun leed, waarin zij zich veelal genegeerd voelen', 'Lessen uit "letsels" – een kijkje in de keuken van de rechter', *TvVP* 2007, p. 127, l.k.

voor de enkele vaststelling dat een partij *onrechtmatig heeft gehandeld*.[169] In bepaalde gevallen zal het zelfs alleen daarom gaan.[170]

Overigens zal de genoegdoeningsfunctie afnemen naarmate het conflict van partijen minder emotionele belangen betreft.[171] Zij zal zelfs afwezig kunnen zijn, wanneer niet de benadeelde of de aansprakelijk gestelde in persoon optreden in de procedure,[172] maar niet-direct betrokkenen, zoals hun verzekeraars.[173]

169 Zoals bekend, achtte de Hoge Raad het zuiver emotionele belang niet een voldoende belang in de zin van artikel 3:303, in zijn arrest HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*). Het arrest heeft heftige reacties uitgelokt. Op mij maakte vooral indruk die van Van Maanen: 'Hanengekraai dat tot slapeloze nachten leidt of bijenspat op de groentekas, het is allemaal voldoende om de rechterlijke macht (jarenlang) aan het werk te zetten. De dood van een kind en de vraag wie daar verantwoordelijk voor was, kennelijk niet'. G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998', *NTBR* 1999/2, p. 48, m.k. Zie verder nog de annotatie van Bloembergen bij HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 (*Bigaam huwelijk*), p. 466, r.k., de visie van Keirse op het arrest, in *WPNR* 2011/6903, p. 869-871 en *Asser Procesrecht Giesen 1* 2015/111. Zie over de verklaring voor recht N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2015 en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/152. In 2015 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid voor schade bestaat, de rechter ervan moet uitgaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aanwezig is, wat ook geldt als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding wordt gevorderd, zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77, r.o. 4.1.2. Uit de laatste toevoeging zou men kunnen opmaken dat Jeffrey op dit punt achterhaald is. Maar zeker is dat niet, zie bijv. nogmaals *Asser Procesrecht Giesen 1* 2015/111. De discussie over het emotionele belang werd opgerakeld bij de invoering van de artt. 7:458 a en b, zie bij. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 994, 3 (MvT), p. 13-14. Zie daarover Opdam in zijn annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4396, *TVP* 2019, p. 14-19. De wettelijke regeling maakte geen einde aan die discussie, getuige de brief van de minister voor medische zorg van 19 januari 2021 (34 994, 21).

170 Als advocaat valt het mij op hoe belangrijk het in procedures is voor partijen die zelf (bijv. als verzekerden, na uitkering door de verzekeraar) geen enkel financieel belang (meer) hebben bij de uitkomst van de procedure, dat de rechter een juist beeld krijgt van de feitelijke toedracht en ook de 'juiste' schuldige aanwijst. Hetzelfde geldt voor niet persoonlijk bij het ongeval betrokken getuigen.

171 Het zal geen toeval zijn dat juist bij de bespreking van de functie van immateriële schadevergoeding de wetsontwerper uitdrukkelijk de genoegdoeningsfunctie noemt. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 377 en EV I, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 388).

172 Zoals ik zojuist al heb opgemerkt, hoeft dat niet altijd het geval te zijn, en kan het ook voor niet-betrokken derden van wezenlijk belang zijn dat de juiste verantwoordelijke wordt aangewezen.

173 Vgl. L.G. Eykman, 'Smart en geld', *WPNR* 1981/5572, p. 461-465, die het voor genoegdoening kenmerkend acht dat de laedens uit eigen zak betaalt (p. 463, l.k.). Hij geeft het voorbeeld dat als een van zijn kinderen zou overlijden, 'het geen bijdrage zou leveren' aan de verhoging van zijn levensvreugde, wanneer na verloop van tijd een zeker bedrag door de verzekeraars van de laedens op zijn girorekening werd overgemaakt 'onder de referentie: schadegeval 9-4-1980; smartegeld overlijden Johannes Jacobus' (p. 464, r.k.).

2.3.4.4 *Schadevergoeding en bestraffing*

De grootste weerzin in de Nederlandse privaatrechtelijke literatuur bestaat tegen het aannemen van een mogelijk bestraffend doel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.[174] Als uitgangspunt lijkt mij dit juist.[175] Maar daarmee is niet gezegd dat het civiele recht in bepaalde opzichten niet een bestraffende *functie* heeft.[176] Met bestraffing bedoel ik: het raken (straffen) van de aansprakelijke, om wat hij heeft 'misdaan'.[177]

Meestal wordt voor het civiele recht in dit verband gewezen op het punitieve element van smartengeld, en met name op artikel 6:106 lid 1 sub a, dat een aanspraak verleent daar waar de aansprakelijke persoon 'het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen'.[178] Behalve op het artikel zelf wordt vaak gewezen op de hierboven reeds geciteerde Toelichting Meijers op het ontwerp van artikel 6:106.[179]

Een inventarisatie van andere punitieve elementen in het civiele schadevergoedingsrecht is te vinden in het preadvies van Bolt en Lensing over de privaatrechtelijke boete.[180] Bolt en Lensing onderzoeken daartoe of de schadevergoeding het feitelijk nadeel overtreft. En om strafelementen in de vergoeding te kunnen opsporen, gaan zij na welke 'andere factoren in aanmerking (…) worden genomen dan alleen de hoogte van de schadevergoeding'.[181] Daarbij nemen zij het volgende tot uitgangspunt:

> 'Zo is van belang of de rechter zich in de praktijk bij de begroting van de toe te kennen vergoeding alleen laat leiden door de schade van de benadeelde of wellicht ook door andere overwegingen. Als bijvoorbeeld de mate van schuld en de finan-

174 Vgl. bijv. W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague: Kluwer Law International 2001: 'Penalizing the defendant for his behavior is not considered to be an aim of the law of tort nor of the law of damages' (p. 144). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2699, r.o. 3.7.3.

175 Zie reeds hierboven, par. 2.2.3 (*Doel van het middel: straffen en herstellen*). Vgl. ook Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020/8, p. 12-13.

176 In dezelfde zin: Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 103-4. Zie verder Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon.) 2018, die stelt dat dit doel tot voor kort vreemd was aan het privaatrecht, maar nu een kentering bespeurt. Hij is terughoudend en meent dat we niet de weg van privaatrechtelijke beboeting moeten opgaan (p. 6; de stelling wordt uitgewerkt in nr. 27).

177 Vgl. de definitie van straffen in par. 2.2.3 (*Doel van het middel: straffen en herstellen*). Anders dan de slachtoffergerichte genoegdoeningsfunctie, is bestraffing dus dadergericht.

178 Zie bijv. Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon.) 2018, nr. 25-27. En: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 214.

179 TM, *Parl. Gesch.BW Boek 6* 1981, p. 377. Vgl. hierboven, par. 2.3.4.3 (*Schadevergoeding en genoegdoening*).

180 Bolt & Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993.

181 Bolt & Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993, p. 62/63. In plaats van schadevergoeding zal bedoeld zijn: schade.

> ciële positie van de dader een rol spelen, kan dat een aanwijzing zijn voor een straffunctie van de schadevergoeding.'[182]

Zij komen tot de conclusie dat behalve de hierboven al genoemde vergoeding van niet-vermogensschade ook de vergoeding op grond van het boetebeding, de dwangsom en de winstafgifte strafelementen in zich draagt.[183]

Opmerkelijk is dat Bolt en Lensing zich tot deze rechtsfiguren beperken. Volgens hun uitgangspunt is immers de mate van schuld een indicatie dat een zeker strafelement een rol speelt bij het toekennen van schadevergoeding, en die gedachte kan worden doorgetrokken buiten de toepassing die de auteurs eraan geven. Immers: behalve in de door hen genoemde wetsartikelen wordt op diverse andere plaatsen in afdeling 6.1.10 rekening gehouden met (de ernst van) het verwijt dat de vergoedingsplichtige treft. Zo is de aard van de aansprakelijkheid een van de belangrijkste toerekeningsfactoren van artikel 6:98. Bij een aansprakelijkheid gebaseerd op schuld zal eerder toerekening plaatsvinden dan bij één buiten schuld.[184] De schadevergoeding zal in het eerste geval hoger zijn. Ook bij toepassing van de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1, slot, is de ernst van de normschending, en de mate van verwijtbaarheid een bepalende factor.[185] Artikel 6:109 tenslotte, noemt de aard van de aansprakelijkheid eveneens als een van de factoren die (in verband met de matigingsbevoegdheid) van invloed kunnen zijn op de hoogte van de schadevergoedingsplicht.[186] Bij een aansprakelijkheid buiten schuld zal eerder reden tot matiging bestaan. Tot slot kan worden gewezen op de tendens in de lagere rechtspraak om in geval van opzet (of andere ernstige normschendingen) eerder aansprakelijkheid aan te nemen voor shockschade.[187] Als bekend, is de Hoge Raad niet bereid gebleken de grenzen wat dat betreft op te rekken,[188] maar daarop is (mijns inziens terechte) kritiek geuit.[189]

---

182 Bolt en Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993, p. 63.

183 Bolt en Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993, p. 63-70.

184 Bijv. HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509 (*Amercentrale*) en HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, *NJ* 1986/137 (*Renteneurose*).

185 Zie bijv. HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, *NJ* 1998/402 (*Van Keulen/Trias II*).

186 In het kader van dit artikel is ook een bepalende factor de mate van schuld bij de aansprakelijke persoon. Bij een lichte schuld zal eerder reden tot matiging zijn. Zie daarover MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 452.

187 Zie S.D. Lindenbergh in *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 49-50, en mijn bespreking van de tendens in het hoofdstuk Shock- en affectieschade, in *Handboek Personenschade* (3105-43).

188 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387 (*Opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval*).

189 Zie bijv. T. Hartlief, 'Verstraffing van het privaatrecht', *NJB* 2012/287, p. 313, die het betreurt dat de Hoge Raad in het 'Vilt'-arrest de voorwaarden voor vergoeding van shockschade niet heeft opgerekt ten voordele van de naasten van slachtoffers van zeer zware strafbare feiten. Ik sluit niet uit dat de zaak zich feitelijk niet leende voor een oprekking van de gren-

De conclusie luidt dat in het schadevergoedingsrecht zeker bestraffende elementen op te sporen zijn. De wetgever noemt in dat verband zelf artikel 6:106. Bolt en Lensing wijzen daarnaast op het boetebeding, de dwangsom en de winstafgifte. En volgens hun eigen uitgangspunt (dat ik juist acht) zijn er nog veel meer plaatsen in afdeling 6.1.10 aan te wijzen die een bestraffend element kennen. In ieder geval kan niet worden gezegd dat aan het civiele recht strafelementen totaal vreemd zijn. In het algemeen geldt: hoe groter het verwijt aan de dader, hoe groter van omvang zijn vergoedingsplicht.

2.3.4.5 Van de functies in het algemeen naar de verschillende typen aansprakelijkheid

Kortom: alle functies die in het begin van deze paragraaf als kenmerkend voor straf zijn genoemd,[190] zijn ook zichtbaar in het civiele schadevergoedingsrecht. Dat betekent niet dat de genoemde functies daar altijd even sterk naar voren komen. In het civiele aansprakelijkheidsrecht is het, evenals in het strafrecht (zoals Van Veen al leerde), afhankelijk van het tot vergoeding verplichtende feit en de concrete zaak, welke functie van schadevergoeding op de voorgrond treedt. Die gedachte werk ik nu uit.

2.3.5 Functies van schadevergoeding bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad

Allereerst is een groep gevallen te onderscheiden, waarin schadevergoeding zuiver wordt gebruikt als instrument om de *oude toestand te herstellen*. Voorbeelden van vergoedingsregelingen uit deze categorie zijn die omtrent de kostenvergoeding voor de zaakwaarnemer en de ontvanger van een onverschuldigde betaling.[191] Daarnaast is te wijzen op de vergoedingsplicht van de uit een noodsituatie geredde.[192] Heel algemeen zou men kunnen zeggen dat het hier gaat om schadevergoeding bij rechtmatige daad, waarbij de belanghebbende de benadeelde compenseert.

Een zeer belangrijke groep van aansprakelijkheden bij rechtmatige daad, wordt gevormd door de gevallen waarin een vergoeding wordt geregeld voor rechtmatig overheidshandelen.[193] Het betreft hier diverse regelingen, variërend van vergoedingsbepalingen in de Onteigeningswet en de Monumenten-

---

zen van shockschade (waarbij ik opmerk dat ik optrad als cassatieadvocaat van de verzekeraar, de wederpartij van de slachtoffers).

190 Zie par. 2.3.2 (*Strafrecht: functies van straf*).

191 Resp. art. 6:200 lid 2 en 6:207. Andere voorbeelden zijn de kosten- en schadevergoeding voor de bezitter te goeder trouw (art. 3:120, lid 2) en de kostenvergoeding voor de vinder (art. 5:10).

192 Op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212).

193 In *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/345 e.v. is een uitgebreide beschrijving van deze categorie gevallen te vinden.

wet, tot op het algemene gelijkheidsbeginsel gegronde[194] schadevergoeding wegens schending van de 'égalité devant les charges publiques', ook wel aangeduid als nadeels- of bestuurscompensatie. Ook het Wetboek van Strafvordering kent mogelijkheden tot vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden. Zie bijvoorbeeld artikel 591 e.v. Sv betreffende kosten die gemaakt zijn in belang van het onderzoek (artikel 591 lid 1), of kosten van uitlevering of overbrenging van voorwerpen (artikel 592 lid 1 Sv). In deze categorie gevallen dient schadevergoeding er vooral toe de oude toestand te herstellen. Waar slechts herstel van de oude toestand wordt beoogd, is het middel 'moreel neutraal': door schadevergoeding toe te kennen straft men de ene partij niet, maar stelt men de andere schadeloos. Dat betekent dat genoegdoening nauwelijks aan de orde zal zijn[195] en voor een vergeldende – in de zin van wrekende – functie geen plaats is. Dat laatste geldt ook voor preventie. Preventie in het aansprakelijkheidsrecht wil zeggen: het voorkomen van *ongewenste* handelingen. Rechtmatige daden behoren niet tot deze categorie.

Schadevergoeding heeft bij rechtmatige daden wel een aantal andere functies. Te denken is allereerst aan wat wel als het centrale doel van schadevergoeding wordt gezien: *compensatie*.[196] Zoals voor alle aansprakelijkheden, is ook bij rechtmatige daad het goedmaken van de schade de eerste functie.

Daarnaast kan schadevergoeding hier werken als mogelijkheid om *risico's te alloceren*.[197] In het geval van zaakwaarneming bijvoorbeeld, is het redelijker dat de belanghebbende de kosten van de zaakwaarneming draagt dan de zaakwaarnemer – ook als achteraf blijkt dat de waarneming voor de eerste niet voordelig is geweest. Omdat de belanghebbende profiteert van de zaakwaarneming, moet hij de risico's ervan dragen. Datzelfde geldt voor de rechthebbende die zijn zaak terugvordert van de bezitter te goeder trouw, of voor de geredde in een noodtoestandsituatie tegenover degene die door de redding werd benadeeld.

De functie van *spreiding van schade* is overduidelijk bij schadevergoeding voor de rechtmatige daden uit hierboven besproken categorie van overheidsdaden. Het reeds genoemde beginsel van de égalité devant les charges publiques is niets anders dan het ontlasten van de individuele burger en het verdelen van de schade over de gehele gemeenschap.

Resumerend kan gezegd worden dat bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad de volgende functies van schadevergoeding te onderscheiden zijn: compensatie, risicoallocatie en schadespreiding.

---

194 En wettelijk te verankeren, zie Wetsvoorstel tot aanvulling van de Awb, *Kamerstukken* 32 621, waarover in *NJB* 2011, p. 527-528.

195 Vergelijk voor deze groep gevallen Du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, in: Het opstandige slachtoffer (2003), p. 112-113.

196 Vgl. Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 17.1. En: Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020/6-8.

197 Zie over deze functie: Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 17.3.

Niet aan de orde in deze groep van gevallen zijn de bestraffende, de genoegdoenende en de preventieve functie.

2.3.6 Functies van schadevergoeding bij risicoaansprakelijkheid

Bij een tweede categorie gevallen volgt de schadevergoeding op een handeling, waarbij weliswaar een norm is overtreden maar niet door de aansprakelijk gestelde zelf, of waarbij aan de aansprakelijk gestelde geen verwijt van het gebeurde kan worden gemaakt en van een 'normschending' dus maar moeilijk kan worden gesproken. Het eerste is het geval bij kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen; het tweede bij kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken, of in andere toerekeningssituaties buiten schuld van de aansprakelijke.[198] Grofweg gaat het hier om de risicoaansprakelijkheden.

Hier treden als belangrijkste functies van schadevergoeding op de voorgrond naast compensatie: toedeling van risico's[199] en schadespreiding.[200]

Omdat de risicoaansprakelijkheid nu eenmaal intreedt buiten schuld van de dader, zal de preventieve werking hier niet groot zijn. Toch is zij in deze categorie gevallen niet geheel afwezig. Risicoaansprakelijkheid dient er immers mede toe dat de dader er inderdaad alles aan doet om te zorgen dat de schade niet intreedt.[201]

Bij risicoaansprakelijkheid kunnen derhalve de volgende functies worden onderscheiden: risicotoedeling, schadespreiding, preventie en compensatie. Niet of nauwelijks aanwezig zijn bij deze categorie de genoegdoenende[202] en bestraffende functie.

2.3.7 Functies van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid

Tot slot kan een groep gevallen worden onderscheiden, waarin met een verplichting tot schadevergoeding wordt gereageerd op een 'echte' normschen-

198 Zie afd. 6.3.2. Te denken valt verder aan artikel 6:165 (aansprakelijkheid ondanks een geestelijke of lichamelijke tekortkoming). Ook de toerekening krachtens de verkeersopvattingen op grond van artikel 6:162 lid 3 (zoals gebeurt bij onrechtmatig overheidshandelen, waarbij de schuld als 'in beginsel gegeven' geldt, zie bijv. HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, *NJ* 1987/253 (*Staat/Hoffman-La Roche*) en de hierop voortbouwende jurisprudentie) is hieronder te vatten.

199 Zie daarover: Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 17.3.

200 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 17.2 en Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989 p. 239-244.

201 Vgl. bijv. de toelichting op het wetsontwerp Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 7-8.

202 Vgl. C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer: genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 112-113.

ding. Dé voorbeelden van tot vergoeding verplichtende feiten uit deze rubriek zijn de wanprestatie en onrechtmatige daad. Hier is het middel van de schadevergoeding, anders dan bij de hierboven behandelde aansprakelijkheden, níet moreel neutraal. Het is het juridische antwoord op een laakbare handeling. Schadevergoeding kan daarbij alle hierboven genoemde functies hebben.[203]

Besproken zijn hierboven reeds de functies die schadevergoeding bij alle typen civielrechtelijke aansprakelijkheid kan hebben: compensatie, schadespreiding en preventie. Deze 'kerndoelen van het aansprakelijkheidsrecht' ontbreken uiteraard niet bij de aansprakelijkheid bij uitstek: de schadevergoedingsverplichting die volgt op een verwijtbare onrechtmatige gedraging. Ook het alloceren van risico's is een voorname functie van dit type aansprakelijkheid. Met deze aansprakelijkheid kan immers het risico, de schade, worden toegedeeld aan degene die het in zijn macht had de schade te vermijden: de 'schuldige'.

Daarnaast zal de schadevergoeding juist bij dit type aansprakelijkheid ook meer 'strafrechtelijk getinte' functies als genoegdoening en bestraffing hebben. Ook de in het strafrecht belangrijke preventiefunctie zal bij uitstek bij schuldaansprakelijkheid een belangrijke rol spelen. Ik besteed kort aandacht aan deze functies in verband met schuldaansprakelijkheid.

Wie normen stelt, doet dat met het doel dat deze worden nageleefd. Iedere wetgever, dus ook – nee: juist – die van het aansprakelijkheidsrecht, zal uitgaan van een *preventieve werking* van zijn regels. Dat geldt natuurlijk alleen voor regels waarmee men menselijk gedrag wil en kan sturen, zoals het contractuele aansprakelijkheidsrecht en de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen.[204] Dat de preventieve werking van sommige rechtsregels op dit gebied in de praktijk teleurstellend kan zijn,[205] doet daaraan niet af.[206]

---

203 Algemeen over de genoemde functies van schadevergoeding: Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, hoofdstuk 17. Vgl. ook Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 213-245, en Van Dam *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/102-103. Over de 'poenale mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht': H.P.G.A. Arntz & J.H.F. Schultz van Haegen, 'Over voetbalvandalisme, straf en schadevergoeding', in: *BWKJ* 1990, p. 143-163. Zij zien schadevergoeding als mogelijke bijdrage aan 'preventie van schade, resocialisatie van de dader, de bevrediging van de vergeldingsgedachte, genoegdoening aan de benadeelde en conflictoplossing' (p. 162).

204 Voor een uitgebreide economische analyse van het verband tussen de keuze voor een bepaald aansprakelijkheidsregime en de preventieve werking van normen: S. Shavell, 'Liability for harm versus regulation of safety', *Journal of Legal Studies*, vol. XIII (June 1984), p. 357-374.

205 Daarover A.R. Bloembergen, bijv. in *'Blikschade. Deel II van het rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid'*, *NJB* 1980, p. 934.

206 In verband met de preventieve werking van regels in verband met aansprakelijkheid voor eigen handelen, zijn naar mijn mening twee factoren van belang. Ten eerste: de aard van de overtreden regel. Van een scherp omschreven norm zal een grotere preventieve kracht uitgaan dan van een vage, algemene norm. Daarover algemeen: Barendrecht, die stelt dat vage normen niet in staat zijn gedrag te beïnvloeden of conflicten te voorkomen. *Recht als model* (diss.) 1992, p. 76. Ten tweede: de grondslag van de toerekening van de daad aan de aansprakelijke. Bij toerekening wegens schuld gaat het om een daad die de handelende

Dan nog een enkel woord over de meer strafrechtelijke functies van schadevergoeding: genoegdoening en bestraffing.

Aan de *genoegdoenende* functie van het aansprakelijkheidsrecht heb ik hierboven reeds uitgebreid aandacht besteed.[207] Het burgerlijk recht moge niet ten doel hebben de persoon van de aansprakelijke treffen met het middel schadevergoeding,[208] maar dat hoeft niet te betekenen dat dit ook zou gelden voor de gebruikers van het recht. Met name op het gebied van de schuldaansprakelijkheid is de genoegdoenende functie van het aansprakelijkheidsrecht mijns inziens groot. De aansprakelijke wordt immers aansprakelijk gehouden voor zijn *fout*. Dat komt de benadeelde, en ook de maatschappij, juist voor.

Tot slot over de *bestraffende* functie van het schadevergoedingsrecht. Bij de bespreking van het onderzoek van Bolt en Lensing heb ik opgemerkt dat op vele plaatsen in afdeling 6.1.10 bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding rekening wordt gehouden met het verwijt dat de handelende treft.[209] Of de wetgever in deze gevallen een echte bestraffing van de vergoedingsplichtige voor ogen stond, is te betwijfelen.[210] Maar zeker is wel dat het hele schadevergoedingsrecht doortrokken is van de notie dat het redelijk is dat degene die een verwijt van zijn handelen treft, een hogere schadevergoeding betaalt dan degene die aansprakelijk is zonder dat hem iets te verwijten valt. Wie schuld heeft, moet de gevolgen van zijn handelen dus sterker voelen. Van die constatering naar de aanname dat daarin iets bestraffends schuilt, is een kleinere stap dan meestal wordt aangenomen.[211]

2.3.8 Tussenconclusie II

De functie van schadevergoeding blijkt afhankelijk van de aard van de tot vergoeding verplichtende feiten of gedragingen. Het is dus zinloos en verwar-

---

had kunnen vermijden, maar dat niet heeft gedaan. Het aansprakelijkheidsrecht is een instrument om dergelijk ongewenst gedrag te sturen/voorkomen. Van een dergelijke sturing is geen sprake bij toerekening op grond van de wet (bijv. artikel 6:165 lid 1) of de verkeersopvattingen (bijv. de fout van de onervaren arts, TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618-619). Preventie van schade/schadelijk gedrag vooronderstelt de mogelijkheid voor de aansprakelijke de schade te voorkomen. Bij toerekening buiten schuld zal die mogelijkheid nauwelijks bestaan.

207 Zie par. 2.3.4 (*Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen*).

208 Zoals hierboven in par. 2.2.3 (*Doel van het middel: straffen en herstellen*) is betoogd.

209 Zie par. 2.3.4.4 (*Schadevergoeding en bestraffing*).

210 Dit is zwak uitgedrukt. Het is nauwelijks aan twijfel onderhevig dat dit juist *niet* het geval is, gezien het feit dat de wetsontwerper slechts op enkele plaatsen (zoals bij de bespreking van de vergoeding van immateriële schade, zie hierboven) expliciet van een strafdoel spreekt en dan nog zeer terughoudend.

211 Ik verwijs naar de aan het begin van deze paragraaf weergegeven heersende leer dat het civiele recht geen bestraffend doel heeft, zie par. 2.3.4 (*Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen*) e.v. en de daar vermelde literatuur.

rend te spreken over de functies van 'het' aansprakelijkheidsrecht of 'het' schadevergoedingsrecht in zijn algemeen. Hetzelfde geldt voor het strafrecht.[212]

Hoe verhouden de zojuist besproken functies van het aansprakelijkheidsrecht zich tot de functies van strafrecht? Uit het voorgaande moge blijken dat ik duidelijke parallellen tussen beide zie. Vergelding (opgevat zowel in de zin van compensatie als van bestraffing), genoegdoening en preventie. Ze spelen niet alleen in het strafrecht, maar ook in het aansprakelijkheidsrecht een rol. En andersom: van het zestal compensatie, schadespreiding, risicoallocatie, bestraffing, genoegdoening en preventie is alleen de functie 'schadespreiding' slecht voorstelbaar in een strafrechtelijk kader.

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat daar waar de daad de meeste verwantschap vertoont met een strafbaar feit (dat wil zeggen bij een normschending als een onrechtmatige daad), de functie van schadevergoeding veel lijkt op die van straf. De functies ervan vallen op dit terrein zelfs nagenoeg samen.[213] Op andere gebieden van het aansprakelijkheidsrecht ligt dat anders. Bij risicoaansprakelijkheid of bij aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zal van bijvoorbeeld een vergeldende functie geen sprake zijn. En in het geval van aansprakelijkheid bij rechtmatige daad zal daarnaast evenmin plaats zijn voor preventie.

Wat betekent een en ander voor de vergelijking van beide rechtsgebieden op het punt van rechtvaardigingen? In ieder geval is duidelijk dat binnen de context waarin een beroep wordt gedaan op rechtvaardigingen, bij de (eventuele) aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, de functies van schadevergoeding en straf samenvallen. Op dit terrein is derhalve geen belemmering te vinden voor de vergelijking tussen beide rechtsgebieden.

Het betekent verder, dat op het gebied van de regeling van de *gevolgen* van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond wel een verschil zichtbaar is. Het gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond is immers dat de daad als rechtmatig wordt aangemerkt. De werking van het strafrecht houdt hier halt. Aan een bestraffing voor daden die rechtmatig zijn, bestaat immers geen behoefte. Het civiele recht kent echter wel degelijk de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor bepaalde soorten rechtmatige daden.[214] De functie van dat type aansprakelijkheid is hierboven besproken.[215]

Dit verschil in gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond staat echter een vergelijking tussen beide rechtsgebieden niet in de weg.

---

212 Vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. I.2, die daarbij ook wijst op het dynammische karakter van het materiële strafrecht, zie p. 4 e.v.

213 N.B. De (uit)*werking* van straf en schadevergoeding kan overeenkomsten vertonen. Maar hier zij nogmaals opgemerkt dat *doel* van straf is: straffen, en van het toekennen van schadevergoeding: herstellen, zie par. 2.2.2 (*De grens tussen publiek- en privaatrecht?*).

214 Aan dit onderwerp wordt uitgebreid aandacht besteed in het laatste deel van dit boek, en wel in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

215 Zie par. 2.3.5 (*Functies van schadevergoeding bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad*).

Het hangt samen met de grondslag van aansprakelijkheid in beide rechtsgebieden. Aan deze, normatieve, kwestie besteed ik nu aandacht.

2.4 Straf- en civielrecht: normen bij schuldaansprakelijkheid

2.4.1 Onrechtmatigheid en rechtvaardiging

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond verklaart waarom de handelende, ondanks een bewezen strafbaar feit of onrechtmatige daad, toch niet gestraft wordt of aansprakelijk is. De rechtvaardigingsgrond fungeert dus als omslagpunt voor strafbaarheid c.q. aansprakelijkheid. Hij speelt daarmee een belangrijke rol in het debat over de kwalificatie van de te beoordelen daad. En daarmee kom ik op een volgend mogelijk punt van verschil tussen het strafrecht en het burgerlijk recht: de in de rechtsgebieden geldende normen.

2.4.2 Grondslag van straf- en civielrechtelijke aansprakelijkheid

Gestraft wordt, omdat een (ernstige) daad is begaan die vergolden of voor de toekomst voorkomen moet worden. Centraal staat in het strafrecht de afkeurenswaardige gedraging van de dader. Daarover zegt Larenz:

> 'nur solche Handlungen (oder Unterlassungen) sind mit einer Strafdrohung zu belegen, die (...) einen moralischen Tadel verdienen, und – wegen ihrer Gemeinschädlichkeit oder der sich in ihnen ausdrückenden Mißachtung des Rechts – strafwürdig sind'.[216]

Zelfs al gaat het om een klein delict als het rijden op een onverlichte fiets in het donker – de rechtvaardiging van de straf is gelegen in het 'morele verwijt' dat de dader treft, de berisping die hij daarom verdient.

Het morele verwijt aan de aansprakelijke is in principe ook de grondslag voor civielrechtelijke schuldaansprakelijkheid. Maar ter verklaring van civielrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen, kan het verwijt aan de aansprakelijke, zo bleek al in de vorige paragraaf, vaak niet dienen. Slechts in een relatief klein aantal gevallen volgt aansprakelijkheid op een verwijtbaar handelen van de aansprakelijke persoon. Dikwijls zal daarvan niet of nauwelijks sprake zijn en komt de schade door geheel andere oorzaken voor rekening van de aansprakelijke. Bijvoorbeeld omdat de schade in zijn risicosfeer ligt.[217] Of omdat de aangesprokene een bepaalde hoedanigheid heeft.[218] Of omdat de aanspra-

216 Larenz, *Richtiges Recht* 1979, p. 89.
217 Zoals in het geval van aansprakelijkheid voor rechtmatige daad.
218 In het geval van risicoaansprakelijkheid.

kelijkheid weliswaar op een eigen onrechtmatige daad volgt, maar ontstaat buiten schuld van de handelende.[219] Aansprakelijkheid volgt dan uit 'toedelingsregels' en niet uit normen van goed en kwaad. De man die, terwijl hij zijn auto bestuurt, een hartaanval krijgt, de macht over het stuur verliest, en daardoor schade toebrengt aan anderen, zal voor die schade civielrechtelijk aansprakelijk zijn.[220] Maar van morele verwijtbaarheid kan in zo'n geval slecht worden gesproken. Als recht moraal is, is strafrecht moraliserender dan burgerlijk recht, zo is hierboven, met Modderman, al geconstateerd.

2.4.3 Toepassingsgebied van rechtvaardigingsgronden

Zowel in het strafrecht als in het civiele aansprakelijkheidsrecht moet zich iets hebben voorgedaan dat het rechtsgevolg straf of aansprakelijkheid rechtvaardigt.

Strafrechtelijk zal dat 'iets' bestaan uit een normschending, dat wil zeggen: een handelen in strijd met minstens één van de in het Wetboek van Strafrecht (of elders) neergelegde verbodsbepalingen.

Aan civielrechtelijke aansprakelijkheid hoeft niet altijd een normschending te zijn vooraf gegaan. Hierboven is dat uitgebreid besproken: aansprakelijkheid volgt niet alleen op een onrechtmatige daad, maar kan ook heel goed het gevolg zijn van een volstrekt rechtmatige handeling, of een handeling waarvan in ieder geval *aan de aansprakelijke* geen verwijt te maken valt.

De gronden voor aansprakelijkheid in straf- en civielrecht verschillen dus. Maar juist op het toepassingsgebied van rechtvaardigingen is de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid in straf- en civielrecht precies dezelfde. Een rechtvaardigingsgrond beoogt het onrechtmatig karakter aan een daad te ontnemen. Een rechtvaardigingsgrond, het vloeit reeds voort uit de eerder in deze studie gegeven definitie,[221] vooronderstelt *onrechtmatig* (wederrechtelijk) *gedrag*. In beide rechtsgebieden spelen rechtvaardigingsgronden dus op precies hetzelfde terrein een rol: bij de aansprakelijkheid voor de eigen onrechtmatige gedraging van de handelende. Wat betreft het toepassingsgebied van rechtvaardigingen zijn straf- en civielrecht dus goed te vergelijken.

---

219 In het geval van toerekening op grond van de wet of van de verkeersopvattingen (vgl. artikel 6:162 lid 3).

220 Zie artikel 6:165 lid 1.

221 Zie daarover par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

2.4.4 Doel en functie van rechtvaardigingsgronden

Ook het doel van de ingeroepen rechtvaardiging is in beide rechtsgebieden hetzelfde. Het beroep op een rechtvaardiging richt zich tegen de kwalificatie van de daad als afkeurenswaardig/onrechtmatig.

In principe is bij een te rechtvaardigen handeling sprake van een normschending. Maar wie zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, is van mening dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld. Het beroep op de rechtvaardiging dient ertoe de rechter tot dezelfde overtuiging te brengen en diens oordeel over de daad om te buigen richting rechtmatig. Het doel van het beroep op een rechtvaardigingsgrond is de beïnvloeding van de oordeelsvorming. Zijn werking (functie) is dat inderdaad een verandering wordt bewerkstelligd in de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig.[222]

2.4.5 Inhoud van rechtvaardigingsgronden

Zojuist is geconstateerd dat het doel van een beroep op een rechtvaardigingsgrond in strafrecht en burgerlijk recht hetzelfde is: het veranderen van de kwalificatie van de daad als onrechtmatig in rechtmatig.[223] Ook het toepassingsgebied is gelijk, het verweermiddel wordt ingeroepen bij soortgelijke feiten: een eigen onrechtmatige daad of een strafbaar feit.[224]

Nu het gaat om eenzelfde soort omslag in de kwalificatie van eenzelfde soort daden, ligt het voor de hand dat voor die omslag ook eenzelfde type rechtvaardigingen noodzakelijk is. De handelende die een onrechtmatige daad/strafbaar feit heeft begaan, wijst op omstandigheden waaruit blijkt dat hij moest handelen zoals hij deed. Hij handelde bijvoorbeeld in noodtoestand of uit noodweer. De voorwaarden waaraan de rechtvaardigingsgrond worden getoetst, zijn in civiel- en strafrecht dezelfde.[225]

Als de feiten waartegen de rechtvaardigingen in straf- en civielrecht worden ingeroepen dezelfde zijn, en de rechtvaardigende omstandigheden eveneens, dan kan men stellen dat straf- en civielrecht op het toepassingsgebied van de rechtvaardigingsgronden in hoge mate vergelijkbaar zijn. Om die reden ga ik in deze studie bij de bespreking van de verschillende rechtvaardigingsgron-

222 Vgl. par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).
223 Zie par. 2.4.4 (*Doel en functie van rechtvaardigingsgronden*).
224 Zie par. 2.4.3 (*Toepassingsgebied van rechtvaardigingsgronden*).
225 Vgl. hierboven, par. 2.2.5 (*Uitwerking 2: debatstructuur en bewijslast*), slot. Zie nog Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.7 voor een toets door de civiele rechter aan de strafrechtelijke noodweervereisten.

den,[226] en van de beginselen die voor rechtvaardigingsgronden gelden,[227] uit van de in het strafrecht ontwikkelde jurisprudentie en literatuur.

2.4.6 Gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond

De rechtvaardigingsgrond ontneemt aan de handeling het onrechtmatige karakter. De werking van de rechtvaardiging is wat dat betreft in straf- en civielrecht dezelfde, zo is hierboven al opgemerkt.[228] Maar het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging is daarmee nog niet uitputtend besproken. De onrechtmatigheid van de handeling wordt weliswaar opgeheven, maar civielrechtelijk is onrechtmatigheid geen voorwaarde voor aansprakelijkheid, zo bleek verder in het voorgaande.[229] Strafrechtelijk ligt dat anders. Daarom sta ik tot slot (en hiermee loop ik vooruit op het laatste deel van dit boek) stil bij de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Het strafrecht kent slechts twee mogelijke gevolgen: het is hier alles of niets. De verdachte heeft met zijn handeling alle voorwaarden van de delictsomschrijving vervuld. De weg van vrijspraak is dus afgesneden.[230] Als zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gehonoreerd, volgt ontslag van rechtsvervolging; anders: straf of een maatregel. In de strafmaat kan vervolgens uiteraard nog worden genuanceerd. Maar dat verandert niet aan de conclusie dat het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond in het strafrecht bepaald ingrijpend is te noemen.

Ingrijpend is het gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond in het civiele recht ook voor de handelende. Zijn daad wordt immers niet (meer) als onrechtmatig aangemerkt. Dat betekent echter slechts dat één mogelijke grondslag voor een eventuele vergoeding van de schade van de benadeelde verloren gaat: de aansprakelijkheid van de handelende op grond van artikel 6:162. Maar overigens kan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond een grote variatie aan gevolgen hebben.

Allereerst kan zij, als reeds gezegd, net als in het strafrecht meebrengen dat een handeling die valt onder 6:162 bij nader inzien toch niet als onrecht-

---

226 In hoofdstuk 3, waar de klassieke, uit het strafrecht overgenomen, rechtvaardigingsgronden worden besproken.

227 In deel III, bij de bespreking van *Culpa in causa* (in hoofdstuk 6) en *Proportionaliteit en subsidiariteit* (in hoofdstuk 7).

228 In par. 2.4.4 (*Doel en functie van rechtvaardigingsgronden*).

229 Zie par. 2.3.3-2.3.6 (*Van Veen: het verband tussen de aard van het delict en de functie van straf* e.v.) en 2.4.2 (*Grondslag van straf- en civielrechtelijke aansprakelijkheid*).

230 Ook hier geldt uiteraard de nuancering die hierboven al aan de orde kwam: als de wederrechtelijkheid bestanddeel van de delictsomschrijving is, dient de afwezigheid van een rechtvaardiging te worden vastgesteld. Wanneer dat niet gebeurt, en de rechtvaardigingsgrond aannemelijk is, volgt vrijspraak. Zie ook hierboven, bijv. par. 2.2.5 (*Debatstructuur en bewijslast*), met verwijzingen.

matig mag worden bestempeld, waardoor de handelende niet tot schadevergoeding verplicht is. Dit is het 'klassieke' gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Gedacht kan hierbij worden aan schade die uit noodweer aan de aanvaller is toegebracht en daarom niet door de noodweerder behoeft te worden vergoed, omdat de noodweerhandeling niet onrechtmatig is.

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan ook het effect hebben dat de benadeelde een ander dan de handelende moet aanspreken tot verhaal van zijn schade, zoals in het geval werd gehandeld in noodtoestand ten behoeve van een derde.[231] Zij kan zelfs tot gevolg hebben dat iemand tegen zijn wil contractueel wordt gebonden aan een derde, wat het geval kan zijn bij behoorlijke zaakwaarneming als bron van vertegenwoordigingsbevoegdheid.[232]

Andere typen rechtvaardigingen kunnen de benadeelde beknotten in zijn mogelijkheid een bepaalde actie in te stellen, maar laten andere acties onverlet. Zo kan de aanwezigheid van de rechtvaardiging 'handelen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen' een verbodsactie van de benadeelde verhinderen, maar vormt zij geen belemmering voor toewijzing van diens schadevergoedingseis.[233]

Weer andere rechtvaardigingen kunnen meebrengen dat de benadeelde niet zijn werkelijke schade vergoed zal krijgen, maar genoegen moet nemen met een tevoren vastgesteld bedrag, bijvoorbeeld wanneer op grond van de Onteigeningswet de eigendom van een zaak aan de benadeelde is ontnomen.[234]

Kortom: een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond heeft in het burgerlijk recht een heel ander effect dan in het strafrecht. Wanneer een rechtvaardigingsgrond in het burgerlijk proces aanwezig wordt geacht, betekent het (anders dan in het strafproces) in elk geval niet: 'einde debat'.

2.4.7 Tussenconclusie III

De straf- en civielrechtelijke normenstelsels mogen sterk verschillen op het punt van de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Maar bij de toepassing van rechtvaardigingsgronden, dus waar het gaat om een schuldaansprakelijkheid, is de *grondslag* voor aansprakelijkheid in beide rechtsgebieden dezelfde: juridisch wordt tot uitdrukking gebracht dat de handelende zich afkeurenswaardig heeft gedragen. Precies tegen deze kwalificatie richt zich in beide rechtsgebie-

231 De benadeelde zou dan schadevergoeding kunnen vorderen van die derde op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Vgl. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.
232 Zie artikel 6:198 jo. 201.
233 Zie artikel 6:168.
234 Voor andere voorbeelden: zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 664-681.

den het beroep op een rechtvaardiging. De handelende beoogt hiermee aan te geven dat hij niet afkeurenswaardig, maar juist normconform heeft gehandeld.[235] Het doel van een beroep op een rechtvaardigingsgrond is in het strafrecht en het burgerlijk recht dus hetzelfde. Deze constateringen verklaren het uitgangspunt dat ook de inhoud van rechtvaardigingsgronden in straf- en civielrecht overeen komen.

Wat betreft de *gevolgen* van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond lopen straf- en civielrecht uiteen. Na een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt de handeling niet meer als strafwaardig/onrechtmatig aangemerkt. Deze constatering heeft in het burgerlijk recht andere gevolgen dan in het strafrecht. Dat hangt samen met het feit dat met het geslaagde beroep op een rechtvaardiging de grondslag voor straf vervalt.[236] Dat geldt echter niet voor de grondslag voor schadevergoeding. De benadeelde verliest weliswaar één mogelijkheid om zijn schade te verhalen, namelijk de grondslag van artikel 6:162. Maar dat laat onverlet dat hij de handelende eventueel aansprakelijk kan stellen op een andere grondslag, of een ander dan de handelende kan aanspreken tot vergoeding van zijn schade.

2.5 Afsluiting

2.5.1 Disharmonie of convergentie?

Aan het slot van dit hoofdstuk nog een laatste observatie over het denken over strafrecht en civielrecht.

Vergelijkingen van begrippen van straf- en civielrecht zijn wel beschreven in termen van 'disharmonieën'.[237] In het civiele recht wordt de opvatting dat vooral een principieel onderscheid moet worden gemaakt tussen strafrecht en civielrecht verdedigd in Asser/Sieburgh, waar dat onderscheid zelfs als een 'verworvenheid' wordt aangemerkt.[238] Over een van de eerste bundels waarin de grenzen van burgerlijk recht en strafrecht worden onderzocht, wordt daarbij nog opgemerkt: 'De opbrengst van de naspeuringen is gering', wat als 'niet verrassend' wordt beschouwd.[239]

Ik heb een andere visie, althans voor het gebied waarop rechtvaardigingsgronden een rol spelen. Uit de rechtspraak blijkt immers dat de civiele rechter naadloos aanhaakt en ook *kan* aanhaken bij de in het strafrecht ontwikkelde

235 Vgl. par. 1.4.3 (*Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad*) en par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

236 En het feit dat het strafrecht geen aansprakelijkheid voor rechtmatige daad kent.

237 Zo: J. Remmelink, 'Disharmonieën tussen civiel- en strafrecht', *R.M. Themis* 1959, p. 288, en in diens voetspoor: H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1985, passim, bijv. op p.1 en 669-677.

238 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/8, zie ook nr. 6.

239 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/8, slot.

rechtspraak en dogmatiek. Dat geldt overigens ook omgekeerd. De strafrechter blijkt uitstekend uit de voeten te kunnen met het civielrechtelijk begrippenkader.[240]

Dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond in straf- en civielrecht niet tot dezelfde uitkomst hoeft te leiden, komt niet doordat de gronden in de beide rechtsgebieden een andere rol spelen of anders gedefinieerd worden. De voorwaarden voor de gronden zijn in beide rechtsgebieden dezelfde. Waar het verschil in uitkomst wel door verklaard wordt, bleek uitgebreid in het voorgaande, en zal in de volgende paragraaf nog kort worden samengevat.

Het tot 'verworvenheid' verklaren van het principiële onderscheid tussen straf- en civielrecht acht ik een gemiste kans, omdat het ingaat tegen allerlei (sinds de jaren '90 bestaande)[241] tendensen, waarbij men in het strafrecht en het civiele recht over en weer open staat om te leren van elkaars gedachtenvorming. Daarbij blijkt niet zelden dat er ook daadwerkelijk iets te leren *valt*, en dat veel scheidslijnen of onderscheidingen minder scherp zijn dan eerder gedacht.[242] Eenheid van recht en onderscheiden eerder dan principieel scheiden.[243]

---

240 Zie bijv. over toepassing van artikel 6:166 BW: HR (Strafkamer) 3 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1726, *NJ* 2020/439 (*vordering benadeelde partij en 6:166*), en over toepassing van artikel 6:106, aanhef en onder b: de arresten HR (Strafkamer) 8 en 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1955, 1956, 1967 en 2012, *NJ* 2021/65-68, m.nt. Lindenbergh. En zie over de 'aanvullende werking' van het privaatrecht in het strafrecht bijv. Crijns, *Overeenkomsten binnen het strafrecht* 2013, p. 545. Ook voor de beoordeling van bijv. een gedraging in een sport en spelsituatie geldt in civiel- en strafrecht dezelfde omschrijving, zie bijv. HR (Strafkamer) 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NJ* 2019/453 (*Mishandeling tijdens voetbalwedstrijd*). De maatstaf waaraan het handelen wordt getoetst, is al geformuleerd in HR (Strafkamer) 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 (*Mishandeling door Sparta-voetballer*). In zijn conclusie voor dat arrest refereert A-G Machielse (onder 3.5) aan de civiele rechtspraak over mishandeling in sport en spelsituaties, zoals HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*) en HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, *NJ* 1996/376 (*Judoworp*).

241 De aandacht voor de vergelijking tussen de beide rechtsgebieden is natuurlijk al veel ouder. Ik noem bijv. de dissertatie van Paul Scholten, *Schadevergoeding* (diss.) 1899 en het opstel van Langemeijer, *Het strafrecht en de benadeelde*, in *NJB* 1938, p. 29-37 en 53-60.

242 In dit verband valt te wijzen op de bundel die *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019, in het slot van nr. 8 al noemde: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, met bijdragen over de procesposities in straf- en privaatrecht, civilisering van het materiële privaatrecht, straffen met privaatrecht (of juist verzoenen). Maar ook op recentere, als *Privatisering van strafrecht*, bijzonder nummer van Ars Aequi, 2013, met bijdragen over privaatrechtelijke normen in het strafproces, het afstoten van publiekrechtelijke taken en de privatisering van het rechtsconflict.

243 Hier mag uiteraard niet onvermeld blijven de rede van J.M. Polak, *De eenheid van het recht: enkele opmerkingen over specialisatie in de rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958. Hij beschrijft drie gevaren van het scheidend denken; 1. juristen in verschillende rechtsgebieden dreigen elkaar steeds minder te begrijpen, 2. er dreigt een teveel aan regelingen, 3. verscheidenheid van rechtsgebieden gaat vaak samen met verscheidenheid aan rechtspraak. Over dit laatste punt schreef Bloembergen in de aan Polak opgedragen bundel *Eenheid van recht* (Deventer: Kluwer 1988): 'De rechtspraak en de eenheid van recht' (p. 49-

2.5.2 Samenvatting van de bevindingen in dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk kwamen belangrijke verschillen tussen straf- en civielrecht naar voren. En juist die verschillen springen bij rechtsvergelijking in het oog. Zoals de dichter schrijft, die aan het begin van dit eerste deel van het boek is geciteerd:

> 'Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. (…) Een raakvlak verwijst naar verschillen, niet naar overeenkomsten.'[244]

Op ordeningsniveau bleken de door beide gebieden beschermde belangen wezenlijk anders, wat ook gold voor de middelen waarmee die belangen worden behartigd.[245] Maar omdat de toepassing van rechtvaardigingsgronden niet op dat niveau plaatsvindt, staan de genoemde verschillen voor een civielrechtelijk onderzoek niet in de weg aan de vergelijking met en toepassing van de strafrechtelijke begripsvorming van rechtvaardigingsgronden. Overigens verklaren de verschillen op het ordeningsniveau wel waarom de procespositie van partijen[246] en de bewijslastverdeling[247] in straf- en civielrecht anders zijn en waarom strafrechter en civiele rechter tot verschillende oordelen in gelijke zaken kunnen komen. Met een verschillende opvatting over de voorwaarden die gelden voor rechtvaardigingsgronden heeft dat echter niets te maken.[248]

Beschouwing van de werking van burgerlijk recht en strafrecht via de middelen schadevergoeding en straf leerde dat daar waar een beroep wordt gedaan op een rechtvaardigingsgrond (bij eventuele aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen), de functies van schadevergoeding en straf samenvallen.[249] In dat opzicht lijkt het maken van een vergelijking dan ook goed mogelijk.

Strafrecht en burgerlijk recht wijken van elkaar af met betrekking tot het rechtsgevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond: de werking van het strafrecht houdt dan halt, omdat het strafrecht geen bestraffing van

---

65). Zijn gedachten over het onderwerp werkte Bloembergen verder uit in *De eenheid van het recht, Compartimentering en eenheid in rechtspraak, wetgeving en wetenschap*, openingscollege Leiden: uitgever s.n., 1990. In deze lijn staat ook Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst* (diss.) 2010, p. 488. Zie tot slot de afscheidsrede van president van de Hoge Raad M. Feteris, van 29 oktober 2020, *Rechtseenheid en rechtsvorming als gezamenlijke verantwoordelijkheid van hoogste rechters*, die m.n. in 3.2 en 3.3 wijst op de onwenselijkheid van het in verschillende rechtsgebieden op verschillende wijzen uitleggen van regels. Hij pleit overtuigend voor afstemming, uniformering en consistentie. De rede is te vinden op www.hogeraad.nl.

244 Uit: *De dichter en de gek*, Kopland.

245 Zie par. 2.2 (*Straf- en civielrecht: ordeningssystemen*).

246 Zie par. 2.2.4 (*Uitwerking 1: de verhouding tussen de procespartijen*).

247 Zie par. 2.2.5 (*Uitwerking 2: debatstructuur en bewijslast*).

248 Zie par. 2.2.7 (*Tussenconclusie I*).

249 Zie par. 2.3.7 (*Functies van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid*).

rechtmatige daden kent, terwijl in het civiele recht de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor rechtmatige daad bestaat.[250] Maar ook hier geldt: juist daar waar rechtvaardigingsgronden aan de orde zijn, dus op het terrein van de aansprakelijkheid voor de eigen onrechtmatige daad, lopen de functies van civiel- en strafrecht geheel parallel, en zijn de rechtsgebieden in hoge mate te vergelijken.[251]

Op het niveau dat van belang is in verband met de inhoud van rechtvaardigingsgronden, het normeringsniveau, bleken eveneens fundamentele verschillen te bestaan tussen straf- en civielrecht. Strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gedragen door het verwijt dat de dader te maken is; in het civiele recht is een verwijtbare handeling lang niet altijd voorwaarde voor aansprakelijkheid.[252] Maar op het gebied waar de rechtvaardigingsgrond is gesitueerd (bij aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen), zijn de rechtsgebieden alweer in hoge mate te vergelijken. Zo is de grondslag voor aansprakelijkheid in straf- en civielrecht dezelfde: er is een afkeurenswaardige daad gepleegd (een onrechtmatige daad of strafbaar feit), wat rechtens vergolden dient te worden.[253] Ook de functie die de rechtvaardigingsgrond vervult, is op beide terreinen dezelfde: de rechtvaardigingsgrond dient als correctiemiddel in die situaties waarin weliswaar de voorwaarden die gelden voor onrechtmatige daad of strafbaar feit vervuld zijn, maar geen sprake is van een laakbare handeling, die tot aansprakelijkheid of straf zou moeten leiden.[254] Verder zijn de voorwaarden die gelden voor een beroep op rechtvaardigingsgronden in strafrecht en burgerlijk recht identiek.[255] Op het gebied waar rechtvaardigingsgronden worden toegepast, bij aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen, zijn de grondslag voor aansprakelijkheid, en de functie en inhoud van de rechtvaardigingsgrond dezelfde in straf- en in civielrecht.[256]

Precies op het terrein waar rechtvaardigingen een rol spelen, lijkt vergelijking tussen straf- en civielrecht dus zeer goed mogelijk. Dat stellen ook Viney c.s.:

> 'En tout cas, force est de constater qu'en droit positif l'influence des solutions pénales est considérable, notamment dans tous les cas où, l'action en responsabilité civile étant fondée sur un fait pénalement incriminé, le principe de la « primauté du criminel sur le civil » est appliqué par les tribunaux. Cette influence s'est fait

250 Waaronder ook begrepen is de (door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) gerechtvaardigde daad. Zie par. 2.3.5 (*Functies van schadevergoeding bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad*).
251 Zie par. 2.3.8 (*Tussenconclusie II*).
252 Zie par. 2.4 (*Straf- en civielrecht: normen bij schuldaansprakelijkheid*).
253 Zie par. 2.4.2 (*Grondslag van straf- en civielrechtelijke aansprakelijkheid*).
254 Zie par. 2.4.4 (*Doel en functie van rechtvaardigingsgronden*).
255 Zie par. 2.4.5 (*Inhoud van rechtvaardigingsgronden*).
256 Zie par. 2.4.4 (*Doel en functie van rechtvaardigingsgronden*).

> sentir, en particulier, sur la liste des « faits justificatifs » admis par la jurisprudence civile.'[257]

De invloed van het strafrecht op het civielrecht is, op het terrein van rechtvaardigingen, niet te onderschatten. Vanuit deze optiek worden in dit boek straf- en civielrecht besproken. Centraal staat de rechtvaardigingsgrond in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Van strafrechtelijke noties (of zoals de Franse civilist zegt: oplossingen, 'solutions') op dit gebied wordt bezien wat zij zouden kunnen betekenen in de *civiele* context van de rechtvaardiging van een onrechtmatige daad, en wordt nagegaan of ze van nut zouden kunnen zijn voor de civiele gedachtenvorming over het onderwerp.

257 Viney, Jourdain & Carval, *Les conditions de la responsabilité* 2013, nr. 557, p. 646.

DEEL II

Ordening

3 De volledige rechtvaardiging

3.1 INLEIDING

3.1.1 De volledige rechtvaardiging

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke rechtvaardigingen op zichzelf de kracht hebben het aanvankelijk oordeel over een bepaalde handeling van onrechtmatig in rechtmatig te veranderen. Omdat de enkele aanwezigheid van zo'n rechtvaardiging meebrengt dat de daad als rechtmatig wordt gekarakteriseerd, wordt dit type rechtvaardigingen in deze studie 'volledig' genoemd. Buiten de ingeroepen rechtvaardiging zelf is niets nodig om de verandering in het oordeel te bewerkstelligen.

Het Burgerlijk Wetboek geeft geen omschrijving of voorbeeld van het begrip rechtvaardigingsgronden. Daarom grijp ik op dit punt van het betoog nogmaals terug naar de parlementaire geschiedenis van het BW. De wetsontwerper noemt hier in ieder geval voorbeelden van rechtvaardigingen, en geeft aan in welke richting wellicht nog andere gronden gezocht kunnen worden.

3.1.2 De Toelichting Meijers

In het vorige hoofdstuk, waar de strafrechtelijke invloed op het civielrechtelijk denken over rechtvaardigingen werd belicht, is de onderverdeling door het ontwerp Burgerlijk Wetboek in wettelijke en andere rechtvaardigingen besproken.[1]

Over de eerste categorie zijn de ontwerpers uitvoerig in hun uiteenzetting:

> 'Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming (...). Voorts zijn ook in het civiele recht "overmacht" (noodtoestand) en noodweer rechtstreeks op de wet gebaseerde rechtvaardigingsgronden, indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens

1 De TM spreekt van rechtstreeks op de wet gebaseerde en 'andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien', *TM, Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617. Zie verder hierboven, par. 2.1.1 (*Rechtvaardigingsgronden in de parlementaire geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek*).

> overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht en in het concrete geval "overmacht" of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter ontneemt. Tenslotte zou men tot deze categorie van rechtvaardigingsgronden ook kunnen rekenen de bepaling van artikel 25 Wegenverkeerswet, voor zover men daarin leest een algemene rechtvaardigingsgrond voor overtreding van de concrete verkeersregels in gevallen waarin het opvolgen van die regels de veiligheid van het verkeer in gevaar zou brengen.'[2]

Naast deze categorie van de wettelijke gronden (kortweg: de klassieke rechtvaardigingsgronden) is volgens de ontwerpers een belangrijke rol weggelegd voor andere rechtvaardigingsgronden:

> 'Meer nog dan in het strafrecht bestaat er in het civiele recht behoefte aan erkenning van andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien. Zonder deze erkenning (...) zou de regel dat bij strijd met een wettelijke plicht en bij inbreuk op een recht de onrechtmatigheid van de daad vanzelf gegeven is, tot een te groot automatisme, tot onaanvaardbare consequenties leiden.'[3]

Aan welke andere rechtvaardigingsgronden daarbij moet worden gedacht, meldt de Toelichting niet. Enigszins luchthartig wordt opgemerkt:

> 'In verschillende buitenlandse wetboeken worden bepaalde rechtvaardigingsgronden afzonderlijk geregeld, met name noodweer en noodtoestand. Het ontwerp heeft hierin deze wetboeken niet gevolgd. In verband met de nog bestaande onzekerheid over de juiste omschrijving van noodweer en noodtoestand en over de onderlinge begrenzing van deze buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden heeft het ontwerp de nadere bepaling van de inhoud ook van deze rechtvaardigingsgronden aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.'[4]

3.1.3 Kritiek van de Raad van State

Het advies van de Raad van State over het ontwerp van artikel 6.3.1.1 (nu: 6:162) lid 2, slot is kritisch getoonzet:[5]

> 'Voorts meent de Raad een ogenblik te moeten stilstaan bij de laatste woorden van het tweede lid van artikel 6.3.1 "behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond". De driemanschapstoelichting treedt hierover in enige weinige beschou-

2 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.
3 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.
4 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.
5 Opmerking daarbij verdient dat het advies slechts aan twee punten uit het ontwerp diepgaand aandacht besteedt. Het ene betreft de overheidsaansprakelijkheid (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 620-622); het andere de rechtvaardigingsgronden (Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 622-623).

> wingen en raakt hierbij, al noemt zij het woord niet, ook aan de moeilijkheden der eigenrichting, doch steekt hierbij veel minder diep dan zij veelal doet (...). Dit, hoewel zij opmerkt: "Meer nog dan in het strafrecht bestaat er in het civiele recht behoefte aan erkenning van andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien". Het ontwerp wil de nadere bepaling ervan, naar de genoemde toelichting zegt, "aan wetenschap en rechtspraak" overlaten. De vraag is, of dit zo zonder meer kan.'[6]

Hierop volgt een bespreking van de rol van de rechtvaardigingsgrond als uitzondering op de onrechtmatigheid. Als die onrechtmatigheid is gelegen in een rechtsinbreuk of plichtschending, is zij vaak neergelegd in een strafrechtelijke norm, en, zo vervolgt de Raad:

> 'zij kan dan slechts teruggedrongen worden met een beroep op een wettelijke rechtvaardigingsgrond, doch niet met een verwijzing naar iets, dat "wetenschap en rechtspraak" als zodanig te voorschijn zouden gelieven te toveren, al heeft men misschien hiermee wel eens ietwat de hand gelicht. Zulke rechtvaardigingsgronden bestaan er vele; in de driemanschapstoelichting worden er verschillende opgesomd. Dat daarnaast naar stellig recht nog andere zouden kunnen bestaan, dient, al wordt er wel eens anders over gedacht, voorshands te worden ontkend; een ontkenning die niet mag wijken voor de bewering in de driemanschapstoelichting, dat men anders tot "een te groot automatisme" dreigt te komen. Misschien is dit een reden om "wetenschap en rechtspraak" een wettelijke ontplooiingskans te geven door bij voorbeeld de toevoeging aan "rechtvaardigingsgrond" van een bijvoeglijke bijstelling, waarin verwezen wordt naar de "redelijkheid" (al is de Raad (...) huiverig deze oplossing aan te prijzen).'[7]

Volgens de Raad van State moet 'voorshands' dus worden ontkend dat er naast de klassieke rechtvaardigingsgronden nog andere te onderscheiden zouden zijn. De raad is derhalve bepaald sceptisch over het bestaan van andere rechtvaardigingsgronden.[8] Dit in tegenstelling tot het driemanschap, dat juist in het civiele recht 'een behoefte aan erkenning' van andere gronden signaleert.[9]

Na een bespreking van enkele problemen met betrekking tot noodweer(exces), overmacht en handelen in het algemeen belang concludeert de Raad van State:

---

6 Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 622.

7 Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 622/623.

8 Op dit punt is overigens reeds een versoepelde houding van de Raad van State zichtbaar. Bij de advisering omtrent het ontwerp van artikel 5.1.3 (over de aantasting van eigendom), schreef de Raad nog het volgende over de algemene rechtvaardigingsgrond: 'een element, dat als volkomen vreemd aan het civiele recht daarin wordt binnengeleid'. Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 66.

9 Zie nogmaals TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

> 'Genoeg om de mening van de Raad te staven, dat de slotwoorden van het tweede lid van het ontworpen artikel 6.3.1 nog enige overdenking en mogelijk enige bijwerking verdienen.'[10]

3.1.4 Verwerping van de kritiek door het driemanschap

In het Rapport aan de koningin volstaat het driemanschap inhoudelijk met de opmerking dat de toepassing van artikel 40 e.v. Sr op onrechtmatige daden die geen strafbare feiten zijn, 'reeds betekent erkenning van op ongeschreven recht berustende rechtvaardigingsgronden' en met een verwijzing naar de leer-Smits.[11] Op de hierboven aangehaalde zeer voorzichtige suggestie van de Raad van State een verwijzing naar de redelijkheid op te nemen, reageert het driemanschap met de volgende passage:

> 'Verwezenlijking van dit voorstel zou het zeer wel duidelijk maken dat rechtvaardigingsgronden aan het ongeschreven recht mogen worden ontleend.'[12]

De bedoeling van de ontwerpers is helder. In de geciteerde passages is te lezen dat het driemanschap in elk geval geen reden ziet om zich de geventileerde kritiek aan te trekken en het wetsvoorstel nader uit te werken, of te preciseren waaraan te denken valt bij 'andere' rechtvaardigingsgronden. Kennelijk leest het driemanschap in de kritiek van de Raad van State juist steun voor zijn opvatting dat rechtvaardigingsgronden zeer wel buiten de wet gevonden kunnen worden. Het driemanschap blijft bij zijn idee dat de nadere bepaling van de inhoud van deze 'andere' rechtvaardigingsgronden maar moet komen van de rechter en de wetenschap.

3.1.5 Conclusie en overgang naar wat volgt

Als volledige rechtvaardigingen gelden voor het Nederlandse burgerlijk recht, zo blijkt uit het voorgaande, allereerst de uit het strafrecht afkomstige 'klassieke' rechtvaardigingsgronden.[13]

---

10 Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 623.
11 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 626.
12 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 627.
13 Het Nederlandse systeem is in dit opzicht vergelijkbaar met het Belgische en Franse. Bij gebreke van een wettelijke regeling in het civiele recht speelt men 'leentjebuur' met het strafrecht (voor België: zie Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, p. 139, nr. 70; Voor Frankrijk: zie Flour & Aubert, *Les Obligations* 2 1997, nr. 112). In het Duitse recht zijn sommige rechtvaardigingsgronden equivalent van strafrechtelijke rechtvaardigingen. Zo: Notwehr (§ 227 BGB, vgl. § 32 StGB) en Notstand (§ 228/904 BGB, 34 StGB). Zie daarover *Münchener Kommentar* (Wagner) bij § 823 BGB, nr. 305.

Voor de civielrechtelijke begripsvorming is het daarom van belang eerst stil te staan bij de plaats die deze gronden innemen in het systeem van het Wetboek van Strafrecht. Nadat dit systeem is beschreven,[14] worden de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden inhoudelijk en noodzakelijkerwijs summier[15] besproken.[16] Daarna wordt bezien of naast deze klassieke rechtvaardigingsgronden nog andere volledige rechtvaardigingen te onderscheiden zijn.

3.2 Het strafrechtelijk systeem

3.2.1 De Memorie van Toelichting

Rechtvaardigingsgronden zijn opgenomen in Boek 1, Titel III (artikel 39-44), over Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid.[17] Ze vormen de kern van die titel (artikel 40-43), waarin ze worden voorafgegaan door de schulduitsluitingsgrond ontoerekenbaarheid (artikel 39) en gevolgd door de strafverhogingsgrond schending bijzondere ambtsplicht (artikel 44), en de strafverminderingsgronden van artikel 44a Sr.

Uitsluiting van strafbaarheid zal volgen wanneer het strafbare feit niet kan worden toegerekend aan de dader:

> 'Geene strafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handelingen niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.'[18]

Volgens de toelichting zijn er twee redenen waarom die toerekenbaarheid kan ontbreken:
1. wegens oorzaken die in de deelnemer aan het feit zelf aanwezig zijn;
2. wegens 'van buiten aangebragte oorzaken'.[19]

De inwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid worden eerst geregeld: in artikel 37 (nu 39) over de ontoerekenbaarheid en in artikel 38 en 39 (nu verval-

14 In par. 3.2 (*Het strafrechtelijk systeem*).
15 Voor een uitputtende beschrijving zij de lezer verwezen naar Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, Art. 162 lid 2, aant. 119-256.
16 In par. 3.3 tot en met 3.7.
17 Oorspronkelijk: 'Uitsluiting, vermindering en verhooging der strafbaarheid', *Smidt I* 1891, p. 364.
18 MvT, *Smidt I* 1891, p. 364.
19 MvT, *Smidt I* 1891, p. 364.

len)[20] over de jeugdige leeftijd; daarna worden de uitwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid behandeld (artikel 40 e.v.).

De indeling in innerlijke (psychische) en uiterlijke (fysieke) oorzaken verklaart waarom bijvoorbeeld noodweerexces (een schulduitsluitingsgrond) wordt geregeld na noodweer (een rechtvaardigingsgrond) en niet na psychische stoornis (ook een schulduitsluitingsgrond). Bij noodweer en noodweerexces wordt de 'ontoerekenbaarheid' veroorzaakt door een uitwendige factor; bij psychische stoornis door een inwendige oorzaak.[21]

3.2.2 Rechtvaardiging en schulduitsluiting

Maar een indeling naar de *wijze van ontstaan* van de oorzaak van niet-toerekenbaarheid kan niet dienen ter verklaring van de *inhoud* en rechtsgevolgen van de ontoerekenbaarheidsgronden.[22] Daarom is de gangbare, en hierboven reeds gehanteerde, indeling die in rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden, hoewel deze in de wet niet is terug te vinden.[23] Als rechtvaardigingsgronden worden strafrechtelijk aangemerkt noodtoestand (art. 40 Sr),[24] noodweer (art. 41 Sr), wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Daarnaast kent men de rechtvaardigingsgrond 'ontbreken van materiele wederrechtelijkheid', maar deze speelt geen rol van betekenis.[25] Als schulduitsluitingsgronden gelden ontoerekenbaarheid (art. 39 Sr),[26] psychische overmacht (art. 40 Sr), noodweerexces (art. 41 lid 2 Sr), onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 lid 2 Sr), afwezigheid van alle schuld (avas).[27]

De artikelen 40-43 beginnen alle met de zinsnede: 'Niet strafbaar is hij die ....' Daaruit valt af te leiden dat bedoeld is de strafbaarheid van de dader

---

20 Bijzondere bepalingen voor jeugdige personen zijn tegenwoordig opgenomen in artikel 77a e.v. Sr.

21 Het strikt hanteren van deze indeling leidde ertoe dat bijvoorbeeld gewetensdrang niet onder overmacht kon worden gebracht, omdat het hier niet een van buiten komende, maar juist een interne omstandigheid van de dader betreft (HR (Strafkamer) 26 juni 1916, *NJ* 1916, p. 703, *W* 9955). Zie over de gevolgen van de indeling verder: Van Veen, *Het stelsel der excepties* 1986, p. 351/352.

22 Vgl. Strijards, die zich naar aanleiding van de tweedeling inwendige/uitwendige oorzaken afvraagt waar in het systeem de strafrechtelijke *norm* blijft. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 34.

23 Over de ontwikkeling van de indeling zie nogmaals Van Veen, *Het stelsel der excepties* 1986.

24 Ook wel 'overmacht in de zin van noodtoestand'.

25 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, p. 343-351, die aan het slot van zijn bespreking concludeert: 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties' (p. 351).

26 Voluit: ontoerekenbaarheid vanwege een psychische stoornis (art. 39 Sr).

27 Erkend in HR (Strafkamer) 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 (*Melk en water*). Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.7, p. 351 e.v. Onder avas worden mede begrepen: verontschuldigbare dwaling in de feiten of in het recht, verontschuldigbare onmacht, en maximaal te vergen zorg.

op te heffen, niet van het feit. Dat komt ook overeen met de hierboven geschetste indeling die de wetgever beoogde: hij regelde de ontoerekenbaarheid van het feit *aan de dader*. Algemeen neemt men echter aan dat de in artikel 40-43 genoemde gronden ook de strafbaarheid *van het feit* wegnemen.[28] In díe gevallen spreken we van rechtvaardigingsgronden. De andere gronden zijn schulduitsluitingsgronden; zij worden hierna, in hoofdstuk 9, besproken.

3.3 Overmacht: een civielrechtelijke kwalificatiefout

3.3.1 Artikel 40 Sr

Alle Nederlandse hand- en studieboeken over het civiele aansprakelijkheidsrecht openen de behandeling van rechtvaardigingsgronden met een verwijzing naar overmacht,[29] neergelegd in artikel 40 Sr:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.'

3.3.2 Verschillende typen overmacht

In het strafrecht wordt onderscheiden tussen absolute en relatieve overmacht.[30]

Bij absolute overmacht neemt men aan dat geen sprake is van een handeling.[31] Aan een rechtvaardigingsgrond komt men dan niet meer toe, omdat daarvoor een – onrechtmatige – *daad* aanwezig moet zijn.[32]

Relatieve overmacht wordt onderverdeeld in rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht. Met rechtvaardigende overmacht wordt gedoeld op noodtoestand.[33] Ook naar burgerlijk recht levert dat een rechtvaardigingsgrond op.[34] Voor de categorie overmacht in de zin van noodtoestand hanteer ik verder de term noodtoestand. Deze wordt hierna besproken, in paragraaf 3.7.

---

28 Hierover: Dolman, *Overmacht* 2006, bijv. p. 82 e.v.

29 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88 slot en 89; Brahn & Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* 2015/609; Nieuwenhuis, Hoofdstukken vermogensrecht 2019, 7.2.2, p. 101.

30 Zie bijvoorbeeld: Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201 e.v.

31 Zie daarover verder par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht).*

32 Voor het strafrecht in gelijke zin Ten Voorde, *T&C Sr*, aant. 4 op art. 40 Sr; De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.2, p. 290-291, die opmerkt dat in dit soort gevallen 'geen strafrechtelijk relevante handeling is verricht' (p. 290). Zie verder hierboven par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*) en hierna, over daderschap, par. 9.4 (*Daderschap*).

33 Zie bijv. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, hoofdstuk III.3, die ook van noodtoestand als 'objectieve overmacht' spreekt, zie bijv. p. 227.

34 Zie daarover hierna, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

Bij de tweede soort, de schulduitsluitende overmacht, gaat het om foutieve gedragingen die begaan zijn onder een dwang, waaraan de dader zich wel zou kunnen onttrekken, maar dat zou 'de weerstandskracht van een normaal mens te boven' gaan.[35] In zo'n geval, psychische overmacht genoemd,[36] kan men ook voor het civiele recht zeggen dat het voor de dader niet mogelijk is zich normconform te gedragen. Dan is dus sprake van een gebrek aan schuld.

De relatieve overmacht kan aldus worden samengevat. Zij bestaat enerzijds uit rechtvaardigende overmacht, die noodtoestand wordt genoemd. Dat is wel een rechtvaardigingsgrond, die in deze studie verder niet als overmacht zal worden aangeduid, maar als noodtoestand. Anderzijds bestaat relatieve overmacht uit schulduitsluitende, psychische, overmacht. Dat is dus wel overmacht, maar geen rechtvaardigingsgrond.

3.3.3 Civiel: geen rechtvaardiging, maar schulduitsluiting

De Toelichting op het ontwerp van artikel 6:162 noemt overmacht als voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond, ontleend aan het strafrecht. Opmerkelijk daarbij is dat het pas in de tweede opsomming van rechtvaardigingsgronden wordt genoemd,[37] en dat het begrip nergens in de passage zonder aanhalingstekens wordt gebruikt.

Voor dat laatste bestaat ook goede reden. In het strafrecht geldt dit type overmacht als strafuitsluitingsgrond, echter niet omdat zij een rechtvaardigingsgrond is,[38] maar omdat haar aanwezigheid een schulduitsluitingsgrond kan opleveren. De strafwetsontwerper licht het ontwerp voor artikel 40 Sr als volgt toe:

> 'Overmagt is elke ligchamelijke (physieke) of zedelijke (psychische) dwang. Was de dwang van dien aard, dat de dader daaraan geen weerstand kon bieden, zoodat hij *alleen ten gevolge daarvan* deed wat hij anders had nagelaten of naliet wat hij anders had gedaan, er is misdrijf noch overtreding gepleegd. Wanneer nu zoo algemeen mogelijk, zonder eenige nadere omschrijving, van overmagt wordt gesproken, dan is het ook duidelijk dat waar zij, niet de vrije wilsbepaling van de dader de drijfveer was van het feit, straffeloosheid evenzeer volgt in geval de dwang werd

35 De omschrijving is van *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 297.

36 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3.

37 En wel na de behandeling van de 'rechtstreeks op de wet gebaseerde' gronden: wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, ambtelijk bevel en zaakwaarneming. 'Overmacht' (noodtoestand) en noodweer worden gepresenteerd in een beperkt kader, als eveneens rechtstreeks op de wet gebaseerde gronden, 'indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht en in het concrete geval "overmacht" of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter ontneemt'. TM, *Parl Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

38 Zoals overmacht in de zin van noodtoestand. Zie daarover hierna, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

> uitgeoefend door derden met geweld, bedreiging of andere middelen, als in het geval hij gelegen was in de natuur der dingen.'[39]

Cruciaal is de zinsnede waarin wordt uitgelegd dat de overmacht de drijfveer van het feit was, en *niet de vrije wilsbepaling van de dader.* Met een beroep op overmacht zegt de dader niet: 'Wat ik deed, was het juiste'. Maar zijn stelling is deze: 'Wat ik deed, daar kon ik niets aan doen.'[40] Ook naar burgerlijk recht kan zo'n verweer niet slagen ter rechtvaardiging van de daad. Er wórdt immers niets gerechtvaardigd; de dader excuseert zich alleen. Het verweer is daarom te rangschikken onder de in hoofdstuk 9 (*Schuld*) te bespreken schulduitsluitingsgronden.[41]

3.4 NOODWEER

3.4.1 Inleiding

De oudste rechtvaardigingsgrond, noodweer, vindt zijn oorsprong in het tijdperk der 'private wraak'.[42] Oorspronkelijk gold het recht van de 'Privatrache' niet tussen personen; het was intergentiel recht – recht dat gold tussen bevolkings*groepen*. Ebert beschrijft haar werking zo:

> 'Wurde einem Mitglied ein Schaden zugefügt, so ist damit die Kraft dieser Gruppe geschwächt. Das Kräftegleichgewicht wird durch gleiche Schädigung der anderen Gruppe hergestellt.'[43]

Door de ontwikkeling van een stamoverstijgend openbaar gezag, wordt de private wraak aan rechtsvoorschriften gebonden:

> 'Ziel ist, dem zu Willkür und Übermaß neigenden Rachetrieb im Interesse des öffentlichen Friedens Maß und Grenzen zu setzen.'[44]

---

39 MvT, *Smidt I* 1891, p. 404 (cursivering in origineel).

40 Om deze reden wordt tegenwoordig in het strafrecht dan ook gesproken van *psychische* overmacht. Zie bijv. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3.

41 Zie over psychische overmacht m.n. par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*). Anders is de terminologie in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot, die overmacht wel als rechtvaardigingsgrond beschouwt, en psychische overmacht als schulduitsluitingsgrond. Dat laatste lijkt mij juist; het eerste kan verwarring geven.

42 *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 225. Over de ontwikkeling van het instituut noodweer (als subcategorie van *Selbsthilfe*) vanuit de 'vorstaatliche Chaos': Jhering, *Geist des römischen* Rechts 1878, p. 118 e.v. Zie over de ontwikkeling van private wraak nog Ahsmann, *Van 'delictum' tot 'delict'* 1995, p. 12-13 en over de ontwikkelingen van en in 'civielrechtelijk strafrecht' en 'strafrechtelijk civielrecht' Zwalve, *De autonomie van strafrecht en civielrecht* 1995, p. 23-26.

43 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

44 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

Uiteindelijk wordt alle geweldsuitoefening in de rechtstaat als taak toegedeeld aan de overheid. Dat geweldsmonopolie levert een probleem op voor de burger die plotseling door een andere burger wordt belaagd. Hij zou machteloos het verschijnen van de politie moeten afwachten. Daarom is hij gerechtigd zichzelf te verdedigen,

> 'omdat de Staat niet bij machte is de op haar rustende plicht om zorg te dragen voor veiligheid en bescherming der burgers, na te leven op het ogenblik der aanranding. Wanneer de overheid met háár machtsmiddelen niet tijdig kan ingrijpen, mag den aangerande niet belet worden zich zelf te verdedigen.'[45]

Noodweer is de rechtmatige verdediging tegen een onrechtmatige aanval. Mulder zegt erover:

> 'Naar Nederlands recht is niemand gehouden een ogenblikkelijke – dus onmiddellijk dreigende – wederrechtelijke aanranding van zijn of andermans lijf, eerbaarheid of leven weerloos af te wachten en in haar gevolgen te ondergaan.'[46]

Wie wordt aangevallen, hoeft zijn belager niet ook de andere wang toe te keren. De bevoegdheid terug te slaan, dat is noodweer. Alle Europese rechtsstelsels kennen een noodweerbevoegdheid.[47] Alleen de precieze voorwaarden verschillen.[48]

3.4.2 Artikel 41 lid 1 Sr

De burger vervangt in een noodweersituatie dus de overheid. Hij handelt 'pro magistratu'.[49] Daarom wordt ook wel gezegd dat de noodweerbevoegdheid niet alleen zelfverdediging, maar ook *rechts*verdediging is.[50] Zij is geregeld in artikel 41 lid 1 Sr:[51]

---

45 Van *Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 359.

46 Annotatie bij HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, *NJ* 1989/389, m.nt. A.L. Melai (*Verkiezingen op Aruba*).

47 Over de geschiedenis van noodweer vanaf de Romeinse tijd zie: Jansen, *Noodweer als rechtvaardigingsgrond* 2004, n.a.v. de Digestentekst D. 9,2,52,1.

48 Ik verwijs naar de bespreking door Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 515-526. In het Amerikaanse recht onderscheidt men i.v.m. *self-defense* de twee varianten: *defense of others* en *defense of property*, zie bijv. Dobbs, *The Law of Torts* 2000, p. 159 e.v. en 170 e.v.

49 Daarover algemeen: Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 397 e.v. Vgl. ook *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996: 'Deficiente magistratu populus est magistratus', p. 313, noot 3.

50 *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 226. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.1, p. 307 en V.3.4, p. 315. Ook Ter Haar wijst op de dubbele grondslag: zelfverdediging en rechtsordehandhaving, zie Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, m.n. p. 185-188.

51 In het artikel komt men de term 'noodweer' overigens niet tegen. Deze is wel te vinden in de Memorie van Toelichting, *Smidt I* 1891, p. 406.

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'

3.4.3 Voorwaarden

Uit het artikel volgen vijf vereisten,[52] die samen de grens aangeven tussen gerechtvaardigde eigenrichting (noodweer) en verboden eigenrichting (een strafbaar feit en onrechtmatige daad):[53]

1. Er moet sprake zijn van een *wederrechtelijke aanranding*,
2. die *ogenblikkelijk gevaar* oplevert,
3. voor eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed.
4. De *verdediging* moet *noodzakelijk* zijn,
5. en het daartoe begane feit *geboden*.

Andere Europese landen kennen soortgelijke voorwaarden voor het beroep op noodweer.[54]

Uit het eerste (wederrechtelijkheids)vereiste valt af te leiden dat geen noodweer is toegestaan tegen een gerechtvaardigde handeling. Dat betekent bijvoorbeeld dat tegen noodweer geen noodweer is toegelaten.[55] Ook de vraag in hoeverre het gebruik van vooraf gereedgelegde verweermiddelen onder de noodweerbevoegdheid valt, wordt in het strafrecht aan het aanrandingsvereiste getoetst. De vraag wordt verschillend beantwoord.[56]

In het strafrecht is met verwijzing naar het wederrechtelijkheidsvereiste wel verdedigd dat tegen aanranding door een dier geen noodweer is toegelaten omdat een dier geen rechtsplichten heeft en dus niet wederrechtelijk kan

52 Waarover uitgebreid: het zo'n 750 pagina's tellende proefschrift van Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, met uitvoerige bespreking van het Duitse en Franse recht. Zie verder De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.

53 Daarover bijv.: L.E.H. Rutten, *Eigenrichting* (Rede Nijmegen), Zwolle: W,E,J, Tjeenk Willink 1961.

54 Frappant is de gelijkenis met de Duitse noodweerbevoegdheid, waarover Grothe schrijft: 'Notwehr ist diejenige Verteidigung welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden' (§ 227 Abs. 2 BGB). In België eist men acute vrees voor aanranding van een persoon of goed, waardoor een onrechtmatige reactie wordt uitgelokt die schade veroorzaakt, Cornelis, *Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht I* 1989, nr. 20, p. 29-30.

55 Het is hierboven al besproken in par. 1.5.3 (*Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging*). Zie ook De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3, p. 310-311.

56 Zie *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 317.

handelen.[57] De Hullu schrift dat hij er in het algemeen weinig moeite mee zou hebben om noodweer ook mogelijk te achten tegen de aanval van bijvoorbeeld een hond.[58] Voor het civiele recht lijkt deze gedachte mij in elk geval volstrekt juist. De aanval van een dier is in zo'n geval 'door de eigen energie van het beest veroorzaakt' en dat leidt op grond van artikel 6:179 tot aansprakelijkheid van de bezitter van het dier.[59] Er bestaat geen enkele reden waarom men zich met een beroep op noodweer niet zou mogen verzetten tegen een dergelijke (aansprakelijkheid scheppende) aanval. Sterker: op grond van de schadebeperkingsplicht uit 6:101 zal men daartoe verplicht kunnen zijn.[60] En tegen aanval door een dier geleid door of in de macht van zijn baas, geldt dat het ervan afhangt of de bezitter (door wie het dier in dat geval 'als instrument' wordt gebruikt) gerechtvaardigd handelt of niet. Wanneer de baas gerechtvaardigd handelt (de politiehond die wordt ingezet bij een actie, of de waakhond die bescherming moet bieden tegen inbrekers), is geen noodweer toegelaten,[61] wanneer de baas niet gerechtvaardigd handelde en de hond als instrument wordt gebruikt, is noodweer toegestaan.

Het tweede (ogenblikkelijkheids-)vereiste brengt mee dat noodweer alleen is toegelaten zolang de aanval, of de dreiging daarvan, voortduurt:

> 'niet meer zoodra zij heeft opgehouden en geene hervatting dreigt; b.v. de slag is toegebracht, de dader is door omstanders gevat'.[62]

Noodweer is niet meer toegelaten als de aanval is afgelopen. En zij is in het algemeen ook niet toegelaten als de aanval nog niet is begonnen: bij 'geanticipeerde noodweer' is alle reden voor terughoudendheid bij de beoordeling van het noodweerberoep.[63] Men mag niet iemand alvast onschadelijk maken die voor de volgende dag met een pak slaag heeft gedreigd. Maar de enkele omstandigheid dat een verdachte zich tevoren ter verdediging tegen een mogelijke aanval van een illegaal vuurwapen had voorzien, staat aan een

57 Dat is volgens *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996 de (in 1996) heersende leer, verwijzend naar HR 11 mei 1903, *W.* 7928 (*Veghelse hond*). Ook Kelk & De Jong nemen aan dat de verdediging tegen een dier geen noodweer oplevert (omdat volgens hen een dier geen rechtssubject is), mogelijk wel noodtoestand. Zie Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.1.1.

58 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3 (p. 310). Zie ook *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 230.

59 GiEA Curaçao 13 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:181, *NJF* 2020/321 (*Geit in de keuken*).

60 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

61 In dat geval zou immers de tenzij-regel van artikel 6:179 opgaan. Voor een voorbeeld: Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7453, r.o. 4.1 (waar het beroep op noodweer overigens tekortschoot, omdat de bezitter van het dier de controle over het dier kwijt was).

62 *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 231.

63 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3, p. 312.

beroep op noodweer niet in de weg.[64] En er moet meer zijn dan angst voor aanranding: naar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd moet een onmiddellijke dreiging voor een daadwerkelijke aanranding bestaan.[65]

Overigens valt de ogenblikkelijkheidseis ook af te leiden uit de algemene subsidiariteitseis. Wanneer het gevaar niet ogenblikkelijk dreigt, zal het in het algemeen niet noodzakelijk zijn schade toe te brengen. Men heeft dan immers meestal de gelegenheid om andere, minder ingrijpende, maatregelen te treffen om het gevaar af te wenden.[66]

Wat de derde voorwaarde (gevaar voor eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed) betreft, valt op dat het wetsartikel de te verdedigen zaken expliciet benoemt. Volgens De Hullu spreekt dat ook aan, vanwege de duidelijkheid en om het beperkte karakter van noodweer te benadrukken.[67]

In de laatste twee voorwaarden (de noodzaak van de verdediging en de gebodenheid van het begane feit) tenslotte, zijn de proportionaliteits-[68] en subsidiariteitseis te herkennen,[69] die voor alle rechtvaardigingsgronden gelden. Ter Haar wijst erop, refererend aan het rechtsordeaspect, dat in geval van noodweer de proportionaliteitstoets niet al te strikt wordt toegepast,

> 'als gevolg van het feit dat de verdachte zich verdedigt tegen een schuldige agressor die met zijn aanval een deel van zijn rechten inlevert. (…) Van een evenwicht tussen aanval en verdediging hoeft dan ook geen sprake te zijn'.[70]

---

64 HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, *NJ* 2003/512, r.o. 3.2 en 3.3.

65 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2018, par. V.3.3 (p. 326). In de achtste druk (2021) staat: 'het geval moet wel een zekere objectieve toetsing kunnen doorstaan', zie p. 312. Zie ook HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.4.

66 Een en ander zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Zie over noodzakelijke verdediging, subsidiariteit en proportionaliteit nog De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.4. Over de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zie hierna, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

67 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.2 (p. 309). Zie over de gelimiteerde opsomming van te verdedigen goederen ook Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.1.3 en HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.3.

68 Recentelijk aldus door de Hoge Raad voor noodweer zo verwoord dat de 'maatstaf luidt of de gedraging van het verdedigingsmiddel niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding', HR (Strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2013, r.o. 2.3. Idem in HR (Strafkamer) 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1054, *NJ* 2020/383 (*Mislukte ripdeal*), r.o. 2.4.1.

69 Vgl. Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019, par. 7.4.1.4 (p. 376). Beide eisen komen in de MvT nog apart aan de orde. In verband met de proportionaliteit: 'Het recht behoeft nooit te wijken voor het onrecht, maar dan toch onder de mits dat het ook zelf binnen de grenzen blijve' (*Smidt I* 1891, p. 408). Zie ook HR (Strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2013; *NJ* 2021/247. Dat ook aan de subsidiariteitstoets voldaan moet zijn, is op te maken uit de voorwaarde dat de handeling moet dienen ter 'wering van het door de aanranding ontstaan actueel en *anders niet te keeren* gevaar' (*Smidt I* 1891, p. 406).

70 Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, p. 189.

Ook beschrijft Ter Haar de tendens in de rechtspraak om de subsidiariteitseis bij noodweer te verlichten.[71]

De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit worden hierna, in hoofdstuk 7, in een algemener verband besproken.

3.4.4 Een kortere omschrijving?

Men kan zich afvragen of het voor het civiele recht noodzakelijk is de noodweerbevoegdheid te binden aan zo gedetailleerde voorwaarden als zojuist opgesomd. Ook de commissie die zich moest buigen over het ontwerp van artikel 41 Sr meende dat het artikel gestroomlijnd kon worden. Maar zij legde zich bij de gekozen formulering neer:

> 'De Commissie, ofschoon meenende dat de omschrijving van den Minister even goed vervangen kan worden door de bepaling "dat niemand strafbaar is wegens een feit waartoe hij door noodweer gedrongen is", is van gevoelen dat in elk geval de vraag of er noodweer is geheel aan het gezond verstand en het oordeel des regters moet worden overgelaten, en dat de thans voorgestelde redactie den regter in die vrijheid niet belemmert.'[72]

In de suggestie van de commissie blijft een érg summiere omschrijving over. Maar aan de commissie kan worden toegegeven dat de lijst met vereisten wel korter zou kunnen – in elk geval voor het burgerlijk recht.[73] Immers: van de hierboven besproken voorwaarden gelden de laatste twee, als gezegd, reeds op grond van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Ook het tweede vereiste is af te leiden uit de subsidiariteitstoets. Bovendien wordt in het civiele recht de beperking tot de onder 3 genoemde belangen niet gemaakt. De eis van de wederrechtelijkheid tenslotte (vereiste 1), volgt reeds uit de kwalificatie als rechtvaardigingsgrond: tegen een niet wederrechtelijke aanranding is geen rechtvaardigingsgrond in te roepen.[74] Het nut van de exacte omschrijving van de rechtvaardigingsgrond lijkt dus betrekkelijk gering.

Daar staat tegenover dat de omschrijving in de strafwet goed aangeeft wat de minimumvoorwaarden voor een beroep op noodweer zijn. Het probleem van de vaagheid (welke vaagheid kleeft aan het huidige overmachtsartikel,

71 Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, p. 189-190, hoewel volgens hem het criterium van de Hoge Raad 'nog iets te streng is', zie p. 192.

72 MvT, *Smidt I* 1891, p. 408.

73 Zij wordt hier overigens wel letterlijk overgenomen. Zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 2 aant. 167.1.

74 Zie nogmaals par. 1.5.3 (*Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging*).

artikel 40 Sr)[75] kent het artikel niet. Voor de praktijk geeft het artikel bruikbare aanknopingspunten voor het oordeel over de vraag of sprake is van noodweer. Zo blijkt ook de civiele rechter goed uit de voeten te kunnen met de omschrijving van artikel 41 Sr.[76] In de zaak tegen een portier (uitsmijter) van een disco, die een van de bezoekers te hulp kwam met een ijzeren staaf nam de Hoge Raad het artikel nagenoeg letterlijk over in de overweging:

> 'dat het Hof het door hem bewezen geoordeelde handelen van P. gerechtvaardigd acht op de grond dat het geboden was door de noodzakelijke verdediging van Eren tegen de ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding van diens lijf'.[77]

Alleen al om praktische redenen zie ik dan ook geen bezwaar tegen het overnemen in het civiele recht van de noodweer-omschrijving uit het Wetboek van Strafrecht.

3.4.5 Een extra vereiste: alleen tegen veroorzaker gevaar?

Door Meijers is in 1934 voorgesteld aan noodweer nog een extra eis te stellen. Hij meent dat:

> 'het gevaar (moet) worden voortgebracht door het voorwerp van eigendom, dat men aantast'.[78]

Volgens hem is een beroep op noodweer alleen mogelijk tegen de aanvaller. Tegen een onschuldige derde kan men zich niet op noodweer beroepen, en moet men de aan hem toegebrachte schade vergoeden:

---

75 Zoals hierboven is beschreven, worden onder het artikel twee soorten overmacht gebracht. Enerzijds de rechtvaardigende overmacht, die noodtoestand wordt genoemd. Dat is dus wel een rechtvaardigingsgrond, maar geen overmacht. Anderzijds de schulduitsluitende overmacht, die een schulduitsluitingsgrond oplevert. Dat is dus wel overmacht, maar geen rechtvaardigingsgrond. Zie par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*).

76 Het artikel wordt door de civiele rechter rechtstreeks overgenomen en toegepast. Zie bijv. enkele recente uitspraken, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:181, *NJF* 2021/101 (*Doodschieten doorgedraaide man*), r.o.3.23 en Rb. Rotterdam 21 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4489, r.o. 2.5. Al ouder is het hierna te bespreken standaardarrest HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2.

77 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2. Aan het arrest gaat een zeer uitgebreide conclusie m.b.t. noodweer en proportionaliteit van A-G Spier vooraf.

78 In zijn noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*) op p. 1553.

> 'Wanneer daarentegen het goed van een ander gebruikt wordt om daarmede het gevaar dat uit een geheel andere oorzaak voortkomt af te weren (…), dan heeft men ook een geval van nood, waarin de handeling niet onrechtmatig genoemd worden, maar waarin niet als in het daarvóór genoemde geval de verplichting om aan den eigenaar de schade te vergoeden vervalt, een schade die vergoed moet worden door den gene, wiens belangen de handelende persoon heeft waargenomen.'[79]

De gedachte van Meijers is ongetwijfeld ingegeven door zijn bewondering voor de regeling in het Duitse burgerlijk wetboek,[80] dat een gedetailleerde regeling van noodweer kent, en onderscheidt tussen het geval de bedreiging uitgaat van een mens,[81] of een zaak of dier.[82]

Ik deel de visie van Meijers dat een beroep op noodweer alleen gedaan kan worden jegens degene van wie, of het voorwerp waarvan het gevaar uitgaat. De gedachte dat noodweer daarom aan een extra vereiste zou zijn onderworpen, deel ik echter niet.

Mijns inziens kan hetgeen zojuist is besproken eenvoudig worden verklaard vanuit de *relativiteit* van de rechtvaardiging. Iedere rechtvaardiging(sgrond) kan alleen worden ingeroepen tegen bepaalde personen, bij bepaalde soorten schade en voor bepaalde wijze van schadetoebrenging. Het beroep op noodweer kan men derhalve alleen tegen de aanvaller succesvol doen; niet tegenover een toevallige passant die met de aanval niets te maken heeft; evenmin tegenover de eigenaar van de zaak waarmee de aanval toevallig wordt afgeweerd, maar die verder niets met de zaak van doen heeft. Deze relativiteitseis geldt, als gezegd, voor alle rechtvaardigingen. Het lijkt mij daarom niet nodig bij een willekeurige rechtvaardigingsgrond deze toepassing van het relativiteitsvereiste op te nemen als extra voorwaarde. Een uitgebreide bespreking van de relativiteitseis is in deze studie te vinden in hoofdstuk 10.[83]

3.4.6 Tot slot: noodweerexces

Artikel 41 Sr kent nog een tweede lid. Het regelt het zogenaamde noodweerexces:

---

79 Zie nogmaals de noot van Meijers onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*), p. 1553.

80 Aan het eind van zijn betoog omschrijft Meijers deze regeling als de plaats waar het onderwerp 'het beste' is geregeld.

81 In welk geval van *Notwehr* wordt gesproken, zie § 227 BGB.

82 In welk geval men van *Notstand* spreekt, zie § 228 BGB. Notstand kent twee varianten, de defensieve (de *Verteidigungsnotstand*, van § 228 BGB) en agressieve (de *Angriffsnotstand*, geregeld in § 904 BGB).

83 Waar de gedachte van de relativiteit van de noodweerbevoegdheid wordt uitgewerkt in par. 10.3 (*Noodweer*).

> 'Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.'

Wanneer de grenzen van de noodzakelijke verdediging worden overschreden, kan geen sprake zijn van noodweer.[84] Dat betekent dat noodweerexces geen rechtvaardigingsgrond is. In het strafrecht geldt het als schulduitsluitingsgrond.[85] Volgens de heersende leer[86] moet noodweerexces ook in het civiele recht zo worden gekwalificeerd. Het wordt hierna besproken in het hoofdstuk over schuld en schulduitsluitingsgronden.[87]

3.5 Wettelijk voorschrift of bevoegdheid

3.5.1 Inleiding

Zo oud als de wet is de gedachte dat de wet bindt. Zij is zeer indringend verwoord in de epiloog van de codex van Hammuroebi. Over wie zich niet aan de wet houdt, wordt de vloek uitgesproken, die in de Engelse vertaling luidt:

> 'If that man do not pay attention to my words which I have written upon my monument; if he forget my curse and do not fear the curse of god; if he abolish the judgments which I have formulated, overrule my words (...) as for that man, be he king or lord, or priest-king or commoner, whoever he may be, may the great god, the father of the gods, who has ordained my reign, take from him the glory of his sovereignty, may he break his sceptre and curse his fate!'[88]

84 Zie par. 3.4.3 (Noodweer; *Voorwaarden*), en het daar besproken vierde en vijfde vereiste; de verdediging moet noodzakelijk zijn en het ertoe begane feit geboden. Dat de bevoegdheid tot noodweer moet worden uitgeoefend binnen de grens van de 'noodzakelijke' verdediging, volgt ook uit de subsidiariteitseis. Zie daarover uitgebreid in hoofdstuk 7.

85 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.5 (p. 316 e.v.). Zie ook HR (Strafkamer) 28 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:319, *NJ* 2017/424.

86 Zie bijv. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, p. 109. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/91, slot en nr. 111, waaraan tegenwoordig wordt toegevoegd: 'Niet uitgesloten is dat de reden hiervan voor risico van de dader komt'. Deze heersende leer is naar mijn mening onjuist, zoals ik zal uiteenzetten in par. 9.8.7 (*Terug naar de besproken schulduitsluitingsgronden*).

87 Hoofdstuk 9 (*Schuld*), over noodweerexces, zie par. 9.8.7 (*Terug naar de besproken schulduitsluitingsgronden*).

88 *The code of Hammurabi*, gebr. vert.: Percy Handcock, London 1920, p. 43. Na de geciteerde passage volgen tot aan het einde van de epiloog nog vele alinea's met zo'n veertig zeer poëtisch geformuleerde vervloekingen.

3.5.2 Artikel 42 Sr

Wie handelt op grond van de wet, misdoet niets. Dat beginsel liet een andere grote wetgever uitdrukkelijk in zijn wet opnemen.[89] Een probleem kan ontstaan wanneer iemand weliswaar volgens de wet handelt,[90] maar daarmee tegelijkertijd in strijd handelt met een andere wet, bijvoorbeeld omdat hij de voorwaarden van een delictsomschrijving vervult. Voor dat geval geeft artikel 42 Sr. de regel:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.'

De ontwerper van het artikel wilde daarmee deze 'algemeene waarheid' uitdrukken:

> 'Hij die uitvoering geeft aan het eene, kan niet geacht worden te handelen in strijd met het andere wettelijke voorschrift; hij kan dus niet misdoen.'[91]

Houben schrijft over de tekst van artikel 42:

> 'Hij appelleert als het ware aan een ingeboren oordeel; hij wordt spontaan als juist beaamd.'[92]

3.5.3 Voorschrift en bevoegdheid

In het strafrecht wordt het begrip 'wettelijk voorschrift' in het algemeen eng uitgelegd, als: wettelijke *verplichting*,[93] een gedraging die op gezag van de overheid wordt verricht.[94] In het burgerlijk recht wordt onder de rechtvaardigingsgrond van artikel 42 Sr ook de wettelijke *bevoegdheid* gebracht. Terecht schrijft Asser/Sieburgh:

---

89 Digesten 47.10.13.1: *'Iuris enim executio non habet iniuriam'* (De uitvoering van de wet immers, draagt geen onrecht in zich).

90 Juister (en minder ruim): een wettelijk voorschrift *uitvoert*.

91 MvT, *Smidt I* 1891, p. 409. Het artikel vormt de basis voor o.m. politieoptreden. Zie bijv. HR (Strafkamer) 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, *NJ* 2020/385 (*Aanhoudingsvuur*) en HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, *NJ* 2021/130 (*Nekklem*).

92 Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 9. Hiermee bedoelt hij uiteraard niet te zeggen dat men aan de hand van de uitspraak van de wetgever altijd meteen tot de juiste oplossing komt, vgl. Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 13.

93 Waarbij een zekere noodzaak tot het gebruik van de bevoegdheid moet bestaan. Zie Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 54-55. A-G Spronken verwoordt het in haar conclusie voor HR (Strafkamer) 6 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:502, conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:147 (*Diefstal van Jip de kip*), onder 3.6 aldus dat het wettelijk voorschrift 'een 'taakstellende' bevoegdheid moet geven tot uitvoering van op zichzelf strafbaar gesteld handelen'.

94 De Hullu, *Materieel Strafrecht* 2021, par. V.4.1 (p. 328).

> 'Soms zal men erover kunnen twisten of een daad wordt verricht ter uitvoering van een wettelijk voorschrift, dan wel krachtens een wettelijke bevoegdheid. Met betrekking tot art. 6:162 BW zal het onverschillig zijn of de handeling onder de ene of de andere categorie wordt ingedeeld, omdat ook het handelen krachtens wettelijke bevoegdheid een onrechtmatigheidopheffende omstandigheid is.'[95]

In de ruime zin van voorschrift en bevoegdheid vat ook ik de term 'voorschrift' op. Van deze grond zal een volledig rechtvaardigende werking uitgaan, als het voorschrift of de bevoegdheid de handeling volledig dekt. Niet altijd zal een bevoegdheid de strekking hebben de schade veroorzakende handeling inderdaad volledig te dekken.[96]

Wanneer het voorschrift samenloopt met een andere wettelijke verplichting, zullen de bepalingen uitgelegd moeten worden. Eventueel kan een beroep op noodtoestand (zie hierna, onder 3.7) uitkomst bieden.

3.5.4 Het nut van de bepaling

Men kan zich afvragen wat dan de zin van de bepaling is. In Hazewinkel-Suringa/Remmelink wordt zij als 'eigenlijk overbodig' aangemerkt:

> 'als een typisch voorbeeld (...) van het 19e-eeuwse legalisme, waarbij men minder op de geïsoleerde bepalingen, minder op de rechtsorde als één harmonisch geheel lette, en blijkbaar behoefte had aan een voorschrift, dat de rechter nog eens uitdrukkelijk legitimeerde, om van twee *schijnbaar* toepasselijke bepalingen één te laten voorgaan. Schijnbaar, want wat de wetgever veronderstelt – dat de burger hier met twee geldende doch tegenstrijdige regels te maken heeft – kan zich in een rechtsstaat in werkelijkheid niet voordoen. Zo'n schijnbare collisie wordt door de rechter altijd langs de weg der interpretatie weggewerkt. Hij zou dat ook hier zonder zo'n machtiging wel doen.'[97]

---

95 Zie bijvoorbeeld: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/92. Volgens Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 54, komt een bepaling die alleen een recht of bevoegdheid toekent niet als rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 42 Sr in aanmerking, omdat men dan tot niets verplicht is. Tegenwoordig wordt het iets minder strikt omschreven. Zo schrijven Kelk & De Jong dat het louter gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid 'niet zonder meer' onder de werking van art. 42 Sr valt (Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.5, p. 392). Volgens De Hullu moet het wel gaan 'om meer dan een vrijblijvende bevoegdheid', De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.4.2 (p. 330).

96 Daarop kom ik hierna in par. 3.5.5 (Wettelijk voorschrift of bevoegdheid; *Voorwaarden*) terug, en vervolgens in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en bij de bespreking van de strekking van de rechtvaardiging, bezien vanuit de relativiteitsgedachte in hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

97 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 329/330 (cursivering in origineel). Ook volgens De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.4.2 (p. 332) is artikel 42 Sr niet echt noodzakelijk, maar biedt het wel 'enige helderheid en houvast'.

Toch wordt het wettelijk voorschrift ook in het civiele recht tot de rechtvaardigingsgronden gerekend.[98] En dat lijkt mij zinvol, zoals ik nu zal uiteenzetten.

Het nut van artikel 42 Sr. ligt mijns inziens in haar richtinggevende functie.[99] Wanneer de dader een wettelijke plicht of bevoegdheid kan aanwijzen, waarop hij zijn handelen baseerde, zal dat een sterke indicatie zijn voor het oordeel dat de daad rechtmatig is. Een illustratie daarvan biedt het arrest inzake het stakingsconflict tussen de FNV en Douwe Egberts:

> 'Het Hof heeft bij zijn beoordeling van de vraag of de onderhavige staking moet worden verboden, tot uitgangspunt genomen dat de staking wordt gedekt door art. 6, aanhef en onder 4, ESH. Voor de beoordeling van het principale beroep zal ook de Hoge Raad hiervan uitgaan. Dit uitgangspunt brengt mee dat deze staking, ondanks de met haar beoogde en op de koop toe genomen schadelijke gevolgen, in beginsel moet worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht.'[100]

De staking die steunt op een wettelijke bevoegdheid is in principe rechtmatig. Daarmee is niet gezegd dat ook de uiteindelijke kwalificatie van de staking 'rechtmatig' zal luiden:

> 'Voor het oordeel dat zij niettemin onrechtmatig is, is dan slechts plaats indien zwaarwegende procedureregels ("spelregels") zijn veronachtzaamd dan wel (...) moet worden geoordeeld dat de Bonden in redelijkheid niet tot deze actie hadden kunnen komen.'[101]

Elke bevoegdheid moet op een zorgvuldige wijze worden uitgeoefend. Die voorwaarde komt voor de 'gewone' rechtvaardigingsgronden tot uitdrukking in de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.[102] Deze eisen zijn voor het stakingsrecht neergelegd in de doel- en spelregeltoets waarnaar de Hoge Raad verwijst.

Overigens: In de zaak tussen de FNV en Douwe Egberts ging het om een bevoegdheid die de schadeveroorzakende handeling geheel dekte. Maar niet altijd zal een bevoegdheid die strekking hebben. Als een daad niet geheel door de bevoegdheid wordt gedekt, zal het feit dat er wel een bevoegdheid om te

98 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/92; Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* 2015/609, Lindenbergh, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18, Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.2, p. 101.

99 Zie over deze functie van rechtsregels in het algemeen: par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

100 HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, *NJ* 2000/292 (*FNV c.s./Douwe Egberts c.s.*), r.o. 3.3.

101 HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, *NJ* 2000/292 (*FNV c.s./Douwe Egberts c.s.*), r.o. 3.3.

102 Over het verband van deze eisen met (civielrechtelijke) zorgvuldigheid in het algemeen: zie par. 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

handelen bestaat – al schiet zij dan tekort om de daad geheel te rechtvaardigen – wel een rol kunnen spelen bij het uiteindelijk oordeel over de rechtmatigheid van de daad.[103] Maar van een volledige rechtvaardiging is dan geen sprake. Deze situatie wordt hierna besproken in het hoofdstuk over onvolledige rechtvaardigingen.[104]

3.5.5 Voorwaarden

Een wettelijke bevoegdheid kan dienen als volledige rechtvaardiging, tenminste: als de bevoegdheid de gedraging waarvoor zij wordt ingeroepen volledig dekt (wanneer dus het voorschrift de strekking heeft de in concreto uitgevoerde handeling geheel te legitimeren), en deze niet strijdt met een ander voorschrift.[105]

Bij deze rechtvaardiging zal het vaak gaan om uitleg van de wettelijke bepaling waarop de handelende zich baseert. Hiertoe moet worden nagegaan wat de precieze strekking is van de ingeroepen bevoegdheid. Hoewel deze kwestie juist bij wettelijke bepalingen een duidelijke rol speelt, is het in feite een probleem dat bij alle soorten rechtvaardigingen aan de orde is. Het is de vraag naar de relativiteit van de rechtvaardiging, aan welke vraag hierna aandacht wordt besteed in hoofdstuk 10.

3.6 Ambtelijk bevel

3.6.1 Inleiding

De laatste in de strafwet geregelde rechtvaardiging roept de hoogst onaangename associatie op met de cultuur van het '*Befehl ist Befehl*':

> 'Een minuut voordat de wekker gaat, slaat Falk zijn ogen op. Meteen begint hij te zweten. Vandaag. Ontelbare keren heeft hij het zich gedurende die twee weken voorgesteld, maar nu het zo ver is, de laatste dag, is het heel anders. (...) Russisch offensief in het Memelgebied. Overal wordt sinds jaar en dag massaal gestorven. Sterven is onbeduidend geworden. *Führerbefehl hat Gesetzeskraft*. De onherroepelijk-

103 Zie daarover nader par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*) en uitgebreid hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

104 Hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), zie met name par. 4.3-4.5 (*Dogmatische onderbouwing* e.v.), zie ook hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*), zie m.n. par. 11.4 (*Focus op de weerlegging: de ingeroepen rechtvaardiging*). Zie tot slot nog par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

105 Zie over die laatste voorwaarde *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/92, die eraan toevoegt dat ook geen misbruik mag worden gemaakt van de bevoegdheid. Dat is juist, maar het geldt voor elke bevoegdheid waarvan men gebruik maakt.

> heid van die wet is harder dan het graniet van de Alpen. Over een paar uur moet er aan gehoorzaamd zijn.'[106]

Zo hard als graniet zal het gemiddelde ambtelijk bevel niet aankomen bij de (Nederlandse) burger. Maar dat aan een overheidsbevel gehoor moet worden gegeven, is duidelijk.

3.6.2 Verhouding tot wettelijke plicht

Een ambtelijk bevel moet worden opgevolgd. Dat is een logisch voortvloeisel van de gedachte dat de wet bindt. Zoals de wet moet worden opgevolgd, zo moet ook hetgeen de vertolker van die wet zegt, worden opgevolgd. Het ambtelijk bevel wordt in het burgerlijk recht dan ook wel gezien als een 'indirect wettelijk voorschrift'.[107] Dat een duidelijke samenhang bestaat tussen het wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en het ambtelijk bevel (art. 43 Sr), blijkt ook uit het feit dat de twee gronden in het oorspronkelijk ontwerp zelfs in één artikel geregeld waren.[108] In het Belgische recht worden de gronden onder één noemer gebracht: bevel van de wet of bevel van de overheid.[109]

3.6.3 Artikel 43 lid 1 Sr

Een ambtelijk bevel moet worden opgevolgd. Daarom is het logisch dat het opvolgen van zo'n bevel niet tot aansprakelijkheid kan leiden. In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht is het in het eerste lid van artikel 43 zo verwoord:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.'

Voor het burgerlijk recht is de bepaling niet van groot gewicht, volgens Hartkamp (thans Sieburgh):

> 'Het ambtelijk bevel geldt slechts als rechtvaardigingsgrond ten aanzien van degene die het bevel uitvoert. Het is volstrekt niet uitgesloten dat de overheid door het geven van dat bevel onrechtmatig handelt. Deze rechtvaardigingsgrond is voor

106 Harry Mulisch, *Siegfried. Een zwarte idylle*, Amsterdam: De Bezige Bij 2001, p. 142.
107 Zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162 lid 2, aant. 152.2.
108 De Hullu behandelt de beide gronden tezamen onder de kop 'Handelen op gezag van de overheid (art. 42 en 43 Sr)', zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.4. Zie over de discussies rondom het ontwerp van artikel 42 en 43: Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, paragraaf 1.10. En Houben, *Artikel 42 Sr.* (diss.) 1959, paragraaf 1.6.
109 Cornelis, *Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht I* 1989, p. 31.

> de praktijk dan ook niet van groot belang, omdat in de regel niet de handelende ambtenaar, maar het openbare lichaam wordt aangesproken.'[110]

Waarom hier een beperking tot 'de handelende ambtenaar' wordt gemaakt, is niet duidelijk, en evenmin waarom deze rechtvaardiging voor de praktijk geen groot belang zou hebben. Het belang is gelijk aan dat van de andere rechtvaardigingen; ook een gewone burger zal immers een ambtelijk bevel kunnen uitvoeren. Als hij daarbij schade aanricht, zal híj worden aangesproken (en niet een handelende ambtenaar). Denk aan de situatie waarin iemand op een teken van een politieagent moet doorrijden, terwijl het verkeerslicht op rood staat, en daarbij botst op een verkeersdeelnemer uit een zijstraat. Hij kan dan aanvoeren dat hij weliswaar door rood reed, maar dat dit feit werd gerechtvaardigd door het ambtelijk bevel van de agent. Dat de schadelijdende derde vervolgens mogelijk een aanspraak heeft op de agent/ambtenaar/overheid doet niet af aan het belang van de rechtvaardigingsgrond voor degene die het bevel moet opvolgen – en dat kan in principe elke burger zijn.

3.6.4 Voorwaarden

Bij de voorwaarden van het ambtelijk bevel hoeft niet lang stilgestaan te worden. Om als rechtvaardigingsgrond te kunnen dienen, moet sprake zijn van een bevel (opdracht), gegeven door het daartoe bevoegde gezag.[111]

3.6.5 Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel

> 'Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen',

zo luidt artikel 43 lid 2 Sr. Wie een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel uitvoert, begaat weliswaar een strafbaar feit, maar daarvan kan hem onder omstandigheden geen verwijt worden gemaakt. In het strafrecht geldt alleen het bevoegd gegeven ambtelijk bevel als rechtvaardigingsgrond; het onbevoegd gegeven bevel kan eventueel als schulduitsluitingsgrond dienen.[112] Ook voor het burgerlijk recht wordt dat aangenomen.[113] Deze onderscheiding lijkt mij, in elk geval voor het burgerlijk recht, onjuist.

---

110 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/93. Vgl. reeds *Asser-Hartkamp III*, nr. 64.

111 Van Rest wijdt in zijn dissertatie nog een hoofdstuk aan de bespreking van het begrip 'ambtelijk'. Zie *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 63-94.

112 Zie bijv.: Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 127-152.

113 Vgl. bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/93, slot.

Voor het burgerlijk recht moet mijns inziens ook het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel worden gezien als een *rechtvaardigingsgrond*, en niet als slechts een schulduitsluitingsgrond. Immers: of het bevel bevoegd of onbevoegd is gegeven, is een kwestie die degene die op grond van dat bevel handelt, niet raakt. Het gaat hem niet aan en hij hoeft zich er niet om te bekommeren. Sterker: het lijkt mij onwenselijk dat de burger tot wie het bevel gericht is, zich gaat afvragen of het bevel bevoegd is gegeven.[114] In dit opzicht is een parallel te trekken met het wettelijk voorschrift. Instructief is het strafrechtelijk arrest van de Haagse huismeester.

Een huismeester van een flatgebouw had zelf, en onbevoegd daartoe, gele strepen langs de weg getrokken om ingangen van de flat vrij te houden van parkeerders. Op zekere dag parkeert één van de bewoners zijn auto naast de gele streep. Hij wordt vervolgens geverbaliseerd, omdat 'indien terzijde van de rijbaan een doorgetrokken gele streep is aangebracht, langs dit gedeelte niet geparkeerd mag worden'.[115] De flatbewoner verweert zich met de stelling:

> 'Die gele streep die daar is, is niet rechtsgeldig, daar dit eigenhandig door de huismeester van de flat is gedaan.'[116]

De Hoge Raad maakt, evenals de rechtbank, korte metten met deze verdediging:

> 'Terecht heeft de Rb. overwogen dat het hier niet ter beoordeling staat van de weggebruiker of een verkeersteken conform de voorschriften en terecht is aangebracht. Immers het belang van de verkeersveiligheid staat aan een dergelijke toetsing in de weg.'[117]

Mij lijkt het eenzelfde belang van openbare orde dat de burger afgaat, en moet afgaan, op een bevel dat hem door een ambtenaar wordt gegeven. Van hem mag geen inzicht worden verwacht in de bevelsstructuur van het ambtenarenapparaat. Als het gaat om een bevel dat de burger redelijkerwijs mag aanzien als bevoegd gegeven, is de daad van de burger die het opvolgt, gerechtvaardigd. Als maatstaf kan aansluiting worden gezocht bij het criterium dat is neergelegd in het Kleuterschool Babbel-arrest: wanneer het bevel is gegeven door een ambtenaar die in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als

114 In dezelfde zin voor het strafrecht: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.4.3, p. 333. Het kan anders liggen als er goede redenen bestaan om aan de bevoegdheid tot het geven van bevelen te twijfelen.

115 Aldus artikel 126 RVV, weergegeven in de conclusie (onder A.2) van A-G Leijten voor HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, *NJ* 1987/42 (*Haagse huismeester*).

116 Eveneens in de conclusie van Luijten, onder C.1.

117 HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, *NJ* 1987/42 (*Haagse huismeester*), r.o. 6.2.

bevoegd tot het geven van zo'n bevel, is het rechtmatig dat bevel op te volgen.[118]

3.7 NOODTOESTAND

3.7.1 Inleiding

Een belangrijke uitbreiding van het strafwettelijk systeem van rechtvaardigingsgronden brengt de rechter in de jaren twintig.

Het is 12 juni 1923. De bril van De Grooth is stuk, en 'zonder bril of lorgnet' kan De Grooth niet zien. Hij wendt zich, het is dan reeds na winkelsluitingstijd, tot een opticien. Deze verkoopt De Grooth een bril en daarmee overtreedt de opticien de Verordening op de Winkelsluiting te Amsterdam. Volgens de rechtbank is de opticien echter niet strafbaar, omdat

> 'het eene voor beklaagde als opticien maatschappelijke verplichting was in de onderhavige omstandigheden alleen van hem te verwachten hulp te verleenen, eene verplichting, door welke beklaagde-appellant geacht moet worden in zoo sterke mate te zijn gedrongen geworden, dat zij zijne strafbaarheid ten aanzien van de noodzakelijk daaruit volgende overtreding, gelijk deze aan hem is te laste gelegd, opheft'.[119]

Advocaat-Generaal Tak bestrijdt het klemmende karakter van de verplichting van de opticien. Hij is namelijk niet overtuigd van de nood waarin De Grooth zou verkeren:

> 'Waar nu zoo iemand zich de weelde kon veroorloven zich met een auto naar den gerequireerde te begeven om een bril of lorgnet uit te zoeken, had hij daarmede misschien kunnen wachten tot den volgenden morgen en wellicht rustig thuis kunnen blijven. Ook staat niet vast, dat hij niet in het bezit was van een reservelorgnet.'[120]

En dat leidt onontkoombaar tot zijn conclusie:

> 'Onmiddellijke drang en uitschakeling van de vrije wilsbepaling van den dader is dus vooralsnog niet gebleken, veeleer een toegeven van gerequireerde aan zijn goed hart. Dit laatste kan echter nimmer tot straffeloosheid leiden, wel het nut der vervolging of de strafmate beïnvloeden.'[121]

---

118 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).
119 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, *NJ* 1923, p. 1329 (*Opticien*), overweging rechtbank weergegeven in conclusie A.-G.
120 Conclusie A.-G. Tak voor HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).
121 Conclusie A.-G. Tak voor HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).

De Hoge Raad echter, laat het vonnis van de rechtbank in stand en kwalificeert de grond waarop de straffeloosheid van de opticien rust, overwegend:

> 'dat de Rechtbank den grond voor uitsluiting der strafbaarheid wel niet met zoveel woorden noemt, doch voormelde motiveering aantoont, dat de Rechtbank hier een geval van *overmacht* in den zin der wet aanwezig heeft geacht; (...) dat de Rechtbank, onder voormelde als vaststaande aangenomen omstandigheden, aan het wettelijk begrip van overmacht, dat blijkens de geschiedenis der wet ook den toestand van nood omvat, geen geweld heeft aangedaan'.[122]

3.7.2 Karakterisering

Overmacht in de zin van noodtoestand. Vanaf 1923[123] is zij in Nederland als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd.[124] Al ruim een kwart eeuw eerder omschreef Merkel haar kern:

> 'Der allgemeine Charakter des Notstands besteht in einer Kollision von Interessen – das ist einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, daß die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des anderen – und zwar einer Kollision rechtmäßiger Interessen, solcher Interessen, welche von der Rechtsordnung anerkannt und regelmäßig, normaler Weise unter ihren Schutz gestellt sind, rechtlich legitimer Interessen.'[125]

Noodtoestand is dus een *belangenconflict*.[126] Wanneer de handelende voor het hoogste belang kiest, is zijn handelen gerechtvaardigd. Of, zoals de civilist het zegt:

---

122 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).

123 In het strafrecht, met het in dat jaar gewezen Opticien-arrest. In het burgerlijk recht wordt zij naar men aanneemt voor het eerst geaccepteerd in HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*). De Hoge Raad zelf noemt het begrip noodtoestand overigens niet expliciet. Zie echter de noot van Meijers (sub 2, l.k.) onder het arrest. Ook in andere rechtstelsels is noodtoestand als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd. Voor Europa zie Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* II 1999, p. 526-533. Voor Amerika: Dobbs, *The Law of Torts* 2000, p. 248-256.

124 Over de periode vóór 1923: zie Bronkhorst, *Overmacht* (diss.) 1952, p. 131-195. Zie ook 't Hart in zijn bespreking van De Amsterdamse straatmuzikant (HR (Strafkamer) 16 juni 1913, *NJ* 1913, p. 1080). Het arrest verhoudt zich tot het Opticien-arrest als de Zutphense juffrouw (HR 10 juni 1910, *W* 9038) tot Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161) in het burgerlijk recht.

125 Merkel, *Kollision rechtmäßigen Interessen* 1895, p. 14/15.

126 Vgl. HR (Strafkamer) 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, *NJ* 2011/578 (*Niet-geregistreerd diergeneesmiddel*), r.o. 3.3.

> 'Noodtoestand is aanwezig, wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van hogere orde.'[127]

In wezen is noodtoestand niets anders dan het maken van de juiste belangenafweging, zoals de zorgvuldigheidsnorm dat voorschrijft.[128]

3.7.3 De weging van belangen: gekozen voor gelijk of geringer belang

Voor een geslaagd beroep op noodtoestand is vereist dat een 'hoger' belang dan het opgeofferde wordt nagestreefd.

In de Nederlandse civielrechtelijke literatuur wordt vaak het voorbeeld genoemd van de passant die een kind in het water ziet liggen en een tak van een boom scheurt om het kind te redden.[129] Met de inbreuk op het eigendomsrecht van de boomeigenaar wordt een hoger belang gediend. Daarom is de rechtsinbreuk gerechtvaardigd.

Moeilijker is het geval waarin een belang wordt opgeofferd dat even groot is als het geredde. Volgens de definitie is dan geen sprake van noodtoestand – het 'hogere' belang ontbreekt immers. Maar kan dan inderdaad van noodtoestand geen sprake zijn? Het meest tot de verbeelding sprekende en veel geciteerde voorbeeld van zo'n situatie is de hierboven al besproken oercasus van het vlot van Karneades:[130] de schipbreukeling die een andere drenkeling wegtrekt van het enige stuk drijfhout dat hen redden kan. De 'andere' drenkeling verdrinkt. Handelde de assertieve drenkeling rechtmatig?

De strafrechtelijke literatuur neigt naar een negatieve beantwoording van de vraag. De Hullu wijst erop dat het gedrag van de verdachte redelijk en aanvaardbaar moet zijn:

> 'Het gediende belang moet daarvoor "meerderwaardig" zijn aan het geschonden strafrechtelijk belang, omdat anders moeilijk valt in te zien dat het strafrechtelijk belang moet wijken.'[131]

De Hoge Raad neemt aan dat slechts 'uitzonderlijke omstandigheden' in een bepaald geval kunnen meebrengen dat het strafbaar gestelde handelen gerechtvaardigd is. Het moet dan gaan om een situatie 'dat de pleger van het feit,

---

127 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

128 Vgl. hierboven, par. 1.4 (*Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie*).

129 Bijv. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, p. 101.

130 De casus is in par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*) uitgebreid weergegeven.

131 Zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.4.1, p. 296. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 240 meent dat van gelijkwaardige belangen bijna nooit sprake is, 'want opoffering van het door de wet beschermde belang is strafbaar'.

staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren'.[132]

Noodtoestand rechtvaardigt dus alleen de keus voor het grootste belang en dan nog alleen in uitzonderlijke omstandigheden. Dat criterium bepleit ik ook voor het burgerlijk recht. Onder rechtmatig handelen versta ik: zorgvuldig handelen; handelen volgens de normen.[133] Het gaat mij te ver in een casus als de door Karneades geschetste te spreken van zulk een handelen. 'Gij moogt een ander verdrinken om uzelf te redden', is de wijsheid waarnaar de schipbreukeling leefde. Dat is in de gegeven omstandigheden zeker begrijpelijk.[134] Pure doodsangst of blinde paniek kunnen zelfs de meest laakbare menselijke handeling verklaren. Zij verheffen haar daarmee echter niet tot een rechtsregel die ook in andere gevallen zou moeten worden nageleefd en daarmee dus niet tot norm. Ik voeg daaraan toe dat ik in noodgevallen als deze wel reden zie voor het honoreren van een beroep op psychische overmacht. Daarop kom ik later in deze studie terug.[135]

Het zojuist opgemerkte geldt uiteraard in nog sterker mate voor de situatie waarin het nagestreefde belang geringer is dan het opgeofferde belang. Wie in een trein aan de noodrem trekt om eens rustig van het landschap te kunnen genieten, offert daarmee andere belangen op, zoals het algemene veiligheidsbelang dat de doorgang op de rails niet wordt geblokkeerd door stilstaande treinen, het belang van de andere treinreizigers om snel op de bestemming te komen, en het belang van de spoorwegexploitant en de gehele maatschappij bij een ongestoord verloop van de dienstregeling. Tegenover de behartiging van het particuliere eigenbelang staat de schending van vele, algemenere en hogere belangen. In de afweging van die belangen delft het geringe belang het onderspit.[136] Het nastreven van dit belang kan de daad niet rechtvaardigen, mogelijk kan een beroep op een schulduitsluitingsgrond baten.[137] Op de kwestie van de verhouding tussen de toegebrachte schade en het doel

132 HR (Strafkamer) 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, *NJ* 2011/578 (*Niet-geregistreerd diergeneesmiddel*), r.o. 3.3, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7938, *NJ* 2010/5. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

133 Vgl. par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

134 Een beroep op psychische overmacht lijkt mij hier daarom te honoreren. *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 355 geeft als extra reden voor verontschuldiging dat in deze situatie een van beide belangen toch verloren zou gaan. Vgl. ook p. 352.

135 In par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*).

136 Voor een dergelijke zaak zie HR (Strafkamer) 4 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AB8793, *NJ* 1986/74 (*Noodrem*).

137 Zoals ook in de schrijnende casus van de verzetsstrijder die een hele verzetsgroep verried om te voorkomen dat de armen en benen van twee joodse kinderen in het bijzijn van hun moeder zouden worden gebroken. Een beroep op overmacht werd hier aangenomen. Zie Hof Arnhem (BRvC) 24 juni 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:36, *NJ* 1947/149 (*Overspannen verzetsman*).

waarop de handelende zich beroept, ga ik verder in bij de bespreking van de proportionaliteitseis in hoofdstuk 7.[138]

3.7.4 Beoordelingsmoment belangenafweging

Op deze plaats is het goed om nogmaals in herinnering te roepen het hiervóór geformuleerde uitgangspunt: de rechtvaardiging moet aanwezig zijn op het moment van de handeling.[139] Wat na de handeling gebeurt, heeft geen invloed op de beoordeling van de handeling zelf.

Dit betekent dat als de handelende, zoals in een geval van noodtoestand, de juiste belangenafweging maakte, zijn daad gerechtvaardigd is. Dat oordeel verandert niet als later blijkt dat zijn keuze desastreuze gevolgen heeft, bijvoorbeeld doordat de veroorzaakte schade veel groter is dan de afgeweerde.

Een voorbeeld om bovenstaande te verduidelijken ontleen ik aan Van Bemmelen/Van Hattum. Het is een betreft de casus van de baanwachter die op het moment dat een trein nadert een kind tussen de rails ziet lopen 'en het niet anders redden kan dan door de trein op verkeerd spoor te leiden, waardoor een treinramp ontstaat, waarbij velen de dood vinden'.[140] Wanneer de treinwachter op het moment van handelen mocht menen dat zijn keuze de juiste was, is zijn daad gerechtvaardigd, ook als later blijkt dat zijn keuze beter een andere zou zijn geweest. Dat kan anders liggen, wanneer de treinwachter op het moment van handelen kon *voorzien* dat de toegebrachte schade vele malen groter zou zijn dan de afgeweerde. In het gegeven voorbeeld: als de treinwachter (aangenomen dat dit praktisch mogelijk zou zijn) de trein moedwillig liet ontsporen om het kind te redden. In dat geval had hij de voorzienbare schade in zijn belangenafweging moeten betrekken, om een geslaagd beroep op noodtoestand te kunnen doen.

3.8 TERZIJDE

3.8.1 Parallel met PETL

In de Principles of European Tort Law is een aparte paragraaf gewijd aan de verweren tegen schuld- en risicoaansprakelijkheden. De verweren die gebaseerd zijn op rechtvaardigingen ('*Defences based on justifications*') komen in hoge

138 In par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

139 Zie nogmaals par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*).

140 *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 365. Verschillende variaties op de trein-casus worden beschreven door Sandel, *Justice* 2010, p. 21-24. Hij geeft ook andere voorbeelden van hartverscheurende morele dilemma's zoals die van de schipbreukelingen in de Mignonette-casus (p. 31-33) en de Afghaanse geitenhoeders (p. 24-27).

mate overeen met de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden. Het eerste lid van artikel 7:101 PETL luidt aldus:

> 'Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately:
> a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),
> b) under necessity,
> c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),
> d) with the consent of the victim, or when the latter has assumed the risk of being harmed, or
> e) by virtue of lawful authority, such as a licence.'

Noodweer, noodtoestand, bevoegdheid verkregen van de autoriteiten. Moeiteloos zijn de hierboven besproken rechtvaardigingen erin te herkennen. Alleen toestemming van/ risicoaanvaarding door het slachtoffer (sub d) kwam nog niet ter sprake. Deze grond komt in paragraaf 3.9 aan de orde.

Als verweer tegen *strict liabilty* (risicoaansprakelijkheid) beschrijft artikel 7:102 PETL tenslotte nog overmacht:

> 'Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible
> a) force of nature (force majeure), or
> b) conduct of a third party.'

De in de PETL neergelegde rechtvaardigingen zijn dus in wezen geen andere dan de hierboven behandelde, uit het strafrecht afkomstige, klassieke rechtvaardigingsgronden.[141] De PETL-gronden worden nader besproken in paragraaf 3.13.6.

3.8.2 Artikel 6:162 gespiegeld

Dan nog een ander terzijde. De gelijkenis is te opmerkelijk om hier niet te signaleren: de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden zijn precies de spiegelbeelden van de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162:

Noodweer is de afweer tegen een inbreuk op iemands eigen of eens anders subjectieve recht. *Wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel*, dat wel als indirect wettelijk voorschrift wordt gezien,[142] zijn de tegenhangers van het handelen in strijd met een wettelijke plicht. En *noodtoestand* is het maken van de juiste belangenafweging, dus: zorgvuldig handelen, en daarmee de volmaakte tegenhanger van een 'handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', kortweg: onzorgvuldig handelen.

---

141 Over de verweermogelijkheden in PETL in het algemeen, zie Sieburgh, *PETL: Defences* 2008.
142 Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 2, aant. 152.2.

Niet alleen de volgorde van de door 41-43 Sr en 6:162 lid 2 beschermde rechten is dezelfde (eerst het subjectieve recht, dan de wettelijke plicht, waaraan later de zorgvuldigheid werd toegevoegd). Ook de indeling in geschreven (41-43 Sr, respectievelijk rechtsinbreuk en plichtschending) en ongeschreven (noodtoestand en zorgvuldigheid) categorieën komt overeen.

Naar de oorzaak van deze parallel moeten we gissen. Een verklaring zou kunnen zijn dat er kennelijk enkele 'oer'-categorieën bestaan van gedrag dat bescherming of juist afkeuring verdient. Dit punt uit te werken, zou het bestek van dit onderzoek ver te buiten gaan.

Maar al wordt hier geen verklaring gezocht, de enkele constatering van de gelijkenis tussen rechtvaardigings- en onrechtmatigheidsgronden is niet zonder zin. De gronden zijn niet alleen inhoudelijk elkaars spiegelbeeld; ook hun effect op de oordeelsvorming over de rechtmatigheid van een handeling is in hoge mate vergelijkbaar. Het is hierboven, bij de bespreking van de polariteit van normschending en rechtvaardiging al gesteld: 'Zij trekken beide van verschillende zijden aan de oordeelsvorming.'[143] De wijze waarop de verschillende rechtvaardigingen het oordeel over de onrechtmatigheid van een handeling beïnvloeden, bespreek ik hierna uitgebreid.[144] Maar in verband met de zojuist gesignaleerde spiegelbeeldige gelijkenis met de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 162 nu reeds een korte bespreking van de werking van de genoemde rechtvaardigingen.

De aanwezigheid van bijvoorbeeld een rechtsinbreuk zal een bijna beslissende invloed hebben op het oordeel over de rechtmatigheid van de gedraging. Eenzelfde invloed zal uitgaan van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond als noodweer. Het aanvankelijk oordeel dat de daad onrechtmatig is, 'verkeert zich', zoals Eggens beschrijft:

> 'De "onrechtmatige daad" blijkt dan – achteraf – *gerechtvaardigd*. Dan geschiedt dus hetzelfde als bij de constatering van m.v.r. (misbruik van recht, MF), maar dan in *omgekeerde* richting; dan verkeert zich het oordeel (...) van onrechtmatige daad tot rechts(vrijheids)uitoefening. Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft.'[145]

Uiteraard zijn omstandigheden denkbaar waarin ondanks de aanwezigheid van een rechtvaardiging de daad toch onrechtmatig is,[146] maar in principe

---

143 Vgl. par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

144 In hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*) en hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) dat het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging op het oordeel over de handeling behandelt.

145 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

146 Bijvoorbeeld omdat de dader zijn recht uitoefende in strijd met de regels van proportionaliteit en subsidiariteit (zie verder hoofdstuk 7), of omdat hij zichzelf in de situatie had gebracht waarin hij een beroep op een rechtvaardigingsgrond moest doen (zie verder hoofdstuk 6, over het leerstuk *culpa in causa*). Eggens spreekt in deze situatie over de

heeft de aanwezigheid van noodweer een doorslaggevende invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling. Hetzelfde geldt voor degene die zich op een ambtelijk bevel of (concrete) wettelijke plicht beroept.

Dat ligt anders bij noodtoestand. In die situatie is een afweging van belangen gemaakt, en luidt de stelling van de handelende dat hij voor het zwaarstwegende belang heeft gekozen. Om in dat geval een oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling te geven, moet de *belangenafweging* worden beoordeeld, waarbij alle omstandigheden van het geval meewegen. Precies als bij het handelen in strijd met de zorgvuldigheid/maatschappelijke betamelijkheid.

Nu is geïnventariseerd wat de belangrijkste rechtvaardigingsgronden zijn, en hun werking kort is beschreven,[147] ga ik na welke andere volledige rechtvaardigingen te vinden zijn buiten de pendanten van artikel 6:162. Ik begin met de gronden die in het Nederlandse burgerlijk recht in dit verband vaak worden genoemd: toestemming en zaakwaarneming.

3.9 Toestemming: eveneens een civielrechtelijke kwalificatiefout

3.9.1 Inleiding

De tot nu toe behandelde rechtvaardigingen noemt men de geschreven rechtvaardigingsgronden. Ze zijn alle direct of indirect (noodtoestand) terug te voeren op de (straf)wet. Men neemt aan dat hiernaast nog ongeschreven rechtvaardigingsgronden bestaan. De eerste die in dat verband meestal wordt genoemd is toestemming,[148] een rechtvaardiging gebaseerd op de afspraak tussen de (toekomstige) schadeveroorzaker en schadelijder.

Volenti non fit iniuria.[149] Wie handelt met toestemming, handelt niet onrechtmatig. Die gedachte is van alle tijden en van alle plaatsen. Maar bij vergelijking met de hierboven besproken rechtvaardigingen vallen twee zaken op.

'dubbele "verkering" van oordeel': wat aanvankelijk onrechtmatig leek en daarna gerechtvaardigd, kan uiteindelijk toch onrechtmatig blijken (*Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122).

147 Als gezegd: de wijze waarop onrechtmatigheid en rechtvaardiging zich verhouden, wordt uitgebreid beschreven in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

148 Voor het strafrecht: *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 354 e.v. *Van Bemmelen/Van Hattum* ziet toestemming als rechtvaardigingsgrond voor bepaalde delicten (*Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 372/373). Zo ook *Van Hamel/Van Dijck* 1927 (p. 260-262). Voor het civiele recht: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94, Lindenbergh, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18; Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.2, p. 102, Hijma & Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* 2017/410, onder b en Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 213-3.

149 Over de geschiedenis van het adagium: A. Nijsingh, *Iets over de werking der toestemming in het strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: Doesburgh 1888.

3.9.2 Omstandigheid niet aan de zijde van de handelende

Ten eerste: de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden zijn niet verankerd in omstandigheden aan de zijde van de benadeelde, maar aan die van de handelende, de schadeveroorzaker. Hij bevindt zich in noodtoestand, of moet zijn of eens anders lijf of goed redden; of hij werd tot de handeling gedwongen door een derde (in het geval van wettelijke plicht en ambtelijk bevel).[150] Toestemming is daarentegen geheel afhankelijk van de (wens van de) benadeelde. In zoverre lijkt toestemming op risicoaanvaarding,[151] die vroeger in het Nederlandse civiele recht werd gezien als rechtvaardigingsgrond, maar waarvan men sinds het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw aanneemt dat zij dat niet is.[152]

In buitenlandse rechtstelsels komt de overeenkomst tussen toestemming en risicoaanvaarding beter tot uitdrukking. Zij worden hier gezien als twee onderdelen van één categorie, door Cane omschreven als: *Conduct of the claimant*.[153] In de meeste rechtsstelsels worden toestemming en risicoaanvaarding zelfs niet los van elkaar besproken;[154] anders echter het Amerikaanse systeem, waar *consent* geldt als verweer in geval van opzettelijke schadeveroorzaking en *assumption of risk* wordt gereserveerd voor een actie gegrond op *negligence*.[155]

3.9.3 Toestemming voorkomt *onrechtmatigheid*

Ten tweede: toestemming wordt gegeven *voorafgaand* aan de handeling. Dat is een fundamenteel verschil met de in de vorige paragrafen besproken gronden. In geval van een te rechtvaardigen situatie, moet de handelende (vaak plotseling) actie ondernemen en hij brengt daarbij schade toe. Zijn belangen worden beschermd door het stelsel van rechtvaardigingsgronden, waaruit volgt onder welke condities de handelende vrijuit gaat.

---

150 Over noodweer kan men twijfelen. Men kan het zien als een recht dat de laedens moet uitoefenen, *omdat* de gelaedeerde hem in die positie bracht.

151 Het is natuurlijk andersom: risicoaanvaarding is een soort toestemming van de gelaedeerde, afgeleid uit de feitelijke omstandigheden, niet uit de juridisch correct geformuleerde wil van de gelaedeerde.

152 Sinds HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*).

153 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.5. Tot dezelfde categorie rekent hij *contributory negligence*, toestemming (*volenti non fit iniuria*) en *illegality*.

154 Voor België (toestemming en aanvaarding van het risico): Cornelis, *Beginselen Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* I 1989, p. 33/34. Voor Frankrijk (*volenti non fit iniuria* en *acceptation des risques*): Aubry et Rau, nr. 43. Voor Duitsland (*Einwilligung* en *Handeln auf eigene Gefahr*): *Münchener Kommentar* (Mertens), § 823, nr. 36-44. Voor het Anglo-Amerikaanse recht: Markesinis & Deakin, *Tort Law* 2013 (*consent and assumption of risk*), p. 495.

155 Zie Dobbs, *The Law of Torts* 2000, over *consent* bij *'intentional interference with person or property'* in H. 5, p. 216 e.v., en over *assumed risk* bij *'negligence'*, in H. 11, p. 534 e.v.

Bij toestemming is sprake van een heel andere situatie. Hier wordt de handelende niet geconfronteerd met een onvoorziene situatie, maar brengt hij de schade toe, *nadat* hij met de (toekomstige) schadelijder daarover afspraken heeft gemaakt. In zo'n geval is niet in te zien welke onregelmatigheid nog aan de handeling van de schadeveroorzaker kleeft.

Het voorbeeld dat in dit verband meestal wordt genoemd, is dat van de patiënt die aan de chirurg toestemming verleent tot het verrichten van een operatie.[156] Maar de vraag is wat mis zou (kunnen) zijn met het handelen van de chirurg die volgens de daarvoor geldende regels toestemming (*informed consent*) vraagt en krijgt van de patiënt,[157] en vervolgens de overeenkomst tussen de patiënt en hem of haar uitvoert. Hier is geen onrechtmatige daad aanwezig die gerechtvaardigd moet worden. Zoals Prosser/Keeton stelt bij de bespreking van *consent*:

> 'It is not, strictly speaking, a privilege, or even a defense, but goes to negative the existence of any tort in the first instance.'[158]

Hierboven is het al beschreven: aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond komt men pas toe na de vaststelling dat de handeling (in principe) onrechtmatig is – het gaat om een verweer tegen die onrechtmatigheid. Bij toestemming is onrechtmatigheid afwezig.[159]

Wanneer de patiënt in het zojuist genoemde voorbeeld bewusteloos was op het moment dat de operatie moet worden uitgevoerd, is het niet anders. In dat geval wordt stilzwijgende toestemming van de patiënt aangenomen en is evenmin sprake van een onrechtmatige operatie die rechtvaardiging behoeft.[160] Als de patiënt, wanneer hij bijkomt uit de operatie, alsnog weigert zijn toestemming te geven, kan de arts zich op noodtoestand beroepen. In dat geval is uiteraard wel vereist dat er sprake was van een groot gevaar voor het leven van de patiënt, dat op een andere wijze dan door de operatie niet

156 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94; Lindenbergh, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18.

157 Vgl. artikel 7:448-451 BW.

158 *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984, p. 112. De herziene bewerking kiest als definitie; 'actual consent to an act is a subjective willingness for the act to occur', Dobbs, *The Law of Torts* 2000, p. 218. Ook in die definitie is niet in te zien wat vervolgens het onrechtmatige aan de nog komende handeling kan zijn.

159 Hieronder zullen de woorden van Schut worden aangehaald dat toestemming onrechtmatigheid voorkomt en niet opheft. Schut, *Onrechtmatige daad* 1985 p. 74, vgl. ook de druk van 1997: 'Kenmerkend is steeds dat daarmee voorkomen wordt da[t] een onrechtmatige daad ontstaat' (p. 65). Dezelfde gedachte was al te vinden bij H. Drion in *Preadvies NJV* 1957, p. 192.

160 Ook hier handelt de arts niet onrechtmatig. Niet omdat een eventueel achteraf gegeven toestemming met terugwerkende kracht de onrechtmatige daad zou rechtvaardigen, maar omdat de arts in zo'n geval in noodtoestand handelt en dus onmiddellijk gerechtvaardigd is.

kon worden afgewend, terwijl de toestemming van de patiënt in deze omstandigheden niet kon worden afgewacht.[161]

Dat toestemming geen rechtvaardigingsgrond is, is voor het Nederlandse strafrecht betoogd door Strijards.[162] Hij beroept zich daartoe op het publiekrechtelijk karakter van de rechtsnormen:

> 'Het strafrecht is *publiek* bevelsrecht. Het beschermt rechtsgoederen, die aan de rechtsgenoten *gemeen* zijn. (...) Er is 'diefstal' ook als achteraf de bestolene zegt, dat hij de wegneming niet erg vindt en de feitelijke vermogensovergang billijkt.'[163]

In het strafrecht *kan* de handeling volgens Strijards dus niet door toestemming gerechtvaardigd worden. In het civiele recht *behoeft* zij dat niet. Dat laatste is al ingezien door Schut:

> 'De toestemming *voorkomt* dat een *onrechtmatige daad* ontstaat. Ze kan dus niet als een rechtshandeling die op uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid (exoneratie) is gericht, worden getypeerd. Zulk een rechtshandeling veronderstelt immers een onrechtmatige daad of wanprestatie waaruit aansprakelijkheid zou voortvloeien indien ze niet was uitgesloten of beperkt. Om diezelfde reden mag men evenmin spreken van rechtsverwerking of een omstandigheid die de onrechtmatigheid van de handeling opheft (rechtvaardigingsgrond).'[164]

Wie handelt met toestemming, handelt niet onrechtmatig. Niet omdat de handeling gerechtvaardigd wordt door de toestemming, maar omdat zij niet gerechtvaardigd hóeft te worden: er is geen sprake van een onrechtmatige daad. Om die reden verdient het geen aanbeveling toestemming te construeren

---

161 Anders is de ingreep onrechtmatig uitgevoerd. Zie bijv. Hof Den Haag 29 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574.

162 Genuanceerder is Bakker, *Toestemming als rechtvaardiging* 2017, p. 187 die strafbepalingen ziet als uitzondering op de regel van zelfbeschikking. Toestemming is daar weer een uitzondering op en de bevestiging van de regel.

163 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 68/69. Opgemerkt moet worden dat de algemene visie in de litaratuur genuanceerder is. De Hullu schrijft bijvoorbeeld dat toestemming van het slachtoffer regelmatig aan aansprakelijkheid in de weg staat, zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.6.3, p. 347. Het zal mede afhangen van de aard van de handeling. Zo zal 'sportieve mishandeling', mits deze binnen de grenzen van de sport valt, niet snel strafbaar worden geacht.

164 Schut, *Onrechtmatige daad* 1985, p. 74, cursiveringen in origineel; vgl. ook de druk van 1997: 'Kenmerkend is steeds dat daarmee voorkomen wordt da[t] een onrechtmatige daad ontstaat' (p. 65). In *Rechterlijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963 p. 141, merkte hij toestemming nog als rechtsverwerking aan. Vgl. verder nog H. Drion (Drion & Solomonson, *Preadvies NJV* 1957, p. 192): 'Wie op grond van toestemming van de rechthebbende een handeling verricht (...), schendt geen verplichting jegens degeen die toestemming gaf (...) en van beperking of ontheffing van aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht kan dan ook geen sprake zijn'.

als 'aanspraakbelemmerende grond'.[165] Toestemming *belemmert* de aanspraak niet; zij voorkomt dat een aanspraak *ontstaat*.[166] Dit geldt althans voor het geval waarin de toestemminggever bevoegd was toestemming tot de daad te verlenen. G.J. Scholten geeft in zijn noot onder Scholtens aardappelmeelfabrieken het voorbeeld van de inzittende die toestemming geeft voor te snel rijden.[167] Deze daad wordt niet gerechtvaardigd, aangezien de toestemminggever niet de bevoegdheid heeft om de chauffeur te hard te laten rijden. Ook in dit geval is dus geen sprake van een rechtvaardigingsgrond. Wanneer door het snelle rijden schade ontstaat, zal de aanspraak van de inzittende jegens de bestuurder door de gegeven toestemming belemmerd worden,[168] terwijl die aanspraak bij een bevoegdelijk gegeven toestemming, als gezegd, niet ontstaat.

3.9.4 Conclusie: toestemming is geen rechtvaardiging

Een van de voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond is dat de daad in beginsel onrechtmatig is.[169] Bij toestemming is dat niet het geval, daarom valt zij als rechtvaardigingsgrond af.

3.10 Zaakwaarneming

3.10.1 Belangenbehartiging

Het burgerlijk recht kent verder nog een speciale rechtvaardigingsgrond voor bepaalde inbreuken in de levenssfeer van anderen. Het betreft de zaakwaarneming, door artikel 6:198 BW omschreven als:

---

165 Zo bijvoorbeeld Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978, p. 202. De term is ook te vinden bij Bloembergen (*Toestemming* 1971, p. 7), die haar als volgt uitlegt: 'de door de benadeelde gegeven toestemming tot een bepaald handelen heft de onrechtmatigheid van dat handelen jegens hem op'.

166 Vgl. ook *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984: 'As to intentional invasions of the plaintiff's interests, his consent negatives the wrongful element of the defendant's act, and prevents the existence of a tort' (1984), p. 112.

167 Zie G.J. Scholten in zijn annotatie bij HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, *NJ* 1964/434 (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken c.s.*). Hij spreekt van een aanspraakbelemmerende grond. In een geval als dit, waar de schadelijder niet de bevoegdheid had om toestemming te geven, lijkt mij deze term acceptabel.

168 Zoals Scholten stelt in zijn annotatie bij het zojuist aangehaalde arrest (*NJ* 1964/434): toestemming van de inzittende voor te snel rijden rechtvaardigt dat rijden niet, maar staat wel in de weg aan een aanspraak door de inzittende jegens de snelrijdende bestuurder.

169 Zie par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

> 'het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen'.

In de Toelichting Meijers wordt de zaakwaarneming genoemd in de rij met de wettelijke rechtvaardigingsgronden:

> 'Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming. Bij de regeling van dit instituut gaat immers de wet ervan uit, dat het zich opzettelijk inlaten met de behartiging van eens anders belang, mits op redelijke grond geschied, niet een onrechtmatige daad jegens die ander oplevert welke tot schadevergoeding verplicht, de ander is integendeel volgens de wet gehouden de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten en geleden schade te vergoeden.'[170]

Zaakwaarneming heeft een lange geschiedenis. Reeds het Romeinse recht kende een dergelijk instituut.[171] Zij dient tweeërlei doel:

> 'Das besonderes gesetzliche Ausgleichsschuldverhältnis will fremdnütziges Handeln durch Begünstigung des rechtmäßig handelnden Fremdgeschäftsführers fördern, andererseits den Geschäftsherrn vor unbefugter und unerwünschter Einmischung in seine Angelegenheiten schützen.'[172]

Twee belangen: het bevorderen van handelen ten behoeve van anderen en de belanghebbende beschermen tegen ongewenste inmenging in zijn zaken. Het eerste belang wordt beschermd door de zaakwaarnemer een deugdelijke juridische basis voor zijn handelen te bieden. Het tweede belang evenzeer. Voor de belanghebbende moet vaststaan dat de inbreuk op zijn recht alleen te tolereren is *voor zover* zij gerechtvaardigd is.

3.10.2 Redelijke grond

Doorslaggevend voor de rechtvaardiging van de handeling is de 'redelijke grond' tot het handelen. Dat is uitgedrukt in de zinsnede aan het slot van artikel 6:198 'zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen'. Bedoeld is de actie uit zaakwaarneming uit te sluiten voor de situatie waarin een uitdrukkelijke contractuele (opdracht, arbeidsovereenkomst) of wettelijke (voogdij, curatele)

---

170 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

171 Op grond van de *actio negotiorum gestorum* kon de zaakwaarnemer de bij de zaakwaarneming gemaakte kosten verhalen op de eigenaar van de zaak.

172 Jauernig, *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch* 2009 (Vollkommer), § 677, Vorbemerkung 1 b.

regeling van toepassing is. Maar het enkele bestaan van een wettelijke verplichting verhindert zaakwaarneming niet. Ook als een wettelijke verplichting tot ingrijpen aanwezig is, zoals de plicht tot hulp verlenen aan een persoon in nood (vgl. art. 450 Sr), is de handelende wel degelijk aan te merken als zaakwaarnemer, zo meldt de Toelichting op het ontwerp van het artikel.[173] Zonder de aanwezigheid van een redelijk grond tot ingrijpen is de handeling onrechtmatig.

Juist in gevallen waarin hulp is geboden aan iemand die in een noodsituatie verkeert, of wordt getracht te voorkomen dat iemand in nood komt of schade zal lijden, zal zaakwaarneming de grondslag zijn waarop de handelende van de belanghebbende vergoeding van de schade kan vorderen die de handelende zelf door het optreden heeft geleden.[174] Mij lijkt dan ook een misvatting te menen dat na bijvoorbeeld zelfopoffering in het verkeer geen vergoeding uit zaakwaarneming zou ontstaan voor de handelende, zoals in Asser/Sieburgh wordt gesteld.[175] Omdat het een voor rechtvaardigingen een belangrijke kwestie betreft, sta ik hier iets langer bij stil.

Asser/Sieburgh beschrijft de casus van een automobilist die een ruk aan zijn stuur geeft om een aanrijding met een plotseling op zijn weghelft geraakte fietser te voorkomen en deze voor ernstig letsel te behoeden.[176] De automobilist belandt ten gevolge van de manoeuvre in de berm en lijdt daardoor schade. Volgens Asser/Sieburgh dient een vordering uit zaakwaarneming van de automobilist tegen de fietser niet te worden erkend. Er zal nauwelijks behoefte aan bestaan, omdat de automobilist een vordering uit onrechtmatige daad

173 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793. Zie in dat verband ook de bijzondere casus van verhaal van kosten van medische hulp na een poging tot zelfdoding: Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, *NJF* 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*), waarin de kosten op grond van zaakwaarneming konden worden verhaald.

174 Zoals in het dramatische geval van de automobilist die op een brug, ruim 15 meter boven de Lek, op het ander wegdeel een ongeval met een vrachtwagencombinatie ziet gebeuren. De man wil hulp bieden en stapt over de vangrail in de middenberm. Normaal ligt een rooster tussen de twee brugdelen, maar dat is verwijderd, waardoor de hulpverlener in het water stort en verdrinkt. De verzekeraar van de vrachtwagencombinatie vergoedt op grond van zaakwaarneming de schade die de nabestaanden van de hulpverlener door het ongeval hebben geleden. Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, *JA* 2019/5, r.o. 2.10 en 3.2. Zie over deze zaak ook hierna, in verband met de relativiteitseis, par. 10.6.1 (Zaakwaarneming; *Algemeen*) en verder par. 10.6.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*).

175 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413. De opvatting is kennelijk afkomstig van Hartkamp (zie Asser/Hartkamp III 1994/311; in Asser/Rutten III 1983, p. 3-17 is zij niet terug te vinden) en gehandhaafd door Sieburgh.

176 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413, p. 410. De casus is afkomstig van Larenz (II, 1 par. 57 i *b*), die overigens tot een andere conclusie komt de hierna te beschrijven door Asser/Sieburgh voorgestane uitkomst. Larenz neemt in de casus van de fietser wel aansprakelijkheid uit zaakwaarneming aan, net als Schoordijk (*VR* 1985, p. 97 e.v.), eveneens door Asser/Sieburgh aangehaald.

tegen de fietser of diens ouders of 'een derde die de onverwachte manoeuvre heeft veroorzaakt'.[177] Principiëler is, zo voegt Asser/Sieburgh eraan toe,

> 'het argument dat het onderhavige geval zeer nauw aan de onrechtmatige daad grenst; het ware ongerijmd dat terwijl niet aan alle vereisten voor die aansprakelijkheid is voldaan, hetzelfde resultaat via de zaakwaarneming zou kunnen worden bereikt.'[178]

Beide argumenten lijken mij van weinig gewicht.

De mogelijkheid een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een derde die het ongeval veroorzaakte, doet niet af aan de wenselijkheid en juridische mogelijkheid om ook de fietser aan te kunnen spreken uit zaakwaarneming. Integendeel: mijns inziens moet de automobilist niet worden belast met verhaal op de – mogelijk onvindbare – derde. De automobilist heeft zijn actie uitgevoerd in het belang van de fietser, en deze laatste heeft ervan geprofiteerd. Het is in dat geval volstrekt redelijk dat de fietser de kosten daarvan draagt en de rechtsfiguur zaakwaarneming biedt daarvoor de grondslag.[179]

En het 'principiële' bezwaar dat het geval nauw grenst aan de onrechtmatige daad, kan evenmin overtuigen. Alle in deze studie beschreven handelingen bevinden zich op het grensgebied van onrechtmatige en rechtmatige daad. Wanneer na beoordeling van de handeling blijkt dat de daad niet onrechtmatig, maar juist rechtmatig is,[180] moet vervolgens worden onderzocht wat de grondslag voor een eventuele vergoedingsplicht is. Zaakwaarneming is een dergelijke rechtmatige daad, waarvoor de wetgever in artikel 6:200 lid 1 een expliciete schadevergoedingsverplichting van de belanghebbende heeft opgenomen. Dat de handeling misschien 'aan de onrechtmatige daad grenst', maar dat juist niet is, past geheel binnen de tenzij-formulering van de verwijzing naar rechtvaardigingsgronden in het slot van artikel 6:162 lid 2. En voor dit type handelingen achtte de wetgever een vergoedingsplicht allerminst uitgesloten.[181]

Er is nog een andere reden waarom het mij onjuist, want onredelijk, lijkt de automobilist een vordering uit zaakwaarneming jegens de fietser te ontzeg-

177 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413, p. 410.

178 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413, p. 410.

179 Wanneer de fietser zelf onrechtmatig handelde, zal onrechtmatige daad en niet zaakwaarneming de grondslag van de vordering vormen. In dat geval is sprake van 'een elders in de wet geregelde rechtsverhouding', als bedoeld in artikel 6:198 slot. Maar goed denkbaar is dat de fietser niet onrechtmatig handelde, bijvoorbeeld omdat hij viel door een fout van een ander, zoals de motorrijder overkwam die langs een geparkeerde auto reed waarvan plots het portier werd geopend, in Hof Den Haag 21 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1129, r.o. 2.2. Dan biedt zaakwaarneming grond voor de 'zelfopofferende' automobilist om zijn schade op de fietser te verhalen.

180 In *Asser/Rutten III* 1983, p. 8 wordt zaakwaarneming uitdrukkelijk en terecht aldus gekwalificeerd.

181 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

gen. Het aanknopingspunt om te beoordelen of sprake is van een 'redelijke grond' is de vermoedelijke wil van de belanghebbende. Belangenbehartiging tegen diens wil kan in elk geval niet gelden als zaakwaarneming in de zin van de wet;[182] in uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn.[183] In verband met dit aanknopingspunt lijkt het ongerijmd om in het geval van zaakwaarneming enerzijds wel uit te gaan van de – vermoedelijke – wens van de belanghebbende bij de belangenbehartiging, maar anderzijds de financiële lasten van de uitvoering van die wens voor rekening van de helper te laten.

Tot slot: aan het einde van de zojuist besproken passage in Asser/Sieburgh wordt de handeling van de automobilist in de casus, het van de weg af rijden, een 'reflexbeweging' genoemd.[184] Die aanduiding lijkt mij in tegenspraak met de eerdere kwalificatie van 'zelfopoffering in het wegverkeer' en de beschrijving van het handelen van de automobilist die de manoeuvre maakt 'teneinde een aanrijding met een (…) fietser te voorkomen en deze voor ernstig letsel te behoeden'. Zowel de term zelfopoffering als de beschrijving van de handeling impliceren een keuze van de automobilist. Zo'n keus is ook vereist voor zaakwaarneming, omdat het moet gaan om het 'willens en wetens' behartigen van het belang van een ander, zie artikel 6:198. Wanneer inderdaad sprake zou zijn van een reflex, zou de fietser niet door de automobilist kunnen worden uit zaakwaarneming. Echter: niet om de redenen die Asser/Sieburgh geeft – ze zijn hierboven besproken – maar simpelweg omdat niet is voldaan aan een van de vereisten van zaakwaarneming.[185]

3.10.3 Afronding

Als rechtvaardigingsgrond is de zaakwaarneming volgens Von Bar niet interessant:

> 'Sie ist nur für eine geringe Zahl von Delikten relevant und außerdem vielen Rechten (insbesonder dem Common Law) als eigenständiges Verteidigungsmittel unbekannt.'[186]

182 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, *NJ* 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*).

183 Voorbeelden zijn te vinden bij Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/16 (o.a.: handelen tegen de wil van de ouders van een verwaarloosd kind, of tegen de wil van een geestelijk gestoorde).

184 Nader over de reflex in par. 9.4.4.3 (*De mogelijkheid om te willen*) en 9.8.3 (*Toerekening op grond van de wet*).

185 En ook in die situatie, van min of meer reflexmatig handelen, zou ik de automobilist de schadevergoedingsactie niet zonder meer willen ontzeggen. Als onrechtmatige daad en zaakwaarneming als grondslag zijn uitgesloten, kan de vordering in een dergelijk geval mogelijk worden gegrond op ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212). Zie daarover nader in par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*).

186 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* II 1999, p. 515, over 'berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag'.

In het Anglo-Amerikaanse recht komt men de zaakwaarneming inderdaad niet tegen in de gedaante waarin wij haar kennen.[187] Daar staat tegenover dat zij, behalve in Nederland, zowel in Frankrijk,[188] België,[189] en Duitsland[190] een lange geschiedenis heeft en wettelijk geregeld is.[191]

Voor het onderzoek naar rechtvaardigingen is de constatering dat de zaakwaarneming geldt als rechtvaardigingsgrond niet zonder belang. Wanneer de zaakwaarnemer zich op redelijke gronden heeft ingelaten met de behartiging van de zaak van een ander, is er sprake van een rechtmatige daad. De verplichtingen van de zaakwaarnemer[192] en belanghebbende[193] zijn dus op de grondslag van rechtmatige daad gebaseerd. Bij de bespreking van de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond,[194] zal ik hierop nog terugkomen.

3.11 Tussentijds concluderend

3.11.1 Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang

In de hierboven gegeven beschrijving van de klassieke rechtvaardigingsgronden – die uit het strafrecht en zaakwaarneming – valt op dat bepaalde aspecten steeds weerkeren.

Zo is dikwijls een noodzaak om snel op te treden aanwezig. Dat is zeker het geval bij noodtoestand en noodweer;[195] bij zaakwaarneming zal het eveneens vaak aan de orde zijn. In het geval van een wettelijke plicht of ambtelijk bevel hangt het van de situatie, of van de plicht/het bevel, af of haast geboden is.

---

187 Maar men bereikt hier vergelijkbare resultaten via de figuur *necessity*, een met noodtoestand vergelijkbaar *privilege*. 'Its basis is a mixture of charity, the maintenance of the public good and self-protection', *Winfield & Jolowicz on tort* 2010, 25-33, p. 1169.

188 *Gestion d'affaires*, zie artt. 1372-1375 CC.

189 Zaakwaarneming, zie artt. 1372-1375 BW.

190 *Geschäftsführung ohne Auftrag*, zie § 677-687 BGB.

191 Zie voor een uitgebreide rechtshistorische uiteenzetting over de rechtsfiguur en een behandeling van de negentiende eeuwse Franse rechtspraak en literatuur: H. van Goudoever, *Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1905. Over (de ontwikkeling van zaakwaarneming in) het Franse en Duitse recht nog: G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 1949.

192 Zorg betrachten, waarneming zo nodig voortzetten, rekening en verantwoording doen, zie artikel 6:199.

193 Schade vergoeden, bij beroepsmatige waarneming: vergoeding voor verrichting betalen, zie artikel 6:200.

194 In hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

195 Voor een expliciete overweging omtrent het korte tijdsbestek waarin de keus voor alternatieven gemaakt moest worden zie Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:20137680, *NJF* 2014/185 (*Noodschot politieagent*), r.o. 4.26.

In veel situaties van optreden op grond van een rechtvaardiging is de noodzaak om op te treden van buiten afkomstig. Bij noodweer en ambtelijk bevel is dat per definitie zo, ook bij het uitvoeren van een wettelijk voorschrift wordt het handelen bepaald door het buiten de macht van de handelende liggende voorschrift. Bij zaakwaarneming hangt het van de situatie af, maar ook daar zal het meestal gaan om een niet-zelf veroorzaakte noodzaak tot optreden. Een plotselinge noodzaak om op te treden, door een van buiten komende oorzaak, kan ook aldus worden omschreven dat het bij rechtvaardigingsgronden vaak om onvoorziene omstandigheden gaat.[196]

Tot slot valt op dat bij handelen op grond van een rechtvaardiging vaak wordt opgetreden om het belang van een ander te behartigen, of om dat mede te behartigen. Bij zaakwaarneming volgt dat reeds uit de wettelijke omschrijving van het begrip.[197] Noodweer kan gaan om het verdedigen van het eigen belang of dat van een ander. In het laatste geval is evident sprake van optreden in het belang van een ander. Maar ook het in het eerste geval – optreden ter bescherming van het eigen belang – is een algemeen belang betrokken: noodweer wordt wel gezien als verdediging van de rechtsstaat, als rechtsordehandhaving.[198] Bij wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel zal het belang van de handelende of belanghebbende in het algemeen niet op de voorgrond treden. Ook bij noodtoestand, dat om een conflict van plichten draait, zal het niet noodzakelijkerwijs om een keus voor het eigenbelang hoeven gaan – hoewel veel casus daar wel betrekking op hebben. Denk aan de oude voorbeelden als het Opticien-arrest,[199] of de zaak van de redder in de annotatie van Meijers uit 1934,[200] of aan nieuwere voorbeelden als de euthanasiepraktijk.[201]

In verband met de zojuist beschreven kenmerken verdient het Belgische recht aandacht, waar de rechtvaardigingsgrond als volgt wordt omschreven:

> 'Een rechtvaardigingsgrond betreft een externe, onvoorziene en onoverkomelijke omstandigheid, die de vrije wil van de schadeverwekker uitschakelt.'[202]

196 In die zin ook Dolman in het liber amicorum Stolwijk: 'typerend voor strafuitsluitingsgronden is dat zij onvoorziene omstandigheden betreffen', M.M. Dolman, *'De actio libera in causa: in hoeverre kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gegrond op verzuim van een voorzorgsplicht?'* (p. 39-60), in: *Geleerde lessen*, Liber amicorum Simon Stolwijk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 59.

197 Zie nogmaals artikel 6:198, waarover hierboven in par. 3.10.1 (*Belangenbehartiging*).

198 Vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.2 (p. 308).

199 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, *NJ* 1923, p. 1329 (*Opticien*).

200 Annotatie bij HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 e.v. (*Vernietiging tuberculeus vlees*), op p. 1553, met het oervoorbeeld van de man die aan een ander een deken ontrukt om voor een derde dood door verbranding te voorkomen.

201 Waarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.4.2 (p. 298-302).

202 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300, die daarmee de 'meerderheid in de rechtsleer' weergeven. Het ontbreken van vrije wil van de veroorzaker verklaart waarom de rechtvaardigingsgrond wordt beschouwd als toerekeningsuitsluitingsgrond. Vansweevelt en Weyts wijzen daarbij ook op recentere Belgische literatuur waarin ervoor wordt gepleit om de rechtvaardigingsgrond, net als in het strafrecht,

Hoewel naar Nederlands recht niet wordt aangenomen dat de vrije wil van de veroorzaker bij handelen op grond van een rechtvaardiging afwezig is, biedt het eerste deel van de definitie een goede weergave van de kenmerken van de situatie waarin een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet worden gedaan. Het tweede deel van de definitie, over de uitgeschakelde vrije wil van degene die zich in zo'n situatie bevindt, maakt – terecht – duidelijk dat het bij handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond vaak gaat om handelen in een soort 'beklemde toestand', waar men zich probeert uit te redden.

Op dit aspect van de toestand waarin de handelende verkeert, wordt – voor de noodweersituatie – ook door Bijlsma gewezen:

> 'Van de burger die zich in een noodweersituatie bevindt, wordt veel gevergd. Hij (of zij) moet in zeer kort tijdsbestek de situatie correct inschatten als een situatie waarin hij wordt of dreigt te worden aangevallen, vervolgens moet hij beoordelen of hij nog kan ontkomen en, zo nee, beslissen hoe hij zich zal verdedigen en voorkomen dat hij naar een te zwaar middel grijpt. Tenslotte moet hij handelen overeenkomstig de voorgenomen gedragslijn en zich niet door zijn emoties laten meeslepen.'[203]

Op de handelende in deze situatie ligt een grote druk, terwijl voor hem de consequenties van het handelen vaak moeilijk te overzien zijn, aldus Bijlsma. Daarmee moet rekening worden gehouden bij de beoordeling van het handelen:

> 'Het noodweerrecht biedt daarom ook ruimte voor het maken van fouten. Het erkent dat juist in een nijpende en bedreigende situatie de vermogens van reflexieve zelfcontrole kunnen falen, hetzij door een verkeerde beoordeling (putatieve noodweer), hetzij door een gebrekkige zelfcontrole (noodweerexces).'[204]

Begrip voor het lastige parket waarin de handelende zich bevindt, maar geen pleidooi voor eigenrichting,[205] dat is kort samengevat het standpunt van Bijlsma over deze kwestie.

Ook ik meen dat bij de beoordeling van het handelen van wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond een zekere mildheid moet worden betracht. Daarop kom ik verderop in deze studie nog terug, waarbij ik zal

---

toe te passen op het 'objectieve element van de fout' en niet op het subjectieve, de schuld, derhalve (Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301. Over deze controverse in de Belgische literatuur zie hierna, par. 3.13.2 (*België*).

203 Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 182, l.k.

204 Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 182, r.k.

205 Bijlsma wijst er terecht op dat al te veel begrip voor de handelende kan uitmonden in relativering van geweld en van wraakneming. Hij verwijst in dat verband naar uitspraken van Remkes, prins Bernhard, Opstelten en Teeven, tot Baudet en Trump. Zie Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 183.

refereren aan de in deze paragraaf besproken kenmerken van de situatie waarin de handelende zich bevindt.[206]

3.11.2 Terugblik op Parlementaire Geschiedenis en overgang naar wat volgt

In het voorgaande zijn de belangrijkste volledige rechtvaardigingen geïnventariseerd: Wettelijk voorschrift, wettelijk bevoegdheid, ambtelijk bevel, zaakwaarneming, 'overmacht' opgevat als noodtoestand, en noodweer. Het zijn precies de gronden die als voorbeelden van civielrechtelijke rechtvaardigingsgronden werden genoemd in de Toelichting Meijers.[207] Deze gronden worden in de Nederlandse civiele doctrine ook meestal als voorbeeld gegeven van 'de' rechtvaardigingsgronden, die op grond van artikel 6:162 lid 2 de onrechtmatigheid opheffen.[208]

Voordat ik (in hoofdstuk 4) inga op de figuur van de onvolledige rechtvaardiging, moet de vraag beantwoord zijn of met de hierboven besproken gronden de inventarisatie compleet is.

Daartoe zal ik eerst (in de woorden van Schoordijk:)[209] het Nederlandse en niet-Nederlandse civielrechtelijk systeem aftasten. Daarna onderzoek ik welke rechtvaardigingsgronden buiten de voorgaande beschreven zijn in het Nederlandse strafrecht, waarbij ik hun mogelijke relevantie voor het Nederlandse civielrecht bespreek.

3.12 Andere rechtvaardigingen in het Nederlandse civielrecht?

3.12.1 Verspreide rechtvaardigingen

In Asser/Sieburgh wordt na de bespreking van de verschillende (hierboven behandelde) rechtvaardigingsgronden gesteld:

---

206 Bij de bespreking van proportionaliteit en subsidiariteit in par. 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*), zie ook par. 7.7.3 (*'Margin of appreciation'*), bij de bespreking van de invloed van de rechtvaardiging op het oordeel over de handeling in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*) en op diverse plaatsen in hoofdstuk 12 (Invloed op oordeel vergoedingsplicht).

207 TM, *Parl Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617. Daarnaast wordt nog genoemd art. 25 WVW (tegenwoordig: art. 5 WVW), als algemene rechtvaardiging voor overtreding van de concrete verkeersregels in gevallen waarin het opvolgen van die regels de veiligheid van het verkeer in gevaar zou brengen.

208 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18, die alle hierboven genoemde gronden noemt.

209 Schoordijk, *Algemeen gedeelte* 1979, p. 453. Recenter over deze methode: Smits, *Bronnen van verbintenissen* 2003, p.61

> 'Afgezien van de vier genoemde rechtvaardigingsgronden kunnen ook andere omstandigheden een onrechtmatigheidopheffende werking hebben.'[210]

Hierna worden deze 'omstandigheden' besproken en wordt nagegaan of ze inderdaad de onrechtmatigheid opheffen.

3.12.2 Argumenten ontleend aan het systeem van het burgerlijk recht?

Direct na de hierboven aangehaalde zinsnede dat naast de (wat ik maar noem: klassieke) rechtvaardigingsgronden nog andere omstandigheden de onrechtmatigheid kunnen opheffen, wordt in Asser/Sieburgh het volgende gesteld:

> 'Argumenten ontleend aan het systeem van het burgerlijk recht kunnen meebrengen dat de civielrechtelijke rechtvaardiging niet steeds compleet is indien een publiekrechtelijke rechtvaardiging wordt aangevoerd resp. dat een publiekrechtelijke rechtvaardiging niet de civielrechtelijke onrechtmatigheid aan de gedraging ontneemt.'[211]

Deze passage is ongetwijfeld ingegeven door de gedachten die door Sieburgh zijn verwoord in haar opstel uit 2003 over rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden,[212] maar wordt In Asser/Sieburgh niet uitgewerkt. Dat is ook niet verwonderlijk: een 'argument ontleend aan het systeem' lijkt op zichzelf een nogal vage grondslag om een handeling geheel of gedeeltelijk te rechtvaardigen. De gedachten van Sieburgh lijken vooral betrekking te hebben op de eventuele *vergoedingsplicht* van de handelende. In dat kader worden ze hierna dan ook besproken bij de behandeling van de vraag op welke grondslag de vergoedingsplicht berust bij een gerechtvaardigde daad.[213]

3.12.3 Wettelijke bevoegdheid, toestemming en zaakwaarneming

Als voorbeeld van een niet uitdrukkelijk in de wet genoemde rechtvaardigingsgrond wijst Asser/Sieburgh vervolgens op de wettelijke bevoegdheid.[214] Die verwijzing is lastig te plaatsen. De grond is al in de Toelichting Meijers genoemd als voorbeeld van een rechtstreeks op de wet gebaseerde rechtvaardi-

210 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94.
211 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94.
212 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003.
213 In par. 12.4 (*Andere grondslagen? De vijf casus van Sieburgh*), waar de door Sieburgh geschetste casus integraal worden besproken.
214 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94.

gingsgrond.[215] En zoals bij de bespreking van het wettelijke voorschrift (in paragraaf 3.5) al bleek, wordt de wettelijke bevoegdheid in het algemeen begrepen onder de categorie van het wettelijk voorschrift. Ook door Asser/Sieburgh zelf wordt de wettelijke bevoegdheid tezamen met het wettelijk voorschrift besproken als een van de rechtstreeks uit het strafrecht (en uit de strafwet, zie artikel 42 Sr) afkomstige rechtvaardigingsgronden.[216] Dat kan dus niet worden aangemerkt als nieuwe categorie, naast de in de voorgaande paragrafen besproken gronden.

Daarna wordt toestemming van de benadeelde genoemd:

> 'De bevoegdheid tot het maken van een op zichzelf ongeoorloofde inbreuk op eens anders recht kan ook ontleend worden aan toestemming van de gerechtigde, bijv. de toestemming van de patiënt aan de chirurg tot het verrichten van een operatie.'[217]

Ook toestemming kwam hierboven (in 3.9) al aan de orde en werd als civielrechtelijke kwalificatiefout aangemerkt. Niet in te zien is welk handelen gerechtvaardigd zou moeten worden in het geval een chirurg na verkregen toestemming van de patiënt een operatie bij die patiënt uitvoert.[218]

Dat zaakwaarneming in bepaalde gevallen als volledige rechtvaardigingsgrond geldt, is hierboven (in 3.10) al besproken, en werd in de Toelichting Meijers al geconstateerd.[219]

3.12.4 Handelen in het algemeen belang en aanbieden van schadevergoeding

In het vervolg van de zoektocht naar andere volledige rechtvaardigingsgronden bespreekt Asser/Sieburgh de situatie dat de ter rechtvaardiging aangevoerde omstandigheden gelegen zijn in de behartiging van het straf- en/of publiekrecht beschermd belang (kortweg: handelen in het algemeen belang):

> 'Hoezeer optreden van de overheid vanuit het door het strafrecht en/of bestuursrecht beschermde algemene belang ook noodzakelijk, wenselijk en gerechtvaardigd mag zijn, dit verklaart geenszins waarom de aantasting van het door het burgerlijk recht beschermde belang van een (beperkte) groep burgers civielrechtelijk gerechtvaardigd is.'[220]

---

215 Zie de in het begin van dit hoofdstuk al aangehaalde passage, TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

216 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/92.

217 Nog steeds *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94.

218 Zie hierboven, par. 3.9.3 (*Toestemming* voorkomt *onrechtmatigheid*). Dat schrijft overigens ook Scholten in zijn annotatie bij het door Asser/Sieburgh (*6-IV* 2019/94) aangehaalde arrest HR 31 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4906, *NJ* 1969/241.

219 Zie nogmaals TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

220 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/95.

Die observatie is juist. Eruit volgt dat dit type belangen dus niet kan gelden als complete rechtvaardiging en niets toevoegt aan de hierboven besproken volledige rechtvaardigingsgronden. Handelen in het algemeen belang wordt dan ook hierna, in hoofdstuk 4, bij de onvolledige rechtvaardigingen besproken. Mijns inziens geldt ook in de leer-Bregstein,[221] die met kennelijke instemming wordt aangehaald door Aser/Sieburgh.[222] Bregstein gaat uit van een rechtvaardigingsgrond in wording die kan worden gecompleteerd doordat 'de dader zich de belangen van de benadeelde heeft aangetrokken'[223] door het betalen of aanbieden van schadevergoeding. Beide aspecten doen al uitkomen dat het niet om een volledige rechtvaardigingsgrond gaat. Het enkele beroep op het algemeen belang kan de handeling niet (geheel) rechtvaardigen en schiet dus tekort als rechtvaardigingsgrond. Wanneer daarnaast voorafgaand aan de handeling is aangeboden alle schade te vergoeden, is niet in te zien wat nog het onrechtmatig karakter van de handeling zou zijn. In dat geval behoeft er niets te worden gerechtvaardigd en komt men aan een rechtvaardigingsgrond niet toe. Wanneer voorafgaand aan de handeling geen of onvoldoende schade is aangeboden of betaald, heeft de handelende zich de belangen van de benadeelde onvoldoende aangetrokken. En dan is de daad dus niet (volledig) gerechtvaardigd.

3.12.5 Andere rechtvaardigingsgronden?

In de slotparagraaf van de zoektocht naar andere volledige rechtvaardigingsgronden stelt Asser/Sieburgh dat het in de lijn der ontwikkeling ligt dat 'nog andere omstandigheden als rechtvaardigingsgrond zullen worden erkend'. In dat verband noemt zij het hebben getroffen van maatregelen ter voorkoming van de schade,[224] wat mijns inziens geen andere kwestie is dan het (zojuist besproken) zich aantrekken van de belangen van de benadeelde.

Daarnaast wordt gewezen op 'sommige theorieën in verband met (…) kosteloos meerijden'. Ook hier zie ik geen volledige rechtvaardiging. Wanneer in een situatie van kosteloos meerijden schade ontstaat, wil dat niet zeggen dat er geen aansprakelijkheid zou kunnen zijn, zoals ook Asser/Sieburgh zelf (aan de hand van de rechtspraak) beschrijft in nr. 278.[225]

---

221 Deze leer komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging)*, zie met name par. 4.3.2 *(Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording)*.

222 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/95 slot en 96.

223 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/96.

224 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/97.

225 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/278. Hier wordt de rechtspraak van de Hoge Raad besproken, waaruit blijkt dat de afspraak om kosteloos met een ander mee te rijden de aansprakelijkheid niet opheft, maar wel een reden kan zijn om een eventuele vergoedingsplicht te verminderen. Die rechtspraak wordt hierna, in par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*), in een breder kader geplaatst.

Tot slot wordt gewezen op het arrest van de Edamse bijstandsvrouw.[226] Het betreft de zaak van de door haar buurman (tevens adjunct-directeur van de GSD) bespiede bijstandsmoeder, waarbij door de rechter twee grondrechten moesten worden afgewogen: het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van het privéleven.[227]

De Hoge Raad gaat in rechtsoverweging 4.5 er vanuit – 'de (…) weergeven feiten laten geen andere conclusie toe dan' – dat de buurman inbreuk op het recht van zijn buurvrouw op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer heeft gemaakt, zie artikel 8 lid 1 EVRM. Daarmee staat de onrechtmatigheid van het gedrag van de spiedende buurman in principe vast. De Hoge Raad volgt daarmee het klassieke schema van artikel 6:162 lid 1. Vervolgens wordt (in r.o. 4.6) bezien wat in dit geval als rechtvaardiging van de inbreuk wordt aangevoerd. Het aangevoerde recht moet sterk genoeg zijn om het oordeel over de vastgestelde onrechtmatige daad te veranderen.[228] Daarvoor is 'de enkele (…) vrijheid van meningsuiting onvoldoende', zo stelt de Hoge Raad voorop. Maar dat betekent nog niet dat de buurman onrechtmatig handelde. In aansluiting op artikel 8 lid 2 EVRM (waar geregeld is onder welke omstandigheden op het recht van lid 1 een inbreuk toelaatbaar is) 'kan (…) uit geschreven of ongeschreven recht een rechtvaardigingsgrond voortvloeien', zo overweegt de Hoge Raad. Hij voegt eraan toe dat hier in het bijzonder een verband kan worden gelegd met de inmenging van het openbaar gezag met het oog op de controle op de naleving van de ABW.[229]

Asser/Sieburgh stelt dat de Hoge Raad met dit arrest het subjectieve recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer erkende, en tevens de mogelijkheid aanvaardt 'dat een inbreuk op dit recht wordt gerechtvaardigd door "de belangen die door het verzamelen en aan de (bijstand verlenende) overheid doorgeven van gegevens … worden gediend"'.[230] Ik zou het anders omschrijven. Mijns inziens is in een geval als dit geen sprake van een bijzondere rechtvaardigingsgrond, of van een 'omstandigheid' die als een rechtvaardigingsgrond zou gelden. In dit geval gaat het om een inbreuk op een recht (van artikel 8 lid 1 EVRM) die gerechtvaardigd moet worden. De rechtvaardiging wordt hier gevonden in de toepassing van de wet, en wel het tweede lid van het geschonden wetsartikel, welk lid omschrijft in welke gevallen de inbreuk toelaatbaar kan zijn. De rechtvaardigingsgrond is dan niets anders dan het beroep op een wettelijke bevoegdheid. En of die bevoegdheid voldoende rechtvaardiging biedt, is een vraag die alleen in het licht van de omstandig-

226 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/97.

227 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928, m.nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsvrouw*).

228 Zie hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), met name par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

229 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928, m.nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsvrouw*), r.o. 4.5 en 46.

230 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/97.

heden, en van de verschillende wetsbepalingen beantwoord kan worden, waarbij gewogen worden de ernst van de inbreuk tegenover de belangen die aan de zijde van de inbreukmaker speelden, zoals de Hoge Raad in r.o. 4.7 uitdrukkelijk overweegt. Dat is in principe een feitelijke kwestie – die de Raad dan ook overlaat aan het hof na verwijzing.

3.12.6 Conclusie

Buiten de klassieke rechtvaardigingsgronden zijn in het Nederlands burgerlijk recht op het gebied van de onrechtmatige daad geen andere volledige rechtvaardigingsgronden te vinden dan hierboven, in paragraaf 3.3-3.10 besproken; de strafrechtelijke gronden plus zaakwaarneming.

3.13 Andere rechtvaardigingen in het niet-Nederlandse civielrecht?

3.13.1 Inleiding

Bij het onderzoek van de verschillende soorten rechtvaardigingsgronden is het goed om te bezien of in het buitenlands burgerlijk recht andere volledige rechtvaardigingsgronden dan de Nederlandse te vinden zijn. In dat kader kan worden volstaan met een korte beschouwing.

3.13.2 België

Door Vansweevelt en Weyts wordt een rechtvaardigingsgrond beschreven als

> 'een bevrijdingsgrond waarbij een bepaald schadeverwekkend gedrag gerechtvaardigd wordt door een ander feit of gedrag en aldus niet tot aansprakelijkheid aanleiding geeft'.[231]

Zij stellen vast dat de situering van rechtvaardigingsgronden in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in de Belgische rechtsleer tot een controverse heeft geleid. Een meerderheid in de rechtsleer situeert deze gronden 'op het

231 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300.

vlak van de toerekenbaarheid',[232] en hanteert de volgende omschrijving van rechtvaardigingsgronden:

> 'Een rechtvaardigingsgrond betreft een externe, onvoorzienbare en onoverkomelijke omstandigheid, die de vrije wil van de schadeverwekker uitschakelt. Bij ontstentenis van wil, is zijn gedrag hem niet toerekenbaar. Hij begaat aldus geen fout. Als rechtvaardigingsgronden komen in aanmerking: de wettige verdediging, het bevel van de overheid, de noodtoestand, de dwang en de onoverkomelijke dwaling.'[233]

Vansweevelt en Weyts wijzen er echter op dat 'recenter' een aantal auteurs ervoor heeft gepleit om in het aansprakelijkheidsrecht deze theorie te verlaten en aansluiting te zoeken bij het strafrecht, dat onderscheidt tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden;[234]

> 'Rechtvaardigingsgronden zijn omstandigheden die een strafbaar feit zijn onrechtmatig karakter doen verliezen. Zij "rechtvaardigen" a.h.w. een strafbaar feit, doordat een ontoelaatbare gedraging als gevolg van die omstandigheid niet meer als strijdig met het recht wordt beschouwd. Als rechtvaardigingsgronden worden aanvaard: de wettige verdediging (art. 416 Sw.), het wettelijk voorschrift en het hoger bevel (art. 70 Sw.), en de noodtoestand. Schulduitsluitingsgronden of schuldontheffingsgronden, daarentegen, hebben betrekking op de schuld van de dader. Zij heffen

232 Tot deze meerderheid rekenen Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300, voetnoot 1459 ook Cornelis. Zie Cornelis, *Beginselen Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* 1989, nr. 18 en 19, die ervan uitgaat dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond de *toerekeningsvatbaarheid* van de aangesprokene opheft. Over het onderscheid met schulduitsluitingsgronden wordt gediscussieerd, mede i.v.m. de aanstaande hervorming van het aansprakelijkheidsrecht, zie Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, 67-74.

233 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300. Ook het Hof van Cassatie hanteert deze indeling, aldus Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301, met verwijzing naar rechtspraak. In de jurisprudentiebundel van Vansweevelt is van deze rechtspraak per grond een voorbeeld gegeven, *Jurisprudentiebundel Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2004, p. 151-159.

234 Vansweevelt en Weyts verwijzen (*Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301, voetnoot 1462) onder anderen naar Jocqué, en zijn publicatie uit 2007. In diens nadien verschenen *Naar een objectivering van de fout?* bepleit Jocqué een meer 'objectieve' benadering van het subjectief element van de fout, waaraan een wettelijke omschrijving van rechtvaardigingsgronden volgens hem zou kunnen bijdragen (*Naar een objectivering van de fout in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht?* 2017, p. 383). Zie in dit verband ook het werk van Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 67-74, met een uiteenzetting van de keuzes die op dit terrein voorliggen in het voorontwerp van Wet van 6 augustus 2018 houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek. Recent over het nieuwe Belgische privaatrecht het themanummer van *WPNR* 2021/7738 met de bijdrage van H. Bocken en G. Jocqué: *Het ontwerp van nieuw Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op p. 666-673. Hierin wordt gesteld dat het ontwerp niet langer het subjectief element als voorwaarde van de fout hanteert, maar dat dit subjectief element nog wel een rol speelt bij de hierboven genoemde rechtvaardigingsgronden ('gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid'), zie p. 669-670.

> de schuld van de dader op. Het gedrag van de dader blijft ontoelaatbaar, maar dit gedrag kan hem niet worden verweten. Als schulduitsluitingsgronden komen in aanmerking: dwang (art. 71 Sw.) en dwaling. Kortom, toegepast op het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: een rechtvaardigingsgrond neemt het objectieve element van de fout weg, terwijl een schulduitsluitingsgrond het subjectieve element van de fout uitschakelt.'[235]

Ook al is de indeling van de gronden – volgens de heersende Belgische literatuur – een andere dan in Nederland,[236] omdat zij uitgaat van een uitschakeling van de vrije wil; het Belgische recht kent geen andere rechtvaardigingsgronden dan de Nederlandse die hierboven besproken zijn. Wettige verdediging, noodtoestand, bevel of toelating van de wet of van de overheid zijn te herkennen als noodweer, noodtoestand en wettelijk voorschrift of bevoegdheid en ambtelijk bevel.[237] De gronden dwang (in de zin van overmacht)[238] en dwaling zijn in het Nederlands burgerlijk recht te kwalificeren als schulduitsluitingsgronden.[239]

3.13.3 Frankrijk

Het Franse recht kent geen nieuwe rechtvaardigingsgronden ten opzichte van die hierboven voor Nederland en België zijn beschreven, zij het dat in Frankrijk ook risicoaanvaarding/toestemming als rechtvaardigingsgrond wordt geaccepteerd. Anders dan in België is er geen discussie over de aard van de rechtvaardigingsgrond: deze ontneemt het onrechtmatige karakter aan de handeling.[240]

---

235 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301. De controverse over de indeling in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden wordt uitgewerkt op p. 301-306.

236 En anders dan in de meeste andere Europese landen, zie de volgende paragrafen.

237 In Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 71 wordt ook toestemming in de reeks rechtvaardigingsgronden genoemd. Toestemming is hierboven al gediskwalificeerd als rechtvaardigingsgrond. Vgl. Voor het Belgische recht nog Cornelis en Van Ommeslaghe, *Les faits justificatifs* 1984, p. 287, Van Gerven, *Verbintenissenrecht* 2006, p. 376. En over het bewijs bij rechtvaardigingen: W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia, 2017, p. 149-171 en 727-733.

238 In welke zin ook Vansweevelt en Weyts dwang opvatten, zie *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/458, p. 314-315.

239 Dat hoeft toerekening echter niet uit te sluiten, zie over dwaling en overmacht als schulduitsluitingsgrond resp. par. 9.7.3 (*Kennen*) en 9.7.4 (*Kunnen*). En zie i.v.m. toerekening: par. 9.8 (*Toerekening*), m.n. 9.8.7.2 en 9.8.7.3.

240 Zie Flour & Aubert, *Les Obligations 2* 1997, nr. 112, p. 105 : 'Le fait justificatif s'entend d'une circonstance particulière qui abolit le caractère fautif que revêt apparemment une conduite dommageable'. Door de Grotius Pothier Onderzoeksgroep worden de verschillen op dit punt tussen het Belgische, Franse en Nederlandse recht beschreven, zie In Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 68-72.

Verwezen kan worden naar Viney en Jourdain, die als 'faits justificatifs' noemen:
1. l'ordre ou la permission de la loi;[241]
2. le commandement de l'autorité légitime;[242]
3. la légitime défense;[243]
4. l'état de nécessité,[244] en
5. le consentement de la victime et l'acceptation des risques.[245]

Overeenkomend met de Nederlandse gronden zijn de eerstgenoemde: wettelijke plicht of bevoegdheid, ambtelijk bevel, noodweer en noodtoestand. Toestemming van het slachtoffer kan voor Nederland echter niet gelden als rechtvaardigingsgrond;[246] risicoaanvaarding evenmin.[247]

3.13.4 Duitsland

Bij Fuchs is een wel zeer bondige beschrijving van de Duitse rechtvaardigingsgronden te vinden:

> 'Die Rechtswidrigkeit ist zu verneinen, wenn dem Schädiger ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Als Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere Notwehr, rechtfertigender Notstand, rechtfertigender Einwilligung des Verletzten sowie Wahrnehmung berechtigter Interessen in Betracht.'[248]

Opvallend in de omschrijving is dat deze – behalve de ook in het Belgische en Franse recht aangenomen toestemming van de benadeelde – evenals in het Nederlandse recht ook uitgaat van zaakwaarneming, naast de bekende rechtvaardigingsgronden noodweer en noodtoestand, maar dat daarin een verwijzing naar de algemeen aanvaarde wettelijke plicht of bevoegdheid en ambtelijk bevel ontbreekt. Deze is wel te vinden bij Fikentscher.[249]

---

241 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/558, p. 647 e.v.
242 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/562, p. 655 e.v.
243 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/563, p. 658 e.v.
244 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/566, p. 663 e.v.
245 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/572, p. 671 e.v.
246 Zie daarover hierboven, par. 3.9 (*Toestemming: eveneens een civielrechtelijke kwalificatiefout*) en hierna, par. 6.4.6 (*Huidige visie op risicoaanvaarding*).
247 In welke zin ook Vansweevelt en Weyts dwang opvatten, zie *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/458, p. 314-315.
248 Fuchs, *Deliktsrecht* 2004, p. 75. Zie nog Stoll, *Grounds of Justification as a Defence to Liability* 1984. Zie verder vooral ook Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, p. 44-56 en Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, § 21, p. 238-258.
249 Fikentscher & Heinemann, *Schuldrecht* 2006, p. 319, waar *Handeln aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnisse*, naast *Handeln aufgrund privatrechtlicher Befugnisse*, wordt genoemd.

3.13.5 Anglo-Amerikaanse systemen

In het Engelse recht en Amerikaanse recht is een ruime plaats ingeruimd voor de bespreking van toestemming,[250] dat naar Nederlands recht niet als rechtvaardiging kan worden gezien. Deze stelsels kennen verder in grote lijnen dezelfde rechtvaardigingen als de Nederlandse; Private defence (noodweer), Necessity (noodtoestand) en Public Policy/Statutory Authority (bevoegdheden ontleend aan de wet).[251] Winfield en Jolowicz beschrijven daarnaast Mistake (dwaling) dat bij ons tot de schulduitsluitingesgronden wordt gerekend, Inevitable Accident en Acts of God, welke categorieëen in Nederland onder overmacht geschaard zouden worden en Duress (dwang, bedreiging) wat naar Nederlands recht niet als rechtvaardiging, maar mogelijk als schulduitsluiting (overmacht) geldt.[252]

3.13.6 PETL

De vierde titel van PETL betreft de verweren ('*Defences*') tegen een onrechtmatige daadsactie.[253] De rechtvaardigingsgronden worden besproken in artikel 7:101:

> '7:101: Defences based on justifications:
> (1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately
> a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),
> b) under necessity,
> c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),
> d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or
> e) by virtue of lawful authority.
> (2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.
> (3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.'

---

250 Voor het Engelse recht zie *Winfield and Jolowisz on Tort* 2010, dat maar liefst 9 paragrafen wijdt aan de verschillende problemen bij Consent, zie hoofdstuk 25, par. 1 A-I. Zie ook Markesinis & Deakin's *Tort Law* 2013, p. 513-515. Voor het Amerikaanse recht zie Epstein, *Torts* 1999, p. 40 e.v. en Dobbs, *The Law of Torts* 2000, hoofdstuk 5, p. 216 e.v.

251 *Winfield and Jolowisz on Tort* 2010, hoofdstuk 25, resp. par. 6, 7, 2 en 9. Zie ook Jolowicz, *Grounds of Justification* 1984, p. 223-248, die verder een onderscheid maakt tussen General en Specific Defences. Zie i.v.m. het Anglo-Amerikaanse recht nog de bespreking van White, *Grounds of Liability* 1985, die veel de beschreven situaties aanmerkt als 'involuntary acts', zie p. 59-60.

252 *Winfield and Jolowisz on Tort* 2010, hoofdstuk 25, Mistake par. 3, Inevitable Accident par. 4, Act of God par. 5, Duress par. 8.

253 De verweren kwamen hierboven al kort ter sprake, toen de parallel werd gesignaleerd tussen de in Nederland erkende rechtvaardigingsgronden en de 'defences' genoemd in PETL, in par. 3.8.1 (*Parallel met PETL*). Zie over de algemene norm bij schuldaansprakelijkheid: T. Hartlief, PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault, *AV&S* 2007, 2, p. 49-54.

Aansprakelijkheid is uitgesloten in de hierboven besproken situaties van noodweer (self-defence en self-help), noodtoestand (necessity), en ambtelijk bevel/wettelijke bevoegdheid (virtue of lawful authority). De ook genoemde toestemming en risicoaanvaarding (consent of the victim; where the victim has assumed the risk of being harmed) kunnen naar Nederlands burgerlijk recht niet gelden als volledige rechtvaardigingen.

Opmerkelijk is de in het tweede lid gegeven beperking, dat het voor de vraag of aansprakelijkheid is uitgesloten, aankomt op het gewicht van de ingeroepen rechtvaardiging aan de ene kant en de voorwaarden voor aansprakelijkheid aan de andere. Ik kom daarop hierna nog terug.[254]

Het volgende artikel betreft de verweren tegen risicoaansprakelijkheid:

> '7:102. Defences against strict liability
> (1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible
> a) force of nature (force majeure), or
> b) conduct of a third party.
> (2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.
> (3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).'

Hier wordt de overmacht geregeld, die hierboven als volledige rechtvaardiging is uitgesloten, maar als schulduitsluitingsgrond een rol kan spelen. Daarover nader in hoofdstuk 9 (Schuld).

En ook is in het tweede lid, evenals in artikel 7:101 lid 2, de verwijzing naar de weging tussen de aansprakelijkheid en de ingeroepen rechtvaardiging opgenomen.

Het achtste hoofdstuk (Contributory conduct or activity of the victim) regelt de eigen schuld van de benadeelde (of diens hulppersoon). Dat is in het kader van rechtvaardigingsgronden minder relevant, maar kan wel een rol spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoeding.[255]

Het systeem van de PETL voegt aan het Nederlandse recht geen andere gronden toe dan de reeds bekende.

Wel voegt het (in lid 2 en 3 van 7:101 en lid 2 van 7:102) een bijzondere regel toe, in die zin dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet per se tot een verval van aansprakelijkheid hoeft te leiden, waarmee in principe alle gevolgen open blijven. Uit de toelichting valt op te maken dat uitsluiting van aansprakelijkheid bij de aangevoerde gronden van artikel 7:101 regel is:

---

254 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*), bijv. bij de bespreking tussen de grondslag van aansprakelijkheid en het verweer ertegen, in par. 11.2 (*Nadere beschouwing*).

255 Daarover: hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

> 'As the rule reads now, any such reason leads to the exclusion of liability, whereas a mere reduction should be only considered in "extraordinary cases" (para 3).'[256]

Een voorbeeld dat aanleiding voor de regeling vormde, was het probleem van de 'wrongful selfdefence'- iemand valt een ander aan omdat hij abusievelijk denkt dat hij wordt aangevallen door die persoon. Een ander voorbeeld is dat van degene die zichzelf onvoorzichtig in gevaar brengt en dan schade aan anderen toebrengt om hem te redden. In dat soort gevallen is beperking van aansprakelijkheid beter dan volledige uitsluiting, aldus de toelichting.[257]

Mijns inziens kunnen de besproken gevallen beter worden opgelost vanuit een uitleg van de voorwaarden van bijvoorbeeld noodweer, of een culpa in causa (of eigen schuld) redenering.[258] Met Sieburgh ben ik het eens als zij over de regeling concludeert: 'Als rechtsonzekerheid onwenselijk is, geef dan onverknipte zekerheid door aan een gelimiteerd aantal rechtvaardigingsgronden een duidelijk rechtsgevolg te verbinden.'[259] Het leidt Sieburgh tot deze kritiek op de regeling:

> 'Wat redenen voor aansprakelijkheid kunnen zijn die opwegen tegen een aangetoonde grond voor rechtvaardiging is in de toelichting op geen enkele wijze aangegeven. Het enige wat op verschillende plaatsen wordt herhaald, is dat het gaat om een "flexible approach". Een flexible approach is naar mijn mening een grote verworvenheid, maar de vraag is of de instrumenten die daartoe moeten leiden ook "flexible" moeten zijn. In veel gevallen geldt dat met een "flexible instrument" überhaupt geen "approach" valt te bewerkstelligen.'[260]

Het is waar dat de PETL geen uitsluitsel geven over de vraag in welke situatie een ingeroepen rechtvaardiging niet tot verval van aansprakelijkheid leidt. Hierna, in hoofdstuk 11 en 12, zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de vraag hoe de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond doorwerkt in het oordeel over de onrechtmatigheid en over de schadevergoedingsverplichting.[261] Maar op dit punt van het betoog volstaat (een herhaling van) de constatering dat de PETL geen nieuwe rechtvaardigingsgronden toevoegen aan de klassieke in het Nederlandse recht gehanteerde gronden.

---

256 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, p. 123 (Koch).

257 European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, eveneens p. 123 (Koch).

258 Daarover hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*), waar de route via de onrechtmatigheid of eigen schuld wordt besproken.

259 Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, onder 34, p. 63.

260 Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, onder 20, p. 60.

261 Zie met name ook par. 11.7.1 (*Geschillenbeslechting, Toulmin en PETL*).

3.13.7 DCFR

In de Draft Common Frame of Reference (DCFR) dat 'Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law' geeft, komt men geen andere verweren tegen.

Het DCFR regelt in de artikelen VI-5:101 en 102 de toestemming en risicoaanvaarding (Consent and acting at own risk), respectievelijk eigen schuld (Contributory fault and accountability). In IV-201 volgt wettelijke bevoegdheid (Authority conferred by the law); in VI-5:202 noodweer, zaakwaarneming en noodtoestand (Self-defence, benevolent intervention and necessity); en tot slot een bijzondere rechtvaardiging gelegen in de bescherming van algemene belangen (Protection of public interest). Daarna worden enkele gevallen van 'Inability to control' geregeld: 'mental incompetence' (dat in Nederland onder de schulduitsluitingsgronden zou worden gerangschikt), en 'event beyond control' (overmacht, dat in Nederland als schulduitsluitingsgrond wordt aangemerkt).

Ook aan de DCFR zijn dus geen andere (volledige) rechtvaardigingsgronden te ontlenen dan in dit hoofdstuk besproken.

3.13.8 Conclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat in de buitenlandse rechtssystemen weliswaar andere gronden tot de rechtvaardigingen worden gerekend, zoals toestemming, eigen schuld, risicoaanvaarding, en overmachtsfiguren. Maar naar Nederlands recht worden deze als schadebeperkende omstandigheid of schulduitsluiting gekwalificeerd; er zijn daarmee geen nieuwe rechtvaardigingsgronden opgespoord.

3.14 Andere rechtvaardigingen in het strafrecht

3.14.1 Inleiding

Behalve de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden, wordt in het strafrecht nog genoemd: het ontbreken van materiele wederrechtelijkheid. Deze wordt algemeen in het strafrecht erkend, maar nauwelijks toegepast.[262] Verder onderscheidt Strijards nog drie rechtvaardigingsgronden: persoonlijke hoeda-

262 Voor een uitgebreide weergave van de discussie over de grond: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, die zijn bespreking op p. 351 besluit met de conclusie: 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties'.

nigheden, verzetsrecht, en vergunningen/ontheffingen.[263] Hij geeft daarmee de heersende leer weer.[264] Van alle genoemde gronden geef ik aan hoe ze naar mijn mening in het civielrechtelijk systeem moeten worden ingepast.

3.14.2 Ontbreken materiële wederrechtelijkheid/ zorgvuldigheid als rechtvaardiging

Interessant, ook voor het burgerlijk recht, is de situatie die zich zou voordoen, 'indien de strafrechtelijke zorgplichtschending het door de delictsomschrijving beschermde rechtsbelang dient. Door de strafwet te overtreden, zou de achter de wet liggende norm *beter* opgevolgd worden dan door onthouding van wetsschennis'.[265] In zo'n geval spreekt men van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, door de Hoge Raad eenmaal als exceptie aanvaard, in het Huizer veearts-arrest van 1933.[266] Of deze grond *in het strafrecht* als rechtvaardigingsgrond zou (moeten) gelden, is een vraag die in een civielrechtelijke studie als deze niet beantwoord kan en hoeft te worden.[267]

Voor het burgerlijk recht is bepleit als rechtvaardigingsgrond aan te nemen de evenknie van afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid, namelijk: het

263 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 70-76. *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996 onderscheidt naast afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid (p. 343-353) en het verzetsrecht (p. 374) nog de hierboven al besproken toestemming, en het tucht- en beroepsrecht (p. 357-373, te beschouwen als bijzondere persoonlijke hoedanigheden) en voegt eraan toe: 'desuetudo of non usus': de theoretische mogelijkheid, 'dat een geheel of ten dele obsolete strafbepaling (...) door een uit de rechtsorde af te leiden contrariërende norm van gewoonterechtelijke aard zou worden opzij gezet' (p. 373). Voor het civiele recht (waar het trouwens niet een zuiver theoretische kwestie betreft, zie HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:13795, *NJ* 1991/265 (*Club 13*)), lijkt mij het argument als rechtvaardigingsgrond op zichzelf niet sterk genoeg. De in Hazewinkel-Suringa/Remmelink opgesomde gronden worden ook genoemd door Bakker, *(On)geschreven excepties* 2020, die verder wetenschap en kunst noemt (p. 225).

264 Een recent overzicht van ongeschreven strafuitsluitingsgronden is te vinden bij Bakker, die in dit verband ook spreekt van 'contextgebonden excepties': Bakker, *(On)geschreven excepties* 2020, p. 225-231.

265 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 72.

266 HR (Strafkamer) 20 februari 1933, ECLI:NL:HR:1933:229, *NJ* 1933, p. 918 (*Huizer veearts*). Daarna is de exceptie nooit meer aanvaard.

267 Strijards zegt erover: 'Ik denk dat een dergelijke exceptie naar Nederlands strafrecht geen bestaansrecht heeft' (*Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 74). Broekman en 't Hart daarentegen, bepleiten erkenning en wettiging van de exceptie (*Normverleggend gedrag en justitieel beleid*, p. 87). De conclusie van De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, p. 351, is zojuist al aangehaald; 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties'.

ontbreken van onzorgvuldigheid.[268] Die visie zal ik hierna bestrijden.[269] Nu reeds kan ik er het volgende over zeggen.

Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt de aanwezigheid van een normschending.[270] Wanneer een dergelijke normschending eenmaal is aangenomen, is moeilijk in te zien hoe het feit dat de handelende zorgvuldig te werk ging bij het plegen van de normschending alsnog zou kunnen voorkomen dat aansprakelijkheid ontstaat.

Naar ik meen, moet voor de beoordeling van het verweer dat onzorgvuldigheid ontbreekt, worden onderscheiden naar de aard van de onrechtmatige handeling die aan de gedaagde wordt verweten.

Wanneer de vordering van eiser is gegrond op diens stelling dat gedaagde jegens hem onzorgvuldig heeft gehandeld, is het beroep van gedaagde op het ontbreken van onzorgvuldigheid niets anders dan een betwisting van de stellingen van eiser. In die situatie voert de verweerder geen exceptief verweer, maar is zijn verweer ten principale gericht tegen de stelling dat aan alle voorwaarden van artikel 6:162 zou zijn voldaan. Wanneer dat verweer slaagt, is inderdaad sprake van afwezigheid van onzorgvuldigheid, waarmee dan wordt bedoeld dat de handeling niet onrechtmatig is. Maar in die situatie is geen sprake van een onrechtmatige daad die wordt gerechtvaardigd. In dit geval namelijk, haalt de daad de kwalificatie 'onrechtmatig' niet eens. De eiser heeft dan één van de voorwaarden van artikel 6:162 (de schending van de zorgvuldigheidsnorm waarop hij zich beriep) niet kunnen aantonen.

Wanneer de vordering van eiser is gegrond op één van de andere onrechtmatigheidscategorieën, inbreuk en recht en strijd met een wettelijke plicht, kan de gedaagde het verweer voeren dat hij weliswaar een rechtsinbreuk maakte of een plicht schond, maar dat hij toch niet onzorgvuldig handelde en dat de daad daarom niet als onrechtmatig is aan te merken.[271] In die situatie kan men zeggen dat sprake is van een verweer dat de onzorgvuldigheid ontbreekt. Maar wie zich praktisch probeert voort te stellen hoe zo'n verweer vorm moet krijgen, bemerkt meteen de tekortkomingen van het verweer. De heel algemene stelling dat er weliswaar sprake is van bijvoorbeeld inbreuk op een auteursrecht, maar dat dit zorgvuldig is gedaan, zal uiteraard geen kans van slagen hebben. De verweerder zal zich, als eenmaal een rechtsinbreuk vaststaat, niet kunnen verschansen achter een vaag zorgvuldigheidsverweer, hij zal concreet moeten aangeven waar*om* zijn handelen niet onzorgvuldig was. Daartoe zal hij zich op een ander of beter recht dan eiser moeten beroepen. Op een rechtvaardigingsgrond, derhalve.

---

268 Zie: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. Zie ook Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 208-224.

269 Zie par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

270 Zie nogmaals hierboven, par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

271 In wezen gaat het dan om een toepassing van de leer-Smits. Daarop kom ik zeer uitgebreid terug in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

Ook voor een verweer als het ontbreken van onzorgvuldigheid zie ik dan ook geen mogelijkheid dit te kwalificeren als volledige rechtvaardiging. Het is te vaag en algemeen.[272]

3.14.3 Persoonlijke hoedanigheden

De hoedanigheid van de dader kan leiden tot een verzwaring van de straf. Zie bijvoorbeeld artikel 140 lid 3 Sr over deelname aan een criminele organisatie: 'Ten aanzien van de oprichters, leiders of bestuurders kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.' In zo'n geval *bepaalt* volgens Strijards de persoonlijke hoedanigheid van de dader de wederrechtelijkheid van de gedraging. 'De keerzijde hiervan is, dat persoonlijke omstandigheden de wederrechtelijkheid ook kunnen *opheffen*', aldus Strijards.[273] Als voorbeelden noemt hij het ouderlijk tuchtigingsrecht en verder de situaties die in Hazewinkel-Suringa/Remmelink worden besproken onder de kop: 'Sport/Seks/Studentenkorps.'[274]

Voor het burgerlijk recht zullen de genoemde hoedanigheden onvoldoende zijn om op zichzelf als volledige rechtvaardiging van een onrechtmatige daad in de genoemde omstandigheden te kunnen gelden. De omstandigheden waaronder een schade toebrengende gedraging plaatsvond (sport en spel, verenigingsleven, gezinssituaties) kunnen meebrengen dat de gedraging minder snel als onrechtmatig wordt bestempeld.[275] Die omstandigheden (en daarmee dus de hoedanigheid van de dader) kunnen relevant zijn als factor bij de vorming van het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel over de gedraging, maar zij vormen geen zelfstandige civielrechtelijke rechtvaardigingsgronden. Toen Nijgh een tennisbal in het oog van Heeck sloeg, kon het enkele verweer dat de schade werd toegebracht door hem als (mede)speler tijdens een tenniswedstrijd, hem niet baten tegen de schadevergoedingsactie die Heeck jegens hem instelde op grond van onrechtmatige daad. Wel oordeelde de Hoge Raad dat in een situatie als die van het tennisspel voor het aannemen van onrechtmatigheid zwaardere eisen gelden dan buiten die spelsituatie.[276] Het feit dat de schade is ontstaan in een spelsituatie, is dus een *factor* die van belang is bij de oordeelsvorming. Daarnaast kan bijvoorbeeld een rol spelen of spelregels

---

272 Deze stelling werk ik uit in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

273 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 70.

274 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 356/357, die deze ziet als situaties waarin toestemming een grote rol speelt.

275 Hierna, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit)*, worden dit soort omstandigheden die samenhangen met het belang van de betrokken partijen en het doel van de activiteit, in verband gebracht met de eisen van proportionaliteit en zorgvuldigheid, zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

276 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621 (*Tennisbal*).

overtreden zijn,[277] wat de aard van de activiteit is,[278] hoe het slachtoffer zelf handelde.[279]

Verderop in deze studie zullen de genoemde omstandigheden of hoedanigheden worden bezien in het licht van de proportionaliteitseis voor het civiele recht, bij de bespreking van de vraag naar het doel van de handeling en de bij de handeling betrokken belangen.[280]

3.14.4 Verzetsrecht

Als bijzondere ongeschreven rechtvaardigingsgrond wordt in het strafrecht verder wel het *verzetsrecht* genoemd. Strijards geeft als voorbeeld: 'degenen die in de Tweede Wereldoorlog als verzetsstrijders delicten begingen, die ook naar Nederlands commune strafrecht wederrechtelijk waren'.[281] Hij noemt de exceptie vergelijkbaar met (staats)noodweer. Naar burgerlijk recht kan een verzetsdaad mijns inziens ook onder die rechtvaardigingsgrond, of, beter nog: onder noodtoestand, worden gevat. Het nut van een *aparte* rechtvaardigingsgrond 'verzetsrecht' lijkt me, mede gezien het uitzonderlijke karakter ervan, nihil.

3.14.5 Vergunningen/ontheffingen

Nog één ongeschreven rechtvaardigingsgrond wordt door Strijards besproken:

> 'In de ordeningssector komen we veel strafbaarstellingen tegen, die dubbelgeleed zijn. *Eerst* wordt een verbodsnorm gegeven; vervolgens wordt de toepasselijkheid van die norm uitgesloten als de dader een vergunning of ontheffing heeft van de administratie. Zijn vergunningen of ontheffingen als strafuitsluitingsgronden te rubriceren? Hierover bestaat veel meningsverschil. Dogmatisch lijkt het mij het niet juist. *Als* de dader van de overheid een rechtsgrond krijgt aangereikt om te doen wat hij doet, kan er (...) niet gesproken worden van een zorgplichtschending.'[282]

Naar burgerlijk recht wordt uiteraard eveneens aangenomen dat de vergunning de handelende de bevoegdheid geeft te handelen conform de vergunningsvoorwaarden. In zoverre is het handelen niet onrechtmatig. De grond daarvoor is naar mijn mening deze: evenals toestemming voorkomt de vergunning dat

277 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*).
278 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, *NJ* 2003/718 (*Witmarsumer Merke*).
279 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ* 2008/492 (*Io Vivat*).
280 In par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).
281 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 71.
282 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 75.

de handeling als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Hetzelfde rechtsgevolg heeft een ontheffing.

Maar dikwijls gaat het in het burgerlijk recht om derden die hinder ondervinden van de activiteit waarvoor de dader de vergunning heeft verkregen. *Jegens deze benadeelden* zal het verweer dat is gehandeld overeenkomstig de vergunningsvoorwaarden, de handelende op zichzelf niet kunnen vrijwaren van een schadevergoedingsplicht uit onrechtmatige daad. De vergunning verleent de gerechtigde weliswaar een bevoegdheid tot handelen; een volledige rechtvaardigingsgrond is zij niet als het gaat om de beoordeling van hinder aan anderen. Bij de bespreking van onvolledige rechtvaardigingen (in hoofdstuk 4) ga ik verder op deze kwestie in.

3.14.6 Conclusie

Aan het strafrecht zijn voor het burgerlijk recht geen andere volledige rechtvaardigingsgronden te ontlenen dan de klassieke rechtvaardigingsgronden van artikel 40-43 Sr.

3.15 Conclusie

Het civiele recht kent vier volledige rechtvaardigingsgronden. Het zijn: noodweer, wettelijk voorschrift/ ambtelijk bevel, noodtoestand en zaakwaarneming.

In het eerste deel van dit hoofdstuk is de scepsis van de Raad van State over de driemanschapstoelichting uitgebreid aan de orde geweest.[283] De Raad van State verschilde met het driemanschap onder andere van mening over de vraag of er nog andere rechtvaardigingen zouden kunnen bestaan dan de wettelijke rechtvaardigingsgronden (de in de toelichting genoemde strafrechtelijke gronden en zaakwaarneming). Of daarnaast nog andere gronden zouden kunnen bestaan, diende volgens de Raad, 'al wordt er wel eens anders over gedacht, voorshands te worden ontkend'.

Uit het voorgaande blijkt dat de Raad van State het mijns inziens bij het juiste eind had. Naast de in de Toelichting Meijers reeds genoemde rechtvaardigingsgronden heb ik geen andere volledige rechtvaardigingen kunnen ontdekken in het Nederlandse burgerlijk recht.

Buiten de in dit hoofdstuk besproken *volledige* rechtvaardigingen, die de handeling rechtmatig maken, zijn nog wel andere rechtvaardigingen te vinden. Het gaat om rechtvaardigingen die tekortschieten voor de kwalificatie 'volledig', en die dus op een of andere manier onvolledig zijn. Deze rechtvaardigingen kunnen wel gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling van de door

283 Zie par. 3.1.3 (*Kritiek van de Raad van State*).

de eiser gestelde onrechtmatigheid van de handeling. Maar het zijn geen volledige bevoegdheden in die zin dat zij de beoordeling van onrechtmatig op zichzelf kunnen veranderen in rechtmatig. Ze worden – als 'onvolledige rechtvaardigingen' – in het nu volgende hoofdstuk besproken.

4 De onvolledige rechtvaardiging

4.1 Twee typen onvolledigheid

4.1.1 Inleiding

Een rechtvaardigingsgrond is een ingeroepen bevoegdheid die bewerkstelligt dat een op zichzelf onrechtmatige daad toch als rechtmatig wordt aangemerkt.[1] Niet iedere bevoegdheid zal sterk genoeg zijn om deze omslag in kwalificatie te doen plaatsvinden. Een beroep op een bevoegdheid kan tekortschieten, omdat niet (geheel) aan alle voorwaarden van de ingeroepen rechtvaardiging is voldaan. Het beroep kan ook tekortschieten, omdat de handelende een rechtvaardiging inroept die op zichzelf al niet sterk genoeg is om te leiden tot het oordeel dat sprake is van een rechtmatige daad. In allebei de situaties is sprake van onvolledigheid: het verweer van de handelende schiet tekort om het beoogde doel (kwalificatie van de handeling als rechtmatig) te bereiken. Maar de redenen waarom verschillen fundamenteel. Daar ga ik nu op in.

4.1.2 Mislukt beroep op een toereikende, volledige, rechtvaardiging

Het verweer dat de handelende voert, kan als gezegd tekortschieten omdat de handelende zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, terwijl niet aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan.

Een voorbeeld. Een schutter schiet X dood en beroept zich vervolgens op noodweer. Maar op het moment waarop de schutter op X schoot, lag X ernstig gewond op de grond, met de rug naar de schutter toe. Dan is geen sprake (meer) van een aanval door X en geen noodzaak voor de schutter om zich op deze wijze te verweren. Het noodweerberoep wordt dan ook verworpen.[2]

Voor wat betreft dit type ontoereikende rechtvaardigingen kan niet veel worden toegevoegd aan wat in het vorige hoofdstuk is geschreven. Voor het succesvol inroepen van een rechtvaardigingsgrond gelden voorwaarden. Als aan die voorwaarden niet is voldaan, zal het beroep op de aangevoerde rechtvaardiging niet kunnen slagen. In die situatie is sprake van een mislukt

---

1 Vgl. hierboven, par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

2 HR (Strafkamer) 7 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1569, *NJ* 2000/263 (*Oudejaarsavond in het Balkanrestaurant*).

beroep op een op zichzelf toereikende rechtvaardiging. Of de ingeroepen, tekortschietende, rechtvaardiging verder nog enige invloed heeft op het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling, is een vraag die kort aan de orde komt aan het slot van dit hoofdstuk,[3] en vervolgens nog in het laatste deel van deze studie.[4]

4.1.3 Geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige, rechtvaardiging

Van een geheel andere orde zijn de rechtvaardigingen die in dit hoofdstuk centraal staan, die de handelende weliswaar een bepaalde bevoegdheid geven, maar *op zichzelf* tekortschieten als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie. In zo'n geval kan men spreken van een geslaagd beroep op een ontoereikende rechtvaardiging. Het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging (bevoegdheid) is wel terecht gedaan, maar de ingeroepen bevoegdheid is op zichzelf niet voldoende om de gewenste omslag in het oordeel over de handeling (van onrechtmatig naar rechtmatig) te bewerkstelligen. Ook van deze groep een voorbeeld.

Het treffen van verkeersmaatregelen is een (exclusieve) bevoegdheid van de gemeente, waarmee de gemeente een belangrijk doel als de vlotte doorstroming van het (openbaar) vervoer kan verwezenlijken. Maar wanneer een gemeente een snelle doorstroming van het verkeer wil bevorderen en daartoe een gat in de weg – genaamd bussluis – creëert waarin meer dan veertig personenauto's 'tuimelen', schept de gemeente daarmee een verkeersgevaarlijke situatie. Dan schiet het beroep op de openbare taak van het bevorderen van de verkeerscirculatie tekort als verweer tegen een vordering uit onrechtmatige daad van een automobilist, wiens auto beschadigd raakt door de sluis. Dat ervoer de gemeente Diemen die werd aangesproken door de eigenaar van een in het gat gereden taxi. Volgens de Hoge Raad heeft het hof met juistheid geoordeeld:

> 'dat het belang van bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van gevaar voor (de) veiligheid van personen en zaken niet kan rechtvaardigen'.[5]

De gemeente heeft de bevoegdheid om maatregelen te treffen ter uitvoering van de aan haar opgedragen taken. Maar die bevoegdheid is geen volledige rechtvaardiging in die zin dat zij een sluitend verweer oplevert tegen een op onrechtmatige daad gebaseerde schadevergoedingsactie.

---

3 In par. 4.5 (*De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht*).

4 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) en 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

5 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3.

Zo zijn er zeer vele bevoegdheden die de handelende weliswaar de mogelijkheid geven om een bepaalde handeling te verrichten, maar die op zichzelf niet een allesbeslissende invloed hebben op het oordeel of die handeling onrechtmatig is. Denk naast het zojuist besproken handelen in het algemeen belang, aan het uitoefenen van eigenaarsbevoegdheden, het handelen op grond van een vergunning, het rijden door groen licht.[6] Wanneer een ander door een dergelijke handeling schade lijdt, volstaat de enkele verwijzing naar het algemene belang, de eigenaarsbevoegdheid, de vergunning of het groene licht niet om de schadevergoedingsvordering af te weren.

Deze groep van onvolledige rechtvaardigingen is interessant. Niet alleen vanwege haar vele verschijningsvormen. Maar vooral ook omdat zij een inhoudelijke beoordeling vergt van de gehele handeling, waarbij de ingeroepen rechtvaardiging wordt afgezet tegen het geschonden belang. Het gaat bij deze groep niet simpelweg om de vraag (die in het vorige hoofdstuk is besproken) of al dan niet is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor het inroepen van een rechtvaardigingsgrond. Nee: de handelende heeft een bevoegdheid voor zijn handeling, alleen schort er iets aan die bevoegdheid – zij schiet op zichzelf tekort om een verandering te brengen in de kwalificatie van de daad. In deze gevallen vindt dus een inhoudelijke beoordeling plaats van die bevoegdheid en het effect ervan op de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling.

Bij een volledige rechtvaardiging komt men aan zo'n inhoudelijke beoordeling van de bevoegdheid zelf niet meer toe. Immers: bij de volledige rechtvaardiging volstaat de ingeroepen bevoegdheid per definitie om de daad te rechtvaardigen. Bij de onvolledige rechtvaardiging volstaat de ingeroepen bevoegdheid niet, en hangt het van de andere omstandigheden van het geval af of de daad al dan niet onrechtmatig is.

Voordat deze onvolledige rechtvaardiging nader wordt besproken, eerst nog een afsluitende opmerking.

4.1.4 De onvolledige rechtvaardiging en de aard van de vordering

Met een beroep op een rechtvaardiging richt de handelende zich tegen de kwalificatie van zijn handeling als onrechtmatig. Een ontoereikende rechtvaardiging leidt op zichzelf niet tot een andere kwalificatie; de handeling is en blijft onrechtmatig.

---

6 Zie over rijden door groen licht: HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, *NJ* 2011/307 (*Groen licht*), r.o. 3.4.2, waarin er veronderstellenderwijs van werd uitgegaan dat de aansprakelijk gestelde automobilist door groen licht reed. Uit die omstandigheid volgde echter niet zonder meer dat de 'groen licht-automobilist' niet aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die voortvloeide uit de aanrijding die vervolgens plaatsvond.

Maar in een ander opzicht kan de ingeroepen rechtvaardiging wél effect sorteren. Sommige bevoegdheden kunnen weliswaar niet verhinderen dat de daad als onrechtmatig wordt bestempeld, maar ze kunnen er *wel* aan in de weg staan dat een bepaalde vordering, gegrond op die onrechtmatige daad (zoals de verbodsvordering), wordt toegewezen. Opnieuw een voorbeeld ter verduidelijking.

Projectontwikkelaar Nomij verricht bouwwerkzaamheden in Geldrop. Daarbij plaatst Nomij, ter beveiliging van voorbijgangers en van bij de bouw gebruikte materialen, een schutting rond de bouwplaats. Door deze schutting is de winkel van Van den Heuvel 'minder goed zichtbaar (...) voor het winkelend publiek, slechter te bereiken (...) en voor het winkelen minder aantrekkelijk'.[7] Van den Heuvel lijdt hierdoor omzetschade, die hij gedeeltelijk op Nomij wil verhalen. De zaak komt uiteindelijk voor de Hoge Raad, die overweegt dat:

> 'het zich (kan) voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernemen, die schade voor zijn rekening neemt.'[8]

De enkele aanwezigheid van het zwaarwegende maatschappelijk belang om te bouwen is ontoereikend om te voorkomen dat de bouwactiviteiten als onrechtmatig worden bestempeld.[9] Maar zij is sterk genoeg om een verbod van die activiteiten te verhinderen.[10] Een beroep op een niet toereikende rechtvaardiging kan de verweerder op andere fronten in zijn verweer dus wel degelijk van nut zijn. Dit punt moet hier voorlopig blijven rusten.[11] Eerst wordt de niet toereikende rechtvaardiging nader beschouwd.

---

7 Overweging rechtbank, te kennen uit het arrest van het hof, weergave grieven sub C, grief 1. HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

8 HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*), r.o. 3, slot.

9 Althans: dat leert de Hoge Raad in het geciteerde arrest. Het volgt ook uit de wet (zie artikel 6:168 BW). Zoals verderop in dit hoofdstuk zal blijken, bestaat over de juistheid van deze grondslag geen eenstemmigheid in de literatuur. Zie par. 4.3 (*Dogmatische onderbouwing*).

10 Tenminste: wanneer de bouwer bereid is de schade voor zijn rekening te nemen, zo blijkt uit de aangehaalde passage.

11 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) kom ik hierop terug, bij de bespreking van de vraag welke gronden volstaan ter ondersteuning van welke vordering, zie par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*). Over zwaarwegende maatschappelijke belangen in verband met het verbod zie nog Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod* 2019, p. 40-41.

4.2 Welke rechtvaardigingen?

4.2.1 Het uitoefenen van een bevoegdheid

Soms handelt iemand in principe onrechtmatig (hij beschadigt bijvoorbeeld al dan niet opzettelijk de eigendom van een ander) en beroept hij zich ter rechtvaardiging van zijn handelen op een bepaalde bevoegdheid. Zo'n rechtvaardiging noem ik ontoereikend als zij op zichzelf niet in staat is verandering te brengen in het voorlopige oordeel dat de daad onrechtmatig is. Een dergelijke bevoegdheid biedt dus weliswaar de mogelijkheid tot handelen, maar vrijwaart de handelende niet tegen een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad. Het kan daarbij gaan om allerlei typen bevoegdheden.

4.2.2 Bevoegdheden in de private sfeer

Bij deze groep ontoereikende rechtvaardigingen kan allereerst worden gedacht aan het uitoefenen van eigenaarsbevoegdheden. Uit de rechtspraak zijn vele zaken te kennen, waarin een eigenaar op zijn eigen terrein activiteiten verricht en daarbij aan anderen schade toebrengt. Bijvoorbeeld het (laten) uitvoeren van heiwerkzaamheden op eigen grond,[12] of het houden van bijen op eigen terrein voor educatieve doeleinden.[13] De omstandigheid dat de handelende activiteiten ontplooit op zijn eigen terrein impliceert dat hij tot die activiteiten bevoegd was. Maar de aanwezigheid van deze bevoegdheid brengt op zichzelf niet met zich mee dat de handelende niet aansprakelijk zou kunnen zijn uit onrechtmatige daad, wanneer door zijn activiteit schade wordt toegebracht aan anderen.[14]

Tot dezelfde categorie van ontoereikende rechtvaardigingen behoort het rijden door groen licht.[15] Ook het handelen op grond van een vergunning kan tot deze categorie worden gerekend. Immers: wie 'groen licht krijgt' of een vergunning tot een bepaalde handeling heeft, heeft daarmee de bevoegdheid om te gaan rijden of de vergunde handeling te verrichten. Maar daarmee is niet gezegd dat de handelende niet onrechtmatig zou kunnen handelen wan-

12 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, *NJ* 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*).

13 HR 28 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1717, *NJ* 1995/513 (*Bijenspat*), zie ook HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, *NJ* 1999/69 *(Bijenspat II)*.

14 Althans: als hij wist of kon weten van de kans op schade, zie bijv. Rb. Noord-Holland 11 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7672, *JA* 2019/167, r.o. 5.4.

15 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, *NJ* 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*); HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9749, *VR* 2007/22 (*Huijbers/NBM*); HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, *NJ* 2011/307 (*Groen licht*).

neer hij deze bevoegdheid uitoefent en daarmee schade toebrengt aan anderen.[16]

4.2.3 Bevoegdheden in de (semi-)publieke sfeer

Andere, wellicht belangrijker, voorbeelden zijn te vinden in de publieke of semipublieke sfeer. Eén ervan – hoewel die zich afspeelde tussen burgers – was aan de orde in het hierboven reeds genoemde arrest Van Gastel/Van den Heuvel: het handelen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen.

Een voorbeeld uit de zuiver publieke sfeer is de rechtspraak over het door artikel 27 Sv (redelijk vermoeden van schuld) gerechtvaardigd strafvorderlijk optreden tegen een verdachte,[17] waarbij aan derden schade wordt toegebracht. Jegens die derden geldt het strafvorderlijk optreden niet als toereikende rechtvaardiging, en is de staat op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor onevenredig nadelige gevolgen van het optreden.[18]

Daarmee zijn we beland op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid. De overheid handelt bij de uitvoering van haar taken per definitie in het algemeen belang; aan haar is bij uitstek de taak opgedragen 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' te behartigen. Die behartiging van het algemeen belang kan echter botsen met een ander gerechtvaardigd belang: dat van de individuele burger.

4.2.4 Het spanningsveld: de bevoegdheid van de handelende en de belangen van de benadeelde

Hierboven (in 4.1.3) is deze categorie van de onvolledige rechtvaardigingen 'interessant' genoemd: deze groep rechtvaardigingen vergt een inhoudelijke beoordeling van de ingeroepen bevoegdheid. Uit de zojuist genoemde voorbeelden blijkt wat deze categorie werkelijk interessant maakt. Bij de onvolledige rechtvaardiging gaat het niet alleen om de beoordeling van de ingeroepen

16 Vaste leer sinds HR 30 januari 1914, *NJ* 1914, p. 407 (*Bakker Krul*). Van de nadien verschenen arresten noem ik de klassiekers HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*) en HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743 (*Kalimijnen*). De belangrijkste uitspraken op dit gebied zijn recentelijk schematisch weergegeven door Snijders, *Preadvies VASR* 2020, p. 31-32.

17 Wanneer het vermoeden jegens de verdachte ontbreekt, is de strafvervolging ook jegens hem onrechtmatig. Wanneer het vermoeden aanvankelijk wel aanwezig is, maar de strafvervolging eindigt met vrijspraak, is de vervolging eveneens onrechtmatig. Zie over die laatste situatie hierna in hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*), par. 5.4.3 (*Een bijzondere toepassing: strafvorderlijk optreden*).

18 Vaste rechtspraak sinds HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*). Zie ook HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3. Recenter HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, *NJ* 2018/179.

bevoegdheid, maar vooral ook om de botsing[19] tussen die bevoegdheid enerzijds, en de belangen van de benadeelde die met de uitoefening van die bevoegdheid wordt geconfronteerd anderzijds. De confrontatie tussen de bevoegdheid en de belangen van anderen, dat is de kern van het probleem van de ontoereikende rechtvaardiging.

Om het spanningsveld tussen de bevoegdheid van de handelende en de belangen van de benadeelde te schetsen, begin ik met het verhaal van Sporrong en Lönnroth, twee Zweedse burgers die worden geconfronteerd met de stedenbouwkundig beleid van de gemeente Stockholm, in de periode tussen 1956 en 1980. Het verhaal maakt het schuren voelbaar tussen enerzijds de gemeente, die in het algemeen belang beleid moet maken – en in datzelfde belang soms haar beleid moet herzien – en anderzijds de burger, die daar niet de dupe van wil en mag zijn.

4.2.5 Het lange verhaal van Sporrong en Lönnroth[20]

Het is 1956. Sporrong is eigenaar van een rond 1860 gebouwd pand, gelegen aan 'Riddaren no 8' in Beneden Norrmalm, een negentiende-eeuwse wijk in het centrum van Stockholm.

De gemeente heeft grootse plannen met de wijk. Over een van de belangrijkste winkelstraten moet een viaduct worden gebouwd, dat leidt naar een grote uitvalsweg. Een van de dragers van het viaduct is gepland op de Riddaren-locatie; de rest van de buurt zal veranderen in parkeerplaats.

Om de plannen te kunnen uitvoeren, vraagt en verkrijgt de stad Stockholm van de Zweedse overheid in juli 1956 een zogenaamd zonaal onteigeningsverlof. Het verlof betreft 164 percelen, waaronder dat van Sporrong. Volgens de Zweedse onteigeningswet moeten binnen een tijdslimiet van vijf jaar na de verlening van het verlof de eigenaars van de percelen zijn gedagvaard voor het vaststellen van compensatie, op straffe van verval van het verlof.

In juli 1961 wordt de tijdslimiet op verzoek van de stad Stockholm met drie jaar verlengd. Op dat moment heeft de gemeente nog niet een stadplan voor de wijk opgesteld. Maar dat verandert met de komst van *'City 62'*, een algemeen ontwikkelingsplan voor Beneden Norrmalm. De gemeente richt zich hiermee op straatverbreding ten behoeve van privaat verkeer en voetgangers.

In april 1964 wordt wederom verlenging van het onteigeningsverlof gevraagd en gekregen. De tijdslimiet is nu juli 1969. En de gemeente zit niet stil:

---

19 Wachter spreekt mild van een 'ontmoeten' van belangen, zie zijn annotatie bij HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5308, *NJ* 1975/74 (*Stikke Trui*), onder 2.

20 De in deze paragraaf beschreven feiten zijn te vinden in EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*). Over de schadevergoedingseis van Sporrong en Lönnroth is later beslist (EHRM 18 december 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1218JUD000715175, *Series A*, no. 88, (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden II*)).

een nieuw stadsplan ziet het licht. In *'City 67'* legt de gemeente haar visie neer op de ontwikkeling van Beneden Norrmalm en Östermalm (een andere wijk in het stadscentrum). De nadruk ligt nu, anders dan vijf jaar eerder, op het verbeteren van het *publieke* vervoer, door het verbeteren van het wegennetwerk. Voorlopig blijft het echter bij plannen; definitieve besluiten worden uitgesteld. Men kan wel schatten wanneer de plannen zullen zijn uitgevoerd: dat zal zijn vóór 1985.

In juli 1969 wordt ten derden male een verlenging van het onteigeningsverlof gevraagd en verkregen. Als datum waarbinnen de gerechtelijke stappen gezet moeten zijn om de compensatie voor de eigenaren vast te stellen geldt nu: juli 1979.[21]

Intussen is het stedenbouwkundig beleid van de gemeente Stockholm met betrekking tot Beneden Norrmalm geëvolueerd. Na 1945 heerste nog de gedachte dat het, deels slecht onderhouden, gebied moest worden geherstructureerd. Grootschalige ontwikkelingsschema's voor de bereikbaarheid van winkels en kantoren werden vastgelegd en het daarvoor noodzakelijke wegennet werd gepland. De zonale onteigening was voor deze politiek het kerninstrument: in minder dan tien jaar tijd werden meer dan honderd gebouwen afgebroken.

Maar in de jaren zeventig wil de gemeente (en dat is onverenigbaar met het beleid van aanleggen van toegangswegen naar de binnenstad) juist het aantal auto's in de binnenstad terugdringen. Het ideaalbeeld van de gemeente wordt neergelegd in het plan *'City 77'*, waarbij stadsrenovatie uitgangspunt is. De oude stadswijken moeten geleidelijk aan herbouwd worden, rekening houdend met de aanwezige stadsstructuur. De plannen voorzien in het bewaren en restaureren van de meeste (nog) bestaande gebouwen.[22]

Door *'City 77'* is het onteigeningsverlof overbodig geworden. Het verlof wordt in mei 1979, op verzoek van de gemeenteraad van Stockholm, opgeheven.

Sporrong bevindt zich in een bijzondere en zeer vervelende situatie. Gedurende 23 jaar staat zijn eigendom bloot aan de mogelijkheid van onteigening. Dat betekent voor hem niet alleen een voortdurende onzekerheid over wat met het perceel gaat gebeuren. Maar het onteigeningsverlof, dat mede op zijn onroerend goed betrekking heeft, heeft uiteraard een negatief effect op de waarde van het goed, en op de mogelijkheid om het bijvoorbeeld te verkopen of verhuren. Bovendien geldt vanaf 1954 een bouwverbod voor de wijk Beneden Norrmalm. Ook hierdoor wordt Sporrong ernstig beperkt in het gebruik van zijn woning. En deze beperking duurt nog langer dan de onteigeningsdreiging, namelijk 25 jaar. Maar een mogelijkheid om schadevergoeding te eisen,

21 Over het onteigeningsverlof: EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*), par. 11-14.

22 Over het stedenbouwkundig beleid van Stockholm: EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*), par. 26-30.

heeft Sporrong naar Zweeds recht niet: een compensatieregeling wordt alleen getroffen voor eigenaren die daadwerkelijk worden onteigend, en daartoe behoort Sporrong uiteindelijk niet.

Naast Sporrong zijn er nog andere eigenaars in centraal Stockholm slachtoffer van de grootse en meeslepende vernieuwingsplannen van de gemeente. Een van hen is mevrouw Lönnroth. Zij woont eveneens in Beneden Norrmalm, aan de 'Barnhuset no. 6'. Haar situatie is vergelijkbaar met die van Sporrong: ook zij wordt getroffen door het onteigeningsverlof en het bouwverbod. Alleen moet volgens *'City 67'* op de plaats waar haar huis staat niet de pijler van een viaduct komen, maar een parkeerplaats van meerdere verdiepingen.

Gedwongen door haar financiële situatie wil Lönnroth haar huis verkopen in de tijd dat het onteigeningsverbod voor Stockholm geldt. Zij doet zeven pogingen, maar alle potentiële kopers trekken zich terug na overleg met de gemeente. Het vinden van huurders voor het pand blijkt in deze omstandigheden eveneens moeilijk voor Lönnroth. Niet alleen van het onteigeningsverlof ondervindt Lönnroth gevolgen. Ook het bouwverbod treft haar rechtstreeks, wanneer een beoogd hypotheeknemer als voorwaarde ter verkrijging van een lening renovatie van de façade van het pand eist. Lönnroth mag niet verbouwen en loopt de lening dus mis.

De totale duur van het onteigeningsverlof en bouwverbod zijn voor Lönnroth acht, respectievelijk twaalf jaar. Evenmin als Sporrong kan zij recht doen gelden op compensatie van de schade die zij door de plannen heeft geleden, omdat zij uiteindelijk niet is onteigend.

4.2.6 Op zoek naar de balans

Waar ligt het evenwicht tussen aan de ene kant de uitgeoefende bevoegdheid en aan de andere kant de belangen van anderen, die worden geconfronteerd met de gevolgen van de uitoefening van de bevoegdheid? Met die vraag hangt samen de vraag naar de inbedding van de bevoegdheid in het civielrechtelijk systeem. Deze laatste kwestie is nu aan de orde.

4.3 Dogmatische onderbouwing

4.3.1 Een oude discussie

Vanaf ongeveer het midden van de twintigste eeuw – en eigenlijk al een halve eeuw eerder,[23] wordt in de civielrechtelijke literatuur gezocht naar de dogmatische fundering van het handelen op grond van een bevoegdheid. Brengt de

23 Ik denk aan het proefschrift van Paul Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss), 1899.

bevoegdheid mee dat het handelen gerechtvaardigd en dus rechtmatig is? Of is de bevoegdheid een factor die een rol speelt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling? Of, nog anders: blijft de handeling ondanks de ingeroepen bevoegdheid onrechtmatig, en speelt de bevoegdheid hooguit een rol bij de vaststelling van de schadeomvang?

Het debat over de aanwezigheid van een bevoegdheid en het gevolg daarvan voor het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling is vooral gevoerd op het gebied van één specifieke bevoegdheid: het handelen in het algemeen belang door de overheid. Maar de draagwijdte van het debat is veel breder. Bij de uitoefening van iedere bevoegdheid kan zich immers de vraag voordoen wat de invloed van de bevoegdheid is op het onrechtmatigheidsoordeel. Bij een volledige rechtvaardiging is het antwoord op die vraag gegeven: de handeling is door de aanwezigheid van een dergelijke rechtvaardiging rechtmatig. Maar bij andere rechtvaardigingen is het antwoord niet evident. Een kort overzicht van de discussie tot nu toe.

4.3.2 Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording

In zijn beroemde Themisartikel uit 1951 geeft Bregstein zijn verklaring voor het feit dat een handeling, waartoe de handelende op zichzelf bevoegd is, mogelijk tóch onrechtmatig is, wanneer schade aan een ander is toegebracht.[24] Volgens Bregstein kan zo'n handeling, 'ook indien de schade niet te vermijden is en de handelende er een zeer respectabel belang bij heeft om te handelen, inderdaad toch *on*rechtmatig zijn'.[25] Hij legt uit waarom:

> 'Er is (…) een rechtvaardigingsgrond in wording: het recht op uitoefenen van eigen subjectief recht, met name als dit dient ten bate van het algemeen belang; deze grond wordt door het betalen van schadevergoeding volledig.'[26]

De bevoegdheid tot handelen vormt het begin of de basis van de rechtvaardigingsgrond. De rechtvaardigingsgrond wordt compleet door schadevergoeding te betalen, of zich de belangen van de benadeelde anderszins aan te trekken.[27] Wordt de rechtvaardigingsgrond niet 'gecompleteerd', dan blijft de daad onrechtmatig. In de visie van Bregstein kan het betalen van schadevergoeding

24 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 273-305.
25 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 302 (cursivering in origineel).
26 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 302.
27 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 299-302.

de daad ook achteraf rechtvaardigen: 'Betaalt men de schade, dan valt de onrechtmatigheid weg.'[28]

In de visie van Bregstein van Bregstein kan de tekortschietende rechtvaardiging dus worden aangevuld, dat kan zowel voorafgaand als na de schade toebrengende handeling. Maar in beide gevallen schiet de visie als verklaring van aansprakelijkheid tekort. In het eerste geval, wanneer de tekortschietende rechtvaardiging door aanvullende maatregelen of vergoeding wordt 'gecompenseerd', is niet in te zien welke smet aan het handelen zou kleven,. Er hoeft niets meer gerechtvaardigd te worden, omdat geen onrechtmatige daad ontstaat. En in het tweede geval, waar Bregstein aanneemt dat een handeling nog kan worden gerechtvaardigd, *nadat* de handeling is gepleegd, schiet de leer eveneens tekort. Immers: zij is in strijd met het uitgangspunt dat een handeling moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop zij werd verricht. Wat na de handeling gebeurt, kan geen invloed meer hebben op dat oordeel.[29]

4.3.3 Drion: het complex van handeling en schadevergoeding

Op dit laatste bezwaar van de constructie van Bregstein is al gewezen door J. Drion, in een reactie, mede op de constructie van Bregstein.[30] Drion had eerder, in 1947, een eigen visie op het vraagstuk ontwikkeld,[31] en ook hij zocht een oplossing voor het probleem van de grondslag van de vergoedingsplicht in het geval iemand schade lijdt 'door een op zichzelf niet onbetamelijke gedraging'.[32] De onrechtmatigheid is volgens hem deze:

> 'wat men den dader verwijt is het complex van handeling en weigering de schade voor zijn rekening te nemen'.[33]

Onrechtmatig is dus het verrichten van een bepaalde handeling zonder de schade voor zijn rekening te nemen.[34] Het samenstel van de handeling waar-

28 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 299. De constructie dat men, door zich de belangen van de benadeelde aan te trekken, *achteraf* de onrechtmatigheid kan wegnemen, komt overigens ook voor in recentere jurisprudentie. Zie bijv. Rb. Breda 29 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AC9084, *NJ* 1987/70 (*Ver. van woonwagenvrouwen/Roosendaal en Nispen*).

29 Zie nogmaals Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.

30 In zijn Ars Aequi-noot onder HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997 (*Voorste Stroom VII*), *AA* 1952-1953, p. 96-102.

31 Deze heeft hij neergelegd in een artikelenreeks in WPNR uit 1947: *Een nieuwen koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad* 1947 (p. 245-248, 253-256, 261-265, 269-271 en 277-280).

32 Drion, *Een nieuwe koers* 1947, p. 270, r.k.

33 Drion, *Een nieuwe koers* 1947, p. 270, l.k.

34 Drion, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), *AAe* 1952-1953, p. 98, r.k.

toe men bevoegd is en de mate waarin men zich de belangen van anderen heeft aangetrokken, maakt de daad rechtmatig, volgens Drion.

Deze visie staat bekend als de constructie-Drion, wat in feite onterecht is, omdat Drion niet de eerste was die haar verwoordde, of over haar publiceerde. De door Drion beschreven constructie is minstens drie jaar eerder verwoord door Wolfsbergen,[35] en in elk geval één jaar voor Drions artikelenreeks gepubliceerd:[36]

> 'Maar overigens lijkt het mij, in overeenstemming met de ruime opvatting van onrechtmatigheid, dat soms het feit dat een toegebrachte schade niet wordt vergoed, op zichzelf een bron van vergoedingsplicht is, ook als de handeling waaruit de schade voortsproot, niet in die zin onrechtmatig is, dat een verbod zou kunnen worden verkregen.'[37]

Grondslag van de vergoedingsplicht is volgens Wolfsbergen de onrechtmatige daad, die hieruit bestaat

> 'dat men bij sommige handelingen – ter beoordeling van de rechter i.v.m. hetgeen maatschappelijk betamelijk is – geacht wordt onzorgvuldig te handelen, indien men de ontstane schade niet vergoedt. Inderdaad ligt dan de onbetamelijkheid niet in die handeling, maar in een nalatigheid, nl. het niet opkomen voor de schade.'[38]

Precies als Drion concludeert Wolfsbergen dat de handeling uiteindelijk 'volkomen geoorloofd' is, maar alleen onder de voorwaarde dat men de daaruit voortvloeiende schade vergoedt.[39] Het zou dus passender zijn om van de constructie-Wolfsbergen te spreken. Maar omdat zij bekend is geworden als de leer van Drion, bespreek ik haar onder die naam.

---

35 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* (1946), p. 69-71.

36 De artikelen van Drion verschenen in juli/augustus 1947. Wolfsbergens *Onrechtmatige daad* werd in 1946 gepubliceerd. Daarbij moet overigens worden bedacht dat Wolfsbergen al in november 1944 in Auschwitz is vermoord. Zoals te lezen is in de inleiding van Meijers op *Onrechtmatige daad*, zond Wolfsbergen de laatste aanvullingen op het manuscript van zijn boek vanuit kamp Westerbork naar een vriend, die de uitgave van het boek zou bezorgen. In september 1944 werd Wolfsbergen van Westerbork naar Auschwitz vervoerd. Zijn laatste gedachten over het onderwerp zijn dus in ieder geval vóór oktober 1944 op papier gezet.

37 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

38 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

39 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

4.3.4 Bloembergen c.s.: bevoegd, dus rechtmatig

Waarom zou men, wanneer wordt gehandeld op grond van een bepaalde bevoegdheid, tóch aannemen dat sprake is van een onrechtmatige daad? Het is een paradoxale gedachte dat het juridisch niet correct zou zijn te doen waartoe men nu juist bevoegd is.

Wat betreft het handelen in het algemeen belang door de overheid is door veel civilisten betoogd dat we hier in wezen te maken hebben met rechtmatig handelen. De aansprakelijkheid zou er daarom dus één uit rechtmatige daad zijn. Die visie is bijvoorbeeld verwoord door Houwing. In zijn noot onder het zevende Voorste Stroom-arrest zegt hij: in het geval de overheid schade veroorzaakt in het algemene belang

> 'acht men in werkelijkheid de handeling zelve, gegeven het belang dat zij dient en de wijze waarop zij wordt verricht wordt, ongeacht de schadevergoeding, reeds volledig rechtmatig. Maar men acht het rechtvaardig dat de schade, die door deze handeling, hoezeer ook rechtmatig en alleszins betamelijk, veroorzaakt is, vergoed wordt. (...) Maar in ieder geval is de rechtmatigheid van de handeling niet van deze vergoeding afhankelijk.'[40]

Over Drion en Bregstein en de door hen gebezigde constructies zegt hij:

> 'dat wat dezen doen, in wezen niets anders is dan een verplichting tot schadevergoeding op grond van *rechtmatige daad* aannemen. Men vindt in werkelijkheid de handeling niet onrechtmatig (...). Dat zij onbetamelijk zou zijn en het betalen van schadevergoeding haar rechtvaardigingsgrond, is niets dan een fictie, enkel gebruikt om aan een rechtmatige handelen een verplichting tot schadevergoeding te kunnen verbinden op grond van art. 1401, dat zulk een verplichting slechts in geval van onrechtmatig handelen oplegt.'[41]

De constructies zouden niet aangeven waarop de schadevergoedingsplicht precies berust en daarmee voorbeelden zijn van de cirkelredenering, die door (R.J.) Polak eerder als volgt was beschreven:

> 'gij moet de schade vergoeden, omdat gij de schade niet hebt vergoed'.[42]

Een modernere vertolker van de gedachte dat het bij overheidsaansprakelijkheid in wezen gaat om aansprakelijkheid voor rechtmatige daad, is Bloember-

40 Ph.A.N. Houwing, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), p. 1193, r.k.

41 Zie nogmaals Houwing, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), p. 1193, r.k.

42 R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 95.

gen.[43] Hij wijst op de 'logische zwakte' van de redeneringen van Bregstein en Drion, en verwoordt in de lijn van Polak zijn bezwaar:

> 'Waarom moet er nu eigenlijk schadevergoeding betaald worden? Op de keper beschouwd (mede) omdat er geen schadevergoeding wordt betaald. Maar dat kan toch moeilijk een grond voor het betalen van schadevergoeding zijn.'[44]

In zijn interventie tijdens de vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht zegt Bloembergen onomwonden dat de constructies van Bregstein en Drion 'uitermate gewrongen en gekunsteld' zijn en dat deze bovendien verhullen dat het in wezen gaat om schadevergoeding bij rechtmatige daad.[45] Zijn interventie krijgt stevige bijval van De Wijkerslooth:

> 'Ik moet bekennen dat mij bij het beluisteren van de interventie van Bloembergen door mijn hoofd schoot: dat denk ik al een hele tijd en ik vroeg mij af wie het nu eindelijk zou durven zeggen.'[46]

De Wijkerslooth had de constructie van rechtmatige daad enkele jaren eerder al bepleit voor handelen op grond van particuliere bevoegdheden.[47]

Een andere belangrijke medestander van Bloembergen kan Van Dam worden genoemd.[48] Deze betrekt de stelling dat het bij handelen waarmee een zwaarwegend belang wordt gediend eigenlijk om rechtmatig handelen gaat,[49] door naar terreinen buiten dat van de overheidsaansprakelijkheid, zoals dat van hinder en van het vennootschapsrecht. Hij schreef in 2000:

> 'Het gaat hier om gedragingen die als zodanig niet onrechtmatig zijn. Het Nederlandse recht kent echter geen algemene actie tot schadevergoeding uit rechtmatige daad. De onrechtmatigheid wordt in dit soort gevallen daarom gezocht in het feit dat anderen onevenredig worden benadeeld. Dit wordt ook wel aldus geformuleerd

43 Uitgebreid als waarnemend Advocaat-Generaal in zijn magistrale conclusie voor HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794 (*Staat/B, Politie-inval*). Over hetzelfde onderwerp zie ook zijn *Centauren*, in: *Nieuwenhuisbundel* 1992, p. 121-132.

44 Conclusie voor HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794 (*Staat/B, Politie-inval*), onder 2.2.

45 Vergadering ter behandeling van de preadviezen van Koeman en De Planque over Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR 103 (1990), p. 16-20. Geciteerd van p. 17.

46 Vergadering ter behandeling van de preadviezen van Koeman en De Planque over Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR 103 (1990), p. 20.

47 J.L. de Wijkerslooth, *Het weigeren van schadevergoeding bij rechtmatige daad*, Bouwrecht 1988, p. 562-564.

48 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/814. De nieuwe druk bevat een zeer uitgebreide en genuanceerde beschrijving van verschillende typen rechtmatig en onrechtmatig overheidshandelen, zie Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/817-833-3, en 311-1 i.v.m. toerekening.

49 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/1108-4, p. 597.

> dat degene die de activiteit verricht zich onvoldoende de belangen van de ander heeft aangetrokken.'[50]

De koppeling die Van Dam maakt tussen de verschillende gebieden waar sprake is van het handelen op grond van een bepaalde bevoegdheid, heb ik hierboven (in 4.3.1) ook gemaakt. Niet alleen op het gebied van het overheidshandelen (al is daarover wel het meest geschreven) doet zich de vraag voor wat het effect is van de aanwezigheid van een bepaalde bevoegdheid tot handelen op de civielrechtelijke kwalificatie van die handeling.

En met de kwalificatie die Van Dam aan dit type handelingen hecht, dat het zou gaan om 'gedragingen die als zodanig niet onrechtmatig zijn', schaart hij zich in de lijn van Houwing, (R.J.) Polak, Bloembergen en vele anderen.[51] Een moderne aanhanger van deze stroming is Kortmann. Hij verwijst naar het schade toebrengend overheidshandelen in de Duinwater- en Lefferszaken en stelt:

> 'Het betreft overheidsoptreden dat tot schade aan belangen leidt waarop de overheid bedacht was of kon zijn. Als de overheid deze schade toch toebrengt omdat een hoger belang daartoe noopt, is er in mijn optiek geen plaats voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.'[52]

Volgens Kortmann fungeert het hogere, door de overheid gediende, belang als rechtvaardigingsgrond. Van onrechtmatigheid is dan dus geen sprake.[53]

4.3.5 Einde discussie?

De discussie, zoals die hierboven in grote lijnen is weergegeven, tendeerde naar het aannemen van aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad.[54] Spier schrijft al in 1992:

---

50 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/814, p. 198. Hij schaart onder de besproken groep ook het geval van de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis (t.a.p., p. 199, in de druk van 2020). Die gevallen worden door mij hierna besproken, in hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

51 Opgemerkt moet worden dat Van Dam in de druk van 2020 het iets anders formuleert. Hij beschouwt de overheidsmaatregel en de geleden schade als 'twee onderscheiden juridische feiten'. De overheidsmaatregel is rechtmatig en geeft geen recht op schadevergoeding; maar onrechtmatig is (zoals in de zaak-Lavrijsen) de schending van het gelijkheidsbeginsel. Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht 2020/833-1, p. 433-434.

52 Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 77.

53 Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 75.

54 Zo reeds M. Scheltema in zijn annotatie bij HR 19 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7927, *NJ* 1979/216 (*Semper Crescendo*), onder 4, slot.

> 'Duidelijk is dat de rechter schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad aanvaardt.'[55]

Ook is volgens Spier de vraag naar de grondbeginselen niet meer interessant.[56] Hij concludeert:

> 'De discussie die tot nu toe vooral ging over de vraag òf aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad werd aanvaard en waarop zij berustte dient zich verder te richten op de vraag in welke gevallen zij geïndiceerd is.'[57]

Einde discussie, zou men kunnen denken. Maar die gedachte is niet juist.[58] Er waren al langere tijd tegengeluiden, zoals van Brunner,[59] Hartlief,[60] Van Maanen[61] en Sieburgh.[62] Maar ook Van Dam volgt in zijn herziene versie van Aansprakelijkheidsrecht in 2020 een gematigder lijn. Hij beschrijft het probleem van de aansprakelijkheid van bestuursbesluiten bij schending van het gelijkheidsbeginsel:

> 'In dit soort gevallen gaat het om maatregelen die de overheid in het algemeen belang treft maar die een kleine groep burgers of bedrijven onevenredig benadeelt. Deze maatregelen en de besluiten waarop ze zijn gebaseerd, zijn echter niet onrechtmatig. Waarop kan in een dergelijk geval dan aansprakelijkheid van de overheid worden gebaseerd?'[63]

---

55 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992 (*WPNR* 1992/6074, Themanummer De overheid in het privaatrecht, opgedragen aan J.M. Polak), p. 987, m.k.

56 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992, p. 987, r.k.

57 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992, p. 993, m.k.

58 Uitgebreid over de grondslag van de aansprakelijkheid in geval van onrechtmatige overheidsbesluiten: Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006. Over de vereisten causaliteit, relativiteit en toerekening zie L. de Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2014.

59 Brunner in zijn annotatie bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638 (*Varkensmester Leffers*), m.nt. C.J.H. Brunner onder *NJ* 1992/639 (*Aalscholvers*), onder 4.

60 T. Hartlief, *Aansprakelijkheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad*, *A&V* 1998, p. 79-86.

61 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 172 e.v.

62 Sieburgh gaat uit van onrechtmatigheid die zij bespreekt in verband met strafvorderlijk optreden. De onrechtmatigheid schuilt volgens haar in misbruik van recht (zie *Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?* 2002). Dat lijkt mij overigens een gewrongen constructie. Er wordt geen recht misbruikt, ook niet als men artikel 3:13 zo ruim uitlegt als Sieburgh voorstaat. Er wordt volkomen rechtmatig opgetreden tegen een verdachte. Alleen rechtvaardigt die bevoegdheid niet het onvergoed laten van schade aan anderen. In *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/345 e.v. worden zowel rechtmatige als onrechtmatige daad als mogelijke grondslag besproken.

63 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/833-1.

Van Dams antwoord op de door hemzelf geformuleerde vraag luidt:

> 'Het verdient hier (…) de voorkeur om de overheidsmaatregel en de geleden schade als twee onderscheiden juridische feiten te beschouwen. De overheidsmaatregel is een rechtmatige daad die geen recht geeft op schadevergoeding. De onrechtmatigheid van het overheidsgedrag moet hier worden gezocht in een schending van het gelijkheidsbeginsel.'[64]

De worsteling is zichtbaar. Maatregel en schade worden uiteen getrokken tot twee 'juridische feiten'. Vervolgens wordt de overheidsmaatregel op zichzelf beschouwd als een rechtmatige daad die geen recht geeft op schadevergoeding. Maar dat is wonderlijk. Met de enkele bevoegdheid om de maatregel uit te vaardigen, is immers niets mis. Om daarop het etiket 'rechtmatige daad' te plakken, lijkt niet zo relevant, omdat de bevoegdheid om de maatregel te treffen op zichzelf niet aan de orde zal zijn in een procedure.[65] Centraal in een procedure over de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de maatregel en over de schadevergoedingsclaim- en dus in dit debat, is de maatregel op grond waarvan schade is toegebracht, maar waarbij verzuimd is rekening te houden met de geschonden belangen.

4.4 Verwerping van de visie van Bloembergen c.s.

4.4.1 Vooraf

Het is waar: de visie van Bloembergen c.s. is aantrekkelijk. Ontdaan van details komt zij hierop neer: handelen in het algemeen of ander zwaarwegend belang is rechtmatig handelen. Dat lijkt logisch en terecht. Maar klopt het ook? Ik meen stellig van niet. Dat zal ik toelichten vanuit twee perspectieven: dat van de bevoegdheid en dat van de normschending: de recht- of onrechtmatigheid. Eerst sta ik nog kort stil bij de relevantie van het onderwerp.

4.4.2 Wat maakt het uit?

De vraag naar het onderscheid tussen onrechtmatig, gerechtvaardigd, of rechtmatig kan gemakkelijk worden bestempeld als een non-issue. Asser, optredend als waarnemend advocaat-generaal in de zaak Van Gastel/Van den Heuvel, ziet die betrekkelijkheid van het probleem:

64 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/833-1, p. 433-434.

65 Althans: buiten de hier niet aan de orde zijnde situatie dat er al iets schort aan de bevoegdheid waarop de overheid zich baseert.

> 'Ik wil wel toegeven dat het onderscheid tussen een onrechtmatige daad waaraan een rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter ontneemt en een niet-onrechtmatige daad soms nogal subtiel is.'[66]

De keus voor de grondslag (rechtmatige of onrechtmatige daad) is evenwel niet onbelangrijk, omdat zij gevolgen heeft voor de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen. Dat blijkt al uit de eerste zin van artikel 6:162:

> 'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.'

Voor de verplaatsing van geleden schade kent het burgerlijk recht als algemene buitencontractuele grondslag de onrechtmatige daad. Schadevergoeding voor rechtmatige daad komt men slechts in een klein aantal, expliciet benoemde, gevallen tegen.[67]

4.4.3 Het procedurele belang van het onderscheid

Ook procedureel kan het onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige daad van belang zijn. Asser, in zijn hierboven al genoemde conclusie voor Van Gastel/Van den Heuvel, legt uit waarom de keuze van de correcte grondslag van belang is:

> 'juist omdat een rechtvaardigingsgrond een uitzonderingskarakter heeft met alle gevolgen voor de daaraan te stellen eisen in processueel en materieel opzicht (te denken valt aan de stelplicht en bewijslast en het gewicht van de eraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden)'.[68]

Alleen al om procestechnische redenen is het onderscheid relevant.[69] Uiteraard is het onderscheid ook van belang voor een goed begrip van de rechtvaardiging en de aard van de rechtvaardiging.

66 Conclusie voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 *(Van Gastel/Van den Heuvel)*, onder 22.
67 Vgl. *Asser-Sieburgh 6-IV* 2019/25.
68 Conclusie voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 *(Van Gastel/Van den Heuvel)*, onder 22.
69 In dezelfde zin Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 17.

4.4.4 Het belang van het onderscheid in verband met de hoogte van de schadevergoeding

Tenslotte zou de keus van de grondslag rechtmatige of onrechtmatige daad van belang kunnen zijn in verband met de hoogte van de schadevergoeding. Van Maanen en De Lange wijzen erop dat door het nalaten van het aanbieden van schadevergoeding een grotere schade kan zijn ontstaan dan het bedrag dat als compensatie – vooraf – zou moeten zijn aangeboden.[70]

4.4.5 Het manco, bezien vanuit de rechtvaardiging

Volgens Bloembergen transformeert de enkele bevoegdheid waarop de overheid haar handelen baseert (handelen in het algemeen belang), de daad in een rechtmatige. Bezien vanuit de rechtvaardiging is dat te kort door de bocht.

In de toelichting op het – overigens niet ingevoerde – artikel 5.1.3 wordt uitdrukkelijk op dit punt gewezen:

> 'Men lette erop dat de enkele omstandigheid, dat een inbreukmakende handeling in het algemeen belang is, daaraan de onrechtmatigheid niet ontneemt; het algemeen belang is geen algemene rechtvaardigingsgrond.'[71]

Probleem in de redenering van Bloembergen c.s. is, in de grond, dat de enkele bevoegdheid – het algemeen belang/ het eigen recht – wordt gelijkgesteld met rechtmatigheid. De redenering geeft daarmee blijk van een onjuist begrip van de ingeroepen bevoegdheid.

Niet het feit dat *een* bevoegdheid voorhanden is, maar dat er een *toereikende* bevoegdheid is, maakt de handeling tot een rechtmatige.

4.4.6 Het manco, bezien vanuit de normschending

Dat de redenering van Bloembergen c.s. onjuist is, blijkt ook wanneer men denkt vanuit de normschending. Dat kan (alweer) vanuit twee perspectieven: van de rechtmatigheid en van de onrechtmatigheid. Ik begin met het eerste.

De vraag moet worden gesteld wat 'rechtmatig' is in de visie van Bloembergen; het begrip 'rechtmatigheid' heeft immers geen vaststaande betekenis. Hierboven heb ik het opgevat als volkomen tegenstelling tot onrechtmatigheid, namelijk als: *zorgvuldig* handelen.[72] Naar ik vermoed, is dat ook de betekenis die Bloembergen eraan hecht in de bovenstaande citaten. Het ligt ook voor

---

70 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 173-174 e.v.

71 TM, *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 5* 1981, p. 65-66.

72 Zie par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

de hand om de term zo op te vatten in het geval van handelen door de overheid. Deze moet zich, op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zorgvuldig gedragen.[73] Rechtmatig overheidshandelen moet dus zijn: gedrag dat de zorgvuldigheidstoets kan doorstaan.

Maar kan het handelen van een overheid die schade toebrengt in algemeen belang, en daarbij verzuimt rekening te houden met getroffen burgers, worden aangemerkt als zorgvuldig handelen? In het licht van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is dat niet vol te houden. In de hierboven besproken casus van Sporrong en Lönnroth concludeerde het hof tot een schending van artikel 1 Protocol 1 en 6 lid 1 EVRM.[74] De Zweedse staat werd dan ook uiteindelijk veroordeeld tot vergoeding van de schade en de proceskosten aan Sporrong en Lönnroth.[75]

Niet alleen geredeneerd vanuit het rechtmatigheidsbegrip, maar ook geredeneerd vanuit het onrechtmatigheidscriterium kan de gedachte dat een overheid die handelt in het algemeen belang, maar daarbij onvoldoende rekening houdt met bepaalde belangen, geen stand houden. Immers: de zorgvuldigheidsnorm eist dat bij de handeling een juiste afweging van de betrokken belangen is gemaakt. Wanneer de handelende er blijk van geeft dat hij zich de belangen van derden onvoldoende heeft aangetrokken, zal de handeling om die reden als onzorgvuldig moeten worden aangemerkt. En dat is precies de leer van de Hoge Raad, zoals het volgende, klassieke, arrest demonstreert.

De gemeente Den Haag exploiteert een sprank in de duinen, waardoor zij veel grondwater onttrekt aan de naburige weilanden van Jochems. Deze weilanden dreigen door uitdroging volkomen waardeloos te worden en Jochems moet kostbare maatregelen treffen om dat te voorkomen. De gemeente weigert de kosten hiervan voor haar rekening te nemen. De Hoge Raad meent dat de exploitatie van de sprank door de gemeente 'uit oogpunt der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kan zijn', ook als dat schade met zich meebrengt voor een eigenaar van een naburig erf, als Jochems. Niettemin meent de Hoge Raad dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Reden daarvoor is de wijze waarop de gemeente haar belangen heeft nagestreefd, namelijk:

> 'waar zij de sprank is gaan exploiteeren zonder zich de belangen van zoodanigen eigenaar aan te trekken'.[76]

---

73 Vgl. bijv. J.M. Polak, *De onrechtmatige daad der overheid*, in: Onrechtmatige daad, BWKJ 1996, p. 114.

74 EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*).

75 EHRM 18 december 1984, *Series A*, no. 88. Aan Sporrong werd een bedrag van 800.000 SEK toegekend en aan Lönnroth 200.000 SEK. Aan hen beiden tezamen werd een (proces)kostenvergoeding van ruim 700.000 SEK toegekend.

76 HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).

Dat is wat de gemeente wordt aangerekend: exploitatie van de sprank, *zonder zich de belangen van anderen aan te trekken*, dus op een onjuiste wijze.

Van Maanen en De Lange formuleren het aldus:

> 'Het *rechtmatige* besluit had vergezeld dienen te gaan van een – uit het beginsel van égalité voortvloeiende – compensatieverplichting. Door het nalaten van dat laatste wordt het gedrag van de overheid *onrechtmatig* tegenover bepaalde onevenredig benadeelde burgers.'[77]

De onrechtmatigheid van het overheidshandelen schuilt dus in het nalaten een goede regeling te treffen voor de burgers die door het besluit onevenredig benadeeld zijn.

4.4.7 Conclusie

Wie, uitgaand van een bevoegdheid zoals het algemeen belang, het handelen op grond van de enkele aanwezigheid van die bevoegdheid, als rechtmatig kwalificeert, ziet voorbij aan de eis van de juiste belangenafweging, en daarmee aan de kern van de zorgvuldigheidstoets. Anders dan vele auteurs, van Bregstein tot Bloembergen c.s., menen, moet de schadevergoeding niet worden betaald omdat geen schadevergoeding is betaald, maar omdat men bij de handeling onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van anderen. Dat is onzorgvuldig en *daarom* is men schadeplichtig.

Wie zich voor zijn schade toebrengend handelen slechts kan beroepen op een onvolledige rechtvaardiging, zal met dat enkele beroep het oordeel over de daad niet van onrechtmatig in rechtmatig kunnen veranderen. De onvolledige rechtvaardiging schiet (op zichzelf) tekort om de handeling als rechtmatig te kunnen kwalificeren.

4.5 De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht

4.5.1 Inleiding

Aan het slot van dit hoofdstuk onderzoek ik kort wat de gevolgen van de aanwezigheid van een onvolledige rechtvaardiging zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling. Kort, omdat verderop in deze studie uitgebreid wordt beschreven hoe de verschillende rechtvaardigingen doorwer-

77 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 173.

ken op de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling,[78] en op de beoordeling van de vergoedingsplicht.[79]

4.5.2 Hoe de ontoereikende rechtvaardiging aan te vullen?

Wanneer een beroep wordt gedaan op een ontoereikende rechtvaardiging, schiet de ingeroepen bevoegdheid op zichzelf tekort als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie, zo is in dit hoofdstuk betoogd. Dat wil echter niet zeggen dat het oordeel over de daad uiteindelijk ook 'onrechtmatig' zal luiden. Het definitieve oordeel hangt ervan af op welke wijze men, bij het uitoefenen van de bevoegdheid, rekening heeft gehouden met de belangen van anderen. Op welke wijze men rekening kan – of: had moeten – houden met de belangen van anderen, zal van geval tot geval verschillen. Ook deze kwestie komt als gezegd verderop in deze studie nog aan de orde, in hoofdstuk 12 over de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor het oordeel over de vergoedingsplicht. Hier alvast enkele korte opmerkingen.

Allereerst kan men, bij het uitoefenen van de bevoegdheid, maatregelen nemen die schade bij de ander voorkomen. Wanneer tevoren afdoende maatregelen zijn getroffen, zal geen schade ontstaan, en dus geen vorderingsrecht. Aan de vraag naar de grondslag van een vorderingsrecht of vergoedingsplicht komt men dan dus ook niet toe. Wanneer de maatregelen niet afdoende blijken, is de verplichting tot het treffen van afdoende maatregelen dus niet, of niet juist, nagekomen, en is men vergoedingsplichtig. In de casus van Jochems en de gemeente Den Haag was dit de redenering van de Hoge Raad. De gemeente had maatregelen moeten treffen om Jochems' schade te voorkomen. Nu zij dat naliet, deed Jochems het in haar plaats en vorderde de kosten ervan vervolgens terug.[80]

Ook kan men zich de belangen van anderen aantrekken door van te voren 'schadevergoeding aan te bieden of te betalen' aan hen die door de handeling worden benadeeld.[81] Ook op die manier voorkomt men dat onrechtmatig wordt gehandeld. De handeling is vervolgens geheel rechtmatig; de vergoedingsplicht berust niet op onrechtmatige daad, maar op de contractuele afspraak de schade te vergoeden.

Aan het voorgaande moet worden toegevoegd dat het bij sommige handelingen naar hun aard onmogelijk is om tevoren schadevergoeding aan te bieden. Denk aan strafvorderlijk optreden tegen een verdachte, waarbij aan

78 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).
79 In hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).
80 Zie nogmaals: HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).
81 HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*).

derden schade wordt toegebracht. Dan gaat het om vaak in stilte voorbereide operaties, waarvan het niet gewenst is dat derden daarvan al vooraf op de hoogte zijn. Zolang er geen wettelijke regeling getroffen is die de schade in zo'n geval regelt (en waarin rekening wordt gehouden met alle eventuele betrokkenen), zal de schade alleen achteraf vergoed kunnen worden.[82]

4.5.3 Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?

De vraag of een vergoedingsplicht uit onrechtmatige daad bestaat in geval een op zichzelf niet toereikende bevoegdheid is uitgeoefend, komt als gezegd hierna aan de orde. Maar op deze plaats is het goed alvast stil te staan bij de factoren die van belang kunnen zijn voor het oordeel over de vergoedingsplicht. Daarvoor kan worden aangeknoopt bij de rechtspraak van de Hoge Raad over het op zichzelf rechtmatig strafvorderlijk optreden, waardoor aan derden schade wordt toegebracht, waarbij als leidraad geldt het Uzi-arrest uit 2004.[83]

De Hoge Raad stelt daarin voorop dat ook als een overheidshandeling op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt (zoals bij rechtmatig strafvorderlijk optreden) de overheid op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor onevenredig nadelige gevolgen van zo'n handeling. Dat wil zeggen, zo overweegt de Raad, voor

> 'de gevolgen die buiten het normale maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallen en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukken'.[84]

De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van het overheidsoptreden inderdaad buiten het normale risico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. De Hoge Raad somt, kennelijk niet limitatief,[85] de volgende op:

1. de aard van de overheidshandeling;
2. het gewicht van de daarmee gediend belang;
3. de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt;
4. de aard en omvang van de toegebrachte schade.

---

82 Zie bijvoorbeeld: HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638 (*Varkensmester Leffers*).

83 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*).

84 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*).

85 De Hoge Raad overweegt: 'van belang hierbij onder meer zijn', zie HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3.

Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat, voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen,

> 'als uitgangspunt (kan) worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd'.[86]

De criteria zijn geformuleerd in het kader van het rechtmatig uitoefenen van een strafrechtelijke bevoegdheid. Naar ik meen, kunnen ze ook worden toegepast bij de beoordeling van het uitoefenen van andere bevoegdheden. In hoofdstuk 12, waar de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor het oordeel over de vergoedingsplicht aan de orde komen, worden de omstandigheden in een breder verband besproken.[87] Daar wordt tevens bezien welke andere omstandigheden van belang kunnen zijn dan de door de Hoge Raad genoemde.

4.6 Conclusie en slot

Het uitoefenen van een bevoegdheid is op zichzelf geen rechtmatig handelen. Wanneer is gehandeld op grond van een onvolledige rechtvaardiging en daarbij schade is toegebracht, is het handelen onrechtmatig. Dat laatste kan anders liggen als tevoren een regeling met betrekking tot de te verwachten schadelijke gevolgen was getroffen.

Nu na de volledige rechtvaardiging (in het vorige hoofdstuk) ook de onvolledige rechtvaardiging in beeld is gebracht, is het tijd stil te staan bij het laatste type rechtvaardigingen: de voorwaardelijke rechtvaardiging. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

86 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3. Vaste leer, zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396, *NJ* 2014/467.

87 Zie hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*), waar de omstandigheden worden besproken, mede in verband met de proportionaliteitseis, zie par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).

5 De voorwaardelijke rechtvaardiging

5.1 VOORAF

5.1.1 Bevoegdheid en onzekerheid

In de voorgaande hoofdstukken waren de volledige en de onvolledige rechtvaardigingen aan de orde.

In dit hoofdstuk wordt de derde en laatste groep rechtvaardigingen besproken: de groep die ik de voorwaardelijke rechtvaardigingen noem. Het gaat om bevoegdheden die het voor de handelende mogelijk maken op een bepaald moment te handelen, maar waarbij het voortbestaan van die bevoegdheid op het moment van de handeling niet zeker is. De handelende baseert zich in dat geval dus op een 'wankele' bevoegdheid.

5.1.2 Enkele voorbeelden

Een voorbeeld van een dergelijke rechtvaardiging is de bevoegdheid tot het leggen van conservatoir beslag, voorafgaand aan de procedure met betrekking tot de zaak waarop beslag is gelegd:

> 'In het algemeen fungeert het als een middel een of meer delen van het vermogen van de beslagene te blokkeren. Beslag heeft tot gevolg dat de beslagene de bevoegdheid verliest om over het beslagen goed te beschikken. De beslagene kan het goed, hangende de procedure waarin de pretenties van de beslaglegger op hun juistheid worden onderzocht of hangende de maatregelen die genomen moeten worden om tot uitwinning te komen, niet vervreemden.'[1]

De mogelijkheid tot het leggen van beslag is de bevoegdheid van de beslaglegger een zaak te onttrekken aan de beschikkingsmacht van de beslagene, iets wat in een andere situatie een inbreuk op het eigendomsrecht van de beslagene zou opleveren. Doel van het conservatoire beslag is die zaak voor de beslaglegger veilig te stellen, totdat duidelijkheid is verkregen over de rechtspositie van beide partijen. Dat betekent dat ten tijde van het leggen van het beslag

---

1 F.H.J. Mijnssen, *Algemene aspecten van beslag en executie* (preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap), Deventer: Kluwer 1983, p. 3.

helemaal niet duidelijk is *of* de beslaglegger in het gelijk zal worden gesteld. Maar met het beslag kan de beslaglegger bereiken dat, *als* hij in het gelijk wordt gesteld, hij in ieder geval over de zaak zal kunnen beschikken. Zonder het beslag zou de rechthebbende de zaak hangende de procedure immers volkomen rechtmatig kunnen vervreemden en daarmee een eventueel verhaal illusoir kunnen maken.

Maar een probleem doet zich voor wanneer de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak wordt afgewezen.[2] Het beslag vervalt van rechtswege als deze afwijzing in kracht van gewijsde is gegaan.[3] En de beslaglegger is aansprakelijk voor de schade van de beslagene. Algemeen wordt aangenomen dat deze aansprakelijkheid gegrond is op onrechtmatige daad.[4] Hoe is dat te rijmen met de bevoegdheid die de wet uitdrukkelijk toekent aan de beslaglegger om het goed te beslaan?[5]

Het zelfde probleem doet zich voor bij de executant die een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis ten uitvoer legt, terwijl de beroepstermijn nog niet is verlopen, of zelfs al hoger beroep tegen het vonnis is ingesteld.[6] En bij de executant van een kort geding vonnis, terwijl de bodemprocedure nog loopt. Beide executanten hebben de bevoegdheid het oorspronkelijke vonnis te executeren,[7] maar nemen daarbij het risico dat het vonnis waarop zij hun handelen baseren, later wordt vernietigd of opzij gezet.

Hiermee te vergelijken is de situatie waarin de overheid strafvorderlijk optreedt tegen iemand jegens wie een 'redelijk vermoeden van schuld' (vgl. art. 27 Sv) bestaat. Ten tijde van het optreden bestaat nog geen zekerheid over de juistheid van het vermoeden; pas gedurende het verloop van de strafprocedure kan duidelijk worden of het vermoeden wordt bevestigd. Ook hier wordt dus vooruitgelopen op een latere uitkomst. En ook hier is de grondslag van de aansprakelijkheid in het geval het vermoeden uiteindelijk niet wordt bevestigd – in de zin dat de verdachte onschuldig blijkt – onrechtmatige daad,[8]

---

2 Of als de eis in de hoofdzaak niet wordt ingesteld. De eis in de hoofdzaak móet worden ingesteld na een gelegd beslag en wel binnen een bepaalde termijn, zie art. 700 lid 3 Rv en HR 3 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0347, *NJ* 2004/557 (*Ontvanger/Heelhorst*) en HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2587, *NJ* 2007/103 (*Wessex/Itera*).

3 Zie artikel 704 lid 2 Rv.

4 Vaste jurisprudentie sinds HR 27 december 1929, ECLI:NL:HR:1929:287, *NJ* 1930, p. 1433. Zie ook (i.v.m. executoriaal beslag) HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*).

5 Over deze kwestie recentelijk uitvoerig: Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020.

6 Zoals bijv. in HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189 (*Oyster Pond*).

7 Zie voor het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis: art. 233 Rv (de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking: art. 288 Rv) en het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde kort geding vonnis: art. 258 Rv, jo 430 e.v. Rv.

8 Zie bijv. HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346 (*Staat/politiebeambte S*) en HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*). Vaste leer sinds HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1355, *NJ* 1995/727. Let wel: de hier besproken situatie

terwijl het optreden aan het begin van de strafvorderlijke gang als gerechtvaardigd en rechtmatig wordt aangemerkt.

5.1.3 Verschil met de onvolledige rechtvaardiging

De zojuist geschetste gevallen tonen een zekere gelijkenis met de bevoegdheden die in het vorige hoofdstuk zijn beschreven. Ook bij de daar besproken onvolledige rechtvaardigingen heeft de handelende ten tijde van de schade veroorzakende handeling immers een bevoegdheid tot de handeling. En uiteindelijk schiet ook die bevoegdheid tekort om de daad te rechtvaardigen.

Het verschil tussen beide typen bevoegdheid is echter dat het bij de onvolledige rechtvaardiging gaat om een bevoegdheid die ten tijde van het handelen weliswaar aanwezig is en blijft, maar *op zichzelf* tekort schiet om het handelen volledig te rechtvaardigen. Bij de bevoegdheid die in dit hoofdstuk wordt beschreven, gaat het om een bevoegdheid die ten tijde van het schade toebrengende handelen op zichzelf compleet is, maar waarbij niet zeker is of de rechtsverhouding waarop zij is gebaseerd, blijft *voortbestaan*.

5.1.4 Schuld en toerekening?

In de literatuur wordt het probleem van het beslag dat later ten onrechte blijkt te zijn gelegd, of de executie van een vonnis dat later wordt vernietigd, traditioneel bijna uitsluitend behandeld bij het onderwerp schuld en toerekening op grond van artikel 6:162 lid 3.[9] Dat is opmerkelijk. Bezien vanuit het leerstuk schuld en toerekening is er namelijk nauwelijks sprake van een bijzonder probleem. Wie willens en wetens een handeling begaat waartoe hij een bepaalde bevoegdheid nodig heeft, zonder dat zeker is dat hij die bevoegdheid houdt, neemt zelf het risico dat de bevoegdheid uiteindelijk toch niet blijkt te bestaan. In dit opzicht verschilt het handelen van de beslaglegger of de voortijdige executant niet van de vergunninghouder die alvast gaat bouwen in afwachting van de definitieve vergunning en later moet ondervinden dat de vergunning

---

moet worden onderscheiden van de in par. 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*), waar de gevolgen jegens *derden* aan de orde waren.

9 Aldus *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/110, die het probleem bespreekt bij dwaling omtrent de feiten in verband met toerekening op grond van de verkeersopvattingen ex artikel 6:162 lid 3 BW. Zie ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162, lid 3, aant. 43 e.v. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat de executant van een voorlopig vonnis in een heel andere situatie verkeert dan wie ten onrechte meent dat hij eigenaar is van een zaak die hij beschadigt, of de automobilist die geen voorrang verleent op een punt waar hij geen zijstraat kan vermoeden (*Asser-Sieburgh 6-IV* 2019/110, eerste alinea). De eigenaar en de automobilist gaan uit van een onjuiste voorstelling van zaken. De executant heeft geen onjuiste voorstelling: hij weet alleen niet zeker of de stand van zaken blijft zoals deze nu is.

wordt vernietigd.[10] Dat het risico van gokken[11] wordt toegerekend aan de gokker, is evident.

5.1.5 Onrechtmatigheid?

Moeilijker is het probleem in te kaderen in het leerstuk binnen een ander vereiste van artikel 6:162: dat van de onrechtmatigheid.

De bevoegdheid waarop de beslaglegger of de executant zijn handelen baseert, is van invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling. In principe is het handelen van de beslaglegger en executant rechtmatig. Als de bevoegdheid waarop het handelen was gebaseerd later wegvalt, heeft dat invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid. Het handelen van de beslaglegger en executant wordt dan – achteraf bezien – als onrechtmatig beschouwd. En precies daarin ligt de kern van de moeilijkheid om de bevoegdheid van de beslaglegger en executant te karakteriseren. Is hun handelen nu rechtmatig, vanwege het bestaan van de bevoegdheid? Of is het onrechtmatig, vanwege het – achteraf – wegvallen van die bevoegdheid?

Alle reden om dit type bevoegdheden en hun gevolgen voor het oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van de handeling nader te beschouwen in verband met de grondslag van de aansprakelijkheid.

5.2 Grondslag van de aansprakelijkheid

5.2.1 Inleiding

De beslaglegger en de executant die zich baseren op een bevoegdheid die later wordt vernietigd, zijn aansprakelijk voor de schade die zij door hun beslag respectievelijk executie hebben toegebracht.

De rechtvaardiging daarvoor kan worden gevonden in de omstandigheid dat degene die beslag legt dat nog van waarde moet worden verklaard, *weet* dat het niet zeker is dat het beslag inderdaad van waarde zal worden verklaard. De beslaglegger heeft de bevoegdheid om te handelen, vooruitlopend op zijn nog – definitief – te halen gelijk. Daarbij neemt hij het risico dat hij dat gelijk uiteindelijk niet zal krijgen, en dat hij dus zal blijken te zijn vooruitgelopen op iets wat uiteindelijk niet is gekomen. Dat geldt ook voor wie

10 De houder van een bouwvergunning die reeds met bouwen begint voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd op grond van een door belanghebbende(n) ingesteld bezwaar of beroep, heeft de door zo'n vernietiging ontstane schade in beginsel geheel aan zijn eigen schuld te wijten, zie HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, *NJ* 1997/396 (*Gemeenschappelijk Eigendom/gemeente Den Haag*).

11 In dit geval: gokken op het voortbestaan van een bepaalde bevoegdheid.

executeert binnen de beroepstermijn of hangende de appelprocedure, of voor wie een kort geding-vonnis executeert. Die executant weet dat de uitspraak waarop hij zijn handelen baseert, kan worden vernietigd, en dat hij dan aansprakelijk zal zijn voor de schade die zijn wederpartij door de voortijdige executie lijdt.

Als grondslag voor die aansprakelijkheid zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Omdat in dit hoofdstuk wordt uitgegaan van een normaal gebruik van de besproken bevoegdheden, blijft misbruik van bevoegdheid als grondslag van aansprakelijkheid buiten beschouwing.[12]

5.2.2 Rechtmatige daad

Volgens Slagter is de grondslag van de aansprakelijkheid van de executant van een vonnis een rechtmatige daad:

> 'Executie van een vonnis ten gronde is m.i. rechtmatig, ook al wordt dit in hoger beroep vernietigd, tenzij men van misbruik van recht kan spreken. Deze vernietiging doet aan de rechtmatigheid evenmin iets af, als het "omgaan" van de Hoge Raad het karakter van de reeds uiteindelijk berechte handelingen verandert.'[13]

Op de mogelijkheid van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad van de executant wordt ook – en met kennelijke instemming – gewezen door Vranken.[14] Hij constateert:

> 'Het aantal gevallen waarin het gewrongen aandoet om te werken met de traditionele onrechtmatigheidscategorieën van (thans) art. 6:162 BW is de laatste tijd sterk toegenomen.'[15]

12 Daarover bijv. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, *NJ* 2003/440 (*Hoda/Mondi Foods*), r.o. 4.5.2.

13 Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding* (diss.) 1952, p. 98. Voor de executie van een kort geding vonnis ligt het volgens Slagter anders. Het vonnis in kort geding ziet Slagter slechts een ordemaatregel, waarbij de rechterlijke uitspraak geen rechtvaardiging geeft. Of de executie rechtmatig was of niet, wordt pas in het geding ten gronde uitgemaakt (*De rechtsgrond van de schadevergoeding* (diss) 1952, p. 99). Deze onderscheiding verdient mijns inziens geen navolging. Op een kort geding vonnis hoeft immers niet per definitie een bodemprocedure te volgen. Als de bodemprocedure niet volgt, blijft het karakter van de executie van het kort geding vonnis (in de visie van Slagter) onzeker. Dat is niet wenselijk.

14 Vranken, in zijn bespreking van het hierna, in par. 5.3.2 (*Handelen zonder recht of titel*) te behandelen proefschrift van A.A. Van Rossum, *Boekbespreking* 1992, p. 495-498.

15 Vranken, *Boekbespreking* 1992, p. 497.

Vranken stelt daarbij de retorische vraag

> 'of de ontwikkelingen ook op andere terreinen inmiddels niet zo ver zijn voortgeschreden dat het aansprakelijkheidsrecht kan/moet worden uitgebreid met een aansprakelijkheid uit *rechtmatige daad*'.[16]

Mijn bezwaar tegen deze benadering is al verwoord in het vorige hoofdstuk. Het is gericht tegen de principiële onjuistheid van de gedachte dat de uitoefening van een bevoegdheid als logisch gevolg zou hebben dat de handeling dus rechtmatig is. Het enkele bestaan van een bevoegdheid tot handelen impliceert nog geen rechtmatigheid, zo heb ik verdedigd.

Bij de executie van een nog niet onherroepelijk vonnis of bij het leggen van een beslag geldt het genoemde bezwaar overigens nog sterker dan in de situatie die in het vorige hoofdstuk is besproken, waarbij de handelende zich op een onvolledige rechtvaardiging beroept. Bij een onvolledige rechtvaardiging heeft iemand gehandeld op grond van een bevoegdheid die hij heeft en houdt. Alleen is die bevoegdheid niet geheel toereikend of schort iets aan de wijze waarop de handelende die bevoegdheid heeft uitgeoefend. Bij de executie van een vonnis dat later wordt vernietigd, of het leggen van een beslag dat niet van waarde wordt verklaard, loopt de handelende vooruit op zijn nog te halen gelijk, maar krijgt hij uiteindelijk *volledig ongelijk* – en het risico daarop was hem bekend op het moment van handelen.

Daarbij kan nog worden gewezen op een ander theoretisch bezwaar tegen de gedachte van rechtmatigheid in gevallen als deze, en daarop is al in 1914 gewezen door Paul Scholten: niet goed is te verklaren dat de rechtmatigheid van de beslaglegging en executie van een vonnis afhankelijk is van een latere gebeurtenis, namelijk de uitspraak in de bodemprocedure of hoger beroep/cassatie.[17]

Wanneer men spreekt van 'gewrongen' constructies, is het goed stil te staan bij de positie van de handelende partij, de executant, die een definitieve uitspraak niet belieft af te wachten, maar vooruitlopend op die uitspraak alvast gaat executeren, en uiteindelijk ongelijk krijgt in de definitieve uitspraak. Als iets wringt, dan is het toch dit – achteraf gebleken onterechte – gebrek aan geduld, waardoor aan de wederpartij schade wordt toegebracht, aan te merken als rechtmatig – in de zin van zorgvuldig – handelen. Dat zelfde geldt voor de handelende die een beslag legt dat uiteindelijk geen stand kan houden, waardoor aan de beslagene schade wordt berokkend. Het is volstrekt gekunsteld te zeggen dat deze beslaglegger rechtmatig handelt. Rechtmatig is juist het handelen van de beslagene, die zijn goed moet verdedigen tegen de preten-

16 Vranken, *Boekbespreking* 1992, p. 497, cursivering in origineel.

17 P. Scholten, 'De "schuld" in de leer der onrechtmatige daad', *WPNR* 1914/2310 1914, p. 66, l.k.

ties van de beslaglegger en door de laatste wordt gedwongen tot het voeren van een – naar later blijkt: zinloze – kostbare procedure.

5.2.3 Risicoaansprakelijkheid

Een andere grondslag wordt wel gevonden in risicoaansprakelijkheid, een term die op twee manieren is op te vatten. Enerzijds in de beperkte zin van aansprakelijkheid zonder dat schuld vereist is, waarbij toerekening op grond van wet of verkeersopvattingen plaatsvindt. Anderzijds in de ruime zin van aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid.[18]

In verschillende West-Europese landen wordt in de hierboven beschreven gevallen (van executie van een vonnis etc.) een risicoaansprakelijkheid van de handelende aangenomen in de ruime zin van aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid en schuld.

Het Duitse wetboek kent een wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de beslaglegger en executant, in § 717-2 en 945 Zivilprozessordnung (ZPO). Daarbij regelt § 717-2 ZPO de vergoedingsplicht bij de executie van eindoordelen die 'für vorläufig vollstreckbar erklärt' zijn (dus uitvoerbaar bij voorraad verklaard) en § 945 ZPO bij de executie van kort gedingvonnissen en opgeheven beslagen. In beide gevallen rust op de executant/beslaglegger een verplichting de wederpartij schade te vergoeden. Deze aansprakelijkheid wordt als een risicoaansprakelijkheid beschouwd. Het gaat namelijk om

> 'verschuldensunabhängige Haftung'.[19]

Ook het Belgisch wetboek kent een expliciete regeling van de tenuitvoerlegging van een voorlopig vonnis. In artikel 1398 lid 1 Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) is geregeld dat de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen kan toestaan (behoudens uitzonderingen die de wet bepaalt).[20] Lid 2 van artikel 1398 Ger.W. voegt daaraan toe:

> 'De tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt niettemin alleen op risico van de partij die daartoe last geeft en onverminderd de regels inzake kantonnement.'[21]

---

18 Vgl. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 403.

19 Zöller, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, § 717-2 Rn 3, II (Herget). Daarbij wordt gehandeld op risico („auf Gefahr") van de executant, zie Zöller, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, § 945 Rn 3 (Vollkommer).

20 Over artikel 1398 lid 1 Ger.W. Zie de annotatie van Laenens onder Hof van beroep Antwerpen 27 september 1989, *R.W.* 1990-1991, p. 299-300. Zie verder *Becommentarieerd Wetboek Gerechtelijk recht*, bijgewerkt door Kurt Van Damme 1999-2000, p. 653-654. Het betreft een vorm van 'foutloze risicoaansprakelijkheid', J. Laenens, *Handboek Gerechtelijk recht* 2016, p. 2016.

21 Kantonnement is een geldsom die de schuldenaar in bewaring kan geven, als waarborg voor de schuld in hoofdsom, rente en kosten. Zie artikel 1403 e.v. Ger.W.

Het Hof van Cassatie legt dit tweede lid als volgt uit:

> 'Dat daaruit volgt dat de partij die een dergelijk vonnis doet uitvoeren, bij gehele of gedeeltelijke hervorming of vernietiging ervan, boven de teruggave van hetgeen zij ingevolge de hervormde of vernietigde beslissing heeft ontvangen, de schade dient te vergoeden die door de enkele tenuitvoerlegging is ontstaan, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek is vereist.'[22]

De aansprakelijkheid van de executerende partij wordt beschouwd als een zuivere risicoaansprakelijkheid. Broeckx spreekt van een 'foutloze' aansprakelijkheid, die moet worden gesteld tegenover aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,[23] en los van schuld.[24]

In de Nederlandse rechtspraak komt men de term risicoaansprakelijkheid in dit verband wel tegen,[25] maar het begrip wordt dan in enge zin gebruikt, om aan te geven dat wordt gehandeld op eigen risico.[26] Met de term risicoaansprakelijkheid wordt hier echter, anders dan in België, geen aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid aangeduid: in Nederland is de grondslag van aansprakelijkheid voor dit type gevallen onrechtmatige daad.[27] De term risicoaansprakelijkheid geeft dan aan – het is zojuist opgemerkt – dat de beslaglegger op eigen risico handelt, en dat de schade hem om die reden wordt toegerekend.

Zo overweegt de Hoge Raad met betrekking tot het *conservatoir beslag*:

> 'dat degene die een conservatoir beslag legt, voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade – bijzondere omstandigheden daargelaten – door hem moet worden vergoed, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet

22 Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 184-185.

23 K. Broeckx, noot onder Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 186-188.

24 A. van Oevelen & D. Lindemans, 'Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter', *TvPr.* 1985, p. 1051-1100, m.n. 1064-1067. Vgl. voor het Belgisch recht ook Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 216, die tot dezelfde conclusie komt.

25 Zie bijv. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, *NJ* 2003/440 (*Hoda/Mondi Foods*), r.o. 4.5.2: 'Op de beslaglegger rust een risicoaansprakelijkheid voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering geheel ongegrond is'.

26 Zie bijv. de conclusie van A-G Langemeijer voor het in de vorige noot aangehaalde arrest: 'De aangehaalde arresten zien op de situatie waarin de vordering geheel ongegrond is bevonden. De Hoge Raad oordeelt in zodanige gevallen dat degene die een beslag legt en handhaaft op eigen risico handelt en, bijzondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade dient te vergoeden indien het beslag achteraf ten onrechte gelegd blijkt te zijn, óók in het geval hij op verdedigbare gronden van zijn vordering overtuigd was en niet lichtvaardig heeft gehandeld'.

27 Zie daarover de volgende paragraaf, par. 5.2.4 (*Onrechtmatige daad*).

> kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld'.[28]

Evenzo overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de *executie van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis*:

> 'Het risico van tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog geen kracht van gewijsde heeft, is (...) voor de executant.'[29]

De term 'risico' geeft in deze uitspraken (uitsluitend) aan waarom de schade aan de executant wordt toegerekend, dus waarom de schade voor zijn rekening komt in de zin van artikel 6:162 lid 3. Vóór 1992 was voor die toerekening schuld vereist – vergelijk de volgende uitspraak, met betrekking tot een *later vernietigd kort geding vonnis*. De Hoge Raad geeft eerst zijn oordeel omtrent de onrechtmatigheid van de (dreiging met) executie. Omtrent de schuld voegt de Hoge Raad daaraan de volgende overweging toe:

> 'Voorts mag er, gegeven de aard van het k.g.-vonnis, van worden uitgegaan dat degeen die (…) met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op – kort gezegd – een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden.'[30]

In de Nederlandse rechtspraak wordt het handelen van de executant of beslaglegger dus toegerekend. Daarmee is evenwel nog (steeds) geen antwoord gegeven op de vraag naar de grondslag van de aansprakelijkheid.

5.2.4 Onrechtmatige daad

Naar Nederlands recht is de grondslag voor aansprakelijkheid onrechtmatige daad. Zo overwoog de Hoge Raad met betrekking tot een *executoriaal beslag*:

> 'Bijzondere omstandigheden daargelaten, is de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt.'[31]

---

28 HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, *NJ* 1965/331 (*Snel c.s./Ter Steege*), p. 1192, r.k.

29 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, *NJ* 1999/381 (*Meccano/Remco Toys c.s.*), r.o. 3.5.

30 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG4901, *NJ* 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4. Herhaald in HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, *NJ* 2008/225.

31 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*), r.o. 4.2. Over een niet aannemelijk gemaakte vordering waarvoor conservatoir beslag was gelegd: zie het oordeel van het hof, weergegeven in HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, *NJ* 2011/309 (*Administratiekantoor/Huber c.s.*), r.o. 3.2.2.

Voor het ten uitvoer leggen van een *nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis* moet volgens de Hoge Raad

> 'in beginsel worden aangenomen dat de partij die door dreiging met executie van dwangsommen de veroordeelde heeft gedwongen tot medewerking aan uitvoering van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis, voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, onrechtmatig heeft gehandeld en deswege schadeplichtig is, wanneer het vonnis met de daarin begrepen veroordeling in hoger beroep wordt vernietigd'.[32]

En ook voor het dreigen met *executie van een kort gedingvonnis* dient volgens de Hoge Raad:

> 'in beginsel te worden aangenomen dat degeen die door dreiging met executie zijn wederpartij heeft gedwongen zich naar een in k.g. gegeven verbod te gedragen, onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in het bodemgeschil, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich van de desbetreffende handelingen onthield'.[33]

Onrechtmatige daad is dus de grondslag voor de vergoeding van schade die door de handeling – dreigen met executie – wordt geleden. Hoe is deze onrechtmatigheid te rijmen met de bevoegdheid tot de handeling?

5.3 Onrechtmatige daad: dogmatische onderbouwing

5.3.1 De bevoegdheid en de onrechtmatigheid

De Nederlandse rechtspraak grondt de aansprakelijkheid van de beslaglegger of executant dus op onrechtmatige daad. Die grondslag heeft iets ongemakkelijks als men bedenkt dat de handelende executant of beslaglegger de *bevoegdheid* heeft tot de executie of het leggen van beslag. Het is lastig te beredeneren waarom men ondanks de aanwezigheid van die bevoegdheid toch onrechtmatig zou handelen. De frictie tussen de aanwezigheid van de bevoegdheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt beschreven door Broeckx voor het Belgische recht. Over de aansprakelijkheid uit artikel 1382-1383 Belgisch BW (onrechtmatige daad) schrijft zij:

---

32 HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, *NJ* 1999/367 (*Meewerken aan akte van verdeling*), r.o. 3.3. Zie ook de conclusie van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense, onder 5. Zie ook de annotatie van Snijders bij HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, *NJ* 2000/603 (*strafvorderlijke inbeslagname van varkens*), m.nt. H.J. Snijders onder 3.b.

33 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG4901, *NJ* 1985/547 *(Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4. Zie ook de annotatie van Brunner bij het arrest die onder 1. voor verschillende executie- en beslagcasus de onrechtmatigheid bespreekt.

> 'Deze grondslag valt (…) moeilijk te verdedigen. De fout van de executant kan niet gelegen zijn in het enkele feit tot executie te zijn overgegaan, aangezien de begunstigde over een uitvoerbare titel beschikte die hem daartoe machtigde. Het gebruik maken van een mogelijkheid die door de wet of de rechter op een wettige wijze is toegestaan, kan op zichzelf beschouwd bezwaarlijk als een onrechtmatige daad worden bestempeld. Er is geen sprake van een onrechtmatige daad aangezien de legitimatie van het rechterlijk vonnis in dit geval zeer sterk is.'[34]

Kort gezegd is de gedachte deze: er kan niet onrechtmatig gehandeld zijn, omdat sprake was van een sterke bevoegdheid – de rechterlijke uitspraak. Die redenering (bevoegdheid dus rechtmatigheid) is in het vorige hoofdstuk verworpen,[35] maar zij brengt wel helder tot uitdrukking waarom de onrechtmatigheid van het handelen van de executant of beslaglegger niet evident is.

Natuurlijk kan men de onrechtmatigheid verklaren vanuit het feit dat het uiteindelijke vonnis – in hoger beroep, of in de bodemprocedure na een kort geding – met terugwerkende kracht het vonnis vernietigt waarop de handelende zijn handelen had gebaseerd. Daardoor heeft achteraf bezien de bevoegdheid tot handelen van de executant nimmer bestaan, en is dus sprake van handelen zonder bevoegdheid – een onrechtmatige daad.[36] Dat is juist. Maar daarbij moet worden bedacht dat de handelende *ten tijde van zijn handelen* de bevoegdheid bezat waarop hij zijn handelen baseerde. In zijn conclusie voor HR 6 april 1962 bespreekt Langemeijer instemmend de heersende leer, maar wijst op het bezwaar ervan:

> 'Het is intussen niet te ontkennen, dat uit dogmatisch oogpunt die uitkomst zwakke zijden vertoont, deze namelijk dat onrechtmatig wordt geoordeeld een handelwijze, die, toen zij geschiedde, steun in de wet vond.'[37]

Daarom is in de literatuur gezocht naar een (nadere) onderbouwing van de onrechtmatigheid van de handeling.

5.3.2 Handelen zonder recht of titel

In haar proefschrift over de aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen gaat Van Rossum uit van een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de executant. De verkla-

---

34 K. Broeckx, noot onder Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 186, r.k.

35 Omdat de enkele aanwezigheid van een bevoegdheid de handeling nog niet tot een rechtmatige behoeft te maken, zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

36 Althans: wanneer daarbij schade wordt toegebracht aan een ander.

37 P.-G. Langemeijer, conclusie voor HR (Strafkamer) 6 april 1962, ECLI:NL:PHR:1962:AB5189, *NJ* 1965/115 (*Drefvelin/Wientjes*), p. 454, l.k, met verwijzing naar Kamphuisen, *De positie van partijen na vonnis in kort geding*, *NJB* 1943, p. 21.

ring van de onrechtmatigheid zoekt zij in het feit dat 'zonder recht of titel'[38] is gehandeld:

> 'Ik kom tot de conclusie dat de executant door een naderhand ten onrechte gegeven vonnis tenuitvoer te leggen, onrechtmatig heeft gehandeld. "Onrechtmatig" moet in dit verband in de oorspronkelijke betekenis van zonder-recht-handelen worden opgevat.'[39]

Met de verklaring dat (achteraf beschouwd) zonder recht is gehandeld, is inderdaad te beredeneren waarom de executant aansprakelijk is. Achteraf beschouwd ontbreekt de titel voor het handelen van de executant immers.

Maar met deze redenering wordt volledig voorbij gegaan aan het feit dat de executant op het moment van zijn handelen wel degelijk het recht tot executie had. Hij beschikte over de geldige titel voor de executie: het vonnis waarin hij in het gelijk werd gesteld. Aan deze werkelijkheid doet Van Rossum, die concludeert tot een 'zonder-recht-handelen', met haar verklaring geen recht.

Een betere verklaring voor de aansprakelijkheid van de executant vindt men wanneer men de bevoegdheid van de executant niet (achteraf) ontkent, maar die bevoegdheid op de juiste wijze karakteriseert: als een voorwaardelijke bevoegdheid. Ik kom daarop zo dadelijk terug.

5.3.3 De variërende status van de rechtsbetrekking

Een apart standpunt in de discussie over de grond van de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de executant van een later vernietigd vonnis wordt verdedigd door Van der Kwaak,[40] die in zijn visie wordt bijgevallen door Sieburgh.[41] Van der Kwaak heeft – als een van de weinige auteurs – een volledige theorie over de aansprakelijkheid bij een weggevallen rechtvaardiging, om welke reden hij uitgebreide bespreking verdient.

Van der Kwaak gaat uit van de gedachte dat

> 'de kwalificatie van een handeling op het moment dat zij wordt verricht niet altijd vast *kàn* staan. Het bestaan en de inhoud van een rechtsbetrekking kunnen onzeker zijn.'[42]

Zo'n onzekerheid doet zich voor in de hierboven genoemde gevallen, zoals dat van de executant die zich baseert op een vonnis dat nog niet in kracht

38 Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 60, bovenaan.
39 Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 60. Zie ook p. 58 en 221.
40 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481-486. De basis voor zijn beschouwingen is reeds te vinden in zijn proefschrift *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss.) , p. 134-136.
41 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 31, 134, 164.
42 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k. Cursivering in origineel.

van gewijsde is gegaan. De onzekerheid kan volgens Van der Kwaak ook een andere oorzaak hebben, zoals in het geval van een rechtshandeling die vernietigbaar is, of een feitelijke handeling waarvan pas uit latere omstandigheden blijkt of deze rechtmatig of onrechtmatig is. In al deze gevallen wordt de onzekere rechtsbetrekking op een later moment zeker, aldus Van der Kwaak.[43] Tot die tijd is de handeling voorwaardelijk rechtmatig.[44] Van der Kwaak beschrijft op welke wijze de status van de rechtsbetrekking precies varieert:

> 'Subjectieve rechten en daaraan verbonden bevoegdheden hebben in de processituatie een variërende status van een als gevolg van betwisting ontstane onzekere rechtstoestand (er is nog geen executoriale titel) naar een rechtstoestand die als enigermate vaststaand is te beschouwen (er is een executoriale titel die nog geen kracht van gewijsde heeft gekregen), om te eindigen met een rechtstoestand die volstrekt zeker is (er is een executoriale titel met kracht van gewijsde).'[45]

De uiteindelijke zekerheid ontstaat meestal door een rechterlijk oordeel[46] over de situatie, namelijk als de kwalificatie omtrent de rechtsbetrekking definitief wordt vastgesteld. Zij kan ook door partijen worden 'gecreëerd', bijvoorbeeld door een dading.[47] In alle gevallen is in de visie van Van der Kwaak een belangrijke rol weggelegd voor het procesrecht:

> 'Rechten kunnen (…), zij het tijdelijk, onzeker zijn, dikwijls door betwisting. Op zo'n moment stagneert het zelfregulerende systeem van het burgerlijk recht en verandert de aard van de rechtsbetrekking. Met behulp van het burgerlijk procesrecht wordt de rust hersteld en ontstaat opnieuw zekerheid.'[48]

In het betoog van Van der Kwaak wordt in elk geval het dilemma duidelijk. De executant of beslaglegger verricht een handeling waartoe hij op dat moment bevoegd is. Maar niet zeker is dat die bevoegdheid zal blijven bestaan. Anders dan Van der Kwaak, zie ik echter het nut niet om te spreken van een voorwaardelijke rechtmatigheid. Een handeling is rechtmatig, of zij is het niet. Zij kan uiteindelijk onrechtmatig zijn, omdat de voorwaarde waarop de bevoegdheid steunde en op grond waarvan de handelende zijn handeling baseerde, niet wordt vervuld. Op die gedachte kom ik hierna nog terug.[49]

Oneens ben ik het met Van der Kwaak op enkele andere cruciale punten in zijn betoog. Met name verschil ik met hem van mening over de variërende status van de rechtsbetrekking en de daarmee samenhangende 'onzekere

43 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k.
44 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 482, l.k.
45 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 482, r.k.
46 Althans door het in kracht van gewijsde gaan van zo'n oordeel.
47 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 483, l.k.
48 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 486, r.k.
49 In par. 5.4 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging nader beschouwd*).

rechtstoestand', en over de kwalificatie van de handeling waaromtrent in rechte nog niets is vastgesteld. Ik zal dat nu uiteenzetten.

Ik begin met wat Van der Kwaak de onzekere status van de rechtsbetrekking noemt. Wanneer een subjectief recht door een ander wordt betwist, ontstaat eerst zekerheid als een executoriale titel, die dat recht voor vaststaand verklaart, kracht van gewijsde heeft gekregen, aldus Van der Kwaak.[50] In de tussentijd is de status weliswaar onzeker volgens Van der Kwaak, maar dat is tijdelijk.

Die gedachte is mijns inziens onjuist, en dat blijkt wanneer men bijvoorbeeld denkt aan de executie van een kort geding-vonnis. Wanneer de winnende partij een kort gedingvonnis executeert, is de status van de rechtsbetrekking onzeker in de visie van Van der Kwaak. Niet zeker is immers dat het vonnis stand zal houden in de bodemprocedure. Maar wat als geen bodemprocedure volgt? Dan komt geen verandering in wat Van der Kwaak de *tijdelijk onzekere status* noemt. Dat verandert niet door het feit dat het kort geding vonnis in kracht van gewijsde gaat. Want het kort geding-vonnis heeft een voorlopig karakter,[51] dat volgens Van der Kwaak aan de onzekerheid geen einde maakt. In dat geval heeft de rechtsbetrekking in de terminologie van Van der Kwaak een *blijvend onzeker* karakter, wat in strijd is met Van der Kwaaks aanname dat de onzekerheid altijd tijdelijk is. Men kan redeneren dat de onzekerheid in zo'n geval is opgeheven door de kennelijke berusting van de wederpartij, die de mogelijkheid van hoger beroep (of het starten van een bodemprocedure) onbenut heeft gelaten. Maar dat enkele feit brengt geen verandering in de *rechtsbetrekking* die partijen hebben. De berusting door de wederpartij maakt hooguit een einde aan de onzekerheid *die de executant heeft* over de vraag of de titel waarop hij zijn handelen baseerde onaangetast zal blijven of niet.

En daarmee kom ik op de kern van wat Van der Kwaak stelt. De onzekerheid die hij beschrijft, is niet de *juridische* onzekerheid over 'de mate waarin bestaan en inhoud van een rechtsbetrekking vaststaan'. Het is uitsluitend de *feitelijke* onzekerheid die partijen hebben of hun visie op de rechtsbetrekking de juridisch juiste zal blijken te zijn. Maar dat probleem doet zich voor bij ieder geschil tussen partijen. En het feit dát partijen dat geschil hebben, en uiteindelijk misschien ook aan de rechter voorleggen, beïnvloedt het vaststaan van hun rechtsbetrekking – of de mate waarin deze vaststaat – niet.

De onjuistheid van de gedachte van Van der Kwaak blijkt ook wanneer men het karakter van het rechterlijk oordeel in de beschouwing betrekt. De rechter die in hoger beroep het vonnis van de lagere rechter bevestigt of

50 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k.
51 Aldus ook Van der Kwaak, onder verwijzing naar art. 292 (oud, nu: 254 jo 257) Rv.

vernietigt,[52] maakt geen eind aan een onzekere rechtsbetrekking, maar stelt vast hoe de rechtsbetrekking is en was.[53] Door dat oordeel verandert dus niet de status van de rechtsbetrekking, maar hooguit de eventuele onzekerheid die partijen over die rechtsbetrekking hadden. Ik schreef dat hierboven al. Mijns inziens voegt Van der Kwaak aan de vraag naar het waarom van de aansprakelijkheid in de situatie van een vernietigd vonnis en dergelijke, in wezen niets anders toe dan de (op zichzelf juiste) stelling dat onzekerheid bestaat voor partijen over hoe hun rechtsbetrekking uiteindelijk zal worden gekwalificeerd door de rechter.

Oneens ben ik het verder, en daarmee kom ik op het tweede punt, met de kwalificatie die Van der Kwaak hecht aan de handeling waaromtrent in rechte nog niets is vastgesteld. Zo'n handeling is voorwaardelijk rechtmatig in de visie van Van der Kwaak. Als voorbeelden van zulke handelingen noemt Van der Kwaak niet alleen de executie van een kort geding vonnis of een ander vonnis dat aan vernietiging bloot staat; hij schetst ook een parallel met vernietigbare rechtshandelingen. Een vernietigbare rechtshandeling is geldig, totdat zij wordt vernietigd. Volgens Van der Kwaak is dat een 'voorwaardelijke geldigheid'.[54]

De redenering van Van der Kwaak doet denken aan de formulering van Paul Scholten. Die schreef in 1914 over de aansprakelijkheid van de beslaglegger:

> 'Het recht veroorlooft de daad uitdrukkelijk, (…) hoe kan men zoo'n handeling onrechtmatig heeten? Ik meen dat het antwoord op deze vraag moet worden gezocht door te onderscheiden naar het tijdstip, naar hetwelk de handeling beoordeeld wordt. Op het ogenblik dat de handeling verricht wordt is zij geoorloofd. (…) Zij is dus rechtmatig, verzet ertegen is strafbaar. Intusschen kan het karakter van rechtmatigheid slechts onder voorbehoud worden toegekend. De wet eischt naast het voorloopige onderzoek een definitief oordeel van den rechter over de handeling. Naast de beoordeling a priori staat die a posteriori. (…) En nu kan blijken dat de handeling die op het eerste gezicht geoorloofd scheen, toch eigenlijk niet rechtmatig was. Blijkt de vordering, waarvoor het beslag was gelegd, niet te bestaan, dan wordt de van waarde verklaring geweigerd. En daarmee valt de rechtmatigheid der handeling.'[55]

Scholten spreekt niet van een voorwaardelijke geldigheid, zoals Van der Kwaak, maar wel van een 'onder voorbehoud' toekennen van 'het karakter

52 Ten overvloede: hetzelfde geldt uiteraard voor de bodemrechter die na een kort geding over de zaak oordeelt, of de rechter die zich in de hoofdprocedure uitspreekt over de gegrondheid van een gelegd beslag.

53 Over de werking van de uitspraak in hoger beroep zie *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 (Hoger beroep) 2018/7.

54 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 486, l.k.

55 P. Scholten, 'De schuld in de leer der onrechtmatige daad', *WPNR* 1914/2310, p. 166, l.k.

van rechtmatigheid'. Het is de vraag wat deze omschrijvingen bijdragen aan een beter begrip van het probleem.

Om te blijven bij de vergelijking die Van der Kwaak maakt met het contractenrecht: een vernietigbare rechtshandeling is gewoon geldig, totdat zij wordt vernietigd.[56] Door elke vernietigbare rechtshandeling voorwaardelijk geldig te noemen, wordt een enorme hoeveelheid voorwaardelijkheid in het recht geïntroduceerd. Immers: veel van de door een minderjarige gesloten overeenkomsten kunnen worden vernietigd. Maar het zou te ver voeren alle door minderjarigen gesloten rechtshandelingen als slechts voorwaardelijk geldig aan te merken. Dat zelfde geldt voor alle andere rechtshandelingen die bloot staan aan een mogelijke vernietiging op een andere grond, of nietigverklaring. Denk bijvoorbeeld aan een testament dat door een notaris ten behoeve van een oudere erflater, met een broze (geestelijke) gezondheid is opgesteld. Na overlijden van de erflater hebben de erfgenamen de mogelijkheid een dergelijk testament te laten nietig verklaren. Zij zullen daartoe moeten aantonen dat de wil van de erflater ontbrak, of dat de wil van de erflater door de notaris gezien de omstandigheden onmogelijk kan zijn getoetst.[57] Als de erfgenamen slagen in dat bewijs, zal het testament nietig verklaard worden.[58] Maar het is toch niet vol te houden dat alle testamenten die door erflaters met een broze gezondheid en op hoge leeftijd worden opgesteld slechts 'voorwaardelijk geldig' zouden zijn. Het zijn geldige rechtshandelingen, die evenwel aan de mogelijkheid van vernietiging bloot staan.[59]

Zo is ook de handeling van de executant van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis (om bij dat hierboven gegeven voorbeeld te blijven) volstrekt rechtmatig, totdat de hogere rechter het vonnis waarop hij zijn handelen baseerde, vernietigt. Niet de geldigheid van de handeling is voorwaardelijk, maar de *bevoegdheid* waarop de executant zijn handelen baseerde.

56 Zoals Van der Kwaak overigens zelf ook tot uitgangspunt neemt.

57 Zie artikel 3:33 BW. Om te toetsen of de erflater geacht moet worden zijn wil te kunnen bepalen, heeft de KNB voor de notaris een protocol opgesteld met een te volgen stappenplan, waarin een aantal factoren wordt genoemd die meebrengen dat nader onderzoek van de wilsbekwaamheid geïndiceerd is (te raadplegen via www.recht.nl). De genoemde slechte geestelijke (of lichamelijke) gezondheid van de erflater, of diens hoge leeftijd, zijn twee van die indicatoren. Over dit stappenplan Franke, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6960, *JA* 2018/7, m.n.t. Franke, onder 6.

58 Zie art. 3:32 lid 2 BW.

59 Ook Molkenboer heeft kritiek op de visie van Van der Kwaak, waarbij, in de woorden van Molkenboer wordt uitgegaan van een 'temporele rechtvaardigingsgrond'. Hij vat die kritiek zo samen: 'de rechtvaardigingsgrond is er of is er niet', zie Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020, p. 83.

5.3.4 De voorwaardelijke bevoegdheid

Degene die een vonnis executeert dat nog aan een vernietigingsmogelijkheid bloot staat, of beslag legt vooruitlopend op de hoofdprocedure, is daartoe wettelijk bevoegd.[60] Maar hij weet ook (aan het begin van dit hoofdstuk werd het al beschreven) dat zijn bevoegdheid een 'wankele' is. Zolang het definitieve oordeel in de zaak niet is gegeven, bestaat de kans hij uiteindelijk ongelijk krijgt. De handelende heeft dus (slechts) de bevoegdheid om te handelen, vooruitlopend op zijn nog te halen gelijk. Anders gezegd: hij heeft weliswaar de bevoegdheid om te handelen, maar onzeker is of die bevoegdheid zal blijven bestaan.

Het gaat om een voorwaardelijke *bevoegdheid*; het vonnis (de titel) staat aan vernietiging bloot. Wanneer de titel wegvalt, is er (achteraf) geen rechtvaardiging voor het handelen en is de daad dus (achteraf) onrechtmatig. Maar wanneer de titel niet, of zonder succes, wordt aangevochten, blijft de titel intact en blijft de handeling dus rechtmatig.

5.4 De voorwaardelijke rechtvaardiging nader beschouwd

5.4.1 De aard van de voorwaarde

In het bovenstaande is verklaard waarom, in bepaalde gevallen waarin de handelende op het moment van handelen een bevoegdheid tot handelen heeft, er toch aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan bestaan voor de gevolgen van dat handelen. Het betreft de gevallen waarin de handelende zich baseert op een voorwaardelijke bevoegdheid. Om wat voor type voorwaarde gaat het daarbij precies?

In de gevallen die in dit hoofdstuk zijn aangeduid, gaat het om een bevoegdheid, die de handelende voldoende en volledig recht geeft om de beoogde handeling te verrichten, maar waarbij op het moment dat de handeling wordt verricht, niet zeker is dat die bevoegdheid zal blijven voortbestaan.

Voorbeelden daarvan zijn hierboven al gegeven. Het betreft de executant, die zich baseert op een vonnis dat slechts als voorlopige voorziening is gegeven en in de hoofdprocedure terzijde kan worden gesteld, of een vonnis dat in beroep kan worden vernietigd. Of de beslaglegger, die na verlof van de voorzieningenrechter beslag legt, en daarbij het risico kans loopt dat zijn eis in de hoofdzaak wordt afgewezen. De executant en de beslaglegger baseren zich op een titel, die hen de bevoegdheid geeft tot handelen. Maar zij weten dat het voortbestaan van hun bevoegdheid niet zeker is.

60 Zie art. 233 Rv jo 430 e.v. Rv, resp. 700 e.v. Rv.

De bevoegdheid in deze gevallen bestaat, onder de voorwaarde dat deze niet 'omver' wordt gehaald door een sterker recht; een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure of in hoger beroep/cassatie of een hoofdzaak waarin geen executoriale titel voor het beslag wordt gekregen. De bevoegdheid bestaat, zolang zij niet wordt opzij gezet door een 'onzekere gebeurtenis', dat wil zeggen: een pas later uitgesproken andersluidend vonnis in de bodemprocedure of hoofdzaak.

De voorwaarde zou, met een term uit het contractenrecht, kunnen worden gekarakteriseerd als een *ontbindende* voorwaarde: de bevoegdheid heeft volledige werking, de handeling is dus rechtmatig, maar die werking (en daarmee de rechtmatigheid) vervalt, zodra de onzekere gebeurtenis plaatsvindt.[61] De ontbindende voorwaarde heeft in dit type gevallen terugwerkende kracht. Als de voorwaarde intreedt en de bevoegdheid vervalt, vervalt deze met terugwerkende kracht en dan wordt de bevoegdheid geacht nooit te hebben bestaan en de handeling geacht steeds onrechtmatig te zijn geweest.

5.4.2 Gevolg van de voorwaardelijkheid

Wie zijn handelen baseert op een voorwaardelijke bevoegdheid, neemt het risico dat zijn bevoegdheid op enig moment komt te vervallen. Het handelen wordt dus op een wankele basis verricht. En precies dat is wat de handelende zich moet en ook zal realiseren. Hij mag, met bijvoorbeeld het kort gedingvonnis in de hand, executeren. Maar hij weet dat als het vonnis wordt vernietigd in hoger beroep of opzijgezet in een bodemprocedure, de grond voor zijn handelen wegvalt, zijn handelen als onrechtmatig zal worden aangemerkt en hijzelf als vergoedingsplichtig, wanneer hij inmiddels schade heeft toegebracht. Hij handelt, zo wordt wel gezegd, voor eigen risico.[62] De Hoge Raad beschrijft dat, voor de tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, zo:

> 'Het risico van tenuitvoerlegging (…) is (…) voor de executant.'[63]

De voorwaardelijkheid van de bevoegdheid waarop de handelende zich baseert, verklaart waarom de handelende gedurende de periode waarin hij rekening moet houden met het wegvallen van zijn bevoegdheid, een zorgplicht kan hebben. Zo heeft de beslaglegger een zorgplicht voor de goederen die

---

61 De bevoegdheid in de eerder beschreven visie van Van der Kwaak is een opschortende voorwaarde: de bevoegdheid krijgt pas volledige werking zodra de gebeurtenis is ingetreden.

62 Zie bijv. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162, lid 3, aant. 43.

63 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, *NJ* 1999/381 (*Meccano/Remco Toys c.s.*), r.o. 3.5. Recenter bijv. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189 (*Oyster Pond*), r.o. 3.3.2.

hij onder zijn beheer heeft. Die zorgplicht kan niet worden verklaard vanuit de later gebleken onrechtmatigheid, want op het moment waarop het beslag werd gelegd, was van onrechtmatigheid geen sprake. Zij kan ook niet worden verklaard vanuit de rechtmatigheid die bestaat op het moment waarop het beslag wordt gelegd, want niet in te zien is waarom een rechtmatige handeling een bijzondere zorgplicht zou meebrengen. Maar zij kan wel worden verklaard vanuit de voorwaardelijkheid van de bevoegdheid: de beslaglegger mag een goed tot zich nemen, maar hij heeft voor dat goed wel een bijzondere zorgplicht, omdat hij niet zeker weet of hij zijn recht op het goed behoudt en hij in staat zal moeten zijn het goed onbeschadigd terug te geven als hij het door hem gepretendeerde recht achteraf niet blijkt te hebben. Door Molkenboer wordt dat een 'waarborgverplichting' genoemd.[64]

5.4.3 Een bijzondere toepassing: strafvorderlijk optreden

Ten slotte. In dit hoofdstuk is al verschillende keren ter sprake gekomen wat het gevolg is als de voorwaardelijke bevoegdheid wegvalt: voor het schade toebrengende handelen is dan (achteraf gezien) geen rechtvaardiging meer aanwezig. Het wordt daardoor als onrechtmatig beschouwd.

Dat gevolg geldt voor de beslaglegger die zijn gepretendeerde recht niet bevestigd ziet en ook voor de executant van een niet onherroepelijk vonnis. Het gevolg geldt ook voor een bijzondere type handeling waaraan de rechtvaardiging kan komen te ontvallen: het strafvorderlijk optreden. Dit type handelingen is voor de bespreking van de voorwaardelijke bevoegdheid illustratief, omdat het gehele strafproces is gericht juist op het onderzoeken van de voorwaarde waarop het handelen jegens de verdachte vanaf de vroegste opsporingsfase gebaseerd is. Die stelling vergt enige toelichting.

Als tegen iemand een 'redelijk vermoeden van schuld' aan een strafbaar feit bestaat (vgl. artikel 27 Sv), dan kan die persoon als verdachte worden aangemerkt en kan tegen hem strafvorderlijk worden opgetreden. Op grond van een verdenking kan bijvoorbeeld een politie-inval in de woning van de verdachte worden gedaan. Op het moment waarop de inval plaatsvindt, bestaat uiteraard alleen nog maar het *vermoeden* van schuld. De inval heeft immers (in combinatie met andere strafvorderlijke bevoegdheden in de opsporingsfase) juist ten doel om bevestiging van de juistheid van het vermoeden te krijgen. Pas gedurende de loop van de strafprocedure kan worden vastgesteld – althans bewezenverklaard – of iemand inderdaad het feit heeft begaan waarvan hij verdacht werd.

64 G.J.P Molkenboer, *Drie stellingen, WPNR* 2020/7302, p. 833. Zie ook zijn proefschrift: Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020, p. 83-85 en 409.

Op het moment van het toepassen van een strafvorderlijk middel, is dus niet zeker dat degene jegens wie het redelijke vermoeden bestaat, ook daadwerkelijk schuldig zal worden bevonden. Die zekerheid bestaat op dat moment niet; niettemin kan het noodzakelijk zijn om toch al op te treden voordat daadwerkelijk zekerheid bestaat. Bij het strafvorderlijk optreden tegen de verdachte neemt de politie (de overheid) dan ook het risico dat zij optreedt tegen de verkeerde, dat wil zeggen: degene die, naar later zal blijken, ten onrechte werd verdacht. Het strafrechtelijke optreden is gerechtvaardigd en dus rechtmatig, onder de voorwaarde dat uit de strafzaak blijkt dat de verdachte niet onschuldig is.[65] Wanneer aan die voorwaarde is voldaan, was het strafvorderlijk optreden niet onrechtmatig.[66] Wanneer niet aan de voorwaarde is voldaan, en uit het strafdossier uiteindelijk blijkt dat de verdachte onschuldig is, komt de 'aanvankelijk in de gerezen verdenking gelegen rechtvaardiging voor dat optreden (…) te ontbreken', aldus de Hoge Raad.[67] Het strafvorderlijk optreden wordt dan tegenover de gewezen verdachte als onrechtmatig aangemerkt,[68] tenminste: als de onschuld van die verdachte blijkt. In antwoord op prejudiciële vragen heeft de Hoge Raad deze lijn bevestigd en geoordeeld dat toepassing van het criterium niet in strijd met artikel 6 EVRM is.[69]

De grondslag van de aansprakelijkheid van de staat in een geval als dit is goed te verklaren. Net als bij de executant of de beslaglegger, die de voorwaarde op grond waarvan hij handelt niet bevestigd ziet, is de overheid aansprakelijk jegens de gewezen verdachte, als uiteindelijk blijkt dat aan de voorwaarde waaronder zij haar optreden startte – dat de verdachte niet onschuldig zou blijken – niet is voldaan. In elk van die gevallen moet het handelen, dat gebaseerd was op een onzeker element, achteraf beschouwd als onrechtmatig worden aangemerkt.[70]

---

65 Zie bijv. HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346 (*Staat/politiebeambte S*). Vaste leer sinds HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1355, *NJ* 1995/727.

66 In hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) is besproken dat in dat geval niettemin op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding kan worden gevorderd, vgl. bijv. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, *NJ* 2010/95.

67 Vgl. nogmaals HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346 (*Staat/politiebeambte S*), r.o. 4.3.2.

68 Dat geldt ook als het strafvorderlijk optreden niet tot het toepassen van dwangmiddelen heeft geleid, dus als alleen activiteiten in het kader van opsporing en vervolging plaatsvonden. Zie HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.4.

69 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.15, wel worden strikte eisen aan toepassing van het criterium gesteld, en aan de motivering van afwijzing van een schadevergoedingsvordering.

70 De civiele rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt wordt, met enige verbazing zo lijkt het, beschreven door Dane (N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. Leiden), Tilburg: Celsus Juridische uitgeverij 2009, p. 241-242). Zij concludeert: 'Ex nunc beoordeelde onrechtmatigheid, derhalve, en dat is de opvatting die in civilibus exclusief voor strafvorderlijke overheidshandelingen lijkt te worden toegepast ten aanzien van de gewezen verdachte' (p. 242). Zoals uit het bovenstaande volgt, hoeft

Maar opmerkelijk is de extra voorwaarde voor aansprakelijkheid, dat de *onschuld* van de gewezen verdachte moet zijn gebleken. De voorwaarde is opmerkelijk, omdat in het strafproces de onschuld van de verdachte niet *kan* blijken, omdat die onschuld in het proces helemaal niet aan de orde is.[71] Aan de orde is (alleen) de tenlastelegging; de procedure is gericht op de vraag of de feiten die daarin zijn opgenomen, uiteindelijk bewezen worden geacht. De Hoge Raad oordeelt echter dat als het vrijsprekend vonnis onvoldoende duidelijkheid over de onschuld van de verdachte verschaft, de rechter 'mede aan de hand van de volgens hem juiste uitleg van de (bestanddelen van de) delictsomschrijving beoordelen of uit het vrijsprekend vonnis of het strafdossier blijkt van de onschuld'.[72] In zijn noot onder het arrest is Vranken (m.i. terecht) heel kritisch over dit deel van het oordeel. Hij oppert in verband met de civiele rechter die het strafvonnis moet gaan uitleggen, de retorische vragen:

> 'Kan hij dit wel, of hangt het af van (zijn interpretatie van) allerlei toevallige formuleringen die hij in de stukken aantreft? En (…) als de Hoge Raad er zo aan hecht dat de civiele schadevergoedingsrechter niet op de stoel van de strafrechter mag gaan zitten, bereikt hij op deze manier niet het omgekeerde?'[73]

De extra voorwaarde van de gebleken onschuld heeft ook tot gevolg dat bij een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond, in welk geval in beginsel geen vrijspraak, maar ontslag van rechtsvervolging wordt gegeven, niet is voldaan aan het vereiste en de vervolging niet als onrechtmatig tegenover de gewezen verdachte geldt.[74] In de uitspraak van 2020 wordt die conclusie expliciet getrokken en van een onderbouwing voorzien. In het geval de strafzaak op andere wijze is geëindigd dan met vrijspraak

> 'heeft de burgerlijke rechter die moet beoordelen of een verplichting tot schadevergoeding bestaat, meer ruimte voor een eigen beoordeling ten aanzien van de vraag of van de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken. In een dergelijk geval is het namelijk niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM als de motivering van de burger-

---

de beoordeling niet als 'ex nunc' te worden gekwalificeerd, en is zij niet exclusief voor dit type handelingen.

71 De onschuld van de verdachte geldt in de procedure juist als uitgangspunt, en het tegendeel moet bewezen worden, zoals Stolwijk in zijn afscheidsrede terecht heeft opgemerkt. S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en praesumptio innocentiae*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2007, p. 18 e.v, m.n. 24-29.

72 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.6.3, met verwijzing naar HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346 (*Staat/politiebeambte S.*).

73 Annotatie van Vranken bij HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*), m.nt. Vranken onder 17.

74 Ook daarop wijst Vranken in zijn annotatie bij het arrest, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*), noot onder 14 en 16.

> lijke rechter tot uitdrukking brengt dat ten aanzien van de gewezen verdachte blijkens de stukken van de strafzaak nog "a state of suspicion" bestaat.'[75]

De onderscheiding tussen vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging lijkt mij in het algemeen te ver gaan. Ik zou menen dat in alle gevallen van ten onrechte ondergane strafvervolging, de gewezen verdachte op grond van onrechtmatige daad aanspraak op schadevergoeding jegens de staat zou moeten hebben. Eventuele omstandigheden aan de zijde van de gewezen verdachte die rechtvaardigen dat niet diens gehele schade hoeft te worden vergoed, kunnen op grond van artikel 6:101 in de beoordeling van de hoogte van de vergoeding worden betrokken. Dat is eerder ook door Bakels bepleit.[76]

Maar de Hoge Raad houdt vast aan zijn lijn. Hij benadrukt de noodzaak niet te treden in het onderzoek dat in de strafzaak is verricht.[77] Het oordeel van de Hoge Raad is wellicht te begrijpen vanuit een vrees voor 'risicoaansprakelijkheid' jegens de verdachte die 'ondanks het stranden van de strafvervolging *wel* schuldig was'.[78] Waarschijnlijk is het oordeel mede ingegeven door de overweging dat het ontwerp Wetboek van strafvordering een regeling met betrekking tot de vergoeding van schade kent;[79] een schadevergoeding in geval van onrechtmatig strafvorderlijk optreden (art. 6.6.4 ontwerp) en eventueel een op de billijkheid gegronde vergoeding na rechtmatig strafvorderlijk optreden (art. 6.6.5 ontwerp).

Tot slot is van belang dat het bovenstaande uitsluitend geldt *jegens de verdachte zelf*. Tegenover onschuldige, niet betrokken, derden is niet van belang of de verdenking jegens de verdachte wel of niet terecht is. Jegens hen is de overheid aansprakelijk uit onrechtmatige daad voor onevenredig nadelige gevolgen van het strafvorderlijk optreden. Dat is in het vorige hoofdstuk besproken.[80]

---

75 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.14. Daarmee wordt bevestigd het oordeel in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.6.2-3.6.3.

76 Bakels, *Schadevergoeding na een gestrande vervolging* 2006, p. 23-35.

77 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.12 en 2.13).

78 Aldus annotator Lindenbergh onder het arrest, zie zijn annotatie bij HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), m.nt. Lindenbergh onder 6 (cursivering in origineel), zie ook onder 13.

79 Dat is ook de inschatting van annotator Lindenbergh onder het arrest, zie HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), m.nt. Lindenbergh onder 8 en 9.

80 Zie par. 4.2.3 (*Bevoegdheden in de (semi-)publieke sfeer*), 4.5.2 (*Hoe de ontoereikende rechtvaardiging aan te vullen?*) en 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*), met verwijzingen naar rechtspraak.

5.5 SLOT

Met de bespreking van de voorwaardelijke rechtvaardiging zijn in dit tweede gedeelte van het boek alle drie door mij onderscheiden typen van rechtvaardigingen besproken.

Nu de verschijningsvormen van de rechtvaardiging duidelijk zijn, is het moment gekomen nader in te gaan op de beginselen die gelden voor de toepassing van rechtvaardigingen. Dat gebeurt in het volgende deel van het boek.

DEEL III

Beginselen

6 *Culpa in causa*

6.1 Het probleem

Wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond, bevindt zich in een benarde situatie. Hij ziet zich bijvoorbeeld gedwongen een snelle keuze te maken tussen twee conflicterende belangen (noodtoestand), of is (het komt uiteindelijk op hetzelfde neer) genoodzaakt zich te verweren tegen een plotselinge aanval op zijn persoon of goed (noodweer). Wie in zulke omstandigheden verkeert, is niet te benijden. En voor wie in die omstandigheden schade toebrengt, is begrip op te brengen. Dat begrip zal echter aanmerkelijk afnemen, als blijkt dat de dader zelf mede de hand heeft gehad in de zojuist genoemde omstandigheden. Neem de volgende casus:

> 'Een waard had 's nachts op een toonbank langs het trottoir een lampje neergezet. De een of andere voorbijganger had dit meegenomen. De waard liep hem achterna, eiste het lampje terug en wilde de ander tegenhouden toen die er vandoor wilde gaan. Deze begon met een zweep die hij in de hand had en waaraan een scherpe punt zat, de waard te slaan, opdat deze hem zou laten gaan. Toen daardoor een ernstig handgemeen was ontstaan, had de waard degene die het lampje had meegenomen een oog uitgeslagen. De waard consulteerde mij over de vraag of hij eigenlijk wel geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht, aangezien hij eerst met de zweep was geslagen. Ik heb geantwoord dat hij, gesteld dat hij het oog niet opzettelijk had uitgeslagen, niet geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht; dat immers de schuld lag bij degene die als eerste met de zweep had geslagen; maar dat het, als hij niet eerst door hem was geslagen, maar begonnen was met vechten toen hij probeerde het lampje af te nemen, geacht moet worden te zijn geschied door de schuld van de waard.'[1]

Wie zelf begint te vechten, kan zich niet op noodweer beroepen als zijn slachtoffer terugvecht. Zo was het in de tijd van Alfenus.[2] En zo is het nog steeds, getuige de overweging van de rechtbank te Arnhem aan het einde van de twintigste eeuw:

---

1 Digesten 9,2,52,1.

2 De aangehaalde Digestentekst wordt toegeschreven aan P. Alfenus Varus, consul in 39 voor Chr. De tekst staat centraal in: Jansen, *Noodweer als rechtvaardigingsgrond* 2004.

> 'Zou verdachte als eerste geschoten hebben, dan komt hem een beroep op noodweer niet toe, aangezien dan niet voldaan is aan de eis dat verdachte gehandeld moet hebben ter verdediging tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'[3]

Dit is ook goed te verklaren. De *aanvaller* behoeft rechtens geen speciale bescherming. Integendeel: hij is juist de *oorzaak* van het gevaar waartegen de noodweerbevoegdheid bescherming beoogt te bieden. Dat kan ook anders worden geformuleerd: Wie begint te slaan heeft het aan zichzelf te wijten dat de ander terugslaat. Eigen schuld dikke bult. Het cliché verwoordt de in de samenleving diep gewortelde gedachte dat wie de schade (mede) aan zichzelf te wijten heeft, daar ook maar zelf voor moet opdraaien. Het is de vraag of een dergelijk gevolg *altijd* redelijk is. En dat is het centrale probleem in dit hoofdstuk. Gesteld dat de handelende zelf bijdroeg aan de te rechtvaardigen handeling, op welke wijze moet dat feit meewegen in het oordeel over de rechtvaardigingsgrond waarop hij zich beroept? Daarbij zijn altijd twee aspecten aan de orde. Enerzijds: de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, die op zichzelf meebrengt dat de daad rechtmatig is. Anderzijds: de bijdrage van de schade toebrengende handelende aan de te rechtvaardigen situatie, waardoor het niet altijd redelijk zal zijn de daad rechtmatig te verklaren.

Het zojuist omschreven vraagstuk speelt overigens niet alleen een rol bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Het reikt veel verder. In alle gevallen waarin de handelende meent dat hij niet aansprakelijk is voor de door hem aangerichte schade zal de vraag rijzen naar de oorzaak van de situatie waarin hij zich bevond.

De kwestie is bijvoorbeeld van belang bij een beroep op een schulduitsluitingsgrond. Als de handelende stelt dat hij bij het begaan van zijn daad niet toerekeningsvatbaar was, zal de oorzaak van deze toestand een relevant gegeven zijn. Zo kan een vrijwillige drugs- of alcoholroes in de weg staan aan een geslaagd beroep op een schulduitsluitingsgrond.[4]

Hetzelfde geldt in het geval de aansprakelijk gestelde meent dat hij niet eens *handelde* toen de schade werd aangericht. Hij beroept zich bijvoorbeeld op overmacht, omdat hij door de wind omver werd geblazen. Ook hier zal de oorzaak van de onmogelijkheid te handelen of anders te handelen van belang zijn voor de vraag of de 'handelende' aansprakelijk is voor de schade. Wie met zijn boot volstrekt onverwacht door een hevige windvlaag wordt omvergeblazen en zo schade veroorzaakt, bijvoorbeeld aan een andere boot, zal met een overmachtsverweer meer succes hebben dan wie zonder noodzaak

3 Rb. Arnhem (Strafkamer) 13 december 1991, ECLI:NL:RBARN:1991:AC3348, *NJ* 1992/256 (*Vechtpartij bij Club Joy*). Zie verder bijv. HR (Strafkamer) 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6343, *NJ* 1979/50 (*Vechtende gedetineerden*).

4 Voor het civiele recht: zie TM bij artikel 6.3.1.2a (6:101; 6.3.6. OM), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 647. Voor het strafrecht: MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 365. Recent (over schuld in de zin van art. 6 WVW, bij amfetaminegebruik): HR (Strafkamer) 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:110, *NJ* 2019/77.

tijdens een orkaan gaat zeilen en vervolgens schade toebrengt, doordat hij op een verankerd schip slaat.[5]

Wat is civielrechtelijk het gevolg van het feit dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie? Dat is de vraag waarop in dit hoofdstuk een antwoord wordt gezocht. Daarvoor moet het probleem echter eerst met de juiste termen worden aangeduid.

6.2 Terminologie

6.2.1 Geen omschrijving in het Wetboek van Strafrecht

De strafwetsontwerper begint het deel van de Memorie van Toelichting over de uitsluiting der strafbaarheid (dat zowel schulduitsluitings- als rechtvaardigingsgronden betreft) met wat men een beginselverklaring zou kunnen noemen:

> 'Geene strafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.'[6]

Geen straf zonder toerekenbaarheid, en geen toerekening zonder keuzevrijheid.

Die stelling leidt tot problemen als de dader zichzelf heeft gebracht in de situatie waarin hij de gevolgen van zijn handelen niet meer kan 'berekenen', zoals bij handelen in dronkenschap. Toerekenbaarheid ontbreekt dan en daarmee zou strafrechtelijke verantwoordelijkheid uitgesloten zijn. Zover wilde de wetgever uiteraard niet gaan. Integendeel:

> 'dan is de schuld, vereischt tot strafbaarheid van het feit reeds aanwezig in de vrijwillige dronkenschap. Dit intusschen behoeft evenmin in de wet te worden uitgedrukt als dat hij die, nuchteren zijnde, reeds het opzet had om het feit te plegen dat hij, dronken zijnde, heeft volvoerd, en die dus wel degelijk heeft gehandeld met een aan de daad voorafgegaan opzet, niet kan beweren dat hij het misdrijf waarvan dit opzet een bestanddeel uitmaakt, geheel in bewusteloozen toestand heeft gepleegd.'[7]

'De schuld is aanwezig in de vrijwillige dronkenschap.' Daarom wordt de daad toegerekend aan de dader, ook als deze ten tijde van het begaan van de daad

5 Zie over het probleem van het ontbreken van een handeling in deze gevallen par. 9.4 (*Daderschap*), m.n. par. 9.4.5.3 (*Toepassing op schuldaansprakelijkheid*).

6 MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 364.

7 MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 365.

niet meer toerekeningsvatbaar is.[8] De wetgever achtte dit zo evident, dat hij meende het probleem verder niet te hoeven behandelen. In het Wetboek van Strafrecht zoekt men daarom vergeefs naar een regeling van het geval de aansprakelijk gestelde zichzelf brengt in schulduitsluitende of rechtvaardigende omstandigheden.[9]

6.2.2 *Actio libera in causa*

'Aan hem wordt toegerekend als vrijwillig, wat hij door dronkenschap bedrijft.' Dat is al te lezen bij Thomas van Aquino,[10] volgens wie de reden van toerekening in zo'n geval de omstandigheid is dat de handeling 'vrijwillig in haar oorzaak' is: *quia est voluntarius in sua causa*.[11] Daarom verontschuldigt de eventuele willoosheid *ten tijde van het begaan* van het feit de dader niet.

Gebruikelijke benaming voor dit soort handelingen werd: *actiones liberae in causa.* Samen met de in zichzelf vrije handelingen (actiones liberae in se) werden zij aangemerkt als vrije en dus toe te rekenen handelingen.[12] *Actio libera in causa* is de term waarmee ook nu nog wel wordt aangeduid dat iemand zichzelf in een te rechtvaardigen situatie heeft gebracht.[13] Hier zal ik die term echter verder niet hanteren. Het feit dat iemand vrij was in (de oorzaak van) zijn handelen, zegt op zichzelf nog niet veel over de reden

8 Bij onvrijwillige dronkenschap zou strafbaarheid van de dader 'tastbaar onregtvaardig' zijn, zo stelt Modderman tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp voor artikel 37, *Smidt I* 1891, p. 379/380.

9 Dat was in de ontwerp-wetboeken overigens anders. Zie daarover: Wemes, *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 89-91.

10 *Summa Theologiae* I-II, q77, a7 (gebr. uitg.: Taurini: Marietti, 1952).

11 *Summa Theologiae* I-II, q77 a7c (gebr. uitg.: Taurini: Marietti, 1952).

12 Hierbij moet worden gewezen op Hruschka, die de traditionele gelijkstelling tussen vrij en toerekenbaar als volgt relativeert: 'Die Begriffe "liber" und "non liber" sind in dieser alten Einteilung zweideutig, weil die Praktische Philosophie bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts noch nicht zwischen den zwei verschiedenen Stufen der Zurechnung (der Zurechnung eines Vorgangs als Vohrnahme und der einer Untätigkeit als Unterlassung einer Handlung einerseits und der Zurechnung einer Begehungs- oder Unterlassungstat zur Schuld andererseits) unterschieden hat. Die Unterscheidung scheint (...) wirklich zum ersten Male erst bei *Daries* aufzutauchen (...). *Feuerbach* hat diese Unterscheidung von imputatio facti und imputatio iuris jedenfalls von *Daries*'. J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1988, p. 347, voetnoot 132.

13 Van de Duitse literatuur noem ik Claus Roxin, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in: W. Küper, I. Puppe, K. Lackner (red.), *Festschrift für Karl Lackner: zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987,* Berlijn etc.: Walter de Gruyter 1987, p. 307-323. En Michael Hettinger, *Die 'actio libera in causa': Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, Eine historisch-dogmatische Untersuchung (Schriften zum Strafrecht),* Berlijn: Duncker & Humblot GmbH 1988, passim. Zie in Nederland: Wemes, bijv.: *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 85-104. Recent: Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 209-219, die de actio libera in causa onderscheidt van het Nederlandse model en het eigenschulddelict.

waarom de gevolgen van dat handelen hem moeten worden toegerekend.[14] Die reden schuilt in het feit dat de handelende, voorafgaand aan de daad die hem wellicht niet valt toe te rekenen, iets *verwijtbaars* heeft gedaan, dat hem wèl valt toe te rekenen.

6.2.3 Eigen schuld

Een adequate omschrijving van het probleem geeft de uitdrukking 'eigen schuld'. In de strafrechtelijke literatuur wordt zij dan ook gehanteerd.[15] Ik zal ik haar hier echter vermijden. In het burgerlijk recht wordt met de term eigen schuld gedoeld op de omstandigheid dat *de benadeelde* heeft bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij schade heeft *geleden* (vgl. artikel 6:101). De nu te behandelen kwestie betreft echter de omstandigheid dat de *handelende* heeft bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij schade heeft *toegebracht*. Om verwarring te voorkomen, zal ik de term eigen schuld alleen hanteren in de (civielrechtelijke) betekenis van de bijdrage van de benadeelde aan het ontstaan van zijn schade.

6.2.4 Anterieure verwijtbaarheid

Een andere benaming voor de situatie waarbij iemand zichzelf brengt in de toestand waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardigingsgrond is 'anterieure verwijtbaarheid'. In het strafrecht wordt deze term gehanteerd door Strijards.[16] Hij wordt daarin voor het civiele recht nagevolgd door Sieburgh.[17]

Aan de omschrijving 'verwijtbaarheid' kleeft voor toepassing in het civiele recht echter het bezwaar dat de term dubbelzinnig is. Met de term verwijtbaarheid kan worden gedoeld op het verwijt dat de dader treft: de fout die hij maakte (in civielrechtelijke termen: een *onrechtmatige daad* in de zin van artikel 6:162 lid 2). Maar met de term 'verwijtbaarheid' kan ook worden bedoeld: de schuld aan die fout (civielrechtelijk: de *toerekening* van een onrechtmatige daad, in de zin van artikel 6:162 lid 3).[18]

---

14 Vergelijk in dit verband nogmaals Hruschka, die spreekt van de 'heute nicht selten zu einer sinnleeren Floskel erstarrten lateinischen Wortfolge "actio libera in causa"', *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* 1988, p. 343.

15 Bijv. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 609-617. En 't Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353 (*Wraak zoeken na caféruzie*), die het begrip overigens steeds tussen aanhalingstekens plaatst.

16 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44 e.v.

17 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, par. 7.5.5, vgl. ook haar voetnoot 141 op p. 133.

18 Zie verder nog par. 9.7.1 (*Schuld in de zin van verwijtbaarheid?*).

Het verdient geen aanbeveling om bij het zoeken naar de juiste terminologie voor een bepaald probleem nieuwe dubbelzinnigheden te introduceren.[19]

6.2.5 *In pari delicto, clean hands* en dergelijke

Het probleem van degene die zich op een rechtvaardiging beroept, maar tevens verwijtbaar handelende, vertoont verwantschap met de situatie waarin de benadeelde *in pari delicto* verkeert. Die laatste aanduiding verwijst letterlijk genomen naar de eiser/benadeelde die een gelijk misdrijf – fout – heeft begaan als de gedaagde die hij aansprakelijk stelt.

De term wordt door Van der Kooij gebruikt om verschillende 'gevaltypen' aan te duiden die ertoe leiden dat de claim van de eiser niet of niet geheel slaagt. Hij schrijft:

> 'In de literatuur bestaat (…) geen overvloedige belangstelling voor het scherp onder woorden brengen van de rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde. Doorgaans wordt naar uitdrukkingen verwezen zoals de pot verwijt de ketel dat hij zwart ziet, *he who comes to equity must come with clean hands* en diverse Latijnse adagia van de strekking dat degene die zelf fout zat niet een ander kan aanspreken. (…) Deze uitdrukkingen hebben een zekere zeggingskracht, maar onvoldoende verklarend vermogen.'[20]

Ik zal deze termen niet hanteren, maar om een andere reden dan het gebrek aan verklarend vermogen.

Bij de in dit hoofdstuk te bespreken kwestie gaat het om een gedaagde partij die een beroep doet op een rechtvaardiging, maar tevens iets laakbaars heeft gedaan waardoor hij zich in de te rechtvaardigen toestand bracht. Anders bij *in pari delicto* betreft het dus niet een eiser en een gedaagde aan wier beider handelen een smet kleeft, maar om één partij, de gedaagde, die een – op zichzelf beschouwd onrechtmatige – handeling heeft verricht waarvoor hij zich wil rechtvaardigen, maar die bovendien iets verwijtbaars heeft gedaan waardoor hij zich in de te rechtvaardigen toestand bracht. De twee smetten die bij *in pari delicto* over de beide partijen zijn verdeeld, zoals in de zaak

---

19 Daarom zal ik de omschrijving anterieure verwijtbaarheid in het betoog verder niet hanteren. Tenzij het uiteraard gaat om de weergave van de visie van een auteur die de term gebruikt, zoals bij de bespreking van de opvatting van Strijards en Sieburgh in par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*), respectievelijk 6.4.2 (*Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh)*.

20 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/540, p. 378. In dezelfde zin Vranken, in zijn annotatie bij HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ* 2008/492 (*Io Vivat*), m.nt. J.B.M. Vranken, die onder 6 de verschillende gangbare adagia benoemt en onder 7 beschrijft dat het niet nodig is deze omschrijvingen te hanteren, omdat het probleem beter met het relativiteitsbegrip kan worden beschreven. Mijns inziens is dat terecht.

Maas/Willems,[21] kleven bij de zelf-veroorzaakte rechtvaardiging aan een en dezelfde partij.

Om een soortgelijke reden is een uitdrukking als *he who comes to equity must come with clean hands* niet bruikbaar in de context van rechtvaardigingen. In een geval van een beroep op een rechtvaardigingsgrond is immers per definitie geen sprake van 'clean hands': de gedaagde heeft een onrechtmatige daad gepleegd. Aan zijn handen kleeft – zoals in het geval van noodweer – soms letterlijk bloed.

6.2.6 *Culpa in causa*

Een in het strafrecht heel gebruikelijke aanduiding van het probleem is ten slotte *culpa in causa*.[22] Dit begrip brengt goed tot uitdrukking welk verwijt de handelende treft: hij had *schuld aan de oorzaak* van de handeling waarvoor hij zich later moet verontschuldigen, of waarvoor hij zich op een rechtvaardigingsgrond beroept. Die term zal ik hier verder gebruiken. Naast *culpa in causa* onderscheidt men *dolus in causa.* In dit laatste geval heeft de dader zichzelf opzettelijk gebracht in een situatie waarin hij zich op een rechtvaardigingsgrond zou moeten beroepen. Hij voorzàg dat hij een daad zou plegen die hij zou moeten rechtvaardigen. In het eerste geval, bij *culpa in causa,* had de dader kùnnen voorzien dat hij zo'n daad zou begaan.[23]

Strafrechtelijk kan het onderscheid tussen *dolus* en *culpa in causa* van belang zijn in verband met het ten laste gelegde feit. Als iemand zich bijvoorbeeld bedrinkt *teneinde* een moord te begaan, kan doodslag ten laste worden gelegd (vgl. art. 287 Sr). Via de *dolus in causa*-constructie wordt dan voorkomen dat de dader zich erop zou kunnen beroepen dat hij ten tijde van het begaan van het delict vanwege zijn dronkenschap niet toerekeningsvatbaar was. Als de opzet om te doden tevoren niet aanwezig was, kan hooguit sprake zijn van dood door schuld (vgl. art. 307 Sr). Dan is *culpa in causa* de aangewezen weg om tot strafbaarheid van de dader te komen, mits deze tevoren de mogelijke gevolgen van zijn dronkenschap kon voorzien.[24] Overigens is deze constructie

21 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, *NJ* 1973/463 (*Maas/Willems*).

22 Zie bijvoorbeeld: Nijboer & Wemes, *Dogmatiek en dogmatisme* 1990, p. 43. De term is waarschijnlijk het eerst gebruikt door Pompe. Zie daarover Wemes, *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 7. Zij is in ieder geval terug te vinden in het handboek van Pompe, *Handboek Nederlands strafrecht* 1959, bijv. p. 180. Recent over de term: Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 213.

23 Zie Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 45. Zie over het onderscheid tussen dolus en culpa in causa ook Keijzer in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9243, *NJ* 2010/282, onder 8.

24 Vgl. Van Bemmelen &Van Hattum, *Nederlands strafrecht I* 1953, waar terecht wordt opgemerkt: 'ook voor het in volslagen dronkenschap begane culpose delict zal men de culpa niet in het enkele zich bedrinken kunnen vinden; culpa ten aanzien van het door de wet verboden gevolg moet eveneens aanwezig zijn', 1953, p. 330. Zie voor een aantal gevallen

ook de meest voorkomende, omdat het in het algemeen niet eenvoudig is aan te tonen dat de dader zich opzettelijk begaf in een toestand waarin hij zich op een strafuitsluitingsgrond zou moeten beroepen.

In het civiele recht speelt het onderscheid tussen opzet en schuld een veel minder belangrijke rol.[25] Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is schuld voldoende. Het ligt niet voor de hand andere criteria aan te leggen bij de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond, waarbij het uiteindelijk óók gaat om de vraag of onrechtmatig is gehandeld. Aan een onderscheiding tussen de gevallen dat iemand zich opzettelijk, dan wel door zijn schuld heeft gebracht in een situatie waarin hij zich op een rechtvaardigingsgrond moest beroepen, bestaat in het civiele recht dan ook geen behoefte. Overigens is het niet bezwaarlijk het begrip *culpa in causa* ruim op te vatten, zodat de doleuze variant eronder begrepen is. Zo wordt het begrip in het strafrecht ook wel uitgelegd.[26] En zo zal ik de term *culpa in causa* hier verder gebruiken: ter aanduiding van de situatie waarin de dader zich opzettelijk of onachtzaam in de te rechtvaardigen toestand heeft begeven.

6.3 Twee benaderingen in het strafrecht

6.3.1 Ter inleiding

Nu de termen zijn gevonden om het probleem aan te duiden, keer ik terug naar de vraag: Op welke manier moet de aanwezigheid van *culpa in causa* meewegen in het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad, of (in het strafrecht:) de straffeloosheid van de dader?

In de strafrechtelijke literatuur worden als extremen meestal tegenover elkaar gesteld de visies van degenen die menen dat *culpa in causa* geen gevolg heeft voor de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond en van degenen die oordelen dat *culpa in causa* zo'n beroep kan frustreren.[27]

---

waarin wel sprake is van vrijwillige dronkenschap, maar toerekening niettemin ontbreekt: 't Hart in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 28 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC8052, *NJ* 1984/53 (*Brandstichting tijdens alcoholroes*), m.n. onder 5 (p. 215, r.k.).

25 Voor aansprakelijkheid uit artikel 6:162 is immers schuld voldoende. Vgl. ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/101. En zie hierna uitgebreid par. 9.6.2 (*Culpa; Als tegenstelling tot dolus*). Wel kan het onderscheid van belang zijn voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.

26 Zie bijvoorbeeld: 't Hart in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 19 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8892, *NJ* 1992/250 (*Urker vissersboot*), onder 4.

27 Zevenbergen is een vertegenwoordiger van de eerste stroming: volgens hem is het van geen belang hoe bijv. een overmachtsituatie is ontstaan (*Nederlandsche strafrecht I, Algemene leerstukken,* Groningen: Wolters 1924, p. 118/119). Pompe is een vertegenwoordiger van de tweede. Volgens hem kan het voorafgaand handelen een beroep op een rechtvaardigingsgrond beletten, zie *Handboek Nederlands strafrecht* 1959, bijv. p. 136-138). Voor een overzicht van de verschillende standpunten: zie Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 609

Aangegeven wordt dan slechts wat het gevolg is van de aanwezigheid van *culpa in causa*. Hoe het verschijnsel moet worden ingebed in het dogmatisch systeem is daarbij geen punt van bespreking. Zo meent Van Rest:

> 'dat het onmogelijk is om in theorie nader te omschrijven in welke gevallen mag worden aangenomen dat iemand zichzelf (...) in een bepaalde situatie heeft gebracht en de (strafrechtelijke) consequenties daarvan heeft aanvaard (...). Er valt niet veel meer over te zeggen dan dat de rechter in ieder concreet geval aan de hand van de genoemde algemene criteria zal moeten oordelen of het strafbare feit de dader moet worden toegerekend. Het gaat hier om een redelijkheidsoordeel'.[28]

Deze zienswijze biedt te weinig houvast voor de beantwoording van de vraag welk gevolg de aanwezigheid van *culpa in causa* voor het civiele recht zou moeten hebben. Voor die beantwoording is immers cruciaal eerst vast te stellen of, en zo ja: hoe, *culpa in causa* kan worden ingepast in het civielrechtelijke systeem. De conclusie dat het uiteindelijk om een 'redelijkheidsoordeel' gaat, helpt ons daarbij niet verder.

Een onderscheiding niet naar *resultaat*, maar juist naar *uitgangspunt* is te vinden bij 't Hart. Hij ziet twee invalshoeken om de kwestie te benaderen.[29] De eerste is die waarbij men redeneert vanuit de aanwezigheid van *culpa in causa* en vervolgens nagaat of deze in de weg staat aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond. De tweede die waarbij men juist uitgaat van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, maar daarna onderzoekt of de hieruit voortvloeiende straffeloosheid van de dader wellicht (deels) wordt opgeheven door de aanwezigheid van *culpa in causa*.

Een onderscheiding naar uitgangspunt maakt vergelijking mogelijk met de uitgangspunten voor de beoordeling van een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering. Daarom worden in de volgende paragrafen de twee door 't Hart onderscheiden benaderingen uiteengezet en beoordeeld op hun nut voor toepassing in het civiele recht.

6.3.2 Uitgangspunt van Strijards: het verwijt

Centraal in de eerste visie staat de aanwezigheid van *culpa in causa*. De belangrijkste voorstander van deze benadering is in het strafrecht ongetwijfeld

---

e.v. en C.J. van Netburg, *Eigen schuld? 'Culpa in causa' bij wettelijke strafuitsluitingsgronden*, Den Haag: WODC 1994, p. 6-9. Een recent overzicht van de literatuur is te vinden bij Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld bij strafuitsluitingsgronden* 2020.

28 Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 151.

29 In zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), vanaf nr. 3.

Strijards.[30] Volgens hem snijdt de aanwezigheid van *culpa in causa* (Strijards spreekt als gezegd[31] van: anterieure verwijtbaarheid) een beroep op een rechtvaardigingsgrond af. Hij stelt:

> 'In het algemeen geldt, dat men zich pas met vrucht op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen als aan de normkrenkende gedraging *geen anterieure verwijtbaarheid* ten grondslag ligt.'[32]

Onder anterieure verwijtbaarheid verstaat hij het geval dat iemand zich verwijtbaar begeeft in een situatie waarin hij later genoodzaakt is zich te beroepen op een rechtvaardigingsgrond.[33] Het verwijt is daarin gelegen dat de dader zich opzettelijk of onachtzaam in de te rechtvaardigen situatie begeeft.[34] Volgens Strijards kan de dader zich dan niet op een rechtvaardigingsgrond beroepen. De reden daarvoor is deze:

> 'Het recht kan zich nooit aan de zijde stellen van hen (en daar gaat het om bij het toerekenen van rechtvaardigingsgronden), die nodeloos situaties provoceren waarin zij zich moeten verdedigen of rechtvaardigen. Het kan geen premies stellen op "jennen", "sensatielust" (ha, de ME ontruimt daar een kraakpand, gauw kijken of er iets gebeurt) of machogedrag (met een AJAX-petje tussen supporters van de tegenpartij gaa[n] zitten).'[35]

Daarbij gaat Strijards uit van een 'verwijtbaarheidsveronderstelling':

> 'Er behoeft hier ook niets bewezen te worden (...). Voldoende is dat rechter de afwezigheid van de anterieure verwijtbaarheid niet aannemelijk acht.'[36]

Strijards staat dus een strenge aanpak van de verdachte voor. Uitgangspunt is het verwijt dat de verdachte treft: het zich begeven hebben in een mogelijk gevaarlijke situatie. Dat feit ontneemt de verdachte zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond; de *verwijt*baarheid van het 'zich begeven' wordt daarbij verondersteld. Ter geruststelling merkt Strijards op dat de verwijtbaarheidsveronderstelling niet onweerlegbaar mag worden. Onder verwijzing naar het schuldbeginsel relativeert hij de resultaten van zijn harde lijn:

---

30 Vgl. 't Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend)*, p. 211, r.k.

31 Zie par. 6.2.4 (*Anterieure verwijtbaarheid*).

32 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 45 (cursivering in origineel).

33 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44.

34 Dan is sprake van respectievelijk dolus in causa (Strijards, p. 45) en culpa in causa (Strijards, p. 46/47).

35 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44/45.

36 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 46, zie ook p. 17.

> 'Zo kan ik mij voorstellen dat een matig gebruiker, door een voor hem onkenbare constitutionele praedispositie, na één glaasje wijn volkomen onverwachts volstrekt van de kaart is en bijv. vrouwen in het openbaar ontuchtiglijk begint te betasten, hetgeen alsdan toch niet altijd toerekenbaar behoeft te zijn.'[37]

In het algemeen geen beroep op een rechtvaardigingsgrond voor wie zichzelf in de noodsituatie heeft gebracht. Dat is in het kort de visie van Strijards.

6.3.3 Beoordeling visie-Strijards

Anterieure verwijtbaarheid heeft tot gevolg dat het recht zich te beroepen op een rechtvaardigingsgrond vervalt. En voor die 'verwijtbaarheid' is in de opvatting van Strijards nog niet eens zoveel nodig: een verboden of onrechtmatige gedraging is niet noodzakelijk; voldoende zijn al 'sensatielust' en 'machogedrag'. Zoals Nijboer en Wemes bij hun bespreking van de theorie van Strijards opmerken, kan

> 'nagenoeg elk voorafgaand gedrag waarop een smetje is aan te treffen door een culpa in causa-achtige redenering tot strafbaarheid leiden'.[38]

Dat gaat mij, in elk geval voor het civiele recht, te ver. Het vervallen verklaren van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen is een ingrijpend gevolg. Zo'n gevolg kan acceptabel zijn als er ernstige aanmerkingen te maken zijn op het gedrag van de aansprakelijk gestelde.[39] Wat mij betreft valt bijvoorbeeld het tentoonspreiden van 'machogedrag' daar niet onder. En wie als toeschouwer aanwezig is bij een ontruiming, of met een Ajaxpetje tussen Feyenoordsupporters gaat zitten, maakt zichzelf daardoor nog niet rechteloos tegen geweld dat tijdens de ontruiming of de wedstrijd wordt gebruikt. Toepassing van de visie van Strijards leidt in gevallen als deze tot een sterke inperking van subjectieve rechten van mogelijke 'daders', zoals het recht van ieder om te gaan en te staan waar hij wil. Voor zo'n ingrijpend rechtsgevolg is datgene wat de handelende wordt verweten (het enkele opzoeken van een mogelijk gevaarlijke situatie) eenvoudig niet ernstig genoeg. Wel kan ik mij voorstellen dat de omstandigheid dat de handelende de problemen bepaald niet uit de weg is gegaan, meespeelt bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een rechtvaardigingsgrond de aansprakelijkheid (of straffeloosheid) van deze dader opheft. Ik kom daarop nog terug.[40]

---

37 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 78/79.

38 Nijboer & Wemes, *Dogmatiek en dogmatisme* 1990, p. 79.

39 Bijvoorbeeld als deze een onrechtmatige daad pleegt. Ik werk die gedachte uit in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

40 In par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

Anders is het geval waarbij de 'anterieure verwijtbaarheid' is gelegen in een handeling die op zichzelf reeds een onrechtmatige daad is. Denk aan de automobilist die veel te hard rijdt, daardoor in een bocht de macht over het stuur verliest en een botsing veroorzaakt. Dan kan de handelende een ernstig verwijt worden gemaakt van de uiteindelijke ontstane en te rechtvaardigen 'overmacht'-situatie. Men zou weliswaar kunnen zeggen dat op het moment waarop de automobilist de macht over zijn stuur verliest er voor hem sprake is van overmacht. Maar dit is geen *rechtvaardigende* overmacht. Immers: zij is het rechtstreekse gevolg van de onzorgvuldige rijwijze van de bestuurder, voorafgaand aan de noodsituatie.[41] In een geval als dit ben ik het met Strijards eens dat het verwijt dat de dader kan worden gemaakt fataal is voor een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Maar de term *culpa in causa*, of: anterieure verwijtbaarheid, in dit verband eigenlijk misleidend. Waar het in casus als deze namelijk in feite om gaat, is een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Ook hierop kom ik terug.[42]

6.3.4 Uitgangspunt van 't Hart: de rechtvaardigingsgrond

't Hart wijst de methode van Strijards af, omdat deze de ruimte voor strafuitsluitingsgronden te ver inperkt. Hij kiest een andere benadering, namelijk:

> 'die, waarbij de dolus in causa en de culpa in causa in alle duidelijkheid de plaats krijgen toegewezen van specifieke en beperkte juridische correcties op de straffeloosheid bij eenmaal reeds aangenomen aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden. Met andere woorden: bij een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet eerst beoordeeld worden of er inderdaad een strafuitsluitingsgrond – de aangevoerde, dan wel een andere – aanwezig is: is dat inderdaad het geval, dan kan niettemin in specifieke gevallen van "eigen schuld" de straffeloosheid toch weer gecorrigeerd en teniet gedaan worden via de constructie van dolus/culpa in causa'.[43]

Als een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, is de dader in principe niet strafbaar. Van dat uitgangspunt kan vervolgens alleen worden afgeweken als sprake is van *dolus* of *culpa in causa*. Volgens 't Hart kan

> 'de straffeloosheid op grond van de reeds als vaststaand aangenomen strafuitsluitingsgrond uitsluitend weer worden gecorrigeerd en opgeheven wanneer sprake

41 Vgl. Rb. Rotterdam (Strafkamer) 24 januari 1958, ECLI:NL:RBROT:1958:10, *NJ* 1958/85. Weliswaar wordt overmacht aangenomen, maar deze bevrijdt de bestuurder niet, omdat hij te hard reed.

42 Eveneens in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

43 Annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212, l.k. Dezelfde opvatting wordt verdedigd door De Hullu, annotatie bij HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, *NJ* 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietsenwinkel*), p. 72, l.k.

> is van dolus in causa en culpa in causa, wat specifieke juridische – en daarmee beperkte – vormen zijn van datgene wat als een veel wijdere en meer algemene categorie de anterieure verwijtbaarheid kan worden genoemd'.[44]

6.3.5 Beoordeling visie-'t Hart

Deze invalshoek biedt meer mogelijkheden tot nuance dan die van de anterieure verwijtbaarheid. De benadering van 't Hart mist het ongenadige karakter van de methode-Strijards, volgens welke een mogelijk licht verwijt aan de handelende fataal is voor zijn latere beroep op een rechtvaardigingsgrond. Uitgegaan wordt niet van het verwijt dat de verdachte (handelende) treft, maar juist van de niet-strafbare verdachte. Alleen als duidelijk sprake is van *culpa in causa* kan een correctie plaatsvinden op de niet-strafbaarheid.

Een moeilijkheid bij de visie-'t Hart is hoe zij moet worden ingepast in het dogmatische systeem. Als eenmaal een rechtvaardigingsgrond is aangenomen, is de handelende immers in principe straffeloos. Het is dan niet meteen evident hoe de aanwezigheid van *culpa in causa* vervolgens toch het oordeel over de strafbaarheid zou kunnen veranderen. Jansen schrijft daarover:

> 'Dat eigen schuld bij de beoordeling van de strafuitsluiting mag worden betrokken, is minder vanzelfsprekend dan het lijkt als wordt bedacht dat alle andere voorwaarden voor strafuitsluiting tamelijk strikt gebonden zijn aan het moment waarop de verdachte de delictsomschrijving vervult.'[45]

Waarschijnlijk is de volgende passage, waarin 't Hart pleit voor een soepele hantering van de dogmatiek, mede door de gedachte aan dit soort bezwaren ingegeven:

> 'Het is niet de dogmatiek die de grenzen van het denken markeert, maar het kritisch denken dat de grenzen van de dogmatiek aftast. Het dogmatisch systeem is hier dan ook geen uitgangspunt van denken waarnaar zich de werkelijkheidservaring van onschuld maar moet schikken: het is het dogmatisch systeem dat zich moet schikken en zodanig moet worden geconstrueerd en bijgesteld dat het de maatschappelijke ervaring – in het bijzonder die van de onschuld – kan inpassen, zo goed of zo kwaad als dat mogelijk is. Lukt die inpassing uiteindelijk niet, dan kan dat niet betekenen dat hetgeen als niet (voldoende) schuldig wordt ervaren toch maar gestraft moet worden, maar hooguit dat hetgeen als strafwaardig wordt ervaren toch niet kan worden gestraft.'[46]

---

44 Annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212.

45 Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld*, 2020, p. 210-211.

46 't Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212.

Ook ik geloof niet dat het dogmatisch systeem onoverkomelijk bezwaren behoeft op te leveren voor gevallen waarin zowel een rechtvaardigingsgrond, als *culpa in causa* aanwezig wordt geacht. Voor het civiele recht werk ik dat punt nader uit bij de bespreking van de corrigerende werking van *culpa in causa*.[47]

6.3.6 De middenweg: verwijt *en* rechtvaardiging

Aan beide juist behandelde visies kleeft het bezwaar dat ze teveel de nadruk leggen op één zijde van het probleem. Bij Strijards is dat het verwijt dat aan de handelende kan worden gemaakt. Bij 't Hart juist de rechtvaardigingsgrond waarop de handelende zich kan beroepen. Daardoor blijft in beide opvattingen de andere kant van het probleem onderbelicht. In de visie-Strijards bestaat mijns inziens te weinig aandacht voor het feit dat de handelende in beginsel een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond; in de theorie van 't Hart is daarentegen weinig ruimte rekening te houden met een ernstig verwijt dat de handelende eventueel te maken valt.

Een tussenweg, die overigens aansluit op de visie van 't Hart, wordt gewezen door De Hullu. Hij signaleert dat *culpa in causa* een erg absolute rol kan spelen bij de beoordeling van een rechtvaardigingsgrond als noodweer en beschrijft zijn opvatting:

> 'in het algemeen zou het mijns inziens de voorkeur verdienen in de eerste plaats te toetsen aan de wettelijke vereisten voor noodweer, en eigen schuld vervolgens als een mogelijke correctie, als een aanvullend vraagpunt te behandelen. Het is immers denkbaar dat iemand zich ondanks eigen schuld toch met succes op noodweer kan beroepen (…); dat hangt af van de mate van eigen schuld, de ernst van de aanranding en de beoordeling van subsidiariteit en de proportionaliteit. Door de eenduidige koppeling (…) van eigen schuld aan het ontbreken van een noodweersituatie dreigt culpa in causa te sterk en te gemakkelijk als drempel te fungeren. Culpa in causa verdient meer een eigen plaats in de uiteindelijke afweging van alle relevante gegevens ter beantwoording van de vraag of een beroep op noodweer al dan niet kan worden aanvaard.'[48]

De Hoge Raad kiest, bijna zes jaar later – en met inmiddels De Hullu in zijn midden – voor een benadering in twee stappen: 1. is voldaan aan de vereisten voor het inroepen van de rechtvaardiging? 2. belet eigen schuld het beroep erop? Die keuze wordt gemaakt in de zaak van de taxichauffeur die een niet-betalende klant heeft. Na de rit gaan collega's van de chauffeur naar het huis van de klant, om hem alsnog te laten betalen. Ze weten dat de klant geweld-

47 In par. 6.5 (*Corrigerende werking van culpa in causa in het burgerlijk recht, algemeen)* e.v.

48 De Hullu, annotatie bij HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, *NJ* 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietsenwinkel*).

dadig kan zijn. En inderdaad: de klant staat klaar met een koevoet en slaat daarmee een van de collega's. Die vangt de klap echter op, grijpt de koevoet en slaat daar vervolgens de klant weer mee. De slaande collega beroept zich op noodweer. Het hof verwerpt dat beroep, omdat de collega wist dat de klant gewelddadig was, maar toch een regeling met hem wilde gaan bespreken. Hij heeft zich daardoor volgens het hof 'willens en wetens in een situatie begeven waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten was. (...) Door aldus te handelen is er geen sprake van een noodzakelijke verdediging en dus ook geen sprake van noodweer', zo oordeelt het hof.[49] De Hoge Raad casseert. Daarbij worden eerst de voorwaarden voor een geslaagd beroep op artikel 41 Sr op een rij gezet (r.o. 3.5.1), en wordt overwogen dat gedragingen van de verdachte voorafgaand aan de noodweersituatie onder omstandigheden in de weg kunnen staan aan het slagen van een beroep op noodweer, bijvoorbeeld in geval van uitlokking door provocatie (r.o. 3.5.2), om te komen tot het oordeel:

> 'Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte – terwijl hij en zijn collega's onderweg waren naar Z. (*de niet betalende klant*, *toevoeging MF*) voor het treffen van een regeling van de niet-betaalde taxirit – meermalen was gewaarschuwd dat Z. gewelddadig zou kunnen worden, waaruit het Hof heeft afgeleid dat de verdachte "zich willens en wetens in een situatie [heeft] begeven waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten was." Die omstandigheid sluit, anders dan het Hof heeft geoordeeld, op zichzelf niet uit dat – in aanmerking genomen (…) de door het Hof vastgestelde (ernstige) agressie van Z. toen de verdachte en zijn collega's ter plaatse waren gekomen – ten aanzien van de ten laste van de verdachte bewezenverklaarde gedragingen sprake was van noodzakelijke verdediging in de zin van art. 41 Sr. Hetgeen het Hof heeft overwogen (…) is evenmin voldoende om te kunnen aannemen dat hier sprake is van zodanige eigen schuld als onder 3.5.2 bedoeld dat dit een aanvaarding van het beroep op noodweer(exces) in de weg staat.'[50]

Het accent ligt bij *culpa in causa* niet voornamelijk op het verwijt dat de handelende treft (zijn 'eigen schuld').[51] In de woorden van annotator Buruma: 'Nu wordt eerst gekeken of er aan de wettelijke voorwaarden voor een noodzakelijke verdediging is voldaan – en dat is niet uitgesloten als de dader zich willens en wetens begaf in een situatie waarin een agressieve reactie te verwachten

---

49 HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), r.o. 3.4.2.

50 HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), r.o. 3.6.

51 Dat blijkt nog sterker uit het recente HR (Strafkamer) 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1550, *NJB* 2019/2271, waarin de Hoge Raad overweegt dat de gedragingen van de verdachte die aan de wederrechtelijke aanval van het latere slachtoffer zijn voorafgegaan, in de weg kunnen staan aan het slagen van een beroep op noodweer of noodweerexces op grond van culpa in causa, maar slechts onder bijzondere omstandigheden, zie r.o. 2.3.

was – en vervolgens of er zodanige eigen schuld was dat deze de aanvaarding van het beroep op noodweer in de weg staat.'[52]

Verwijt en rechtvaardiging. Bij culpa en causa gaat het om de wisselwerking tussen die twee.

6.3.7 Samenvattend over strafrecht

De harde lijn van Strijards is definitief verlaten. Dat blijkt ook uit het overzichtsarrest uit 2016 van de Hoge Raad over noodweer. Onder de kop 'Culpa in causa' vat de Hoge Raad de heersende leer aldus samen:

> 'Gedragingen van de verdachte die aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer zijn voorafgaan, kunnen in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer of noodweerexces, maar slechts onder bijzondere omstandigheden. Van zulke bijzondere omstandigheden kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de verdachte de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer en hij aldus uit was op een confrontatie, of wanneer hij willens en wetens de confrontatie met het slachtoffer heeft gezocht en een gewelddadige reactie van het slachtoffer heeft uitgelokt (*verwijzing 1, toevoeging MF*). De enkele omstandigheid dat een verdachte zich willens en wetens in een situatie heeft begeven waarin een agressieve reactie van het slachtoffer te verwachten viel (*verwijzing 2, toevoeging MF*), of dat een verdachte zich in verband met een mogelijke aanval van het slachtoffer als voorzorgsmaatregel van een illegaal vuurwapen had voorzien, is daartoe evenwel onvoldoende (*verwijzing 3, toevoeging MF*).'[53]

Een vrij milde benadering van de verdachte dus,[54] waarvoor minder reden bestaat als het gaat om opzettelijke provocatie of uitlokking. Daarbij moet worden bedacht dat *culpa in causa* door de Hoge Raad niet wordt behandeld

---

52 Buruma, annotatie bij HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), onder 2. Zie in dit verband nog de subsidiariteitseis hierna, par. 7.3.5 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten*) en par. 7.3.6 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten*).

53 HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316, r.o. 3.7.1 (*Overzichtsarrest noodweer*), met verwijzing in voetnoten naar resp. 1: HR (Strafkamer) 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123; 2. HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), en 3. HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, *NJ* 2003/512. Zie i.v.m. het zoeken van de confrontatie nog HR (Strafkamer) 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3117, *NJ* 2018/217 (*Zoeken dader vernieling*). De overwegingen m.b.t. culpa in causa van het arrest uit 2016 zijn herhaald in HR (Strafkamer) 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schieten vanuit auto*), r.o. 2.3 en 2.4.3.

54 De Hullu beschrijft de in de dogmatiek verdedigde en door hem onderschreven opvatting 'dat eigen schuld slechts een beperkte correctie op het aanvaarden van strafuitsluitingsgronden kan en mag zijn, afhankelijk van de mate van eigen schuld en de bijzondere omstandigheden van het geval in kwestie'. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.5, p. 303.

als 'strafuitsluitingsgrond-overstijgend leerstuk';[55] de benadering is casuïstisch en verschilt per strafuitsluitingsgrond.[56]

Nu hiermee het strafrecht beschreven is, wordt het tijd de blik te richten op het civiele recht en na te gaan op welke wijze de bijdrage van de handelende aan de te rechtvaardigen situatie een rol speelt bij de beoordeling van de handeling.

6.4 Civielrechtelijke benadering

6.4.1 *Culpa in causa* in het civiele recht

Welk gevolg heeft de aanwezigheid van *culpa in causa* voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van de daad?

Dat is in het civiele recht geen brandend probleem. Asser/Sieburgh, bijvoorbeeld, wijdt er slechts een korte passage aan, die ook in de eerdere bewerkingen van dit deel van de Asser-serie al te vinden was. Over overmacht (alle andere uit het strafrecht overgenomen rechtvaardigingsgronden worden gezien als speciale vormen van overmacht) wordt geschreven:[57]

> 'Een beroep op overmacht slaagt niet indien de oorzaak daarvan aan de dader kan worden toegerekend omdat hij de noodtoestand of andere overmachtssituatie aan zichzelf te wijten heeft of die voor zijn risico komt.'[58]

Blijkbaar verhindert volgens Asser/Sieburgh de aanwezigheid van (wat ik noem:) *culpa in causa* een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond. Maar welke oorzaken aan de dader kunnen worden toegerekend en wat de reden is van het verlies van diens mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen, wordt niet duidelijk.

---

55 De term is van Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 211.

56 De Hullu wijst erop dat bij noodtoestand de redelijkheid van de keus van de dader een prominente rol speelt; aan die redelijkheid van het gedrag behoeft eigen schuld weinig af te doen. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.5, p. 302. Bij noodweer zou het 'corrigerend bereik van eigen schuld' z.i. beperkt moeten zijn; het gaat om alle bijzonderheden van het geval, waarbij bijv. ook de ernst van de aanranding een rol speelt. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.6, p. 321-322. Over de 'vormgeving van eigen schuld per strafuitsluitingsgrond' zie nog Jansen, *Drie modellen van eigen schuld* 2020, p. 211.

57 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88. Vgl. reeds *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/88; *Asser-Hartkamp III* 1994/60 en *Asser-Rutten III* 1983, p. 77.

58 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

6.4.2 Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh

Een uitgebreider behandeling van de kwestie is te vinden bij Sieburgh in haar proefschrift. Zij hangt de hierboven in 6.3.2 besproken opvatting van Strijards aan:

> 'Iemand die zich zonder dwang of noodzaak in een situatie manoeuvreert die het begaan van een onrechtmatige gedraging in de hand werkt en dat weet of behoort te weten, handelt verwijtbaar. Wegens de manier waarop de laedens in de situatie is geraakt waarin hij onrechtmatig handelde, valt hem een verwijt te maken. Deze gedachte ligt ten grondslag aan de strafrechtelijke constructies 'voorwaardelijk opzet' en 'culpa in causa', die vallen onder de gemeenschappelijke noemer anterieure verwijtbaarheid. Toepassing van deze constructie brengt mee dat de dader zich niet kan beroepen op een omstandigheid die zijn strafbaarheid weg zou kunnen nemen, omdat hij deze omstandigheid zelf in de hand heeft gewerkt of niet uit de weg is gegaan. Uit de wijze waarop schuld in bepaalde civielrechtelijke casus wordt uitgelegd, blijkt dat deze gedachte in het burgerlijk recht eveneens een rol speelt.'[59]

Uit de aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid leidt zij het bestaan van 'persoonlijke, subjectieve schuld' af, die de aansprakelijkheid van de dader voor zijn onrechtmatige daad verklaart.[60]

Zo wordt volgens Sieburgh iemand die zich in een gevaarlijke situatie begeeft, verondersteld de kennis, kunde en ervaring te bezitten die daartoe vereist zijn. Zij beschrijft in dat verband de casus van de schrikkende automobilist:[61]

> 'Beroept hij zich op een tekort in dezen, dan blijkt dat de schuld reeds bestond in het zich desondanks begeven in de betreffende situatie. Iemand die een auto bestuurt, wordt bijvoorbeeld geacht niet al te schrikachtig te zijn.'[62]

---

59 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 132/133.

60 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, par. 7.5.5 en 8.5.

61 Sieburgh haalt nog andere voorbeelden aan. Ze betreffen mijns inziens alle de kern van de *onrechtmatigheid* van de besproken handelingen zelf. Het gaat om onrechtmatige daden waarvoor een tekortschietende rechtvaardiging (onverschoonbare dwaling wegens het niet hebben voldaan aan een onderzoeksplicht), of een slechts voorwaardelijke rechtvaardiging (executie van kort geding-vonnissen e.d.) wordt aangevoerd. Zie Sieburgh, *Toerekening* (diss.), p. 133/134. De grondslag voor de aansprakelijkheid is in deze gevallen naar mijn mening de (niet toereikend gerechtvaardigde) onrechtmatige daad zelf. Zie daarover hierboven reeds hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging)* en hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

62 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 135.

Zij haalt vervolgens de uitspraak van een rechtbank aan:

> 'Van een claxonsignaal (...) hoort men in het verkeer niet zo te schrikken dat men daardoor (...) van de weg afrijdt.'[63]

Sieburgh concludeert hierop dat de handelende een verwijt te maken valt omdat hij wist of behoorde te weten dat hij zich in een situatie begaf waarin hij mogelijk onrechtmatig zou handelen, of hoorde te weten dat hij niet over voldoende capaciteiten beschikte om op een juiste wijze te handelen.

6.4.3 Beoordeling visie-Sieburgh

Tegen deze opvatting kunnen dezelfde bezwaren worden ingebracht als hierboven zijn gemaakt tegen de visie van Strijards.[64] De benadering biedt voor bepaalde gevallen niet de juiste verklaring van aansprakelijkheid: Het beoogde gevolg van 'anterieure verwijtbaarheid' – ontzegging van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen – is weliswaar passend voor gevallen van anterieur onrechtmatig handelen, maar volgt dan reeds uit de (anterieure) onrechtmatige daad zelf. Bovendien is zij te eenzijdig, vanwege het zware accent op het verwijt aan de handelende. Voor gevallen van niet-onrechtmatig handelen voorafgaand aan de noodsituatie is het gevolg van anterieure verwijtbaarheid – verval van de bevoegdheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen – dan ook te grof in zijn uitwerking. Ik licht dit toe aan de hand van het zojuist weergegeven voorbeeld van Sieburgh van de schrikachtige automobilist Mijns inziens moet voor zo'n geval worden onderscheiden tussen twee situaties.

Ten eerste: de automobilist, die inderdaad weet (of behoort te weten) dat hij te schrikachtig is om een auto te besturen. Wie zó schrikachtig is, begaat een onrechtmatige daad door deel te nemen aan het verkeer. Dat blijkt uit toetsing van het gedrag van de automobilist aan de Kelderluik-factoren:[65] Gezien de psychische gesteldheid van de automobilist is de kans op schade zeer groot, en de mogelijkheid van ernstige schade eveneens. Als er dan geen

63 Rb. Rotterdam 13 september 1974, ECLI:NL:RBROT:1974:AJ4256, *VR* 1975/48, p. 120. Bij Sieburgh *Toerekening* (diss.) 2000, voetnoot 149 op p. 135.

64 Zie par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*). Ik zou het bij deze verwijzing kunnen laten. Omdat Sieburgh echter de enige Nederlandse civilist is die uitgebreid aandacht aan het probleem besteedt, verdient de bespreking van haar visie toch iets meer ruimte. Dat biedt mij bovendien de mogelijkheid het in het voorgaande betoogde toe te lichten aan de hand van civielrechtelijke voorbeelden.

65 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

uiterst dringende noodzaak bestaat om zelf te rijden,[66] mag hij dat niet doen. Daarbij speelt nog een rol dat mogelijke schade op eenvoudige wijze kan worden voorkomen door zich te *laten* vervoeren (toepassing van het criterium 'bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen'). Wat door Sieburgh wordt gepresenteerd als anterieure *verwijtbaarheid* is niets anders dan: anterieure *onrechtmatigheid*. Voor de automobilist die van zichzelf weet dat hij niet in staat is op verantwoorde wijze aan het verkeer deel te nemen en dat desondanks doet, schiet de theorie van anterieure verwijtbaarheid dus tekort als verklaring van zijn aansprakelijkheid; zijn aansprakelijkheid vloeit (gewoon) voort uit onrechtmatige daad.

Ik kom nu op de tweede te bespreken situatie: de automobilist die *níet* van zichzelf weet (of behoort te weten) dat hij te schrikachtig is om deel te nemen aan het verkeer. Wanneer deze schrikt en schade aanricht, zal de oorzaak van zijn schrik bepalend zijn voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van zijn handeling. Ik zou niet bij voorbaat willen uitgaan van onrechtmatigheid *omdat* iemand schrikt van (om bij de door Sieburgh aangehaalde uitspraak te blijven:) een claxonsignaal. Of de schrikreactie onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Denkbaar is dat het claxonneren in deze situatie een te verwachten schrikreactie uitlokte: iemand rijdt bijvoorbeeld in een open auto en wordt (bij wijze van 'grap') bijna van de weg geblazen door een claxon als een misthoorn, waarmee sommige vrachtwagens zijn uitgerust. Of de automobilist in een elektrische wagen nadert onhoorbaar een fietser van achteren en toetert plotseling en hard, waardoor de fietser een onverwachte manoeuvre maakt en ergens tegenaan rijdt. Ik ben er niet van overtuigd dat de schrikkende automobilist en fietser in deze twee voorbeelden onrechtmatig handelen als zij tijdens hun schrikreactie schade aanrichten. Of iemand voorkomt een ramp: hij kan juìst remmen voor een overstekend kind. De bestuurder van de auto achter hem ziet het kind niet, moet plots remmen vanwege het remmen van zijn voorligger en drukt lang en agressief op de claxon. In zo'n geval, waarin de voorste bestuurder nog zit te bekomen van de schrik van het overstekende kind, kan ik mij voorstellen dat hij schrikt van de plotselinge claxon achter zich en verkeerd reageert. Ik zie dan geen reden om bij voorbaat aan te nemen dat zijn handeling onrechtmatig is, ook niet als het gaat om een van nature enigszins nerveuze bestuurder. Voor al deze gevallen is de theorie van de anterieure verwijtbaarheid te grof in haar gevolg en moet een genuanceerder benadering gevonden worden.

66 Wat niet ondenkbaar is. De schrikachtige kan op een afgelegen plek worden geconfronteerd met een automobilist die een hartaanval krijgt en die dringend naar het ziekenhuis moet worden vervoerd, terwijl hulp van anderen niet kan worden ingeroepen of afgewacht. In dat geval zou ik niet bij voorbaat willen aannemen dat de automobilist geen beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond (i.c.: noodtoestand).

6.4.4 *Culpa in causa* en risicoaanvaarding

Bij de bespreking van de opvattingen van Strijards en 't Hart concludeerde ik dat het uiteindelijk neerkomt op de wisselwerking tussen het verwijt dat de handelende treft en zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond.[67] Naar ik meen, geldt dat ook voor het burgerlijk recht.

Verhelderend voor de rest van het betoog is op dit punt een excursie naar een fenomeen in het civiele recht waar het eveneens gaat om de verhouding tussen enerzijds een verwijtbare en anderzijds een gerechtvaardigde handeling: de omstreden figuur van de risicoaanvaarding.

Van risicoaanvaarding is sprake als iemand zich vrijwillig begeeft in een situatie waarvan hij weet of kan weten dat daaruit voor hem schade kan voortvloeien.[68] Wanneer het risico van schade zich inderdaad verwezenlijkt, kan er reden bestaan (een deel van) de schade voor rekening van de risiconemer te laten:

> 'wie zich vrijwillig en bewust aan een bepaald gevaar blootstelt, moet er zelf de gevolgen van dragen'.[69]

In het geval van *culpa in causa* is in feite hetzelfde aan de hand: iemand brengt zichzelf in een noodsituatie, dus een situatie waarvan hij weet dat daaruit schade kan voortvloeien. Hij wil zich vervolgens op een rechtvaardigingsgrond beroepen. De vraag is of dat beroep hem toekomt, gezien het feit dat hij zich nu juist zelf in de situatie heeft gemanoeuvreerd en het risico dat hij daarmee heeft genomen.

Zowel bij risicoaanvaarding als bij *culpa in causa* gaat het om een handeling waaraan door een andere (eerdere) handeling is bijgedragen. In beide gevallen gaat het om de vraag wat het juridische effect is van de ene (bijdragende) handeling op de beoordeling van de andere (schadeveroorzakende) handeling.[70] Hierna wordt beproefd of de civielrechtelijke benadering van risicoaanvaarding van nut kan zijn voor de bestudering van het leerstuk *culpa in causa*.[71]

---

67 In par. 6.3.6 (*De middenweg: verwijt* en *rechtvaardiging*).

68 Zie over risicoaanvaarding de klassieke opstellen van: Streefkerk, *Risico-aanvaarding* 1980 en Geelhand & Verbeeck, *Risico-aanvaarding* 1981-1982.

69 Geelhand en Verbeeck, *Risico-aanvaarding* 1981-1982, p. 1921, onder 2.

70 De vergelijking wordt hierna, in par. 6.4.4 (*Culpa in causa en risicoaanvaarding*) en 6.4.5 (*Parallel tussen leer-Strijards/Sieburgh en vroegere kijk op risicoaanvaarding*), uitgewerkt.

71 Eerder heb ik de parallel met risico-aanvaarding beschreven in verband met uitlokking, dat als een bepaald soort *culpa in causa* kan worden gezien. Zie annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke, onder 4. Over uitlokking zie verder hierna, onder 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

Daarbij moet wel worden bedacht dat risicoaanvaarding en *culpa in causa* gedragingen van verschillende personen betreffen. Bij risicoaanvaarding gaat het om de gedraging van de *benadeelde* en de invloed daarvan op de onrechtmatigheid van een handeling van de handelende. Bij *culpa in causa* gaat het om een gedraging van de *handelende* en het gevolg dat deze heeft voor een latere, te rechtvaardigen, gedraging van dezelfde handelende.

Men zou kunnen zeggen dat bij *culpa in causa* de risicoaanvaardingsgedachte spiegelbeeldig wordt toegepast, namelijk op de handelende. Over deze 'risicoaanvaarding in spiegelbeeld' is geschreven door Van der Kwaak. Hij spreekt over risicoaanvaarding door de *handelende* (laedens), in plaats van door de benadeelde (gelaedeerde). Hij stelt:

> 'Juist hier lijkt (...) alle aanleiding te bestaan om voor risicoaanvaarding als afzonderlijk begrip een plaats in te ruimen.'[72]

Van der Kwaak bespreekt een aantal gevallen, zoals de executie van een vonnis waartegen nog een rechtsmiddel openstaat.[73] Mijns inziens gaat het daarbij echter steeds om een beroep op een onvolledige of voorwaardelijke *rechtvaardiging*. Zoals ik hierboven heb betoogd, schiet dit soort rechtvaardigingen tekort als verweer tegen een actie uit onrechtmatige daad.[74] Deze ontoereikende rechtvaardigingen zijn niet in staat het oordeel over de handeling van de handelende te veranderen in 'rechtmatig'. En om díe reden is/blijft de handeling onrechtmatig.

Door zich op zo'n rechtvaardiging te baseren, aanvaardt de handelende inderdaad risico's. Maar daarmee is niet veel meer gezegd dan dat hij *in feitelijke* zin een risico neemt. Namelijk: het risico dat de executant de zaak in hoger beroep verliest.[75] Wat ìk hier beoog, is te onderzoeken hoe het gegeven dat (in het geval van *culpa in causa*) risico's zijn genomen door de handelende, invloed heeft op de juridische beoordeling van het gedrag van die

72 Van der Kwaak, *Risicoaanvaarding in spiegelbeeld* 1999, p. 402, r.k.

73 Van der Kwaak noemt onder andere: het conservatoir beslag, de executie van een vonnis waartegen nog een rechtsmiddel kan worden ingesteld, de overdracht van een goed krachtens een aantastbare titel, en de feitelijke handeling waarvan op het moment dat zij wordt verricht nog niet vaststaat of zij rechtmatig is. Van der Kwaak, *Risicoaanvaarding in spiegelbeeld* 1999, p. 402, r.k. Sieburgh bespreekt deze gevallen in haar proefschrift bij haar behandeling van anterieure verwijtbaarheid, met verwijzing naar Van der Kwaak, zie Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 134.

74 Zie voor de bespreking van de ontoereikende rechtvaardigingen hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*). De theorie van Van der Kwaak is besproken (en verworpen) in par. 5.3.3 (*De variërende status van de rechtsbetrekking*).

75 Zie voor een ander strikt feitelijk gebruik van de term: Hof Den Haag 27 maart 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AK4492, *S&S* 2002/127: omdat Esso bekend was met de voorlading furfural en er kennelijk rekening mee hield dat daarvan nog sporen zouden achterblijven, heeft Esso het risico aanvaard dat de lading gasolie sporen van (o.a.) furfural zou bevatten.

handelende. Met andere woorden: hoe *culpa in causa* voor het civiele recht moet worden ingepast in het juridische systeem.

6.4.5 Parallel tussen leer-Strijards/Sieburgh en de vroegere kijk op risicoaanvaarding

Hierboven is de leer van de anterieure verwijtbaarheid besproken voor het strafrecht en het burgerlijk recht.[76] Toepassing van die leer heeft vergaande gevolgen. Aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid slaat de handelende een mogelijk beroep op een rechtvaardigingsgrond in één klap uit handen. En wanneer zij niet kan worden aangetoond, dan gaat de handelende juist vrijuit.

In dit opzicht doet de constructie denken aan het effect van risicoaanvaarding, dat in het civiele recht vroeger werd gezien als rechtvaardigingsgrond. Aangenomen werd dat de vergoedingsplicht van de handelende *geheel verviel* als sprake was van risicoaanvaarding door de benadeelde.[77] Was dat laatste niet het geval, dan ontbrak voor de handelende een rechtvaardigingsgrond en bleef de vergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad (in beginsel) *geheel in stand*.[78] Een rigide resultaat: alles-of-niets.[79] Zoals gezegd, leidt de aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid in de visie van Strijards en, voor het burgerlijk recht, van Sieburgh tot dezelfde uitkomst.

De parallel beperkt zich niet tot het resultaat van toepassing van beide rechtsfiguren. De figuren betreffen in zekere zin ook hetzelfde *probleem*: iemand verspeelt door een bepaalde gedraging een hem toekomend recht. Bij anterieure verwijtbaarheid is dat de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen. Bij risicoaanvaarding is dat het recht schadevergoeding te vorderen van de pleger van een onrechtmatige daad. In beide gevallen is de reden van dit rechtsverlies dezelfde: de handelende persoon heeft zelf bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij kon verwachten dat er wellicht schade uit zou kunnen voortvloeien. Hij kon eveneens voorzien dat hij wellicht een

---

76 Par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*) en par. 6.4.2 (*Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh*).

77 Zie bijv. Hof Arnhem 23 januari 1973, ECLI:NL:GHARN:1973:AC5290, *VR* 1973/90 (*Meerijden met beschonken bestuurder*), Rb. Arnhem 22 oktober 1981, ECLI:NL:RBARN:1981:AL7622, *VR* 1984/54 (*Schade tijdens proefrit*), HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, *NJ* 1984/536 (*Verstekeling in laadruimte*).

78 Zie bijv. arbitraal vonnis 6 februari 1987, ECLI:NL:XX:1987:AJ5572, *VR* 1989/92 (*Botsing tussen twee 'sjezen'*), HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729 (*Circusezel*) en HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5307, *NJ* 1973/407. Zoals ook uit de laatste uitspraak blijkt, kon op de schadevergoedingsplicht nog wel vermindering volgen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding gaven.

79 Vgl. Franke, *Risico-aanvaarding of eigen schuld?* 1989, p. 90. Over risico-aanvaarding in het algemeen, zie nogmaals het opstel van Streefkerk, *Risico-aanvaarding* 1980.

beroep zou moeten doen op een recht. Maar uiteindelijk komt dat recht hem niet toe.[80]

De gelijkenis gaat nog verder dan het feit dat rechtsverlies optreedt en de reden waarom dat gebeurt. Ook het *karakter* van het verspeelde recht is in beide situaties hetzelfde. Het gaat steeds om de mogelijkheid de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade niet zelf te hoeven dragen, maar te kunnen afwentelen op de andere partij. In het geval van anterieure verwijtbaarheid gaat het om de mogelijkheid van de handelende zich te verweren tegen een schadevergoedingsvordering en aldus te *ontkomen* aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bij risicoaanvaarding gaat het juist om de mogelijkheid diezelfde vordering *in te stellen*. Dat het in het eerste geval de handelende, in het tweede geval de benadeelde is aan wie dat zijn recht wordt ontnomen, doet wat dit betreft niet terzake. Het gaat om het vergoeden van schade die beiden normaal gesproken niet zouden hoeven te dragen.

Culpa in causa en risicoaanvaarding. Ze lijken op elkaar qua rechtsgevolg, reden van dat rechtsgevolg en karakter van het verloren recht. De hier gesignaleerde gelijkenis maakt het interessant te bezien hoe tegenwoordig in het civiele recht wordt omgegaan met de risicoaanvaardingsproblematiek.

6.4.6 Huidige visie op risicoaanvaarding

De Hoge Raad heeft in 1991 definitief een eind gemaakt aan de rol van risicoaanvaarding als fatale omstandigheid voor een schadevergoedingseis van de benadeelde. In het arrest Dekker/Van der Heide overweegt de Hoge Raad:

> 'Onderdeel 3 betoogt dat naar geldend recht "aan 'risico-aanvaarding' een eigen plaats met eigen rechtsgevolgen toe*(-komt)*, nl. als zijnde een omstandigheid, die

80 Hier is een overeenkomst zichtbaar met de figuur 'rechtsverwerking'. Die vergelijking is met betrekking tot risico-aanvaarding gemaakt door Schut. Hij omschreef risico-aanvaarding als 'rechtsverwerking-bij-voorbaat' Schut, *Onrechtmatige daad* 1985, p. 76. Ik geloof echter niet dat die vergelijking ons iets verder brengt. Rechtsverwerking is, net als risicoaanvaarding, een begrip dat vooral goed aangeeft wat *feitelijk* aan de hand is: het beroep op een recht is verwerkt (in de zin van: verloren); een risico aanvaard. Maar wat de juridische consequenties van die constatering zijn, is voor beide rechtsfiguren niet eenvoudig aan te geven. Valk heeft moeite gedaan de verschillende soorten rechtsverwerking onder te brengen bij één van de drie categorieën: rechtshandeling, onrechtmatige daad/wanprestatie; verjaring. Zie W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss.) 1993, Deventer: Kluwer, 1993. Op zichzelf is het etiket 'rechtsverwerking' dus weinig zeggend. Het lijkt me daarom niet gewenst een niet eenvoudig te vatten categorie als risicoaanvaarding aan te duiden met een andere, evenzeer onduidelijke typering als rechtsverwerking. Kennelijk is dat uiteindelijk ook de visie van Schut geweest, want in de laatste druk komt men de karakterisering van risicoaanvaarding als 'rechtsverwerking' niet meer tegen, zie zijn *Onrechtmatige daad* 1997, p. 66-68.

> de onrechtmatigheid van een gedraging opheft en algeheel verval van aansprakelijkheid meebrengt." Dit betoog faalt.'[81]

Volgens de Hoge Raad bestaat aan een zodanige rechtsfiguur ook geen behoefte:

> 'Hetgeen men daarmee beoogt te bereiken gaat immers, naar gelang van de aard van het geval, volledig op in enerzijds de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt en anderzijds die of aan de benadeelde omstandigheden kunnen worden toegerekend die aanleiding kunnen zijn (niet alleen tot een vermindering maar ook) tot een vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 NBW.'[82]

Risicoaanvaarding brengt dus niet bij voorbaat verval van aansprakelijkheid mee. De aanwezigheid ervan kan wel een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de daad of bij de bepaling van de omvang van de te betalen schadevergoeding.

6.4.7 Toepassing op *culpa in causa*

Risicoaanvaarding is de bijdrage van de *benadeelde* aan een (onrechtmatige) daad. Het juridische effect daarvan is dat de daad minder snel als onrechtmatig zal worden gekwalificeerd en een eventuele schadevergoedingsplicht een kleinere omvang zal hebben.

Culpa in causa is de bijdrage van de *handelende* aan een (te rechtvaardigen) daad. Het juridische effect daarvan zal (omgekeerd) juist zijn, dat de daad minder snel als rechtmatig zal worden gekwalificeerd en een eventuele schadevergoedingsplicht een grotere omvang zal hebben.

6.4.8 Orde van het verdere betoog

De twee door de Hoge Raad genoemde wegen om rekening te houden met het gedrag voorafgaand aan een onrechtmatige daad zijn hierna uitgangspunt bij de inpassing van *culpa in causa* in het civielrechtelijk systeem. Ik zal ze in de volgende paragrafen bespreken als: correctie via het onrechtmatigheidsoordeel en correctie via de vergoedingsplicht. In de volgende paragraaf bespreek ik de beide correctiemethoden kort, waarna de uitwerking volgt in het laatste gedeelte van dit boek, in de hoofdstukken over het gevolg van de aanwezig-

81 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.4.
82 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.4.

heid van een rechtvaardiging op het oordeel over de daad (hoofdstuk 11) en het oordeel over de schadevergoedingseis (hoofdstuk 12).

6.5 CORRIGERENDE WERKING VAN *CULPA IN CAUSA* IN HET BURGERLIJK RECHT, ALGEMEEN

6.5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ben ik ervan uitgegaan dat op zichzelf aan alle voorwaarden van de in te roepen rechtvaardiging is voldaan. De aanwezigheid van *culpa in causa* is dan op twee momenten van belang voor de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Ten eerste: het moment van de te rechtvaardigen handeling. Ten tweede: een eerder in de tijd gelegen moment, waarop de handelende heeft bijgedragen aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie.

In de volgende paragrafen wordt bezien wat het gevolg van het chronologisch *eerste moment* is voor het latere beroep op de rechtvaardigingsgrond. Zoals in het voorgaande is gesteld, zal die invloed tweeërlei kunnen zijn. De voorafgaande gedraging kan een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de te rechtvaardigen handeling en van de eventuele schadevergoedingsverplichting. De aanwezigheid van *culpa in causa* zal daarbij een correctie kunnen meebrengen op het aanvankelijke oordeel over beide kwesties.

6.5.2 Over de methode: de verkering van het oordeel

Op het eerste gezicht is het moeilijk voorstelbaar dat nog een correctie kan plaatsvinden, wanneer eenmaal is vastgesteld dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is.[83] Immers: als alle voorwaarden voor het aannemen van zo'n grond zijn vervuld, is de daad rechtmatig. En er behoeft dan geen schadevergoeding te worden betaald. Het is niet makkelijk in te zien hoe de *culpa in causa*-constructie nog verandering in deze situatie zou kunnen brengen. Dat is *wel* denkbaar bij een onrechtmatige daad. Wanneer de onrechtmatigheid van de daad is vastgesteld, kan het gevolg ervan (de verplichting tot het betalen van schadevergoeding)[84] worden gecorrigeerd. De vergoedingsplicht van de dader kan worden verminderd of zij vervalt, waardoor een deel van, of de gehele schade voor rekening van de benadeelde blijft.[85]

---

83 Vergelijk wat daarover is opgemerkt bij de bespreking van de visie van 't Hart in par. 6.3.5 (*Beoordeling visie-'t Hart)*.

84 Vgl. artikel 6:162 lid 1.

85 Op grond van de bepalingen in afd. 6.1.10, met name uiteraard art. 6:101.

Maar wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, is de daad *rechtmatig*. En op grond van rechtmatige daad bestaat nu juist geen verplichting tot schadevergoeding.[86] Een niet bestaande verplichting is lastig te corrigeren.

Het zojuist geschetste probleem is echter alleen onoplosbaar als men aanneemt dat de kwalificatie 'rechtmatig' de definitieve is. Maar er is niets dat daartoe dwingt. Integendeel: ook in de normale situatie van een beroep op een rechtvaardigingsgrond gaat men uit van het voorlopige oordeel dat het handelen onrechtmatig is. Maar dat onrechtmatige karakter kan aan de daad ontvallen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Bij nader inzien kan de daad dan als rechtmatig bestempeld worden. Niets is erop tegen om, als daartoe redenen bestaan, dat oordeel opnieuw te bezien en aan te nemen dat de daad toch als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. Deze dubbele herwaardering van de omstandigheden van het geval heeft Eggens als volgt geschetst:

> 'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op het feit dat deze handeling werd gepleegd door een soldaat op wacht of een politieagent in achtervolging (en nadat eventuele andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijkende omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.'[87]

De vraag is op welke manier de aanwezigheid van *culpa in causa* een rol kan spelen bij de tweede verkering van het oordeel over de rechtmatigheid van de daad.

6.5.3 De wisselwerking tussen verwijt en rechtvaardiging

Op dit punt in het betoog wordt de hierboven gemaakte vergelijking met risicoaanvaarding relevant. *Feitelijke* risicoaanvaarding door het slachtoffer kan als gezegd *juridisch* invloed hebben via het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad, of via de vergoedingsplicht van de dader. Nu ga ik na wat de juridische invloed van de aanwezigheid van *culpa in causa* is.

Eerst wordt bezien welk effect de aanwezigheid van *culpa in causa* heeft op het *onrechtmatigheidsoordeel*. Het gaat daarbij om de vraag of de daad in

---

86 Althans: in het algemeen. Over de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond voor de vergoedingsplicht: zie hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

87 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122, hierboven al gedeeltelijk aangehaald in par. 3.8.2 (*Terzijde; Artikel 6:162 gespiegeld*).

casu gerechtvaardigd wordt, mede gezien het feit dat de handelende zichzelf in de te rechtvaardigen situatie bracht. Dit vergt een afweging van deze twee zaken: enerzijds het verwijt dat de handelende treft van het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie; anderzijds de omstandigheid dat hij in principe een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond. Wanneer het beroep op de rechtvaardigingsgrond in de gegeven omstandigheden de doorslag geeft, is de daad rechtmatig.[88] Aan de beoordeling van de schadevergoedingsvordering komt men dan in beginsel niet meer toe.[89]

Wanneer het verwijt aan de handelende, dus de aanwezigheid van *culpa in causa*, bij de afweging het zwaarst weegt, wordt het beroep op de rechtvaardigingsgrond afgewezen. De daad is dan onrechtmatig en de handelende tot schadevergoeding verplicht. De omvang van die *schadevergoedingsverplichting* moet vervolgens worden vastgesteld. Dat gebeurt aan de hand van de bepalingen in afdeling 6.1.10. Daarbij kan de aanwezigheid zowel van *culpa in causa*, als van de rechtvaardiging opnieuw een rol spelen. Het zal ervan afhangen bij welke van de twee omstandigheden in de concrete casus het zwaartepunt ligt.

In de volgende paragrafen wordt bezien op welke wijzen het verwijt aan de handelende kan worden ingepast in het civielrechtelijk systeem. Daarbij wordt de invloed van de voorafgaande gedraging bezien voor achtereenvolgens het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling (in 6.6) en het oordeel over de omvang van de schadevergoedingsplicht (in 6.7).

6.6 Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel

6.6.1 Inleiding

De noodzaak zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen kan het gevolg zijn van een laakbaar handelen voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie. In die situatie zal het beroep op de rechtvaardigingsgrond kunnen worden verworpen, waarbij een aantal redeneringen kan worden gehanteerd om tot dat resultaat te komen.

6.6.2 Anterieure onrechtmatigheid

Allereerst is denkbaar dat de dader een onrechtmatige daad heeft gepleegd waardoor hij in de, te rechtvaardigen, noodsituatie is beland. Een mooi voorbeeld daarvan ontleen ik aan de rijke strafrechtelijke casuïstiek. Het zou overigens even goed afkomstig kunnen zijn uit het burgerlijk recht.

88 Zie ook hierna, hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).
89 Voor uitzonderingen op deze regel: zie hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

Een automobilist rijdt met een snelheid van bijna tachtig kilometer per uur. Hij wil een passagiere op de achterbank een vuurtje geven. Hij houdt tijdens het rijden zijn elektrische aansteker een eindje achter zich, brandt zijn vingers en laat de brandende aansteker vallen. Dan kijkt hij opzij, om te zien waar de aansteker terecht is gekomen. Tijdens deze manoeuvre verliest de automobilist de macht over het stuur; zijn auto raakt van de weg en hij veroorzaakt een botsing.[90] De kantonrechter aanvaardt het beroep op overmacht van de bestuurder, overwegende:

> 'dat verd. derhalve terecht zich heeft beroepen op overmacht, n.l., dat door een dusdanig volkomen onverwacht gebeuren het hem niet mogelijk was een zijwaartse blik te bedwingen, immers op dat moment van hem niet kon worden gevorderd, dat hij eerst rustig zijn motorrijtuig tot stilstand bracht'.[91]

Op deze wijze is de overmachtssituatie volkomen geïsoleerd van de overige omstandigheden van het geval bekeken. De rechtbank pakt de zaak anders aan en vernietigt het vonnis, overwegend

> 'dat, daargelaten of verd., toen hij in de positie verkeerde, dat hij zijn vinger had gebrand aan zijn electrischen cigarettenaansteker en dat hij die brandenden aansteker naast zich neer zag vallen, zich had mogen laten afleiden, dit in ieder geval geen overmacht voor hem oplevert, aangezien hij – door tijdens het chaufferen met een snelheid van 70 à 80 km per uur over genoemden weg een brandenden electrischen aansteker achterwaarts te brengen in de richting van een achter in den auto gezeten passagiere – zich zelf vrijwillig in die positie heeft gebracht'.[92]

In deze casus is sprake van een onrechtmatige daad, die bestaat uit het zeer gevaarlijke handelen van de automobilist: rijdend met een flinke snelheid, proberen iemand op de achterbank een vuurtje te geven en daarna op de grond van de wagen te speuren naar de gevallen aansteker. Als de voorzienbare gevolgen van deze daad zich verwezenlijken, is het voor een beroep op een rechtvaardigingsgrond te laat. Dit is de toepassing van een van de onrechtmatigheidscriteria: de grootte van de kans op en de ernst van de mogelijke schade.[93] Een voltooide onrechtmatige daad heeft zich voorgedaan.

Hieraan doet niet af dat de onrechtmatige daad (mede) een noodsituatie ten gevolge kan hebben. Zoals in de bovenstaande casus: als iemand zijn vingers brandt, is het verklaarbaar en wellicht zelfs verontschuldigbaar dat

---

90 De man botste op een boom. Voor de civilist is het voorbeeld wellicht niet zo aansprekend als er geen schade is toegebracht aan een ander. De civilist kan denken aan een botsing met een geparkeerd staande auto.

91 Rb. Amersfoort (ktr.) 18 oktober 1956, ECLI:NL:KTGAMF:1956:1, *NJ* 1957/362 (*Vuurtje naar de achterbank*).

92 Rb. Utrecht (Strafkamer) 1 februari 1957, ECLI:NL:RBUTR:1957:4, *NJ* 1957/521 (*Vuurtje naar de achterbank*).

93 Vgl. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

hij de macht over het stuur verliest. De reactie op de *gevolgen* van de onrechtmatige daad is dus misschien te rechtvaardigen. Maar wat gerechtvaardigd dient te worden, is de *onrechtmatige daad* zelf. Deze schept aansprakelijkheid voor de voorzienbare gevolgen die eruit voortvloeien. Maar zij kan niet door haar eigen gevolgen worden gerechtvaardigd. Dat toch aan te nemen, zou wel akelig dicht in de buurt komen van het huzarenstukje van de legendarische baron die zich aan zijn eigen pruikje uit het moeras trok. Of, zoals Meijers heeft opgemerkt naar aanleiding van de Voorste Stroom-constructies:

> 'Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben.'[94]

6.6.3 Geen voorafgaande onrechtmatige daad

Wanneer geen sprake is van een voltooide onrechtmatige daad voorafgaand aan de noodsituatie, is er mijns inziens onvoldoende reden de handelende bij voorbaat een beroep op een rechtvaardiging te ontzeggen. Ik licht deze stelling toe aan de hand van een strafrechtelijke noodweercasus, waarin hof en Hoge Raad aannemen dat niet is voldaan aan de eisen van artikel 41 Sr.

De zaak speelt op Aruba. Victor Jesus Y. begeeft zich op verkiezingsdag per auto in het kamp van aanhangers van een andere politieke partij. Hij is er niet welkom. Er wordt tegen de auto geslagen en geschopt. In het tumult dat ontstaat, schiet Victor Jesus Y. ene Tromp dood. Y. beroept zich op noodweer, respectievelijk noodweerexces. Hof en Hoge Raad verwerpen dit beroep. Onder verwijzing naar de omstandigheden voorafgaand aan de ruzie, oordeelt de Hoge Raad dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een beroep op noodweer(exces). Het hof heeft vastgesteld, aldus de Hoge Raad,

> 'dat de beklaagde (...) door zich op een verkiezingsdag – en nog wel later op de dag – op Aruba met een auto die duidelijk was voorzien van aanduidingen van een politieke partij te begeven naar een plaats die bekend staat als een bolwerk van een rivaliserende partij, en de auto aldaar te doen stilhouden met geopende ramen, agressie bij de aanhangers van die andere politieke partij, bestaande in het slaan en schoppen tegen die auto, willens en wetens hebben opgewekt, en te hebben geoordeeld dat onder deze omstandigheden het bewezen verklaarde niet kan worden aangemerkt als een feit geboden door noodzakelijke verdediging tegen zo een aanranding'.[95]

---

94 Meijers, *Algemene Begrippen* 1948, p. 308. Zie hierboven, par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*).

95 HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, *NJ* 1989/389 (*Verkiezingen op Aruba*), r.o. 5.2.

Als iemand zelf een moeilijke situatie heeft opgezocht, kan niet worden gezegd dat er sprake is van een 'feit geboden door noodzakelijke verdediging', zo legt de Hoge Raad artikel 41 Sr in 1987 uit. Daarom heeft de dader geen beroep op noodweer.[96]

De mogelijkheden om een noodweerberoep te verwerpen met een *culpa in causa*-redenering zijn inmiddels beperkter, omdat de Hoge Raad milder oordeelt over *culpa in causa*-situaties. Het enkele feit dat iemand een gevaarlijke situatie opzoekt waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten viel, en zelfs het bij zich hebben van een illegaal vuurwapen als voorzorgsmaatregel, zijn onvoldoende om via een *culpa in causa*-redenering een noodweerberoep te verwerpen.[97]

Terughoudendheid bij toepassing van een *culpa in causa*-redenering zou ik ook willen bepleiten voor het civiele recht, gezien het vergaande gevolg: geheel verval van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen (zoals al in de vorige paragraaf is besproken). Evenmin als bij de onrechtmatigheids- en subsidiariteitstoets mag de methode van uitleg dienen om de dader een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontzeggen wanneer de gedraging niet reeds op zichzelf onzorgvuldig is.[98]

Maar het enkele feit dat iemand gevaren niet uit de weg gaat of ze wellicht zelfs opzoekt, brengt nog niet per se mee dat hij zich daardoor niet tegen (mogelijk zware) bedreigingen zou mogen verweren of dat het redelijk zou zijn hem alle schade die hem in die situatie wordt toegebracht zelf te laten dragen.[99] Mijns inziens kan de handelende zijn recht op zelfverdediging alleen dan bij voorbaat worden ontzegd, als hij zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad.[100] Is dat laatste niet het geval, dan heeft de handelende in principe een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Zijn gedragingen die voorafgingen aan dat beroep op een rechtvaardigingsgrond (zoals de omstandigheid dat iemand op pad gaat met een vuurwapen, en dat vervolgens ook daadwer-

96 Vgl. hierboven, par. 3.4.3 (*Noodweer; Voorwaarden*).

97 Zie HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.7.1, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*) en HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, *NJ* 2003/512.

98 Zie daarover ook mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke, onder 4.

99 Zoals ik hierboven reeds betoogde: het dragen van een Ajaxpetje in het Feyenoordvak maakt de voetbalfan nog niet rechteloos wanneer geweld tegen hem wordt gericht. Zie de bespreking van de visie van Strijards in par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*). In gelijke zin: Keijzer in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9243, *NJ* 2010/282, onder 8. Vgl. ook Reijntjes, annotatie bij HR (Strafkamer) 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4855, *NJ* 2013/395, onder 5.

100 Zoals in de hierna te bespreken zaken, van de stekende man in de fietsenwinkel in par. 6.6.4 (*Uitleg rechtvaardigingsgrond*), en van Cabbollet die schietend naar buiten komt wanneer hij onraad bespeurt in par. 6.6.5 (*Subsidiariteit*).

kelijk gebruikt), kunnen uiteraard wel meewegen bij de beoordeling of het beroep in casu slaagt.

6.6.4 Uitleg rechtvaardigingsgrond

Hierboven is de anterieure onrechtmatigheid besproken als fundering van *culpa in causa* in het burgerlijk recht. Nog een andere methode kan worden wordt gebruikt om te beredeneren dat een handeling voorafgaand aan een noodsituatie een beroep op een rechtvaardigingsgrond blokkeert. Aangenomen wordt dan dat de gedragingen van de handelende meebrengen dat niet is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor het aannemen van een bepaalde rechtvaardigingsgrond. De handeling blijft dus onrechtmatig, omdat geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Bij deze methode gaat het om de *uitleg* van de rechtvaardigingsgrond. Ik zal haar bespreken aan de hand van de rechtvaardigingsgrond noodweer.

Artikel 41 Sr, over noodweer, luidt:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'

Er zijn uiteraard situaties denkbaar waarin moet worden aangenomen dat, gezien de voorafgaande gedragingen van de dader, van een noodweersituatie geen sprake is. Artikel 41 kan dan geen toepassing vinden. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de (strafrechtelijke) casus van A, die de eigenaar van een fietsenwinkel (Hol) met een mes steekt, omdat hij 'geïrriteerd was geraakt door het gedrag' van Hol. Na het steken blijft A. voor de winkel staan, met zijn gezicht richting werkplaats. Drie personeelsleden stormen uit die werkplaats Hol te hulp. Eén van hen (W.) wordt door A. doodgestoken. A. beroept zich op noodweer; hij voelde zich bedreigd door de reactie van de medewerkers van Hol. Het hof oordeelt

> 'dat van een noodweersituatie geen sprake was (...) omdat hij door Hol met een mes te steken en daarna voor de winkel te blijven staan met het mes in zijn hand en met het gezicht naar de toegangsdeur van de werkplaats, zich willens en wetens in een situatie heeft gebracht waarin de dreigende reactie van W. te verwachten was'.[101]

Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

---

101 HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, *NJ* 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietsenwinkel*), r.o. 3.4.

In de hier besproken zaak is goed verdedigbaar dat het handelen van A., voorafgaand aan de uiteindelijke noodsituatie, prohibitief is voor zijn beroep op noodweer. Voordat A belandde in de 'noodweer'-situatie pleegde hij een onrechtmatige daad: het neersteken van de eigenaar van de fietswinkel. Wat door A. nu wordt omschreven als de 'noodweer'-situatie is echter niets anders dan het voorzienbare gevolg van zijn die onrechtmatige daad: de medewerkers schieten de belaagde (en gewonde) Hol te hulp. Uiteraard gaat van hun optreden dreiging uit. Maar die dreiging wordt opgeroepen en gerechtvaardigd door het optreden van A. zelf. A's eigen onrechtmatige daad is fataal voor zijn beroep op noodweer.

6.6.5 Subsidiariteit

Een *culpa in causa*-redenering kan zijn verborgen in een verwijzing naar het feit dat niet is voldaan aan de subsidiariteiteis. Dit vereiste brengt mee, dat geen beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond, als een minder schadelijke uitweg uit de te rechtvaardigen situatie mogelijk was.[102] Ditmaal een casus uit het civiele recht.

Suylen begeeft zich 's nachts op het erf van Cabbollet, van wie hij weet dat deze een pistool heeft. Cabbollet hoort voetstappen, gaat met geladen pistool naar buiten en lost een waarschuwingsschot in de lucht. Dan springt Suylen op Cabbollet en probeert hem te wurgen. Tijdens de worsteling die volgt, vallen opnieuw schoten en Suylen wordt in zijn been getroffen. Cabbollet beroept zich op noodweer. Het hof verwerpt dit beroep met een redenering, die er op neerkomt dat het handelen van Cabbollet niet voldeed aan de subsidiariteitseis. De Hoge Raad neemt dat oordeel als volgt over:

> 'dat het Hof (…) de onrechtmatige gedraging van Cabbollet hierin heeft gezien dat hij, menende onraad te bespeuren, in plaats van telefonisch de politie te waarschuwen, met een geladen pistool naar buiten is gegaan en een schot heeft gelost, van welk optreden (...) de (...) verdere gevolgen – daaronder begrepen Suylens reactie op het waarschuwingsschot – te duchten waren en zich hebben verwezenlijkt; dat hieruit volgt, dat zonder belang is de vraag of Cabbollet zich ten aanzien van de schoten, volgende op het waarschuwingsschot, op noodweer zou kunnen beroepen, immers de door het Hof aangenomen onrechtmatige gedraging van Cabbollet zich reeds tevoren had voorgedaan'.[103]

Het onrechtmatige gedrag van Cabbollet heeft 'zich reeds tevoren' voorgedaan. De onrechtmatigheid schuilt in het feit dat hij met geladen pistool afgaat op een onbekende en begint te schieten. Dit terwijl een veel minder gevaarlijke

102 Zie over het subsidiariteitsbeginsel: hoofdstuk 7, m.n. par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*).

103 HR 25 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5755, *NJ* 1976/507 (*Cabbollet/Suylen*).

mogelijkheid bestond om op het onraad te reageren: telefonisch de politie waarschuwen. Dan is niet aan de subsidiariteitseis voldaan; het beroep op noodweer wordt verworpen. De onrechtmatige gedraging is hier dus vastgesteld en de voorzienbare gevolgen ervan hebben zich al voorgedaan. Dan hoeft niet te worden nagegaan of de dader zich ten aanzien van een van die *gevolgen* kan rechtvaardigen, zolang hij de onrechtmatige daad *zélf* niet kan rechtvaardigen.

Overigens geldt hier hetzelfde als eerder is opgemerkt ten aanzien van onrechtmatig handelen en *culpa in causa*.[104] Met de subsidiariteitseis wordt uitgedrukt dat de dader nog andere mogelijkheden ter beschikking had om uit de problemen te komen. Wanneer het niet-gebruiken van deze mogelijkheden *op zichzelf* onvoldoende is om de daad als onrechtmatig aan te merken, mag de subsidiariteitsredenering mijns inziens niet dienen om een beroep op een rechtvaardigingsgrond *bij voorbaat* illusoir te maken. Het feit dat geen gebruik is gemaakt van een minder schadelijke uitweg uit de noodsituatie, kan dan wel meewegen in de uiteindelijke beoordeling van het beroep op een rechtvaardigingsgrond. Dat vloeit voort uit het subsidiariteitsvereiste bij noodweer.[105]

6.6.6 Relativiteit

Ten slotte: nog op een andere wijze kan worden beredeneerd dat in geval van *culpa in causa* de rechtvaardigingsgrond niet kan worden ingeroepen door de handelende. Zij hangt samen met de hierboven besproken beoordeling van de onrechtmatigheid, en betreft hierna nog uitgebreider te bespreken vraag naar de beschermingsomvang van de met de onrechtmatige daad overtreden norm.[106]

Niet elke normschending is tegenover iedereen onrechtmatig. Of de benadeelde op grond van een normschending schadevergoeding kan vorderen, hangt ervan af of zijn belang door de overtreden norm wordt beschermd. Deze zogenaamde relativiteitseis is neergelegd in artikel 6:163, luidend:

> 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'

---

104 Zie de bespreking van de visie Strijards in par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*) en van de civielrechtelijke variant van deze visie in par. 6.4.3 (*Beoordeling visie-Sieburgh*).

105 Zie par. 3.4.3 (*Noodweer; Voorwaarden*).

106 Over relativiteit en rechtvaardiging zie verder hoofdstuk 10. In verband met de nu te bespreken relativiteit en de eerder gesignaleerde overeenkomst tussen culpa en causa en risicoaanvaarding, moet worden gewezen op een opstel van Jordaans. Voor risicoaanvaarding verdedigt hij dat de normaanpassing waarop de Hoge Raad in het arrest Dekker/Van der Heide *(Natrappen)* wijst, moet worden bereikt via de relativiteitseis van artikel 6:163. Zie Jordaans, *Over risicoaanvaarding, normaanpassing en eigen schuld* 1992, m.n. p. 39-42.

Bescherming van de gelaedeerde kan ontbreken om verschillende redenen. De wetsontwerper noemt er drie: de norm beoogt slechts bescherming te bieden: 1. aan bepaalde personen, 2. tegen bepaalde soorten schade, of 3. tegen bepaalde wijzen waarop de schade werd geleden.[107] Verderop in deze studie zal worden betoogd dat niet alleen normschendingen (onrechtmatige daden) relatief zijn, maar ook hun spiegelbeelden: de *gerechtvaardigde* normschendingen (rechtvaardigingsgronden).[108] Ook rechtvaardigingsgronden beschermen alleen bepaalde personen, tegen bepaalde soorten schade, bij bepaalde wijzen van schadeveroorzaking.[109]

En nu kom ik terug op het in dit hoofdstuk te behandelen onderwerp: bij *culpa in causa* brengt de handelende zichzelf in de situatie waarin hij een (te rechtvaardigen) onrechtmatige daad pleegt. Voor deze situatie is met name de laatste relativiteitsrubriek van belang: Gezien de wijze waarop de schade is geleden (de noodsituatie is door de handelende zèlf veroorzaakt; de noodzaak zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen, is door de handelende zelf in het leven geroepen), kan het redelijk zijn de handelende een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontzeggen. Om die reden meen ik dat onder omstandigheden bijvoorbeeld een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden onthouden aan de 'uitlokker', zoals ik hieronder, in paragraaf 6.6.8, nog zal toelichten.

Anderzijds zal de omstandigheid dat gehandeld is op grond van een rechtvaardiging, bijvoorbeeld om een hoger belang te redden, ook een belangrijke factor kunnen zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. De inpassing van dat aspect in het civielrechtelijk systeem eist nog enige nadere aandacht.

6.6.7 De rol van de rechtvaardiging; correctie-Langemeijer

De omstandigheid dat de handelende zich begeeft in de situatie waarin hij een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet doen, en aldus heeft bijgedragen aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie zal een rol spelen bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad. Dat feit zal meewegen in het nadeel van de handelende. Maar het is slechts één van de relevante factoren voor de beoordeling van zijn handeling. Ertegenover staat de omstandigheid dat de handelende uiteindelijk heeft gehandeld op grond van een rechtvaardigingsgrond.[110] Die omstandigheid weegt in zijn voordeel.[111]

Ter verduidelijking het voorbeeld dat iemand een kind uit het water redt en daarbij schade toebrengt aan een ander; hij rukt een tak van de boom van die ander af, waarbij de boom beschadigd raakt. Men spreekt dan van noodtoestand, wat een rechtvaardigingsgrond oplevert. Stel dat de redder zelf heeft meegewerkt aan het ontstaan van de noodsituatie; hij liet het kind bijvoorbeeld schrikken, waardoor het in het water

---

107 TM op artikel 6.3.1.2 (art. 6.3.2 OM), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633/634. Daarover uitgebreid: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 101-111.

108 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

109 Zie par. 10.3-10.6, waarin voor alle rechtvaardigingsgronden wordt nagegaan wat de werking is van de drie genoemde relativiteitsrubrieken.

110 Daarnaast zullen van belang kunnen zijn: de voorzienbaarheid van de schade, de ernst van de schade, de aard van het (door een beroep op een rechtvaardigingsgrond) te redden belang. Zie daarover verder hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

111 Zie daarover eveneens nader hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

viel. De handelende heeft dan mede schuld aan het feit dat hij de tak moest afbreken. In dat geval is het evenwel mogelijk dat zijn handelen niettemin gerechtvaardigd zou zijn. Of dat oordeel uiteindelijk ook zo zal uitvallen, is als gezegd afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals juist aangegeven: de voorzienbaarheid en ernst van de schade, en de aard van het geredde belang.

Uit het voorgaande volgt dat ik aanneem dat de daad in het algemeen gerechtvaardigd is, wanneer het verwijt dat de dader kan worden gemaakt, gering is. In het zojuist gegeven voorbeeld: wanneer de redder niet de bedoeling had het kind te laten schrikken, zal de omstandigheid dat hij de schade toebracht op grond van een rechtvaardigingsgrond zwaarder kunnen wegen dan de omstandigheid dat hij zelf de noodtoestand heeft veroorzaakt. De daad zou ik dan uiteindelijk als rechtmatig aanmerken.

In de casus van de redder dient mijns inziens dus in het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling te worden betrokken het feit dat de dader weliswaar bijdroeg aan het ontstaan van de noodsituatie, maar dat hij niettemin handelde op grond van een rechtvaardigingsgrond. Het gegeven dat de schade wordt toegebracht om een groot belang te redden, zal een belangrijke factor moeten zijn bij het bepalen van de zorgvuldigheid van de daad van de handelende.

In deze zin zou men kunnen spreken van een toepassing van de correctie-Langemeijer, zij het niet op de onrechtmatigheid, maar op de rechtvaardiging. Volgens Langemeijer kan de overtreding van een norm die in casu geen onrechtmatigheid jegens de benadeelde meebrengt, een factor zijn bij het oordeel over de schending van een norm die wellicht wel onrechtmatig jegens deze laatste is, omdat

> 'het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kán zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden, wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels'.[112]

Evenzo zou mijns inziens moeten gelden in het omgekeerde geval waarin de dader een in principe rechtmatige daad begaat, waarbij hij ook iets laakbaars doet (zichzelf in die situatie brengen). Het feit dat hij zich in beginsel zou kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond, is een omstandigheid die (zwaar) meeweegt bij het oordeel over de zorgvuldigheid van zijn handelen. Anders dan in het Tandartsen-geval, zal dit uiteraard een factor zijn die meeweegt in het *voordeel* van de aansprakelijk gestelde persoon.[113]

6.6.8 Relativiteit en uitlokking

Toepassing van de relativiteitsgedachte kan ook meebrengen dat het beroep op de rechtvaardiging niet wordt gehonoreerd, gezien de wijze van het ont-

112 Conclusie P-G Langemeijer voor HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*), p. 1206, r.k.

113 In hoofdstuk 10 (*Relativiteit*) komt deze kwestie opnieuw en uitgebreider aan de orde, zie par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*).

staan van de schade. Dat werd hierboven gesteld bij de bespreking van de relativiteit in 6.6.6 en wordt nu uitgewerkt.

Wie een ander uitlokt tot bijvoorbeeld een vechtpartij, heeft geen beroep op noodweer. Noodweer beoogt iemand die plotseling wordt aangevallen te beschermen tegen de gevolgen van die aanval. Op die bescherming kan geen beroep worden gedaan door degene die de aanval uitlokte. Daarbij is te denken aan iemand die er op uit is om geslagen te worden, zodat hij daarna eens 'ongestraft kon terug meppen'.[114] In *culpa in causa*-bewoordingen: de uitlokker heeft schuld aan het ontstaan van de situatie waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardigingsgrond (zoals noodweer). In relativiteitstermen: de uitlokker heeft zich door zijn eigen handelen onttrokken aan de bescherming die hij normaal gesproken aan een rechtvaardigingsgrond (zoals noodweer) zou kunnen ontlenen.

Datzelfde geldt voor de uitlokker die een ander zodanig tergt, dat hij kan verwachten dat die ander zich niet langer kan inhouden. Ook in dat geval brengt toepassing van de relativiteitseis mee dat de uitlokker geen bescherming kan ontlenen aan de norm, die hem normaal gesproken zou beschermen tegen onrechtmatig handelen van de ander. Een voorbeeld van dat laatste is te vinden in de civielrechtelijke jurisprudentie: het geval van Boudeling en Taams.

Boudeling drijft een sterrenrestaurant, dat wordt bezocht voor een lunch door Taams en De Brey. Zij blijken kritische gasten. Drie verschillende flessen dure wijn worden afgekeurd en teruggestuurd; de laatste zelfs nadat deze voor tweederde is leeggedronken. Ook sommige van de geserveerde gerechten voldoen niet aan de verwachtingen van de heren. Boudeling vraagt na de koffie met cognac zijn sommelier 'het verder af te handelen', en gaat de tuin in, omdat hij zich ergert aan het optreden van zijn gasten. Hij wordt echter teruggeroepen als de gasten bezwaar maken tegen de hoogte van de rekening. Er ontstaat een meningsverschil en Boudeling maakt uit het gezegde op dat Taams en De Brey willen vertrekken zonder te betalen. Om dat laatste te verhinderen, pakt Boudeling Taams bij zijn jasje als de heren aanstalten maken het restaurant te verlaten. Taams draait zich om en krabt daarbij Boudeling over zijn gezicht. Deze slaat vervolgens Taams, die tegen een deur valt. Taams loopt ernstig letsel op aan zijn hoofd. Tot vergoeding van de schade die hij hierdoor lijdt, spreekt hij Boudeling aan. De rechtbank wijst de vordering toe. Het hof vernietigt dat vonnis, oordelend:

> 'dat de veronderstelling van Boudeling dat Taams en De Brey van plan waren zonder te betalen weg te gaan, door hun gedrag gerechtvaardigd werd; dat Boudeling niet euvel is te duiden dat hij heeft geprobeerd dit te verhinderen door Taams bij de kraag van diens jasje te pakken; dat Boudeling de armbeweging van Taams,

114 Vgl. over de geprovoceerde aanranding bijv. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 612/613.

> die zijn gezicht raakte, heeft mogen opvatten als een bedreiging door Taams; dat de door Boudeling als reactie daarop gegeven klap niet buiten proportie was'.[115]

Dit brengt het hof tot een dubbele slotsom, die wordt overgenomen door de Hoge Raad en in nagenoeg gelijke bewoordingen wordt weergegeven. Het eerste gedeelte van de overweging luidt:

> 'In de eerste plaats heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling – hoewel het geven van een klap in beginsel een onrechtmatige daad opleverde – zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was.'[116]

Boudeling pleegt weliswaar een onrechtmatige daad, maar deze is zozeer uitgelokt door Taams, dat de daad *tegenover Taams* niet onrechtmatig is. De hier gecursiveerde woorden verdienen de aandacht, omdat de Hoge Raad de woorden van het hof bijna letterlijk overneemt, maar in de zinsnede 'dat het gedrag van Boudeling in casu niet onrechtmatig is tegenover Taams',[117] de woorden: 'tegenover Taams' plaatst voor: 'niet onrechtmatig is', waardoor ze een extra accent krijgen. Ik acht het niet onaannemelijk dat ook de Hoge Raad de uitlokking als een relativiteitskwestie opvat: in principe is de gedraging van Boudeling onrechtmatig. Tegenover *Taams* is zij dat echter niet, gezien de wijze waarop de schade werd geleden: door de uitlokking door Taams zelf.

De aanval is jegens uitlokker Taams niet onrechtmatig. Dat betekent dat Taams zich bij het verweer tegen die aanval niet op een rechtvaardigingsgrond als noodweer kan beroepen: noodweer vooronderstelt een onrechtmatige aanval.[118] De uitlokking snijdt dus (via de relativiteitseis) een beroep op noodweer af. En die vaststelling is fataal voor de schadevergoedingsvordering van Taams.

Nog met een tweede redenering komen hof en Hoge Raad tot de conclusie dat Taams geen recht op schadevergoeding heeft: via een correctie van een eventueel op Boudeling rustende vergoedingsplicht.[119] Daarmee raken we aan de tweede manier waarop de aanwezigheid van *culpa in causa* invloed kan hebben op de beoordeling van een civielrechtelijke schadevergoedings-

115 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder iv.

116 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder v.

117 Vgl. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), weergave van de overwegingen van het hof, onder 10.

118 Art. 41 Sr spreekt van een 'wederrechtelijke aanranding'. Vgl. over de vereisten voor een beroep op noodweer: par. 3.4.3 (*Voorwaarden*).

119 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot. Dit gedeelte van de redenering van hof en Hoge Raad wordt hierna besproken. Zie par. 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

vordering: correctie via de vergoedingsplicht. Dat wordt behandeld in de nu volgende paragraaf.[120]

6.7 Correctie via de vergoedingsplicht

6.7.1 Inleiding

Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de handelende bij *culpa in causa* en een beroep op een rechtvaardigingsgrond staan twee zaken tegenover elkaar. Enerzijds: het feit dat alle voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond vervuld zijn. Anderzijds: het feit dat de handelende er zelf aan heeft meegewerkt dat een beroep op zo'n grond noodzakelijk was. In de afweging tussen beide kan blijken dat de laatste omstandigheid de doorslag geeft. De aanwezigheid van *culpa in causa* weegt dan zwaarder dan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De daad wordt dan als onrechtmatig beoordeeld.

De rol van beide hoeft dan echter nog niet uitgespeeld te zijn. De omstandigheid dat is gehandeld op grond van een rechtvaardigingsgrond, kan namelijk vervolgens meewegen bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding die de handelende moet betalen. Dat kan ertoe leiden dat deze niet de volledige schade hoeft te vergoeden. Maar ook de omstandigheid dat de handelende de noodsituatie zelf veroorzaakte, kan weer meewegen. Die factor zal ertoe leiden dat niet snel een vermindering van de vergoedingsplicht plaatsvindt.

Beide factoren zijn op verschillende plaatsen binnen afdeling 6.1.10 in te passen. Ik bespreek deze nu.

6.7.2 Causaal verband

Een mogelijkheid om rekening te houden met de aanwezigheid van zowel een rechtvaardigingsgrond als *culpa in causa* biedt artikel 6:98, waarin de causaliteitseis is beschreven:

> 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

120 Zie ook hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*), m.n. par. 12.5.3 (*Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling*) en 12.6.3 (*Eigen schuld in de zin van artikel 6:101*).

Bepalend voor het causale verband tussen daad en schade is een aantal factoren.[121] Evenals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling,[122] zal het afhangen van de ernst van het verwijt dat de handelende treft, of de nadruk ligt op de aanwezigheid van *culpa in causa*, dan wel van de rechtvaardigingsgrond.

Artikel 6:98 noemt als eerste de *aard van de aansprakelijkheid*. Aangenomen wordt dat in geval van schuldaansprakelijkheid de schade eerder kan worden toegerekend dan bij risicoaansprakelijkheid. Zo overweegt de Hoge Raad in het Amercentrale-arrest dat het uitzonderlijke karakter van aansprakelijkheid voor zonder schuld veroorzaakte schade

> 'grond geeft een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf (...) te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 (nu 6:162, MF) kan worden geëist'.[123]

De reden daarvoor is, dat wanneer de aansprakelijk gestelde een verwijt treft van zijn handelen, toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan bij een aansprakelijkheid geheel buiten schuld van de handelende.

Deze factor kan dienen als aanknopingspunt wanneer bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de nadruk wordt gelegd op de aanwezigheid van *culpa in causa*. De factor zal dan meewegen in het nadeel van de aansprakelijke.

Bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond gaat het om een schuldaansprakelijkheid; geen risicoaansprakelijkheid. Dat pleit voor een ruime toerekening van de schade aan de aansprakelijk gestelde. Het royale karakter van die toerekening zal niet veranderen door het feit dat sprake is van *culpa in causa*. Integendeel: bij *culpa in causa* gaat het om schade, veroorzaakt door een (kennelijk niet te rechtvaardigen) onrechtmatige daad van de handelende, waarbij die toestand nota bene door de handelende zelf in het leven is geroepen.

Ook wanneer in een bepaald geval het zwaartepunt juist ligt bij de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond, kan aansluiting worden gezocht bij de factoren van artikel 6:98. Zo wordt de *aard van de normschendende gedraging*

---

121 Een uitgebreide bespreking van de in de civielrechtelijke literatuur verdedigde opvattingen is te vinden bij Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 259-287. Recenter (en zeer kritisch over de heersende leer: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, met name in hoofdstuk 4, waarin hij de heersende opvattingen over toerekening bestrijdt. Een verklaring van de heersende leer is te vinden bij Hartlief, *Een vak apart* 2014, waar een klein beslisschema wordt gepresenteerd en een verdediging van die heersende leer (ook tegen de kritiek van Van der Kooij) in Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p. 151-167.

122 Zie daarover par. 6.6 (*Correctie via onrechtmatigheidsoordeel*).

123 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509 (*Amercentrale*), O. omtrent middel I, onderdeel 5. Vgl. ook MvAII, *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 344/345.

wel genoemd als factor die bepalend is voor de causaliteit.[124] In het geval een normschending die heeft plaatsgevonden om (bijvoorbeeld) een hoger belang te redden (noodtoestand), zal het daarom redelijk kunnen zijn dat minder schade wordt toegerekend aan de handelende. Ook in geval van andere rechtvaardigingen kan er, juist gezien de rechtvaardiging, reden bestaan om minder schade toe te rekenen aan de handelende dan in het geval van een 'normale' schuldaansprakelijkheid.

6.7.3 Eigen schuld

Bij de bespreking van risicoaanvaarding bleek dat het feit dat de benadeelde risico's heeft genomen, van invloed kan zijn op de verplichting schade te vergoeden via artikel 6:101 lid 1, dat stelt:

> 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.'

Daaraan voegt het artikellid toe:

> 'met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

Volgens de Toelichting Meijers is eigen schuld in de zin van artikel 6:101 'aanwezig, wanneer iemand zich anders gedraagt dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan'.[125] De factoren die daarbij van belang zijn voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding van de benadeelde, kunnen relevant zijn bij *culpa in causa*. Zo stelt de Toelichting:

> 'De aangesprokene zal zich dus o.m. op dit artikel kunnen beroepen: 1. als het feit waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt mede aan de benadeelde te wijten is; 2. als de benadeelde op een ogenblik voorafgaande aan dat feit, een onvoorzichtigheid heeft begaan waardoor de schadelijke gevolgen van het feit zijn verzwaard; 3. als de benadeelde, nadat het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk wordt

124 Vgl. bijv. P. Neleman, *Toerekening van schade* BWKJ 1987, p. 50. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/65, sub c, spreekt van de *aard van de activiteit* waarbij de schade is toegebracht. In dat verband wordt gewezen op bedrijfsmatige tegenover particuliere activiteiten.

125 TM bij artikel 6.1.9.6, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

> gesteld, heeft plaats gevonden, heeft verzuimd het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.'[126]

Met name de eerste twee factoren bieden de mogelijkheid om bij de bepaling van de vergoedingsplicht rekening te houden met de aanwezigheid van *culpa in causa*. Om de werking van eigen schuld in culpa causa-situaties te illustreren, zal ik uitgaan van de hierboven (in 6.6.8) al besproken uitlokkingssituatie.

6.7.4 Eigen schuld en uitlokking

Stel dat iemand bij een worsteling schade aan een ander toebrengt, maar zich door zijn eigen schuld in de noodsituatie had gebracht en onvoldoende kan aanvoeren om zijn daad te rechtvaardigen – zoals de uitgelokte die niet slaagt in zijn noodweerberoep. Hij is dan in principe op grond van artikel 6:162 tot schadevergoeding verplicht jegens degene aan wie hij schade heeft toegebracht. De uitlokker kan van hem dus vergoeding van zijn schade eisen. In veel gevallen zal het echter niet redelijk zijn dat de uitlokker zijn schade geheel vergoed krijgt, omdat ook hij het ontstaan van die schade immers zelf mede in de hand heeft gewerkt. Het in de vorige paragraaf geciteerde slot van artikel 6:101 lid 1 kan dan de basis zijn waarop dit oordeel juridisch gegrond wordt: gezien het feit dat (het ontstaan van) de schade door de benadeelde zelf is uitgelokt, kan de billijkheid eisen dat geen of geen volledige schadevergoeding plaatsvindt. Vooral in het geval van ernstige uitlokking (tergen, sarren totdat de ander te ver gaat) kan dat een redelijk middel zijn.

Zo'n toepassing van artikel 6:101 lid 1, slot is te vinden in de hierboven besproken casus van Taams en Boudeling. En daarmee kom ik op het tweede onderdeel van de slotsom van hof en Hoge Raad, die hierboven al is aangehaald.[127] De uitlokking brengt mee dat het gedrag van restauranthouder Boudeling tegenover gast Taams niet onrechtmatig was. Aan die conclusie wordt de overweging toegevoegd, dat

> 'zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist'.[128]

In het geval van Taams en Boudeling heeft de *uitlokker* schade geleden. Het feit dat deze zelf de hand had in het ontstaan van zijn schade, zou volgens

126 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

127 Bij de bespreking van de invloed van uitlokking op de beoordeling van de onrechtmatigheid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

128 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

de Hoge Raad leiden tot volledig verval van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij. Ook een gedeeltelijk verval van de vergoedingsplicht is denkbaar. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een zaak waar de appellant zwaar was mishandeld door de geïntimeerde (wiens beroep op noodweer was afgewezen):

> 'Indien in dit geding komt vast te staan dat appellant geïntimeerde als eerste sloeg (…), bestaat aanleiding om de verplichting van geïntimeerde tot schadevergoeding te verminderen in verband met eigen schuld van appellant. Komt dat niet vast te staan, dan is het enkele feit dat appellant geïntimeerde heeft uitgescholden onvoldoende om tot een rechtens relevante mate van eigen schuld aan de onderhavige onrechtmatige daad te kunnen concluderen.'[129]

In deze gevallen ging het om de situatie dat de uitlokker schade lijdt door toedoen van de uitgelokte.

Wanneer de *uitgelokte* schade lijdt en de uitlokker daarvoor aansprakelijk is, kan eveneens een verdeling van de schade op grond van artikel 6:101 plaatsvinden.[130] Bij die verdeling zal het feit dat de schade door uitlokking is ontstaan, zwaar wegen. Aanknopingspunt is in dat geval het begin van artikel 6:101 lid 1, dat stelt dat de vergoedingsplicht wordt verminderd, 'wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend'. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het Circusezel-arrest. Daarin wordt aangenomen dat het onrechtmatig is iemand uit te lokken gevaarlijke dingen te doen (het ging in casu om een circusexploitant die een toeschouwer ter opluistering van de voorstelling een ongezadelde ezel liet berijden). Daarbij laat de Hoge Raad niet zwaar wegen dat ook de uitgelokte toeschouwer (het latere slachtoffer) aan het ontstaan van de schade had meegewerkt door vrijwillig plaats te nemen op de ezel. Bij de bespreking van de schadevergoedingseis van de uitgelokte overweegt de Hoge Raad:

> '*Ten hoogste* is (...) plaats voor een vermindering van de vergoedingsplicht indien de rechter op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de schade mede aan de bezoeker is toe te rekenen' (cursivering toegevoegd, MF).[131]

Er zal weinig reden bestaan om de schade voor rekening van de uitgelokte te laten, wanneer de uitgelokte geen zwaar verwijt treft en ernstige schade heeft. In het geval van de circusezel zal mogelijk ook een rol hebben gespeeld

---

129 Hof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8288, r.o. 3.5. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.7.

130 Daarvoor is uiteraard vereist dat de uitlokker onrechtmatig handelt. Maar omdat het bij uitlokking gaat om het veroorzaken van voorzienbare schade, zal deze onrechtmatigheid, zeker wanneer de te verwachten schade ernstig is, snel worden aangenomen. Vgl. wat daarover is opgemerkt in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*) en 6.6.6 (*Relativiteit*) en 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

131 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729 (*Circusezel*).

dat juist de circusexploitant – de uitlokker – profijt had van de onbezonnenheid van een van de toeschouwers, die zich liet verleiden tot een gevaarlijke ronde op de ezel, en zijn onbezonnenheid met een gecompliceerde heupbreuk moest bekopen.[132]

6.7.5 Matiging

Wanneer bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de handelende de aanwezigheid van *culpa in causa* een doorslaggevende rol heeft gespeeld, kan de omstandigheid dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond nog een rol spelen in het kader van het matigingsrecht van de rechter ex artikel 6:109. Steun voor die gedachte is te vinden in de Parlementaire Geschiedenis:

> 'Een volgend geval waarin matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats kan zijn, is dat van schade, ontstaan bij belangeloze dienstverlening. Men mag aannemen dat het oorspronkelijke artikel 6.4.2.1 lid 2 betreffende zaakwaarneming op deze gedachte steunde. Bijv. bij kosteloos meerijden lijkt dit de ondergetekende een redelijker oplossing dan het te zoeken in de constructie van een tussen partijen stilzwijgend overeengekomen exoneratie (...). Ook is van belang dat het huidige recht in sommige gevallen van belangeloze dienstverlening een verzachting van de aansprakelijkheid kent (...), die in het ontwerp niet is overgenomen (...).'[133]

Zaakwaarneming wordt hier expliciet genoemd, maar ook een rechtvaardigingsgrond als noodtoestand zal in veel gevallen moeiteloos onder de categorie 'belangeloze dienstverlening' te brengen zijn.[134] Het feit dat de handelende in noodtoestand (mede) zijn eigen belang heeft behartigd of willen behartigen, lijkt mij niet in de weg staan aan de mogelijkheid van de rechter de vergoedingsplicht te matigen. Ook in het geval van andere ingeroepen rechtvaardigingen zal mijns inziens gelden dat, wanneer de handelende zich door zijn eigen schuld niet op zo'n grond kan beroepen, de rechter de vergoedingsplicht die hierdoor op hem rust, kan matigen.[135]

---

132 Daarop wees ik naar aanleiding van het arrest al, zie Franke, *Risico-aanvaarding of eigen schuld?* 1989, p. 90. Aan de factor 'profijt' zal in het volgende hoofdstuk nog uitgebreid aandacht worden besteed bij de bespreking van de proportionaliteitseis en het doel van de handeling, in par. 7.5.2 (*Variatie met het doel van de activiteit*).

133 MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449-450.

134 De term noodtoestand kan in dit verband overigens voor verwarring zorgen. In het Ontwerp Meijers werd de matigingsbevoegdheid gegeven voor het geval van 'noodtoestand'. Daarmee werd echter niet gedoeld op de rechtvaardigingsgrond, maar op de financiële noodsituatie waarin de debiteur kon geraken door de toekenning van volledige schadevergoeding (OM art. 6.1.9.7). Deze matigingsgrond keerde in het G.O. niet terug (zie MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 451/452).

135 Vgl. bijv. Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 180-181, en G.J. Scholten, *Matiging van schadevergoeding door de rechter*, *NJB* 1964, p.630.

6.8 Conclusie

Wie een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond, heeft zich in een noodsituatie bevonden. Gesteld dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van die noodsituatie. Wat is van deze bijdrage civielrechtelijk het effect op de beoordeling van het beroep op de rechtvaardigingsgrond? Dat is de vraag waarop in dit hoofdstuk een antwoord is gezocht. Bij dat zoeken moest steeds een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het verwijt dat de handelende treft – het feit dat hij zelf heeft bijgedragen aan de te rechtvaardigen situatie – en anderzijds het feit dat de handelende in principe een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond, wanneer aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan.

Voor de beantwoording van de opgeworpen vraag is in dit hoofdstuk aansluiting gezocht bij het fenomeen risicoaanvaarding. Daarbij gaat het om de kwestie wat het gevolg is van het handelen van het *benadeelde* voor de beoordeling van een handeling van de handelende. In het geval van *culpa in causa* gaat het om de vraag welk gevolg het handelen van de *handelende* heeft op de beoordeling van een latere handeling van hemzelf.

Bij risicoaanvaarding kan de bijdrage van de benadeelde op twee manieren invloed hebben: 1. op de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling van de handelende, of 2. op de omvang van diens schadevergoedingsplicht. Van beide aspecten is onderzocht in hoeverre zij een rol kunnen spelen bij het inpassen van het begrip *culpa in causa* in het civielrechtelijke systeem.

Wat betreft het eerste aspect, de mogelijke invloed van de aanwezigheid van *culpa in causa* op de *beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling*, heb ik onderscheiden tussen twee verschillende situaties. Allereerst die waarin de bijdrage aan de te rechtvaardigen noodsituatie bestaat uit een onrechtmatige daad van de handelende, waarvan de noodsituatie het voorzienbare gevolg is. De handelende schept dan *door* zijn onrechtmatige daad de te rechtvaardigen situatie. Hij heeft in die omstandigheden geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. De te rechtvaardigen toestand is immers het voorzienbare gevolg van zijn onrechtmatige daad. Wat onrechtmatig is, kan niet door zijn eigen gevólgen worden gerechtvaardigd. Aan de hand van jurisprudentie is uiteengezet op welke wijze het onrechtmatigheidsoordeel in dit type gevallen kan worden gemotiveerd: omdat sprake is van anterieure onrechtmatigheid, via uitleg van de rechtvaardigingsgrond, omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis of via toepassing van de relativiteitseis. Volledige aansprakelijkheid is mijns inziens alleen acceptabel in het geval er sprake is van voorafgaand onrechtmatig handelen. En dan is de onrechtmatige daad zèlf en niet *culpa in causa*, de oorzaak van aansprakelijkheid. De besproken redeneringen bleken te zwaar in hun gevolg als het gaat om een voorafgaand niet-onrechtmatig handelen. Wanneer het handelen voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie niet op zichzelf onrechtmatig is, kan de omstandigheid dat de handelende de noodsituatie zelf in de hand werkte, bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de handeling toch een rol spelen. In de afweging tussen verwijt

en rechtvaardiging kan de laatste de doorslag geven. Dan is de daad rechtmatig. Het verwijt aan de handelende kan echter ook zo zwaar wegen, dat de handeling als onrechtmatig wordt beoordeeld en het beroep op de rechtvaardigingsgrond wordt verworpen. De wijze waarop deze afweging tot stand komt, is mede aangeduid aan de hand van de relativiteitstoets en de correctie-Langemeijer.

Vervolgens kan, en dat is het volgende aspect, de omstandigheid dat de handelende medeoorzaak van de te rechtvaardigen situatie was, ook een rol spelen in het kader van de *vaststelling van de schadevergoedingsplicht*. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat die handelende in principe wel handelde op grond van een rechtvaardiging. Ook hier dus: verwijt *en* rechtvaardiging. Afhankelijk van de vraag welke factor in de gegeven omstandigheden de doorslag geeft, kan ervoor worden gekozen de vergoedingsplicht in stand te laten, of te verminderen. Het civielrechtelijk instrumentarium om die keuze vorm te geven is te vinden in afdeling 6.1.10, met name in de artikelen 6:98, 6:101 en 6:109.

7 Proportionaliteit en subsidiariteit

7.1 Proportionaliteit, subsidiariteit en rechtvaardiging

7.1.1 Inleiding

Proportionaliteit en subsidiariteit. Het begrippenpaar drukt uit dat een bevoegdheid mag worden uitgeoefend voor zover dat overeenkomt met haar doel en met toebrenging van zo min mogelijk schade. Men kan zeggen dat de begrippen deze kerngedachte uit het recht weergeven: een bevoegdheid mag alleen op een zorgvuldige wijze worden uitgeoefend.

Dat geldt voor het strafrecht allereerst op overheidsniveau. De straffende overheid treedt op om zwaarwegende belangen te beschermen.[1] Zij kan daarbij diep ingrijpen in het leven van de burgers. De bevoegdheid tot ingrijpen is echter niet ongelimiteerd:

> 'Im Vordergrund steht (...) die *Wahrung der Menschenwürde* als Grundnorm des gesamten Wertsystems unserer Verfassung (Art. 1 I GG). Daraus folgt mit der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit (...) für das Strafrecht die *Beschränkung auf notwendige Eingriffe* die zur Sicherung des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft unabdingbar sind.'[2]

Opgetreden mag alleen worden áls het noodzakelijk is en ook niet verder dán noodzakelijk is. Daarbij geldt de eis van de 'Verhältnismässigkeit';[3] het gebruikte middel moet ook redelijk zijn in verhouding tot het beoogde doel.

Dezelfde beginselen spelen ook op een lager niveau, namelijk op dat van de burger die zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen. De situatie waarin hij zich bevindt, verschilt wezenlijk van de zojuist geschetste. Daar ging het om de overheid die straf(recht) *toepast*. Wie zich op een rechtvaardi-

---

1 Voor een bespreking van de doelen van strafrecht in het algemeen zie hoofdstuk 2 (*Strafrecht en civielrecht*).

2 Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 26 (cursiveringen in origineel).

3 Zie Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 27. Zie verder over deze beginselen op het gebied van strafbaarstelling: J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (Rede Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 16/17.

gingsgrond beroept, wil juist aan de werking van straf(recht) *ontkomen*. Hij beroept zich op een straf*uitsluitings*grond.[4]

Maar er is ook een duidelijke overeenkomst tussen beide gevallen. Wie zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen, streeft, net als de straffende overheid, een legitiem doel na, variërend van zelfverdediging (noodweer) tot gehoorzaamheid aan de staat (ambtelijk bevel). Ook hij kan daarbij ingrijpen in de levenssfeer van anderen door hen schade toe te brengen. En ook zijn bevoegdheid tot handelen is niet onbegrensd. Zij is onderworpen aan dezelfde beginselen als voor de straffende overheid gelden. Deze spelen alleen in een andere context.

In het burgerlijk recht zijn de beginselen eveneens van belang bij de bepaling van de grenzen van een uit te oefenen bevoegdheid. De beginselen komen bijvoorbeeld aan de orde in de parlementaire geschiedenis van Boek 5, in de toelichting op een ontwerp van een artikel dat de bevoegdheden van de eigenaar omschrijft:[5]

> 'Een noodtoestand rechtvaardigt (…) alleen dan een handeling, die de eigendom van een ander aantast, wanneer daardoor een plotseling dreigend ernstig nadeel voor een persoon of diens vermogen wordt voorkomen, er geen mogelijkheid bestond dit nadeel op andere wijze te voorkomen en het aan de rechthebbende toegebrachte nadeel in verhouding tot de voorkomen schade uiterst gering is.'[6]

Een beroep op noodtoestand ter rechtvaardiging van een eigendomsinbreuk slaagt dus alleen als het doel niet op een andere manier te bereiken was, en de toegebrachte schade relatief (zeer) gering is.

Proportionaliteit en subsidiariteit. Hun betekenis is deze. Proportionaliteit: er moet een redelijke verhouding bestaan tussen het beoogde doel en het middel dat wordt gehanteerd om dat doel te bereiken. Subsidiariteit: het gebruikte middel moet ook op zichzelf beschouwd redelijk zijn, dat wil zeggen dat er niet een beter middel voorhanden mag zijn geweest om het doel te bereiken. Een rechtvaardiging of rechtvaardigingsgrond is een bevoegdheid

---

4 Dit onderscheid wordt overigens niet gemaakt in *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*. Na de bespreking van de proportionaliteit en subsidiariteit als fundamentele normen van de rechtstaat volgt een eenvoudige verwijzing naar de strafuitsluitingsgronden als toepassingsgebied van de beginselen, zie *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 66. Evenmin wordt overigens gewezen op de *overeenkomst* tussen de straffende overheid en de burger die zich op een rechtvaardigingsgrond beroept.

5 De passage waarop ik doel, is de Toelichting Meijers bij het ontwerp van artikel 5.1.3. Het artikel stelt dat de eigenaar geen gebruik door enen ander van zijn zaak hoeft te dulden, tenzij die ander bevoegd is 'krachtens de wet, een hem toekomend recht of een rechtvaardigingsgrond'. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 65 e.v. Juist de regeling van het meest volledige zakelijke recht dat het burgerlijk recht kent, gaf de wetsontwerper kennelijk aanleiding tot diepgaande overwegingen omtrent noodtoestand. Elders in de parlementaire geschiedenis ontbreken deze.

6 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 66.

schade toe te brengen. Proportionaliteit en subsidiariteit geven aan op welke wijze die bevoegdheid moet worden uitgeoefend; zij begrenzen die uitoefening dus. Een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond is alleen mogelijk als is gehandeld overeenkomstig de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit,[7] wanneer aan die eis niet is voldaan, wordt het beroep op de rechtvaardiging afgewezen.[8]

7.1.2 Onderscheiden, niet: scheiden

Hoewel beide voorwaarden op deze wijze onderscheiden worden, zijn ze in de praktijk toch niet steeds goed te scheiden.[9] Zo is niet altijd eenvoudig uit te maken of een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet worden afgewezen, omdat de handeling disproportioneel of insubsidiair was. Dat zal met name het geval zijn wanneer sprake is van ernstige schade – een factor die in beide toetsen relevant is. Dan zal de handeling, gezien de ernst van de schade, eerder disproportioneel zijn, en zal ook de noodzaak om andere middelen te overwegen groter zijn, dan wanneer sprake is van een kans op slechts lichte schade.

Nog om een andere reden is het onderscheid tussen beide begrippen soms diffuus. Het is namelijk heel wel mogelijk de subsidiariteit op te vatten als een onderdeel van de proportionaliteit. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het civielrechtelijke Uitsmijter-arrest, waarin de Hoge Raad weergeeft hoe het hof het beroep op het *proportionaliteitsbeginsel* beoordeelde. Behalve het gevaar waaraan de noodweerder (P.) en de geredde (Eren) blootstonden, is daarbij van belang:

> 'de vraag of in het licht van dit een en ander en *mede gelet op de voor P. beschikbare andere mogelijkheden om het gevaar voor Eren af te wenden*, het door P. gehanteerde middel niet als onevenredig moet worden aangemerkt' (cursivering toegevoegd).[10]

Getoetst wordt aan het beginsel van subsidiariteit; de conclusie betreft proportionaliteit. Het weergegeven oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

---

7 Bijv. HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, *NJ* 2021/130 (*Nekklem*), r.o. 3.4. Hetzelfde geldt voor het civiele recht, zie Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*), waarin het handelen van de politie deels als rechtmatig wordt beoordeeld (r.o. 4.15), maar op bepaalde onderdelen niet 'voldoet (…) aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit' (r.o 4.18) en op die onderdelen onrechtmatig is (r.o. 4.28).

8 HR (Strafkamer) 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, *NJ* 2020/385 (*Aanhoudingsvuur*), r.o. 2.3-2.5 en concl. A-G Paridaens, onder 8-20, en HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, *NJ* 2021/130 (*Nekklem*), r.o. 3.5.2.

9 Vgl. HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.5.1.

10 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2.

Dezelfde wijze van redeneren is te vinden in de uitspraak van het Hof Leeuwarden in de strafzaak tegen de verdachte die door ene Van der Schoot wordt bedreigd met een vork en zich verweert met een schop:

> 'niet aannemelijk is geworden, dat verdachte zich aan het treffen met dien van der Schoot, toen deze op hem toe kwam loopen, niet zoude hebben kunnen onttrekken en verdachte nu hij in stede daarvan, met een schop slaande naar (...) van der Schoot, die (...) niet door het plat doch door de scherpe zijde van dien schop ernstig in het gelaat werd getroffen, niet met vrucht een beroep kan doen op het bij art. 41 Sr. bepaalde, voor welks toepasselijkheid (...) aanwezig moet zijn eene in casu niet gebleken zekere verhouding tusschen de aanranding en de daartegen gebezigde verdediging.'[11]

Ook in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt subsidiariteit opgevat als onderdeel van de proportionaliteit.[12] De verhouding tussen beide beginselen is deze:

> 'The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a "fair balance".'[13]

Hoewel de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit dus samenhangen, bespreek ik ze hieronder apart, om er een zo helder mogelijk beeld van te krijgen.

7.1.3 De gebruikte begrippen

Tenslotte een kwestie van terminologische aard. De begrippen proportionaliteit en subsidiariteit worden ook wel in andere betekenissen gebruikt dan de hier

---

11 Hof Leeuwarden (Tweede Kamer) 3 mei 1934, *NJ* 1935, p. 1351. Vgl. ook Rb. Den Haag 6 augustus 2003, die overweegt: 'Nu uit het voorgaande volgt dat er alternatieve mogelijkheden zijn, hadden dergelijke mogelijkheden aangewend kunnen worden. De gekozen weg om een verordening vast te stellen moet dan ook als disproportioneel worden aangemerkt' (ECLI:NL:RBSGR:2003:AI0834, *KG* 2003, 196 (*Fotografeerverbod De Horsten*), r.o. 3.6).

12 Voor de kennis van de begrippen van proportionaliteit en subsidiariteit bevat de rechtspraak van het EHRM een schat aan informatie waar het gaat om overheidshandelen en grondrechten. Het gaat het bestek van dit boek helaas te buiten om hierop diep in te gaan. Naar deze jurisprudentie zal in dit hoofdstuk slechts op enkele plaatsen worden verwezen. Voor een bespreking van de beginselen in het algemeen in het EVRM zie nog: J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009.

13 EHRM 21 februari 1986, A. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others*), par. 51.

bedoelde. Zo wordt met de term proportionaliteit in straf- en civielrecht geduid op de evenredigheidseis bij sanctieoplegging.[14] En met het subsidiariteitsbeginsel wordt wel gedoeld op het procedurele principe dat 'zaken die door een lager orgaan kunnen worden verricht niet door een hoger ter hand behoren te worden genomen',[15] of wordt de kern van het strafrecht als *ultimum remedium* gekarakteriseerd.[16] In het volgende worden de begrippen echter opgevat in de zin zoals hierboven al is aangegeven: als bepalende (inhoudelijke) factoren voor de toets van doel en middel bij de uitoefening van een bevoegdheid, zoals een rechtvaardiging(sgrond).

Proportionaliteit en subsidiariteit. Het worden wel de 'basisvoorwaarden voor *alle* rechtvaardigingsgronden' genoemd.[17] Reden voor een analyse.

7.2 Proportionaliteit en rechtvaardiging

7.2.1 Inleiding: het talio-beginsel

'Men steke geen huis in brand om een biefstuk te bakken.' De meest nuchtere omschrijving van de proportionaliteitseis staat ongetwijfeld op naam van Remmelink.[18] Het vereiste heeft oude papieren. Al bij de private wraakoefening (oervorm van eigenrichting en voorloper van de huidige noodweerbevoegdheid)[19] nam men aan dat de toe te brengen schade de opgelopen schade niet te boven mocht gaan.[20] Er moest verder een zekere equivalentie bestaan tussen het ondergane en toe te brengen leed. Indringend is die voorwaarde verwoord in de zo'n 3.500 jaar oude mozaïsche wetten:

> 'Als ook iemand aan zijn naaste een gebrek zal aangebracht hebben; gelijk als hij gedaan heeft, zo zal ook aan hem gedaan worden: Breuk voor breuk, oog voor

14 Zie bijvoorbeeld voor het strafrecht: Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/1.7.6 (p. 26); voor het civiele contractenrecht: T. Hartlief, '*Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht*', *AAe* 1997, p. 196-202 en M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, (diss.) Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 2007; voor het verzekeringsrecht: de uitgebreide conclusie van A-G Asser voor HR 19 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1006, *NJ* 1990/780 (*Westermij BV/Zwolsche Algemeene NV*), onder 2.9. e.v.

15 Aldus Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal. Over subsidiariteit in deze zin: Petzold, *The Principle of Subsidiarity* 1993, p. 41 e.v.

16 Waarover bijvoorbeeld Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/1.3.

17 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 48 (cursivering in origineel).

18 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 66.

19 Waarover uitgebreider in par. 3.4 (Volledige rechtvaardiging; *Noodweer*).

20 Vgl. Julius Stone over de *lex talionis* in de joodse traditie: 'What it prescribes is that an injury is to be requited by a reciprocal injury, perhaps no less *and certainly no more*', *Human Law and Human Justice*, Sydney 1968, p. 20 (cursivering in origineel).

> oog, tand voor tand;[21] gelijk als hij een gebrek een mens zal aangebracht hebben, zo zal ook hem aangebracht worden. Wie dan enig vee verslaat, die zal het wedergeven; maar wie een mens verslaat, die zal gedood worden.'[22]

De oudste Romeinse wetgeving kende een soortgelijke regeling. Zij was opgenomen bij de bepalingen betreffende de afkoop van wraak in geval van verwonding. Zo schrijft Gaius:

> 'De boete voor onrechtmatige aantasting van de persoon bestond krachtens de Wet der Twaalf Tafelen bij blijvende beschadiging van een der ledematen in de wedervergelding.'[23]

Nieuw was dat de Romeinen haar voor het eerst een naam gaven: *talio*, van: talis (dergelijk/soortgelijk). Cardascia beschrijft haar als volgt:

> 'Le talion est une peine qui inflige au coupable un *mal de même nature et de même gravité* que le mal causé à la victime. Il est la répétition à titre de peine, – c'est à dire qu' il est un mal juste –, du mal commis dans l'infraction, – qui était un mal injuste.'[24]

Het toebrengen van gelijksoortig letsel werd gezien als een rechtvaardige wraakoefening. Deze 'Privatrache', is volgens Ebert de 'früheste Form der Reaktion auf Unrecht'.[25] De rol van het taliobeginsel is die gerechtvaardigde wraak te begrenzen:

---

21 Letterlijk dezelfde teksten zijn te vinden in de Codex van Hammoerabi (rond 2250 vC). Zie par. 196, 197, 200 Cod.Ham. Vgl over het onderwerp ook Leo Polak, *De zin der vergelding* (Verz. Werken I), p. 164.

22 Leviticus 24: 19-21 (gebr. vert.: Statenvertaling). In plaats van deze tekst wordt in verband met het oog om oog-principe wel Exodus 21: 23-25 aangehaald. Het Exodusfragment betreft echter de straf voor het mishandelen van een zwangere vrouw. Afhankelijk van de gevolgen van de mishandeling kon de *echtgenoot* van de vrouw (bij een vroeggeboorte, vgl. Ex. 21:21) schadevergoeding eisen van de dader wegens de slagen die de vrouw kreeg of wegens de verhoogde kwetsbaarheid van het kind, of (bij een miskraam, vgl. Ex. 21:23) het leven van de dader. Het gaat hier dus niet om het toebrengen van hetzelfde leed, maar eerder om het vorderen van een soort vervangende schadevergoeding. Zie hierover: M. Prevost, *A propos du talion*, in: Mélanges dédiés à la mémoire de Jaques Teneur, Lille : Université du Droit et de la Santé 1977, p. 625.

23 Instituten Gaius. 3,223, gebr. vert.: Spruit en Bongenaar (1994).

24 Cardascia, *La place du talion* 1979, p. 170 (cursivering in origineel). De hier geschetste talio moet niet worden verward met wat in Duitsland *spiegelnde Strafe* worden genoemd; sancties die refereren aan het misdrijf, als het afhakken van de hand van de dief. Zie Cardascia, *La place du talion* 1979, p. 171. Over de verschillende typen talio uitgebreid: Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 399-422.

25 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 405. Zie voor een uitgebreider bespreking van de ontwikkeling van de 'Privatrache': par. 3.4.1 (*Noodweer; Inleiding*).

> 'Als Maß der Rache (...) bietet das Talionsprinzip sich an. (…) Die Begrenzung der Rache ist die erste historische Leistung des Talionsprinzip.'[26]

De gerechtvaardigde wraakoefening verengde zich tot de rechtvaardigingsgrond noodweer.[27] De proportionaliteitseis bleef. Zij geldt voor alle rechtvaardigingsgronden.

7.2.2 Doel/middel. Factoren, inleiding

Opmerkelijk genoeg ontbreekt in bijna alle strafrechtelijke handboeken een algemene behandeling van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Wie iets over de vereisten wil lezen, zoeke bij de besprekingen van de verschillende rechtvaardigingsgronden, maar wordt dan nog vaak teleurgesteld. Machielse zegt bijvoorbeeld over de evenredigheidseis bij noodweer, dat deze zozeer afhangt

> 'van de bijzondere omstandigheden van het geval, dat de feitelijke constateringen van de lagere rechter in de praktijk onaantastbaar zijn, en dat de jurisprudentie over dit onderwerp een casuïstisch beeld oproept'.[28]

Ook in de civielrechtelijke literatuur zoekt men tevergeefs naar een aparte bespreking van de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen. In de jurisprudentie treft men haar, buiten verwijzingen naar het strafrecht, en buiten één belangrijke uitzondering,[29] niet aan.

Voor de beantwoording van de vraag of voldaan is aan de proportionaliteitseis kan een aantal gezichtspunten worden onderscheiden.

7.2.3 Doeltoets: het nagestreefde belang

Niet ieder doel heiligt de middelen. Een ongeoorloofd doel rechtvaardigt het gebruik van geen enkel middel. En niet ieder op zichzelf nobel doel mag met alle middelen worden nagestreefd.

Zo behoeft het geen betoog dat de noodrem in een trein niet mag worden gebruikt om een treinkaping uit te voeren. Evenmin geoorloofd is het aan de noodrem te trekken om eens rustig het landschap te bestuderen. Hoewel dat laatste een zeer respectabele bezigheid is, staat het in geen verhouding tot het

---

26 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

27 Vgl. nogmaals par. 3.4.1.

28 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 664.

29 Namelijk: het hierboven al genoemde Uitsmijter-arrest en de zeer uitgebreide conclusie daarvoor van A.-G. Spier (HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*)). Hieruit zal ik in de volgende paragrafen verschillende malen citeren.

ertoe gebruikte middel, dat in elk geval vertraging oplevert voor de medepassagiers en wellicht gevaar meebrengt voor het overige treinverkeer.[30] Wie tenslotte aan de noodrem trekt, omdat hij een kind verderop op de spoorbaan ziet spelen, vindt het recht aan zijn zijde.

In proportionaliteitstermen is dat zo weer te geven: Schade toebrengen voor een niet rechtmatig doel is per definitie disproportioneel, dus onrechtmatig. Wanneer een op zichzelf rechtmatig doel wordt nagestreefd, wordt dat doel afgewogen tegen het gebruikte middel. Als dat middel 'disproportioneel' is, zal de daad om *die* reden onrechtmatig worden verklaard.

Dat geldt in het strafrecht, zoals blijkt uit de zaak betreffende de gecoupeerde paardenstaart. Volgens het hof is het een redelijk doel,

> 'om in verband met de hogere handelswaarde of hogere aesthetische waarde van na te noemen paard diens staart te verwijderen'.[31]

Ontoelaatbaar is het echter dit doel na te streven met het gebruikte middel van de verdachte, die

> 'in zijn smederij een gedeelte van de staart (...) heeft afgehakt met een hakmes, waarna hij de daardoor ontstane bloedende wonde heeft afgebrand'.[32]

Voor een belangrijk doel, als het redden van iemand uit een (levens)bedreigende situatie, hoeft echter er ook het hanteren van een heel gevaarlijk middel niet onevenredig te zijn. Dat leert ook het civiele recht: zelfs het rondzwaaien met een ijzeren staaf in een menigte mensen kan een evenredig middel zijn om iemand in nood te hulp te komen.[33] Hoe voornamer het doel, hoe eerder aan de proportionaliteitseis is voldaan.

In verband met (de toets van) het doel kan verder relevant zijn in wiens belang is gehandeld. Een handeling puur in het eigenbelang zal een minder rechtvaardigende kracht hebben dan een altruïstische handeling, geheel gericht op het belang van een ander.

---

30 Hetzelfde geldt voor wie de noodrem gebruikt omdat hij allergisch is voor sigarettenrook en in de treincoupé gerookt wordt, zie HR (Strafkamer) 4 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AB8793, *NJ* 1986/74 (*Noodrem*).

31 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1949, ECLI:NL:GHSHE:1949:17, *NJ* 1951/53 (*Couperen van paardenstaart*).

32 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1949, ECLI:NL:GHSHE:1949:17, *NJ* 1951/53. Het hof voegt er in zijn slotoverweging aan toe: 'dat het couperen van een paardenstaart het toelaatbare niet overschrijdt indien dit geschiedt na voorafgaande plaatselijke verdoving op deskundige wijze met gebruik van de daarvoor geëigende instrumenten, doch dit is in casu niet geschied'.

33 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2, waar de Hoge Raad de ernst van het gevaar afweegt tegen de beschikbaarheid van andere mogelijkheden om de schade af te wenden.

7.2.4 Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar

In verband met het doel van de handeling is nog van belang: de noodzaak op te treden. Deze factor hangt samen met de ernst van het gevaar dat afgewend dient te worden. Hoe ernstiger het dreigende gevaar, hoe groter de noodzaak op te treden en hoe minder snel de (schadelijke) handeling onrechtmatig zal zijn.

In de conclusie van Spier voor het Uitsmijter-arrest komt deze factor aan de orde om te rechtvaardigen dat de noodweerder een gevaarlijk wapen gebruikte:

> 'Opmerking verdient nog dat Eren heeft aangevoerd dat een pistool op korte afstand op hem was gericht en dat hij met de dood werd bedreigd (...). Die omstandigheid zou het grijpen naar een gevaarlijk wapen m.i. kunnen rechtvaardigen.'[34]

Wanneer een groot, zeker of acuut gevaar moet worden afgewend, kan het toch in overeenstemming met de proportionaliteit zijn flinke schade toe te brengen, of daarmee te dreigen. Schade, toegebracht ter afwering van een klein, onzeker, of niet acuut gevaar zal eerder disproportioneel zijn en de daad eerder onrechtmatig.

Om terug te komen op het in de vorige paragraaf (waar het ging om het doel van de handeling op zichzelf) gegeven voorbeeld van het trekken aan de noodrem: Het afwenden van een groot, zeker gevaar voor het spelende kind gaat boven het voorkomen van een kleiner (de vertraging voor de overige reizigers) of onzeker gevaar (voor het overige treinverkeer).

7.2.5 Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel

Hoe groter het nagestreefde belang, hoe zwaarder het gehanteerde middel mag zijn, zo is zojuist beschreven. Het doel van de handeling is dus geen absoluut gegeven. Het moet worden *gewogen*; het wordt afgezet tegen het middel dat is gebruikt. Dat wil zeggen: de wijze waarop het doel is bereikt en de schade die daarbij is toegebracht.

Het toebrengen van schade aan een persoon om een bepaalde zaak te redden, zal snel disproportioneel zijn, zeker als die schade mogelijk ernstig is. Uit de oudere strafrechtelijke jurisprudentie zijn voorbeelden bekend van de palingstroper die wordt blind geschoten door een tevoren opgesteld geweer,[35] een jongetje dat geëlektrocuteerd wordt terwijl hij fruit wil stelen,[36]

---

34 Conclusie voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), onder 3.27.

35 HR (Strafkamer) 25 juni 1934, ECLI:NL:HR:1934:197, *NJ* 1934, p. 1261 (*Palingfuiken*).

36 Zie *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 317, noot 2, slot.

of dieven van olieblikken die dood worden geschoten door tevoren opgestelde vuurwapens.[37] Hoe schadelijker het ingezette middel, hoe zwaarder de aangevoerde rechtvaardiging zal moeten zijn, dus hoe groter het te beschermen belang. De uitkomst van de toets in de zojuist genoemde casus is dan ook deze: bij het nastreven van een redelijk doel als de bescherming van zijn bezit van paling, fruit of olie mag men geen ernstig letsel toebrengen, laat staan de dood veroorzaken.

Voor het zoeken naar een antwoord op de vraag welke factoren voor het civiele recht bij de proportionaliteitstoets de schadelijkheid van het middel bepalen, wil ik onderscheiden tussen twee zaken: Een middel dat schadelijk is *op zichzelf*, of schadelijk is omdat het *tegen een bepaalde* (kwetsbare) *persoon* is ingezet.

Een middel is *schadelijk op zichzelf*, wanneer het gebruik ervan leidt of kan leiden tot ernstige schade. Hoe ernstiger de mogelijke schade, en hoe groter de kans erop, hoe eerder de handeling onrechtmatig zal zijn, en hoe gewichtiger de aan te voeren rechtvaardiging zal moeten zijn. De factoren ernst van de schade en de voorzienbaarheid ervan zijn terug te vinden in het Kelderluikarrest.[38] Ze gelden daar als gezichtspunten die medebepalend zijn voor de beoordeling van de zorgvuldigheid van een handeling. Dat diezelfde factoren bepalend zijn voor de beoordeling van de wijze waarop de ingeroepen rechtvaardiging/bevoegdheid is uitgeoefend, is goed te verklaren. Geheel aan het begin van dit hoofdstuk heb ik immers gesteld dat proportionaliteit en subsidiariteit een uitdrukking zijn van de gedachte dat een bevoegdheid alleen op zorgvuldige wijze mag worden uitgeoefend. Dat de Kelderluikfactoren daarom (ook) hier de toets voor de zorgvuldigheid bieden, zal dus geen verbazing wekken.[39]

Ook in de conclusie van Spier voor het Uitsmijter-arrest worden overigens genoemd als bepalend voor de proportionaliteit: de kans op schade en de ernst van de schade.[40] In die zaak ging het om het zwaaien met een ijzeren staaf, waarmee – bij een slag – waarschijnlijk zeer ernstig letsel zou worden toegebracht:

> 'Van groot belang is dan welke kans bestond dat een ander door de staaf zou worden getroffen. Naarmate die kans groter wordt, zal eerder van disproportionaliteit sprake zijn.'[41]

37 Hooggerechtshof Ned. Indië 14 september 1892, *W.* 6253.

38 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

39 Hierna, in par. 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*), wordt het verband tussen de Kelderluiknorm en proportionaliteit en subsidiariteit nader uitgewerkt.

40 Waarbij Spier overigens niet het verband met de Kelderluiknorm legt.

41 In Conclusie, onder 3.25. Hij voegt er terecht aan toe dat de ernst van de (toe te brengen) schade en de kans daarop, moeten worden afgewogen tegen het geredde belang: 'Daarbij is uiteraard niet zonder belang hoe ernstig het letsel was dat Eren dreigde op te lopen zonder ingrijpen'.

De schadelijkheid van een middel is verder mede afhankelijk van de vraag *tegen wie het middel wordt ingezet*. Daarmee kom ik op de tweede reden waarom een middel schadelijk kan zijn. Zo zal een klein duwtje tegen de schouder in het algemeen harder aankomen bij een broze oude dame dan bij een getrainde kickbokser. Om deze factor juridisch te plaatsen, sluit ik aan bij de artikelen 6:164-166 BW, waarin een drietal bijzondere toerekeningsregels is opgenomen. Het betreft de aansprakelijkheid van jonge kinderen (artikel 6:164); van personen met een gebrek (artikel 6:165), en de aansprakelijkheid voor handelen in groepsverband (artikel 6:166). Het gaat om de aansprakelijkheid van personen die, vergeleken met de gemiddelde dader kwetsbaarder (artikel 164 en 165) of juist sterker (artikel 166) zijn.

Nu kan men tegenwerpen dat de regeling van artikel 164-166 ziet op de *handelende*, waar ik haar wil toepassen op de *benadeelde*: het gaat immers om de vraag tegen wie het middel wordt ingezet. Maar op zichzelf is dat niet een unieke methode, zoals de verkeersaansprakelijkheid jegens jeugdige verkeersdeelnemers laat zien.[42] Daarnaast speelt een andere factor een rol. De toerekening van een onrechtmatige daad aan een kwetsbare handelende is discutabel, omdat het de vraag is of het billijk is een kwetsbare handelende zijn daden in gelijke mate als aan 'gewone' handelenden toe te rekenen.[43] Diezelfde billijkheid zal een rol spelen als het gaat om de vraag of het redelijk is dat iemand zich aan aansprakelijkheid kan onttrekken jegens een bijzonder kwetsbare benadeelde.[44]

Van belang voor de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen zijn daarom volgens mij allereerst de leeftijd of lichamelijke gesteldheid van de betrokken personen en de mate waarin zij in staat zijn zichzelf te verweren. Zo zal men ter afwering van een aanval van een klein kind niet snel gerechtigd zijn geweld te gebruiken. En zo lijkt mij ook disproportioneel de reactie van een jonge, bewapende agent die een oudere dronken vrouw doodschiet, omdat zij hem bedreigt met een aardappelschilmesje.[45] Relevant zijn dus zowel de kwetsbaarheid aan de ene zijde als de kracht/macht aan de andere.[46]

Ten slotte kan ik mij voorstellen dat wanneer schade dreigt te worden toegebracht door een grote groep aan een enkeling, ook een héftige reactie

---

42 Voor de *slachtoffer*bescherming is aansluiting gezocht bij de leeftijdgrens van *daders* ex artikel 6:164. Zie bijv. HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, *NJ* 1991/721 (*Marbeth van Uitregt*).

43 Over de discussies m.b.t. de toerekening aan personen met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming en jonge kinderen, zie: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 172-176.

44 Ook dat toont de jurisprudentie m.b.t. aansprakelijkheid jegens jeugdigen en andere kwetsbaren in het verkeer aan, zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/285 en 286.

45 Anders: HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*). De uitkomst in die zaak was ook in het strafrecht aanleiding tot discussie, zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.8.

46 In het strafrecht kent men de *Garantenstellung*. Zie in dit verband De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4 (p. 313) en V.3.5 (p. 316). Over *Garantenstellung* en politiegeweld: EHRM 12 maart 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0312JUD001628110, *EHRC* 2013/121 (*Aydan vs Turkije*).

van de eenling niet snel als disproportioneel wordt aangemerkt. Omgekeerd zal het spoedig als disproportioneel worden beschouwd als die groep zich bedreigd voelt door de enkeling en zich als afweer daarop als één man op dat individu stort. Deze factor is ook terug te vinden in de hierboven al vaker aangehaalde conclusie van Spier:

> 'Het doel van P. was immers onmiskenbaar om Eren te bevrijden uit de groep vechtende mensen; een aantal hunner hield zich bezig met het slaan en schoppen van Eren (...). [Het] behoeft weinig betoog dat men, onder dergelijke omstandigheden, beducht is met blote handen het slachtoffer van dit zinloze geweld te bevrijden.'[47]

Tegenover een groep mag een eenling (ook) met zware middelen optreden.

7.2.6 Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel

Het middel mag niet ernstiger zijn dan de kwaal. Daarmee stelt de proportionaliteitseis een bovengrens aan de toe te brengen schade.

Daaraan moet worden toegevoegd dat de toets tevens een ondergrens stelt. Het gebruikte middel moet op zijn minst *geschikt* zijn geweest om de kwaal te bestrijden.[48] Lenckner bespreekt deze eis bij de behandeling van de *Angemessenheit* van het in noodtoestand gehanteerde middel:

> 'Die erste Voraussetzung lautet: Erforderlich ist das Mittel, d.h. die Beeinträchtigung eines anderes Rechtsguts, nur, wenn es auf diese Weise möglich ist, das bedrohte Gut zu retten. Nur dann kann für die Rechtsordnung überhaupt Anlaß bestehen, den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zuzulassen. Andernfalls kommt eine Rechtfertigung schon deshalb nicht in Betracht, weil von dem Betroffenen kein sinnloses Opfer verlangt werden kann. Daraus ergibt sich der Grundsatz, daß die Notstandshandlung *geeignet* sein muß, die Gefahr zu beseitigen.'[49]

Een ongeschikt middel kan de handeling niet tot een rechtmatige maken. Een zinloos offer mag ook niet worden verlangd van de benadeelde. Lenckner geeft het volgende voorbeeld:

> 'Benützt der Täter (...) bei einem Brand ein fremden Feuerlöscher, so braucht der Eigentümer dies nicht zu dulden, wenn der Gebrauch des Geräts angesichts der

47 Conclusie, onder 3.31.

48 De Hullu spreekt in verband met noodtoestand van het *adequatievereiste*; 'voor een doeltreffend beroep op noodtoestand is op zijn minst vereist dat het strafbare feit een zinnige bijdrage aan het beoogde doel kán leveren', De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.4.1, p. 298.

49 Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 79 (cursivering in origineel).

> Größe des Brandes keinerlei Erfolg verspricht, da der Eingriff in das Eigentum hier nutzlos und damit nicht "notwendig" (...) ist.'[50]

In de Nederlandse strafrechtelijke jurisprudentie is deze eis terug te vinden in het arrest met betrekking tot de rellen in de Nieuwmarktbuurt. Een demonstrant wilde protesteren tegen het politieoptreden bij de ontruiming van woningen bij de Nieuwmarkt. Hij gooide daarbij met stenen naar de politie. Zijn beroep op noodtoestand wordt afgewezen. Een van de redenen is dat het door hem gebruikte middel niet tot het beoogde doel (beëindiging van 'het door hem waargenomen zinloos geweld van de politie') kon leiden:

> 'dat zelfs indien kon worden aangenomen dat het de bedoeling van verdachte was belangen van derden te redden (...) verdachte op grond van zijn inzicht dat het plegen van geweld tegen de politie niet tot het beoogde doel zou leiden – welk inzicht blijkt uit zijn verklaring ter terechtzitting in hoger beroep dat hij wel wist dat zijn handeling slechts een futiel gebaar was – zulk een geweldpleging had moeten nalaten'.[51]

Wie zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, stelt dat hij een goed doel nastreefde met een juist middel. Een 'futiel gebaar' legt geen gewicht in de schaal bij de beoordeling van de proportionaliteit van een schade toebrengende handeling.[52]

In de jurisprudentie van het EHRM komt men, bij de toetsing van de ingeroepen rechtvaardiging, dezelfde eis tegen, dat

> 'the means chosen could be regarded as reasonable and *suited to achieving the legitimate aim being pursued*' (cursivering toegevoegd).[53]

De proportionaliteitseis brengt mee dat het middel niet te zwaar mag zijn. Maar het mag bovendien niet te licht zijn om het beoogde doel te bereiken. Ook in dit opzicht is dus een evenredigheid tussen doel en middel vereist.

---

50 Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 79.

51 HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4832, *NJ* 1977/174 (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt I*).

52 Het geciteerde arrest geeft de ondergrens aan. Daarmee is dus niets gezegd over de vraag hoe effectief een handeling wél zou moeten zijn, zoals Van Veen terecht opmerkt in zijn annotatie bij het tweede arrest over de rellen in de Nieuwmarktbuurt (HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4833, *NJ* 1977/175 (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt II*), p. 615, l.k.

53 EHRM 21 februari 1986, Series A, no. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others v. United Kingdom*), par. 51. Vgl. ook par. 51: 'A measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto'.

7.2.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging

In verband met de proportionaliteit is tot slot van belang de soort rechtvaardigingsgrond waarop een beroep wordt gedaan.

Noodtoestand is de situatie waarin sprake is van twee conflicterende plichten. Wie dan voor de hoogste plicht of het grootste belang kiest, gaat vrijuit. Dat is een proportionaliteitskwestie, die inherent is aan de definitie van noodtoestand. Alleen het voornaamste doel rechtvaardigt het hanteren van een schadelijk middel. Het handelen van degene die een gelijkwaardig of een groter belang opoffert ten behoeve van het geredde, wordt niet als rechtmatig aangemerkt. De klassieke casus van de ene drenkeling die de andere van het vlot stoot dat maar één van hen beiden kan dragen, is in een eerder hoofdstuk al besproken.[54] De assertieve drenkeling handelt mijns inziens civielrechtelijk niet rechtmatig. Bij noodtoestand komt het aan op de precieze weging van twee belangen.

Aan *noodweer* worden wel lichtere proportionaliteitseisen gesteld; van de noodweerder wordt niet verwacht dat hij *precies* zoveel schade toebrengt als voor het beoogde doel noodzakelijk is. De verklaring daarvoor vloeit voort uit de inhoud van het noodweerbegrip zelf. De noodweerder moet snel handelen om een vaak ernstig gevaar af te wenden.[55] Dikwijls gaat het daarbij om het beschermen van een belang als de lichamelijke integriteit van zichzelf of van anderen.[56] Zowel de noodzaak tot ingrijpen als de aard van het te beschermen belang leidt ertoe dat snel is voldaan aan de proportionaliteitstoets; ook het toebrengen van ernstige schade kan gerechtvaardigd zijn om het bedreigde belang te redden.

Een andere verklaring is dat de aanvaller zèlf de noodweersituatie en het risico van schade in het leven heeft geroepen. In dit opzicht verschilt de aanvaller van de van het vlot gestoten drenkeling, die niet zelf de veroorzaker van de noodsituatie was.[57] Dit verschil brengt mee dat tegen de aanvaller ingrijpender maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn dan tegen de ongelukkige mede-drenkeling.

Nog een andere verklaring voor de mildere proportionaliteitseis bij noodweer wordt gezocht in het bijzondere karakter van deze rechtvaardigingsgrond. Bij noodweer staat recht tegenover onrecht; de noodweerder wordt gezien als iemand die niet alleen zijn eigen belang behartigt, maar tevens de rechts-

54 In par. 3.7.3 (*De weging van de belangen: gekozen voor gelijk of geringer belang*) is uitgebreid aandacht besteed aan deze kwestie.

55 Vgl. par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

56 Vgl. par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*).

57 De reden waarom jegens de aanvaller (de veroorzaker van de noodweersituatie) minder snel onrechtmatig wordt gehandeld, is in het voorgaande hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*) uitvoerig aan de orde geweest.

orde beschermt tegen ongeoorloofde inbreuken.[58] Een en ander geldt uiteraard binnen redelijke grenzen:

> 'Nooit is bedoeld dat iemand die in de verte een jongen zijn appels of peeren ziet stelen, dezen zou mogen doodschieten',

aldus de minister in het mondeling overleg over het ontwerp van artikel 41 Sr, dat de noodweerbevoegdheid regelt.[59]

Voor de uitvoering van een wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel tenslotte, gelden geen bijzondere proportionaliteitseisen. Meestal wordt bij de bespreking volstaan met de opmerking dat het aangewende middel 'redelijk en gepast' moet zijn.[60] In het algemeen zullen de hierboven besproken factoren daarbij van belang zijn. Zo zal bij het inrekenen door de politie van een uiterst agressieve voortvluchtige moordenaar, gezien de ernst van het gevaar, eerder geweld gerechtvaardigd zijn dan bij het afweren van een oude vrouw die dreigt met een aardappelschilmesje.[61]

7.2.8 Conclusie

De proportionaliteitseis is een rem op ongewenst gedrag. Zij werkt naar twee kanten.

Enerzijds geeft zij een beperking met betrekking tot het na te streven doel. Niet ieder doel mag men met een schadelijke handeling trachten te bereiken. Hoe zwaarwegender het doel, hoe eerder een schade toebrengende handeling gerechtvaardigd zal zijn. Vergelijk de omschrijving die Matscher geeft van de proportionaliteitstoets voor het EVRM:

> 'the seriousness of the interference is balanced against the importance of the aim pursued by it or the extent of the danger which is to be warded off by the measure'.[62]

---

58 Vgl. bijv. Machielse over de dubbele grondslag van noodweer, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 523/524.

59 *Smidt I* 1891, p. 407.

60 Zie bijv. Houben, *Artikel 42* (diss.) 1959, p. 61-63. Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991 onderscheidt nog tussen proportionaliteit en subsidiariteit bij de bevoegdheidsvraag (of de bevelgever het juiste middel heeft aangedragen ter bereiking van het beoogde doel) en bij de vraag of de bevolene 'ter uitvoering van' het bevel heeft gehandeld (p. 123-125).

61 Voor een dergelijke casus zie opnieuw HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), waarin het beroep op noodweer van de agent overigens gehonoreerd werd. Op die zaak kom ik hierna nog terug, bij de bespreking van relativiteit in hoofdstuk 10, zie par. 10.3.4.2 (*Ongeoorloofde wijze van verdedigen*).

62 Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* 1993, p. 78.

Anderzijds stelt het proportionaliteitsvereiste een grens aan het bij de handeling gebruikte middel. Ook een respectabel doel mag niet met alle middelen worden nagestreefd. Een behoorlijk doel is, met andere woorden, geen rechtvaardiging(sgrond) op zichzelf. Of de daad gerechtvaardigd is, zal behalve van het doel afhangen van het gebruikte middel.

Met de hierboven besproken proportionaliteitseis wordt het gehanteerde middel bezien in verhouding tot het beoogde doel. Dit middel wordt echter ook op zichzelf beschouwd. Dat gebeurt met de subsidiariteitstoets, die nu aan de orde komt.

7.3 Subsidiariteit en rechtvaardiging

7.3.1 Ter inleiding: de rover bij Justinianus

Behalve redelijk in verhouding tot het doel (proportioneel) moet het gekozen middel de minst schadelijke van de voorhanden alternatieven zijn.

> 'Erforderlich ist der Eingriff in ein anderes Rechtsgut (...) nur, wenn dies der letzte Ausweg ist, dem Täter also unter mehreren gleich wirksamen Mitteln keine weniger einschneidende Maßnahme zur Verfügung steht, um die Gefahr abzuwenden *(Grundsatz des relativ mildesten Mittels)*. Denn es ist selbstverständlich, daß die Erhaltung des bedrohten Guts nur mit dem geringstmöglichen Verlust erkauft werden darf.'[63]

De genomen maatregel moet de minst *einschneidende* zijn geweest om het beoogde doel te bereiken. Die eis is niet nieuw. Zij was bijvoorbeeld al opgenomen in de tweede paragraaf van de lex Aquilia:

> 'Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, indien men zonder enig recht doodt. Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk, althans indien men het gevaar niet op andere wijze kon ontvluchten.'[64]

Een verbluffend voorbeeld van pregnante wetgeving. In twee zinnen achtereenvolgens een definitie van onrechtmatig handelen, een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond en een weergave van een van de vereisten voor een rechtvaardigingsgrond. De vraag dringt zich natuurlijk op *wanneer* een bepaald

63 Aldus Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 80/81.

64 Instituten Iustinianus. 4,3,2. Vgl. ook Digisten 9,2,5: 'Ook indien iemand uit angst om gedood te worden een dief heeft gedood, lijdt het geen twijfel dat hij niet aansprakelijk is op grond van de Lex Aquilia. Als hij hem echter had kunnen inrekenen, maar er de voorkeur aan gaf hem te doden, is er meer voor te zeggen hem te beschouwen als iemand die onrechtmatig heeft gehandeld'.

gevaar 'op een andere wijze te ontvluchten' was dan de dader deed. Met andere woorden: wanneer kan worden gesproken van een laatste redmiddel?

7.3.2 Middel/andere middelen. Factoren, inleiding

Hierboven is opgemerkt dat in de strafrechtelijke literatuur niet een algemene bespreking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te vinden is.[65] Aangehaald is daar Machielse, volgens wie de proportionaliteit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij de feitelijke constateringen van de rechter praktisch onaantastbaar zijn. Nagenoeg hetzelfde wordt door Strijards betoogd met betrekking tot subsidiariteit:

> 'Overigens is de vraag naar subsidiariteit een vrijwel geheel *feitelijke* kwestie. Het is iets wat in cassatie niet of nauwelijks ten toets kan komen zolang de lagere rechter zich maar begrijpelijk heeft uitgedrukt.'[66]

Om een goed beeld te krijgen van de essentie van subsidiariteit, is het van belang die factoren op te sporen die relevant zijn voor de beantwoording van de feitelijke vraag: had de dader anders kunnen en moeten handelen dan hij deed?[67]

7.3.3 Alternatief middel: minder schadelijk middel

Wanneer een minder schadelijk middel voorhanden is om het beoogde – en op zichzelf geoorloofde – doel te bereiken, zal dat gekozen moeten worden. Een fraai voorbeeld van een middel dat onjuist was, omdat minder gevaarlijke alternatieven onbenut bleven, biedt de strafrechtelijke casus van de ijverige seinwachter.

Een automobilist glipt onder de dalende afsluitbomen van een spoorwegovergang door. Dat is, het zal geen verbazing wekken, verboden. Op de seinwachter rust in een dergelijk geval de plicht een bekeuringsrapport op te maken. De automobilist in casu weigert echter hiervoor zijn naam op te geven. De seinwachter, kennelijk bang dat de automobilist hem zal ontsnappen voordat hij de voor het rapport benodigde gegevens heeft verzameld, laat de bomen van de overweg gesloten. Zo houdt hij de automobilist tien minuten

---

65 In par. 7.2.2 (*Doel/middel. Factoren, inleiding*).

66 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 61, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 10 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4375, *NJ* 1975/490.

67 Volgens Strijards is het antwoord in veel gevallen wel duidelijk: 'Meestal kon de dader toch wel anders'. Zie zijn *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 60.

lang gevangen totdat de politie arriveert. Aan beide zijden van de spoorovergang staat dan inmiddels een lange file wachtenden.

De seinwachter wordt vervolgd, omdat hij in strijd met de voorschriften de overgang niet vrijmaakte en de doorgang van het verkeer belemmerde. Zijn beroep op overmacht en ambtelijk bevel (de dienstplicht om te bekeuren en eventueel politiehulp in te roepen) baat hem niet. De Hoge Raad overweegt dat:

> 'de genomen maatregel niet noodzakelijk was om den naam van den onwilligen automobilist te achterhalen, waarbij, al zegt de Rechtbank dit niet met zoovele woorden, kennelijk wordt gedoeld op het daartoe gebruikelijke opnemen van nummer met letter van het betrokken motorrijtuig'.[68]

Een ingeroepen rechtvaardiging zal de subsidiariteitstoets niet doorstaan als het beoogde doel ook met een minder schadelijk of minder gevaarlijk middel kan worden bereikt.[69] Daarbij geldt: hoe ernstiger de toe te brengen schade, hoe zwaarwegender de verplichting zich op een minder schadelijk alternatief te bezinnen.

7.3.4 Alternatief middel: wettig middel.

Een man neemt deel aan een demonstratie van de actiegroep 'De lastige Zwanenburgers'. Hij rijdt, net als de andere groepsleden hinderlijk langzaam (met een snelheid van 4 à 5 km per uur) over de Rijksweg langs Schiphol. Daarmee belemmert hij de overige gang van het verkeer, wat een strafbaar feit oplevert.[70] De 'lastige Zwanenburger' beroept zich er echter op dat hij uit nood handelt. Het is zijn bedoeling te protesteren tegen de door Schiphol veroorzaakte geluidshinder. Volgens hem is 'het demonstreren voor het opheffen van de noodtoestand waarin men in Zwanenburg verkeert gewoon een noodzaak'. De Hoge Raad ziet dat anders. Hij stelt voorop:

---

68 HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, *NJ* 1941/189 (*Seinwachter*), zie ook, voor een vergelijkbare civiele casus: GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), *NJ* 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

69 Voor een civielrechtelijke toepassing van de subsidiariteit, waardoor het beroep op rechtvaardigingsgrond noodtoestand wordt verworpen: Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8133, met zeer uitgebreide bespreking van de alternatieve uitwegen uit de noodtoestand in r.o. 2.3-2.9. Zie ook de reeds genoemde zaak GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), *NJ* 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*) I.v.m. de vrijheid van burgemeester tot treffen van maatregelen bij noodtoestand en plicht om minst schadelijke alternatief te kiezen: Rb. Haarlem 30 oktober 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AE7923, *NJ* 2002/423.

70 Destijds: art. 50 lid 2 RVV 1966. Het artikel is bij de invoering van het RVV 1990 vervallen.

> 'dat in de huidige Nederlandse samenleving tal van wettige middelen bestaan om bepaalde noden van de bevolking en daarmee samenhangende verlangens nopens, of gevoelens van onvrede over enig onderdeel van het overheidsbeleid onder de aandacht van de autoriteiten, de vertegenwoordigende lichamen en de publieke opinie te brengen'.

Daarna geeft de Hoge Raad het oordeel van de kantonrechter weer, zoals dat 'kennelijk' door de rechtbank is verstaan:

> 'klaarblijkelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat niet aannemelijk is dat boven bedoelde wettige middelen ontoereikend waren om de autoriteiten, de vertegenwoordigende lichamen en de publieke opinie opmerkzaam te maken op de ernstige lichamelijke en geestelijke gevaren waaraan omwonenden van Schiphol door de uit het overheidsbeleid voortvloeiende toename van het gebruik van de luchthaven naar zijn mening op ontoelaatbare wijze worden blootgesteld.'[71]

Wie zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen, heeft schade veroorzaakt om een bepaald doel te bereiken. Als dat doel ook bereikt had kunnen worden met een wettig middel, dat de dader echter ongebruikt heeft gelaten, slaagt het beroep niet. Aan de subsidiariteitseis is dan niet voldaan.[72]

Uit de laatste hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad zou men wellicht kunnen opmaken dat als het wettige middel ontoereikend zou zijn, het door de dader onbeproefd zou mogen blijven. Dat is onjuist. Een wettig middel moet worden gebruikt. Alleen in heel bijzondere gevallen kan op die regel een uitzondering worden gemaakt. Te denken valt aan zeer zwaarwegende maatschappelijke belangen, die met wettige middelen niet voldoende kunnen worden behartigd.[73]

---

71 HR (Strafkamer) 7 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AJ3856, *VR* 1972/25 (*Lastige Zwanenburgers*).

72 Zie verder bijv.: HR (Strafkamer) 1 november 1949, ECLI:NL:HR:1949:80, *NJ* 1950/121, betreffende een directeur die zijn werknemers in strijd met de wet te veel loon betaalde, zonder daarvoor eerst toestemming te vragen. En: HR (Strafkamer) 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:303, *NJ* 1952/6 (*Overtreding Deviezenbesluit*), betreffende verboden uitvoer van deviezen, terwijl het resultaat van de wettelijke procedure kon worden afgewacht.

73 Dan kan de toevlucht tot onwettige middelen acceptabel zijn. Zo'n uitzondering deed zich enkele decennia geleden voor in de opsporingssfeer, zie bijv.: HR (Strafkamer) 4 december 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7429, *NJ* 1980/356 en: HR (Strafkamer) 1 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7774, *NJ* 1984/586 en (i.v.m. pseudokoop) HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8256, *NJ* 1990/239 en: HR (Strafkamer) 26 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1367, *NJ* 1991/614 (*Pseudokoop van horloges*). Met de invoering van de Wet BOB (*Stb.* 1999, 245) hebben de bijzondere opsporingsbevoegdheden echter een wettelijke basis gekregen in art. 126g e.v. Sv.

7.3.5 Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten

Uit de subsidiariteitseis wordt voor het geval van noodweer wel een vluchtplicht afgeleid voor degene die onverwachts met de gevaarlijke situatie wordt geconfronteerd. De gedachte is duidelijk: wie kan vluchten voor het gevaar, vermijdt het risico dat hij schade moet toebrengen om dat gevaar af te weren. De minst schadelijke 'afweer'-methode bij nood is dus de vlucht. Wie kan vluchten, maar dat niet doet, heeft geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. Vergelijk nog eenmaal Iustinianus:

> 'Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk, althans indien men het gevaar niet op andere wijze kon ontvluchten.'[74]

Aan de subsidiariteitseis is anders niet voldaan.

Of een noodweerberoep openstaat wanneer de dader de vluchtkans onbenut liet, is een vraag die niet vatbaar is voor beantwoording in algemene zin.[75] In de strafrechtelijke literatuur wordt al sinds de jaren '80 van de vorige eeuw een genuanceerde benadering van de kwestie verdedigd door Machielse.[76] Hij stelt dat men zich in beginsel mag verdedigen, ook al was vluchten mogelijk, behoudens bijzondere omstandigheden. Daarbij denkt hij aan de niet verwijtbare aanranding of de zelf veroorzaakte aanranding.[77]

Uit de oudere jurisprudentie van de Strafkamer van de Hoge Raad krijgt men in het algemeen de indruk dat de Raad niet negatief tegenover het aannemen van een vluchtplicht stond.[78] De Hoge Raad toont in zijn meer recente jurisprudentie echter een mildere visie op de vluchtplicht/onttrekkingsmoge-

74 Instituten Iustinianus 4,3,2.

75 HR (Strafkamer), 18 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:222, *NJ* 1957/446. In zijn noot onder het arrest stelt Pompe dat de redelijkheid van de verdediging ondanks de mogelijkheid van vlucht moet worden bezien 'van het standpunt van de dader op het ogenblik der wederrechtelijke aanranding'.

76 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 655, met een beroep op het karakter van noodweer als middel tot 'rechtsordehandhaving'. Vgl. ook *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 321/322.

77 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 655.

78 Bijvoorbeeld: HR (Strafkamer) 15 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:51, *NJ* 1957/187; HR (Strafkamer) 9 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1036, *NJ* 1980/45; Rb. Arnhem (Strafkamer) 13 december 1991, ECLI:NL:RBARN:1991:AC3348, *NJ* 1992/256 (*Vechtpartij bij Club Joy*). Anders bijv.: Hof Den Haag (Vierde Kamer) 3 februari 1941, ECLI:NL:GHSGR:1941:14, *NJ* 1941/253.

lijkheid.[79] Daarbij gaat het overigens steeds om verdachten die vrij plotseling werden geconfronteerd met een ernstige mate van geweld.

Een dergelijke, minder strikte benadering dan het eisen van de vlucht lijkt mij redelijk, ook voor het civiele recht. Het is waar: degene die zich in het geheel níet verweert tegen een aanval, berokkent zijn aanvaller geen schade en kiest dus de minst bezwaarlijke uitweg. Zijn handelen voldoet zeker aan de subsidiariteitseis. Toch zal niemand hier het christelijke gebod van de ene en de andere wang letterlijk willen nemen: men hoeft zich niet te laten slaan, op straffe van het verlies van zijn noodweerbevoegdheid. Zover kan men de subsidiariteitseis niet oprekken. Zij zou verworden van een redelijke toets van de daden van de (te beschermen) *aangevallene* tot een vergaande bescherming van de *aanvaller*. Dit geldt ook voor de vluchtplicht. Wie wordt aangevallen, wordt *door zijn belager* in een lastig parket gebracht. Als hij daaruit niet de meest elegante (of: smadelijke) uitweg kiest, mag hij dat later niet tegengeworpen krijgen.[80] Met instemming citeer ik De Hullu, die zijn noot onder het strafrechtelijke Bierglas-arrest aldus besluit:

> 'Redelijk handelen, met een zeker begrip voor de moeilijke situatie waarin iemand zich in zo'n dynamische noodweersituatie kan bevinden en met verrekening van het rechtsordehandhavende karakter van zijn optreden, zou voldoende moeten kunnen zijn voor uitsluiting van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.'[81]

79 Zie bijv. HR (Strafkamer) 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0152, *NJ* 1997/627 (*Steken met schaar*); HR (Strafkamer) 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD2062, *NJ* 2001/160 (*Bierglas*); HR (Strafkamer) 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3874, *NJ* 2010/301 (*Groep bij de bushalte*) zie ook de noot van Borgers, onder 1 en HR (Strafkamer) 25 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1035, *NJ* 2019/275. Uit HR (Strafkamer) 8 april 2014, ECLI:NL:HR2014:858, *NJ* 2014/228 en HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.5.2 blijkt dat het niet gaat om de vraag of de verdediger zich kon onttrekken, maar ook of hij zich redelijkerwijs moest onttrekken. Herhaald in HR (Strafkamer) 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2094, *NJ* 2018/457, r.o. 2.3 en in HR (Strafkamer) 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:934.

80 In dit opzicht verschilt het hier beschreven geval van de culpa in causa situatie, waar de aangevallene in elk geval zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van een toestand waarin hij zich op een rechtvaardiging(sgrond) zou moeten beroepen (zie daarover verder hoofdstuk 6). Vgl. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 653. Ik denk daarbij ook aan gevallen waarin het 'slachtoffer' wist dat een situatie kon ontstaan waarin hij zou worden aangevallen, maar opzettelijk niet wegliep van de plaats des onheils, bijvoorbeeld om een oude rekening te vereffenen. Dat de grens met geoorloofd niet-vluchten overigens niet altijd gemakkelijk te trekken is, toont de casus van HR (Strafkamer) 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0152, *NJ* 1997/627 (*Steken met schaar*).

81 Annotatie bij HR (Strafkamer) 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD2062, *NJ* 2001/160 (*Bierglas*). Zie uitgebreider zijn bespreking van het onttrekkingsvereiste bij noodweer in zijn handboek: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4, p. 314-315.

Juist in een situatie die door de aanvaller is veroorzaakt en waarin men snel moet optreden, is er reden om het handelen van de noodweerder met mildheid te bezien.[82]

7.3.6 Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten

Een relevante factor in verband met de toets van de subsidiariteit zal verder zijn de noodzaak om snel op te treden. Wie kans heeft minder schadelijke alternatieven voor zijn handeling te zoeken, treft een verwijt als hij die kans niet heeft benut. Duidelijk is dat wie gedwongen wordt snel te handelen, minder mogelijkheden zal hebben om rustig de minst schadelijke uitweg uit de problemen te kiezen. Aan zijn handelen zullen daarom minder zware eisen kunnen worden gesteld. Kortweg: een handeling in een acute noodsituatie is minder snel onrechtmatig dan een daad in een situatie waar de noodzaak tot snel handelen minder groot is.

In dit verband is illustratief de strafrechtelijke casus van de man die de merel van zijn buurman met loog bespoot, waarop het dier bezweek. Reden voor de daad was het feit dat de merel vanaf het begin van de morgen aanhoudend floot, waar de echtgenote van de loogspuiter ernstig hinder van ondervond; zij was hartpatiënte en 'dientengevolge zeer zenuwachtig'.[83] In zijn commentaar op het vonnis van de rechtbank – waarin overmacht voor de loogspuiter werd aangenomen – merkt 't Hooft mijns inziens terecht op:

> 'Naar onze meening had de beklaagde, omdat er in dit geval sprake was van een langdurigen toestand, welke niet op een enkel bepaald oogenblik dreigend werd, en het hier een toestand betrof die langzaam doorwerkte en reeds twee jaren had bestaan, den eigenaar van de merel, nadat gebleken was, dat deze niet genegen was zijn verzoek in te willigen, kunnen aanspreken op grond van art. 1401 B.W., en voor den President van de Rechtbank in kort geding een vordering kunnen instellen (...) tot verwijdering van de merel.'[84]

Wellicht ten overvloede moet hierbij worden opgemerkt dat de noodzaak tot (snel) handelen op zichzelf de subsidiariteitstoets niet overbodig maakt. Als een minder schadelijke oplossing mogelijk is, *moet* deze, ook in geval van nood, gekozen worden. Na een verkeersongeluk mag iemand aan wie de rijbevoegd-

---

82 Dit thema kwam in het voorgaande al aan de orde, zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), en zal hierna nog worden uitgewerkt, zie par. 7.7.3 (*'Margin of appreciation'*), 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*) en 10.7.2 (*Correctie-Langemeijer; Toepassing in geval van rechtvaardigingen*). Daarna i.v.m. met het oordeel over de onrechtmatigheid in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*) en i.v.m. het oordeel over de vergoedingsplicht in par. 12.6.2 (*Toerekening op grond van artikel 6:98*).

83 Rb. Rotterdam 18 juli 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:4, *NJ* 1913, p. 1133 (*Fluitende merel*).

84 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925, p. 46.

heid is ontzegd het slachtoffer niet zelf naar het ziekenhuis rijden als er ook anderen in de gelegenheid zijn om dit te doen of als de komst van een ambulance kan worden afgewacht.

7.3.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging

Reeds lang is vaste leer dat de subsidiariteitseis voor alle soorten rechtvaardigingsgronden geldt.[85] Daarbij zal uiteraard van belang zijn op welke grond een beroep wordt gedaan.

Bij noodweer en noodtoestand gaat het dikwijls om een plotselinge noodzaak om onmiddellijk in te grijpen. Dat betekent (het kwam hierboven reeds ter sprake) dat geen al te zware eisen aan het gekozen middel kunnen worden gesteld.

Tegelijkertijd is bij noodtoestand en noodweer vaak sprake van een scala van mogelijkheden om op de situatie te reageren. Daarom zal de toets van het gekozen middel hier op zichzelf van groter gewicht kunnen zijn dan wanneer het bijvoorbeeld gaat om een strikt omschreven ambtelijk bevel of wettelijke plicht. Bij deze laatste rechtvaardigingen zal het ervan afhangen hoe nauwkeurig het bevel (dan wel de plicht) is omschreven. Als een agent door zijn meerdere de straat wordt opgestuurd met het bevel: 'Los die ruzie op',[86] zal meer ruimte zijn voor een subsidiariteitsoordeel over de door de agent gekozen handelwijze, dan wanneer sprake is van het opvolgen van een uiterst gedetailleerde ambtsinstructie, waar de keuzevrijheid klein of afwezig is. Hetzelfde geldt voor de wettelijke plicht: hoe ruimer deze is omschreven, hoe groter de handelingsmarge en hoe meer ruimte bestaat voor de subsidiariteitstoets.

7.3.8 Conclusie

Onnodige schade moet worden voorkomen. Zo omschreven, blijkt dat de subsidiariteitseis in wezen niets anders is dan een (uit het civiele recht bekende) schadebeperkingsplicht.

Zij is hier besproken na de proportionaliteitseis. De gekozen volgorde is te verklaren uit de gedachte dat eerst moet worden nagegaan of voor de schadetoebrenging (het gehanteerde middel) een redelijk doel bestaat, dus na

---

85 Voor wat betreft het ambtelijk bevel en het wettelijk voorschrift: zie HR 3 mei 1915, *W* 9820, *NJ* 1915, p. 813. Voor noodtoestand zie bijv. 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925, p. 46. Zie voor noodweer de eis in de Memorie van Toelichting op het oorspronkelijk ontwerp (art. 51 ORO): de noodzaak van de zelfverdediging ligt in de afweer van een actueel en 'anders niet te keeren' gevaar, *Smidt I* 1891, p. 406.

86 Het voorbeeld ontleen ik aan Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 47/124.

de proportionaliteitstoets. Immers: een nadere inspectie van het gebruikte middel heeft geen zin als de handelende niet eens de bevoegdheid had dat middel te gebruiken.[87]

De subsidiariteit moet daarbij niet worden gezien als losstaand van de proportionaliteit, maar in onderling verband ermee. Bij toepassing van het EVRM, bij de toetsing van wetgeving, is dat als volgt verwoord:

> 'The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a "fair balance".'[88]

De aanwezigheid van alternatieven is een van de factoren bij de beoordeling van de redelijkheid en geschiktheid van het middel dat gebruikt is om het gerechtvaardigde doel te bereiken.

7.4 Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid

7.4.1 Terug naar het begin: het nachtoog

Aan het begin van dit boek is gesteld dat het denken over rechtvaardigingen van belang zou kunnen zijn voor het denken over de onrechtmatige daad in het algemeen. In navolging van Oger heb ik die benadering genoemd: 'kijken met je nachtoog'.[89] Het wordt tijd deze methode toe te passen.

In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is het in de vorige paragrafen behandelde begrippenpaar (tenzij er grondrechten in het geding zijn,[90] of bij toepassing op het gebied van rechtvaardigingsgronden) een vreemde grootheid. Dat wil niet zeggen dat de *toets* van de proportionaliteit en subsidiariteit onbekend is in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Integendeel. Mijn stelling is dat zij ook hier een dagelijkse verschijning is, maar alleen

87 Overigens is die volgorde niet dwingend, zie bijvoorbeeld Machielse, die meent dat de toets van de proportionaliteit pas aan de orde komt na die van de subsidiariteit; 'Als verdediging niet eens noodzakelijk is, of als een minder ingrijpende afweer mogelijk was met gelijk resultaat, zal art. 41 lid 1 reeds om die reden niet tot toepassing kunnen komen', *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 661.

88 EHRM 21 februari, A. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others*), par. 51.

89 Par. 1.1 (*Onderwerp en benadering ervan*).

90 Zoals bij toepassing van de WGB (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, *NJ* 2016/170); mogelijke schending van privacy (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 en HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2015:2518, *NJ* 2018/306, HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053, *NJ* 2018/166); in BOPZ-zaken (bijv. HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724, *NJ* 2019/155).

is ingeburgerd onder een andere naam: die van de zorgvuldigheidsnorm. De proportionaliteits- en subsidiariteitseis geven tezamen, zo is de gedachte, een beschrijving van behoorlijk, zorgvuldig gedrag in het algemeen.

7.4.2 Belangenafweging en gevaarzetting

In zijn bespreking van de vraag wanneer een handeling onzorgvuldig genoemd kan worden, kwam Rutten tot de volgende conclusie:

> 'Van welk een verscheidenheid de aan de rechter voorgelegde gevallen ook mogen zijn en hoe uiteenlopend de omstandigheden bij soortgelijke situaties, toch zou men het merendeel der gepubliceerde uitspraken kunnen onderbrengen in twee algemene rubrieken, naargelang daarbij een *afweging van belangen*, dan wel een beoordeling van een *in leven geroepen gevaar* een rol speelt.'[91]

Belangenafweging en gevaarzetting. Men kan stellen dat de tweede categorie een subcategorie van de eerste is.[92] Dat is juist. Maar met die vaststelling mag niet uit het oog worden verloren dat voor de beide rubrieken andere factoren een rol spelen.

De standaard waaraan een *gevaarzettende handeling* wordt getoetst, is gezet in het Kelderluik-arrest. Bepalend is volgens de Hoge Raad:

> 'niet alleen (...) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (*van anderen dan de gevaarzetter, toevoeging MF*) kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen'.[93]

---

91 *Asser/Rutten III* 1979, p. 59 (cursivering in origineel). De genoemde onderverdeling is ook nog te vinden in *Asser-Rutten-Hartkamp III** 1986/44. Zij is daarna verdwenen om bij Hartkamp plaats te maken voor de mijns inziens in dit opzicht niet verhelderende verdeling in drie categorieën, te weten: a. schending van verkeers- en veiligheidsnormen, b. normen ter bescherming tegen vermogens-, of c. ideële schade (zie *Asser-Hartkamp III* 1993/44-51e) en gehandhaafd tot in de laatste druk (zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/57-71). In *dit* opzicht niet verhelderend. In een ander opzicht biedt de indeling wel een bevredigende indeling van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën. Ik kom daarop terug in paragraaf 7.7.2 (*De aard van de overtreden norm*).

92 Zo bijvoorbeeld: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 108, voetnoot 4.

93 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

Het arrest levert drie[94] maatstaven om vast te stellen of aan de zorgvuldigheidseis is voldaan:
1. de kans op schade;
2. de ernst van de schade;
3. de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.[95]

Deze gezichtspunten gelden, zoals gezegd, vooral voor een situatie waarin sprake is van *gevaarzetting*. Voor de overige gevallen wordt vaak nog een andere factor aan het rijtje toegevoegd:
4. het doel dat met de schade toebrengende activiteit wordt nagestreefd.[96]

Deze laatste factor zal met name een rol spelen in situaties waarin het gaat om een *belangenafweging*.

7.4.3 De strafrechtelijke beginselen opnieuw bezien

Nu de factoren zo op een rij staan, wordt de overeenkomst met de strafrechtelijke proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginselen zichtbaar.

---

94 In het arrest wordt nog een vierde criterium genoemd: de grootte van de kans dat het potentiële slachtoffer onvoorzichtig is. Mijns inziens wordt het inschatten van de kans op ongevallen (hierboven, factor 1) echter mede bepaald door de mate waarin van anderen de vereiste voorzichtigheid kan worden verwacht. Het laatste is dus geen zelfstandig criterium, maar slechts een subcategorie van het eerste. Het verdient daarom geen aparte vermelding. Anders: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 110, die eveneens tot drie criteria komt, maar de mate waarin anderen onvoorzichtig zijn, vat onder de rubriek: bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen. Dat lijkt mij niet juist. De bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen moet worden *afgewogen* tegen de kans dat derden onvoorzichtig zijn. Zij maakt er geen *onderdeel* van uit. Het samenvatten van deze factoren versluiert bovendien dat het in het ene geval (toets van de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen) gaat om een omstandigheid aan de zijde van de *handelende*, terwijl het andere geval (kans op onvoorzichtigheid van derden) ziet op een omstandigheid van de *benadeelde*. Aan het samenbrengen van de factoren kans op schade en onvoorzichtigheid van derden kleeft dat bezwaar niet, omdat het in beide gevallen gaat om een omstandigheid aan de kant van de benadeelde.

95 In deze factoren zijn, als bekend, de variabelen van de Learned Hand-formule (uit 1947) te herkennen, door Cane als volgt weergegeven: 'negligence exists where the burden of the precautions needed to avoid a risk of injury or damage occurring as a result of particular conduct is less than the product of the likely magnitude of the damage and the probability that the damage will occur', Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.4.2, p. 32.

96 In Nederland wees o.a. Brunner erop dat bepalend voor aansprakelijkheid is het antwoord op de vraag in wiens belang de handeling werd verricht; noot onder HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, *NJ* 1982/567 (*Bloedprik*). Door Cane wordt deze factor samengenomen met de factor van de bezwaarlijkheid van de voorzorgsmaatregelen (The Value of the Activity and the Cost of the Precautions Needed to Avoid Harm), Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.4.5.

Kern van de beoordeling van *gevaarzettend gedrag* is de vraag naar de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Dat is in feite een subsidiariteitskwestie. Waar het om gaat, is of een minder schadelijk middel voorhanden was om het doel te bereiken. Het zal daarbij aankomen op de mogelijkheid van het treffen van maatregelen om de schade te beperken of voorkomen. In Kelderluiktermen: de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, gezien de kans op schade en de ernst van die schade.

Het oordeel over een mogelijk onrechtmatige *belangenafweging* gaat geheel op in de proportionaliteitstoets. Centraal staat het met de handeling beoogde doel, dat moet worden afgewogen tegen het daartoe gebruikte middel, dat wil zeggen: tegen de schade die men toebrengt om het doel te bereiken. Vergelijk ook de rechtspraak van de 'opperrechter van de belangenafweging', het EHRM, waarin de schadelijkheid van het gebruikte middel (ernst van de inbreuk) wordt afgezet tegen het nagestreefde belang en de ernst van het afgewende gevaar, door Matscher aldus omschreven:

> 'the seriousness of the interference is balanced against the importance of the aim pursued by it or the extent of the danger which is to be warded off by the measure'.[97]

Als de hierboven door mij geopperde gedachte juist is, zou dat betekenen dat de zorgvuldigheidstoets (bij gevaarzetting en belangenafweging) uiteindelijk neerkomt op een toets van de proportionaliteit en subsidiariteit. De toets aan een rij van factoren zou daarmee zijn teruggebracht tot een toets aan twee beginselen. Dat zou vereenvoudiging en dus winst betekenen. De vraag is of het denken in proportionaliteits- en subsidiariteitstermen verder iets zou kunnen bijdragen aan het denken over de onrechtmatige daad. Keren we terug naar Rutten, die aan zijn onderscheiding tussen de rubrieken belangenafweging en gevaarzetting het volgende toevoegt:

> 'Aan de eerstgenoemde rubriek ligt de gedachte ten grondslag, dat het leven in maatschappelijk verband noodzakelijkerwijze een botsing van belangen teweeg brengt. Men kan aan het verkeer niet deelnemen zonder daarbij voortdurend een aantal medemensen te schaden, meestal in geringe mate, soms ook ernstig. Men behoeft – gesteld dit ware mogelijk – zijn levenswandel niet zó in te richten dat daardoor een ander niet benadeeld wordt, doch wél moet men met de belangen van anderen rekening houden.
>
> In de gevallen van de tweede rubriek wordt er van uitgegaan, dat, hoe voorzichtig hij ook te werk tracht te gaan, niemand het scheppen van gevaarlijke situaties kan voorkomen. Wederom kan hem dit, in het algemeen, niet worden verweten. Verwijtbaar en onrechtmatig wordt zijn gedraging eerst, indien zij in strijd is met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid.'[98]

97 Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* 1993, p. 78.
98 *Asser-Rutten III* 1979, p. 59.

Prangende vraag blijft: in *hoeverre* 'moet men met de belangen van anderen rekening houden'? En: *wanneer* nemen we van gevaarzettend gedrag aan dat het 'in strijd is met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid'? Naar mijn mening bieden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit goede gezichtspunten voor de beantwoording van ook deze (voor het aansprakelijkheidsrecht belangrijke) opgeworpen vragen.

7.5 Proportionaliteit en zorgvuldigheid

7.5.1 Inleiding

Uit de bespreking van de proportionaliteitseis bij rechtvaardigingen (hierboven in par. 7.2) bleek dat een redelijke verhouding moet bestaan tussen het doel dat met een bepaalde handeling is beoogd en het middel dat is gekozen om dat doel te bereiken. Mijn stelling is, als gezegd, dat het vereiste ook geldt voor het civiele recht; met name voor de gevallen waarin het gaat om een mogelijk onrechtmatige belangenafweging.

Om dat aan te tonen, zal ik eerst de invloed nagaan van het *doel* dat met de handeling in kwestie wordt nagestreefd (of: het belang dat met de schadetoebrenging wordt gediend). Als de gedachte juist is dat de onrechtmatigheid van een daad wordt bepaald door de redelijkheid van de doel/middel-verhouding, zou dat verklaren waarom, bij gelijkblijvend schaderisico, door een variatie in het doel van de handeling een ander oordeel over de eventuele onrechtmatigheid ontstaat.

Hetzelfde geldt voor de toets van het *middel*: de proportionaliteitseis brengt met zich mee dat ook een gerechtvaardigd doel niet met alle middelen mag worden nagestreefd. De onrechtmatigheid van een handeling waarmee bijvoorbeeld een geoorloofd doel wordt nagestreefd, zou worden verklaard door een gebrek in het gehanteerde middel. Daarom ga ik vervolgens na welk effect verandering van het gehanteerde middel heeft op de beoordeling van de onrechtmatigheid.

7.5.2 Variaties met het doel van de activiteit

7.5.2.1 Uiteenzetting toets: het Halcion-arrest

In mijn visie komt de proportionaliteitstest overeen met dat gedeelte van de Kelderluiktoets dat geldt voor beoordeling van een gemaakte *belangenafweging*: de kans op en de ernst van de schade worden afgewogen tegen het doel dat met de handeling is beoogd. Voor het nastreven van een zwaarwegend belang is dus het nemen van meer risico op schade acceptabel dan voor het nastreven van een minder groot belang. In het Halcion-arrest is een goede verwoording

van deze gedachte te vinden; daarom dient het arrest als uitgangspunt voor het betoog.

Halcion is een slaapmiddel dat ernstige bijwerkingen kan hebben. De bijwerkingen variëren van onder meer ondraaglijke hoofdpijnen tot paniekaanvallen tot zelfmoordneigingen. Voor de beoordeling van de vraag of het onrechtmatig is een slaapmiddel in de handel te brengen dat dit soort bijwerkingen teweeg kan brengen, stelt het hof voorop:

> 'dat geneesmiddelen – een slaapmiddel als Halcion is een geneesmiddel – onder omstandigheden gevaren voor de gebruiker kunnen opleveren zonder dat het middel als gebrekkig is te beschouwen'.[99]

Vervolgens geeft het hof aan welke risico's acceptabel zijn bij een slaapmiddel:

> 'De aanvaardbaarheid van de risico's, die het in het verkeer brengen van een geneesmiddel met zich meebrengt, is afhankelijk van de ernst van de ziekte of kwaal die het bedoelt te genezen of bestrijden: hoe ernstiger de ziekte hoe meer risico er met een geneesmiddel mag worden genomen. Hieruit volgt dat bij een slaapmiddel – slapeloosheid is hoe onaangenaam ook naar verhouding geen ernstige kwaal (...) – slechts geringe risico's toelaatbaar zijn.'[100]

Deze afweging wordt in cassatie overgenomen.[101] Hoe ernstiger de te bestrijden kwaal – dus hoe groter het belang de ziekte te smoren, hoe groter de kans op schade mag zijn. Ter bestrijding van kanker of aids zijn schadelijker middelen acceptabel dan bij de bestrijding van verkoudheid of slapeloosheid.

In het Halcion-arrest bestaat het doel van de handeling uit het bestrijden van een bepaald kwaad. Denkbaar zijn ook handelingen zonder legitiem rechtvaardigend doel. Deze zullen, wanneer daarbij aan anderen schade is toegebracht, snel onrechtmatig worden geacht. Het doel van een handeling kan ook op een andere manier relevant zijn, namelijk in verband met de vraag in wiens belang is gehandeld. Wanneer bij een schadeveroorzakende daad is gehandeld in het belang van een derde (een altruïstische daad), zal deze, gezien het doel, eerder rechtmatig worden geacht dan wanneer de schade is toegebracht alleen in het belang van de handelende. Als schade wordt veroorzaakt door een handeling waarbij zowel handelende als benadeelde belang hebben (of daar profijt van hebben of plezier aan ontlenen), zal, wederom

---

99 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652 (*Halcion*), hof, r.o. 4.

100 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652 (*Halcion*), hof, r.o. 5.

101 Vgl. HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652 (*Halcion*), HR r.o. 4.4.2. Het hele arrest blijft overigens in cassatie in stand. Voor de beoordeling of het slaapmiddel gebrekkig is, worden daarnaast door hof en Hoge Raad nog enkele andere omstandigheden genoemd, die hierna (bij de bespreking van subsidiariteit) ter sprake komen. Bij de beoordeling van de gebrekkigheid gaat het immers om de vraag of het product de veiligheid biedt die de consument mag verwachten; m.a.w. of hier niet sprake is van gevaarzetting door de producent. In mijn visie is dat laatste, als gezegd, een subsidiariteitskwestie.

gezien het doel van de handeling, de daad eveneens eerder rechtmatig worden geacht. Bij een schadeveroorzakende handeling die niet is verricht in het belang van de benadeelde zal minder reden bestaan de daad rechtmatig te achten.

Ik ga daarom nu na welke invloed het doel van de handeling precies heeft op het oordeel over de onrechtmatigheid van die handeling.[102] Daarbij varieert het doel van 'fout' naar 'goed'.

7.5.2.2 Handeling zonder rechtvaardigend doel

Wanneer een handelende schade toebrengt waarvoor hij geen rechtvaardigende reden kan aanwijzen, is zijn handeling om die reden disproportioneel en zal deze dus het predicaat 'onzorgvuldig' verdienen. In een van de vorige paragrafen noemde ik het voorbeeld van iemand die aan de noodrem trekt om een treinkaping uit te voeren.[103] Waar schade wordt toegebracht en een rechtens te respecteren doel ontbreekt, is – dus – sprake van onrechtmatigheid. Het is niet eenvoudig voorbeelden van deze categorie in de jurisprudentie te vinden.[104] De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat de onrechtmatigheid van de gedraging in zo'n geval zo evident is, dat de kwestie niet aan de rechter wordt voorgelegd. Een voorbeeld is nog te ontlenen aan de jurisprudentie omtrent wilsgebreken. In een zaak waarin een man had ingestemd met een alimentatievoorstel, onder bedreiging van aangifte bij onder andere de fiscus, oordeelde het hof: De 'in het vooruitzicht gestelde aangifte is op zichzelf niet als onrechtmatig te beschouwen'. De Hoge Raad casseert:

> 'Bedreiging in de zin van art. 3:44 lid 2 BW kan niet alleen aanwezig zijn wanneer het toebrengen van het nadeel waarmee bedreigd wordt, op zichzelf (...) onrechtmatig is, maar ook wanneer dit toebrengen van nadeel op zichzelf niet onrechtmatig is, doch het bedreigen ermee niettemin wegens het beoogde doel dan wel wegens de wijze waarop of de omstandigheden waaronder het plaatsvindt, onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.'[105]

De onrechtmatigheid van het dreigen met toebrengen van nadeel wordt hier rechtstreeks afgeleid uit de onrechtmatigheid van het nagestreefde doel.

---

102 Vgl. nogmaals Van Dam, die aan het begin van deze studie al is aangehaald. Ook Van Dam wees erop dat de aard van de gedraging een sleutelrol speelt bij de vaststelling van de waarde van de andere elementen van de zorgvuldigheidsnorm. Zie Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* 1989, p. 120.

103 Par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*).

104 Gedacht kan worden aan vorderingen van immateriële schadevergoeding in de gevallen als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub a, zoals in de zaak waarin kort voor de echtscheiding tussen man en vrouw de man hun zevenjarig kind doodt, om daarmee aan de vrouw/moeder leed toe te brengen: HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, *NJ* 2002/216 (*Oogmerk*). De onrechtmatigheid is in zulke gevallen uiteraard geen punt van discussie.

105 HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2810, *NJ* 1999/342 (*Echtscheidingsconvenant*).

Een andere casus waarin de onrechtmatigheid uit het ongeoorloofde doel werd afgeleid, is die van dr. Scholten's Aardappelmeelfabrieken. Ter ontduiking van de statuten waren stromannen gebruikt om te zorgen dat in een aandeelhoudersvergadering op een aan het bestuur welgevallige wijze zou worden gestemd. De op zichzelf geoorloofde gedragingen (uitgave niet-geplaatste aandelen) kunnen door het daarmee beoogde doel onrechtmatig worden, zo overwoog de Hoge Raad.[106]

Wanneer de handelende wél een geoorloofde reden voor zijn schade toebrengende handeling heeft, zal het oordeel anders uitvallen. Toepassing van de proportionaliteitsgedachte zal ertoe leiden dat in zo'n geval minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen. En die verwachting is ook juist: een schade toebrengende handeling, waarvoor de laedens zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond, of waarbij de laedens handelde op grond van een andere sterke bevoegdheid, zal niet snel onzorgvuldig genoemd kunnen worden. Wanneer het rechtvaardigende doel op zichzelf niet sterk genoeg is om de handeling te rechtvaardigen (zoals bij onvolledige rechtvaardigingen),[107] zal naast het doel ook het gehanteerde middel in de beoordeling worden betrokken. Ik kom daarop terug bij de bespreking van het gebruikte middel.[108]

7.5.2.3 Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang

Wanneer een handeling plaatsvindt vooral of uitsluitend in het belang van een der partijen, zal die handeling eerder onrechtmatig zijn dan een handeling in het belang van beide partijen tezamen. Een voorbeeld van het eerste.

In het circus van Mullens wordt aan het eind van de voorstelling iemand uit het publiek uitgenodigd deel te nemen aan 'de laatste stunt', door op een ongezadelde ezel een ronde door de piste te rijden. Spekman meldt zich aan. Hem wordt te verstaan gegeven dat hij zich niet aan de oren van de ezel mag vasthouden en het dier ook niet met schoppen zijn wil mag opleggen. Tijdens de rit gaat het mis: Spekman wordt door de ezel afgeworpen en houdt aan zijn val een ernstige heupbreuk over. Het hof oordeelt dat Spekman geen vordering jegens Mullens heeft, omdat Spekman willens en wetens aan de act heeft meegewerkt. De Hoge Raad ziet het anders en betrekt in zijn overwegingen uitdrukkelijk de omstandigheid dat de ezel-act diende om de circusvoorstelling van Mullens luister bij te zetten:

---

106 HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, *NJ* 1964/434 (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken c.s.)*, r.o. nav. eerste cassatiemiddel.

107 Deze zijn besproken in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*). Hetzelfde geldt als een tekortschietend beroep op een volledige rechtvaardiging wordt gedaan, zoals in de situatie waarin een man aan de noodrem trekt uit protest tegen de plaatsing van kruisraketten in Woensdrecht, HR (Strafkamer) 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, *NJ* 1989/162 (*Noodrem-protest*).

108 In par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).

> 'Het gaat hier (…) om schade veroorzaakt door een dier waarvan Mullens – als circusexploitant – zich bediende om het "ter opluistering van de voorstelling" ongezadeld door onervaren lieden als Spekman te doen berijden terwijl Mullens wist dat dit "uitermate grote risico's in zich hield". Dan is de circusexploitant, zowel als eigenaar van het dier (…), als omdat het in strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid is een ander aan een dergelijk gevaar bloot te stellen, voor die schade aansprakelijk.'[109]

Wanneer beide partijen profijt van de handeling hebben, zal het oordeel over de aansprakelijkheid anders uitvallen. Daar ga ik nu op in.

7.5.2.4 Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst

De veronderstelling is gerechtvaardigd dat wanneer een schadelijke handeling wordt verricht, niet in het belang van maar één partij, maar van beide, of alle, bij de handeling betrokken partijen, de proportionaliteitseis mee zal brengen dat lichtere zorgvuldigheidseisen aan die handeling worden gesteld dan wanneer de handeling plaatsvindt uitsluitend in het belang van een der partijen. De proportionaliteitseis is, zoals ik hierboven stelde, in feite een rem op ongewenst gedrag. Voor zo'n rem zal weinig reden bestaan in het geval beide partijen profiteren van een schadelijke of risicovolle gedraging.

Hierin schuilt mijns inziens de verklaring voor de 'normverlichting' die wordt aangenomen in sport- en spelsituaties. In deze gevallen is het scheppen van een zeker schaderisico toegestaan.[110] Dat is verklaarbaar gezien het feit dat beide partijen baat hebben bij het gevaarzettende gedrag, dat wil zeggen: bij de risicovolle sport die zij beoefenen. Wanneer uit het gevaarzettend gedrag inderdaad schade voortvloeit, zal dat gedrag, gezien het belang dat ermee wordt gediend, minder snel als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd.[111]

Dezelfde verklaring geldt mijns inziens voor de verlaagde aansprakelijkheidsnorm die van toepassing is op vriendendiensten. In de relatie tussen vrienden, of hulpvaardige bekenden, hebben beide partijen baat bij hulpvaardigheid over en weer. Om die reden zal minder aanleiding bestaan voor aansprakelijkheid in geval er schade ontstaat bij het bieden van hulp in een

---

109 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729 (*Circusezel*), r.o. 3.3.

110 Mits men de spelregels behoorlijk in acht neemt. Zie reeds: Rb. Amsterdam 7 december 1937, ECLI:NL:RBAMS:1937:54, *NJ* 1939/220 (*Loopduikspel*).

111 Daarbij geldt uiteraard de eis dat de bij de handeling betrokkenen zich houden aan de regels die voor de handeling gelden (zie ook de vorige noot). Als dat niet het geval is, gaat het om een gebrek in het gehanteerde *middel* om het doel te bereiken en kan om díe reden sprake zijn van onrechtmatig handelen. Zie hierna onder par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*). A-G Hartlief wijst nog op een ander belang dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel verklaart: het maatschappelijke belang van ontspanning. Conclusie A-G Hartlief voor HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:857 (PHR 2021:40), onder 5.1.

vriendenrelatie.[112] Door Verheij is ervoor gepleit om in geval van vriendendiensten eenzelfde aansprakelijkheidsregime toe te passen als bij hulp aan onbekenden. Zaakwaarneming noemt hij dan ook 'vriendendienst aan onbekende'.[113] Ik zie echter een duidelijk verschil tussen beide. Bij echte zaakwaarneming ontbreekt tevoren de verhouding tussen de betrokken partijen, die bij vrienden wel bestaat. Voorafgaand aan het uitvoeren van een vriendendienst kunnen zelfs afspraken worden gemaakt over de uitvoering, terwijl dat bij zaakwaarneming nu juist onmogelijk is. Bij zaakwaarneming is geen sprake van de wederzijdsheid en gelijkwaardigheid die de vriendenrelatie kenmerkt. Bij hulpverlening in een zaakwaarnemingscontext is dan ook veeleer sprake van altruïsme. Dat wordt in de volgende paragraaf besproken.

Het doel van de handeling kan natuurlijk alleen ten aanzien van de bij die handeling betrokken partijen (dus deelnemers en toeschouwers) reden zijn om minder snel aansprakelijkheid aan te nemen.[114] Het doel heiligt het mogelijk schadelijke middel niet tegenover buitenstaanders, zoals een toevallige passant die geraakt wordt door een bal.[115] Immers: de passant heeft geen enkel belang bij de gevaarlijke situatie waarin hij verzeild raakt. Ten aanzien van hem ontbreekt dus het rechtvaardigende doel. Dat betekent dat de gevaarzettende handeling jegens hem onrechtmatig is – of: blijft. Daarbij ga ik er vanuit dat de passant buiten het wedstrijdterrein blijft. Wie zich op het speelterrein begeeft, kan, evenals als toeschouwers,[116] gevaar verwachten.[117]

---

112 Dat kan anders liggen als sprake is van organisatie door of regie van een der partijen (zoals in Hof Amsterdam 28 december 2010, *VR* 2012/75 (*Levende sjoelbak*), en Rb. Oost-Brabant 11 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6456, *JA* 2016/19, waar de benadeelde zelf de regie had), of van een zorgplichtschending (zoals in Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK2508, *JA* 2010/50 (*Vriendendienst met gebrekkige ladder*), en Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, *JA* 2020/111 (*Val uit kerstboom*)). Over aansprakelijkheid bij vriendendiensten zie nog 't Mannetje, *Wie goed doet, goed ontmoet?* 2015, die (op p. 217) eveneens concludeert tot een mildere norm in dit soort situaties.

113 Verheij, *Ongelukkige samenloop* 2003, p. 187-197.

114 Zie bijv.: HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621 (*Tennisbal*), HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, *NJ* 2003/718 (*Witmarsumer Merke*) en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, *NJ* 2004/238 (*Midgetgolfstick*) betreffende de spelers. En betreffende de toeschouwers: Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, *NJ* 1958/354 (*Toeschouwers bij motorwedstrijd*). Door Zwalve is in de Maatmanbundel het toeschouwersrisico beschreven, uitgaand van de casus van de tijdens het kijken naar een voetbalwedstrijd gekeelde slaaf: Zwalve, *Het toeschouwersrisico* 2008, p. 15-29.

115 Zoals in Rb. Den Haag 19 december 2012, ECLI:RBSGR:2012:BZ2046 (*Passant geraakt door paintball*); de aansprakelijkheid jegens de passant was erkend door de verzekeraar van de paintball-schutter.

116 Zie nogmaals Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, *NJ* 1958/354 (*Toeschouwers bij motorwedstrijd*); zie ook Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Toeschouwer mountainbikewedstrijd*), r.o. 4.7-4.8. Tegenover toeschouwers is het handelen minder snel onrechtmatig, omdat zij anders dan toevallige passanten profijt of plezier hebben van het bijwonen van het spel.

7.5.2.5 Handeling in het belang van een ander: altruïsme

Ik bespreek ten slotte een geval dat het omgekeerde is van de zojuist behandelde situatie: aan een partij is met zijn toestemming, schade toegebracht voor een doel dat *buiten hemzelf* ligt. Ook hier gaat het om twee samenwerkende partijen, maar het doel van de handeling is (mede) buiten henzelf gelegen. Nu zal, gezien het nobele doel van de handeling, in plaats van normverlichting sprake zijn van normverzwaring.

Te denken valt bijvoorbeeld aan het toebrengen van schade bij medische experimenten. In het algemeen gelden daarvoor zeer zware zorgvuldigheidseisen, die uit het doel van de handeling te verklaren zijn. Sluyters gaat uit van een risicoaansprakelijkheid, met name in gevallen waarin het niet gaat om een medisch onderzoek of medische behandeling in het belang van degene die het onderzoek of de behandeling ondergaat, zoals de proefpersoon bij een medisch experiment en de bloeddonor of levende orgaandonor.[118] Wanneer het, zoals in medische experimenten, gaat om het nastreven van een ver weg gelegen, niet acuut belang, van een ander dan de proefpersoon,[119] waarbij mogelijk ernstige schade als letsel wordt toegebracht aan de proefpersoon,[120] dan brengt de proportionaliteitstoets mee dat snel onrechtmatigheid zal worden aangenomen. Tegenover een kans op – mogelijk ernstig – letsel moet immers een zware rechtvaardiging, dus een groot belang staan. In het algemeen zal het enkele abstracte belang zoals het bevorderen van de medische wetenschap daarvoor niet toereikend zijn. Hierin schuilt mijns inziens de verklaring van de wel voorgestelde 'risicoaansprakelijkheid' van de onderzoeker tegenover de proefpersoon van een medisch experiment en een bloed- of orgaandonor.[121]

Ook in situaties van belangeloos hulpbetoon zal het altruïsme van de helper mijns inziens reden zijn de redder niet aansprakelijk te houden voor door hem

117 Deze onderscheiding naar locatie is al te vinden in de Digesten: Als zomaar ergens een partijtje speerwerpen wordt gehouden, en een slaaf is gedood, is de Lex Aquilia van toepassing. 'Als echter op een oefenveld mensen aan het speerwerpen waren en een slaaf dit terrein overstak, vindt de Aquilia geen toepassing: hij behoorde niet op een ongeschikt moment over het oefenveld voor speerwerpen te lopen', Digesten 9,2,9,4. Deze casus wordt ook door Zwalve besproken, die erbij terecht opmerkt dat het natuurlijk anders is als een van de spelers opzettelijk heeft geprobeerd de passant te raken (Zwalve, *Toeschouwersrisico* 2008, p. 18, voetnoot 18).

118 Sluyters, *Baliebundel* 1991, p. 96.

119 Vgl. de hierboven bij de bespreking van de proportionaliteitseis genoemde factor: ernst van het gevaar, zie par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

120 Vgl. par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

121 Zie nogmaals Sluyters, *Baliebundel* 1991, p. 96. Voor medische experimenten geldt tegenwoordig op grond van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (art. 7) een verzekeringsplicht voor schade veroorzaakt door het onderzoek.

aangerichte schade – mits deze proportioneel is.[122] En schade die de benadeelde helper zelf leed, zal om dezelfde reden voor vergoeding in aanmerking komen.[123]

7.5.2.6 Conclusie

Voor rechtvaardigingen geldt dat hoe zwaarwegender het nagestreefde doel is, hoe minder snel de handeling onrechtmatig zal zijn, zo is in het eerste deel van de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen geconcludeerd.[124] De *aanwezigheid* van een rechtvaardigend doel bleek een van de verklarende factoren voor de rechtmatigheid van de handeling. En de handeling zal ook minder snel onrechtmatig zijn jegens degene die profiteert of mede-profiteert van die handeling.

Omgekeerd geldt dat bij onrechtmatige daden de onrechtmatigheid verklaard kan worden uit de *afwezigheid* van een rechtvaardigend doel. Ook hier geldt: een abject doel verklaart al op zichzelf de onrechtmatigheid van de handeling; hoe nobeler het doel, hoe minder snel de handeling onrechtmatig zal zijn.

7.5.3 Variaties met het gebruikte middel

7.5.3.1 Uiteenzetting toets

Als de gedachte juist is dat de proportionaliteitstoets bepalend is voor het oordeel over een mogelijk onrechtmatige belangenafweging, zou dat betekenen dat *naast* het nagestreefde doel het gehanteerde middel de factor is die bepalend is voor de onrechtmatigheid van de daad. Met andere woorden: in gevallen van onrechtmatig handelen, waarbij een op zichzelf gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, zou (een gebrek in) het gebruikte middel de onrechtmatigheid van de daad verklaren. Ik meen dat dit inderdaad het geval is. Een voorbeeld om de gedachten te bepalen. Greenpeace blokkeert een chloortransport van Solvay, die hierdoor schade lijdt. Ter rechtvaardiging van haar handeling beroept Greenpeace zich op het algemene (milieu)belang dat zij

122 Anders: Sieburgh, in het geval een voorbijganger een raam inslaat om iemand te redden uit een brandend huis. Als de geredde niet de huiseigenaar is maar een dief, handelt de redder volgens Sieburgh onrechtmatig. Aldus Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669. In hoofdstuk 12 kom ik hierop terug in par. 12.4.2 (*Redding uit een brandend huis*).

123 Daarover Franke in annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173, m.nt. M.E. Franke (*Hond in de lift*), onder 4. Op de grondslag van de vergoedingsplicht – waarvoor ik in mijn annotatie zaakwaarneming aanwijs – wordt nader ingegaan in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

124 Zie par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*) en 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

met de blokkade nastreeft. Volgens het hof is dit echter onvoldoende om de inbreuk op de rechten en belangen van Solvay te rechtvaardigen:

> 'De enkele omstandigheid dat Greenpeace met haar acties een redelijk doel beoogt, ontslaat haar niet van de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen. Door zonder aankondiging, zonder overleg over de mogelijke consequenties, zonder ruimte te laten voor een alternatief en zonder duidelijkheid te verschaffen omtrent de duur van de actie, plotseling in te grijpen in de gang van zaken binnen het bedrijf van Solvay, heeft Greenpeace de belangen van Solvay ondergeschikt gemaakt aan het algemene (milieu)belang dat Greenpeace nastreef. Daartoe mist Greenpeace echter het recht. Ook al werd met haar optreden een alleszins respectabel doel gediend, dan betekent dit nog niet dat dit optreden jegens Solvay, die erdoor benadeeld werd, gerechtvaardigd is te achten.'[125]

Wanneer een op zichzelf juist doel wordt nagestreefd, zou de eventuele onrechtmatigheid van de handeling dus te verklaren zijn uit een gebrek in het gehanteerde middel. In deze paragraaf ga ik na of deze gedachte juist is. Daarbij ga ik steeds uit van een legitiem doel, en varieert het middel dat wordt gebruikt om het doel te bereiken. De variatie verloopt ook hier van 'fout' naar 'goed'.

7.5.3.2 Een gevaarlijk middel

Het is hierboven al vaker gesteld: niet ieder op zichzelf nobel doel mag met alle middelen worden nagestreefd. Het doel rechtvaardigt niet elk middel. Een legitiem en belangrijk doel als het bevorderen van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer mag bijvoorbeeld niet met gevaarlijke middelen worden verwezenlijkt. Zo overwoog de Hoge Raad in het Bussluis-arrest:

> 'Evenzeer heeft het hof met juistheid geoordeeld dat het belang van de bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van (een) voor de veiligheid van personen en zaken gevaarlijke situatie niet kan rechtvaardigen.'[126]

De omstandigheid dat het ingezette middel gevaarlijk is, is bepalend voor de onrechtmatigheid van de handeling. Een maatschappelijk belang als een goedlopend openbaar vervoersnet rechtvaardigt niet het scheppen van gevaarssituaties.

125 Rb. Amsterdam 5 april 1995, Hof Amsterdam 25 april 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AU5949, *NJ* 1998/179 (*Greenpeace-blokkade chloortransport*), r.o. 4.11.

126 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3, slot.

7.5.3.3 Een anderszins schadelijk middel

Dat het gebruikte middel van belang kan zijn voor de beoordeling van onrechtmatigheid van de handeling, ligt in de zojuist beschreven casus voor de hand. Toch denk ik dat het belang van de toets van het middel dikwijls uit het oog wordt verloren. Dat gebeurt met name als het met de handeling nagestreefde doel een hoog geschat belang is. Dan wordt vaak aangenomen dat, *omdat* sprake is van het nastreven van zwaarwegende belangen, de handeling *dus* gerechtvaardigd is.[127] Ten onrechte. Het doel van de handeling is één aspect dat beoordeeld moet worden. Het daarvoor gebruikte middel het tweede. De proportionaliteitseis biedt dan ook een goede verklaring voor rechtspraak waarin wordt aangenomen dat een handeling, ondanks het nagestreefde belangrijke doel, toch onrechtmatig wordt geacht. In die gevallen is de onrechtmatigheid volledig te verklaren uit een gebrek in het gehanteerde middel.

Een en ander kwam ook aan de orde in hoofdstuk 4, waar als voorbeeld het Duinwaterleiding-arrest werd besproken.[128] De gemeente Den Haag exploiteert een sprank in de duinen, waardoor zij veel grondwater onttrekt aan de naburige weilanden van Jochems. Deze weilanden dreigen door uitdroging volkomen waardeloos te worden. Jochems moet kostbare maatregelen treffen om dat laatste te voorkomen. De gemeente weigert de kosten hiervan voor haar rekening te nemen. De Hoge Raad meent dat de exploitatie van de sprank door de gemeente 'uit oogpunt der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kan zijn', ook als dat schade met zich meebrengt voor een eigenaar van een naburig erf, als Jochems. Niettemin meent de Hoge Raad dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Reden daarvoor is de wijze waarop de gemeente haar belangen heeft nagestreefd, namelijk:

> 'waar zij de sprank is gaan exploiteeren zonder zich de belangen van zoodanigen eigenaar aan te trekken'.[129]

Dát is wat de gemeente wordt aangerekend: exploitatie van de sprank, *zonder zich de belangen van anderen aan te trekken*, dus op een onjuiste wijze.

In hoofdstuk 4 is uitgebreid beschreven dat een rechtvaardiging ontoereikend kan zijn om de handeling het predicaat 'zorgvuldig' te verlenen. Nu blijkt waarom: wanneer om een nobel doel te bereiken een onjuist (schadelijk) middel is gebruikt, is de handeling disproportioneel.[130]

---

127 Deze idee is hierboven, in hoofdstuk 4 al besproken in verband met de onvolledige rechtvaardiging, zie par. 4.3.4 (*Bloembergen c.s.: bevoegd, dus rechtmatig*) en verworpen in par. 4.4.5 en 4.4.6 (*Het manco, bezien vanuit de rechtvaardiging* en *Het manco, bezien vanuit de normschending*).

128 Zie nogmaals par. 4.4.6 (*Het manco, bezien vanuit de normschending*).

129 HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).

130 Vgl. nogmaals hierboven, par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*) en 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

7.5.3.4 Een onbehoorlijk middel

Ik vervolg het onderzoek met wat de standaardcasus van een onrechtmatige belangenafweging mag worden genoemd: het geval van de boosaardige neef Pos. Deze Pos troggelt zijn zesentachtigjarige tante een boerderij af in de wetenschap dat hij daarmee de koopoptie frustreert die Van den Bosch op de boerderij heeft.[131]

Wat Pos doet, is op zichzelf niet onrechtmatig. Hij streeft een te respecteren doel na: het behartigen van zijn eigen belangen. Hij doet dit door de koopoptie van Van den Bosch illusoir te maken. Met dit laatste hoeft op zichzelf nog niets mis te zijn. Als Pos de boerderij tot zijn verrassing zou blijken te hebben geërfd, zou het resultaat hetzelfde zijn geweest: Pos zou de boerderij ten koste van Van den Bosch hebben verkregen. Maar onrechtmatig zou het handelen van Pos dan (waarschijnlijk) niet genoemd kunnen worden. Het *verwijt* dat Pos treft, is gelegen in het middel dat hij kiest om zijn doel te bereiken: het misbruiken van het vertrouwen dat hij bij zijn tante geniet, in de volle wetenschap dat hij daarmee ernstige schade aan Van den Bosch toebrengt:

> 'enerzijds de omstandigheid dat Pos de optie kende en zich bewust moet zijn geweest van het aanmerkelijk nadeel dat Van den Bosch zou lijden, indien het hem onmogelijk zou worden gemaakt daarvan gebruik te maken, anderzijds de bijzondere vertrouwenspositie die Pos ten opzichte van de 86-jarige N. Brouwer innam en de invloed die hij op haar kon uitoefenen'.[132]

Hier is sprake van een wanverhouding tussen het beoogde doel en het gekozen middel. Het handelen van Pos voldoet met andere woorden niet aan de eisen van proportionaliteit.

Dit is ook de kern van het verwijt dat de Zutphense juffrouw treft.[133] Zij heeft net als ieder ander recht op ongestoorde nachtrust. Maar als de verwezenlijking van dat recht op zeker moment alleen mogelijk is ten koste van enorme schade aan een ander,[134] is sprake van een wanverhouding tussen doel en middel. Uitoefening van een recht dat men in principe heeft, wordt onrechtmatig wanneer men daartoe een te grof middel aanwendt. Van dezelfde categorie is het verwijt dat gemaakt werd aan Cohen, de drukker die zijn concurrentiepositie trachtte te verbeteren. Dit is een volstrekt legitiem doel,

131 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

132 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

133 HR 10 juni 1910, *W.* 9038 (*Zutphense juffrouw*). In het arrest oordeelde de Hoge Raad overigens nog dat niet onrechtmatig was gehandeld, nu geen sprake was van schending van een wettelijke plicht en de passieve houding van de vrouw volgens de Hoge Raad 'geen door haar ondernomen inbreuk' op de rechten van de leerhandelaar zijn. Het arrest dateert van 1910, dus 9 jaar voor het baanbrekende Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161).

134 De leervoorraad in het onder haar woning gelegen pakhuis ging verloren, doordat de Zutphense weigerde waterleiding af te sluiten.

dat echter niet mocht worden nagestreefd met een ongeoorloofd middel, als het omkopen van personeel van de concurrent.[135] De onrechtmatigheid van het gedrag van Cohen is gelegen in de disproportionaliteit tussen het doel van zijn gedrag en het daartoe gehanteerde middel.

Daarbij is kenmerkend voor zowel Pos, als de Zutphense juffrouw, als Cohen, dat zij allen uitsluitend hun eigen belang nastreven. Dat betekent dat aan de zijde van de doeltoets (in wezen: de rechtvaardiging van het gedrag) weinig in hun voordeel spreekt. Dat hoeft op zichzelf niet erg (of: onrechtmatig) te zijn. Als aan de andere kant echter sprake is van het hanteren van een onbehoorlijk middel om het doel te realiseren, slaat het oordeel over de handeling spoedig om naar: 'onrechtmatig'.

7.5.3.5 Een juist middel, onjuist toegepast: wederom sport en spel

Een handeling die op zichzelf rechtmatig is, kan onrechtmatig worden, wanneer zij op een onjuiste, gevaarlijke, wijze wordt uitgevoerd.

Hierboven is betoogd waarom in sport- en spelsituaties lagere zorgvuldigheidsnormen gelden dan gewoonlijk: spelers nemen voor hun eigen plezier, in hun eigen belang, deel aan het spel. Daardoor hebben deelnemers aan sport en spel 'tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt over en weer te verwachten', aldus de Hoge Raad in het Natrap-arrest.[136] Het enkele feit dat daarbij spelregels worden overtreden, maakt een spelhandeling niet onrechtmatig.[137] Deelnemers kunnen overtredingen immers van elkaar verwachten.

Wél onrechtmatig zijn disproportionele overtredingen. Dat wil zeggen: overtredingen van zodanige aard – met name: met kans op zodanige schade, dat ze niet meer in de normale lijn der verwachtingen liggen, of die in strijd met de spelregels zijn. Denk aan een karatetrap bij voetbal,[138] schieten in de pauze van de jacht,[139] of het uitvoeren van een gevaarlijke handeling nadat de wedstrijd is gestaakt.[140] Dat een handeling in het laatste geval tot aansprakelijkheid leidt, is al in de Digesten beschreven voor worstelwedstrijden:

---

135 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. Meijers in *WPNR* 1919/2564, p. 66 (*Lindenbaum/Cohen*).

136 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.3. Zie over de normverlaging bij sport en spel hierboven, par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*).

137 Zie nogmaals HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.3, midden.

138 Rb. Zwolle 26 november 1986, ECLI:NL:RBZWO:1986:AJ5424, *VR* 1988/44.

139 Rb. Breda 8 maart 1966, ECLI:NL:RBBRE:1966:AC0236, *NJ* 1967/145. Zoals bekend, hoeft het slaan van een tennisbal in de pauze van het spel níet onrechtmatig te zijn (HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621 (*Tennisbal*)). De verklaring van dat verschil schuilt mijns inziens in de gevaarlijkheid van de handeling op zichzelf. Hoe gevaarlijker, hoe eerder disproportioneel, dus onrechtmatig.

140 HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, *NJ* 1996/376 (*Judoworp*).

> 'Natuurlijk moet, als iemand een ander verwond heeft die de strijd al gestaakt heeft, de actie op grond van de Lex Aquilia wel toegepast worden.'[141]

De onrechtmatigheid van de handeling is in deze gevallen te verklaren uit een gebrek dat kleeft aan het gehanteerde middel. Een handeling is *te* gevaarlijk binnen de context van het spel, of is te gevaarlijk omdat zij op een verkeerd moment wordt uitgevoerd.

7.5.3.6 Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel

De onbehoorlijkheid of schadelijkheid van het gehanteerde middel is een belangrijke verklaring voor de onrechtmatigheid van een gemaakte belangenafweging. Wanneer de handelende een op zichzelf respectabel doel heeft nagestreefd met de daad, kan deze daad toch onrechtmatig zijn, als een gebrek kleeft aan het gehanteerde middel. Hoe ernstiger de eventuele schade, hoe sneller de handeling onrechtmatig zal zijn, of hoe sterker de aangevoerde rechtvaardiging dient te zijn.

Aan het einde van deze paragraaf over proportionaliteit en zorgvuldigheid besteed ik ten slotte aandacht aan een bijzondere rechtsfiguur: misbruik van bevoegdheid. Hierin komen de beide aspecten van de proportionaliteitstoets (doel en middel) duidelijk naar voren.

7.5.4 Tot slot: gebrek in doel of middel: misbruik van bevoegdheid

Een wettelijke toepassing van de gedachte dat het onjuiste doel, of een gebrek in het gehanteerde middel de onrechtmatigheid van een handeling bepaalt, is te vinden in artikel 3:13. Het artikel geeft een regeling voor misbruik van bevoegdheid.

Een bevoegdheid impliceert het recht een bepaalde handeling te verrichten. Die handeling is – gezien de bevoegdheid – een rechtmatige handeling. Zij wordt echter als onrechtmatig gekwalificeerd, wanneer de bevoegdheid wordt *misbruikt.* Van misbruik is sprake als een gebrek kleeft aan het doel waartoe men de bevoegdheid uitoefent, of aan het middel dat men gebruikt om het doel te bereiken. Van beide categorieën geeft artikel 3:13 voorbeelden in lid 2.

Een bevoegdheid wordt misbruikt, wanneer zij wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, of met een ander doel dan waartoe zij is verleend. De handeling wordt dan – ondanks de bevoegdheid ertoe – onrechtmatig vanwege het doel dat ermee is beoogd.

Een bevoegdheid kan ook worden misbruikt, als er disproportionaliteit bestaat tussen het doel van de handeling en het daarbij gebruikte middel. In de termen van artikel 3:13 lid 2, slot, wordt een bevoegdheid misbruikt, 'in

141 Digesten 9,2,7,4.

geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen'.

7.5.5 Conclusie met betrekking tot proportionaliteit

De proportionaliteitstoets biedt een verklaring voor die gevallen van onzorgvuldig handelen, waarin sprake is van een mogelijk onjuiste belangenafweging.

Hij verklaart waaróm in bepaalde situaties (die nu in de leerboeken algemeen worden aangeduid als 'bijzondere toepassingen' van de zorgvuldigheidsnorm)[142] lichtere zorgvuldigheidsnormen gelden dan in andere: dat vloeit voort uit het *doel* van de handeling.[143]

Hij verklaart bovendien waarom in gevallen waarin een op zichzelf respectabel belang is nagestreefd, toch schadevergoeding moet worden betaald, en waarom de grondslag van de vergoedingsplicht *on*rechtmatige daad is: dat vloeit voort uit het feit dat een gebrekkig *middel* is gehanteerd om het doel te bereiken.[144] Dat strookt met de in hoofdstuk 4 genoemde grondslag van schadevergoeding bij onvolledige rechtvaardigingen, en de verwerping aldaar van de gedachte dat een respectabel doel op zichzelf zou meebrengen dat de handeling als rechtmatig moet worden aangemerkt.[145]

Van schadevergoeding bij rechtmatige daad is alleen sprake indien een geoorloofd doel wordt nagestreefd met het juiste middel.

7.6 Subsidiariteit en zorgvuldigheid

7.6.1 Vooraf: subsidiariteit, heuristiek en legitimatie

Aan de rechter wordt een beoordeling gevraagd van de handeling zoals die door de dader is verricht. Het lijkt dan niet erg zinvol allerlei minder schadelijke alternatieven voor de handeling na te gaan. Deze zijn immers niet aan de orde geweest; zij worden niet ter toetsing voorgelegd. Men zou dus kunnen denken dat voor een aparte subsidiariteitstoets weinig ruimte bestaat in het civiele recht.

---

142 Lindenbergh in: *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/48 spreekt van 'contextgebonden gedragsnormen'. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, hoofdstuk 8, onderscheidt in dit verband enkele 'bijzondere rechtsverhoudingen'.

143 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*). Vgl. par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*) en 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

144 Zie par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*). Vgl. par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*) en 7.2.6 (*Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel*).

145 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en de slotsom in par. 4.4.7 (*Conclusie*).

Toch denk ik dat de subsidiariteitstoets een goed hulpmiddel kan zijn bij het beoordelen van de mogelijke onzorgvuldigheid van een bepaalde handeling. Ik meen zelfs dat deze toets precies weergeeft hoe men dikwijls te werk gaat bij het vormen van een dergelijk oordeel. Voor die opvatting heb ik twee gronden.

De eerste ligt op het terrein van de heuristiek. Wanneer men de onzorgvuldigheid van een bepaalde handeling wil onderzoeken, zal men op zoek gaan naar het gedrag van een 'maatman': de zorgvuldige persoon. De vraag die uiteindelijk beantwoord moet worden is: hoe zou de zorgvuldige persoon in de onderhavige situatie hebben gehandeld?[146]

De tweede reden waarom ik denk dat de subsidiariteitstoets ook in het civiele recht een belangrijke rol speelt, is gelegen op het gebied van de legitimatie. Juist bij een handeling die getoetst wordt aan een diffuse norm als de maatschappelijke zorgvuldigheid, waar de rechter niet kan volstaan met een verwijzing naar een door de dader gepleegde rechtsinbreuk of wetschending, zal het van belang zijn aan te geven *waarom* het handelen van de dader in casu als onzorgvuldig wordt aangemerkt. Een overtuigend argument daarbij is het wijzen op minder schadelijke alternatieven voor het gedrag van de dader.

7.6.2 Een standaardcasus: de Meppelse ree

Een goed voorbeeld van het gebruik van de subsidiariteit bij de legitimering van het rechterlijk oordeel biedt het Meppelse ree-arrest. Daarin gaat het om de beoordeling van het gedrag van een automobilist, Vos, die plotseling wordt geconfronteerd met een voor zijn auto overstekende ree. In een reflex om het dier te ontwijken, stuurt Vos naar links en belandt daarmee op de linker weghelft. Hij botst daar frontaal op een tegenligger: Lanting. Deze Lanting spreekt de verzekeraar van Vos (D.L.G.) aan tot vergoeding van zijn schade. Rechtbank en hof menen dat de achteraf bezien onjuiste en fatale reactie van Vos niet onbegrijpelijk is en Vos niet als schuld aan te rekenen is. De Hoge Raad heeft een andere visie:

> 'Uit de bestreden uitspraak, noch uit de overige stukken van het geding blijkt dat D.L.G. heeft aangevoerd dat een andere, voor het overige verkeer minder gevaarlijke reactie (...) niet mogelijk was en blijkens zijn oordeel dat sprake was van "error in extremis aan de zijde van Vos" moet het Hof ervan zijn uitgegaan dat een dergelijke reactie mogelijk was geweest. Voorts is van belang dat Vos zijn gevaarlij-

146 Hierover uitgebreider in hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), bij de bespreking van de verschillende typen rechtmatige daden, m.n. par. 1.4.2 (*Type 1: geen schade; juiste belangenafweging. De rechtmatige daad*). Volgens Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 202-1, wordt de vergelijking met de redelijk handelende persoon vooral gemaakt op het gebied van de beroepsaansprakelijkheid. Over verschillende aspecten van 'De maatman in het burgerlijk recht' zie verder nog *Maatmanbundel* 2008.

> ke manoeuvre maakte kort nadat hij het gevarenbord nr. 88 was gepasseerd, welk bord hem ertoe verplichtte zich in te stellen op de mogelijkheid dat hij plotseling met vlak voor zijn auto overstekend groot wild zou worden geconfronteerd. Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotseling kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn – rechtens geen enkel verwijt valt te maken.'[147]

De Hoge Raad acht het gedrag van Vos onder de maat. Hij legt ook uit waarom: 'een andere, voor het overige verkeer minder gevaarlijke, reactie' was mogelijk. Om duidelijk te maken dat het in concreto ook redelijk is deze 'maat' als norm te nemen, worden alternatieven aangedragen voor het gedrag van Vos: Vos had zich beter kunnen en moeten voorbereiden op mogelijk gevaar en beter moeten reageren toen het gevaar zich verwezenlijkte. Het verwijt dat Vos treft, is dat hij van die alternatieven geen gebruik maakte.[148]

De procedure staat in de sleutel van 'schuld' in de zin van verwijtbaarheid.[149] Dat is, als bekend, niet hetzelfde als onrechtmatigheid. Hoewel ik meen dat verwijtbaarheid en onzorgvuldigheid (dus onrechtmatigheid) in gevallen als deze samenvallen,[150] is het verstandig na te gaan hoe de subsidiariteitseis wordt toegepast in gevallen van andere – zo men wil: echte – normschendingen.

7.6.3 Twee andere toepassingen: artikel 6:174 en 6:162

De als eerste te bespreken toepassingen ontleen ik aan de jurisprudentie met betrekking tot gevaarlijke opstallen. Artikel 6:174 vestigt een risicoaansprakelijkheid voor de bezitter van een opstal die niet voldoet 'aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'. De te beantwoorden vraag is *welke* eisen men mag stellen. Een bruikbare toets is de subsidiariteitstest: was een betere (minder gevaarlijke) wijze van bouw of inrichting mogelijk?

---

147 HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331 (*Meppelse ree*).

148 Voor een vergelijkbare redenering: zie Hof Arnhem 10 juni 1975, ECLI:NL:GHARN:1975:AJ4394, *VR* 1976/91. De zaak betreft een kartonnen doos die op de voorruit van een auto waait. Het hof oordeelt dat de automobilist zich niet op overmacht kan beroepen en geeft heel uitgebreid aan welke reactie een betere zou zijn geweest dan de reactie van de automobilist: hij had op de natte weg pompend moeten remmen en het stuur niet naar links moeten draaien.

149 Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek zou het geval ongetwijfeld worden gebracht onder de rubriek onrechtmatige daden die aan de dader worden toegerekend, omdat ze te wijten zijn aan een oorzaak die krachtens de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Vgl. artikel 6:162 lid 3, slot. Voor de bespreking van het probleem doet dat verder niet ter zake.

150 In die zin dat de handeling nauwelijks verwijtbaar en dus nauwelijks onzorgvuldig te noemen is. Maar er wordt toch toegerekend. Daarover uitgebreid in hoofdstuk 9, par. 9.7 (*Vermijdbaarheid*) en 9.8 (*Toerekening*).

Naim voert brandgevaarlijke werkzaamheden uit voor Foekens BV in een loods die bekleed is met brandbaar isolatiemateriaal. Tijdens het werk breekt brand uit. Naim loopt daardoor letsel op. Voor zijn schade stelt hij Foekens aansprakelijk, omdat de loods waarin Naim moest werken vanwege de brandbaarheid van het isolatiemateriaal niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (vgl. artikel 6:174 BW). Het hof concludeert tot aansprakelijkheid van Foekens op grond van een zuivere toepassing van het subsidiariteitsvereiste. Het neemt aan dat minder brandbaar isolatiemateriaal beschikbaar was en dus had moeten worden toegepast. Dat oordeel wordt in cassatie door de Hoge Raad overgenomen:

> 'Zoals het Hof heeft overwogen, heeft Naim in verband met zijn stelling dat de loods niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, onweersproken gesteld dat de loods na de brand is herbouwd met toepassing van ander, (vrijwel) onbrandbaar isolatiemateriaal.'[151]

De Hoge Raad stelt dat het hof kon oordelen dat het vervolgens op de weg van Foekens had gelegen het verweer te voeren dat dit andere isolatiemateriaal voor de brand niet beschikbaar was. Nu Foekens dit naliet, heeft het hof

> 'uit deze proceshouding van Foekens in samenhang met het gebruik van (vrijwel) onbrandbaar isolatiemateriaal bij de herbouw van de loods mogen afleiden dat (...) vóór de brand in ieder geval minder brandbaar isolatiemateriaal in de loods had kunnen worden toegepast'.[152]

Foekens is aansprakelijk. Zijn opstal is gebrekkig, omdat deze op een minder gevaarlijke wijze had kunnen worden ingericht.

Een andere toepassing van het subsidiariteitsbeginsel met betrekking tot gevaarlijke opstallen is te vinden in het Bussluis-arrest. Met dat voorbeeld treed ik buiten de eigenlijke aansprakelijkheid voor gevaarlijke opstallen (artikel 6:174), omdat de vordering in het Bussluis-arrest was gebaseerd op de gewone onrechtmatige daad (artikel 1401/6:162).

De feiten zijn hierboven al beschreven, maar in een andere context. Daarom een korte herhaling. De gemeente Diemen legt een bussluis aan, bestaand uit een in het wegdek gemaakt gat met rondom een zodanige constructie dat autobussen wel, maar gewone personenauto's niet kunnen passeren, 'omdat deze vanwege hun smallere wielbasis in dat gat terechtkomen'. De weg naar de bussluis is weliswaar van waarschuwingsborden voorzien, maar deze zijn 'als zodanig niet direct als waarschuwingssignaal herkenbaar', zo is vastgesteld. Een klein jaar na de aanleg (het verschijnsel bussluis heeft dan nog geen algemene bekendheid) rijdt 's nachts een taxi de bussluis in. De taxi raakt

151 HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, *NJ* 2000/700 (*Brandbare loods*), r.o. 3.6.
152 HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, *NJ* 2000/700 (*Brandbare loods*), r.o. 3.6.

daarbij ernstig beschadigd, een passagier gewond. De eigenaar van de taxi stelt de gemeente op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade, wegens het creëren van een gevaarlijke situatie. Interessant is de uitgebreide wijze waarop de Hoge Raad het cassatieberoep behandelt.

Eerst geeft hij een algemene omschrijving van de op de gemeente rustende zorgplicht:

> 'Vooropgesteld moet worden dat in het algemeen op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht rust ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt.'[153]

Vervolgens wordt gedetailleerd aangegeven op welke wijze deze plicht moet worden nageleefd:

> 'Hieruit vloeit voort dat, wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten.'[154]

De vraag die in de bovenstaande arresten van de loods en de bussluis moest worden beantwoord, is of de opstal voldeed aan de eisen die men daaraan mag stellen. Voor de beantwoording ervan blijkt de doorslaggevende factor het feit dat een minder gevaarlijk alternatief voorhanden was. Kan het criterium van de vereiste veiligheid in *De brandbare loods* nog worden afgeleid uit artikel 6:174 zelf, uit de toepassing in het Bussluis-arrest blijkt dat dezelfde toets geldt voor de beoordeling van de zorgvuldigheid op grond van artikel 6:162. Zoals Hartlief opmerkt in zijn noot onder het Wilnis-arrest: 'Er is geen wereld van verschil tussen art. 6:174 en 6:162.'[155] De jurisprudentie met betrekking tot gevaarzetting in het algemeen laat zien dat de subsidiariteit *het* criterium is waaraan wordt getoetst. Steeds gaat het om de mogelijkheid schade te voorkomen. Daarbij geeft de rechter, zoals hieronder zal blijken, aan welke betere, minder schadelijke handelwijze voor de aansprakelijke mogelijk was geweest.

---

153 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3.

154 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3, vervolg.

155 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*), annotatie Hartlief onder 5 e.v. Eerder formuleerde Hartlief het nog iets stelliger: 'de zogenaamde risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 en de klassieke schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 zijn eigenlijk één pot nat!', 'Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?', *NJB* 2011, p. 227.

Om de stelling dat het bij gevaarzetting uiteindelijk om de subsidiariteitstest gaat te verduidelijken en te toetsen, wordt nu de jurisprudentie over belangrijkste groepen zorgplichtschendingen op haar 'subsidiariteitsgehalte' onderzocht. De genoemde voorbeelden zijn niet uitputtend bedoeld.

7.6.4 Waarschuwings- en informatieplichten

In het Veenbroei-arrest gaat het om de zorgplicht van de staat als eigenaar en beheerder van een gebied waar veenbroei kan voorkomen. De aansprakelijkheid van de staat tegenover een vijfjarig slachtoffer van een tweedegraads verbranding door veenbroei wordt aldus gefundeerd:

> 'Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar.'[156]

Een voor het publiek minder gevaarlijke wijze van beheren was mogelijk en had dus gekozen moeten worden.

Een ander beroemd voorbeeld van het verzaken van de waarschuwingsplicht biedt het Natronloog-arrest. Personeel van het Dorpshuis te Kamerik zet een huisvuilzak op straat, met daarin een emmertje met onbekende vloeistof, verpakt in een kartonnen doos. Een medewerker van de reinigingsdienst krijgt bij het ophalen van het vuilnis een deel van de inhoud van die zak over zich heen. Dan blijkt dat de stof die in het emmertje zit, bijt of etst. De stof in het emmertje is natronloog. De vuilnisophaler verliest door het gebeurde onder meer zijn oog, verder raakt zijn gezichtshuid ernstig verbrand. In de rechtszaak die erop volgt, neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat het onzorgvuldig is om een emmertje met onbekende vloeistof 'voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten',

> 'tenzij men ófwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ófwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof'.[157]

156 HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, *NJ* 1989/29 (*Veenbroei*), r.o. 3.2.
157 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 4.

De eerste factor (de wetenschap dat de vloeistof geen gevaar oplevert) betreft de voorzienbaarheid van de schade, dus de kans op schade. Die is mede bepalend voor de subsidiariteit, omdat de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen ertegen moet worden afgewogen.

De tweede factor – waarbij de Hoge Raad aangeeft op welke wijze men een mogelijk gevaarlijke vloeistof wél mag afleveren – is een toepassing van het andere deel van de subsidiariteitstoets: de vraag of in deze omstandigheden een betere handelwijze mogelijk was.

Wanneer men potentiële slachtoffers voor schade kan behoeden door hen te waarschuwen, eist de subsidiariteit dat men dit laatste doet.[158] Voor producenten geldt dezelfde regel: de gebruiker zal over mogelijke schadelijke effecten van het product geïnformeerd dienen te worden. Die verplichting geldt sterker, naarmate de mogelijke schade ernstiger is.[159]

7.6.5 Onderzoeksplichten

Men dient niet alleen potentiële slachtoffers te waarschuwen voor schade; wanneer een redelijke kans op schade bestaat, kan van de handelende worden geëist dat hij eerst zelf deugdelijk onderzoek pleegt alvorens een (mogelijk) schadelijke activiteit te beginnen.

Dat was de boodschap aan Norwegian Talc Holland (NTH), die op haar eigen terrein een grote hoeveelheid talk opsloeg. Zij deed dit op slechts een meter afstand van het perceel van Van Houwelingen, en op een wijze die schadelijk kon zijn voor een nabij gelegen pand van Van Houwelingen. Het hof oordeelde dat NTH

> 'in redelijkheid met het optreden van schade rekening had behoren te houden en daarom in overleg met Van Houwelingen had dienen te onderzoeken of de opslag kon geschieden zonder gevaar voor de terreinen van Van Houwelingen. Door dit

158 Voor de beantwoording van de vraag of een waarschuwing afdoende is, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot handelen of nalaten waardoor het gevaar zal worden vermeden. Aldus HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*), r.o. 3.4.3. In dit verband zullen van belang kunnen zijn de omstandigheden waarop P-G Hartkamp wijst in zijn conclusie voor het arrest: de waarschuwingsborden noemden niet een concreet gevaar; voor de beheerder waren er andere mogelijkheden om de schade te voorkomen (aanstellen supervisors, oprichten scheidingswand); de beheerder van het vliegveld wist of kon weten dat dagelijks vele toeristen de borden negeerden (concl. onder 19 en 20). Kritisch over die laatste factor is Brunner in zijn annotatie bij het arrest (zie zijn annotatie, onder 2).

159 Vgl. nogmaals het Halcion-arrest (HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652), waarin het hof overweegt dat tabletten met een zware dosis reeds op zichzelf gebrekkig zijn. Het in het verkeer brengen van minder zware tabletten is op zichzelf niet onrechtmatig. Het werd in casu echter wel onrechtmatig geacht, omdat *onvoldoende was gewaarschuwd voor eventuele bijwerkingen*.

> niet te doen en door ook na te laten voor het storten van de vloer de vereiste bouwvergunning aan te vragen en na waarschuwing van Van Houwelingen maatregelen ter voorkoming van schade te nemen, heeft NTH naar het oordeel van het hof een aan haar schuld te wijten onrechtmatige daad gepleegd.'[160]

Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Vergelijkbaar (wat betreft grondslag van aansprakelijkheid – onrechtmatigheid – en de redenering die daarheen leidt) met de juist besproken zaak is het geschil tussen Van de Reek en de Boerenleenbank. De bank liet een damwand slaan, waardoor het belendende pand van Van de Reek verzakte en inscheurde. De bank had, nu zij zich bewust was van de mogelijkheid van schade door de heiwerkzaamheden, daarnaar eerst onderzoek dienen te verrichten. In casu heeft het hof terecht aangenomen

> 'dat de Boerenleenbank er zonder nader onderzoek niet op mocht vertrouwen dat de fundering van het pand van Van de Reek tegen het heien van de onderhavige damwand bestand was'.[161]

7.6.6 Andere maatregelen om de schade te voorkomen

De onrechtmatigheid van een handeling kan daarin schuilen, dat men heeft nagelaten voorzorgsmaatregelen te treffen, terwijl deze in redelijkheid te vergen waren. In subsidiariteitstermen: wanneer minder schadelijke alternatieven voorhanden zijn, zullen die benut moeten worden. Als de handelende dat niet doet, is hij aansprakelijk.

Ook deze factor kwam aan de orde in het zojuist besproken arrest van de Boerenleenbank en Van de Reek. De bank, die op haar eigen terrein ging bouwen en daarbij schade toebracht aan het belendende pand van Van de Reek, was volgens het hof voor deze schade aansprakelijk, omdat 'de Boerenleenbank op haar kosten maatregelen had kunnen en moeten nemen om de schade te voorkomen', waarin volgens de Hoge Raad

160 HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9285, *NJ* 1989/282 (*Norwegian Talc/Van Houwelingen*), r.o. 3.3.

161 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, *NJ* 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*). In zijn noot onder het arrest wijst Zonderland op het belang van het arrest: 'In deze nieuwe zaak, (…) heeft de H.R. een sterk beginsel geformuleerd, nl. dat onzorgvuldigheid is gelegen in het zonder voorafgaand onderzoek of overleg heien van de damwand.'

> 'besloten ligt dat (…) het Hof heeft beslist dat de Boerenleenbank zich van het doen slaan van de damwand had behoren te onthouden, nu zij naliet op haar kosten een maatregel als vorenbedoeld te nemen'.[162]

Naarmate de mogelijke voorzorgsmaatregelen eenvoudiger of goedkoper zijn, zal het nalaten ervan eerder tot aansprakelijkheid leiden. Zo overweegt de Hoge Raad in het arrest betreffende de patiënt die door onvoldoende toezicht in de uitslaapkamer uit zijn bed kon vallen:

> 'Uitgaande van de niet betwiste omstandigheid dat de verpleegkundige bezetting in de uitslaapkamer (...) ontoereikend was, heeft het Hof overwogen dat in zo'n geval het plaatsen van onrusthekken of onrustbanden een aangewezen voorziening zou zijn geweest, en dat dit ook van De Heel kon worden verlangd, zeker nu de kosten van een dergelijke voorziening te verwaarlozen zijn. Door dit na te laten is De Heel, aldus het Hof, verwijtbaar tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Korver.'[163]

En hoe ernstiger de mogelijke schade, hoe meer moeite moet worden gedaan om deze te voorkomen.[164]

Wie helemaal *niets* heeft gedaan om eventuele schade te voorkomen, zal om die reden snel aansprakelijk zijn. Dat gold ook voor de Stichting 't Ruige Veld, waar een meisje (Wendelien) was opgenomen, dat al een paar keer was weggelopen en daarbij tenminste éénmaal gevaar voor derden had veroorzaakt. Wendelien loopt nogmaals weg en sticht daarbij brand. Met betrekking tot het van de Stichting te vergen toezicht overweegt de Hoge Raad:

> 'dat reeds het feit dat aan het weglopen van Wendelien verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, de Stichting aanleiding had moeten geven om nadere maatregelen ter voorkoming van weglopen te treffen die verder gingen dan het gebruikelijke toezicht, onverschillig of al dan niet viel te verwachten tot welke soort schade wederom weglopen van Wendelien zou leiden'.[165]

De Hoge Raad stelt dat het karakter van open inrichting volgens het hof niet eraan in de weg stond om een ontsnapping zonder 'relevante extra kosten en moeite te voorkomen'. Daarbij verdient volgens de Hoge Raad vermelding dat de Stichting vóór de brandstichting geen, en erna wel aanleiding zag tot verscherpt toezicht op Wendelien. De overweging omtrent het te vergen toezicht besluit de Hoge Raad aldus:

---

162 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, *NJ* 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*). Opmerking verdient dat de Hoge Raad zeer uitgebreid aangeeft welke maatregelen precies getroffen hadden moeten worden, zie p. 1265, l.k., halverwege.

163 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175 (*Patiënt op uitslaapbed*), r.o. 2.3.1.

164 Deze factor bespreek ik apart in par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*).

165 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, *NJ* 1996/118 (*'t Ruige Veld*), r.o. 3.7.

> 'Tegen deze achtergrond behoefde het Hof niet nader aan te geven welke specifieke maatregelen het op het oog had, zulks te minder nu vast stond dat de Stichting *in het geheel geen* nadere maatregelen had getroffen om herhaling van weglopen te voorkomen.'[166]

Wanneer de schade op een eenvoudige wijze te voorkomen was geweest, had dat gedaan moeten worden. Daarbij geldt: hoe groter de kans op schade, hoe dringender de verplichting om een minder schadelijke handelwijze te kiezen. Op deze factor kom ik hierna (in 7.6.8) nog terug.

7.6.7 De aard en ernst van de schade

De subsidiariteit eist dat in gevallen waar een minder schadelijke weg openstond om het doel te bereiken, die weg ook wordt bewandeld. In de vorige paragrafen is aan de hand van verschillende typen zorgplichtschendingen deze factor besproken.

Maar hiermee is de subsidiariteitstoets niet compleet weergegeven. Uit de omschrijving van de subsidiariteit als een gedeelte van de Kelderluik-toets, volgt dat de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen dient te worden afgewogen tegen de kans op schade en de ernst ervan.[167] Als laatste moet daarom nog bij deze twee factoren worden stilgestaan.

Wat de ernst van de schade betreft: de eis dat een minder schadelijke weg wordt gekozen zal klemmender zijn, naarmate de ernst van de voorzienbare schade groter is.[168] Dat geldt zeker als sprake is van letselschade, die naar zijn aard altijd voorkomen dient te worden. Een voorbeeld is te vinden in het arrest van de turnster, die een disloque uitvoert. Bij een val uit een disloque is de kans op letsel aan hoofd, nek en rug bijzonder groot. De Hoge Raad overweegt dat

> 'nu bij de activiteiten waarvan hier sprake is, een val met het risico van zeer ernstig letsel op zichzelf niet altijd is te vermijden, het treffen van bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen geboden is'.[169]

---

166 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175 (*Patiënt op uitslaapbed*), r.o. 3.7, slot. Cursivering in origineel. Vgl. ook Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, *NJ* 1997/632, betreffend een ziekenhuis dat geen speciale aandacht had besteed aan het voorkomen van ongewenste seksuele intimiteiten in het ziekenhuis. Hoewel het hof aanneemt dat het ziekenhuis een middenweg moet zoeken tussen verschillende conflicterende belangen, oordeelt het dat het ziekenhuis is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens een patiënte die slachtoffer was van ongewenste seksuele intimiteiten, nu 'niet is gebleken dat er ook maar enige adequate maatregel is getroffen om dat te voorkomen' (r.o. 2.7).

167 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*) en 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).

168 Vgl. i.v.m. de subsidiariteit bij rechtvaardiging par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

169 HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, *NJ* 1998/190 (*Disloque*), r.o. 3.4.

Bij een kans op ernstige schade moeten derhalve voorzorgsmaatregelen getroffen worden. Dat geldt zelfs wanneer de kans op schade op zichzelf klein is. Zo bijvoorbeeld in het Halcion-arrest, waar het gaat om bijverschijnselen:

> 'waarvan de ernst (…) meebrengt dat daarvoor moet worden gewaarschuwd ook indien de frequentie daarvan gering is'.[170]

Bij mogelijk ernstige schade kan de subsidiariteit zelfs meebrengen dat de activiteit volledig achterwege wordt gelaten. Dat is te lezen in het sluitstuk van de redenering van de Hoge Raad in het hierboven al besproken Bussluis-arrest. Voor het geval de norm (dat de veiligheid van verkeersdeelnemers gewaarborgd is door deugdelijke beveiligingsmaatregelen) niet is nageleefd, is dit de conclusie:

> 'Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.'[171]

Wie met een bepaalde handelwijze de veiligheid van anderen niet kan garanderen, moet geheel van de voorgenomen handelwijze afzien.

7.6.8 De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade

De subsidiariteit eist dat, wanneer om het beoogde doel te bereiken een minder schadelijk middel aanwezig is, dat ook moet worden gekozen. Subsidiariteit vergt dus een afweging van alternatieven. Dat betekent dat tot de handelende persoon op zijn minst moet zijn doorgedrongen dat wat hij doet, gevaarlijk is.

Iemand die in de veronderstelling leeft en mag leven dat wat hij doet *on*gevaarlijk is, behoeft zich niet te bezinnen op alternatieven voor zijn gedrag, omdat er niets mis is met zijn gedrag. Zo is de overweging van de Hoge Raad in het Natronloog-arrest op te vatten dat het onzorgvuldig is een 'emmertje met onbekende vloeistof' op straat te zetten,

> 'tenzij men (...) weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert'.[172]

---

170 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652 (*Halcion*), r.o. 4.4.4.

171 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3, vervolg.

172 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 4. De vraag in hoeverre het dan nog zou kunnen gaan om een 'onbekende vloeistof' laat ik hier onbesproken.

Het besef dat de handeling gevaarlijk is en men dus de plicht heeft minder gevaarlijke middelen te overwegen kan ontbreken, omdat het gevaar ten tijde van de handeling nog niet kenbaar was.[173]

Het besef kan ook afwezig zijn, omdat het voor deze dader niet mogelijk was het gevaar van de situatie in te zien.[174]

Wie echter door onderzoek had kunnen ontdekken dat inderdaad een kans op schade bestond bij een bepaalde handelwijze, zal dat onderzoek moeten verrichten.[175]

Tot slot: vereist is dat de *kans op schade* voorzienbaar was; niet de (uiteindelijk toegebrachte) schade zelf.[176]

7.6.9 Toepassing op nalaten

In deze paragraaf is de zorgvuldigheidstoets (mede) omschreven als subsidiariteitstoets. De toets bestaat uit drie factoren:
1. mogelijkheid schade te voorkomen;[177]
2. ernst van de schade;[178]
3. voorzienbaarheid van de schade.[179]

Dat blijken precies de factoren te zijn die Van Dam noemde voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van 'zuiver nalaten': a: kennis van een gevaarlijke situatie (in de zin van bedreiging met ernstige schade); b. mogelijkheid om de situatie te beëindigen/voorkomen; c. bezwaarlijkheid maatregelen (afwegen tegen dreigend risico); d. bewustheid dat de ander niet de mogelijk-

173 Zie bijv.: Rb. Almelo 29 oktober 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AM7964, *NJ* 2004/32 (*Wegverharding met asbestcementafval*), HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4596, *JAR* 2004/287 (*Wit asbest*).

174 Zie HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, *NJ* 1975/149 (*Struikelende bakker*).

175 Zie daarover uitgebreid in par. 7.6.5 (*Onderzoeksplichten*).

176 Vgl. bijv. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw/De Schelde I*), r.o. 3.6 (tekortschieten in bescherming tegen bekende gevaren brengt ook aansprakelijkheid mee voor onbekende gevaren); HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, *NJ* 1996/118 (*'t Ruige Veld*), r.o. 3.7, eerste alinea, slot (nu bij het weglopen verhoogd gevaar bestond voor enigerlei schade, hadden maatregelen genomen moeten worden, onverschillig of te verwachten viel tot welke soort schade het weglopen zou leiden) en HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 5 (als zorgplicht is geschonden, doet het er voor aansprakelijkheid in beginsel niet toe of de wijze van de precieze veroorzaking van het letsel voorzienbaar was).

177 Zie (over subsidiariteit en zorgvuldigheid) par. 7.6.2 – 7.6.6. Vergelijk ook (meer in het algemeen over subsidiariteit en rechtvaardiging) par. 7.3.3 – 7.3.6.

178 Zie par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*). Vergelijk ook par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

179 Zie par. 7.6.8 (*De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade*).

heid heeft gevaarssituatie te beëindigen (gezien ontbreken kennis van gevaar, of van mogelijkheid om zelf in te grijpen).[180]

Ook op dit terrein biedt de subsidiariteitstoets dus een bevredigende verklaring voor aansprakelijkheid bij schending van de verplichting in te grijpen. Het is dus niet nodig de categorie van het zuiver nalaten als aparte categorie te omschrijven.[181]

Tot slot een recent voorbeeld van onrechtmatigheidsoordeel gegrond op een nalaten, waar een andere mogelijkheid voorhanden was. Het betrof het handelen van Dutchbat in Srebrenica. Aan de in de compound verblijvende vluchtelingen had de keus moeten worden geboden achter te blijven, waardoor ze de mogelijkheid hadden gehad uit handen van de vijand te blijven. In de woorden van de Hoge Raad:

> 'Dutchbat heeft nagelaten aan de mannelijke vluchtelingen die op de compound verbleven de keuze te bieden om daar achter te blijven, hoewel dat mogelijk was. Daardoor heeft Dutchbat aan de mannelijke vluchtelingen de kans onthouden om uit handen van de Bosnische Serven te blijven. Dat was onrechtmatig.'[182]

7.6.10 Conclusie met betrekking tot subsidiariteit

De subsidiariteitstoets biedt een goede verklaring voor aansprakelijkheid in geval van zorgplichtschendingen, met name bij gevaarzetting. Ook biedt de toets een goede verklaring voor de aansprakelijkheid in geval van handelingen die als ' zuiver nalaten' worden beschouwd.

Aansprakelijk is degene die schade toebracht, terwijl een minder schadelijke handelwijze mogelijk was (paragraaf 7.6.2-7.6.6). En hoe ernstiger de mogelijke schade en hoe groter de kans op schade is, hoe zwaarder ook de verplichting te kiezen voor een minder schadelijke handelwijze (paragraaf 7.6.7-7.6.8).

7.7 Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid. Afronding

7.7.1 Inleiding

In het laatste deel van dit hoofdstuk zijn proportionaliteit en subsidiariteit apart besproken. Op deze plaats is het goed er nogmaals aan te herinneren dat het onderscheid tussen beide begrippen soms diffuus is, zoals aan het begin

180 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/1601-1608. De geciteerde toets is te vinden op p. 447/448. In de laatste druk worden de voorwaarden iets anders geformuleerd; ze komen op hetzelfde neer (Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 214-3).

181 Tot dezelfde conclusie, maar met een geheel andere redenering, komt Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten* 2004, p. 25-26.

182 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, *NJ* 2019/356 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 5.1.

van dit hoofdstuk is opgemerkt.[183] Bij beide toetsen spelen ook dezelfde factoren een rol, zoals de ernst van de schade, en de kans op schade. Hoe groter de mogelijke schade en hoe groter de kans op schade, hoe sterker de aangevoerde rechtvaardiging dient te zijn,[184] en hoe dringender de plicht minder schadelijke alternatieven voor de handeling te benutten.[185]

In deze slotparagraaf van het hoofdstuk maak ik nog enkele afsluitende opmerkingen, die voor proportionaliteit als subsidiariteit tezamen van belang zijn, zowel in de relatie tot de zorgvuldigheidsnorm als tot de rechtvaardiging.

7.7.2 De aard van de overtreden norm

Bij de bespreking van de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets van rechtvaardigingen en van overheidshandelen is steeds als laatste aandacht besteed aan de aard van de ingeroepen rechtvaardiging,[186] respectievelijk van de aard van het geschonden recht. Het bleek dat de aard van de ingeroepen rechtvaardiging van invloed was op de beoordeling van de proportionaliteit en de subsidiariteit van de handeling.

In deze laatste paragraaf over het verband tussen proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid wil ik daarom eerst – en spiegelbeeldig – stilstaan bij de aard van de normschending.[187] De te bespreken vraag is wat de invloed is van de aard van de overtreden norm op de beoordeling van de zorgvuldigheid. Bezien wordt of de proportionaliteits- en subsidiariteitsgedachte daarvoor een verklaring biedt.

Als uitgangspunt voor de bespreking van deze vraag neem ik het opstel van Van Dam over de ongelukkige samenloop.[188]

Van Dam constateert terecht dat de Hoge Raad in sommige gevallen (Van Dam noemt als voorbeelden: afwijking van geschreven of ongeschreven veiligheidsvoorschriften) hoge zorgvuldigheidseisen stelt, en in andere gevallen (Van Dam noemt als voorbeelden: de bushalte en het tennisspel) de norm minder scherp lijkt te stellen. Van Dam vraagt zich af of de Hoge Raad hierbij een onderscheid maakt tussen moderne en klassieke risico's.[189] Volgens hem 'slijpt de Hoge Raad' bij *moderne risico's* 'de zorgvuldigheidsnorm niet zelden vlijm-

183 Zie par. 7.1.2 (*Onderscheiden, niet: scheiden*).

184 Zie bijv. par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*) en 7.5.3.6 (*Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel*).

185 Zie bijv. par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*).

186 Par. 7.2.7 (Proportionaliteit*; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) en par. 7.3.7 (Subsidiariteit*; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*).

187 Het gaat hier uiteraard om het spiegelbeeld van de in par. 7.2.7 (Proportionaliteit*; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) en 7.3.7 (Subsidiariteit*; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) besproken invloed van de aard van de ingeroepen *rechtvaardiging* op de proportionaliteit en subsidiariteit.

188 Van Dam, *Het zinledige 'osvo-criterium'* 2001.

189 Dezelfde indeling is te vinden in Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/211-1 en 211-2.

scherp'.[190] Bij moderne risico's denkt Van Dam aan 'gedragingen die nauw samenhangen met de technische en industriële ontwikkelingen van de laatste twee eeuwen'. Als voorbeelden noemt hij (als gezegd) de overtreding van veiligheidsnormen. *Klassieke risico's* zijn 'schadelijke gedragingen die ook twee eeuwen geleden hadden kunnen worden verricht'.[191] Volgens Van Dam is de zorgvuldigheidsnorm hier minder scherp en hanteert de Hoge Raad hier de terminologie ongelukkige samenloop van omstandigheden.[192]

Ik geloof niet dat de indeling in moderne en klassieke risico's adequaat is. Ook in de klassieke oudheid leidde het overtreden van verkeers- of veiligheidsnormen (door Van Dam als 'modern risico' aangemerkt) tot aansprakelijkheid, getuige de Digesten. Wie een balk naar beneden gooit en daarmee een slaaf verplettert, is aansprakelijk;[193] de voerman die de stenen die hij met zijn wagen vervoert slecht heeft geladen, waardoor de stenen gaan schuiven, is aansprakelijk wanneer de stenen van de wagen vallen en daardoor iets vernielen;[194] de tuinman die een tak op de weg gooit en niet 'van onderen' roept, is aansprakelijk als een passerende slaaf door de tak wordt gedood.[195] Ook een van de oudste geschreven wetten in de wereld, die van koning Hammoerabi,[196] kent aansprakelijkheden voor het schenden van veiligheidsnormen. De bouwer die een huis bouwt waarvan de constructie niet stevig is, wordt bijvoorbeeld ter dood gebracht als het huis instort en de eigenaar daarbij de dood vindt,[197] wie zijn dijk verwaarloost en niet verstevigt, is aansprakelijk als de dijk doorbreekt en door het overstromende water schade wordt toegebracht aan het land van een ander.[198] Niet alleen huis-, tuin- en keukenongelukjes zijn van alle tijden. Ook de gedachte dat sommige risico's, gezien de kans op (ernstige) schade vermeden moeten worden, is zo oud als de mensheid.

Met die laatste constatering kom ik terug op de in dit hoofdstuk behandelde beginselen, en op de observatie van Van Dam dat bij schending van (verkeers- en) veiligheidsnormen de zorgvuldigheidsnorm 'vlijmscherp' wordt 'geslepen'

190 Van Dam, *Het zinledige 'osvo-criterium'* 2001, p. 141, l.k.

191 Aldus Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/211-2.

192 Ik merk hierbij overigens op dat de Hoge Raad ook bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen een soortgelijke terminologie hanteert. Alleen blijkt de constatering dat zich 'een hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden' voordoet dan geen beletsel voor aansprakelijkheid, althans toerekening te zijn. Zie bijv. HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, *NJ* 2000/584 (*Brandstichting*), r.o. 3.6.

193 Digesten 9,2,4. De aansprakelijkheid is gegrond op de Lex Aequilia.

194 Digesten 9,2,33.

195 Digesten 9,2,31. Dezelfde norm geldt volgens de Digestentekst voor 'iemand die op een bouwsteiger bezig was'.

196 Koning van Babylonië van 2285-2242 v.C.

197 Paragraaf 229 Cod.Ham. De aansprakelijkheid van artsen voor mislukte operaties (met voor de arts ernstige straffen) laat ik hier onbesproken (zie par. 218-220 Cod.Ham.).

198 Paragraaf 53 en 54 Cod.Ham. Voor waterschade door overstromingen veroorzaakt door (anderszins) onzorgvuldig handelen: zie paragraaf 55 en 56 Cod.Ham.

en dat bij de overtreding van andere zorgvuldigheidsnormen de lat kennelijk lager ligt. Hoe is dat te verklaren? Mijns inziens schuilt de verklaring (ook hier) in de toets van proportionaliteit en subsidiariteit.

Proportionaliteit en subsidiariteit willen zeggen dat naarmate de kans op schade groter, en die eventuele schade ernstiger kan zijn, de eisen aan de handelende hoger zullen zijn. Uit die gedachte is te verklaren waarom de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen eerder tot aansprakelijkheid leidt dan de overtreding van zorgvuldigheidsnormen. Verkeers- en veiligheidsnormen dienen in het algemeen tot bescherming tegen ernstige risico's, of ernstige soorten schade, met name: letselschade. Dat betekent dat aan het gedrag van de handelende hogere eisen worden gesteld, dan wanneer de te verwachten schade niet ernstig, of de schadekans klein is. Schending van zulke normen zal volgens de toets van proportionaliteit en subsidiariteit snel leiden tot onrechtmatigheid. Immers: wie een daad pleegt waarbij een kans op ernstige schade bestaat, zal zich eerder moeten bezinnen op minder schadelijke alternatieven,[199] dan in gevallen waarin geen ernstige schade te voorzien is. En: hoe ernstiger de als gevolg van de daad te verwachten schade, hoe sterker de voor de daad aan te voeren rechtvaardiging zal moeten zijn.[200]

Deze onderverdeling naar de aard van de schade waartegen de norm beschermt, is ook te vinden bij Hartkamp, die schendingen van de zorgvuldigheidsnorm onderverdeelt in drie rubrieken, waarvan de eerste is de schending van verkeers- en veiligheidsnormen is.[201] Hartkamp zegt over de verkeers- en veiligheidsnormen nog dit:

> 'Op het gebied van het verkeer gelden vele wettelijke voorschriften, waarvan de overtreding doorgaans (maar niet steeds (…)) bepalend is voor het onrechtmatigheidsoordeel.'[202]

Daarmee raak ik al aan een volgend deel van het onderzoek: hoe werken normschending en rechtvaardiging door op het oordeel over de (on)rechtmatigheid van de handeling? Maar daaraan voorafgaand eerst nog een laatste blik op het handelen van degene die zich op een rechtvaardiging beroept, mede in verband met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

---

199 Vgl. par. 7.6.7 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid; De aard en ernst van de schade*).

200 Vgl. par. 7.5.3.6 (*Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel*).

201 Zie *Asser-Hartkamp III* 1994/44 en 45-51e In *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/56-71 is de onderverdeling nog steeds te vinden; er is een aparte categorie, Toezicht, aan toegevoegd in nr. 72-73. De onderverdeling wordt in de jurisprudentie meestal toegepast op het (vaststellen van) het causale verband tussen daad en schade na een gepleegde normschending. Zie bijv. HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77 (*Vader Versluis*). Vgl. ook *Asser-Hartkamp III*/46, slot.

202 *Asser-Hartkamp III* 1994/45, begin. De passage is (zonder de tussenzin) gehandhaafd in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/58.

7.7.3 *Margin of appreciation*

In dit hoofdstuk is met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een beschrijving van de zorgvuldigheidsnorm gegeven.

Beide beginselen stellen niet de allerhoogste eisen aan de handelende. Bij proportionaliteit geldt dat een redelijke verhouding tussen het gebruikte middel en het beoogde doel moet bestaan. Een zekere speelruimte is er voor de handelende dus wel. Hetzelfde geldt voor de subsidiariteitstoets. De handelende heeft niet de plicht de allerveiligste weg te kiezen, of op alle mogelijke manieren te voorkomen dat eventueel schade ontstaat. Zoals De Hullu over de vluchtplicht bij noodweer schreef:

> 'Nu in het algemeen voor de aanvaarding van een beroep op noodweer niet moet worden vereist dat de verdachte een optimale, maar een redelijke oplossing heeft gekozen, zou in mijn ogen slechts een feitelijk en psychologisch reële en vrij duidelijk aanbevelenswaardige mogelijkheid tot onttrekking een probleem voor het aanvaarden van noodweer(exces) mogen vormen.'[203]

Niet de optimale maar een redelijke oplossing kiezen om uit de problemen te komen.[204] Dat is de eis die voor de handelende geldt. De handelende heeft dus een zekere keuzevrijheid, een *margin of appreciation*.[205]

Deze zekere mate van vrijheid zal vooral in het geval van een beroep op een rechtvaardiging van belang kunnen zijn. In zo'n situatie immers, is de handelende dikwijls tot zijn actie gedwongen door een plotselinge, van buiten komende oorzaak om op te treden, en moet hij bovendien vaak handelen in het belang van een ander.[206] In die omstandigheden is het goed te verklaren waarom niet de strengste eisen aan het gedrag van de handelende kunnen worden gesteld. Bij de genoemde omstandigheden sta ik in de volgende paragraaf nog iets uitgebreider stil.

Maar ook buiten het gebied van rechtvaardigingen, waar veel minder vaak sprake zal zijn van een noodsituatie, kan de gedachte van de handelingsvrijheid relevant. Wanneer de mogelijkheid bestaat om alternatieve handelwijzen rustig te overdenken (zoals dikwijls het geval zal zijn bij waarschuwings- en onderzoeksplichten), zal eerder aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer de handelwijze toch tot schade heeft geleid, dan in het geval onder grote

---

203 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2018, par. V.3.4 (p. 329). De tekst is vervallen in de achtste druk (2021), p. 315, waar wordt gesteld dat het moet gaan om een reëel alternatief, dat bovendien verstandig en redelijk is.

204 Vgl. nogmaals De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4, over de proportionaliteitseis bij noodweer: 'De precieze manier van verdedigen hoeft dus zeker niet de beste te zijn' (p. 315).

205 De term is gebruikelijk bij de toetsing van proportionaliteit en subsidiariteit op grond van het EVRM, zie bijv. reeds EHRM 28 november 1984, A. 87, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000 8777/79 (*Rasmussen v. Denmark*), par. 40.

206 Zie daarover bijv. par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*).

druk een beslissing moest worden genomen. Zo zullen bij een wegafzetting die gedurende lange tijd kon worden voorbereid gevaarlijke situaties volledig moeten worden vermeden; een plotselinge afzetting na een botsing op de snelweg, is bijna per definitie gevaarlijk – daar zal men zoveel mogelijk moeten proberen om de afzetting zo veilig mogelijk te maken voor het overige verkeer. De mogelijkheden om de situatie volstrekt te controleren zijn in zo'n geval kleiner en de beoordelingsvrijheid van de handelende daarmee ruimer.

7.7.4 Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen

Met de verwijzing naar de *margin of appreciation* kan worden teruggegrepen op een eerder in deze studie gedane observatie (het kwam in de vorige paragraaf al kort aan de orde).

Bij de behandeling van de volledige rechtvaardiging is gesignaleerd dat in situaties waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging, dikwijls sprake is van dezelfde kenmerken.[207] Het gaat vaak om een noodzaak snel op te treden, waarbij de reden tot ingrepen van buiten afkomstig is, en het optreden wordt ingegeven door een belang dat niet het eigen belang van de handelende is. Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vloeit voort dat in een dergelijke situatie het gedrag van de handelende met enige mildheid dient te worden beoordeeld en de handeling minder snel als onrechtmatig dient te worden aangemerkt.

Immers: wanneer snel moet worden opgetreden in een onvoorziene – niet zelf veroorzaakte – situatie, zal minder mogelijkheid bestaan om de alternatieven voor het schadeveroorzakend gedrag rustig af te wegen.[208] Uit de subsidiariteitseis volgt dan dat het handelen minder snel onrechtmatig is; de mogelijkheid om maatregelen te treffen de schade te voorkomen, te voldoen aan onderzoeks- of waarschuwingsplichten, zal in zo'n geval afwezig zijn door de nijpende situatie waarin de handelende verkeert en gedwongen is te handelen.[209] En wanneer de handeling wordt verricht in het belang van een ander (zoals bij in noodtoestand uitgevoerde reddingsacties, of zaakwaarneming) brengt de proportionaliteitseis mee dat de handeling gezien het doel ervan, minder snel als onrechtmatig zal kunnen worden aangemerkt.[210]

207 Zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten eigen belang*).
208 Vgl. par. 7.6.8 (*De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade*).
209 Vgl. par. 7.6.4 t/m 7.6.6.
210 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

7.7.5 Concluderend over proportionaliteit en subsidiariteit

Wanneer een beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan, wordt het gedrag van de dader getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Stond de handeling van de dader in een redelijke verhouding tot het beoogde doel, en heeft de dader minder schadelijke mogelijkheden om dat doel te bereiken niet onbenut gelaten? De dader kan zich alleen dan met succes op een rechtvaardiging beroepen, als hij bij het uitoefenen van die bevoegdheid zorgvuldig is geweest.

De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bleken ook de perfecte omschrijving van de zorgvuldigheidstoets in het algemeen, dus buiten de toepassing in geval van de toets van de aangevoerde rechtvaardiging of van overheidshandelen. De zorgvuldigheidstoets is niets anders dan een toets van de proportionaliteit en subsidiariteit van de te beoordelen handeling.

De proportionaliteitseis verheldert de aansprakelijkheid in geval van een onjuiste belangenafweging: onrechtmatig is die handeling waarbij een (juridisch) foutief doel is nagestreefd, of een respectabel doel is nagestreefd met een schadelijk middel. Daarmee kan ook de 'onvolledigheid' worden verklaard die kenmerkend is voor de eerder in deze studie (zie hoofdstuk 4) beschreven onvolledige rechtvaardigingen.

Maar omgekeerd biedt de proportionaliteitstoets ook een goede verklaring voor de 'normverlichting' die in bepaalde verhoudingen wordt toegepast. Denken vanuit het doel van de handeling en de belangen van de betrokken partijen van gevallen maakt duidelijk waarom in bepaalde situaties lichtere normen gelden dan in andere situaties.

Aan de hand van het subsidiariteitsvereiste zijn de gevallen van gevaarzetting te verklaren: in deze gevallen zou het met een andere handelwijze mogelijk zijn geweest minder, of zelfs geen schade te veroorzaken. De onrechtmatigheid van het gedrag schuilt erin dat deze betere handelwijze niet is gekozen.

Proportionaliteit en subsidiariteit tezamen bleken een goede verklaring te bieden voor het verschil in de beoordeling van de aansprakelijkheid in geval van schending van verkeers- en veiligheidsnormen enerzijds, en algemene zorgvuldigheidsnomen anderzijds. Beide toetsen verklaren ook de redelijkheid van het verlenen van een zekere handelingsvrijheid (*margin of appreciation*) in sommige situaties. In geval van nood is de keuzevrijheid van de handelende groter.

De zorgvuldigheidsnorm bestaat uiteindelijk uit twee toetsen: die van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat is de les die voor het algemene aansprakelijkheidsrecht te trekken valt uit de bestudering van rechtvaardigingsgronden.

7.7.6 Overgang naar wat volgt

Met het aanvoeren van een rechtvaardiging voor zijn handelen wil de gedaagde de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling beïnvloeden. In het voorgaande deel van dit boek stonden de *rechtvaardigingen* centraal. Bepaalde rechtvaardigingen bleken een doorslaggevende invloed op de beoordeling van de handeling te hebben en het oordeel over de handeling: deze kunnen het oordeel veranderen van onrechtmatig in rechtmatig. Zij zijn hiervoor aangeduid als volledige rechtvaardigingen.[211] Andere rechtvaardigingen bleken wel in staat de beoordeling te beïnvloeden, maar bleken niet op zichzelf of niet definitief in staat de kwalificatie van de daad te veranderen in rechtmatig.[212] Kortweg: een sterke rechtvaardiging kan de handeling tot een rechtmatige maken.

In dit hoofdstuk over proportionaliteit en subsidiariteit kwam ook de logische keerzijde van de redenering naar voren. Voor bepaalde schadelijke handelingen moet men een wel zeer krachtige rechtvaardiging aanvoeren om te ontkomen aan het predicaat onrechtmatig. Dan staat de *normschending* centraal en is de vraag welke verweren kunnen worden aangevoerd bij een geconstateerde onrechtmatige daad. Dan blijkt dat sommige typen normschendingen op zichzelf al (zeer) bepalend voor de beoordeling van de handeling zijn. Dat is het geval bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Ook zal bij de overtreding van dwingendrechtelijke regels gezien de aard van de geschonden norm zwaardere eisen worden gesteld aan de rechtvaardiging dan bij de overtreding van andere regels.[213]

Niet alleen de rechtvaardiging stuurt dus de beoordeling van de rechtmatigheid van de daad. De (aard van de) normschending doet precies hetzelfde, maar dan uiteraard van de andere kant. In het eerste hoofdstuk van dit boek heb ik dat de 'polariteit van de normschending en rechtvaardiging' genoemd.[214] Daarmee doelde ik op twee zaken. Ten eerste de polaire dynamiek van normschending en rechtvaardiging: zij trekken van verschillende zijden aan de oordeelsvorming. En ten tweede de afhankelijkheid tussen beide: niet tegen iedere normschending kan men zich met succes verweren met een beroep op elke soort rechtvaardiging.

Hiermee is het terrein van de normschending betreden, waar de vraag rijst hoe de verhouding tussen normschending en ingeroepen rechtvaardiging moet worden gezien. Die vraag betreft niet alleen de normschending zelf, maar ook de toerekening ervan, mede gezien de strekking van de ingeroepen rechtvaardi-

211 Waarover hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

212 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) resp. 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*). Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kan worden verklaard waarom de rechtvaardiging als onvolledig wordt aangemerkt.

213 Vgl. Hof Amsterdam 21 december 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AD2457, *NJ* 1997/740 (*Simon Levelt*).

214 Zie par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

ging. Het gaat, met andere woorden over de juridische inhoud en kwalificatie van de te rechtvaardigen handeling. Het nu volgende deel van de studie is daaraan gewijd.

DEEL IV

Inhoud

8 Onrechtmatigheid

8.1 Normschending en rechtvaardiging

In de inleiding tot dit vierde gedeelte van het boek is al aangeduid wat het thema is van dit hoofdstuk: de verhouding tussen normschending en rechtvaardiging. Te onderzoeken is hierin de *werking* van rechtvaardigingen.

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan aan een daad het onrechtmatig karakter ontnemen, zo leren wet en handboeken. Maar daarmee is op zichzelf nog niet zoveel gezegd. Wat is precies de rol van een rechtvaardiging bij de vorming van het oordeel over een mogelijke normschending? En op welke wijze wordt deze rol vervuld? Dat zijn de vragen die in dit hoofdstuk aan de orde zijn.

8.2 Twee methoden van rechtvaardigen

8.2.1 Regel en uitzondering

> 'A man who commits violence should be regarded as the worst evil-doer, worse than a man who commits verbal assault, a thief or a man who injures someone with a rod.'[1]

Een van de oudste Indiase wettenverzamelingen, de Manusmriti of het wetboek van Manu, hier geciteerd in de Engelse vertaling, laat er geen twijfel over bestaan. De geweldpleger begaat het ernstigste van alle misdrijven. Gij zult geen geweld plegen als het eerste gebod.

Maar geen enkele regel geldt onverkort. Zelfs schending van de hoogste norm kan gerechtvaardigd zijn:

> 'A man who kills with justice, in self-defence, in a struggle for the sacrificial gifts, or in order to protect women and priests, does nothing wrong. A man may without hesitation kill anyone who attacks him with a weapon in his hand, even if it is his guru, a child, or an old man, or a priest thoroughly versed in the Veda. There

1 *The laws of Manu*, 8.345. Gebr. uitg.: Penguin classics, 1991. De precieze datering van de wetten is lasting. Men gaat ervan uit dat ze zo'n 2.000 jaar oud zijn.

> is no stain at all for the killer in slaying a man who has a weapon in his hand, whether he does it openly or secretly; rage befalls rage.'[2]

Een omschrijving van de normschending gevolgd door mogelijke rechtvaardigingen. Dat is het systeem van Manu's wetten. Hetzelfde schema is te herkennen in artikel 6:162 lid 2 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek:

> 'Als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

Uit de gebruikte formulering zou men kunnen afleiden dat, zodra een handeling valt binnen een van de drie omschreven normschendingen, haar onrechtmatigheid een feit is. En dat was inderdaad de bedoeling van de wetgever. Zie bijvoorbeeld de volgende passage over de zelfstandige status van de inbreuk-categorie:

> 'Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.'[3]

De enkele rechtsinbreuk of wetschending maakt een handeling onrechtmatig. Het stringente karakter van dit stelsel verklaart de behoefte aan erkenning van rechtvaardigingsgronden:

> 'Zonder deze erkenning (...) zou de regel dat bij strijd met een wettelijke plicht en bij inbreuk op een recht de onrechtmatigheid van de daad vanzelf gegeven is, tot een te groot automatisme, tot onaanvaardbare consequenties leiden.'[4]

De structuur van het geschetste systeem is die van regel-en-uitzondering, waarbij rechtvaardigingsgronden worden gezien als 'de voor meer dan een norm geldende uitzonderingen'.[5]

In een ordening als deze hebben rechtvaardigingsgronden (en andere verweermiddelen tegen aansprakelijkheid) een belangrijke functie. Immers, stel dat de eiser in een proces een rechtsinbreuk aantoont. Dan staat daarmee de logische consequentie van het bewezene vast: de gedaagde is aansprakelijk. Althans in principe. Want mogelijk beschikt de gedaagde over verweren die hij kan voeren om aan dat gevolg te ontkomen. En juist op deze argumenten

2 *The laws of Manu*, 8.349-351.
3 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.
4 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.
5 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

zal de volle aandacht zich richten na een bewezen (of onvoldoende betwiste) rechtsinbreuk of wetschending. De rechtvaardiging fungeert daarmee als het breekijzer tussen onrechtmatigheid en aansprakelijkheid.

8.2.2 Multi-factorbenadering

Een geheel andere kijk op de status van de categorieën van artikel 6:162 en daarmee op de rol van rechtvaardigingen is verdedigd. In deze visie wordt (in de weergave van Smits) aangenomen

> 'dat over de geheele linie der onrechtmatige daad bij de oordeelsvorming voor het concrete geval steeds een toetsing plaats heeft aan ongeschreven gedragsnormen, voor het gegeven geval opgesteld in verband met opzet of voorzienbaarheid van een rechtens ongewenscht gevolg; ook waar dit bestaat in een objectieve rechtsaantasting'.[6]

De zorgvuldigheidsnorm als de ultieme onrechtmatigheidstoets. Voor de beide andere criteria is alleen een ondergeschikte rol weggelegd, die door Wolfsbergen als volgt is beschreven:

> 'Altijd zal de inbreuk op eens anders recht of de schending van eigen rechtsplicht slechts een (...) factor vormen ter bepaling van de onzorgvuldigheid.'[7]

Rechtsinbreuk en wetschending hebben in deze zienswijze dus geen zelfstandige status. Maar ook de rechtvaardiging vervult hier een heel andere functie dan in de vorige paragraaf is beschreven. Zij is niet meer de omstandigheid die een uitzondering op de regel rechtvaardigt. Zij is, integendeel, *met* de normschending, een van de factoren die bepalen of in casu zorgvuldig is gehandeld. Of, zoals Van Dam stelt: de rechtvaardigingsgrond is een onderdeel van een van de 'elementen' waaruit de zorgvuldigheidsnorm is opgebouwd.[8]

8.2.3 Twee methoden: analyse en synthese

Hoe te komen tot een oordeel over de rechtmatigheid van een bepaalde handeling? Zojuist zijn twee methoden geschetst.

De eerste kan een analyserende worden genoemd. Normschending en rechtvaardiging worden apart van elkaar beschouwd. De schade toebrengende handeling en de redenen die haar rechtvaardigen of de handelende veront-

---

6 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.
7 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 61.
8 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120-121.

schuldigen[9] worden als het ware uit elkaar getrokken. *Tegenover* de normschending wordt de rechtvaardiging geplaatst.[10]

De tweede is een synthetiserende.[11] In deze benadering zijn normschending en rechtvaardiging factoren die, met andere in onderling verband beschouwd, leiden tot het oordeel over de zorgvuldigheid van een bepaalde handeling. Normschending en rechtvaardiging staan hier niet tegenover elkaar, maar zijn omstandigheden die worden samengevoegd, *bij elkaar* genomen, om tot dat oordeel te komen.

Voordat beide methodes worden beoordeeld, moeten ze worden beschreven. Daarom eerst een uitgebreidere uiteenzetting van beide.

8.3 De analyserende methode

8.3.1 Van Rome …

De oervorm van een stelsel waarin wordt uitgegaan van regels en uitzonderingen ligt, althans voor West-Europa, in het formula-proces van het oude Rome. Deze procesvorm kwam al op vóór het einde van het oud-Romeinse recht (ca. 250 v.C.).[12] Het werd gekenmerkt door schriftelijke standaardformules, waarin het rechtsgeschil was neergelegd. Deze *formulae* werden door de praetor in zijn edict bekend gemaakt.[13] De gang van zaken in de procedure was grofweg als volgt.

Op grond van het edict vraagt de eiser de praetor hem een actie te verlenen tegen de gedaagde. Als de praetor dit toestaat, kan de gedaagde op een aantal

---

9 Wat in dit hoofdstuk wordt gezegd over rechtvaardigingen geldt, wat de methode betreft, ook voor schulduitsluitingen en andere verweren tegen aansprakelijkheid. Kortheidshalve spreek ik steeds van rechtvaardigingen of (algemeen:) uitzonderingen op de regel. Zie over schulduitsluitingsgronden uitgebreid: hoofdstuk 9 (*Schuld*), m.n. par. 9.7.3.4 (*Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*); par. 9.7.4.3 (*Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*); par. 9.8.6 (*Het royale karakter van toerekening*).

10 Op deze wijze functioneren normschending en rechtvaardiging ook in het strafrechtelijk systeem, zie daarover hierboven, par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

11 Een soortgelijke benaming is te vinden bij Schut. Zie: Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 130. Hij spreekt van een 'synthetische' formulering, die hij stelt tegenover de 'traditionele denkwijze', die door hem als 'gespleten' denken wordt gekarakteriseerd. De term synthetisch neem ik hier niet over, omdat zij associaties oproept met een andere, hier niet relevante, betekenis van het woord, namelijk: 'kunstmatig samengesteld'. Met het begrip synthetiseren worden dergelijke associaties vermeden. Bovendien drukt het, net als analyseren, een activiteit uit en dat is waar het bij het zoeken van een oordeel om gaat.

12 Aanvankelijk naast, later in plaats van het legisactieproces, de oudste beschreven Romeinse procesvorm. Over het verschil tussen beide procedures: A. Watson, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh: Edinburg University Press 1971, p. 161-166.

13 Waarschijnlijk opgenomen in een appendix, zie: J.A. Crook, *Law and Life of Rome*, Londen: Thames & Hudson 1967, p. 77.

manieren reageren. Uiteraard kan hij de vordering op zichzelf bestrijden: de gedaagde ontkent dan het recht van de eiser of weerspreekt de door hem aangevoerde feiten. Tegenwoordig zouden we in dat geval spreken van een verweer ten principale.[14] De gedaagde kan het recht van de eiser ook erkennen[15] of ervoor kiezen geheel passief te blijven.[16] Maar hij kan de praetor ook vragen een *exceptio*[17] in te lassen in de formula van de actie. Gaius schrijft erover:

> 'Excepties zijn ontworpen ter wille van de verdediging van degene tegen wie een actie wordt ingesteld. Het komt immers dikwijls voor, dat iemand naar *ius civile* aansprakelijk is, maar dat het onbillijk is om hem in een proces te veroordelen'.[18]

Als de stelling van de eiser in principe leidt tot aansprakelijkheid van de gedaagde, kan de laatste menen dat er redenen zijn waarom de vordering toch niet kan worden toegewezen. Het ligt dan op *zijn* weg zich op een exceptie te beroepen. De exceptie kan daarom worden omschreven als een tegenvoorstel van de gedaagde. Zij is neergelegd in een clausule die wordt opgenomen in de formula en bevat een uitzondering op de voorwaarden voor toewijzing van de vordering.[19] Omdat zij is geplaatst na de *intentio*, die de vordering van de eiser behelst, verhindert ze niet dat de actio aanhangig wordt gemaakt,[20] maar beoogt zij slechts toewijzing van de vordering te voorkomen wegens de aanwezigheid van 'exceptionele omstandigheden'.[21] In de naklassieke tijd wordt het begrip exceptio niet alleen gebruikt in deze zin van uitzonderingsbepaling, maar kan het ook algemeen een 'tegenrecht' van de gedaagde

14 Vgl. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen* 1994, nr. 435, p. 291.

15 De *confessio in iure*. Zie daarover: Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 37.

16 Waarmee hij als *indefensus* het risico van een dwangmaatregel loopt. Zie daarover: Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 38.

17 Oorspronkelijk als *praescriptio* vooraan in de formula geplaatst. Zie daarover: R.W. Leage & A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law,* Third edition by A.M. Prichard, Londen: Macmillan & Co 1961, p. 445.

18 Instituten Gaius IV,116. Vgl. nog Instituten Iustinianus 4,13, pr. Zie over de exceptio ook Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 35 en Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51.

19 Aldus Kaser-Hackl: 'Die exceptio ist eine in die Mitte der Formel eingefügte Klausel, die eine "Ausnahme" von den Verurteilungsvoraussetzungen enthält'. Zie: Kaser & Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 260.

20 Vgl. Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 260. En over de feitelijke plaatsing van de exceptio: de exceptio was geplaatst tussen de intentio en de condemnatio, zie Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 258.

21 Overigens bestond voor de eiser de mogelijkheid inlassing van een *replicatio* te verzoeken, waarop gedaagde een *duplicatio* kon voorstellen en de eiser weer een *triplicatio,* etc. zie Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51 en Instituten Gaius IV, 126-129 en Instituten Iustinianus 4,14, pr.-3). Deze zijn een uitwerking van het beschreven systeem en behoeven geen aparte bespreking.

uitdrukken.[22] De gedaagde die zich op een exceptio beroept, voert dus wat we nu een exceptief verweer zouden noemen: hij ontkent niet het recht of de feiten waarop de eiser zich beroept, maar stelt daartegenover een ander recht of andere feiten, wat ertoe moet leiden dat de actie tegen hem niet kan worden toegewezen.[23]

De exceptio biedt de mogelijkheid van maatwerk. Zij geeft de gedaagde de kans aan te tonen waarom het juridisch systeem in *dit* geval, jegens *hem*, 'onbillijk werkt', zoals de Instituten zeggen:

> 'Het komt immers dikwijls voor dat de vervolging die de eiser instelt, ook al is deze op zichzelf juist, tegen de gedaagde niettemin onbillijk werkt.'[24]

Het zal dan ook geen verbazing wekken dat Van Oven de exceptio beschrijft als 'een rechtsmiddel dat in de ontwikkeling van het Romeinsche privaatrecht bijna even belangrijk geworden is als de *actio*'.[25]

Tussen het zojuist beschreven Romeinse stelsel van actiones en exceptiones en het door de Nederlandse wetgever gekozen systeem bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is een methodische verwantschap zichtbaar. De wetsontwerper kwam hierboven al aan het woord: artikel 6:162 stelt als algemene regel dat bepaalde gedragingen 'onrechtmatig zijn, in die zin dat zij prima facie – "in aanleg" – als onrechtmatig gelden'.[26] Rechtvaardigingen fungeren als uitzonderingen op deze algemene regel.[27] Het zijn exceptionele omstandigheden, die verklaren waarom de gedaagde in dit geval niet aansprakelijk is.

8.3.2 … tot Rome

Regel en uitzondering: die opzet is zo'n tweeduizend jaar later ook te herkennen in het Verdrag van Rome.[28] Bij de totstandkoming van het verdrag is één van de belangrijkste discussiepunten geweest hoe de neergelegde rechten

22 Zie: F. Schultz, *Prinzipien des römischen Rechts*. Vorlesungen, München: Duncker & Humblot GmbH 1934, p. 64, noot 44. Schultz wijst t.a.p. ook op een soortgelijke evolutie van het begrip actio: van strikte procesformule tot 'klagbare Anspruch' in de naklassieke tijd.

23 Vgl. Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51, die de exceptio beschrijven als 'een aan de condemnatio gehechte negatieve voorwaarde'. Aan de exceptio kon de eiser vervolgens weer een voorwaarde verbinden (replicatio), door Scheltema c.s. een 'een exceptio in de 2de macht' genoemd (p. 50-51).

24 Instituten Iustinianus 4,13, pr.

25 Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* 1945, p. 17.

26 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 626. Niet helemaal duidelijk is waarom niet gewoon letterlijk is vertaald met: 'op het eerste gezicht'.

27 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616, over rechtvaardigingsgronden.

28 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), Rome 4 november 1950.

vorm moesten krijgen. Twee visies stonden tegenover elkaar. Sommige landen wensten een zo nauwkeurig mogelijke definiëring van de te garanderen rechten en (vooral) van de beperkingen hierop.[29] Zij vreesden dat een omschrijving in algemene termen een politieke beginselverklaring zou opleveren in plaats van een hanteerbaar juridisch instrument. In een samenvatting van het Nederlandse standpunt klinkt dat zo:

> 'Europe had no need of general declarations for the instruction of public opinion, which might be useful in countries (...) whose political and social institutions were in a process of transition. Europe needed texts containing detailed definition. (...) His government was only prepared to accept precise obligations, which alone would prove effective.'[30]

Andere landen wilden volstaan met een meer algemene omschrijving van de in het verdrag opgenomen rechten. Teitgen, rapporteur van de Juridische Commissie wees op een van de gevaren van precies omschreven rechten:

> 'Par example, je serai tout à l'heure obligé de dire à notre très cher collègue que s'il énumère (...) un certain nombre de moyens de torture qu'il veut prohiber, il risque une interprétation *a contrario* de laquelle on prétendra tirer que les autres procédés de torture ne sont pas interdits. Et cela est certainement le contraire de ce qu'il souhaite.'[31]

Gebrek aan slagkracht wegens vaagheid van de norm. Of een te beperkt toepassingsgebied wegens striktheid van de norm. Het zijn precies de bezwaren tegen het primaat van de algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm enerzijds, of juist van nauwkeuriger omschreven categorieën als de rechtsinbreuk en plichtschending anderzijds. Na de zoveelste confrontatie met het tweede bezwaar,[32] koos de Hoge Raad – en uiteindelijk ook de wetgever – voor een combinatie van de genoemde normen.[33] Onrechtmatig zijn rechtsinbreuk en plichtschending, en in het algemeen: handelen in strijd met de zorgvuldigheid.

Ook in het EVRM is het tot een compromis gekomen. Daarbij overheerst het systeem van regel en uitzondering. De meeste te garanderen rechten en

29 Engeland was de voornaamste pleitbezorger van deze visie. Zie bijv.: *Travaux Préparatoires* Volume I, p. 78 e.v. (Ungoed-Thomas), Volume IV, p. 8 e.v. en p. 106 e.v. (Hoare).
30 Nederlandse standpunt verwoord door Patijn, *Travaux Préparatoires* Volume IV, p. 108.
31 Teitgen, *Travaux Préparatoires* Volume II, p. 47.
32 HR 10 juni 1910, *W.* 9038 (*Zutphense juffrouw*).
33 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*) en artikel 6:162 lid 2 BW.

de beperkingen erop zijn nauwkeurig gedefinieerd.[34] En 'om aan de bezwaren van de tegenstanders van deze methode tegemoet te komen, werden enkele algemene beginselen opgenomen'.[35]

8.3.3 De toets: duaal, sturend, van abstract naar concreet

8.3.3.1 Duale structuur

In de analyserende methode worden normschending en rechtvaardiging tegenover elkaar geplaatst en apart beoordeeld. De volgorde van toetsing is deze: eerst de normschending, dan de rechtvaardiging. De rechtvaardiging dient daarbij als correctiemechanisme op de vastgestelde normschending en haar gevolgen.

De zojuist geschetste structuur is heel summier beschreven in de Parlementaire Geschiedenis bij het ontwerp van artikel 6:162. Het is hierboven al weergegeven:[36] in principe leiden rechtsinbreuk of wetschending tot de vaststelling dat de daad onrechtmatig is. Met de erkenning van het fenomeen rechtvaardigingen worden de scherpe kanten – de wetgever spreekt van een 'te groot automatisme' en 'onaanvaardbare consequenties' – van dat systeem gehaald.

Jurisprudentie en literatuur op het gebied van het in de vorige paragraaf genoemde EVRM bieden een omvangrijke bron van kennis over de wijze waarop regel en uitzondering worden toegepast in een duale structuur.[37] Gerards en Senden schrijven over die structuur in het EVRM:

> 'The conceptual distinction between scope and justification is thus of great importance to the application of the European Convention on Human Rights. The definition of the scope of fundamental rights determines whether a justification must me advanced and whether the Court is competent to examine the reasonableness of the justification. Unsurprisingly, therefore, the bifurcation between definition and justification is clearly reflected in many Convention provisions. Many, if not

34 Waarbij qua systeem te onderscheiden valt tussen de artikelen waarbij de uitzondering op de regel *zelf* is neergelegd (artt.2 lid 2; 4 lid 3; 5 lid 1 en 7 lid 2) en de artikelen die een omschrijving bevatten van de *voorwaarden* waaraan de uitzondering ('beperking') moet voldoen (artt. 8 tot en met 11 en art. 1 Protocol 1). Zie over het systeem nog Gerards, *Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen* 2008.

35 C.J. Staal, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 54, bij wie ook een korte beschrijving van de totstandkoming van de beperkingssystematiek te vinden is, zie p. 51-55. Ongeclausuleerd zijn alleen de artt. 3 (folterverbod), 6 (recht op een eerlijk proces) en 12 (recht om te huwen), en de slotbepalingen art. 13 tot en met 18.

36 Zie: par. 8.2.1 (*Regel en uitzondering*).

37 In deze studie kan daarop slechts kort en op hoofdlijnen worden ingegaan. Voor een overzicht, met nadere verwijzingen, zie *Asser/Hartkamp 3-I* 2019 (over Europees recht en Nederlands vermogensrecht) m.n. hoofdstuk 6. Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik, *Zorgplichten volgens de HR en het EHRM* 2019.

> most, Convention articles contain two or more different paragraphs, the first paragraph stating the right at issue and the second containing the possibilities for limitation or justification. Particularly well known in this regard are articles 8 through 11 of the Convention; however, examples may also be found in article 2 (right to life) and article 4 of Protocol No. 2 (freedom of movement).'[38]

Gerards beschrijft de toetsing door het Europese hof van een gestelde inbreuk op een grondrecht als 'rechtsvinding in twee fasen':

> 'Anders gezegd: het Hof gaat eerst na of een bepaald artikel überhaupt van toepassing is; pas als dat is gebleken past het de bepaling daadwerkelijk toe. Hoe dit precies gebeurt is afhankelijk van het bestaan en de inhoud van uitzonderingsclausules. In het algemeen kan echter worden vastgesteld dat het Hof in de tweede fase onderzoekt of met de rechtsinbreuk een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, of de gemaakte inbreuk een redelijk middel vormt om dit doel te bereiken en of, meer in het algemeen, sprake is van een proportionele verhouding tussen het nagestreefde doel en het daardoor aangetaste fundamentele recht. Het karakter van beide toetsingsfasen is hierdoor duidelijk verschillend. De kwalificatiefase kenmerkt zich door toepassing van interpretatieve methoden. (…) De toetsingsfase kenmerkt zich daarentegen door een methode van belangenafweging.'[39]

Hoe de toetsing in de verschillende fasen er concreet uitziet, is samengevat door Dommering in de Ferdi E-zaak, over artikel 10 EVRM;[40] door Ploeger is een vergelijkbaar schema gedestilleerd uit de rechtspraak van het Europese Hof over artikel 1 Protocol 1.[41] Het schema komt steeds hierop neer: in de eerste fase moet de inbreuk worden vastgesteld, en in de tweede fase wordt de voor de inbreuk aangevoerde rechtvaardiging beoordeeld.

Deze volgorde komt helder tot uitdrukking in de *Open Door*-casus. Het Hof beantwoordt eerst de vraag: '*Was there an interference with the applicants' rights?*' en overweegt daartoe:

> 'The Court notes that the Government accepted that the injunction interfered with the freedom of the corporate applicants to impart information. Having regard to the scope of the injunction (...) there can be no doubt that there was also an interference with the rights of the applicant counsellors to impart information and with the rights of Mrs X and Ms Gerghty to receive information in the event of being pregnant.'[42]

---

38 Gerards & Senden, *Fundamental rights, ICON* 2009/4, p. 620.

39 Gerards, *Rechtsvinding door het EHRM, NJCM-Bull.* 2006/1, p. 95.

40 E.J. Dommering, annotatie bij EHRM 11 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0111JUD00314 5796, *NJ* 2001/74 (*News Verlags CmbH & CoKg/Oostenrijk*; *Europese 'Ferdi E-zaak'*), onder 2.

41 Ploeger, *Eigendom in het licht van het EVRM* 2000, p. 687-695. Zie m.n. onder 6 voor de rechtvaardiging van de stoornis.

42 EHRM 29 oktober 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488 (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*), par. 55.

Nu is vastgesteld dat sprake is van een *interference* (inbreuk), moet worden nagegaan of deze inbreuk een schending van het mensenrecht (*violation*) oplevert:

> 'To determine whether such an interference entails a violation of Article 10, the Court must examine whether or not it was justified under Article 10 para. 2.'[43]

Voor het antwoord op de vraag of de inbreuk een schending meebrengt, is vervolgens dus een beoordeling van de voor de inbreuk aangevoerde rechtvaardiging vereist. In de *Handyside*-zaak (eveneens over artikel 10) wordt het belang van de toets van deze rechtvaardiging scherp uitgedrukt:

> 'Such interferences entail a "violation" of Article 10 if they do not fall within one of the exceptions provided for in paragraph 2 (...), which is accordingly of decisive importance in this case.'[44]

In principe is met de inbreuk de schending, dus de onrechtmatigheid, gegeven. Of dat ook het eindoordeel is, hangt daarna af van de beoordeling van de rechtvaardiging.

Deze toets van de rechtvaardiging zal bij iedere concrete toepassing een andere kunnen zijn. Afgewogen worden namelijk het in concreto geschonden recht tegen de rechtvaardiging van die schending. En voor de inbreuk op het ene recht is een andere rechtvaardiging noodzakelijk dan voor inbreuk op een ander recht. Voor bepaalde typen inbreuken is zelfs nauwelijks rechtvaardiging mogelijk. Als voorbeeld kan gelden het hierboven al genoemde verbod op foltering, neergelegd in artikel 3.[45] Dit artikel is ongeclausuleerd. Dat betekent dat er in principe geen plaats bestaat voor een toets van de ingeroepen rechtvaardiging.[46]

---

43 EHRM 29 oktober 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488 (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*), par. 55. Waarbij wordt aangegeven welke eis aan de rechtvaardiging wordt gesteld: 'by reason of being a restriction "prescribed by law" which was necessary in a democratic society on one or other grounds specified in Article 10 para. 2'.

44 EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside v. United Kingdom*; *Little Red Schoolbook*), par. 43.

45 Gerards en Senden noemen daarnaast art. 7 (geen straf zonder voorafgaande wet) als voorbeeld van een absoluut recht ('nonderogable or can be limited only in the rarest of circumstances'). Zie: Gerards & Senden, *Fundamental rights*, *ICON* 2009/4, p. 621.

46 Vgl. Van Dijk c.s., *European Convention on Human Rights* 2017, p. 383 over het absolute karakter van artikel 3: 'The prohibition on ill-treatment is absolute, i.e. that the provision does not allow for limitations'.

8.3.3.2 Sturende norm

Uit het voorgaande volgt een belangrijk aspect van de analyserende methode: in deze methode heeft de norm een sturende werking op het oordeel over de handeling. Reeds de enkele normschending stuurt het oordeel over de handeling; wie een wettelijk voorschrift overtreedt, of een subjectief recht schendt, handelt in principe onrechtmatig. Vergelijk nogmaals de visie van de wetsontwerper op het gevolg van de aanwezigheid van een rechtsinbreuk:

> 'Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.'[47]

Het systeem van artikel 6:162 is dat met de rechtsinbreuk, plichtschending of overtreding van de zorgvuldigheidsnorm de onrechtmatigheid en dus de aansprakelijkheid, in beginsel is gegeven. Het hangt vervolgens van de kracht van de ingeroepen rechtvaardiging af of dit oordeel ook het eindoordeel zal zijn.

De norm stuurt de oordeelsvorming; het verweer tegen de normschending stuurt bij, geeft tegenkracht aan de werking van de norm.

8.3.3.3 Van abstract naar concreet

In de analyserende methode verloopt de oordeelsvorming van abstract naar concreet. Vastgesteld wordt eerst dat sprake is van een normschending. Vervolgens wordt het verweer beoordeeld, waarom in dit specifieke geval de normschending niet tot aansprakelijkheid moet leiden. Zo kan het oordeel dat sprake is van een inbreuk op het subjectieve recht van lichamelijke integriteit, bijvoorbeeld omdat iemand wordt geslagen, worden teruggenomen als blijkt dat degene die de klap kreeg, zelf een aanvaller was en de klap ontving toen de aangevallene zich verweerde (noodweer). De wetgever beschrijft de werking van de rechtvaardiging zo, dat

> 'wordt aangenomen dat een daad welke naar de algemene omschrijving onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatig karakter kan verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'.[48]

De algemene norm wordt in het concrete geval opzijgezet, althans: de handeling verliest haar onrechtmatig karakter.

---

47 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

48 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616. Vgl. ook bijv. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (*Onttrekking delfstoffen*), r.o. 8.4.2.

De beweging van de oordeelsvorming voert in de analyserende methode omlaag en volgt de wanden van een trechter: van de abstracte, sturende norm die is geschonden, naar het concrete oordeel over de voor de normschending ingeroepen verweren en dus over de rechtmatigheid van de normschending in dit concrete geval.[49]

8.3.4 Het belang van het voorlopige oordeel: het verhaal van koning Salomo

Gebruik van de analyserende methode leidt tot een voorlopig standpunt, dat later eventueel kan worden herzien. Het voordeel van deze benadering blijkt wanneer we het oordeel der oordelen beschouwen: dat van koning Salomo.[50] Twee vrouwen betwisten elkaar het moederschap van een jongetje, waarop Salomo oordeelt dat het kind in tweeën gehakt moet worden. Volgens de gangbare exegese van het verhaal schuilt de kracht van de koning (zijn 'goddelijke wijsheid') in zijn gave de psyche van de partijen te doorgronden.[51] Met de dreiging het kind te treffen denkt Salomo de moeder een reactie te ontlokken. Asser geeft een andere uitleg:

> 'Als het waar is dat Salomo slechts bluft om er achter te komen wie de ware moeder is, dan toont hij zich eerst recht de despoot. (...) [M]aar Salomo blijft niet bij zijn beslissing. Hij luistert nu naar beide vrouwen: wat zij gezegd hebben en ook wat zij niet hebben gezegd. Hij heeft zich laten overtuigen en in mijn visie op het verhaal niet zijn eigen voorbarige en despotische oordeel doorgedrukt.'[52]

Koning Salomo 'blijft niet bij zijn beslissing'. Zijn wijsheid bestaat in zijn vermogen een eenmaal ingenomen standpunt te herzien; terug te komen op zijn oorspronkelijke oordeel, wanneer de feiten daartoe aanleiding geven.

In het voorgaande is al Eggens aangehaald, die heeft beschreven hoe deze herziening van het oordeel bij het zoeken naar een juridische oplossing plaatsvindt:

> 'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op het feit dat deze handeling gepleegd werd door een soldaat op wacht of een

---

49 Het beeld van de trechter gebruikte ik eerder. Zie: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 139.

50 1 Koningen 3: 16-28.

51 Vgl. bijv: Reuven Hochberg en A.J. Rosenberg, *I Kings, A new English Translation*, New York 1984, p. 37. En: S.J. de Vries, *Word Biblical Commentary, Vol. 12 (Kings)*, Waco, TX: Word Books 1985, p. 62.

52 Asser, *Salomo's wijsheid* (oratie) 1992, p. 32-33.

> politieagent in achtervolging (en nadat eventueel andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijkende omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.'[53]

'Heen en weer/Heen en weer', zo dichtte reeds drs. P. De analyserende methode is de techniek van de tegenspraak. Vergelijk in dit verband Wieacker, die het hierboven beschreven Romeinse systeem omschrijft als typerend voor een denkwijze:

> 'In der *exceptio* kommt eine alte Gewohnheit des römischen Rechtsdenkens zur schroffen Gegenüberstellung von Antithesen zum Ausdruck.'[54]

De vaststelling dat het gaat om these en antithese is van belang, omdat in deze visie schending van een onrechtmatigheidscategorie (de bewezen these) in beginsel tot aansprakelijkheid leidt. Het nut van het voorlopige oordeel schuilt hierin dat het een uitgangspunt biedt voor de te nemen beslissing. Het maakt ook een efficiënte besluitvorming mogelijk; bij een niet of onvoldoende weersproken these (ontbreken van een toereikende antithese) is met dit *prima facie*-oordeel tevens het eindoordeel gegeven.

De rol van rechtvaardigingsgronden en andere verweren tegen aansprakelijkheid is in een methode als deze een belangrijke. Zij vormen voor de gedaagde de enige mogelijkheid te ontkomen aan het gevolg van wat de eiser bewezen heeft: aansprakelijkheid. Daarmee is ook de rolverdeling van partijen duidelijk. Eiser stelt de normschending; gedaagde de aanwezigheid van een rechtvaardiging of van een andere aansprakelijkheidsuitsluiting. In dit verband kan nogmaals worden gewezen op wat Hart beschreef als 'the defeasible character of legal concepts'.[55] Wanneer een bepaalde voorwaarde voor aansprakelijkheid – in dit geval: handeling wordt als onrechtmatige daad gekwalificeerd – is vervuld, komt het aan op de invulling van het 'tenzij' ('unless'), wat op de weg van de gedaagde ligt.[56]

8.3.5 De relativiteit van rechten en plichten

Uitgaan van rechtsinbreuk en plichtschending als zelfstandige categorieën is niet hetzelfde als uitgaan van *absolute* rechten en *absolute* plichten. Alle recht

---

53 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

54 Wieacker, *Vom römischen Recht* 1961, p. 109.

55 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 154.

56 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148. Hart wijst erop dat verschillende verweren met verschillende sterkten denkbaar zijn. Die kwestie komt hierna, in H. 11 aan de orde, zie m.n. par. 11.1.6 (*Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduider*) en 11.4.1 (*De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging*).

is relatief, alle onrecht ook.[57] Het in paragraaf 8.2.2 besproken pleidooi voor een multi-factorbenadering ging gepaard met een aanval op de legistische traditie. Die laatste mag inmiddels echter als ruimschoots achterhaald worden beschouwd.[58]

Zelfs het meest absolute recht, het eigendomsrecht, geldt nooit onvoorwaardelijk. Interessant is de veelgeciteerde achttiende-eeuwse omschrijving in de Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Aan het uitgangspunt dat eigendom *'un droit inviolable et sacré'* is, wordt onmiddellijk de (minder vaak geciteerde) uitzondering toegevoegd:

> 'nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité'.[59]

Ook de in artikel 6:162 opgenomen categorieën zijn geen absolute onrechtmatigheidsgronden in die zin dat overtreding altijd aansprakelijkheid met zich meebrengt. Hierboven is de Toelichting Meijers op dat punt al aangehaald: zo'n regel zou 'tot een te groot automatisme, tot onaanvaardbare gevolgen leiden'.[60]

Hetzelfde is door de rechter expliciet uitgemaakt, zowel voor de rechtsinbreuk als voor de plichtschending. Vergelijk voor de schending van een wettelijke plicht:

> 'terecht wordt aangevoerd dat de overtreding van het onderhavige voorschrift voor de betrokken vervoerder niet reeds op zichzelf en zonder meer een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad tegenover zijn concurrenten doet ontstaan'.[61]

En voor inbreuk op een subjectief recht:

> 'De hiervoor (...) weergegeven feiten laten geen andere conclusie toe dan dat K inbreuk op het recht van G op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer heeft gemaakt. (...) Dit brengt evenwel nog niet mee dat K onrechtmatig heeft gehandeld.'[62]

---

57 Vgl. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 127 e.v.

58 P.C. Kop plaatst de bloei van het legisme tussen 1848 en 1880. Hij constateert dat al ruim voor het begin van de twintigste eeuw 'de afbrokkeling van de machtspositie van het legisme' plaatsvindt (*Legisme en Privaatrechtwetenschap*, Deventer: Kluwer, 1992, p. 58).

59 Article 17, Declaration du 26 août 1789.

60 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

61 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, *NJ* 1973/463 (*Maas/Willems*), O. omtrent de onderdelen 2e en 3b, p. 1255-1256.

62 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928 (*Edamse bijstandsvrouw*). Zie uitgebreid over de relativering van het subjectieve recht: Streefkerk, *Onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p. 67-86.

Niet in de vraag *of* gerelativeerd wordt, maar in de *wijze waarop* dit gebeurt, verschilt de analyserende derhalve van de nu te bespreken methode.

8.4 De synthetiserende methode

8.4.1 De leer-Smits

De opvatting dat het oordeel over de onrechtmatigheid uiteindelijk altijd neerkomt op een toets aan de zorgvuldigheid, is bijna onverbrekelijk verbonden met de naam van Smits, hoewel hij niet de eerste was die haar verdedigde.[63]

Smits stelde tegenover elkaar twee manieren van denken over de wijze waarop de onrechtmatigheid van een handeling moet worden vastgesteld:

> 'Eenerzijds de gedachte, welke de grens tusschen het al dan niet rechtens geoorloofde zoekt in verband met bepaalde, in de wet vastgelegde, algemeen geldende, objectieve kenteekenen voor de onrechtmatigheid eener handeling. Dit is de richting, die (...) de door den Hoogen Raad aanvaarde kenmerken bracht: strijd met een bepaald, in wet of wettelijke verordening geformuleerd, gebod of verbod en inbreuk op een op de wet steunend subjectief recht. Daartegenover ziet men (...) de gedachte, welke los van zulke objectieve maatstaven voor het concrete geval wil zien uitgemaakt of degeen, die schade toebracht, al dan niet rechtens toelaatbaar heeft gehandeld, waarmede de rechter (...) wordt verwezen naar de ongeschreven normen voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt.'[64]

Volgens hem maakte de Hoge Raad geen echte keus voor een van beide zienswijzen:

> 'De Hooge Raad op 31 Januari 1919 in de bekende uitbreiding der formule der onrechtmatigheid laatstgenoemde gedachte aanvaardend, heeft daarbij gehandhaafd de beide criteria, die het resultaat waren der eerst vermelde gedachte der objectieve maatstaven: schennis van rechtsplicht en rechtsinbreuk.'[65]

Hiertegen richt zich Smits kritiek. De tweede gedachte moet volgens hem geen combinatie vormen met de eerste, maar haar *vervangen*. Voor het concrete geval moet altijd los van objectieve, algemeen geldende maatstaven worden uitgemaakt of onrechtmatig is gehandeld. De rechtsinbreuk en wetschending hebben afgedaan als zelfstandige onrechtmatigheidsvormen, omdat

> 'over de geheele linie der onrechtmatige daad bij de oordeelsvorming voor het concrete geval steeds een toetsing plaats heeft aan ongeschreven gedragsnormen,

63 Zie bijv.: Van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld* 1932, m.n. p. 509-510.
64 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.
65 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

> voor het gegeven geval opgesteld in verband met opzet of voorzienbaarheid van een rechtens ongewenscht gevolg; ook waar dit bestaat in objectieve rechtsaantasting'.[66]

Steeds moet worden getoetst aan de ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid. Daarmee is volgens Smits de rechtsinbreuk terzijde gesteld als zelfstandig criterium voor de oordeelsvorming over de onrechtmatigheid van een handeling. Maar daarmee is volgens hem niet terzijde gesteld 'de belangrijke factor, die voor de vorming van de beslissing of al dan niet onmaatschappelijk is gehandeld, juist is gegeven in het objectieve rechtsoordeel, vastgelegd in de erkenning van een subjectief recht'.[67] In twee opzichten kan de kwalificatie 'subjectief recht' van nut zijn:

> 'En wel *eenerzijds*, doordat ons in het oordeel, dat zeker resultaat, als vormend een ingrijpen in eens anders rechtssfeer, objectief onrechtmatig is – te midden van de vele vermogensbelangen, die niet een zoodanige bijzondere bescherming genieten – een bijzonder steunpunt is gegeven voor het opstellen van gedragsnormen bij voorzien of voorzienbaar zijn dier rechtsschennis. En, anderzijds, doordat men in de omstandigheid, dat men bij de schadetoebrenging heeft gehandeld in de uitoefening van eigen subjectief recht, aantreft – wel niet een volstrekten rechtvaardigingsgrond, zoals men vroeger in den regel "neminem laedit" las – maar dan toch een rechtvaardigings*factor*, die al naar de gevallen die het geldt van meerdere of mindere beteekenis kan zijn voor de vorming van het oordeel omtrent wat in concreto al dan niet geboden is als maatschappelijk behoorlijk handelen ten opzichte van eens anders persoon of goed.'[68]

Rechtsschending en rechtsuitoefening. Zij worden wel aangeduid als de defensieve en de agressieve functie van het subjectieve recht.[69] Zoals blijkt uit bovenstaand citaat, meent Smits dat in beide gevallen het subjectieve recht geen zelfstandig criterium is voor de oordeelsvorming. De omstandigheid dat een subjectief recht *geschonden* is, betekent nog niet dat de handeling daarmee *onrechtmatig* is. De omstandigheid dat een subjectief recht is *uitgeoefend*, betekent nog niet dat de handeling daarmee *rechtmatig* is. Maar in beide gevallen zal het subjectieve recht een belangrijke factor zijn voor het oordeel over de zorgvuldigheid van de handeling. Hetzelfde betoogde Smits in verband met de wetschending. Volgens hem

> 'is de beteekenis der wetsovertreding voor de beoordeling of er een onrechtmatige daad is (...) slechts die eener reflexwerking in den zin, dat de rechter met het feit

66 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.
67 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.
68 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402 (cursiveringen in origineel).
69 Zie bijv: Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 131.

> der gegeven wetsovertreding moet rekening houden bij het zoeken van de ongeschreven normen van behooren'.[70]

Bij het zoeken van de ongeschreven fatsoensnorm moet de rechter rekening houden met de concrete wetsovertreding. Deze laatste is een factor bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.

8.4.2 De toets: overkoepelend, open en concreet

8.4.2.1 Overkoepelend

Het aantrekkelijke van de benadering van Smits is dat zij een – in twee opzichten – overkoepelend criterium biedt voor de beoordeling van onrechtmatig gedrag.

Overkoepelend in de zin dat het van toepassing is op alle vormen van onrechtmatig handelen. Immers: ook in geval van rechtsinbreuk en wetschending zou de zorgvuldigheidsnorm van toepassing zijn. En daarmee zijn de criteria inbreuk en wetschending als in feite overbodig ontmaskerd:

> 'In een rechtsstelsel dat als geheel steeds genuanceerder wordt, lijken de wetsstrijd en de rechtsinbreuk onnodig grofmazige criteria, die slechts kunnen overleven door zich zoveel mogelijk in het kleed der zorgvuldigheid te hullen.'[71]

Het criterium is ook overkoepelend in die zin dat het een 'tweezijdig criterium'[72] is, dat de positie van zowel de veroorzaker als de benadeelde in de beoordeling betrekt. Volgens Van Dam, een moderne vertolker van de leer van Smits, lijden de rechtsinbreuk en wetschending aan de 'gebrekkigheid'[73] van de eenzijdigheid:

> 'De principiële tekortkoming van de rechtsinbreuk is, dat bij deze categorie alleen het aangetaste recht van de benadeelde aan de orde komt. Het gedrag van de veroorzaker en de vraag of dat gedrag onzorgvuldig is blijven bij dit criterium per definitie buiten beeld; alleen het resultaat, de rechtsinbreuk, telt. En dit terwijl de grondslag van de persoonlijke aansprakelijkheid in elk land nu juist het gedrag van de veroorzaker is. Het inbreukcriterium vormt in wezen maar één kant van

70 Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938, p. 492.
71 J. Hijma, annotatie bij HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, *AA* 1991, p. 342 (*Geerts/Ten Dam*).
72 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 74, p. 97.
73 De term is van Van Dam. Zie: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 74, p. 98.

> de aansprakelijkheidsmedaille; het kijkt alleen naar de benadeelde en niet naar de veroorzaker.'[74]

Voor de wetschending geldt hetzelfde. De voor deze categorie gestelde relativiteitseis ziet Van Dam als

> 'een correctie op de eenzijdigheid van het criterium van de wettelijke norm. Bij deze norm staat immers de gedragsplicht van de veroorzaker centraal en blijven de te beschermen belangen van de benadeelde in beginsel onderbelicht. Weliswaar weegt ook de wetgever bij het opstellen van wettelijk normen belangen tegen elkaar af maar in concrete gevallen behoeft deze afweging niet op te gaan, bijvoorbeeld omdat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de concrete benadeelde.'[75]

Van Dam introduceert daarom een criterium waarin omstandigheden aan de kant van *beide* partijen in de beoordeling worden betrokken. Hij ziet als elementen van de zorgvuldigheidsnorm: 1. de aard en omvang van de schade; 2. de waarschijnlijkheid van de schade; 3. de aard van de gedraging; 4. de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.[76] De eerste twee elementen betreffen de zijde van de benadeelde; de laatste twee die van de veroorzaker.

Nader onderzoek van het betoog van Smits leert dat *ook* in zijn voorstelling de toets is opgebouwd uit deze twee elementen. Omdat het hier een kernpunt uit de visie van Smits betreft, is het van belang hier iets langer bij stil te staan. Wat is precies de zorgvuldigheidsnorm waaraan in een concrete situatie moet worden getoetst? Volgens Smits gaat het om een aantal factoren, waarvan hij in zijn bespreking van het subjectieve recht voorbeelden geeft.[77] Hij onderzoekt drie categorieën gevallen, te weten:

1. aantasting van het voorwerp van eens anders subjectief recht;
2. hinder;
3. misbruik van recht.

Voor de eerste categorie (kortweg: zaaksbeschadiging) gaat Smits na wanneer een gepleegde rechtsinbreuk *toch* niet tot gevolg heeft dat de handeling als onrechtmatig moet worden beschouwd.[78] Hij geeft de volgende voorbeelden: de aanwezigheid van een bijzondere rechtvaardigingsgrond; rechtsdwaling;

---

74 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 72, p. 95. Tegenwoordig beschrijft hij het kort: 'De kern van het probleem ligt in de eenzijdigheid van de rechtsinbreuk', Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/227, p. 116.

75 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 73, p. 97. Inmiddels iets genuanceerder, zie Van Dam *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/222.

76 De elementen staan bekend als de criteria van het Kelderluik-arrest. Zie: HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*). Zie ook: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss. 1989), nr. 79, p. 110.

77 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 375.

78 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 376-379.

de uitoefening van een eigen recht, of handelen in het algemeen belang.[79] Evenals de rechtsinbreuk zelf, kunnen al deze omstandigheden relevante factoren zijn voor de oordeelsvorming over de rechtmatigheid van de handeling. De onrechtmatigheidstoets blijkt in deze gevallen dus opgebouwd uit enerzijds de normschending en anderzijds de rechtvaardigende of schuldsluitende omstandigheden.

In de derde categorie krijgt de toets op dezelfde manier vorm: In het geval van misbruik van recht gaat het om de afweging tussen de schade toebrengende handeling aan de ene kant en het recht waarop de schadeveroorzaker zich ter rechtvaardiging van zijn handelen beroept aan de andere kant.[80]

In de tussengroep (hinder) is de toets uiteindelijk dezelfde.[81] Volgens Smits treft men hier de 'factor aantasting van subjectief recht (...) in innig verband met een factor uitoefening van subjectief recht'; enerzijds de rechtsinbreuk door 'genotsbelemmering', anderzijds de rechtsuitoefening die hinder teweegbrengt.[82] Ook hier gaat het dus om de afweging tussen de hinder en de rechtvaardiging van die hinder.

Deze nadere beschouwing van het gedachtengoed van Smits en Van Dam laat zien dat in de synthetiserende methode de te toetsen elementen precies dezelfde zijn als in de visie van de wetgever, namelijk: de onrechtmatige handeling en de rechtvaardiging ervan. En dat is ook niet vreemd. De te beoordelen gedraging is immers dezelfde en ook de criteria worden niet anders bij gebruik van een andere toetsingsmethode. Het verschil met de analyserende methode schuilt echter in de *noodzaak* om altijd ook de omstandigheden aan de zijde van de handelende te bezien.

Verder blijkt waarom de benadering een synthetiserende kan worden genoemd: alle omstandigheden die van belang zijn voor het oordeel over de aansprakelijkheid van de veroorzaker (zowel de 'voors' als de 'tegens'), zijn samengevoegd in één toets. H. Drion formuleert het zo, dat de leer-Smits 'uiteenlopende overwegingen voor het aannemen of verwerpen van aansprakelijkheid op één hoop gooit'.[83]

---

79 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, resp. p. 376, links; p. 376, rechts; p. 377-379 en p. 388.

80 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 398-402.

81 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 397-398.

82 Niet in ieder geval van hinder zal de hinderende partij zich kunnen beroepen op een bevoegdheid tot de hinderende activiteit. Dat Smits daar wel van uitgaat, is te verklaren uit het feit dat zijn onderzoek met betrekking tot hinder zich vooral richt op het 'terrein, waarop de vraag van den verboden hinder zich doorgaans afspeelt: dat van het burenrecht'. Juist op dat terrein zal naast de 'vraag der rechtsaantasting' aan de kant van de gehinderde steeds de vraag opduiken 'naar het rechtmatige van de rechtsuitoefening van den eigenaar, die den hinder in de uitoefening van *zijn eigendomsrecht* veroorzaakt', aldus Smits. Zie: Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 398 (cursivering in origineel).

83 H. Drion, in: *2000 weken rechtspraak* 1978, p. 38.

8.4.2.2 Open

Met de beschrijving van de inhoud van de zorgvuldigheidstoets wordt ook het *karakter* van de toets zichtbaar. Het blijkt dat hier geen sprake is van een echte norm, in de zin dat zij zou kunnen worden overtreden. Immers: nu ook de rechtvaardigende elementen in de norm zijn opgenomen, kan van een norm*schending* nooit sprake zijn. De term 'zorgvuldigheidsnorm'[84] is dus enigszins misleidend; het zal geen toeval zijn dat men haar bij Smits niet tegenkomt.[85]

In plaats van een norm biedt het model van Smits en Van Dam een kader voor de beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval. Het is een gezichtspuntenlijst, zoals we die kennen uit arresten als Saladin/HBU.[86] De onderdelen van de zorgvuldigheidstoets zijn geen *voorwaarden* voor aansprakelijkheid, maar zijn *wegingsfactoren* aan de hand waarvan men in een bepaald geval kan komen tot een oordeel over de aansprakelijkheid.

In dit opzicht is een duidelijk verschil te constateren met de andere twee onrechtmatigheids-categorieën van artikel 6:162. Op een subjectief recht kan inbreuk worden gemaakt en een bepaalde, in de wet omschreven, plicht kan worden geschonden. Het gaat daarbij om richtinggevende onrechtmatigheidsvormen: met de vaststelling van de inbreuk of plichtschending, is men al een eind op weg met het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.[87] Zoals de Hoge Raad overwoog met betrekking tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer:

> 'Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op.'[88]

Uiteraard is het mogelijk dat de inbreukmaker of wetsovertreder allerlei verweren heeft om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Maar die verweren zal hij dan ook daadwerkelijk moeten voeren. Anders is het gevolg van de

84 Vgl. bijv.: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, passim.

85 Smits spreekt (in *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940) van 'het onderzoek van de maatschappelijke betamelijkheid der gedraging' (p. 377); 'toetsing aan ongeschreven gedragsnormen, voor het gegeven geval opgesteld' (p. 402) en van 'het oordeel omtrent wat in concreto al dan niet geboden is als maatschappelijk behoorlijk handelen ten opzichte van eens anders persoon of goed' (p. 402).

86 HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261 (*Saladin/HBU*).

87 Zie daarover bijv.: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 142-143.

88 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928 (*Edamse bijstandsvrouw*), r.o. 4.4. Zie ook: HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, *NJ* 2003/589, r.o. 3.5.2; HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483, *NJ* 2009/549, r.o. 3.16 (*XS4ALL*). En over de strijd met een wettelijke plicht is te wijzen op een stroom van lagere rechtspraak bijv.: Rb. Midden-Nederland 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:957, r.o. 2.3; Rb. Den Haag 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6864, r.o. 4.3-4.5; Rb. Rotterdam 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6399, r.o. 4.3.

inbreuk of wetschending: aansprakelijkheid.[89] De zorgvuldigheidscategorie daarentegen, is een open categorie, die niet richtinggevend is, maar wegend. In het ene geval zal de ene omstandigheid meer gewicht in de schaal leggen; in het andere geval zal een andere omstandigheid doorslaggevend zijn.

8.4.2.3 Concreet

Een ander wezenlijk onderdeel in de beschouwingen van Smits is de afwijzing van het concrete geval overstijgende normen ter beoordeling van de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling. Het kwam in een hierboven[90] aangehaalde passage al aan de orde. Smits zet zich af tegen het standpunt van de Hoge Raad, dat (ook na 1919) de rechtsinbreuk en wetschending als zelfstandige onrechtmatigheidscategorieën gehandhaafd dienen te blijven naast de zorgvuldigheidscategorie. Beide rubrieken merkt Smits aan als 'algemeen geldende, objectieve kenteekenen voor de onrechtmatigheid eener handeling', terwijl de beoordeling van een handeling volgens hem moet worden gezocht in 'de ongeschreven normen voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt'.[91]

Het zoeken van een maatstaf buiten de concrete situatie is volgens Smits niet alleen onjuist, maar ook onmogelijk. In zijn artikelenreeks uit 1940 verwoordt hij het zo:

> 'De normovertreding, die bij opzettelijke rechtsinbreuk ons in een gegeven geval tot onrechtmatigheid doet besluiten, is niet de overtreding van de *abstracte* norm: "gij zult *eens anders* recht niet aantasten", "gij zult niet dooden". Men heeft in een concreet geval met een *bepaald* recht te doen, dat is aangetast. Aangerand is een bepaalde machtskring van een bepaald persoon. De norm, waartegen is gezondigd, luidt dan ook: "gij zult *dit*, in concreto gegeven, mij toekomend recht niet aantasten"; "gij zult mij mijn leven niet benemen".'[92]

'De concrete gedragsnorm ligt nimmer – ook niet bij bewust ingrijpen in eens anders rechtssfeer – in het geschonden recht zonder meer gereed'. Voor de beoordeling van de schadevergoedingsvordering wegens bij voorbeeld een rechtsinbreuk, zijn volgens Smits algemene normen op zichzelf onbruikbaar. Het gedrag van de schadeveroorzaker moet worden 'gewaardeerd' met het oog op de concrete, door hem veroorzaakte situatie.

---

89 Zie (uit vele) voor de rechtsinbreuk: Rb. Midden-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514, r.o. 2.2 en 2.4. Zie voor de plichtschending: Rb. Amsterdam 2 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8384, r.o. 4.3 en 4.6; GiEA Aruba 22 augustus 2018, ECLI:NL:OGEAA:2018:501, r.o. 4.5.

90 Zie: par. 8.4.1 (*De leer-Smits*).

91 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

92 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 386.

Uit dit verzet tegen het gebruik van algemene normen is overigens ook Smits' afwijzing van de relativiteit als een apart leerstuk te verklaren.[93] Relativeren is de algemene norm pasklaar maken voor gebruik in een concrete situatie. Wie, als Smits, de 'norm' altijd alleen concreet formuleert, heeft aan zo'n relativering geen behoefte; de norm *is* al van het abstracte naar het concrete niveau getild.

8.4.3 Smits en de postmoderne tijdgeest

In zijn beschouwing over de overgang van de moderniteit naar de postmoderniteit in het midden van de twintigste eeuw signaleert Toulmin in de wetenschapsbeoefening: The Return to the Oral, the Particular, the Local, the Timely. Hij besluit zijn beschouwingen met de volgende observatie:

> 'The present state of the subject marks the return from a theory-centered conception, dominated by a concern for *stability* and *rigor*, to a renewed acceptance of practice, which requires us to *adapt* action to the special demands of particular occasions.'[94]

Het is niet moeilijk in Smits, met zijn aandacht voor het concrete, particuliere en zijn verzet tegen toepassing van abstracte, algemene maatstaven ('the theory-centered conception'), de vertolker avant-la-lettre van het postmoderne levensgevoel te herkennen.[95] Kennelijk had Smits de tijdgeest goed verwoord: bijna alle twintigste eeuwse Nederlandse civilisten, op een enkele uitzondering na,[96] waren van mening dat de tijd van de algemene categorieën in het aansprakelijkheidsrecht voorbij was. De 'overredingskracht van het kleine' (zoals Van Peursen de postmoderne visie karakteriseerde)[97] blijkt groot.

Kan de visie van Smits c.s. worden geplaatst binnen het postmodernisme; het laatste kan op zijn beurt ook in de tijd worden geplaatst. Van den Braembussche wijst op het verband tussen de opkomst van het postmodernisme en het *fin de siècle*: 'Het lijkt erop dat het postmoderne vertoog de typische kenmerken lijkt te onthullen van de huidige eeuwwende.'[98] Hij verwijst daarbij naar de eindtijdverwachtingen die rond iedere eeuwwisseling de kop opsteken (en niet ondenkbaar is dat *fin de siècle*-emoties nog heviger gevoeld worden

93 Zie: Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938.
94 Toulmin, *Cosmopolis* 1990, p. 192 (cursivering in origineel).
95 Zie daarover: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 140.
96 Brunner, 'De zorgvuldigheid op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627; Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 142-143; Nieuwenhuis, *Ramp op het Pikmeer* (oratie Groningen) 1997, passim; Sieburgh, *Wat is rechtsinbreuk?* 1997.
97 C.A. van Peursen, *Na het postmodernisme. Van metafysica tot filosofisch surrealisme*, Kampen: Kok Agora 1994, H. II.7, p. 71-77.
98 A.A. van den Braembussche, *Fin du temps*?, in: *Voorbij het postmodernisme. Bedenkingen aan gene zijde van het fin de siècle*, Best: Uitgeverij Damon B.V. 1996, p. 93.

bij de wisseling van een millennium).[99] Deconstructie als eeuwig terugkerend fenomeen. Na de eind-negentiende eeuwse doodverklaring van God, wordt nu het grote verhaal – voor het aansprakelijkheidsrecht: de algemene onrechtmatigheidscategorie – naar het graf verwezen.

Overigens is aannemelijk dat de hoogtijdagen van het postmodernisme alweer voorbij zijn. In de naoorlogse sociaalwetenschappelijke filosofie is een hernieuwde belangstelling zichtbaar voor de grote theorieën.[100] Te verwachten is dat de invloed hiervan zich (als altijd: iets later) zal doen gelden in het juridische denken.[101] In ieder geval is een hernieuwde waardering voor de categorieën rechtsinbreuk en plichtschending zichtbaar in de civielrechtelijke literatuur.[102]

Zo beschouwd, hoeft de leer van Smits niet per se de genadeklap voor de algemene aansprakelijkheidscategorieën als de rechtsinbreuk en de plichtschending te betekenen. Zij kan beter worden gezien als een onderdeel van de grote golfbeweging in het denken over het recht. Ik ga nu na wat na de kritiek van Smits nog resteert van de algemene categorieën in het aansprakelijkheidsrecht.

8.5 Naar een beter begrip van het probleem. Recht vinden

Het Smitsiaans zoeken naar concrete, ongeschreven normen 'voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt' is op te vatten als een pleidooi voor vage normen. Algemeen wordt de zorgvuldigheidsnorm, naast de redelijkheid en billijkheid, gezien als *het* voorbeeld van een vage norm.[103]

Abstract of concreet, scherp of vaag. Ik geloof niet dat het denken in deze tegenstellingen een vruchtbare benadering van het probleem is. Het subjectieve recht, de wettelijke plicht en de zorgvuldigheidsnorm zijn uiteindelijk *alle* vage normen. Alleen gaat het bij de eerste twee om een ander type vaagheid dan bij de laatste. Instructief is het onderscheid dat Hart maakt tussen 'communication by general standards of conduct' en 'communication by example'.

---

99 Zie over de voorlaatste millenniumwisseling in dit verband: A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 11-14.

100 Daarover: Q. Skinner, *The Return to the Grand Theory in the Human Sciences*, ed. Quentin Skinner, Cambridge: Cambridge University Press 1985.

101 Als voorbeeld van een beginnende tegenbeweging kan worden beschouwd het pleidooi tegen vage normen van Barendrecht in zijn proefschrift. Zie: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992. Ook Loenen, *Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid* 1996 was al kritisch over het postmoderne denken ('met zijn focus op het unieke, het eigene, het individuele', zie p. 136).

102 Zie bijv. Verheul, 'Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid', *WPNR* 2018/7215; Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/29, 30 en 42; genuanceerd: Hartlief, 'Vooruitgang in het recht', *RMThemis* 2019, p. 18-25, *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/44-48.

103 Zie bijv.: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 3.

Van beide geeft hij het voorbeeld van de vader die zijn zoon onderwijst hoe een kerk te betreden:

> 'One father before going to church says to his son, "Every man and boy must take off his hat on entering a church". Another baring his head as he enters the church says, "Look: this is the right way to behave on such occasions".'[104]

Het nadeel van de norm-per-geval is dat zij geen informatie geeft voor andere gevallen:

> 'Communication by example in all its forms (...) may leave open ranges of possibilities, and hence of doubt, as to what is intended (..). How much of the performance must be imitated? Does it matter if the left hand is used, instead of the right, to remove the hat? That it is done slowly or smartly?'[105]

Alle vragen die het kind in deze situatie kan stellen, zijn te herleiden tot deze ene: 'What precisely is it about his conduct that is to be my guide?' En zo is ook de vraag gerechtvaardigd in het geval van de zorgvuldigheidsnorm: *Hoe* handelt de zorgvuldige persoon? Hoe gedraagt de goede huisvader, buurman, bouwer zich?[106] 'Zoals in de gegeven omstandigheden volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', is het antwoord dat artikel 6:162 geeft. En daaruit blijkt hoe weinig informatief de zorgvuldigheidsnorm is.[107]

Op het eerste gezicht lijken normen als het subjectieve recht en de wettelijke plicht duidelijker bakens voor wie zich zorgvuldig wil gedragen. Algemener gesteld, in de woorden van Hart:

> 'In contrast with the indeterminacies of examples, the communication of general standards by explicit general forms of language (...) seems clear, dependable and certain. (...) In order to know what to do on other occasions the child has no longer to guess what is intended, or what will be approved (...). He has only to recognize instances of clear verbal terms, to "subsume" particular facts under general classificatory heads and draw a simple syllogistic conclusion. (...) He has a rule which he can apply by himself to himself.'[108]

Maar aan deze welomschreven normen kleeft een ander nadeel:

> 'In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent to the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general

104 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 124.
105 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125.
106 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125.
107 Vgl. M.E. Franke, 'Beroepsaansprakelijkheid', *TvPr.* 1992, p. 566.
108 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125-126.

> expressions are clearly applicable (...) but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not (...). Canons of "interpretation" cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules (...) and make use of general terms which themselves require interpretation.'[109]

Ook deze categorieën blijken vaag. De vaagheid is alleen van een andere soort dan zojuist besproken. Het gaat nu niet om de vraag in hoeverre de voor dit ene geval opgestelde regel ook voor andere gevallen geldt. Maar om de kwestie welke gevallen precies door de algemene regel worden bestreken.

De onderscheiding tussen vage en scherpe normen draagt derhalve niet bij aan een beter zicht op het probleem.[110] Dat geldt dus ook voor de door Smits gehanteerde onderscheiding tussen abstracte en concrete regels,[111] anders uitgedrukt: tussen systeem- of probleemdenken.[112] Er moet, om in de zojuist gebruikte terminologie te blijven, een regel (oplossing) voor het concrete probleem worden gevonden. En de vraag is welk nut abstracte regels, of 'het systeem' daarbij kunnen hebben. Die vraag is nu aan de orde.

8.6 Theoretische benadering: het nut van rechtsregels

8.6.1 Vooraf: gedragsbeïnvloeding of geschillenbeslechting

In de paragrafen 8.3 en 8.4 zijn twee visies op rechtvaardigen gepresenteerd. In beide geldt de rechtvaardiging als de uitzondering op de regel wat als onrechtmatig wordt aangemerkt; alleen de *functie* van de rechtvaardiging verschilt in beide benaderingen. In de ene visie is de uitzondering een geïntegreerd onderdeel van de regel. De rechtvaardiging werkt hier intern, als deel van de norm. Haar aanwezigheid voorkomt dat de daad als onrechtmatig wordt gekwalificeerd. In de andere visie staat de rechtvaardiging buiten de regel en perkt haar reikwijdte in. Haar werking ten opzichte van de norm is nu een externe. Zij verandert niets aan de norm zelf. De daad wordt, zoals we zagen, voorlopig als onrechtmatig gekwalificeerd. Maar de aanwezigheid van de rechtvaardiging verklaart waarom dat oordeel in dit geval wordt teruggenomen. Welke visie op het functioneren van de rechtvaardiging verdient de voorkeur?

Voordat de vraag naar de functie van de uitzondering op de regel wordt beantwoord, is het van belang eerst stil te staan bij de functie van de regel

---

109 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 126.

110 Wat niet wil zeggen dat aan de discussie daarover geen argumenten zouden kunnen worden ontleend.

111 Zie hierboven: par. 8.4.2 (*De toets: overkoepelend, open en concreet*).

112 Daarover J. ter Heide, 'Iudex Viator: Probleem- of systeemdenken, of gesystematiseerd probleemdenken', *AA* 1967, p. 3-31.

zelf. In de Nederlandse juridische literatuur is betrekkelijk weinig over deze kwestie geschreven. Wel is uitgebreid aandacht besteed aan de verhouding tussen feit en regel.[113] Datzelfde geldt voor de verhouding tussen regel en beginsel.[114]

Een verhelderende algemene beschouwing over het functioneren van rechtsregels is te vinden bij Feldbrugge.[115] Hij onderscheidt twee functies van rechtsregels. Enerzijds de functie van *geschillenbeslechting*. Dat is de functie die een regel heeft bij de oplossing van een gerezen conflict. Anderzijds de functie van de *normering* van gedrag. Dan gaat het om de regel als middel om een bepaalde wijze van gedrag aan te wijzen, om het maatschappelijk leven te beïnvloeden – kortom: de regel als voorschrift om naar te handelen.[116]

De literatuur over de functie van regels in het aansprakelijkheidsrecht betreft meestal de laatstgenoemde: de functie van de regel als baken van gedrag.[117] In deze zin is hierboven, in het tweede hoofdstuk,[118] gesproken over de functie van het aansprakelijkheidsrecht. In deze zin bespreekt ook bijvoorbeeld Van Dam de functies van de zorgvuldigheidsnorm.[119] Hij ziet als functies: preventie, vergoeding en spreiding van schade en betrekt daarbij de invloed van verzekering en economie.[120] In al deze gevallen gaat het om de functie die de norm vervult in het maatschappelijk verkeer, 'als een middel voor het bereiken van bepaalde doelstellingen'.[121]

---

113 Zie bijv.: Asser/Scholten, *Algemeen Deel** 1974, p. 120 e.v.; Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss). 1978, p. 112 e.v.; Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 162 e.v.

114 Zie: Larenz, *Richtiges Recht* 1979, p. 23 e.v.; Hart, *Concept of Law* 2012, postscript, p. 259-263.

115 Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968.

116 Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968, p. 14-16. Naast de hier besproken functies noemt Feldbrugge ook de symboolfunctie van regels. Zie: Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968, p. 14, voetnoot 24, slot. Deze zou ik scharen onder de regulerende functie van rechtsregels. Zie in dat verband: B. van Roermund, *Het verdwijnpunt van de wet. Een opstel over symboolwerking van wetgeving*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 en B. van Klink, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (bijv. p. 66-76).

117 Ook daarbuiten wordt meestal vooral aandacht besteed aan het functioneren van regels in de samenleving in het algemeen, dus los van de functie in het proces. Zie bijv. William Twining en David Miers, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London: Weidenfeld and Nicolson 1982, p. 159-163.

118 Zie par. 2.3.4 (*Civielrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen*) e.v.

119 Onbesproken blijft hier de vraag of het subjectieve recht en de wettelijke plicht niet dezelfde functies vervullen als Van Dam toekent aan de zorgvuldigheidsnorm.

120 In zijn Aansprakelijkheidsrecht duidt hij deze functies naast straf en genoegdoening aan als de 'secundaire' functies van het aansprakelijkheidsrecht. Zie zijn *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 103.

121 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss. 1989), p. 199. In dezelfde zin over functies van rechtsregels bijvoorbeeld (specifiek over smartengeld) S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1998, p. 5-62.

8.6.2 De functie van de rechtsregel bij geschillenbeslechting

Anders dan de normerende functie, blijft de functie van de regel als middel om een juridisch geschil op te lossen dus vaak onderbelicht.[122] Dat is voor een onderzoek naar de werking van de rechtvaardiging te betreuren.

Immers: *voor de regulering van gedrag* zal het van weinig belang zijn in welke vorm een norm precies is gegoten, zolang er maar duidelijkheid is over het bestaan van de regel en de eventuele uitzonderingen erop. Naar een waardering van de bovengeschetste methoden van rechtvaardigen zal men in deze hoek dus niet hoeven zoeken. En een antwoord op de in de inleiding tot dit hoofdstuk gestelde vragen,[123] zal men hier niet mogen verwachten.

Maar *bij het oplossen van een gerezen conflict*, zoals bij de vraag of een daad al dan niet gerechtvaardigd is, kan de wijze waarop een norm gestalte heeft gekregen van groot belang zijn, bijvoorbeeld in verband met de verdeling van de bewijslast. De wijze waarop de norm (rechtsregel) functioneert bij de oplossing van een geschil, kan veel inzicht verschaffen in de rol die de rechtvaardiging speelt bij de beoordeling van een beweerde schending van de norm. Als érgens de waarde van de in de vorige paragrafen genoemde methoden van rechtvaardigen zou blijken, moet het dus hier zijn. Daarom staat de functie van de rechtsregel bij geschillenoplossing nu centraal.

Onderzocht wordt welke functies regels hebben bij de oplossing van een juridisch geschil. Bij de bespreking van de functies ga ik na welke van de twee hiervoor besproken methoden van rechtvaardigen de voorkeur verdient.

Vooraf dient nog te worden opgemerkt dat de uitzondering op de regel, zoals een rechtvaardiging, zelf ook een (sub-)regel is. In gelijke of gelijksoortige andere gevallen zal immers eenzelfde uitzondering op de regel worden gemaakt. Wat hierna over de functie van de regel wordt geschreven, geldt daarom ook voor de functie van de uitzonderingen op die regel.

8.6.3 Situeringsfunctie; de legitimerende kracht

Over de functies van rechtsregels in een juridisch proces is geschreven door H. Drion.[124] Hij ziet twee functies: situeren en voorspellen.

De situeringsfunctie van de rechtsregel staat volgens Drion in dienst van de rechtsgelijkheid, die hij beschouwt als: 'misschien het meest essentiële criterium waarmee recht van onrecht wordt onderscheiden: het criterium dat

---

122 Een uitzondering is het onderzoek van Smeehuijzen naar de vraag hoe de rechterlijke oordeelsvorming plaatsvindt. Ook hij concludeert dat er weinig literatuur te vinden is die dat inzichtelijk maakt. Smeehuijzen, *Hoe oordeelt de feitenrechter?* 2017, p. 350-358.

123 Welke rol speelt de rechtvaardiging bij de vorming van het oordeel over een eventuele normschending?, En: op welke wijze vervult zij deze rol? Zie: par. 8.1 (*Normschending en rechtvaardiging*).

124 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 49-61.

gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld'.[125] De rechtsregel stelt de rechter in staat zijn beslissing te situeren tussen 'alle andere reeds gegeven of voorzienbaar nog te geven beslissingen'. Drion legt uit:

> 'Dit situeren laat zich enigszins – maar slechts enigszins – vergelijken met het situeren van een stukje van een legpuzzle. Bij een duidelijke en scherpe tekening is het situeren gemakkelijker. Maar iedere legpuzzleliefhebber kent het probleem van de grote vlakken van een blauwe hemel met maar hier en daar een vaag wolkje. Zulke weinig getekende vlakken kennen we in de wetgeving bij blanketnormen. Met een verwijzing naar 1374 lid 3 of art. 1401 is de zaak nog maar weinig gesitueerd. Door zich te beperken tot een blanketnorm doet de wetgever zo een beetje wat de puzzelaar doet die begint met alle blauwe stukjes bij elkaar te leggen, met de bedoeling ze later nog wel eens in elkaar te passen.'[126]

Hoe scherper de norm, hoe eenvoudiger de beslissing van de rechter te situeren is. Dat kan men Drion onmiddellijk toegeven.[127] Maar waar het eigenlijk om gaat als de rechter zijn beslissing plaatst, is dat hij daarmee zijn beslissing legitimeert. De rechter maakt zijn beslissing *controleerbaar* door haar te plaatsen naast andere en verleent haar daarmee draagkracht tegenover de partijen. De regel stelt de rechter dus in staat aan te geven waarom zijn beslissing in de te beoordelen casus gerechtvaardigd is; 'Einzelfallgerechtigkeit is een contradictio in terminis: voor de rechtvaardigheid van beslissingen is hun herhaalbaarheid in analoge geschillen een sine qua non', aldus Nieuwenhuis.[128]

De rol van uitzondering is hierbij een rechtsverfijnende. Zij stelt de rechter in staat aan te geven waarom hij in casu van de regel afwijkt. Zij geeft uitdrukking aan het *tweede* gedeelte van het gelijkheidsbeginsel: 'Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld; *ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van ongelijkheid*.'

Net als een beroep op de regel zelf, kan het beroep op de uitzondering een rechtvaardiging opleveren voor het rechterlijk oordeel. De rechter geeft dan aan de eiser toe dat de door hem ingeroepen norm inderdaad is overtreden, maar geeft tevens aan waarom in *dit* geval toch niet de conclusie volgt dat het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is. Juist het scheiden van enerzijds de regel en anderzijds de redenen waarom zij buiten toepassing blijft, maakt een rechterlijke uitspraak inzichtelijk. Dit laatste is goed te illustreren aan de hand van de zaak Maas/Willems.

Maas en Willems zijn beide vervoerders. Maas berekent lagere tarieven dan het wettelijk vastgestelde minimum. Dat leidt ertoe dat een belangrijke cliënt van Willems zijn vervoer voortaan laat verzorgen door Maas. Willems meent dat Maas hem hiermee oneerlijke concurrentie aandoet. Maas handelt

125 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 52.
126 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 54.
127 Met bijv.: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 75.
128 Nieuwenhuis, *Legitimatie en heuristiek* 1976, p. 499.

immers in strijd met een wettelijke regeling, die is uitgevaardigd, juist om te voorkomen dat het internationaal goederenvervoer zijn taak niet naar behoren zou kunnen verrichten, wanneer het 'uit concurrentieoverwegingen gedwongen (zou) zijn met een te geringe vergoeding genoegen te nemen'. Maas stelt echter dat de door hem gevolgde berekeningswijze 'onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems' algemeen gangbaar is. De Hoge Raad oordeelt dat Maas moet worden toegelaten tot het bewijs van de door hem gestelde usance, omdat

> 'in dat geval die vervoerders, waaronder Willems, door zich niet aan het wettelijk tariefvoorschrift te houden, zich op grond van hun eigen gedrag zouden hebben onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voor zover zij zich daar wel aan plachten te houden, aan dat voorschrift op grond van art. 1401 BW tegenover de overtreder hadden kunnen ontlenen'.[129]

In principe biedt het prijsvoorschrift bescherming tegen schade veroorzaakt door overtreders van het voorschrift. Voor een uitzondering op deze regel is plaats wanneer de gedupeerde zich zelf ook niet houdt aan het voorschrift.[130] Willems wint als hij zich altijd netjes aan de voorschriften heeft gehouden. Dat zal Willems rechtvaardig voorkomen. Hij zal het proces verliezen als Maas aantoont dat ook Willems de regels overtreedt. En ook met die uitslag zal Willems kunnen leven. Het 'waarom' van wel of geen aansprakelijkheid wordt in deze methode afdoende verwoord.

Deze legitimerende functie van regel en uitzondering komt goed tot haar recht bij de analyserende methode, maar niet in de synthetiserende. In die benadering is beslissend of Maas zich jegens Willems 'onzorgvuldig' gedraagt. En wat onzorgvuldig is, verschilt van geval tot geval. De constatering dat in casu onzorgvuldig is gehandeld zal de in het ongelijk gestelde partij weinig

129 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, *NJ* 1973/463 (*Maas/Willems*), O. omtrent de onderdelen 2e en 3b, p. 1256, l.k.

130 Door nogal wat auteurs werd het besproken arrest gezien als aanvaarding van de leer-Smits. (Zie voor verwijzingen: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/83). Nieuwenhuis bijv. wijst op het arrest met de opmerking 'De Hoge Raad lijkt niet afkerig van deze zienswijze', *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.1, p. 100. In die lezing is echter niet te verklaren waarom de Hoge Raad uitdrukkelijk stelt dat de vervoerders, zouden zij zich wel aan de regeling houden, 'tegenover de overtreder (bescherming) zouden hebben kunnen ontlenen' aan de voorschriften. De Hoge Raad wijst hiermee expliciet de wettelijke regeling aan als grondslag voor een vordering, wanneer de gedupeerde zelf de regels wel in acht had genomen. Door Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 233-3 wordt het arrest, m.i. terecht, besproken in het kader van de relativiteit, bij het pot-ketel-verweer. Zie in deze zin reeds F.J. de Vries, 'Clean hands en algemene voorwaarden', in: *BWKJ* 1990, p. 136-138 en Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 90-92.

informatie verschaffen en – erger – mogelijk niet overtuigen.[131] Welke factoren deze keer in zijn nadeel hebben gewerkt en hoe de toets een volgende maal zal uitvallen, hij moet ernaar gissen. Op een algemener niveau, voor de rechtsontwikkeling in het algemeen, geldt dit bezwaar evenzeer.[132] Door Drion is al op dit nadeel van de synthetiserende methode gewezen:

> 'Het lijkt me het bezwaar van de leer van Smits (...) dat zij uiteenlopende overwegingen voor het aannemen of verwerpen van aansprakelijkheid op één hoop gooit en daardoor een schijnbare of werkelijke tegenspraak in rechterlijke beslissingen in de hand werkt, met alle bezwaren van dien.'[133]

8.6.4 Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel

De tweede door Drion onderscheiden functie is de voorspellingsfunctie. Deze staat in dienst van de rechtszekerheid, 'waardoor het handelen op grond van gerechtvaardigde verwachtingen mogelijk wordt: verwachtingen die burgers jegens elkaar mogen koesteren en hun verwachtingen ten aanzien van overheidsreacties (of het uitblijven daarvan)'.[134]

Het enkele bestaan van een rechtsregel brengt mee dat burgers op de werking van de regel zullen vertrouwen en hun handelen eraan zullen aanpassen. Het sterkst is de verwachtingsfunctie bij de zogenaamde receptregels, 'rechtsregels die aangeven hoe bepaalde rechtsgevolgen in het leven kunnen worden geroepen', aldus Drion:

> 'Het vertrouwen dat een met inachtneming van de regels verrichte handeling de daarvan te verwachten rechtsgevolgen heeft, mag niet gauw beschaamd worden. Daarom zal de rechtspraak dan ook niet licht terugkomen op vroegere rechtspraak, waarbij voor de geldigheid van een rechtshandeling bepaalde handelingen of vormen niet werden vereist.'[135]

Het is interessant de hier weergegeven voorspellingsfunctie van de rechtsregel in verband te brengen met het door Perelman in de jaren vijftig van de vorige eeuw voor het recht geformuleerde *traagheidsbeginsel*. Het beginsel houdt in dat een algemeen aanvaarde mening of (gedrags)regel niet zonder voldoende reden opzij gezet kan worden.

---

131 Vgl. i.v.m. misbruik van recht en de redelijkheid en billijkheid: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 51. Vgl. i.v.m. de overtuigende kracht van rechterlijke uitspraken nog G. van der Bruggen, 'En toen vloog er een stoel door de rechtszaal. De communicatieve functie van uitspraken', *NJB* 2015/679, p. 874-877.

132 Vgl. Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 71-73, die betoogt dat vage normen de rechtsontwikkeling in de weg staan.

133 H. Drion, in: *2000 weken rechtspraak* 1978, p. 37.

134 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 54.

135 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 56.

> 'Le plus souvent, pourtant, l'orateur ne peut tabler, pour ses présomptions, que sur l'inertie psychique et sociale, qui, dans les consciences et dans les sociétés, fait pendant à l'inertie en physique. On peut présumer, jusqu'à preuve du contraire, que l'attitude adoptée antérieurement – opinion exprimée, conduite préférée – se continuera dans l'avenir, que soit par désir de cohérence ou grâce à la force de l'habitude. (...) En fait, l'inertie permet de compter sur le normal, l'habituel, le réel, l'actuel, et de le valoriser, qu'il s'agisse d'une situation existante, d'une opinion admise ou d'un état de développement continu et régulier. Le changement, par contre, doit être justifié; une décision, une fois prise, ne peut être renversée que pour des raisons suffisantes. Un grand nombre d'argumentations insistent sur ce que rien en l'occurrence ne justifie un changement.'[136]

Voor een uitzondering op een geaccepteerde regel is alleen plaats bij gegronde (voldoende) redenen ('des raisons suffisantes'). Vergelijk de Nederlandse rechter over medische protocollen:

> 'Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot medisch verantwoord handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan "vergeten" en dus van een beargumenteerde afwijking van het voorschrift geen sprake was, behoefde het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.'[137]

Voor afwijking van geldende voorschriften moet een zwaarwegend belang worden aangevoerd.

Dat stelt eisen aan het verweer van de gedaagde. Zijn verdediging schiet tekort wanneer zij alleen een mist aan 'universellen Zweifel'[138] optrekt. Een rechtvaardigingsgrond als 'afwezigheid van onzorgvuldigheid', zoals voorgesteld door Valk en Engelen,[139] moet daarom worden verworpen, omdat zij niet uitdrukt waaróm het handelen in casu zorgvuldig was. Het is hierboven al gezegd: de legitimerende kracht van een vage regel is klein. En datzelfde geldt voor een vage uitzondering.

---

136 Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation* 1983, p. 142.

137 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (*Medisch protocol I*), r.o. 3.3.3. Overigens betekent het *opvolgen* van het protocol nog niet zonder meer dat ook juist is gehandeld. Zie: HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377 (*Medisch protocol II*), r.o. 3.4.

138 De term is afkomstig uit het hierna aan te halen citaat van Alexy. Zie: Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 1991, p. 216-217.

139 Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. In dezelfde zin: Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 224.

Hiermee raken we aan het belang van de regel (en de uitzondering) voor de bewijslast. Juist op dit vlak ligt volgens Alexy de waarde van het door Perelman beschreven traagheidsbeginsel:

> 'Damit hat es den Charakter einer Argumentationslastregel: die Berufung auf eine bestehende Praxis bedarf keiner Rechtfertigung, "nur die Änderung bedarf der Rechtfertigung". (...) Dies bedeutet nicht, "das alles, was ist, unverändert bleiben soll". Es besagt lediglich, daß es unvernünftig ist, eine bisher akzeptierte Auffassung ohne Grund aufzugeben. Wer etwas bezweifelt oder kritisiert, muß einen Grund für seinen Zweifel oder seine Kritik angeben. Es begründet ferner die Unzulässigkeit des universellen Zweifels. Damit werd der Bereich der Erforderlichkeit der Rechtfertigung erheblich eingeschränkt. Es ist nicht erforderlich, alles zu rechtfertigen, sondern nur das, was mit Gründen bezweifelt wird. Dies bedeutet nicht nur eine erhebliche Entlastung der Argumentation, es macht das Argumentieren überhaupt erst möglich. Ohne irgend etwas vorauszusetzen, kann keine Argumentation beginnen.'[140]

De rechtsregel als voorwaarde voor het debat en als vooronderstelling in verband met de bewijslastverdeling. Daarmee kom ik op de volgende functie van rechtsregels.

8.6.5 Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen

Het debat voor de rechter verloopt in fasen, volgens een bepaald patroon. Nieuwenhuis spreekt van 'de rechtsregel als agenda':

> 'De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek fungeren vooral als discussieregels, normen die aangeven met behulp van welke argumenten het debat gevoerd moet worden. (...) Voordeel van een goede agenda is dat duidelijk wordt aangegeven wie, wat, op welk moment ter sprake kan brengen, zodat er zo weinig mogelijk hoeft te worden overgelaten aan het vangnet w.v.t.t. (wat verder ter tafel komt). In dit opzicht slaat het nieuwe Burgerlijk Wetboek zeker geen slecht figuur. Met behulp van enkele vaste tournures ("wordt vermoed"; "tenzij") worden doorgaans voldoende aanwijzingen gegeven voor de goede orde van het debat.'[141]

De hier beschreven agenda is te herkennen in artikel 6:162 lid 1 en 2. Op de eiser rust de verplichting aan te tonen dat de gedaagde een onrechtmatige daad heeft gepleegd (lid 1), waarbij de wet aangeeft wat als onrechtmatige daad geldt ('Als onrechtmatige daad wordt aangemerkt ...', aldus lid 2, opening). Aan de gedaagde is het vervolgens om aan te tonen waarom de genoemde verplichting in dit geval toch niet bestaat ('… een en ander behoudens de

140 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 1991, p. 216-217.
141 Nieuwenhuis, 'Hoe bestaat een recht?', in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 54.

aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond', lid 2, slot). Op hem rust de plicht het "tenzij" te onderbouwen.[142]

Met deze agenda van het debat voor de rechter hangt een bewijslastverdeling samen. Door de normovertreding is het belang van de eiser geschaad. Daarom is het redelijk hem te belasten met het bewijs hiervan. Artikel 150 Rv zegt het als volgt: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten.' Aan de andere kant heeft de gedaagde er belang bij omstandigheden aan te voeren die hem van aansprakelijkheid ontheffen. De bewijslast daarvan rust (eveneens volgens artikel 150 Rv) op hem. Dat is niet alleen redelijk, omdat zijn belang ermee gediend is, maar het is ook logisch, omdat hij de meest gerede partij zal zijn om de genoemde omstandigheden aan te tonen.[143] Normschending en rechtvaardiging behoren in het debat voor de rechter tot verschillende 'domeinen' (de term is in dit verband gelanceerd door Stein):[144] dat van de eiser en dat van de gedaagde.

De zojuist geschetste natuurlijke ordening in het debat komt tot uitdrukking in een methode van rechtvaardigen, waarbij regel en uitzondering los van elkaar worden beschouwd. Dat blijkt ook uit de beschrijving door Gerards en Senden van de bewijslastverdeling bij mensenrechtenschendingen:

> 'One of the most important arguments in favor of the bifurcation in fundamental rights cases is that it ensures a fair division of the burden of proof. In the first (…) stage, the applicant must demonstrate that the complaint concerns a fundamental right and that it actually comes within the scope of that right. (…) If the applicant succeeds, a prima facie case of an infringement of the Convention is established. As a consequence of this, the burden shifts to the government in the second or application stage: the state must then refute the assumption of a Convention violation by proving that the interference was justified.'[145]

Deze domeinidee is slecht te verenigen met een synthetiserende methode. De eiser moet immers de normschending bewijzen. In de synthetiserende methode betekent dit dat hij aan de hand van een aantal factoren aantoont dat jegens hem onbetamelijk is gehandeld. Denkbaar is dat de rechter hem wat de bewijs-

---

142 De excepties zijn door Hart ook verwoord als: 'what can follow on the word "unless"', Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148.

143 Vgl. Verheij, Hage & Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 99.

144 P.A. Stein, 'Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure', *NJB* 1988, p. 389, die het aldus uitdrukt, 'dat voor iedere procespartij als een eigen bewijsdomein kan worden aangewezen al hetgeen zich bij haar heeft afgespeeld'. Vgl. ook W.L. Haardt, annotatie bij HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500 (*Timmer/Deutman*).

145 Gerards & Senden, *The structure of fundamental rights, ICON* 2009/4, p. 641. Zij pleiten, mede vanwege dit gevolg voor de bewijslastverdeling, voor een benadering waarbij enerzijds het recht en de inbreuk erop en anderzijds de rechtvaardiging van die inbreuk scherp zo scherp mogelijk worden onderscheiden. Zie: Gerards & Senden, *The structure of fundamental rights, ICON* 2009/4, p. 644 en de algemene conclusie op p. 652.

last betreft tegemoet komt op de punten die het domein van zijn wederpartij betreffen, zoals de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Maar niet te ontkennen valt dat de eiser fundamenteel in een moeilijker positie verkeert, wanneer hij zich moet beroepen op de zorgvuldigheidsnorm dan wanneer hij zich op een rechtsinbreuk of plichtschending kan beroepen. Molengraaff, toch verklaard voorstander van de invoering van de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatigheidscategorie,[146] was er volstrekt duidelijk over:

> 'Het behoeft geen betoog dat dus de positie van den eischer in cas van oneerlijk concurrentie een geheel andere is dan die van hem die zich beroept op een uitsluitend recht, bijv. op zijn naam. De laatste zal kunnen volstaan met aan te toonen dat de gedaagde dien naam gebruikt heeft ter aanduiding van zich zelve, of van zaken die met den drager van den naam niets te maken hebben, de eerste daarentegen zal moeten bewijzen dat misleiding van het publiek mogelijk was; het bezigen van den naam onder omstandigheden geschikt om te zijnen nadeele het publiek op een dwaalspoor te brengen (...). Bestaat er een uitsluitend recht dan is ook het enkele gebruik van den naam reeds onrechtmatig, is er slechts eene actie wegens concurrence déloyale, dan alleen het gebruik van den naam op zulk eene wijze dat door misleiding van het publiek eens anders debiet wordt benadeeld.'[147]

Het citaat is lang, maar doet uitkomen dat de keus voor een van de twee categorieën niet alleen processuele gevolgen heeft, maar ook materieel invloed heeft op het oordeel of onrechtmatig is gehandeld.[148] Deze kwestie is het volgende punt van behandeling.

8.6.6 Richtinggevende functie; de sturende kracht

Op een algemeen niveau hebben regels een voorspellingsfunctie: een in een bepaald geval gegeven regel geldt ook voor andere gevallen, tot de regel met reden opzij wordt gezet voor een andere. Op een concreter niveau, zoals in een juridische procedure, hebben regels een functie die hierop lijkt, maar er toch van onderscheiden moet worden. Het gaat daarbij om wat ik de sturende functie van de regel zou willen noemen: de kracht die de rechtsregel heeft op de oordeelsvorming in een procedure. De functie is te vergelijken met de processuele functie van bezit. Wie in een procedure met betrekking tot de

146 Ruim 30 jaar voor 1919, het jaar waarin Lindenbaum/Cohen werd gewezen, pleitte Molengraaff voor een ruimer criterium van het begrip onrechtmatigheid in zijn Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter', *RMThemis* 1887, p. 378. Zijn omschrijving van de maatschappelijke betamelijkheid klinkt door in het arrest van 1919. Zie over de betekenis van Molengraaffs opstel ook: Jansen, *Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief* 2019, p. 3-7.

147 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter', *R.M.* 1887, p. 378.

148 Vgl. ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/54.

betwisting van de eigendom van een zaak zijn bezit van de zaak kan aantonen staat sterk: wie bezit heeft, wordt vermoed ook eigendom te hebben, zie artikel 3:119 lid 1 (behoudens tegenbewijs, te leveren door de wederpartij). Algemener geformuleerd: Uit het bestaan van een bepaalde situatie vloeit (het vermoeden van) een bepaald rechtsgevolg voort.

Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor bij de aanwezigheid van een rechtsinbreuk of plichtschending. Wie zich kan beroepen op bijvoorbeeld een geldig octrooirecht staat in een procedure over een inbreuk op dat recht sterk: de octrooihouder hoeft inbreuk op zijn recht niet te dulden. Als een inbreuk is gepleegd, moet de inbreukmaker aantonen waarom hij niet aansprakelijk zou zijn voor de schade van de gerechtigde. De enkele rechtsinbreuk, met andere woorden, schept het vermoeden van onrechtmatigheid. Aldus ook de Hoge Raad:

> 'Een inbreuk op een exclusief recht is immers een onrechtmatige daad, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'[149]

Datzelfde geldt in geval van de overtreding van een wettelijke plicht (voor zover, uiteraard, deze de eiser beschermt tegen de geleden schade). In de woorden van Van Dam: 'Schending van een wettelijke plicht levert immers, zeker maar niet alleen bij voldoende concreetheid van de norm, in beginsel onrechtmatigheid op.'[150]

Men kan zeggen dat het subjectieve recht en de wettelijke plicht een sturende kracht in de procedure hebben.[151] Schending van deze normen is van grote, in veel gevallen zelfs: doorslaggevende,[152] betekenis voor het oordeel over de rechtmatigheid van de daad. De enkele schending duwt het oordeel richting 'onrechtmatig'.[153] Van de kracht van de door gedaagde aangevoerde verweren hangt af of dit oordeel ook het definitieve is.

Waar de regel een sturende functie heeft, vervult de uitzondering een *bijsturende* rol; zij kan het oordeel weer terugduwen richting 'rechtmatig'. Dat geldt allereerst voor rechtvaardigingsgronden. Wanneer aanvankelijk een onrechtmatige daad wordt aangenomen, is er reden dat oordeel te herzien, wanneer sprake is van een toereikende rechtvaardiging. Hetzelfde geldt voor

149 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (*Onttrekking delfstoffen*), r.o. 8.4.2.

150 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/222, slot.

151 Zie over dit aspect reeds: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 143-145.

152 Namelijk in de eenvoudige gevallen, waarin de rechtsinbreuk of plichtschending is vastgesteld en geen of slechts een onvoldoende rechtvaardiging kan worden aangevoerd. Ik kom daarop zo dadelijk terug, mede aan de hand van een citaat van Bloembergen.

153 Smeehuijzen beschrijft dat wettelijke bepalingen ook 'prominent figureren' bij de invulling van wat de zorgvuldigheid eist; hetzelfde geldt voor 'maatschappelijke normvorming' in protocollen en richtlijnen. Zie Smeehuijzen, *Hoe oordeelt de feitenrechter?* 2017, p. 352-355.

andere omstandigheden die aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan, zoals het relativiteitsverweer, of een beroep op een schulduitsluitingsgrond.

Het sturende karakter van rechtsregels is zichtbaar in beide hierboven genoemde methoden van rechtvaardigen. Alleen vindt de 'sturing' bij de synthetiserende methode plaats *binnen* de zorgvuldigheidstoets. De schending van een subjectief recht of wettelijke plicht zal dan een belangrijke factor zijn voor het uiteindelijke oordeel over de zorgvuldigheid van de handeling. Bij de analyserende methode bestaat de sturing daarin, dat schending van een der categorieën tot gevolg heeft dat de daad in principe als onrechtmatig wordt aangemerkt.

Toch is er een belangrijk verschil tussen de beide methodes. Het komt aan het licht in de situatie waarin geen of onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor een begane rechtsinbreuk of plichtschending. Toepassing van de synthetiserende methode eist dat altijd de zorgvuldigheid van de gedraging wordt getoetst. Maar die toetsing is in dit geval, na de vaststelling van inbreuk of wetschending een lege. Aan het oordeel dat de daad onrechtmatig is, wordt niets meer veranderd door de extra zorgvuldigheidstoets; het uiteindelijke oordeel is te verklaren (en ook alleen te verklaren) uit de rechtsinbreuk of plichtschending.

De zorgvuldigheidstoets lijkt een *overall* toets te zijn, maar is in veel gevallen niets anders dan een enkelvoudige toets van rechtsinbreuk of wetschending. En dat bezwaar klemt, omdat het in het aansprakelijkheidsrecht in zeer veel gevallen (en dan denk ik met name aan alle gevallen die de rechter niet eens 'halen' of alleen in eerste aanleg worden afgedaan) gaat om domme fouten waardoor voor een ander schade is ontstaan en waarvoor de handelende dus geen goed excuus of goede rechtvaardiging heeft. Vergelijk in dat verband Bloembergen:

> 'Al het vorenstaande neemt niet weg, dat er natuurlijk ook bij de rechter in eerste aanleg zaken aan de orde komen, die juridisch interessant zijn en waarin de rechter optreedt als vinder van het recht, waarin hij de wet interpreteert of vage normen – in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, goede trouw, dringende reden, enz., enz. – hanteert. Maar als ik het goed zie vormt dit soort zaken slechts een vrij kleine minderheid.'[154]

Het oordeel over het gedrag van de handelende kan in dit soort zaken eenvoudig worden gebaseerd op de categorie rechtsinbreuk of plichtschending. Uiteraard is het denkbaar om dan toch na te gaan of het gedrag van de handelende de toets der zorgvuldigheid kan doorstaan, maar erg zinnig is dat niet, omdat dit geen andere uitkomst oplevert. Sterker: toepassing van de zorgvuldigheidsnorm vergt hier een zeer inefficiënte wijze van oordeelsvorming, die dus beter achterwege kan blijven.

---

154 A.R. Bloembergen, *Het belang van de rechter als persoon*, *AA* 1967/2-3, p. 131-132.

Nog in een ander verband is de richtinggevende functie van de norm van belang. Daarmee kom ik op de, verderop in deze studie nader te bespreken,[155] koppeling tussen de normschending en de rechtvaardiging. De keus voor een bepaalde normschending als grondslag voor een vordering van schadevergoeding of verklaring voor recht bepaalt vaak dwingend welke verweren gevoerd kunnen worden. De gekozen norm geeft met andere woorden richting aan de verweermogelijkheden. Zo zal bij een risicoaansprakelijkheid als die van artikel 6:174 (gebrekkige opstal) het verweer van de bezitter dat hij de zaak goed onderhield en niet bekend was met het gebrek geen kans van slagen hebben; en wanneer een werknemer schade lijdt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden, slaagt in het verweer tegen aansprakelijkheid volgens artikel 7:658 lid 2 alleen de werkgever die aantoont dat hij zijn zorgplichten is nagekomen.[156] Tegen sommige normschendingen past geen enkel verweer, zoals het al eerder genoemde folterverbod van artikel 3 EVRM.[157]

De gekozen norm stuwt het debat dus in een bepaalde richting. Dat gegeven blijft onverklaard in een methode waarbij wordt uitgegaan van een overkoepelende norm die zowel de normschending als de rechtvaardiging omvat, en waarbij uiteindelijk altijd aan de zorgvuldigheid wordt getoetst. Bij sommige normen is die zorgvuldigheid van het gedrag van de aansprakelijke immers irrelevant, en bij sommige normen zijn schendingen in het geheel niet te rechtvaardigingen. Bij andere normen is slechts een beperkt aantal verweren mogelijk.

8.6.7 Kapstokfunctie: de heuristische kracht

De rechtsregel helpt de rechter niet alleen bij het situeren van zijn beslissing, zij helpt hem ook bij het *vinden* ervan.[158] Dat is wat ik de kapstok- of gidsfunctie van de rechtsregel noem. Het enkele bestaan van een norm kan de

155 Zie hoofdstuk 11 (Invloed op oordeel handeling), m.n. par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*).

156 Of de werkgever die kan aantonen dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

157 Zie nogmaals Van Dijk c.s., die over het absolute karakter van dit artikel schrijven, Van Dijk c.s. *European Convention on Human Rigths* 2017, p. 383. Zie bijv. ook EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ* 2007/226 (*Jalloh v. Duitsland; Folterverbod*), m.nt. Schalken onder 2.

158 Gerards wijst erop dat het juridisch raamwerk van rechtsregels en rechtspraak ook bijdraagt aan de rationaliteit en kwaliteit van het rechterlijk oordeel. Vooral in zaken van botsende belangen komt de rechter vaak (in de woorden van Gerards) 'intuïtief tot een bepaalde keuze'. Het motiveringsvereiste dwingt de rechter tot inpassing van die keuze in het bestaande raamwerk, dus tot rationalisering. Daarmee geeft het een belangrijke controle op subjectiviteit. Zie: Gerards, *Belangenafweging* (oratie) 2006, p. 5-6. Bij een beroep op een rechtvaardiging gaat het per definitie om 'botsende belangen'.

rechter helpen bij het vinden of formuleren van zijn beslissing – of kan de partijen een argument geven om de rechter van hun gelijk te overtuigen.[159]

Een goed voorbeeld van deze functie in geval van een wettelijke plicht, is de invoering van een Arbowet-bepaling tegen seksuele intimidatie.[160] Door deze regeling wordt de werkgever verplicht maatregelen te treffen om seksuele intimidatie op de werkplek tegen te gaan. Hoewel het hier om een vage norm gaat en de Arbowet zelf nauwelijks sancties bevat voor het geval de bepaling niet wordt nageleefd, heeft de norm een belangrijk effect gehad op de beoordeling van mogelijk onbetamelijk gedrag in de werksfeer. Holtmaat concludeert uit onderzoek naar de eerste vijftien jaar jurisprudentie op dit gebied:

> 'Via de civiele- en de ambtenarenrechter wordt de norm dat seksuele intimidatie op de werkplek een objectieve grensoverschrijding betreft van wat "betamelijk gedrag" is in de omgang met collega's en ondergeschikten nu wel degelijk gehandhaafd en worden werkgevers aangespoord om tegen dit verschijnsel op te treden. De publiekrechtelijke verplichting in de Arbowet heeft, met andere woorden, een belangrijke reflexwerking binnen het civiele arbeidsrecht en binnen het ambtenarenrecht. Uit (...) jurisprudentie-onderzoek is duidelijk geworden dat rechters nu dankzij de bepaling in de Arbowet aanzienlijk beter met het verschijnsel seksuele intimidatie op de werkplek uit de voeten kunnen dan 15 jaar geleden.'[161]

In wezen kan alle 'reflexwerking' worden omschreven als: de gidsfunctie die het bestaan van een norm in een bepaald deel van het recht heeft voor de oplossing van een probleem in een ander deel van het recht, dat een duidelijke norm ontbeert. Aan de reeds gevonden norm, kan de oplossing voor het nog te beslissen geval worden 'opgehangen'. Het onderzoek van Holtmaat toont dat aan voor de bestrijding van seksuele intimidatie. Volgens Holtmaat heeft de normstelling in de Arbowet een 'blikverruimende werking' gehad.[162] Waar vóór het bestaan van de Arbobepaling geen duidelijke norm bestond, blijkt het enkele ontstaan van een wettelijke regeling van cruciaal belang voor het honoreren van juridische claims:

> 'Rechters kregen daarmee een wettelijke definitie van seksuele intimidatie op de werkplek in handen, en konden het alleen daarom al niet langer afdoen als een modieus verschijnsel. Onder verwijzing naar de zorgverplichting in de Arbowet

159 Vgl. Van Maanen die in deze heuristische functie overigens het enige nut ziet van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162. Zie: Van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss.) 1986, par. 7.6, p. 222.

160 Art. 1 lid 1, lid 3 sub e jo. art. 3 Arbowet 1998 (oorspronkelijk art. 4 Arbowet 1994).

161 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1724, onder verwijzing naar haar jurisprudentieonderzoek: R. Holtmaat, *Seksuele Intimidatie op de werkplek. Een juridische gids,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

162 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1725.

> stelt de kantonrechter te Amsterdam in 1996 expliciet vast dat seksuele intimidatie op de werkplek een "objectieve normoverschrijding" betreft.'[163]

Sinds het bestaan van de Arbobepaling worden vorderingen van werkneemsters[164] tegen hun werkgever eerder toegewezen. De rechter heeft, zoals hierboven bleek, met de wettelijke norm een houvast (kapstok) gekregen bij de beoordeling van de claim. Bovendien hebben meer werkneemsters een vordering ingediend. Ook dat hangt samen met het ontstaan van de wettelijke norm. Voor de meest voorkomende vordering (ontbinding wegens gewichtige redenen, gecombineerd met een schadevergoedingseis) moet de benadeelde aantonen dat sprake is van veranderingen in de omstandigheden 'welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen' (art. 7:685 lid 2 jo lid 8 BW). Bij de invulling van deze open norm kon eerder in een procedure nog worden gesteld dat het slechts in de subjectieve beleving van het slachtoffer om een dringende reden ging. Aan de hand van de wettelijke bepaling (inmiddels neergelegd in artikel 7:646 lid 6 e.v.) kan het slachtoffer wijzen op een objectieve normoverschrijding, wat voor haar bewijspositie (m.b.t. de zojuist genoemde omstandigheden) uiteraard een enorme vooruitgang betekent.[165]

De geschetste ontwikkeling kan niet worden verklaard met de leer-Smits. Het is immers weliswaar voorstelbaar dat de wettelijke norm de zorgvuldigheidsnorm mede invult. Maar het is niet goed te verklaren dat precies na het ontstaan van die wettelijke norm de zorgvuldigheidstoets anders uitvalt dan ervoor – althans als men, zoals de 'Smitsianen', aanneemt dat het gaat om een grotere hoeveelheid factoren dan alleen de wettelijke norm. Kennelijk is het bestaan van een wettelijke norm in een geval als hierboven beschreven van doorslaggevende invloed op de beoordeling van de zorgvuldigheid of onrechtmatigheid van het gedrag.

Overigens hoeven de hier bedoelde normen niet per se wettelijke regels te zijn. Ook rechterlijke uitspraken vervullen deze gidsfunctie, en wel sterker naarmate ze van een hoger rechtscollege afkomstig zijn. Uiteraard zal de invloed ervan groter zijn naarmate de uitspraak ruimer geformuleerd is en niet alleen ingaat op de omstandigheden van dit concrete geval. Verder kunnen

---

163 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1725, onder verwijzing naar Rb. Amsterdam (ktr.) 9 oktober 1996, besproken in: Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, nr. 92, p. 199/200.

164 Of, uiteraard, werknemers. Holtmaat wijst er echter op dat in verreweg de meeste gevallen het slachtoffer vrouw is.

165 Het hier betoogde geldt natuurlijk ook wanneer de vordering wordt gegrond op een andere open norm als die van art. 7: 611 BW (goed werkgeverschap), of art. 7:658 BW (zorgplicht voor veiligheid). Zie over de mogelijke acties van de benadeelde: R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, H. 4. Overigens zal de normoverschrijding bij betwisting uiteraard wel bewezen moeten worden, zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 4.4.

behalve wetten ook wets*ontwerpen* een gidsfunctie hebben, zoals de casus van Lindenbaum/Cohen[166] en VSH/Shell[167] hebben geleerd.

8.6.8 Dialectische functie; de dynamiek van de methode[168]

In de inleiding van deze studie werd de rechtvaardiging voorgesteld als het 'spiegelbeeld' van de onrechtmatige daad.[169] Dat begrip is meerduidig.

Enerzijds is de rechtvaardiging het tegenovergestelde van de onrechtmatige daad. In beide gevallen gaat het om normschendingen, maar bij een toereikende rechtvaardiging is de normschending *gerechtvaardigd*. In deze zin gaat het om beeld en spiegelbeeld: onrechtmatige en rechtmatige daad.

Anderzijds kan de rechtvaardigingsgrond worden gezien als de *spiegeling* van de onrechtmatige daad. En daarmee kom ik op haar dialectische werking. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond is de reden waarom in een concreet geval géén sprake is van onrechtmatig handelen. Met andere woorden: zij markeert de grens van de onrechtmatigheid; is daardoor medebepalend voor wat onrechtmatigheid *is*. In letterlijke zin bevestigt de uitzondering de regel.[170] In zoverre is de rechtvaardigingsgrond niet alleen het tegenbeeld van de onrechtmatige daad. Zij spiegelt, reflecteert, deze ook. En zij geeft daarmee een beter beeld van wat onrechtmatigheid inhoudt dan de enkele beschouwing van de onrechtmatige daad zou opleveren.[171] De Hegeliaanse les wordt zo verwoord door Van der Walt:

> 'The driving force of Hegel's dialectic system, commonly and overly simplistically understood in terms of a triad of thesis, antithesis and synthesis, is the insight that the demarcation of an identity (for example A) involves the identity of what it is not (-A, that is B, C or any letter which is not A) in that demarcation. Hegel therefor

166 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*), waarin de tekst van het wetsontwerp-Heemskerk (vgl. Bijl. Hand. *Kamerstukken II* 1912/13, nr. 38) werd overgenomen. Het ontwerp werd nooit wet. Zie daarover: M.E. Franke, *Verkort Verklaard* 1996, p. 18-19. Uitgebreid, ook over de invloed van buitenlands recht, Jansen, *Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief* 2019, p. 3-10.

167 HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1988:AD0018, *NJ* 1988/1017 (*VSH/Shell*), waarin het geschrapte art. 6.5.2.8a is overgenomen. Zie daarover Smits, *Verkort Verklaard* 1996, p. 120.

168 In verband met de dynamiek van het recht moet gewezen worden op het opstel van Schut, *Im Kampfe sollst du dein Recht finden* 1976, waar hij de idee van recht als 'eeuwig worden' beschrijft, p. 4.

169 Par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

170 Zie over dit karakter van de regel: Nieuwenhuis, *Regel en uitzondering* 1995, p. 125, die schrijft dat de uitzondering het draagvlak van de regel verstevigt, zo kan 'met recht worden gezegd: *exceptio firmat regulam*'.

171 Aan het begin van dit onderzoek is dat 'kijken met je nachtoog' genoemd, zie par. 1.1.2 (*Kijken met je nachtoog*).

> already realized that the other is always the other of the same, that the same can only be written with reference to the other.'[172]

De klassieke voorstelling van de rechtvaardiging als uitzondering op de norm moet worden genuanceerd. De rechtvaardiging geeft niet alleen aan dat een regel buiten toepassing blijft, zij geeft die regel zelf daarmee ook vorm.[173] Deze werking van de uitzondering beschrijft Nieuwenhuis zo:

> 'Voor zover de regel voorbijschiet aan zijn strekking, wordt zijn reikwijdte ingeperkt. Daardoor wordt echter tevens de band tussen de regel en de eraan ten grondslag liggende strekking verstevigd.'[174]

In Hegeliaanse termen: zij verrijkt de norm. Dit normvormende karakter zou ik de dialectische functie van rechtvaardigingen willen noemen.

Het is aannemelijk dat deze functie van meer belang wordt, naarmate de norm vager van karakter is. Bij een vormeloze norm als die van bijvoorbeeld de zorgvuldigheid is het zoeken naar de begrenzing het belangrijkste houvast wanneer men in een bepaald geval een uitspraak over de onrechtmatigheid wil doen. Vanuit deze gedachte is goed te verklaren waarom Van Dam bij zijn beschrijving van de zorgvuldigheidsnorm aan onder meer de rechtvaardigingsgrond een 'sleutelrol bij het vaststellen van de waarde van de andere elementen' toedichtte.[175]

8.6.9 De corrigerende werking van de uitzondering

Hierboven is de rechtvaardiging als een uitzondering op de regel ook als een (sub-)regel aangemerkt.[176] Dat betekent dat zij op dezelfde wijze functioneert als de regel zelf. Wat daaromtrent in het bovenstaande is opgemerkt, geldt dus ook voor de uitzondering op de regel. Ter afsluiting daarover nog een enkel woord.

De rechtvaardiging heeft een bijzondere kwaliteit, die de algemene regel mist. De uitzondering corrigeert de regel. Dat is ook precies de rol die de rechtvaardiging speelt bij het hierboven beschreven functioneren van de rechtsregel.

---

172 J.W.G. van der Walt, *The Critique of Subjectivism and its Implications for Property Law – Towards a Deconstructive Republican Theory of Property* in: G.E. van Maanen, A.J. van der Walt & G.S. Alexander, *Property Law on the Treshold of the 21st Century*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1996, p. 142.

173 Het kwam reeds aan de orde in par. 1.2.2 (*Normschending in abstracto en normschending in concreto*).

174 Nieuwenhuis, *Regel en uitzondering* 1995, p. 125.

175 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120 beschrijft de rechtvaardigingsgrond als voorbeeld van het element 'aard van de schadeveroorzakende gedraging'.

176 Zie: par. 8.6.2 (*De functie van de rechtsregel bij geschillenbeslechting*), slot.

Bij de bespreking van de situerende functie van de regel kwam deze functie van de uitzondering al scherp aan het licht. Daar waar de regel een situerende functie heeft, heeft de uitzondering een hersituerende functie. De regel stelt de rechter in staat zijn beslissing te funderen binnen het systeem en haar daarmee te legitimeren. De uitzondering biedt de rechter de mogelijkheid om aan te geven waarom hij in casu van de regel afwijkt en waarom zijn beslissing daarmee gerechtvaardigd is.[177]

Eenzelfde, herschikkende functie van de rechtvaardiging bleek bij de bespreking van de sturende kracht van de regel. De regel stuurt bij een geschil de beslissing in een bepaalde richting. De uitzondering corrigeert die sturing; haar werking is een *bij*sturende.

Op grond van het traagheidsbeginsel kan echter niet iedere uitzondering die rol vervullen. Het bestaan van een regel brengt mee dat op toepassing van de regel mag worden gerekend. Een geldende regel kan niet zomaar opzij worden gezet. Dat stelt eisen aan de in te roepen rechtvaardiging. Voor afwijking van een geaccepteerde regel zijn *gegronde* redenen nodig. Wie meent dat een geaccepteerde, welomschreven regel in een bepaald geval buiten toepassing moet blijven, dient daarvoor goede argumenten aan te dragen. Een te algemeen of vaag verwoorde, niet beargumenteerde uitzondering zal de regel niet opzij kunnen zetten. Om die reden is hierboven al de idee van een rechtvaardigingsgrond als 'afwezigheid van onzorgvuldigheid' verworpen.[178]

Bij de behandeling van de dialectische functie van de regel bleek welke invloed de rechtvaardiging heeft op de regel *zelf*. Zij begrenst de norm, geeft aan wanneer de norm buiten toepassing moet blijven en herijkt daarmee de inhoud van de norm.

8.7 Conclusie en overgang naar wat volgt

In dit hoofdstuk is de rechtvaardiging beschouwd in verband met de onrechtmatige daad. Centraal stond de vraag op welke wijze de rechtvaardiging functioneert bij de oordeelsvorming over de onrechtmatigheid van een handeling.

In het Nederlandse burgerlijk recht worden twee methoden gehanteerd en gepropageerd worden om de plaats van normschending en rechtvaardiging te bepalen, ze zijn hier de analyserende en de synthetiserende methode genoemd. Bij de analyserende methode worden de voor het onrechtmatigheidsoordeel te toetsen elementen als het ware uiteen getrokken, normschending

177 Vgl. nogmaals de in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*) besproken functie van protocollen en HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (*Medisch protocol I*), HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377 (*Medisch protocol II*).

178 Bij de bespreking van de voorspellingsfunctie in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

en rechtvaardiging worden daarbij apart beschouwd en hebben beide een zelfstandige status. In de synthetiserende methode worden alle elementen die van belang zijn voor de beoordeling van een bepaalde handeling tezamen genomen. Normschending en rechtvaardiging zijn dan – enkele van de – elementen waaraan getoetst moet worden.

Bezien werd in hoeverre de twee methoden verschillen als het gaat om het zoeken van een oplossing voor een concrete casus (geschillenbeslechting). De analyserende methode bleek juist bij dat oplossen van geschillen veel voordelen te hebben boven de synthetiserende methode. Zij heeft een sterkere legitimerende kracht,[179] haar voorspellende waarde is groter, wat van belang is voor de rechtszekerheid,[180] zij sluit beter aan bij de bewijsrechtelijke positie van de procespartijen,[181] geeft duidelijker richting aan de oordeelsvorming,[182] en heeft een grotere heuristische[183] en normvormende[184] waarde. Om die reden kom ik tot de conclusie dat de analyserende methode bij het oplossen van juridische geschillen de voorkeur verdient. Normschending en rechtvaardiging dienen dan ook zoveel mogelijk apart van elkaar beoordeeld te worden.[185] Verderop in dit onderzoek zal blijken dat de gekozen analyserende methode ook beter aansluit bij de praktijk van regeltoepassing.[186]

Nu onderzocht is wat de verhouding is tussen enerzijds de onrechtmatigheid en anderzijds de daartegen te voeren verweren, is het tijd stil te staan bij het volgende element van artikel 6:162: schuld. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

179 Par. 8.6.3 (*Situeringsfunctie; de legitimerende kracht*).
180 Par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).
181 Par. 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen*).
182 Par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).
183 Par. 8.6.7 (*Kapstokfunctie: de heuristische kracht*).
184 Waaronder de dialectische en corrigerende functie begrepen kan worden. Zie resp. par. 8.6.8 (*Dialectische functie; de dynamiek van de methode*) en par. 8.6.9 (*De corrigerende werking van de uitzondering*).
185 Dezelfde conclusie wordt door Gerards en Senden getrokken voor fundamentele rechten, in *The structure of fundamental rights* (2009), p. 652.
186 Dat komt in hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*), aan de orde, mede aan de hand van een argumentatiemodel.

9 Schuld

9.1 Koning Oedipus

'Kom, mijn dodelijk noodlot,
Kom, mijn meedogenloze vijand, met mij mee,
je bent mijn enige vriend.
Grauwe gedaanten, pest, ziekte, honger,
blaas uw doodsreutel in mijn oren
en waar ik ook ga, wanhoop, ga met mij mee,
wanhoop, ik waggel naast je,
toon mij de weg, ik volg je. Ik zie de weg.'[1]

Toen hij zich realiseerde wat hij gedaan had, stak Oedipus zich de ogen uit. Beladen met schuld verliet hij vervolgens Thebe, in de stellige verwachting dat met zijn vertrek het kwaad van de stad werd afgekeerd:

'Mensen van Thebe, ik verlaat u.
Ziet gij mij gaan?
Mijn lot, mijn schande, mijn vloek gaan met mij.
Er is hoop voor u, gij kunt uw doden begraven,
de lucht zal opklaren,
verhef uw gezicht, alles zal veranderen.'[1]

Geen eenentwintigste eeuwse westerse civilist zou menen dat Oedipus aansprakelijk is voor de gevolgen van zijn daden. De moord op Laios is een typisch geval van noodweer, wat een rechtvaardigingsgrond oplevert. En het gedoemde huwelijk met Iokaste stoelt op een dwaling in de feiten; een van de weinige ook in het civiele recht geaccepteerde schulduitsluitingsgronden.[2] Nog moeilijker is voor de hedendaagse jurist in te zien dat Oedipus schuld zou hebben aan het lot van Thebe, of door zijn boetedoening de schuld van de stad zou kunnen delgen.[3]

---

1 De geciteerde tekst is afkomstig uit de Oedipus van Seneca. Bew.: Hugo Claus, Amsterdam: De Bezige Bij 1971.

2 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/110.

3 Schuld in deze zin is te vergelijken met wat Jaspers 'metaphysische Schuld' heeft genoemd; 'Es gibt eine *Solidarität z*wischen Menschen als Menschen, welche einen jeden mitverantwortlich macht für alles Unrecht und alle Ungerechtigkeit in der Welt, insbesondere für Verbrechen, die in seiner Gegenwart oder mit seinem Wissen geschehen', K. Jaspers, *Hoffnung*

Duidelijk is dat ons huidige schuldbegrip een andere inhoud heeft dan dat van de oude Grieken. En *wat* wij tegenwoordig onder 'schuld' verstaan, is voor een onderzoek naar rechtvaardigingen een relevante vraag.

9.2 Enkele grensproblemen

9.2.1 Rechtvaardiging en schulduitsluiting

De aanwezigheid van een volledige rechtvaardiging – een rechtvaardigingsgrond – leidt ertoe dat, hoewel in principe aan alle vereisten van artikel 6:162 is voldaan, de handelende niet aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van zijn daad. Tot hetzelfde resultaat leidt de aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond. Belangrijk verschil tussen beide is dat in het eerste geval de handelende de normschending ontkent. Hij stelt dat zijn daad niet onrechtmatig is en daarom niet tot schadevergoeding verplicht. In het tweede geval betwist de handelende de normschending niet. Hij meent alleen dat deze hem niet te verwijten of toe te rekenen valt. Hij zegt niet: 'ik heb niets misdaan', maar: 'ik kon er niets aan doen'.

Zo geformuleerd, lijkt het alsof een duidelijk onderscheid bestaat tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. In rechtspraak en literatuur wordt dat onderscheid ook gemaakt. Zo bevatten alle civiel- en strafrechtelijke handboeken opsommingen van rechtvaardigingsgronden,[4] als: noodtoestand, noodweer, bevoegd gegeven ambtelijk bevel en schulduitsluitingsgronden,[5] als: noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, sommige vormen van dwaling.

Eén blik op het zojuist genoemde rijtje schulduitsluitingsgronden maakt echter duidelijk dat het begrip 'schuld' uiterst diffuus is. Bij noodweerexces is sprake van een verweerder, die onder invloed van een 'hevige gemoedsbeweging' de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt.[6] Hier wordt verwezen naar de psychische gesteldheid van de handelende verweerder: omdat deze sterk geëmotioneerd is door de aanval, treft hem van zijn buitenproportionele reactie geen schuld. Van een geheel andere orde is de

---

und Sorge, Schriften zur deutschen Politik 1945-1965, München: Piper& Co 1965, p. 77-78. Zie ook p. 108-109. In het burgerlijke recht pleegt men met dergelijke noties geen rekening te houden.

4 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/ 88-97.

5 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/108-113.

6 Zie art. 41 lid 2 Sr: 'Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt'. Vgl. voor het burgerlijk recht: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/ 111, waar anders dan in eerdere drukken (bijv. *Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/111 wordt opgemerkt: 'Niet uitgesloten is dat de reden hiervan voor risico van de dader komt' – zonder vermelding van de grond van dat toerekeningsrisico.

situatie waarin een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel wordt opgevolgd. Alleen een *bevoegd* gegeven ambtelijk bevel is een rechtvaardigingsgrond. Echter: wie te goeder trouw een *on*bevoegd gegeven ambtelijk bevel uitvoert, is naar geldend recht verontschuldigd.[7] Deze schulduitsluitingsgrond verwijst op geen enkele manier naar de psyche van de dader/handelende. Hier wordt alleen het gerechtvaardigd vertrouwen van de ondergeschikte beschermd. De kwestie is dan: wat wordt bedoeld met 'schuld' wanneer we spreken van schulduitsluitingsgronden?

Een andere vraag dringt zich op als we stilstaan bij het zojuist genoemde noodweerexces. Hoe hevig moeten de emoties van de verweerder zijn om van schulduitsluiting te spreken? Of, benaderd van de andere kant: Wanneer zijn de grenzen van de 'noodzakelijke verdediging' overschreden en kan niet meer worden gesproken van een rechtvaardigingsgrond? Met andere woorden: Waar ligt de grens tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgrond of tussen onrechtmatigheid en schuld? Het zal duidelijk zijn dat die vraag niet eenvoudig te beantwoorden is.

Het gebrek aan scherpte van de onderscheiding tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden wordt nog sterker voelbaar als men het fenomeen 'overmacht' in de beschouwing betrekt.[8] Strafrechtelijk wordt overmacht onderscheiden in rechtvaardigende overmacht (noodtoestand) en schulduitsluitende, psychische overmacht.[9] Voor het civiele recht geldt volgens Asser/Sieburgh – en dat is mijns inziens juist – evenzeer het onderscheid tussen rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht.[10] Althans voor de delictuele aansprakelijkheid. In contractuele relaties omvat overmacht volgens Asser/Sieburgh zowel rechtvaardigende als schulduitsluitende omstandigheden,[11] waardoor dit overmachtsbegrip niet samenvalt met 'de rechtvaardi-

---

7 Zie artikel 43 lid 2 Sr: 'Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen'. Vgl. voor het burgerlijk recht: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/111, waar het onbevoegd gegeven bevel wordt gekwalificeerd als schulduitsluitende verschoonbare dwaling ten aanzien van de bevoegdheid. Hierboven, in par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*), heb ik betoogd dat voor het civiele recht mijns inziens ook een onbevoegd gegeven bevel als volledige rechtvaardigingsgrond zou moeten gelden.

8 Het was hierboven, in het slot van par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*), al kort aan de orde.

9 Zie daarover par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*).

10 Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot, waar overmacht expliciet als rechtvaardigingsgrond wordt bestempeld en psychische overmacht als schulduitsluitingsgrond.

11 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, p. 104 onderaan. Het is overigens de vraag of deze kwalificatie juist is en overmacht in het contractenrecht niet veeleer als schuld- of toerekeningsuitsluitende omstandigheid moet worden gezien. Vgl. art. 6:75, hoewel in dat artikel de term overmacht niet voorkomt. Zie daarover: TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 263. Zie ook: *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/334 e.v., waar (in nr. 345) wordt gesteld dat de belemmering van de prestatie en afwezigheid van schuld niet zonder meer voldoende zijn om een beroep op overmacht te rechtvaardigen, en dat de aansprakelijkheid voor niet-nakomen mede op de

gende overmacht ten aanzien van de normschendende gedraging ex art. 6:162 BW'.[12] Contractueel geldt dus een ander overmachtsbegrip.

En zelfs wat de onrechtmatige daad betreft, is de stelling niet correct dat overmacht een rechtvaardigingsgrond is. In het verkeersrecht wordt overmacht namelijk weer gezien als grond die de schuld van de handelende uitsluit.[13] Overmacht is als de badminton-shuttle waarmee Frank noodtoestand heeft vergeleken:

> 'daß der unglückliche Notstand in der modernen Literatur nicht zur Ruhe kommen kann und wie ein Federball zwischen den Gründen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit und der ausgeschlossenen Schuld hin und her geworfen wird'.[14]

Voor een goed inzicht in het fenomeen rechtvaardigingen is het van belang niet alleen stil te staan bij de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige daad,[15] maar ook na te gaan waar de grens tussen onrechtmatigheid en schuld moet worden getrokken.[16] Daarom is hier te onderzoeken wat het schuldbegrip precies inhoudt.

9.2.2 Burgerlijk recht en strafrecht

Van alle termen in artikel 1401 oud-BW – over de onrechtmatige daad – die tot spraakverwarring kunnen leiden, is *schuld* door Wolfsbergen eens 'de ergste zondares' genoemd.[17] Het risico bestaat dat die spraakverwarring alleen maar groter wordt, als het onderzoek naar schuld zich niet beperkt tot het civiele recht, maar zich ook uitstrekt tot het strafrecht. De vraag is zelfs of de rechtsgebieden op dit punt te vergelijken zijn.

Sceptisch is Peters. De eerste stelling van zijn proefschrift over opzet en schuld in het strafrecht luidt:

> 'Het civielrechtelijk schuldbegrip verschilt van het strafrechtelijk schuldbegrip in verband met de verschillende functies van de beide begrippen.'[18]

---

risico-gedachte berust.

12 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, p. 105 bovenaan.

13 Zie: Klaassen, *Risicoaansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 183-191 en Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141-143.

14 R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen: Töpelmann (vormals Ricker), 1907, p. 6.

15 Vgl. daarover hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), m.n. par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) e.v.

16 Het is hierboven al aangekondigd, zie par. 1.6 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld*).

17 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10.

18 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss.) 1966), stellingen. Ook Langemeijer wijst erop dat het strafrechtelijk van civielrechtelijk schuldbegrip verschilt; al sinds de Romeinse tijd is voor een verplichting uit onrechtmatige daad de geringste mate van schuld voldoende,

Op sommige punten is het schuldbegrip volgens hem zelfs onvergelijkbaar, getuige zijn tweede stelling: 'Het in het strafrecht ontwikkelde begrip ontoerekeningsvatbaarheid behoort geen toepassing te vinden bij vaststelling van schuld bij onrechtmatige daad.'[19] Daarom is het zinnig na te gaan in welke betekenissen schuld voorkomt en welke rol voor het begrip is weggelegd in het strafrecht en in het burgerlijke recht.

Hierbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat het onderzoek naar schuld in dit boek slechts een beperkte functie heeft. Het wordt gebruikt voor een civielrechtelijke studie van rechtvaardigingsgronden; en dit deel van het onderzoek dient met name om na te gaan waar de grens ligt tussen rechtvaardiging en schulduitsluiting. Te vinden is slechts het antwoord op twee vragen: In welke zin wordt schuld gebruikt, en: wat leert ons dat over schulduitsluiting in het civiele recht? Waar dat nuttig en mogelijk is, wordt vergeleken met het strafrecht.

9.2.3 Schuld en toerekening

Tot 1992 gold op grond van artikel 1401 schuld als *noodzakelijke* voorwaarde voor toerekening van de daad aan de handelende. Volgens artikel 6:162, lid 3 is schuld slechts de eerste reden voor deze toerekening. Schuld is daarmee veranderd in een *voldoende* voorwaarde voor toerekening. Behalve op grond van schuld kan de daad voor rekening van de handelende komen op grond van de wet of verkeersopvattingen. Dit wordt ook wel toerekening genoemd, maar dan in enge zin.[20] Met de vaststelling dat iemand geen schuld heeft aan een bepaalde handeling is dus nog niet veel gezegd. Om aan aansprakelijkheid te ontkomen, zal bovendien vast moeten staan, dat de daad niet voor rekening van de handelende komt. Naar huidig recht zou men in plaats van over schulduitsluitingsgronden dan ook beter kunnen spreken van *toerekenings*uitsluitingsgronden.

Juist deze toerekeningsuitsluitingsgronden zijn voor het uiteindelijke oordeel over de aansprakelijkheid van de handelende van groot belang. Goed denkbaar is namelijk dat de handelende zich terecht op een schulduitsluitingsgrond beroept, maar dat de daad niettemin 'via de achterdeur' voor zijn rekening komt op grond van de wet of verkeersopvattingen. Het geslaagde beroep op een schulduitsluitingsgrond blijkt als verweer tegen aansprakelijk-

terwijl het strafrecht een aanmerkelijke mate van schuld eist. Zie Langemeijer, *Gerechtigheid* 1984, p. 37.

19 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss.) 1966), stellingen.

20 Als tegenstelling van het eerstgenoemde (ruime) begrip toerekening, dat schuld van de handelende omvat, alsmede het feit dat de daad op grond van de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

heid dan illusoir. Dit botsende effect van schuld en toerekening in enge zin is één van de hierna te bespreken onderwerpen.[21]

9.3 METHODE

> 'Es hält schon schwer, sich in der Vielzahl der Schuldtheorien zurechtzufinden, und wer den Versuch unternimmt, diese systematisch zu ordnen, wird bald vor dem Dilemma einer Vielzahl von Systeme kapitulieren. (...) Wie differenziert die Systeme sind und wie lebendig und ständigem Wechsel unterworfen die Theorien, zeigt sich allein schon im Wandel der Systeme einzelner Forscher. Der alte Beling ist ein anderer als der junge und Frank hat seine Schuldtheorie von einer Auflage zur anderen einer ständigen Korrektur unterzogen.'[22]

Iedere onderzoeker die zich serieus met het schuldbegrip bezighoudt, voelt zich spoedig moedeloos worden: Het onderwerp is te groot en te vaag. Om er vat op te krijgen, worden grofweg twee methoden gebruikt, een historische en een semantische, die overigens meestal in een mengvorm voorkomen.

In de eerste benadering bestudeert men de verschillende betekenissen van het begrip schuld vanaf hun oorsprong door de eeuwen heen, om zo tot een verklaring van het huidige begrip te komen. Dat is stellig de meest interessante methode. Zij voert langs het schuldbegrip van de Sumeriërs en Babyloniërs en stelt de lezer bijvoorbeeld in staat de calvinistische schuldnotie te vergelijken met de canonieke schuldopvatting en deze te plaatsen tegenover de bepalingen betreffende schuld en toerekening in het huidige burgerlijke wetboek. Een zo omvangrijke historische studie gaat echter het bestek van dit boek verre te buiten.[23] Daarbij moet het doel van het onderzoek in herinnering worden gebracht: nagaan in hoeverre schuld en onrechtmatigheid van elkaar verschillen en waar de grens ligt tussen schulduitsluitings- en rechtvaardigingsgronden. En daarvoor is het verrichten van een uitgebreid historisch onderzoek niet per se noodzakelijk.

Doelmatiger is de tweede methode. Daarbij wordt uitgegaan van het huidige begrip 'schuld' en bezien in welke betekenis de term precies wordt

---

21 Het komt in par. 9.8 (*Toerekening*) aan de orde.

22 Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs* 1963, p. 5.

23 Studies waarin het begrip schuld (overmacht) historisch wordt benaderd zijn die van Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs* 1963, H.J.A. Nolte, *De overmacht in het Nederlandse strafrecht*, preadvies voor de Vereeniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland, Den Haag 1947, p. 41-92 en Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht* 1948, p. 141-236. Een beknopte civielrechtelijke historische beschouwing is te vinden bij Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 101-146.

gebruikt.[24] Zo'n benadering is gekozen door Wolfsbergen.[25] Hij onderscheidt vier betekenissen van schuld en gaat na welke daarvan is bedoeld in artikel 1401 (nu 6:162). Dat is ook een goede methode om het begrip schulduitsluitingsgrond te analyseren: aan de hand van de verschillende betekenissen die het begrip schuld heeft, trachten na te gaan wat 'schuld' bij schulduitsluitingsgronden inhoudt. De belangrijkste daarvoor te onderzoeken betekenissen zijn al door Wolfsbergen genoemd:

- schuld in de zin van onrechtmatigheid;
- *culpa*;
- verwijt(/vermijd)baarheid;
- toerekenbaarheid.[26]

Hieraan voeg ik een vijfde toe:

- schuld in de zin van daderschap.

Met de bespreking van deze laatste begin ik, omdat daderschap een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van artikel 6:162: zonder dader/handelende geen (onrechtmatige) daad. Daarna worden de vier andere betekenissen van schuld behandeld. Beginnend met het meest omvattende schuldbegrip: onrechtmatigheid; eindigend bij het uitgeholde schuldbegrip van: schuld in de zin van toerekening.

9.4 DADERSCHAP

9.4.1 Causaliteit en schuld

> 'Zugerechnet kann mir das werden, was in meinem Vorsatz gelegen hat, und beim Verbrechen kommt es vornehmlich darauf an. Aber in der "Schuld" liegt nur noch die ganz äusserliche Beurteilung, ob ich etwas gethan habe oder nicht, und dass

24 Zie daarover: De Haan, *Rechtskundige significa* (diss.) 1916. Zie ook zijn *Rechtskundige significa*, uitgegeven in 1919. Uit het laatste werk verdient nog vermelding de weinig bemoedigende, maar juiste observatie: 'Hetzelfde woord heeft nooit dezelfde beteekenis voor twee menschen (...). Hetzelfde woord heeft nooit tweemaal dezelfde beteekenis voor denzelfden mensch (...). Bovendien heeft een woord meestal slechts een eenigszins bepaalde beteekenis in een Zin'. Zie J.I. de Haan, *Rechtskundige significa*, Amsterdam: Johannes Müller 1919, p. 21/22.

25 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10 e.v. De methode bleek succesvol. Vgl.: *Asser-Hartkamp III* 2002/70 e.v., *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/99 e.v. En voor het strafrecht: J.T. Bos, 'Het schuldoordeel als machtswoord', *R&K* 1982, p. 5-42; S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991, m.n. p. 109 e.v., of: A.W.M. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie* (rede Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 8-9 die drie 'betekenisvelden' onderscheidt; oorzaakschuld, faalschuld en vereveningsschuld.

26 Wolfsbergen noemt: onbetamelijkheid (objectieve onzorgvuldigheid), onbehoorlijkheid (subjectieve verwijtbaarheid), *culpa* en toerekeningsvatbaarheid. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10-13 en 132-152.

> ich Schuld an etwas bin, macht noch nicht dass mir die Sache imputiert werden könne.'[27]

Schuldig zijn in de hier bedoelde betekenis is niet veel anders dan: 'oorzaak zijn van'. Dat is een causaal schuldbegrip. Het geeft slechts aan dat er een verband bestaat tussen de daad en de dader, in die zin dat de dader de daad heeft begaan en de schade heeft veroorzaakt.

Met een zó neutrale opvatting van schuld kan het recht nauwelijks uit de voeten. Maar nader inzien leert dat het schuldbegrip, zelfs als het in de causale zin wordt gehanteerd, niet volstrekt neutraal *is*. Schuld is een niet ongekleurd begrip; men heeft altijd schuld aan een laakbare zaak; niet aan iets loffelijks.

9.4.2 Daderschap in het strafrecht

'Schuld hebben', opgevat als: oorzaak zijn van een afkeurenswaardig feit is strafrechtelijk een bekende betekenis van het begrip schuld. Het wordt in deze zin gebruikt in bijvoorbeeld artikel 27 Sv. lid 1:

> Als verdachte wordt vóórdat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit.

Schuld in de zin van daderschap. Zo kan men het causale schuldbegrip het best omschrijven.

9.4.3 Daderschap in het civielrecht

Civielrechtelijk wordt schuld in deze zin als niet relevant terzijde geschoven.[28] Vergelijk bijvoorbeeld Schut in zijn studiepocket:

> 'Het *daderschap* pleegt niet als een zelfstandig element te worden beschouwd. Men laat het opgaan in de zwaardere schuldeis waaraan toch in ieder geval moet zijn voldaan. Dit is ook de reden waarom men, althans tot voor kort, zich niet verdiepte in de vraag wat onder een daad in de zin van art. 6:162 BW moet worden verstaan. Iemand die schade aanricht zonder zich daarvan bewust te zijn (...) had in die

27 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (uitg. Bolland) Leiden: Adriani, 1902, § 115, Zusatz. Een echo van de aangehaalde woorden klinkt bij Suijling. Deze onderscheidt tussen theoretisch (natuurwetenschappelijk) en psychisch causaal verband. Alleen het laatste is volgens hem van belang voor het vaststellen van aansprakelijkheid. Zie: Suijling, *Inleiding* 2/2 1936/517, m.n. p. 203.

28 Een uitzondering is te vinden bij Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* 1988, bijv. p. 252-260.

opvatting geen schuld. Of hij ook wel echt gehandeld heeft, is een vraag die onbeantwoord kan blijven.'[29]

De redenering heeft de charme van de eenvoud. Zij lijkt mij echter onjuist. Schuld is inderdaad een meer omvattend begrip dan daderschap. Maar daarmee is niets gezegd over (het nut van) het begrip daderschap zelf. Denkbaar is immers dat weliswaar schade is ontstaan, maar dat de aansprakelijk gestelde persoon niet heeft gehandeld. Hij zal dan ook geen schuld kunnen hebben aan die handeling. De afwezigheid van schuld is dan echter niet de doorslaggevende reden voor afwijzing van een eventuele schadevergoedingsvordering. De reden van die afwijzing schuilt hierin: er is geen daad. Aan de vereisten voor een actie uit *onrechtmatige* daad komt men dan niet meer toe.

Dit onderscheid tussen daderschap, of: handeling[30] en schuld zou men kunnen afdoen als van marginaal belang. Maar juist voor een bespreking van schulduitsluitingsgronden is het relevant. Bij een aantal situaties die nu gevat worden onder de noemer overmacht, dus beschouwd als rechtvaardigingsdan wel schulduitsluitingsgrond, zou men zich kunnen afvragen of er wel sprake is van een handeling. Ik denk dan vooral aan gevallen van absolute overmacht.[31] Neem de volgende casus. A duwt B, voor B volkomen onverwacht, door een ruit. Of: door een plotselinge windstoot wordt fietser C tegen een auto geworpen. B en C kunnen in deze gevallen aanvoeren dat zij geen schuld hebben aan de schade aan de ruit, respectievelijk auto. Met dat verweer hebben zij bij de rechter zeer waarschijnlijk succes.[32] Maar het debat over de schuldvraag zou kunnen worden voorkomen als de stelling juist zou zijn dat B en C in de geschetste gevallen niet eens hebben gehandeld. En mijns inziens is precies *dat* aan de orde.

Voordat omschreven kan worden wat precies schuld in de zin van daderschap inhoudt, dient dus eerst onderzocht te worden wat nu eigenlijk een handeling is.[33] Dat is in het burgerlijk recht bepaald geen *hot item*, getuige het feit dat nagenoeg geen enkel Nederlands handboek aandacht aan het

29 Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 96/97. De tussenvoeging 'tot voor kort' ontbrak in de voorgaande druk (1990, p. 105). Zie in dit verband ook Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 147-162. Vgl. overigens nog de behandeling van daderschap in zijn proefschrift, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963), p. 45-63.

30 Handeling is een neutralere en algemenere term dan daderschap. Men kan immers handelen zonder daarmee 'dader' te zijn van een onrechtmatige daad of ander strafbaar feit. En juist van dit soort handelingen is in het navolgende sprake.

31 Daarop kom ik hierna terug in par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

32 Vergelijk de overweging van Rb. Zwolle 18 maart 1964, *VR* 1969/35, 'dat het eniger mate door een windstoot naar links gestuwd worden voor de wielrijder zeker overmacht zou opleveren, daar een dergelijk feit niet voorkomen kan worden'.

33 Zie daarvoor ook: Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, m.n. hoofdstuk 2.

onderwerp besteedt.[34] Gewezen wordt meestal slechts op het gegeven dat een daad ook een nalaten kan zijn.[35]

9.4.4 Het handelingsbegrip

9.4.4.1 Inleiding

De handeling wordt, met name in de oudere literatuur, wel omschreven als een gewilde spierbeweging.[36] Probleem met deze definitie is dat voor bepaalde handelingen geen spierbeweging nodig is, zoals in die gevallen waarbij de onrechtmatige daad uit een nalaten bestaat. Dat probleem is verholpen als niet de lichamelijke beweging, maar de wil tot de handeling centraal wordt gesteld.

9.4.4.2 De wilshandeling

Schut, die in zijn proefschrift het fenomeen daderschap bespreekt, gaat uit van het begrip wilshandeling. Hij zegt daarover: 'Er kan sprake zijn van wil zonder handeling, maar niet van handeling zonder wil.'[37] Die wilshandeling is gericht op een doel, dat aan de dader/handelende kenbaar moet zijn. 'Dit betekent dat alleen *voorzienbare* gevolgen tot de handeling als subjectieve verrichting kunnen worden herleid.'[38] Volgens Schut ontbreekt het daderschap dan ook bij bijvoorbeeld kleine kinderen, die immers de gevolgen van hun daad niet kunnen overzien.[39]

Als men het daderschap op deze wijze omschrijft, haalt men elementen binnen die niet tot het terrein van het daderschap, maar eerder tot dat van de schuld behoren. Zover wil ik niet gaan. Bovendien heeft de omschrijving het bezwaar dat de voorzienbaarheid, zoals Schut schrijft, een rol speelt bij de toets van bijna *alle* begrippen in artikel 162: zowel bij de vaststelling van het daderschap als van de onrechtmatigheid, de schuld en de causaliteit.[40]

---

34 Een positieve uitzondering vormen de oude handboeken van G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt* (Elfde deel), Groningen: J.B. Wolters 1869, p. 80 en 86-87, en Suijling *Inleiding 2/2* 1936, p. 201-203. In dit verband mag ook niet onvermeld blijven de zojuist al genoemde dissertatie van Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* 1988, passim. Van de buitenlandse literatuur kan met name de Angelsaksische worden genoemd, zie bijv. White, *Grounds of Liability* 1985, H. 3-6.

35 Zie bijv. Hofmann, Drion & Wiersma, *Nederlands verbintenissenrecht* 1959, p. 71-72; *Asser/Hartkamp III* 1998/27, *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/36.

36 Zie bijvoorbeeld Bruins, *Rechtsgrond van schadevergoeding* (diss.) 1906, p. 13.

37 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 50. Zie over wil en handeling in dit verband ook White, *Grounds of Liability* 1985, passim.

38 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 54.

39 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 58.

40 Zie nogmaals Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 54 e.v.

Dat is niet bevorderlijk voor het vinden van de kenmerkende *verschillen* tussen die elementen. Daderschap zal veel enger omschreven moeten worden, wil de term enig onderscheidend vermogen hebben.

9.4.4.3 De mogelijkheid om te willen

Zo'n omschrijving is te vinden bij Larenz. Volgens hem is een handeling 'im deliktsrechtlichen Sinne' iedere gedraging die 'als vom Willen beherrschbar gedacht (...) werden kann'. Over de handelende persoon zegt hij:

> 'Dieses wird dabei zwar als Willensträger betrachtet, doch ist ihm nicht nur ein willentlich auf einen von ihm bezweckten Erfolg gerichtetes, sondern jedes vom Menschen beherrschbaren Tun als Handlung zuzurechnen. Eine solche liegt daher z.B. auch dann vor, wenn jemand durch eine willkürliche, ihm gar nicht bewußte Bewegung während einer Unterhaltung eine Vase umstößt. Dagegegen sind Bewegungen unter dem Einfluß von absoluter Gewalt ("vis absoluta"), auf Grund eines unkontrolierbaren Reflexes, im Schlaf oder in einem sonstigen Zustand der Bewußtlosigkeit – z.B. nach einem Herzinfarkt – keine Handlungen im deliktsrechtlichen Sinne, eben weil hier keine Möglichkeit der Willenskontrolle gegeben ist; die Frage nach Tatbestandmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld stellt sich dann von vornherein nicht, da es schon an einer Handlung als Grundlage fehlt. Wohl aber können grundsätzlich auch Kleinkinder und Geisteskranke im deliktsrechtlichen Sinne "handeln"; die Problematik ihrer Verantwortlichkeit gemäß §§ 827F. BGB gehört auf die Ebene des Verschuldens.'[41]

Hier wordt al enigszins geabstraheerd van de wil. Doorslaggevend is of de handeling in principe te beheersen/ te controleren is. Niet van belang is of de wil bestond, maar of de *mogelijkheid* om te willen aanwezig was.

Die definitie is in elk geval beperkter dan die van Schut. Toch schuilt ook hier een probleem. Waarom zou een onwillekeurige, niet bewuste beweging wel, en een reflexbeweging niet als handeling worden aangemerkt? Het antwoord zal zijn dat in het eerste geval in principe de 'Möglichkeit der Willenskontrolle' bestond. Maar dat is slechts een theoretische mogelijkheid. Niemand is in staat tot een zodanige controle over zijn bewegingen dat hij geen onwillekeurige bewegingen meer maakt. Hetzelfde geldt voor reflexen. De voor het eerste geval niettemin aangenomen 'Willenskontrolle' is in feite niet anders dan 'het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid', om de bekende woorden van Langemeijer te gebruiken.[42] En daarmee is het eigenlijk een toerekeningskwestie. Immers: in beide gevallen zal de mogelijkheid om anders te willen of te handelen dan men deed, nagenoeg nihil zijn.

---

41 Larenz & Canaris, *Schuldrecht II.2* (1994), p. 361.

42 Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 35. Vgl. Langemeijer & Schrage, *De gerechtigheid* 1994, p. 38.

De moeilijkheid met de theorie van Larenz is dat zij voor de vraag of sprake is van een handeling nog steeds uitgaat van de handelende persoon en van diens wil, dan wel diens mogelijkheid om te willen of zijn handelen te beheersen.

9.4.4.4 De normatieve benadering

Dat bezwaar wordt ondervangen door theorieën die abstraheren van de persoon van de handelende en de handeling als een normatief begrip beschrijven. Zo'n benadering is te vinden bij Glastra van Loon:

> 'Als wij een handeling "begrijpen", dan is datgene, wat wij begrijpen, de bepaaldheid van de verhouding van die handeling tot andere handelingen, tezamen met welke hij aldus een betekenis-eenheid vormt. Deze bepaaldheid van de verhoudingen tussen handelingen is niet een objectief feitelijke, maar een *normatieve* (...). Het "gezichtspunt", van waaruit zij moeten worden beschouwd is m.a.w. nòch dat van een natuurwetenschappelijk onderzoeker (...), nòch een door de subjectieve intenties der individuele handelende subjecten, maar een door de normen, waaraan de desbetreffende handelingen hun betekenis ontlenen, bepaald gezichtspunt.'[43]

Niet de natuurwetenschappelijke causaliteit, niet de wil, maar een normatief gezichtspunt bepaalt de betekenis van een handeling. In de woorden van een modernere vertolker van deze visie: 'Uitleg van een (rechts)handeling is derhalve het *op grond van in casu geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen aan een handelende persoon*.'[44]

Het probleem heeft zich daarmee verplaatst. Vraag is nu niet meer: wat *is* een handeling? Maar: wanneer rekenen we iemand zijn handelen wel of niet toe?

9.4.5 Object van externe krachten/instrument

9.4.5.1 De gedwongen handeling

Een klassiek uitgangspunt voor de bespreking van de zojuist opgeworpen vraag biedt de uiteenzetting van Aristoteles over het handelen.[45] Hij onder-

---

43 J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling*, diss. Leiden 1956, Haarlem 1956, p. 259.

44 J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1971, p. 208. Zie ook: J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 31. En voor het strafrecht: Peters, *Opzet en schuld* (diss.) 1966, p. 33.

45 *Ethica Nicomachea*, Boek III, over: Handelen en karakter. Deel III,1 draagt als titel: Handelen tegen zijn zin. In het volgende wordt geciteerd uit de vertaling van Pannier en Verhaeghe (2000).

scheidt tussen wat men uit eigen beweging doet en wat men tegen zijn zin doet. De laatste soort handelingen omschrijft hij zo:

> 'Men neemt aan dat iemand iets tegen zijn zin doet wanneer hij het onder dwang of uit onwetendheid doet. Een handeling is gedwongen als de oorsprong ervan buiten de persoon ligt, en wel zo dat de handelende persoon – of beter gezegd, de persoon die de handeling ondergaat – er part noch deel aan heeft; als hij bijvoorbeeld ergens heen wordt gevoerd door de wind of door mensen die hem in hun macht hebben.'[46]

Een gedwongen handeling is die waarbij de 'actor' slechts object is van externe krachten – 'de oorsprong ervan ligt buiten de persoon' – of instrument in de handen van anderen. In die gevallen heeft het geen zin iemand aansprakelijk te stellen voor zijn daden, want, om nog eenmaal Aristoteles aan te halen: 'hij heeft er part noch deel aan'.[47]

9.4.5.2 De Toelichting Meijers bij artikel 6:179

Handelend louter als object van van buiten komende krachten of instrument. Dat zijn categorieën die de hedendaagse civilist bekend in de oren klinken. Zij zijn nagenoeg letterlijk terug te vinden in de Toelichting Meijers op het ontwerp voor artikel 6.3.2.8 (6:179).

Volgens artikel 6:179 is de bezitter van een dier aansprakelijk voor de door dat dier aangerichte schade. Die aansprakelijkheid is blijkens de Toelichting beperkt tot schade waarop de kans is verhoogd door de energie van het dier:

> 'Het dier moet de schade hebben aangericht. Niet voldoende is causaal verband tussen het dier en de schade, in dier voege dat zonder het dier de schade niet zou zijn geleden. Grondslag voor de aansprakelijkheid voor dieren is immers het gevaar dat zoverre in ieder schuilt, dat de eigen energie van het dier een onberekenbaar element bevat. Alleen als dit gevaar zich verwezenlijkt behoort de bijzondere aansprakelijkheidsregel voor dieren te gelden. (...) Dit vereiste heeft twee consequenties. In de eerste plaats is het onderhavige artikel niet toepasselijk wanneer het lichaam van het dier louter object is van krachten die van buiten komen, zonder dat de eigen energie van het dier als levend wezen enige rol heeft gespeeld. In de tweede plaats mist het artikel toepassing in gevallen, waarin het dier als instrument handelt van de persoon, die hem berijdt of leidt.'[48]

---

46 Aristoteles, *Ethica* III,1 1110 a. Vergelijk nog de slotpassage van hetzelfde hoofdstuk: 'Een handeling is dus kennelijk gedwongen als zij een oorsprong heeft die van buiten komt en waaraan de persoon die gedwongen wordt part noch deel heeft' (1110 b15).

47 Zie in dit verband ook White, *Grounds of Liability* 1985, p. 59-61, in zijn bespreking van de gedwongen handeling, eveneens met verwijzing naar Aristoteles.

48 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 763.

Wie bij een balspel zijn kat als bal gebruikt (het voorbeeld is niet aardig; wel duidelijk), en met het dier de bril van een medespeler verbrijzelt, is voor de schade aan de bril niet aansprakelijk ex 6:179. Dat is ook te verklaren vanuit het karakter van de in artikel 6:179 neergelegde aansprakelijkheid. Het is een risicoaansprakelijkheid, die beoogt te beschermen tegen de gevaren die een bepaalde risicovolle activiteit, als het bezit van dieren, met zich meebrengt. Tegen andere gevaren, waarop de kans niet wordt verhoogd *door dierenbezit*, hoeft de maatschappij niet te worden beschermd. Althans niet met een zwaardere bescherming dan het normale aansprakelijkheidsrecht.

9.4.5.3 Toepassing op schuldaansprakelijkheid

Dezelfde redenering gaat op bij een schuldaansprakelijkheid als die van artikel 6:162. Deze aansprakelijkheid beoogt bescherming te bieden tegen het gevaar dat (of juister: de schade die) wordt veroorzaakt door bepaalde normschendingen, als een rechtsinbreuk of onzorgvuldig gedrag. Een normschending is een handeling die achterwege had behoren te blijven. Als de 'handelende' persoon echter geen enkele invloed heeft kunnen uitoefenen op de loop der dingen, is schuldaansprakelijkheid misplaatst. Immers: het zich al dan niet verwezenlijken van het gevaar waartegen de norm bescherming biedt, kon hij tòch niet beïnvloeden; 'hij heeft er part noch deel aan'. Zo iemand valt niets te verwijten; de grens van de schuldaansprakelijkheid is hier bereikt. Uiteraard zou de handelende persoon in zo'n geval aansprakelijk kunnen zijn. Maar met schuld heeft dat niets te maken; zo'n aansprakelijkheid is een *risico*aansprakelijkheid.

Het is in zo'n geval ook niet onredelijk de 'actor' niet aansprakelijk te laten zijn. Hij fungeert 'bloss als Mittel' in handen van een ander of is speelbal van natuurkrachten. In het eerste geval gaat het om een daad van die ander, waarvoor deze aansprakelijk is. In het tweede geval gaat het om 'acts of God', waarvoor niemand aansprakelijk is. Als de 'actor' in beide gevallen, behalve zijn lichamelijke aanwezigheid, niets heeft toegevoegd aan het gebeuren, kan dat niets ook moeilijk een reden zijn iets te veranderen aan deze aansprakelijkheidsverdeling. De schade heeft zich alleen *middels* hem verwezenlijkt. Toegepast op de hierboven ten tonele gevoerde Jan, die door Piet of door een plotselinge windstoot omver wordt geworpen en zo schade veroorzaakt:[49] Jan is voor de door hem veroorzaakte schade niet aansprakelijk, omdat hij niet handelde. Aan de bespreking van de vraag of Jan schuld in de zin van artikel 6:162 heeft aan het gebeurde komt men niet toe, omdat aan een van de basisvoorwaarden van het artikel niet is voldaan: Jan pleegde geen onrechtmatige *daad*.[50]

Hieruit volgt, dat als de actor zelf, voorafgaand aan het ontstaan van de schade, wèl iets heeft gedaan waardoor hij bijdroeg aan het ontstaan van de

49 Zie par. 9.4.3 (*Daderschap in het civielrecht*).

50 Vgl. art. 6:162, lid 1, begin: 'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt'.

schade, er dus een gedraging is. Daarbij kan ook worden gedacht aan de situatie waarin voorzienbaar is dat men de controle over zijn handelen wellicht zal verliezen (door alcoholgebruik of hypnose) of niet opgewassen zal zijn tegen natuurgeweld (gaan zeilen bij orkaankracht). Of die gedraging vervolgens als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd, is een andere vraag, die ik in hoofdstuk 6 bevestigend heb beantwoord.[51] In deze gevallen schuilt de onrechtmatigheid van het gedrag in het riskeren van voorzienbare en vermijdbare, mogelijk ernstige schade. Dat die schade zich pas later verwezenlijkt, bijvoorbeeld op een moment dat men tot handelen niet meer in staat is, doet aan de aanwezigheid van die (onrechtmatige) daad niet af.

9.4.5.4 Het verband met absolute overmacht

De zojuist besproken voorbeelden worden in het strafrecht beschouwd als gevallen van absolute overmacht:

> 'Wat wij wel weten, is dus, dat art. 40 bedoelt, dat van iedere straf worde afgezien in de gevallen van absolute onmogelijkheid van gehoorzaamheid aan de wetten, van echte dwang dus, waarin van wilshandelingen geen sprake meer is.'[52]

Voor deze groep gevallen, waarin de (wils)handeling ontbreekt, is geen plaats voor rechtvaardiging of schulduitsluiting, omdat

> 'die groep, die beheerst wordt door het impossibilium nulla obligatio (...) als vallende buiten het wilsleven, daarmee tevens valt buiten be- en veroordeling'.[53]

In de woorden van een moderner strafrechtelijk auteur:

> 'Maar wie fysiek gedwongen wordt handelt niet (…). Daarom behoefde in de wet niet te worden uitgedrukt dat de gedwongene straffeloos blijft: hij is het werktuig van een ander. Hij wordt niet gestraft omdat niet kan worden gezegd dat hij handelde. Van toerekening kan reeds daarom geen sprake zijn. De wetgever was zich daarvan kennelijk niet bewust: strafuitsluitingsgronden veronderstellen een gedraging. Daarom hoeft in geval van absolute fysieke overmacht geen beroep te worden gedaan op art. 40 Sr.'[54]

---

51 In hoofdstuk 6, bij de bespreking van *Culpa in causa*, zie par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*). Vgl. in dezelfde zin TM, *Parl Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 647 voor de onrechtmatige daad, gepleegd tijdens een zelf opgewekte alcoholroes. Sieburgh spreekt in deze situaties van anterieure verwijtbaarheid. Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, paragraaf 7.5.5.

52 Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht, Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 144.

53 Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht, Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201.

54 Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 141.

Naar mijn mening, dient dit ook te gelden voor het burgerlijk recht.[55] Waar geen daad is, is geen grond voor aansprakelijkheid.[56]

9.4.6 Conclusie

Het is zinnig om te spreken over schuld, opgevat in causale zin, dus over schuld in de zin van daderschap: voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 is *in elk geval een handeling* vereist.

Maar het verdient geen aanbeveling in verband daarmee de term schuld te gebruiken. De toets van het daderschap kan worden omschreven als de beoordeling van de vraag *of* sprake is van een daad. De toetsing van schuld *vooronderstelt* de aanwezigheid van een daad; zij eist zelfs de aanwezigheid van een bijzondere soort: de *onrechtmatige* daad. Daderschap en schuld zijn twee totaal verschillende fenomenen. Voor het onderzoek naar schulduitsluitingsgronden moet het begrip daderschap dus afvallen.

9.5 Onrechtmatigheid

9.5.1 Algemeen

De meest omvattende betekenis van het begrip schuld is die van schuld in de zin van onrechtmatigheid.[57] Waarschijnlijk is die betekenis het meest bekend in de door Dostojewski gebruikte combinatie van Schuld en Boete, ook wel vertaald als Misdaad en Straf.

In het civiele recht wordt het begrip schuld in deze zin veel gebruikt in de woordcombinatie 'schuldaansprakelijkheid'. Met de term wordt meestal

55 Het is hierboven al betoogd in par. 9.4.5.3 (*Toepassing op schuldaansprakelijkheid*).

56 Gevallen van absolute overmacht worden in de civielrechtelijke literatuur overigens nauwelijks besproken, klaarblijkelijk omdat men het te zeer voor de hand vindt liggen dat het hier om overmacht gaat. Vgl. bijv. *Asser//Sieburgh 6-IV* 2019/89: 'Onder overmacht worden zowel in het kader van wanprestatie als in strafrechtelijke zin begrepen de objectieve en relatieve onmogelijkheid. Overmacht is een omstandigheid die de handelende belet zich te onthouden van het normschendende gedrag. (…) Volgens de gangbare interpretatie van art. 40 Sr wordt onder overmacht verstaan, niet alleen dwang waaraan men geen weerstand kán bieden (absolute of objectieve onmogelijkheid, *impossibilitas*), maar ook elke drang waaraan men geen weerstand behoeft te bieden (subjectieve onmogelijkheid, *difficultas*)'. Terzijde merk ik hierbij op dat het onjuist is overmacht aan te merken als de onmogelijkheid 'zich te onthouden van normschendend gedrag' en haar tegelijkertijd aan te merken als rechtvaardigingsgrond, zoals Asser/Sieburgh doet (in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot).

57 Over dit zeer ruime schuldbegrip zie ook Jansen, in zijn bespreking van de Romeinsrechtelijke begrippen onrechtmatigheid en schuld, C.J.H. Jansen, 'De lex Aquilia en de moderne onrechtmatige daad', *AAe* 2006, p. 91-100, m.n. 94-95.

bedoeld: aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen.[58] Vaak dient hij als spiegelbeeld van 'risicoaansprakelijkheid', een aansprakelijkheid die losgekoppeld is van een onrechtmatige daad van de handelende zelf.[59]

9.5.2 Betekenis voor het onderzoek

Als schuld gelijk staat aan onrechtmatigheid, bestaat geen verschil tussen onrechtmatigheid-uitsluitende gronden en schuld-uitsluitende gronden. In deze opvatting kan dus geen antwoord worden gegeven op de vraag in welke gevallen de handelende zich tegen aansprakelijkheid kan verweren, *nadat* hij erkend heeft dat zijn handeling onrechtmatig was. Die vraag is immers met de beoordeling van de onrechtmatigheid – en van het eventuele beroep op een rechtvaardiging – beantwoord. Aan hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is besproken, behoeft dan niets te worden toegevoegd.

9.5.3 Conclusie

In verband met schulduitsluitingsgronden is de uitleg van het begrip schuld als: 'onrechtmatigheid' niet zinvol. In deze uitleg heeft een schulduitsluitingsgrond immers geen bestaansrecht naast een rechtvaardigingsgrond. Wil men over schulduitsluitingsgronden spreken, dan moet aan 'schuld' een andere betekenis worden gehecht.

9.6 *Culpa*

9.6.1 Als synoniem voor *iniuria*

Schuld wordt wel opgevat in de zin van *culpa*, zo is hierboven gesteld.[60] Maar evenmin als schuld is *culpa* een eenduidig begrip. Het wordt gebruikt in ruime zin, ter aanduiding van het feit dat een handeling *iniuria* was, maar ook in enge zin van 'schuld'. Ik begin met de bespreking van de ruime uitleg van *culpa*, waarin *culpa* gelijkstaat aan *iniuria*, dat wil zeggen: onrechtmatigheid.

Een beroemde Digestentekst bespreekt het geval van een snoeier die een tak naar beneden gooit en zo een passerende slaaf doodt. De snoeier wordt alleen dan aansprakelijk gehouden,

58 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/27 e.v., m.n. 28, tweede alinea.
59 De geschetste tegenstelling is overigens een misleidende, zoals wordt aangetoond door Nieuwenhuis, in: *De tuinman en de dood*, *RMTh* 1989, p. 193-201.
60 Zie par. 9.3 (*Methode*).

> 'als de tak op de openbare weg is gevallen en hij niet "van onderen" heeft geroepen, zodat het ongeval dat die slaaf trof, voorkomen had kunnen worden'.[61]

De reden daarvoor is, dat er sprake is van schuld (*culpa*) van de snoeier, zo wordt verderop in de tekst uitgelegd:

> 'Er is schuld (...) meent hij, als men iets niet heeft voorzien, terwijl het door een zorgvuldig man wel voorzien had kunnen worden, of als er pas gewaarschuwd is op een moment dat het gevaar niet meer vermeden kon worden.'[62]

Deze schuldvorm komt overeen met ons begrip onrechtmatigheid. Vergelijk de overwegingen van de Hoge Raad in het Kelderluik-arrest waarin de voorzienbaarheid van de schade en de mogelijkheid voorzorgsmaatregelen te treffen de onzorgvuldigheid van een bepaalde gedraging (mede) bepalen.[63] De letterlijke gelijkstelling van *culpa* (schuld) en onrechtmatigheid (*iniuria*) is ook terug te vinden in de Romeinse bronnen:

> 'Wij verstaan dus hier onder onrechtmatig handelen het toebrengen van schade met schuld.'[64]

Culpa en onrechtmatigheid zijn in deze visie dus synoniemen.[65] Maar dit is niet een uitleg die verhelderend is voor een onderzoek naar schulduitsluiting. De redenen daarvoor zijn besproken in de voorgaande paragraaf: als schuld onrechtmatigheid is, heeft de categorie schuld geen bestaansrecht naast die van onrechtmatigheid.[66] En dan hebben schulduitsluitingsgronden geen bestaansrecht naast rechtvaardigingsgronden.

9.6.2 Als tegenstelling tot *dolus*

Schuld gebruikt in de zin van *culpa* opgevat als tegenstelling tot opzet, of juist als lichte vorm daarvan,[67] is een strafrechtelijk zeer belangrijke betekenis van

---

61 Digesten 9,2,31.
62 Digesten 9,2,31.
63 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*), m.n. de overwegingen aangaande onderdeel b.
64 Digesten 9,2,5,1 slot.
65 Vgl. Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 107: 'In het Romeinse recht was *culpa* aanwezig wanneer iemand anders had gehandeld dan hij had moeten handelen'.
66 Par. 9.5 (Schuld*; Onrechtmatigheid*).
67 In het strafrecht is discussie gaande over de verhouding tussen opzet en schuld. Volgens De Hullu gaat het om 'een glijdende schaal van meer gewild naar minder gewild gedrag' (p. 274), en 'van ernstig en doelgericht naar minder ernstig en minder doelgericht strafbaar handelen' (p. 275). Het gaat in die visie dus niet om een tegenstelling, maar om een lichte vorm ('minus'), zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, IV.7.2.

schuld. Sommige delicten worden alleen met straf bedreigd wanneer ze opzettelijk gepleegd zijn; voor andere is schuld voldoende. Dit laatste begrip werd door de strafwetgever zo omschreven:

> 'Schuld is de zuivere tegenstelling van opzet aan de eene, van toeval (*casus*) aan de andere zijde.'[68]

De definitie munt niet uit in scherpte.[69] Maar dat was ook precies de bedoeling,

> 'ten einde de regter geheel vrij zij in de waardering van de bewezen omstandigheden ter beslissing van de bloot feitelijke vraag, of, bij gebreke van opzet, het feit aan des beklaagden schuld is te wijten'.[70]

In plaats van de verschillende schuldvormen te bespreken,[71] wordt volstaan met de eis dat de daad aan 'schuld *te wijten* is'.[72] Die omschrijving van schuld valt nagenoeg samen met de in het civiele recht gehanteerde uitleg van schuld in de zin van verwijtbaarheid.[73] Deze wordt hierna uitvoerig besproken.[74]

Civielrechtelijk speelt het onderscheid tussen opzet en schuld geen voorname rol: voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 is schuld voldoende.[75] Dat is waarschijnlijk altijd zo geweest. Voor een actie op grond van de lex Aquilia was vereist dat een handeling '*iniuria*' was. Dat betekende niet

---

68 Schuld, MvT, *Smidt I* 1891, p. 84. Zie over de '*zuivere tegenstelling*' de hierboven aangehaalde beschrijving van de discussie over deze kwestie door De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, IV.7.2.

69 Vgl. het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, over de zojuist geciteerde passage uit de MvT: 'Het begrip schuld is te onbepaald om zonder nadere omschrijving als kenmerk van een misdrijf te worden gesteld'. *Smidt I* 1891, p. 85.

70 Schuld, MvT, *Smidt I* 1891, p. 84/85.

71 In de Parlementaire Geschiedenis zijn vele te vinden, zoals: verzuim, nalatigheid, onvoorzichtigheid, gebrek aan voorzorg. MvT, *Smidt I* 1891, p. 84.

72 Vgl. nogmaals het Verslag van de Tweede Kamer, waarin het verzet tegen de voorgestelde ruime omschrijving wordt opgegeven en de conclusie volgt: 'dat dus bij elke veroordeling wegens schuld zal moeten worden aangetoond waarom bij *ontstentenis van opzet de daad toerekenbaar is*, – een vereiste dat genoegzaam schijnt te worden uitgedrukt door de in dit ontwerp gemeenlijk gebezigde uitdrukking: hij aan wiens schuld *te wijten* is. Het overige zal wel geheel aan het voorzichtig oordeel van den regter moeten worden overgelaten'. Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, *Smidt I* 1891, p. 86.

73 Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/100: 'In deze betekenis wordt het begrip schuld in art. 6:162 lid 3 BW gebruikt. De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor haar gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht. Om deze reden kan de daad aan hem worden *toegerekend*'.

74 In par. 9.7.1 e.v. (*Schuld in de zin van verwijtbaarheid?*).

75 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/101. Het onderscheid kan wel van belang zijn bijvoorbeeld voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding op grond van art. 6:98, waar de voorzienbaarheid een grote rol speelt, voor de matigingsmogelijkheid van art. 6:109, of voor de interne draagplicht (zie bijv. art. 6:170 lid 3).

veel meer dan dat zij zonder recht (*non iure*) was gepleegd, dus dat geen rechtvaardigingsgrond voor de handeling viel aan te wijzen:

> 'Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, indien men zonder enig recht doodt. Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk.'[76]

Een bepaalde schuldgraad werd voor *iniuria* vermoedelijk niet geëist; zij kon zowel opzet (*dolus*) als schuld (*culpa*) omvatten.[77] Van een belangrijk onderscheid tussen opzet en schuld in verband met een mogelijke vordering uit onrechtmatige daad was en is in het burgerlijk recht dus geen sprake.

Voor het burgerlijk recht wordt *culpa* dus voldoende geacht voor aansprakelijkheid. Maar hoe moet dit begrip *culpa* worden opgevat? De gangbare omschrijving is dat het gaat om onachtzaamheid.[78] Dat zou men kunnen opvatten als 'verwijtbaarheid'. Die betekenis wordt in de volgende paragraaf (9.7) besproken. Men kan onachtzaamheid ook zien als synoniem voor: onvoorzichtigheid, onoplettendheid. Met die laatste termen wordt aangegeven dat de handelende anders handelde dan hij behoorde. Hij voldeed niet aan de zorgvuldigheidsnorm. En daarmee zijn we terug bij de betekenis van schuld in de zin van onrechtmatigheid. In het onderzoek naar schulduitsluiting brengt ook de betekenis van schuld in de zin van *culpa* ons niet verder.

9.6.3 Als tegenstelling tot *casus*

Aansprakelijkheid ontbrak in het Romeinse recht niet alleen wanneer een handeling '*iure*' was verricht. Zij ontbrak eveneens in het geval van '*casus*' (toeval). En daarmee komen we bij een begrip dat wèl interessant zou kunnen zijn voor het moderne civiele recht en met name voor een onderzoek naar van schulduitsluitingsgronden. *Casus* werd gezien als tegenstelling van doleus of culpoos handelen.[79] Het was schade, ontstaan door 'toeval', waarvoor de veroorzaker niet aansprakelijk was. De Digesten geven er het volgende voorbeeld van:

> 'Terwijl verscheidene personen met een bal aan het spelen waren, heeft een van hen een slaafje een harde duw gegeven, toen het probeerde een bal te vangen. De slaaf kwam ten val en brak een been. De vraag werd opgeworpen of de eigenaar van het slaafje op grond van de Lex Aquilia kon procederen tegen degene door wiens duw het gevallen was. Ik heb geantwoord dat dit niet mogelijk was, omdat

76 Instituten Iustinianus 4.3.2. Het origineel zegt: 'qui nullo iure occidit'.
77 Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* 1948, p. 354-355. Zo ook Lawson, *Negligence* 1950, p. 36-37.
78 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/101.
79 Vgl. de al besproken opvatting van de strafwetgever: *Smidt I* 1891, p. 84.

> het ongeluk veeleer door toeval dan door schuld geacht moest worden te zijn gebeurd.'[80]

Culpa houdt op waar het toeval begint, zo zou men Houwing kunnen parafraseren.[81]

Vergelijkbaar met het slaafje uit de Digesten is hedentendage de onfortuinlijke mevrouw Guyt, die haar heup brak toen iemand bij de bushalte een stapje achteruit deed om een ander te laten passeren[82] of de man, die stoeiend met zijn collega, deze laatste verwondde met een 'speels duwtje'.[83] 'Een ongelukkige samenloop van omstandigheden', dat is de kwalificatie die de Hoge Raad tegenwoordig hecht aan gevallen van *casus*. Aansprakelijkheid wordt dan niet aangenomen. Wat is daarvan de reden? Zou men *casus* kunnen omschrijven als een schulduitsluitingsgrond? Of zelfs als een rechtvaardigingsgrond?[84]

Verhelderend is een terugblik op de wetsontwerpen die voorafgingen aan het BW van 1838. De wetsontwerper noemde toeval ('ongeluk') daarin uitdrukkelijk als grond die aan aansprakelijkheid in de weg stond. Het Ontwerp-Van der Linden bevatte de bepaling:

> 'Doodslag of kwetsing uit noodweer, of bij ongeluk, geven geen regt om vergoeding te vorderen.'[85]

Een soortgelijke bepaling was te vinden in het Wetboek Napoleon van 1809 en het Ontwerp van 1820 – alleen heette ongeluk nu toeval.[86] Het laatstgenoemde ontwerp gaf zelfs een omschrijving van toeval:

> 'Voor toeval is niemand aansprakelijk, dan alleen in die gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaald heeft. (...) Alle schade wordt aan toeval toegeschreven, zoo lang niet bewezen wordt, dat dezelve aan schuld of verzuim toe te schrijven zij.'[87]

---

80 Digesten 9,2,52,4. Het laatste zinsdeel luidt letterlijk: 'cum casu magis quam culpa videretur factum'.

81 Vgl. J.F. Houwing: 'De overmacht begint derhalve, zoodra de toerekening ophoudt', in: 'Overmacht of onmogelijkheid?', *R.M.* 1904, opgenomen in *Rechtsgeleerde opstellen van mr. J.F. Houwing*, Haarlem: de erven Bohn 1921, (p. 124-165), p. 132.

82 HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393 (*Bushalte*).

83 HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, *NJ* 1986/780 (*Dollende collega's*).

84 Roelvink suggereert dat dit de visie van Brunner is: 'De noot van Brunner (...) doet mij vermoeden dat hij in de figuur van de ongelukkige samenloop een rechtvaardigingsgrond ("toeval") ziet'. *Omgestoten wijnglazen* 1994, p. 329. In de door Roelvink aangehaalde passage (Brunners annotatie bij het Natrap-arrest, in *NJ* 1992/622) kan ik dit echter niet lezen. Op Brunners visie kom ik nog in deze paragraaf terug.

85 *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, Derde boek, dertiende titel, artikel 6 (gebruikte uitgave: De Smidt, Amsterdam 1967).

86 *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland*, 1809, art.1321. Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek 1820, art. 3024.

87 Ontwerp 1820, artikel 3048-3049.

Met deze bepaling wordt het juridische karakter van toeval (*casus*/ongelukkige samenloop van omstandigheden) in één klap duidelijk. Toeval is geen nieuwe schulduitsluitingsgrond. Evenmin een rechtvaardigingsgrond. Met de constatering dat sprake is van toeval wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen aansprakelijkheid scheppend feit is. De aanwezigheid van toeval leidt tot toepassing van de basisregel van het aansprakelijkheidsrecht: Ieder draagt zijn eigen schade. Voor vergoeding van die schade *door een ander* moet voldoende reden aanwezig zijn.[88] Toeval is daarvoor onvoldoende reden.

Een vergelijkbare redenering is te vinden in de noot van Van der Grinten onder het Bushalte-arrest:

> 'De gedraging van een voetganger is niet reeds onrechtmatig, indien zij schade veroorzaakt aan een andere voetganger (...). De vergoedingsplicht voor aan een ander toegebrachte schade moet in beginsel berusten op verwijtbaar, onbehoorlijk gedrag. (...) Is niet echt onrechtmatig gehandeld, dan is voor overheveling van de schade van het slachtoffer naar de ander geen voldoende grond.'[89]

Zie ook de noot van Brunner onder het Natrap-arrest:

> 'Wanneer het spel volgens de regels is gespeeld en desondanks een speler wordt verwond is in letterlijke zin sprake van een ongeluk, van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, van toeval, waarvoor de feitelijke veroorzaker niet aansprakelijk is. (...) In ons recht is aan overmacht veel aandacht besteed, maar is de vraag wanneer van toeval sprake is onderbelicht gebleven. Toch gaat het bij sportletsel vaak om toeval, niet om overmacht. Geringe letsels, zoals kneuzingen en schavingen zijn bij veel contactsporten onvermijdelijk en de spelers nemen die op de koop toe. Wie die wil vermijden moet aan die sporten niet deelnemen.'[90]

Met Brunner deel ik de visie dat onderscheiden dient te worden tussen overmacht (waarbij de stelling van de verweerder is: 'Ik heb iets misdaan, maar daar werd ik toe gedwongen')[91] en toeval (waarbij de verweerder stelt: 'Ik heb niets misdaan').

Anders dan (kennelijk) Brunner twijfel ik over het nut stil te staan bij de vraag 'wanneer van toeval sprake is'. Zoals ik in de *Begripsbepaling* al aangaf, is het juridisch niet zinnig te omschrijven welke gedragingen niet-onrechtmatig zijn.[92] Aansprakelijkheidsrecht is sanctierecht. Het geeft aan waar de grens van het betamelijke ligt en het omschrijft de handelingen waarmee die grens wordt overschreden. Alle andere handelingen zijn rechtmatig.[93] Daaronder

88 Waarover uitgebreid: Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden) 1997.
89 Van der Grinten, annotatie bij HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393 (*Bushalte*).
90 Brunner, annotatie bij HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen).*
91 Vgl. art. 40 Sr.
92 Zie par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*).
93 Vgl. nogmaals par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*).

vallen ook de handelingen waarbij per ongeluk, toevallig, schade wordt veroorzaakt. Weliswaar zijn de *gevolgen* van deze handelingen vervelend, maar waar het in het aansprakelijkheidsrecht om gaat, is of de handeling *zelf* door de beugel kan. En het verwijt dat de handelende in het geval van toeval gemaakt kan worden is, bezien vanuit het stelsel van normschendingen, niet ernstig genoeg.[94]

Het voorgaande betekent dat over toeval en dergelijke juridisch wel zinvol kan worden gesproken in negatieve zin, dus wat het *niet* is en waarom: geen normschending, omdat niet aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Maar het is moeilijk aan te geven wat toeval dan *wel* is. Dat zou immers een omschrijving vergen van alle daden waarbij schade wordt toegebracht en die toch niet onrechtmatig zijn.[95] Toeval kan hooguit worden afgezet tegen een andere groep niet-onrechtmatige daden, waarbij schade is toegebracht: de gerechtvaardigde daden. Daarvan onderscheidt toeval zich doordat bij toeval de schade niet opzettelijk, maar per ongeluk wordt toegebracht. Bij gerechtvaardigde daden wordt de schade opzettelijk toegebracht, of het schaderisico willens en wetens genomen, ter bereiking van een hoger doel.[96]

Toeval onderscheidt zich ten slotte van schulduitsluitingsgronden hierin, dat een beroep op een schulduitsluitingsgrond de aanwezigheid van een onrechtmatige daad *vooronderstelt*.[97] In geval van toeval wordt nu juist *geen* onrechtmatigheid aangenomen. Aan de bespreking van een beroep op een schulduitsluitingsgrond komt men dan in het geheel niet meer toe (en aangezien de onrechtmatigheid ontbreekt, komt men evenmin toe aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond).

9.6.4 Conclusie

Culpa, opgevat als synoniem voor *iniuria* valt samen met onrechtmatigheid. In die betekenis is het voor de bespreking van schulduitsluitingen niet zinvol. Opgevat als tegenstelling van *dolus*, kan *culpa* worden gezien of als verwijtbaar-

94 Vgl. par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*).

95 Dat betekent niet dat binnen de groep rechtmatige daden in het geheel geen onderscheiding kan worden aangebracht. Zoals ik eveneens in de Begripsbepaling aangaf, kan worden onderscheiden tussen zuivere rechtmatige daden (waarop in het geheel niets is aan te merken), niet-onrechtmatige daden (waarbij per ongeluk schade is toegebracht, maar geen normschending heeft plaatsgevonden) en gerechtvaardigde daden (waarbij opzettelijk schade is toegebracht, ter bereiking van een hoger doel). Zie par. 1.4 (*Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie*).

96 Vgl. nogmaals par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*), slot.

97 Vgl. nogmaals de Begripsbepaling, par. 1.6.1 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld; Plaatsbepaling*), waar Loth is aangehaald: 'pragmatisch gezien impliceert het aanvoeren van een excuus de erkenning dat het handelen niet gerechtvaardigd is'. Zie Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 23.

heid (waarover de volgende paragraaf), of alweer als onrechtmatigheid. Vatten we *culpa* op als tegenstelling van *casus*, dan levert dat de vaststelling op dat er in elk geval sprake moet zijn van normschendend gedrag. In geval van *casus* ontbreekt zo'n normschending; bij *culpa* juist niet. Ook in deze tegenstelling komt *culpa* uiteindelijk overeen met onrechtmatigheid.

De conclusie luidt dat de term *culpa* ons enerzijds voor wat betreft het inzicht in schuld niet verder brengt dan de eerder getrokken conclusie met betrekking tot schuld in de zin van onrechtmatigheid. Het gaat dan om *culpa* als *iniuria*, of als onvoorzichtigheid, of als normschendend gedrag. *Culpa* kan echter ook worden opgevat als 'verwijtbaarheid'. Dat begrip is nu te onderzoeken.

9.7 VERMIJDBAARHEID

9.7.1 Schuld in de zin van verwijtbaarheid?

> 'De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor haar gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht.'

Dat is volgens Asser/Sieburgh de betekenis van het begrip schuld in artikel 6:162 lid 3.[98] Negatief geformuleerd: 'De onrechtmatige daad is te wijten aan de *schuld* van de dader als *hem* kan worden verweten dat hij de onrechtmatige daad niet heeft nagelaten.'[99] Schuld in de zin van verwijtbaarheid. Dat is de gangbare samenvatting van de hier gegeven betekenis van schuld. Tegen het gebruik van de term 'schuld' in deze zin is echter een aantal bezwaren in te brengen.

Allereerst maakt zij niet duidelijk wèlk verwijt de handelende precies treft. De handelende had de daad blijkbaar moeten nalaten. Maar waarom dat zo is en hoever die verplichting strekt, blijft het op te lossen probleem. Daarmee is het begrip verwijtbaarheid in feite een leeg etiket. Ten tweede, en dat bezwaar is eerder gemaakt door Schut, is verwijtbaarheid niet de schuld zelf, maar het *gevolg* van de aanwezigheid van onrechtmatigheid en schuld;[100] 'schuld ìs geen verwijtbaarheid, maar brengt slechts verwijtbaarheid mede'.[101] Daar komt bij dat de term verwijtbaarheid een sterk normatieve lading heeft. Dat maakt het extra moeilijk te onderscheiden tussen verwijtbaarheid in de

98 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/100.

99 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.3, p. 109 (cursiveringen in origineel).

100 Vgl. Van Dam over verwijtbaarheid: 'Op zichzelf bevat deze term geen norm, maar een conclusie'. Zie Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 109, p. 144.

101 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 100.

zin van *laakbaarheid* (onrechtmatigheid) en het verwijt dat iemand wordt gemaakt omdat hij die laakbare handeling *niet* heeft *nagelaten*.

9.7.2 Schuld in de zin van vermijdbaarheid

Duidelijker is de omschrijving van schuld zoals Schut haar heeft voorgesteld:

> 'Het eigenlijke van schuld bestaat uit het niet-vermijden van hetgeen rechtens kan worden vermeden; het begrip wordt dus (...) door de *vermijdbaarheid* bepaald.'[102]

Met het hier aangehaalde schuldbegrip wordt precies omschreven op welke wijze de handelende zich verweert als hij zich beroept op een schulduitsluitingsgrond. Hij ontkent de normschending niet. Hij stelt alleen dat deze (voor hem) niet te vermijden was.

Om iets te kunnen vermijden, moet men weten *wat* men moet vermijden, en moet men bovendien *in staat zijn* zich daarnaar te gedragen. Die norm is bekend geworden als de 'kennen en kunnen'-regel uit het Joke Stapper-arrest, dat de Hoge Raad drie jaar na het verschijnen van Schuts proefschrift wees. De Hoge Raad overwoog toen dat

> 'de vraag of de overtreding van een rechtsnorm aan een jeugdig kind kan worden toegerekend, niet uitsluitend wordt bepaald door de kennis die bij dat kind t.a.v. het bestaan van die norm aanwezig is, maar ook door de mate waarin het hem mogelijk is zich overeenkomstig die kennis te gedragen'.[103]

Deze norm is niet alleen bepalend voor de schuldvraag bij kleine kinderen, maar evenzeer voor die van alle andere handelenden: als de daad niet te vermijden is, is niet goed in te zien waarom zij de handelende kan worden aangerekend. Strafrechtelijk wordt dezelfde norm gehanteerd.[104]

Hierbij verdient opmerking dat de zojuist genoemde norm niet altijd herkenbaar is als regel ter bepaling van de schuldvraag. Zij keert ook terug bij schrijvers die niet willen onderscheiden tussen onrechtmatigheid en schuld. Bij hen verschijnt ze bijvoorbeeld in de gedaante van 'persoonselementen' van de zorgvuldigheidsnorm.[105] Inhoudelijk maakt dat echter geen verschil. Waar het op aankomt, is dat naast een toets van de *daad*, ruimte is om rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden of mogelijkheden van de *dader/handelende*.

---

102 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 104.

103 HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, *NJ* 1967/69, m.nt. GJS (*Joke Stapper*).

104 Strafrechtelijk wordt dezelfde norm gehanteerd. Zie daarover bijv. Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 177, l.k.

105 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nrs. 140-141 i.v.m. 99 e.v.

9.7.3 Kennen

9.7.3.1 Kenbaarheid van de norm

Normen moeten nageleefd worden. Om normen te *kunnen* naleven, moet men ze kennen. Bij een rechtsstelsel dat burgers aansprakelijk houdt voor normschendingen, terwijl die burgers de normen niet eens kennen of konden kennen, denken wij aan een kafkaëskse nachtmerrie. Wie aansprakelijk wordt gehouden maar niet wist of kon weten dat wat hij deed fout was, zal zich voelen als de Praagse jood Josef Roubíèek. Hij wordt tijdens de naziterreur gestraft voor zo ongeveer alles wat hij doet, terwijl hij niet kan achterhalen wat hij *mis*doet:

> 'daar was nooit een politieverordening van gemaakt, nooit was die me overhandigd. Het gerucht ging alleen van mond tot mond, werd onderbouwd met voorbeelden. Lang wist ik niets van die wet, maar ik hoorde erover fluisteren'.[106]

De gedachte dat men in staat moet zijn de normen te kennen die men dient na te leven, ligt ook ten grondslag aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.[107] Dat is neergelegd in artikel 1 lid 1 Sr en houdt in dat geen feit strafbaar is dan op grond van een daaraan voorafgegane wettelijke bepaling. Sancties voor normovertredingen mogen alleen worden opgelegd als de normen ten tijde van de handeling duidelijk waren. In het privaatrecht is het niet anders.[108] Weliswaar gaat het hier niet alleen om wettelijke, zelfs niet alleen om geschreven normen. Maar ook in het burgerlijk recht zou het in strijd zijn met de rechtvaardigheid iemand aansprakelijk te houden voor de schendingen van een norm die hij niet kon kennen.

De kenbaarheidseis geldt overigens niet alleen bij de onrechtmatige daad, zij geldt evenzeer voor andere verbintenissen. Zo zal ook in het contractenrecht een beroep op overmacht (juister: niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming) slagen, wanneer de debiteur de norm (dus: de verbintenis) niet kende of kon kennen. Vergelijk de Toelichting Meijers op artikel 6.1.8.2 (6:75), waarin wordt gesteld:

---

106 Jiøí Weil, *De ster van Josef Roubíèek*, Praag 1949 (gebr. uitg.: Amsterdam: Van Gennep 1989), p. 39.

107 Zie over het verband tussen de kenbaarheidseis en het legaliteitsbeginsel: H.L. Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a/M: Metzner 1976, bijv. p. 13.

108 Dat het legaliteitsbeginsel ook voor het privaatrecht geldt, is voorzichtig gesuggereerd door M.V. Polak. Hij betoogt dat het ex post facto-verbod (onderdeel van het legaliteitsbeginsel) meebrengt dat bijvoorbeeld in milieuvervuilingszaken de normen van nu niet zonder meer mogen worden toegepast op gedragingen van twintig jaar geleden. M.V. Polak, 'Een begin(sel) van legaliteit in het privaatrecht?', in: Beginselen van vermogensrecht, *BWKJ* 1993, p. 47-61.

> 'dat de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (...) indien hij door een oorzaak welke hem niet kan worden toegerekend, het bestaan van de verbintenis niet kende of van de inhoud daarvan een verkeerde voorstelling had'.[109]

Daarbij wordt het voorbeeld genoemd van de situatie dat iemand een schuld erft, maar deze niet nakomt, omdat het bericht van het overlijden van de erflater hem niet tijdig heeft bereikt.

Kennis van de norm kan voor de dader worden belemmerd door twee soorten omstandigheden: interne en externe.

9.7.3.2 Interne belemmeringen voor kennis van de norm

De eerste groep personen bij wie schuld ontbreekt, wordt gevormd door diegenen die ten gevolge van een gebrek in hun geestelijke vermogens niet in staat zijn de norm te kennen. Tot deze categorie behoren, zoals hierboven al bleek, kleine kinderen, voor wie het niet altijd mogelijk is de norm of haar reikwijdte te bevatten.[110] Hetzelfde geldt voor geestelijk gestoorden. Ook zij zullen niet altijd in staat zijn te beseffen wat de norm is. Schuld ontbreekt als 'de dader tengevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling'.[111]

De uitzonderingspositie van deze twee groepen is al oud, getuige de Digestentekst over de vraag of tegen *furiosi* een actie op grond van de lex Aquilia kan worden ingesteld:

> 'Daarom stellen wij de vraag of er een actie op grond van de Lex Aquilia is als een geesteszieke schade heeft toegebracht. Pegasus heeft dit ontkend: wat is er immers bij zo iemand aan schuld, wanneer hij niet bij zinnen is? En dit is beslist juist. De actie op grond van de Lex Aquilia is dus niet van toepassing, net zomin als in het geval dat een viervoetig dier schade heeft toegebracht of dat een dakpan naar beneden is gevallen. Maar zelfs als een kind onder de zeven jaar schade heeft toegebracht, moet hetzelfde worden gezegd. Als echter een onvolwassene dat gedaan heeft, is deze – zo zegt Labeo –, omdat hij wegens diefstal aansprakelijk is, ook aansprakelijk op grond van de Lex Aequilia. Ik acht dit juist als de onvolwassene reeds in staat is om te begrijpen wat onrecht is.'[112]

Tegen een geesteszieke (*cum suae mentis non sit*) of een kind is geen actie uit onrechtmatige daad mogelijk, tenzij *si sit iam iniuriae capax*.[113] Met een verwijzing naar dit fragment stelt Lawson: 'Roman law exempted from liability

109 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 263.
110 Zie nogmaals HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, *NJ* 1967/69 (*Joke Stapper*).
111 HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1960:166, *NJ* 1963/1, m.nt. D.J.V. (*Gestolen Jaguar*).
112 Digesten 9,2,5,2 (vert. Feenstra & Spruit 1994).
113 Digesten 9,2,5,2 slot.

madmen and children who were too young to be capable of *iniuria*'[114] In staat tot (capable of) '*iniuria*'; dat is een tekstgetrouwe vertaling van *iniuriae capax*. Capax komt van: capere, wat letterlijk grijpen of vatten betekent. En dat is precies waar het om draait: de mogelijkheid om de normschending – *iniuria* – te (be)grijpen of (be)vatten.[115]

Wie niet in staat is de norm te kennen en er dus niet naar kán leven, heeft geen schuld als hij de norm niet nakomt. Die mogelijkheid om normconform te handelen ontbreekt ook bij hen wier geestelijke vermogens *tijdelijk* niet of minder goed functioneren. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan het noodweerexces. Wie plotseling wordt aangevallen en zich daartegen moet verweren, kan zo geëmotioneerd raken door de gebeurtenis, dat hij niet meer in staat is de grenzen van de noodzakelijke verdediging in het oog te houden.[116] Het staat in artikel 41 lid 2 Sr zo beschreven:

> 'Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.'

Ook in het civiele recht wordt algemeen aangenomen dat dit noodweerexces een schulduitsluitingsgrond oplevert.[117] Schuld ontbreekt bij de noodweerder die in zijn paniek de grenzen van het betamelijke overschrijdt evenzeer als schuld bij een klein kind of schuld bij iemand met een structurele geestelijke tekortkoming.

9.7.3.3 Externe belemmeringen voor kennis van de norm

De tweede categorie van het ontbreken van kenbaarheid van de norm wordt gevormd door gevallen waarin de norm niet te kennen was, niet door oorzaken gelegen in de persoon van de handelende, maar door oorzaken gelegen buiten hem. Ook hier heeft het aansprakelijkheidsrecht zijn grens bereikt. Zoals Van Dam het uitdrukt: 'op onbekend gevaar kan niemand zijn gedrag afstemmen'.[118] Men kan het nog verdergaand formuleren: op onbekende *normen*

---

114 Lawson, *Negligence* 1950, p. 41. Hij beroept zich daartoe op Digesten 9,2,5,2.

115 Vgl. nogmaals de geciteerde vertaling van Feenstra en Spruit: 'in staat om te begrijpen wat onrecht is'. Een mooie, vrijere, vertaling van het tekstdeel is te vinden bij Watson: 'provided they were able to distinguish between right and wrong'. In: *The Digest of Justinian*, Translation edited by A. Watson, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998 (online versie).

116 Zie bijv.: Rb. Maastricht (2e kamer) 4 december 1967, ECLI:NL:RBMAA:1967:AB3767, *NJ* 1969/126 en recentelijk HR (Strafkamer) 7 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1226, *NJ* 2021/300.

117 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141.Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/111, waar nog wordt opgemerkt dat niet uitgesloten is dat de reden van het psychisch defect voor risico van de dader komt. En: Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, p. 109.

118 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.)1989, p. 133.

kan niemand zijn gedrag afstemmen. De handelende moet in staat zijn geweest de norm die hij geschonden heeft te kennen. De zojuist onderscheiden situaties (onbekende gevaren en onbekende normen) kunnen worden benoemd als: dwaling in de feiten en dwaling in het recht. In deze situaties neemt men aan dat de handelende zich kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond.[119]

Hetzelfde geldt voor het opvolgen van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, in artikel 43 lid 2 Sr als volgt omschreven:

> 'Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen.'

Wie een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel opvolgt, begaat weliswaar een strafbaar feit, maar daarvan kan hem onder omstandigheden geen verwijt worden gemaakt. Dat is de heersende leer, in straf- en civielrecht.[120]

9.7.3.4 Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt

Samenvattend: in deze paragraaf is besproken in welke gevallen schuld ontbreekt, omdat *kennis* van de norm ontbreekt. Tot deze groep behoren naar de heersende civielrechtelijke leer de volgende schulduitsluitingsgronden:

- een (zeer) jeugdige leeftijd, die kennis van de norm verhindert;
- een structurele geestelijke tekortkoming, die kennis van de norm in de weg staat;
- een incidentele geestelijke tekortkoming die kennis van de norm in de weg staat (noodweerexces);
- dwaling in de feiten;
- dwaling in het recht;
- onbevoegd gegeven ambtelijk bevel.

---

119 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/109 en 110; Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141.

120 Voor het strafrecht: zie Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p.127-152. Voor het burgerlijk recht: zie bijvoorbeeld *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/111 (waar het opvolgen van een onbevoegd gegeven bevel niet wordt gezien als afzonderlijke schulduitsluitingsgrond, maar als voorbeeld van verschoonbare dwaling t.a.v. de bevoegdheid tot handelen). Zie ook Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141. Tegen de heersende leer heb ik betoogd dat voor het burgerlijk recht het opvolgen van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel net als een bevoegd gegeven ambtelijk bevel een *rechtvaardigingsgrond* zou moeten opleveren. Of het bevel bevoegd dan wel onbevoegd is gegeven, is een kwestie die de opvolger niet raakt. Het gaat hem niet aan en hij behoeft zich er ook niet om te bekommeren. Zie par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*).

9.7.4 Kunnen

9.7.4.1 De mogelijkheid zich normconform te gedragen

Als iemand de norm kent, zal hij zich overeenkomstig die kennis moeten gedragen. Maar soms zal het onmogelijk zijn zich te houden aan de norm.

De eerste reden daarvoor kan zijn een lichamelijk gebrek. Wie bijvoorbeeld door een zware ziekte aan zijn bed is gekluisterd, kan niet opspringen en een in nood verkerende passant te hulp schieten (vgl. art. 450 Sr). Dan kan men niet spreken van schuld in de zin van vermijdbaarheid; hier is sprake van een schulduitsluitingsgrond.

Een geheel andere reden waarom de handelende niet in staat is de norm na te leven, kan gelegen zijn in de leeftijd van de handelende. Zo is het voor kleine kinderen niet altijd mogelijk zich te gedragen als een zorgvuldig burger betaamt.[121] Hetzelfde kan het geval zijn bij heel oude mensen. Voor hen kan het bijvoorbeeld moeilijker zijn om in het verkeer snel en accuraat te reageren. In deze gevallen kan men stellen dat de handelende, gezien zijn leeftijd, geen verwijt van het gebeurde te maken valt. Van schuld kan men dan moeilijk spreken.

Een andere categorie gevallen is die waarin de schuldenaar niet is staat is de norm na te leven op grond van wat in het contractenrecht genoemd worden 'de debiteur persoonlijk betreffende omstandigheden'. Daarbij valt te denken aan bijvoorbeeld onbekwaamheid of onervarenheid; de Parlementaire Geschiedenis noemt de voorbeelden van de onervaren arts of automobilist.[122] In die gevallen zal de daad voor de handelende wellicht niet te vermijden zijn en kan zijn schuld ontbreken.

9.7.4.2 Een bijzonder probleem: overmacht

Onder *overmacht* wordt verstaan: elke van buiten komende[123] drang waaraan men geen weerstand kan bieden. Zo gedefinieerd, behoort overmacht tot de categorie gevallen waarin de handelende de norm niet kon naleven.

---

121 Vgl. nogmaals HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, *NJ* 1967/69 (*Joke Stapper*).

122 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.

123 Toerekenbaarheid van het feit aan de dader kon volgens de strafwetgever ontbreken door inwendige en uitwendige oorzaken. De eerste waren oorzaken 'die in den deelnemer aan het strafbaren feit zelven aanwezig zijn'. Hieronder vielen abnormale geestesgesteldheid en jeugdige leeftijd van de dader (art. 37-39). In het tweede geval ontbrak toerekenbaarheid 'wegens van buiten aangebragte oorzaken'. Dat waren de gronden van artikel 40-43, waaronder dus overmacht. Zie *Smidt I* 1891, p. 364 e.v. en 404 e.v.

In Asser/Sieburgh wordt overmacht beschouwd als rechtvaardigingsgrond,[124] – waar alle andere rechtvaardigingsgronden onder vallen.[125] Goedmakers spreekt van een niet-toerekenbare vreemde oorzaak.[126]

In het voorgaande bleek reeds, dat in het strafrecht het bestaan van verschillende typen overmacht wordt aangenomen.[127] Onderscheiden wordt tussen absolute en relatieve overmacht.[128] Voor absolute overmacht neemt men aan dat geen sprake is van een handeling, zoals hierboven reeds is uiteengezet.[129] Dan ontbreekt het voor de onrechtmatige handeling noodzakelijke daderschap. In plaats van over overmacht spreek ik in deze gevallen van een ontbreken van daderschap. Relatieve overmacht wordt onderverdeeld in rechtvaardigende en schulduitsluitende (psychische) overmacht. Met rechtvaardigende overmacht wordt gedoeld op noodtoestand.[130] Ter voorkoming van verwarring verdient het de voorkeur in deze gevallen niet van overmacht te spreken, maar alleen van noodtoestand. Ook naar burgerlijk recht levert dat een rechtvaardigingsgrond op.[131] Bij de tweede soort relatieve overmacht – de psychische – gaat het om foutieve gedragingen, begaan onder een dwang. De handelende zou zich daaraan wel kunnen onttrekken, maar dat zou 'de weerstandskracht van een normaal mens te boven' gaan.[132] Het moet daarbij gaan om 'een drang waaraan door de dader geen weerstand *kon* worden geboden én waaraan geen weerstand *behoefde* te worden geboden', zo verwoordt De Hullu de rechtspraak.[133] In zo'n geval kan men ook voor het civiele recht zeggen dat het voor de handelende niet mogelijk is zich normconform te gedragen. Dan is dus sprake van een gebrek aan schuld.[134] Ook naar burgerlijk recht dient overmacht derhalve als schulduitsluitingsgrond te worden beschouwd.

124 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot.
125 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88, slot.
126 Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, passim.
127 Zie par. 3.3 (*Overmacht: een civielrechtelijke kwalificatiefout*).
128 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.1, p. 290. Zie verder bijv.: Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht, Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201 e.v.
129 Zie par. 9.4.5.4 (Daderschap; *Het verband met absolute overmacht).*
130 Het begrip rechtvaardigende overmacht hanteer ik in dit boek niet, ter voorkoming van misverstanden. Ik gebruik alleen de term noodtoestand.
131 Vgl. hierboven hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*), par. 3.7 (*Noodtoestand*).
132 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 297.
133 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.3, p. 292. Hij voegt eraan toe dat het dus 'zeker geen puur psychologisch, maar mede een juridisch, normatief begrip' is.
134 Voor overmacht als schulduitsluitingsgrond in het strafrecht zie bijv. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 89-95.

9.7.4.3 Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen

Samenvattend: in deze paragraaf is bezien in welke gevallen schuld ontbreekt, omdat voor de handelende de mogelijkheid ontbreekt zich conform de norm te gedragen. Schulduitsluitingsgronden uit deze groep zijn:
- een lichamelijke tekortkoming;
- een zeer hoge of lage leeftijd;
- onervarenheid/onbekwaamheid;
- overmacht.

9.7.5 Conclusie

Met het begrip schuld in de zin van verwijtbaarheid/vermijdbaarheid stuiten we op een betekenis van schuld die niet samenvalt met onrechtmatigheid. Onrechtmatigheid is handelen tegen de norm. Soms kan de handelende van zulk handelen echter geen verwijt worden gemaakt, omdat het voor hem niet te vermijden was dat hij onrechtmatig handelde. In dat geval, zo wordt algemeen aangenomen, is er wel sprake van onrechtmatigheid, maar niet van schuld. Schuld in deze zin kan dus bestaan naast het onrechtmatigheidsvereiste. Schulduitsluitingsgronden hebben in deze opvatting, ook civielrechtelijk, in principe bestaansrecht. In deze paragraaf kwam een groot aantal van de gronden aan de orde, die zijn onder te verdelen in twee hoofdgroepen. Ten eerste ontbreekt schuld, wanneer het voor de handelende niet mogelijk is de norm te kennen.[135] Ten tweede ontbreekt schuld, wanneer het voor de handelende niet mogelijk is zich overeenkomstig de norm te gedragen.[136] Tot beide groepen behoort een aantal schulduitsluitingsgronden, die steeds aan het slot van de bespreking van elke groep zijn opgesomd. Met deze gronden is tevens omschreven wat in de heersende leer als schulduitsluitingsgronden worden beschouwd in het burgerlijk recht.[137]

9.7.6 Overgang naar wat volgt: waar de wegen van strafrecht en burgerlijk recht scheiden

In de laatste alinea van de vorige paragraaf schreef ik dat in de besproken opvatting schulduitsluitingsgronden ook voor het civiele recht 'in principe'

135 Voor voorbeelden: zie par. 9.7.3.4 (*Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*).
136 Voor voorbeelden: zie par. 9.7.4.3 (*Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*).
137 Zie: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/108 (geestelijke tekortkoming), 109 en 110 (verontschuldigbare dwaling), 111 (noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel en automobilist die door een ander wordt gedwongen tot een plotselinge – minder juiste – beslissing). Dezelfde gronden zijn te vinden bij Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 140-144, m.n. p. 141.

bestaansrecht hebben. Daarmee bedoel ik dit. Voor de genoemde gevallen is geconstateerd dat schuld in de zin van verwijtbaarheid ontbreekt.

Voor het strafrecht brengt de aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond mee dat geen straf volgt. Een schulduitsluitingsgrond valt immers onder de strafuitsluitingsgronden.[138] En zoals eerder in deze studie is opgemerkt bij de aanwezigheid van het andere type strafuitsluitingsgrond, de rechtvaardigingsgrond: '*De werking van het strafrecht houdt hier halt*.'[139] Strafrechtelijke aansprakelijkheid blijft uit bij de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond, zoals een schulduitsluitingsgrond.

Civielrechtelijk brengt de kwalificatie van een handeling als 'schuldeloos' echter niet mee dat geen aansprakelijkheid kan bestaan. Zoals het burgerlijk recht (anders dan het strafrecht) aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid kent, kent het ook (en eveneens anders dan het strafrecht) aansprakelijkheid buiten schuld. Artikel 6:162 lid 3 bepaalt:

> 'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.'

Wanneer zou blijken dat de handelende zich weliswaar kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond, maar de daad op grond van wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt, is het (geslaagde) beroep op de schulduitsluiting uiteindelijk illusoir, zo is aan het begin van dit hoofdstuk gesteld.[140] In dat geval zou immers alsnog aansprakelijkheid volgen omdat de handeling buiten schuld aan de handelende wordt toegerekend. Daarom wordt in de volgende paragraaf onderzocht hoe de gevonden schulduitsluitingsgronden zich verhouden tot de toerekeningsfactoren van artikel 6:162 lid 3.

9.8 TOEREKENING

9.8.1 De noodzakelijke laatste toets

In de vorige paragraaf is nagegaan in welke gevallen schuld ontbreekt. In die gevallen neemt de civielrechtelijke literatuur een schulduitsluitingsgrond aan. Dat zou betekenen dat aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 zou ontbreken.

Maar die conclusie is voorbarig. Een daad kan volgens artikel 6:162 lid 3 aan de handelende worden toegerekend, als zij te wijten is aan schuld van de handelende. Als schuld ontbreekt, kan de daad immers nog voor rekening

138 Zie bijv. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, H. 2.
139 Zie par. 2.3.8 (*Tussenconclusie II*), slot.
140 Zie par. 9.2.3 (*Schuld en toerekening*).

van de handelende komen als zij te wijten is 'aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt', zo leert artikel 6:162 lid 3, slot.

Alvorens te kunnen vaststellen dat het beroep op een schulduitsluitingsgrond de handelende ontheft van aansprakelijkheid, moet dus worden vastgesteld of de daad niet (buiten schuld) aan de handelende wordt toegerekend. Aan die toerekeningsvraag is deze laatste paragraaf van het hoofdstuk over schuld gewijd.

9.8.2 De dialectiek van onrechtmatigheid, schuld en toerekening

Met een beroep op een schulduitsluitingsgrond verzet de handelende zich ertegen aansprakelijk te worden gehouden voor schade die hij aan een ander toebracht. Als zou blijken dat de handelende tòch aansprakelijk is voor de schade, omdat de daad hem, ondanks de afwezigheid van schuld wordt toegerekend, is het nuttige effect van de schulduitsluiting nihil. Zij mist dan immers het beoogde doel: uitsluiting van aansprakelijkheid.

De wijze waarop onrechtmatigheid, schuld en toerekening zich tot elkaar verhouden, kan worden beschreven in dezelfde termen als de verhouding tussen onrechtmatigheid en rechtvaardiging: zij vormen punt en keerpunt. Wanneer een handelende erkent dat hij onrechtmatig heeft gehandeld, staat daarmee in principe zijn aansprakelijkheid vast. Dat oordeel kan veranderen ('verkeren', zo is het hierboven al vaker met een woord van Eggens aangeduid),[141] wanneer de handelende een geslaagd beroep doet op een schulduitsluitingsgrond. Hij is dan in principe niet aansprakelijk. Maar ook dit oordeel kan verkeren in zijn tegendeel, wanneer blijkt dat de daad niettemin aan de handelende wordt toegerekend. Dit laatste keerpunt, de toerekening, moet dus uitdrukkelijk in de beschouwing van schulduitsluiting worden betrokken.

9.8.3 Toerekening op grond van de wet

In het Burgerlijk Wetboek volgen op de regeling van de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad (de schuldaansprakelijkheid, dus) twee bijzondere toerekeningsbepalingen. De eerste is artikel 6:164:

> 'Een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet als een onrechtmatige daad worden toegerekend.'

141 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

De tweede is neergelegd in het eerste lid van artikel 6:165:

> 'De omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaar of ouder is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen.'

Het artikel wordt toegepast zowel bij tijdelijke als bij blijvende geestelijke tekortkomingen.[142]

Uit de artikelen 6:164 en 165 volgt dat voor twee belangrijke groepen mogelijk 'schuldelozen' het begrip schuld is losgelaten als inhoudelijk criterium ter bepaling van aansprakelijkheid en vervangen door toerekening: jonge kinderen en personen met een gebrek.

Aan een *kind jonger dan veertien* jaar wordt zijn daad nooit toegerekend. Maar dat betekent niet dat geen aansprakelijkheid volgt op het schadeveroorzakend handelen van het jonge kind. In plaats van het kind wordt zijn ouder of voogd aansprakelijk gehouden op grond van artikel 6:169 lid 1.

Aan *personen met een gebrek* wordt de handeling juist altijd toegerekend, behoudens een kleine uitzondering.[143] Dat het slechts om een kleine uitzonderingsmogelijkheid ging, was de bedoeling van de wetgever.[144] De Hoge Raad past de uitzondering dan ook in deze zin toe; een 'als een doen te beschouwen gedraging' wordt ruim opgevat,[145] eronder valt ook een gedraging als een onwillekeurige reflexbeweging, of 'een val als gevolg van bewusteloos raken'. Alleen zuiver nalaten valt buiten het toepassingsbereik van de bepaling.[146]

In beide situaties is er dus geen schuld, maar wel aansprakelijkheid, zij het dat die van het jonge kind is vervangen door die van diens ouder/voogd.

Naast de twee genoemde kent het wetboek overigens nog andere toerekeningsbepalingen: de zogenaamde *kwalitatieve aansprakelijkheden*.[147] Daarbij wordt iemand die niet zelf een onrechtmatige daad heeft gepleegd, toch aansprakelijk gehouden omdat hij een bepaalde kwaliteit bezit, zoals ouder/werkgever/bezitter van een bepaalde zaak. Deze toerekeningskwesties blijven hier buiten beschouwing. Te onderzoeken is immers de deugdelijkheid van het schuldverweer, waarbij de aansprakelijk gestelde toegeeft dat hij zelf onrechtmatig heeft gehandeld. Bij kwalitatieve aansprakelijkheden is dat nu juist niet het geval.

142 Zie bijv. Hof Leeuwarden 3 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5210, *JA* 2011/118 (*Paratoxine-gebruik*), r.o. 8 en *GS Onrechtmatige daad* 2.2 bij art. 6:165 (Oldenhuis).

143 Deze worden besproken in par. 9.8.6 (*Het royale karakter van toerekening*).

144 MvA I, *Parl. Gesch. BW Inv.Wet Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1351.

145 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167.

146 Aldus Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/312.

147 Neergelegd in afd. 6.2 en 6.3.

9.8.4 Toerekening op grond van de verkeersopvattingen

In de Parlementaire Geschiedenis wordt een drietal voorbeelden genoemd van gedragingen die aan de handelende buiten zijn schuld worden toegerekend.

Bij twee ervan betreft het gevallen van *onervarenheid* van de handelende, namelijk:

> 'de kort tevoren afgestudeerde arts die door gebrek aan ervaring een kunstfout maakt, die een ervaren arts zou hebben vermeden',

en:

> 'degene die kort na het verkrijgen van zijn rijbewijs met zijn auto een ongeluk maakt, dat een ervaren automobilist niet zou zijn overkomen'.[148]

In beide gevallen staat onervarenheid niet in de weg aan toerekening.[149]

Het derde voorbeeld uit de Parlementaire Geschiedenis betreft de *dwaling in het recht, of in de bevoegdheid tot handelen*:

> 'Voorts wordt ook vaak gesteld dat hij die dwaalt omtrent de rechtmatigheid van zijn gedraging, omdat hij zich vergist in het objectieve recht of in zijn bevoegdheid tot handelen, reeds aansprakelijk is, ook al kon en mocht hij redelijkerwijs menen dat zijn gedraging niet onrechtmatig was.'[150]

In deze gevallen kan niet worden gesproken van schuld; de handelende wordt niettemin aansprakelijk geacht:

> 'Steeds meer (...) gaat het besef doordringen dat men in deze gevallen de dader voor zijn onrechtmatige gedragingen (...) aansprakelijk wil stellen, hoewel hem geen schuld treft. Het ontwerp sluit zich bij deze (...) opvatting aan.'[151]

De wetgever laat de *mogelijkheid* van een dwalingsberoep nog wel open. Zo zal bijvoorbeeld

> 'degene die, afgaande op deskundig advies of op vroegere jurisprudentie van de Hoge Raad, meent dat zekere gedragingen niet rechtens verboden zijn, wanneer de rechter deze gedragingen toch onrechtmatig oordeelt, slechts dan uit hoofde van het onderhavige artikel aansprakelijk zijn, indien zijn verschoonbare dwaling in het objectieve recht krachtens wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt'.[152]

148 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.
149 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.
150 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.
151 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.
152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.

Inmiddels is vaste jurisprudentie dat de overheid zich in zo'n geval niet op dwaling in het recht kan beroepen.[153] De schuld wordt haar eenvoudig toegerekend. Of een particulier zich in een geval als dit een beroep op rechtsdwaling heeft, is de vraag. Blijkens de zojuist geciteerde passages uit de Toelichting Meijers, is de kans aanwezig, maar niet groot. Mij lijkt het dwalingsberoep afhankelijk van de vraag of de handelende voldaan heeft aan zijn onderzoeksplicht.

In verband met deze onderzoeksplicht is het van belang stil te staan bij de verschillende onrechtmatigheidsrubrieken van artikel 6:162. De normen in dat artikel zijn immers ongelijksoortig van aard, wat van invloed kan zijn op de kenbaarheid (de mogelijkheid van onderzoek), en dus op het mogelijkheid zich op dwaling te beroepen.

Als eerste wordt genoemd in artikel 6:162 de *inbreuk op een recht*. Disculpeert onwetendheid van een subjectief recht waarop inbreuk is gepleegd? Dat lijkt – alweer – afhankelijk van de aard van het geschonden recht.

Voor de zeer belangrijke groep geregistreerde rechten (auteursrecht e.d., maar ook geregistreerde eigendomsrechten) geldt dat kennis eenvoudig wordt toegerekend: dat vloeit voort uit het systeem van registratie. Bij inbreuk op deze rechten is het schuldverweer dus uitgesloten.

Voor niet-geregistreerde rechten zal uit de omstandigheden van het geval voortvloeien of de handelende kennis behoorde te hebben van het recht. Ook dan zal kennis bijna altijd worden toegerekend. Ook al weet de handelende niet wíe de rechthebbende is, hij weet wel dat hij het niet zèlf is en dat hij zich dus van inbreuk dient te onthouden.[154] Een uitzondering is denkbaar in het geval de zaak een *res nullius* of *res derelicta* schijnt. Wanneer degene die zich zo'n zaak toeëigent of beschadigt, geen reden heeft aan te nemen dat er toch een rechthebbende op de zaak is, zal zijn dwalingsberoep kans van slagen hebben.

De tweede onrechtmatigheidscategorie in artikel 6:162 is *strijd met een wettelijke plicht*. Wie met betrekking tot deze rubriek het dwalingsverweer voert, heeft slechts een zeer kleine kans op succes:

> 'De rechtspraak gaat op dit punt uit van het beginsel dat ieder wordt geacht de wet en het recht te kennen. Iemand die zich op een bepaald gebied beweegt moet kennis hebben van het toepasselijke recht: de verkeersdeelnemer moet de verkeersregels kennen, de werkgever de veiligheidsvoorschriften, enzovoort.'[155]

153 Zie daarover bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/109.

154 Vgl. Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 3 BW, aant. 16.3: 'Gaat het om de aantasting van exclusieve rechten, dan doet het (...) criterium zich aldus gelden, dat wie zich als rechthebbende gedraagt in de wetenschap dit niet te zijn, er vrijwel steeds van dient uit te gaan dat een ander rechthebbende is'.

155 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 102, p. 136.

Kennis van wettelijke plichten wordt in principe toegerekend. Zijn er geen uitzonderingen denkbaar op die regel? Waarschijnlijk wel, maar we moeten dan denken aan hoogst uitzonderlijke situaties, zoals de kafkaëske situatie waarin de hierboven opgevoerde Josef Roubíèek zich bevond:[156] de naziwetten die hij overtrad, waren geheim of bestonden gewoon niet.

Daarnaast kan worden gedacht aan de situatie dat de wet wordt gewijzigd, zonder dat de wetsovertreder dat (al) kan weten. In die gevallen geldt wat hierboven over dwaling in het recht in het algemeen is opgemerkt. Kennis van de wetswijziging zal aan overheidsorganen worden toegerekend. Voor particulieren zou dat wellicht anders kunnen zijn.

De *zorgvuldigheidsnorm* tenslotte, is de meest op het concrete geval toegesneden norm van de drie in artikel 6:162 genoemde. Zij geeft aan welk schaderisico de handelende mocht nemen, gezien de aard van de mogelijke schade, de kans erop en de mogelijkheid voorzorgsmaatregelen te treffen. Het is moeilijk in te zien dat dat de handelende die niet aan deze norm voldoet, nog een succesvol beroep zou kunnen doen op dwaling. Het dwalingsverweer is hier in de norm verdisconteerd. Ofwel de handelende wist bijvoorbeeld niet van de kans op schade, of van de mogelijkheid maatregelen ter voorkoming van de schade te treffen. Maar dan is niet goed te beredeneren waarom zijn handeling dan als 'onzorgvuldig' moet worden aangemerkt. Ofwel, de handeling is, gezien de schadekans bijvoorbeeld, in deze omstandigheden onzorgvuldig. Maar dan is moeilijk te accepteren dat de handelende vervolgens slaagt in het verweer schadekans voor hem niet kenbaar was.

Wat betreft *dwaling in de feiten*, zal het naar mijn mening sterk van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of gesproken kan worden van een toerekeningsuitsluiting. Asser/Sieburgh noemt als voorbeelden de bestuurder die rechts geen voorrang geeft, omdat hij niet kon vermoeden dat ter plaatse een zijweg was, en degene die een zaak beschadigt in de veronderstelling dat hij zelf eigenaar is.[157]

In beide gevallen ben ik er niet van overtuigd dat de bestuurder die van rechts komt en geen voorrang krijgt, of de werkelijke eigenaar van de beschadigde zaak, met hun schade moeten blijven zitten. Integendeel: mij lijkt het redelijker degene die een verkeerd beeld had van de feiten, met het schaderisico te belasten en zijn onjuiste inschatting (zijn 'menselijke feilbaarheid')[158] voor zijn rekening te laten komen. Hij heeft (anders dan de voorrangsgerechtigde en eigenaar) in elk geval bijgedragen aan het ontstaan van de schade.

Ik zou anders oordelen in een situatie waarin de verkeerde veronderstelling is toe te rekenen aan de benadeelde, zoals in het geval dat in het begin van deze studie is aangehaald bij de bespreking van de putatieve rechtvaardiging.

156 Vgl. par. 9.7.3.1 (*Kenbaarheid van de norm*).

157 Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/110.

158 Het woord is van Langemeijer, en hierboven al aangehaald, in par. 9.4.4.3 (*De mogelijkheid om te willen*).

Daar haalde ik het voorbeeld van Strijards aan, van de voorbijganger die 'hulpgeschrei' uit een woning hoort alsof iemand vermoord wordt, een ruit inslaat om te hulp te komen, en dan in de woonkamer een papegaai aantreft die hulpgeroep nabootst.[159] In zo'n situatie lijkt het mij onredelijk de dwaling in de feiten toe te rekenen aan de hulpvaardige passant. Niet alleen omdat diens hulpvaardigheid in mijn visie niet bestraft dient te worden, maar ook omdat het redelijker is de eigenaar van de vogel te belasten met de gevolgen van de imiteerkwaliteiten van het dier dan een nietsvermoedende derde. Ook als de dwalende tot zijn onjuiste voorstelling is gebracht door een derde, geheel buiten de risicosfeer van hemzelf of van de benadeelde, zou ik een dwalingsberoep toewijsbaar achten. Maar het zal dan steeds om uitzonderlijke gevallen gaan, zoals bijvoorbeeld een van – naar later blijkt onjuist – advies van overheidswege waarop de dwalende mocht en moest afgaan. Een advies van een door de dwalende zelf ingehuurde deskundige zou ik voor rekening van de dwalende laten komen.Kortom: op grond van de verkeersopvattingen wordt de handeling buiten schuld toch toegerekend in het geval van onervarenheid, dwaling in het recht of in de feiten. Dat laatste kan in uitzonderingsgevallen anders zijn.

9.8.5 Een speciale rubriek: psychische overmacht

In de vorige paragraaf zijn twee vormen van toerekening op grond van de verkeersopvatting (onbekwaamheid en dwaling) besproken. Als laatste wordt nu stilgestaan bij een groep gevallen waarin civielrechtelijk van schulduitsluitingsgronden wordt gesproken, maar eveneens toerekening aan de handelende plaatsvindt. Ik doel op overmacht. Voor het juiste begrip begin ik met een korte herhaling van de verschillende soorten overmacht.

Onder overmacht worden allereerst de gevallen van *absolute* overmacht gerekend. Zoals hierboven is betoogd, is in die gevallen geen sprake van een gedraging. Aan de beoordeling van de schuldvraag komt men dan niet meer toe.[160] Bij dit type overmacht kan men dus niet spreken van een schulduitsluitingsgrond.

Naast de absolute onderscheidt men strafrechtelijk de zogenaamde *relatieve* overmacht. Waar absolute overmacht de volstrekte, vaak fysiek getinte onmogelijkheid anders te kunnen handelen betreft, gaat het bij relatieve overmacht om de situatie waarin het anders handelen 'redelijkerwijs niet (kon) worden gevraagd'.[161] Deze relatieve overmacht manifesteert zich in twee

159 Zie par. 1.5.5 (*Geen putatieve rechtvaardiging*). Het voorbeeld is te vinden bij Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 53.

160 Zie par. 9.4.5 (*Object van externe krachten/instrument*), m.n. par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

161 Aldus De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.1 (p. 290).

vormen: de rechtvaardigende en de schulduitsluitende, psychische, overmacht.[162] Zoals hierboven al is besproken,[163] is *rechtvaardigende* overmacht hetzelfde als noodtoestand, dus een rechtvaardigingsgrond. Dat wordt algemeen zo gezien in het burgerlijk recht.[164]

De tweede groep die in het strafrecht onder relatieve overmacht gebracht, betreft de *schulduitsluitende* variant van overmacht: psychische overmacht. Het gaat daarbij om een handeling gepleegd in strijd met de norm, terwijl mogelijk wel anders zou kunnen worden gehandeld, maar de handelende dat niet deed vanwege een drang waaraan hij geen weerstand kon,[165] en ook niet behoefde te bieden.[166] De drang moet van buiten afkomstig zijn.[167] In het burgerlijk recht gelden dezelfde voorwaarden voor een beroep op psychische overmacht.[168]

De Hullu wijst erop dat het bij psychische overmacht gaat om exceptionele omstandigheden.[169] Dat blijkt al uit het verschrikkelijke voorbeeld waarmee hij zijn bespreking van psychische overmacht opent: dat van de geruime tijd door haar partner mishandelde, en de bewuste nacht nog door hem verkrachte, vrouw die deze partner in zijn slaap doodschiet, nadat hij had aangekondigd de volgende dag haar te zullen vermoorden en haar dochtertje te zullen verkrachten.[170] Overmachtscasus zijn de zaken van de niet-benijdenswaardigen. Zo slaagde bijvoorbeeld het overmachtsberoep van de verzetsman die zijn mede-verzetslieden verried, nadat hij zelf mishandeld was en er gedreigd werd om van twee Joodse kinderen, die eveneens mishandeld waren, hun

162 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.1 (p. 290). Zie ook hierboven, par. 9.7.4.2 (*Een bijzonder probleem: overmacht*).

163 Zie par. 3.7 (*Noodtoestand*).

164 Bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89 en 90, Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18 .

165 Zie bijv. HR (Strafkamer) 3 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8419, *NJ* 1989/391 (*Levensberoving op verzoek*), r.o. 7.1. Zie ook Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 319.

166 Zie bijv. HR (Strafkamer) 17 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0042, *NJ* 1988/809, r.o. 5.2, en HR (Strafkamer) 6 december 2011, ECLI:NL:HR:BR1146, *NJ* 2012/591 (*Piranha II*), r.o. 3.3.

167 Zie bijv. HR (Strafkamer) 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6734, *NJ* 2012/594 (*Waanstoornis*), r.o. 2.6 en 2.7.

168 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89. Goedmakers omschrijft het aldus: 'overmacht bij de regeling van de onrechtmatige daad is een niet-toerekenbare vreemde oorzaak van de schade', Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, p. 247. Vgl. verder nogmaals par. 9.7.4.2 (*Een bijzonder probleem: overmacht*).

169 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3 (p. 291).

170 HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, *NJ* 1992/681 (*Battered woman*). Overigens wordt het beroep van de vrouw op psychische overmacht afgewezen, zie r.o. 5.1 en 5.2. Over het Battered Woman Syndrome zie nog Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding* (diss.) 1998, hoofdstuk IX.C. En De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3 (p. 291-293).

armen en benen te breken in het bijzijn van hun moeder.[171] Door Dolman wordt de overmachtstoestand helder samengevat:

> 'De wetgever stelde zich de strafuitsluitingsgrond overmacht voor als een concessie aan de menselijke zwakte. Hij voorzag dat de mens in zo prangende omstandigheden kan komen te verkeren, dat van hem niet gevergd kan worden dat hij nalaat zich te redden door een strafbaar feit te begaan. De wet mag van de burger geen heldendom of dwaasheid eisen; zij is voor de gemiddelde mens geschreven. Dat betekent dat de overmacht begrepen moet kunnen worden als een normale reactie op een abnormale situatie.'[172]

Een normale reactie op een abnormale situatie. Uit die omschrijving blijkt wel dat dit overmachtsberoep alleen in bijzondere situaties kans van slagen zal hebben. Dat geldt ook voor deze bijzondere gevallen ook in het civiele recht, ik kom daarop zo dadelijk nog terug. Maar groter in getal zijn de 'overmacht'-situaties waarin weliswaar niet van schuld in de zin van verwijt- of vermijdbaarheid gesproken kan worden, maar toch wordt toegerekend. Die toerekening hangt samen met de eerder in deze studie besproken functies van het civiele recht. In hoofdstuk twee is betoogd dat de functies in straf- en civielrecht op het punt van de schuldaansprakelijkheid sterk overeenkomen.[173] Vanuit het oogpunt van preventie en vergelding zal in het civiele recht evenmin als in het strafrecht reden bestaan de handelende aansprakelijk te houden. Men zou kunnen zeggen dat ook civielrechtelijk de handelende niet voor 'schuldig' wordt gehouden. Maar het civiele recht heeft nog één functie, die in het strafrecht ontbreekt: het toedelen van risico's.[174] En juist deze functie treedt op de voorgrond als het gaat om schade die voor zowel slachtoffer als handelende niet goed te voorkomen was, zoals in het geval van overmacht.

De rechtspraak laat zien dat het schuldvereiste in die gevallen wordt losgelaten, en de last van de schade op een der partijen – meestal de handelende – wordt gelegd. Dat heeft Vos ervaren, die met een ongelukkige manoeuvre een ree trachtte te ontwijken en daarbij frontaal op een tegenligger botst. De Hoge Raad houdt Vos aansprakelijk, 'hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn'. Vos treft schuld, omdat hem '*rechtens* een verwijt valt te maken' (cursivering toegevoegd).[175] In dit verband kan worden herinnerd aan de observatie van Langemeijer,

171 Hof Arnhem (BRvC) 24 juni 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:36, *NJ* 1947/149 (*Overspannen verzetsman*).
172 Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 318.
173 Zie paragraaf 2.3.8 (*Tussenconclusie II*).
174 Vgl. paragraaf 2.3.7 (*Functies van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid*) en 2.3.8 (*Tussenconclusie II*).
175 HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331 (*Meppelse ree*).

> 'dat veel van wat het recht met "schuld" heeft bedoeld aan te duiden niet is "schuld" in de zin van verwijtbaarheid, maar slechts het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid'.[176]

De civielrechtelijke rechtspraak laat een zeer gevarieerd beeld zien, waarbij soms wel en soms niet wordt toegerekend.[177] Daarbij geldt dat overmacht niet reeds aanwezig is als er geen sprake is van schuld. Goedmakers verwoordt het zo:

> 'Het ontbreken van schuld kan geen overmacht zijn, slechts een vreemde oorzaak kan dat zijn, wanneer zij niet door risiconeming voor eigen rekening is genomen.'[178]

Daarmee is de conclusie gerechtvaardigd dat relatieve, psychische, overmacht geen schulduitsluitingsgrond is,[179] maar moet worden geherformuleerd als toerekeningskwestie. Daarbij is niet altijd tevoren duidelijk of de overmacht wordt toegerekend aan de handelende. Hiermee lijkt Van Dams vrees bewaarheid:

> 'De toerekening dreigt (...) een soort vergaarbak te worden voor allerlei rechtelijke overwegingen.'[180]

Naar ik meen, houdt de toerekening in ieder geval daar op waar het op zichzelf wel mogelijk is normconform te handelen, maar dat redelijkerwijs niet van de handelende kan worden gevraagd. Het betreft de noodgevallen,[181] de verdrietige en moeilijke zaken die in de voorgaande hoofdstukken al voorbijkwamen. Van de baanwachter die een trein laat ontsporen om een kind dat op de rails speelt te redden,[182] de drenkeling die de andere drenkeling van het vlot stoot om zijn eigen leven te redden,[183] de overlevenden na een scheepsongeval die – de dood nabij – besluiten om de zwakste opvarende te doden, opdat de sterkeren een grotere kans krijgen om te overleven, en de zojuist genoemde mishandelde en bedreigde vrouw en de verzetsstrijder die

176 Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 39. In de bewerking van Schrage wordt het iets anders en uitgebreider geformuleerd, maar de kern die in het slot van het citaat staat, is onveranderd gebleven. Zie Langemeijer & Schrage, *Gerechtigheid* 1994, p. 37-38.

177 Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 lid 3 (Jansen). Voor tijdnood: zie aant. 67 en 68. Vermelding van rechtspraak waarin een beroep op schrik of verkeerde reactie wordt aangenomen: aant. 69 en 70, en afgewezen: aant. 72.

178 Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, p. 245.

179 Zoals zij in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot wordt omschreven.

180 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 66, p. 87.

181 Waarover De Hullu opmerkt: 'Naarmate de noodsituatie ten tijde van de delictsgedraging minder acuut is, wordt het beroep (op psychische overmacht, toevoeging MF) minder kansrijk'. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.3 (p. 292).

182 Zie daarover: par. 3.7.4 (*Beoordelingsmoment belangenafweging*).

183 Zie daarover o.m.: par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*).

voor een verschrikkelijke keuze staat. Het zijn de zaken waarin rechter Coleridge in de Mignonette-zaak verzuchtte:

> 'Who is to be the judge of this sort of necessity?'[184]

Psychische overmacht: niemand wil in de situatie belanden er een beroep op te moeten doen, of erover oordelen. Het is waar wat Van Dam schreef:[185] toerekening is een soort vergaarbak geworden. Maar buiten die bak moeten mijns inziens de gevallen van psychische overmacht vallen; daar is de grens van de toerekening bereikt.

Concluderend: overmacht is een schulduitsluitingsgrond, maar sluit toerekening in het algemeen niet uit. Voor psychische overmacht moet een uitzondering worden gemaakt; psychische overmacht kan, in uitzonderingssituaties, toerekening van de daad aan de handelende in de weg staan.

9.8.6 Het royale karakter van toerekening

Uit de wet en de toelichting erop blijkt dat in het algemeen ruim wordt toegerekend.

Kinderen jonger dan veertien zijn weliswaar nooit aansprakelijk, maar in hun plaats zijn hun ouders/voogden aansprakelijk.[186] Voor personen met een geestelijk of lichamelijk gebrek geldt het gebrek nooit als disculpatiegrond. In beide gevallen geldt maar één uitzondering: de schade moet zijn veroorzaakt door een als een doen te beschouwen gedraging.

Dat het hier om zeer uitzonderlijke situaties gaat, blijkt wel uit het feit dat de wetgever er oorspronkelijk niet eens aan had gedacht. Door een scherpzinnig jurist werd hij gewezen op de consequentie dat een dove die op het hulpgeroep van een voor hem onzichtbare drenkeling niet reageert, toch aansprakelijk zou zijn.[187] De toevoeging van 'als een doen te beschouwen gedraging' moest dienen om dit soort pijnlijke consequenties te vermijden.[188] De Hoge Raad vat de uitzonderingsmogelijkheid dan ook eng op.[189] Onwillekeurige

---

184 R. v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273, 1884 (*Mignonette*), waarnaar al is verwezen in par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*) en par. 3.7.4 (*Beoordelingsmoment belangenafweging*).

185 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 66, p. 87.

186 Zie art. 6: 169, lid 1.

187 J.B.M. Vranken in De Gelderlander/ de Nieuwe Krant, van 28 april 1984.

188 Volgens Schut is de toevoeging 'als een doen te beschouwen gedraging' overbodig en verwarrend. Hij betoogt dat de dove uit het voorbeeld redelijkerwijs vrijuit gaat, omdat hij geen zorgvuldigheidsnorm overtreedt. Zie Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 157.

189 En vat de zinsnede 'als een doen te beschouwen gedraging' dus ruim op, zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167. Alleen zuiver nalaten valt er niet onder.

reflexbewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken, worden niet onder de uitzondering van artikel 165 lid 1 gebracht.[190]

9.8.7 Terug naar de besproken schulduitsluitingsgronden

9.8.7.1 Inleiding

In de paragrafen 9.7.3.4 en 9.7.4.3 zijn de gevallen opgesomd waarin schuld ontbreekt. Het gaat om situaties waarin kennis van de norm ontbreekt, of de mogelijkheid ontbreekt zich overeenkomstig de norm te gedragen. Kortweg gaat het om de in het burgerlijk recht erkende schulduitsluitingsgronden. Het is nu het moment om samen te vatten welke daarvan overblijven na confrontatie (in de paragrafen 9.8.3 en 9.8.4) met de toerekeningsbeginselen.

9.8.7.2 In verband met de kennis van de norm

In verband met de eis dat de handelende van kennis van de norm moet hebben, is schuld uitgesloten in de volgende gevallen,[191] maar bleek dat niettemin wordt toegerekend:

a. Kinderen die vanwege hun leeftijd de norm niet kunnen kennen
Toerekening van de daad aan kinderen onder de veertien jaar is uitgesloten (artikel 6:164). Maar daarmee is geen 'toerekeningsuitsluitingsgrond' opgespoord, omdat de daad van het jonge kind rechtstreeks wordt toegerekend aan zijn ouders/voogden (artikel 6:169-1), althans voor zover de daad als een doen te beschouwen is.

b. Personen die door een geestelijke tekortkoming de norm niet kunnen kennen
Artikel 6:165 lid 1 rekent aan personen die een gedraging verrichten onder invloed van een geestelijke tekortkoming, deze gedraging als onrechtmatige daad toe.[192] Het gebrek staat aan schuld staat dus niet in de weg aan toerekening, althans voor zover het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging.

190 Zie MvA II, *Parl. Gesch. BW InvW Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1351, zie ook HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167.
191 Vgl. nogmaals par. 9.7.3.4 (*Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*).
192 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, r.o. 4.8.5.

c. Dwaling in de feiten of in het recht
In het algemeen zal de dwaling op grond van de verkeersopvattingen aan de dwalende toegerekend worden.[193]

d. Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel
In een eerder hoofdstuk is reeds betoogd dat voor het civiele recht het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, net zoals het bevoegd gegeven ambtelijk bevel, als rechtvaardigingsgrond zou moeten gelden.[194] Doel van ambtelijke bevelen is dat ze worden opgevolgd. En dat wordt dus verwacht van de burger tot wie het bevel gericht is: wie het bevel opvolgt, handelt dus normconform. Dat het bevel onbevoegdelijk is gegeven, is een kwestie waar de burger buiten staat (mits hij het te goeder trouw als bevoegd gegeven mag beschouwen).

9.8.7.3 In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen

In sommige situaties is het voor de handelende niet mogelijk zich overeenkomstig de norm te gedragen, waardoor schuld kan zijn uitgesloten,[195] maar niettemin wordt toegerekend:

e. Een lichamelijke tekortkoming
Op grond van artikel 6:165 lid 1 wordt de daad aan de handelende toegerekend, althans wanneer het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging. Ook al is er geen schuld, er wordt wel toegerekend.

f. Een geestelijke tekortkoming, mede in verband met noodweerexces
Op grond van artikel 6:165 lid 1 wordt de daad die is gepleegd onder invloed van een blijvende of tijdelijke geestelijke tekortkoming toegerekend aan de handelende; alleen een zuiver nalaten is daarvan uitgesloten.

De bepaling is ook van belang in verband met noodweerexces, de situatie waarin iemand door een 'hevige gemoedsbeweging' de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt.[196] Zo'n gemoedsbeweging kan bestaan uit drift of paniek, of andere hevige emotie.[197] Als die emotie een blokkade voor redelijk handelen vormt (en bij noodweerexces is dat het geval), zou men

193 Vgl. nogmaals Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 159/160. Recent: Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:338 (*Aansprakelijkheid politieambtenaar voor neerschieten verdachte*), waar de onjuiste veronderstelling wordt toegerekend aan de politieagent, zie r.o. 2.7 (rechtbank) en 3.5 (hof).
194 Zie par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*).
195 Vgl. nogmaals par. 9.7.4.3 (*Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*).
196 Art. 41 lid 2 Sr, zie daarover hierboven, par. 9.7.3.2 (*Interne belemmeringen voor kennis van de norm*).
197 Vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.5, p. 318.

kunnen spreken van een tijdelijke geestelijke tekortkoming.[198] En die wordt toegerekend aan de handelende, zo volgt uit artikel 6:165. Om die reden meen ik dat noodweerexces niet kan gelden als schulduitsluitingsgrond en toerekening van de daad aan de handelende niet in de weg staat.[199]

De noodweerder is naar mijn mening dus aansprakelijk voor de schade die hij toebrengt tijdens het noodweerexces.[200] Dat lijkt wellicht onbillijk, omdat de noodweerder immers wordt *aangevallen* door zijn belager. Maar daar staat tegenover dat degene die tijdens een plotselinge bewusteloosheid valt en daarbij schade aanricht eveneens ex artikel 6:165 aansprakelijk is,[201] terwijl hij – anders dan de noodweerder die bij zijn verdediging 'door het lint gaat' – helemaal niets doet dat hem te verwijten valt. Schut beschrijft dat zo:

> 'als een plotseling optredende beroerte (…) niet meer van aansprakelijkheid vrijstelt (…), lijkt ook noodweerexces niet meer relevant te zijn. Voor de verschoonbare dwaling geldt hetzelfde.'[202]

Overigens kan bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht rekening worden gehouden met de specifieke situatie waarin de excessief handelende noodweerder zich bevond. Nu de belager in elk geval een aanval heeft gedaan, en in die zin mede bijdroeg aan het ontstaan van de schade, zal de schade op grond van artikel 6:101 over aanvaller en excessief noodweerder verdeeld kunnen worden. En de omstandigheid dat de belager als eerste de aanval startte, zal in diens nadeel meewegen – en de vergoedingsplicht van de excessief handelende noodweerder mogelijk zelfs tot nul kunnen reduceren. Daarnaast heeft de rechter de bevoegdheid om bij iedere toepassing van artikel 6:165, gezien de aard van de aansprakelijkheid,[203] artikel 6:109

198 Die kwestie sneed ik al aan in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, m.nt. Franke, onder 4, waarover hierna meer.

199 Expliciet anders, maar zonder onderbouwing: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/118: 'Noodweerexces (…) levert geen tekortkoming in de zin van deze bepaling op.' Eveneens anders GiEA Curaçao 13 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:181, *NJF* 2020/321 (*Geit in de keuken*), r.o. 4.4, waar werd geoordeeld dat de onrechtmatige daad wegens noodweerexces niet werd toegerekend.

200 Evenzo Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 159/160. Anders: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141 en 230. Eerder heb ik gesteld dat noodweerexces niets anders is dan een tijdelijk psychisch defect, en daarbij de retorische vraag opgeworpen of het onderscheid dat in de literatuur wordt gemaakt tussen noodweerexces (dat een schuld- en toerekeningsuitsluiting oplevert) en psychische tekortkoming (die geen belemmering voor toerekening vormt) gerechtvaardigd is. Zie mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, m.nt. M.E. Franke, onder 4. Zoals uit het bovenstaande blijkt, meen ik dat het antwoord op de vraag ontkennend moet luiden.

201 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167.

202 Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 159-160.

203 Over matigingsbevoegdheid in de situatie '*wanneer iemand krachtens de wet geheel buiten zijn schuld wordt aansprakelijk gesteld*' (zoals in artikel 6:165): bijv. *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 404.

toe te passen en de schadevergoedingsverplichting te matigen.[204] Dat artikel zal ook bij de excessief handelende noodweerder toegepast kunnen worden.

g. Een zeer hoge of lage leeftijd
Leeftijd is als inhoudelijk criterium voor aansprakelijkheid losgelaten. Onder de veertien jaar wordt een onrechtmatige daad niet toegerekend aan het kind (artikel 6:164), maar wel aan de ouder (artikel 6:169 lid 1), als het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging. Boven de veertien jaar wordt iedere daad aan de handelende toegerekend.

h. Onervarenheid/onbekwaamheid
Zoals volgt uit het voorgaande, is onervarenheid of onbekwaamheid geen beletsel de daad op grond van de verkeersopvattingen aan de handelende toe te rekenen.

i. Overmacht
Op grond van de verkeersopvattingen komen de meeste overmachtssituaties in het burgerlijk recht voor rekening van de handelende. In geval van absolute overmacht moet de vraag worden gesteld of de 'handelende' wel handelde. Deze vraag is hierboven ontkennend beantwoord.[205] Relatieve, psychische overmacht (buiten noodtoestand) betreft uitzonderlijke situaties, waar buiten schuld op grond van de verkeersopvattingen aan de handelende kan worden toegerekend, maar grote terughoudendheid geboden is als het gaat om een situatie waarin de handelende redelijkerwijs niet anders kon dan hij deed.

9.8.7.4 Samenvattend: geen schuld, toch toerekening

Kortom: geen van de besproken klassieke schulduitsluitingsgronden brengt mee dat niet wordt toegerekend. Weliswaar wordt bij schulduitsluitingsgronden de handeling niet aan de handelende toegerekend op grond van schuld. Maar in veruit de meeste gevallen van 'schulduitsluiting' wordt de handeling vervolgens toch aan de handelende toegerekend, omdat zij krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Alleen in zeer uitzonderlijke situaties blijft toerekening achterwege bij aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond. Dan gaat het met name om het handelen van kinderen jonger dan 14 jaar (maar in dat geval wordt de daad aan de ouders toegerekend), of het bijzondere geval van schade door een niet als een doen te beschouwen gedraging van een persoon met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming. *Alleen in deze laatste categorie gevallen*, het nalaten onder invloed van een geestelijk of lichamelijk gebrek, ontbreekt dus schuld en wordt ook niet toegerekend. Het gaat daarbij volgens wetgever

204 Vgl. ook Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/312-3.
205 In par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

en Hoge Raad om zeer zeldzame gevallen. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de bijzonder ernstige gevallen van psychische overmacht, waar normconform handelen wel mogelijk, maar redelijkerwijs niet te vergen is.

In de grote meerderheid van de gevallen waarin ondanks de aanwezigheid van een schulduitsluiting wel wordt toegerekend, kan met de omstandigheid waaronder de handeling plaatsvond, rekening worden gehouden bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoeding. Daarop kom ik later in deze studie terug.[206]

9.8.8 Conclusie

Van de in paragraaf 9.7 gevonden *schulduitsluitingsgronden* blijft uiteindelijk geen enkele overeind.

Weliswaar zijn er twee gevallen waarin schuld in de zin van vermijdbaarheid kan ontbreken en toerekening eveneens uitgesloten is.

Het eerste betreft jonge kinderen. Wanneer zij de norm niet kennen of zich niet normconform kunnen gedragen, hebben zij geen schuld. Hun daad wordt hen evenmin toegerekend. Maar deze niet-toerekening staat geheel los van overwegingen met betrekking tot schuld. Een kind, jonger dan veertien, dat de norm begrijpt en zich overeenkomstig de norm kan gedragen, heeft schuld als hij de norm overtreedt. Toch wordt de daad hemzelf niet – en zijn ouders wel – toegerekend. En een kind van veertien jaar of ouder dat is achtergebleven in zijn ontwikkeling en daardoor de norm niet begrijpt, wordt een normschending toegerekend, ook al heeft hij daaraan geen schuld.

Ook in het geval van de persoon met een geestelijk of lichamelijk gebrek kan schuld in de zin van vermijdbaarheid uitgesloten zijn wanneer de onrechtmatige daad niet bestaat uit een als een doen te beschouwen gedraging. Hetzelfde geldt voor uitzonderlijke situaties van psychische overmacht. De uitsluiting van toerekening in dat geval heeft niets te maken met inhoudelijke overwegingen van schuld. Uitsluiting van toerekening geschiedt om, in heel zeldzame situaties van niet-handelen ten gevolge van een gebrek, de zuurste gevolgen van toerekening te voorkomen.

Wanneer schulduitsluitingsgronden niet meer bestaan, heeft dat ook gevolg voor het begrip schuld zelf. Immers: als schuld niet kan worden uitgesloten, is de aan- of afwezigheid van schuld kennelijk niet relevant voor het bestaan van aansprakelijkheid. Schuld heeft als onderscheidende categorie dan dus afgedaan. Kennis van de norm *en* de mogelijkheid zich normconform te gedragen, worden aan de handelende toegerekend, ook als beide afwezig zijn. Schuld in de zin van verwijtbaarheid blijkt een achterhaald begrip. Het ant-

206 In hoofdstuk 12, bijvoorbeeld bij de bespreking van artikel 6:101, zie par. 12.6.3.2 (*De schadevergoedingseis tegen de handelende*), of bij de bespreking van matiging in par. 12.6.4 (*Matiging op grond van artikel 6:109*).

woord op de vraag of een handelende schuld heeft, is niet beslissend voor een vordering gegrond op artikel 6:162. In de toerekening alleen blijkt het uiteindelijke antwoord te liggen op de vraag of een handelende aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn onrechtmatige daad.[207] En daarmee verschilt het burgerlijk recht van het strafrecht, waar schuld een noodzakelijke voorwaarde voor een het toepassen van een sanctie is. Het verschil tussen beide rechtsgebieden wordt geschilderd door Langemeijer. Met zijn beschrijving (waaruit hierboven al een deel werd geciteerd) wordt dit deel van het onderzoek over schuld afgerond:

> 'De praktijk van ons burgerlijk recht (...) onderzoekt niet iemands werkelijke gezindheid – wat het strafrecht *eigenlijk* wèl zou moeten doen maar in de praktijk ook maar tot op zekere hoogte kan doen – het vergenoegt zich met de vaststelling dat het verwezenlijkte gevaar, achteraf bezien, zich als voorzienbaar voor de "schuldige" voordoet en neemt dit laatste zeer spoedig aan. *We don't really think this man is guilty; we only call it guilt to give compensation*, zei de ook in ons land veel gelezen Engelse auteur Atiyah.'[208]

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het naar Nederlands burgerlijk recht zelfs niet meer nodig om van 'schuld' te spreken. Toerekening volstaat om tot aansprakelijkheid te komen.

9.9 Het zinledige begrip schulduitsluiting

Zelfs wanneer alle voorwaarden voor het aannemen van een van de 'klassieke' schulduitsluitingsgronden (geestelijke of lichamelijke tekortkoming, dwaling in de feiten of het recht, noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) zijn vervuld, blijkt dat de daad via de achterdeur van wet of verkeersopvattingen toch aan de handelende wordt toegerekend.

Het heeft dan weinig zin om te blijven vasthouden aan het begrip schulduitsluitingsgrond: dat is een lege huls geworden. Alle schulduitsluitingsgronden blijken uiteindelijk kansloos als verweer tegen een actie uit onrechtmatige daad. De enige reden waarom een handelende niet aansprakelijk is voor zijn onrechtmatige daad blijkt te schuilen in overwegingen van redelijkheid met betrekking tot de toerekening.

Het blijkt verder zinloos over schuld (in de zin van vermijdbaarheid) te spreken. Kennis van de norm en de mogelijkheid zich normconform te gedragen, worden immers toegerekend. Het schuldvereiste moet voor het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht worden beschouwd als een achterhaald dogma.

---

207 Schut concludeert: 'Het begrip schuld is daarmee (…) uitgerangeerd', zie Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996, p. 162.

208 Langemeijer & Schrage, *De gerechtigheid* 1994, p. 38. Vgl. Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 35.

Daarmee zijn we in het Nederlandse recht dicht genaderd tot het Griekse schuldbegrip waarvan aan het begin van dit hoofdstuk is gesproken. Net als koning Oedipus moet de Nederlandse burger soms opdraaien voor de schadelijke gevolgen van gebeurtenissen waaraan hij niets kan doen, of waarvan hij de onrechtmatigheid niet kan inzien. Alleen is de boetedoening van die Nederlandse burger heel wat minder gruwelijk dan de boete die Oedipus deed; zij bestaat – meestal – uit het betalen van een schadevergoeding, bij de bepaling van de hoogte waarvan 'verontschuldigende omstandigheden' een rol kunnen spelen. In dat laatste opzicht hebben verontschuldigende omstandigheden hetzelfde effect op vaststelling van de omvang van de schadevergoeding als rechtvaardigende omstandigheden. Daarover gaat het slothoofdstuk van dit boek, in deel V. Voordat we aan dat gedeelte toekomen, moet nog worden stilgestaan bij de derde eis van artikel 162: de relativiteit. Dat is het onderwerp van het nu volgende hoofdstuk.

10 Relativiteit

10.1 Rechtvaardiging en relativiteit

10.1.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk van het deel over de inhoud van rechtvaardigingsgronden keer ik nog eenmaal terug naar artikel 6:162, lid 2. Het artikellid geeft eerst een opsomming van wat als onrechtmatige daad geldt. Daarop volgt het slot:

> 'een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'.

De zinsnede suggereert dat geen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad als een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Die suggestie is onjuist. Ook als een rechtvaardigingsgrond of andere rechtvaardiging aanwezig is, kan de daad toch onrechtmatig zijn. De verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat de rechtvaardigingsgrond – evenals zijn spiegelbeeld de onrechtmatige daad – een relatief karakter heeft. In dit hoofdstuk staat deze relativiteit van de rechtvaardiging centraal.

10.1.2 Relativiteit van de rechtvaardiging in verschillende rechtssferen

De basis voor de gedachte dat rechtvaardigingen relatief werken, is reeds te vinden bij Van Eikema Hommes. Hij wijst op de mogelijkheid dat een

> 'concrete gedraging binnen de ene rechtssfeer rechtmatig, maar binnen een andere onrechtmatig is'.[1]

Als voorbeeld geeft hij de Voorste Stroom-situatie. De gemeente Tilburg loost rioolwater in het riviertje de Voorste Stroom. Deze lozingsmethode brengt voor de omwonenden ernstige overlast mee. De gemeente beroept zich voor haar handelwijze op een rechtvaardiging: op grond van het algemeen belang was voor de goedkoopste lozingsmethode gekozen. Dit brengt voor de gemeente volgens Van Eikema Hommes mee dat

---

1 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 316.

> 'haar handelwijze *uit oogpunt van de innen het kader van de gemeentelijke huishouding geboden en gerechtvaardigd is*, [maar] (…) de handelwijze van de gemeente blijft *tegenover de eigenaren van de bedreigde percelen onrechtmatig*'.[2]

Deze redenering brengt Van Eikema Hommes tot de volgende conclusie:

> 'dan blijkt dat de HR niet op innerlijk tegenstrijdige wijze een handeling tegelijk rechtmatig en onrechtmatig verklaart, maar dat de handelwijze van de gemeente binnen het kader van de gemeentelijke huishouding, d.i. binnen het *publieke gemeenschapsrecht* van dit staatsonderdeel, *rechtmatig*, maar in de relatie tot de eigenaars van de bedreigde percelen, d.i. binnen het *burgerlijk maatschappelijke rechtsverkeer, onrechtmatig* is'.[3]

De door Van Eikema Hommes gemaakte onderscheiding berust op de gedachte dat een handeling in *verschillende* rechtssferen tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn. Rechtmatig in het staatsrecht; onrechtmatig in het burgerlijk recht. Voor het denken over rechtvaardigingsgronden binnen één rechtssfeer, in dit onderzoek: het civiele recht, is de onderscheiding daarom weinig zinvol.[4]

Overigens lijkt mij de observatie juist dat de rechtmatigheid van een handeling in verschillende rechtssferen anders kan worden beoordeeld. Mijns inziens kan dat worden verklaard vanuit het beschermingsdoel van de rechtvaardigingen waarover Van Eikema Hommes spreekt. Ik kom daarop later terug.[5]

10.1.3 Relativiteit van de werking van de rechtvaardiging

Op het feit dat rechtvaardigingsgronden een relatief karakter kunnen hebben is ook gewezen door Remmelink. In zijn bewerking van Hazewinkel-Suringa constateert hij dat sommige rechtvaardigingsgronden weliswaar het feit recht-

---

2 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 435-436 (cursiveringen in origineel). Zie ook p. 316. Vgl. ook zijn *Beschouwingen over juridische causaliteit, RMTh.* 1965 I-II, p. 183. Op de aldus vastgestelde onrechtmatigheid in de civiele rechtssfeer grondt Van Eikema Hommes de schadevergoedingsverplichting van de gemeente jegens de grondeigenaren.

3 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 436 (cursiveringen in origineel).

4 In zijn proefschrift over de relativiteit verwijst Lankhorst ten onrechte naar de zojuist aangehaalde passages in het werk van Van Eikema Hommes voor de stelling dat eenzelfde handeling overmacht kan opleveren ten opzichte van x, maar niet ten opzichte van y. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 7, voetnoot 3. Lankhorst doelt hier op de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond binnen één rechtssfeer, namelijk de civiele. (Zie daarover Franke, *Schadevergoeding na binnentreden, AA* 1991, p. 1030 e.v.) Hierover spreekt Van Eikema Hommes juist niet. In 'burgerrechtelijk opzicht' zijn de inbreuk makende handelingen volgens hem onrechtmatig, zie bijv. Van Eikema Hommes, *Beschouwingen over juridische causaliteit* 1965, p. 184. Zie ook diens *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 316.

5 In par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*) en 10.2.3 (*Consequentie voor de afbakening van het onderzoeksterrein*).

vaardigen, maar slechts ten aanzien van één persoon. Hij onderscheidt zogenaamde 'relatieve en absolute rechtvaardigingsgronden' en zegt:

> 'In Noyon-Langemeijer (...) hadden wij, dit onderscheid niet makend, deswege moeite met het volgende geval: A dreigt B met een pak slaag, waardoor deze ter vermijding van groter kwaad een strafbaar feit begaat. Hij overschrijdt bijv. de maximumsnelheid. Noodtoestand wordt aangenomen en het feit wordt gerechtvaardigd. Kan A nu met succes worden vervolgd terzake van doen plegen? Antwoord: Nee, als het feit totaal gerechtvaardigd is. Ja, als het feit alleen gerechtvaardigd wordt ten behoeve van B, maar niet ten behoeve van A.'[6]

De hier gebruikte terminologie is mijns inziens verwarrend.

Het gaat niet om de vraag of de rechtvaardigingsgrond *zelf* absoluut is. Dat is in het genoemde voorbeeld immers niet het probleem. Pleger kan zich 'gewoon' op noodtoestand beroepen. En ten aanzien van doen-pleger A is geen enkele voorwaarde voor een beroep op noodtoestand vervuld. Hij kan zich er dus eenvoudig níet op beroepen. Daar is weinig relatiefs aan.

De vraag waar het om gaat, is of de rechtvaardigingsgrond absolute *werking* heeft. Dat wil zeggen: of hij alle gevolgen rechtvaardigt of niet. Dat dit is waar Remmelink op doelt, blijkt uit de passage waarnaar hij in de juist geciteerde alinea verwijst. Deze vermeldt in de laatste bewerking het volgende:

> 'In o.m. de vijftiende druk van Hazewinkel-Suringa (...) heb ik voorgesteld te erkennen, dat niet alle rechtvaardigingsgronden een absolute werking hebben, met andere woorden, dat het feit soms slechts ten aanzien van een bepaalde persoon wordt gerechtvaardigd, in casu derhalve ten aanzien van de pleger, en niet ten aanzien van de "doen-pleger". (…) Globaal gezegd zullen uitvoering van wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel altijd wel een absolute werking hebben, terwijl met name noodweer – wellicht ook noodtoestand – niet zonder meer het gehele criminele gebeuren zal rechtvaardigen. Degeen die een ander ophitst om een niets vermoedende derde aan te vallen zal zich dan niet met een beroep op noodweer kunnen rechtvaardigen als hij vervolgens de verdediging van die derde op zich neemt.'[7]

Waarop Remmelink deze onderscheiding tussen de verschillende gronden baseert is overigens niet duidelijk. Het is moeilijk in te zien waarom sommige rechtvaardigingsgronden het feit slechts ten aanzien van bepaalde personen rechtvaardigen en een ambtelijk bevel of een wettelijk voorschrift altijd het gehele 'gebeuren' zouden rechtvaardigen. Ook een ambtelijk bevel werkt slechts ten aanzien van degene tot wie het gericht is en zover het bevel strekt. Anderen kunnen er geen rechten aan ontlenen om hun daad te rechtvaardigen, ook niet als hun daad onderdeel van 'het gebeuren' was. Hetzelfde geldt voor

6 Haz*ewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 267, voetnoot 1.

7 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Strafrecht, titel III Sr, aant. 2 (online-versie 2017, bew. Machielse).

een wettelijk voorschrift. Dit rechtvaardigt slechts daden waarop het voorschrift betrekking heeft en voor zover dat voorschrift strekt. Andere daden blijven onrechtmatig, ook al maakten ze deel uit van het 'criminele gebeuren', of, in civielrechtelijke termen: van het schade toebrengende feit.[8] De grote waarde van het door Remmelink gemaakte onderscheid schuilt echter in de constatering dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet meebrengt dat *dus* de gehele daad gerechtvaardigd is. Anders gezegd: de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond hoeft niet in één klap de kwalificatie 'onrechtmatig' onder het feit vandaan te slaan. In hoeverre een rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid *wel* opheft, hangt af van de *strekking* van de rechtvaardigingsgrond. In het civiele recht wordt dat een relativiteitskwestie genoemd.

10.1.4 Relativiteit van de rechtvaardiging zelf

Een rechtvaardigingsgrond is een verweermiddel van de gedaagde, dat sterk genoeg is de aanvankelijke beoordeling van de daad als 'onrechtmatig' te veranderen in 'rechtmatig'.[9] Niet alle rechtvaardigingen (of: bevoegdheden) zijn daartoe in staat. Niet alle hebben ze ook de *strekking* dat de schade toebrengende handeling een rechtmatige wordt. Zo beschermt een vergunning de vergunninghouder niet altijd tegen een actie uit onrechtmatige daad. *Of* de vergunning als voldoende rechtvaardiging geldt tegen een actie uit onrechtmatige daad, hangt af van de aard van de vergunning en het doel van de regeling waarop zij berust:

> 'dat het antwoord op de vraag of en in hoever een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval'.[10]

Ook als de ingeroepen rechtvaardiging *wel* de strekking heeft de handelende te vrijwaren tegen een actie uit onrechtmatige daad, is het mogelijk dat de handelende zich er *toch* niet op kan beroepen. Dat kan het geval zijn, wanneer de rechtvaardiging slechts strekt tot het toebrengen van een bepaald soort

8 Daarbij zal een rol spelen in hoeverre het bevel of het voorschrift geconcretiseerd is. Een op het geval toegesneden bevel of een zeer concreet wettelijk voorschrift zal eerder 'absolute werking' hebben dan een algemeen bevel of een voorschrift met een ruime strekking. Van Rest wijst erop dat bevelen en ambtsinstructies vaak niet zeer concreet kunnen zijn, zie Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss) 1991, p. 47.

9 Zie par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

10 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278 *(Vermeulen/Lekkerkerker)*, r.o. t.a.v. het zevende onderdeel.

schade, of wanneer zij alleen een bepaalde wijze van schadetoebrenging rechtvaardigt.

Centraal in dit hoofdstuk staat de strekking van de rechtvaardiging. Zij kan worden weergegeven met de werking van rechtvaardigingen, door (R.J.) Polak zo omschreven, dat

> 'de rechtvaardigingsgrond een belangeninbreuk dekt, welke anders niet door de gelaedeerde zou behoeven te worden geduld'.[11]

Om te ontkomen aan een vordering uit onrechtmatige daad, moet de 'belangeninbreuk' (de in principe onrechtmatige handeling) worden gedekt door de rechtvaardiging waarop de aangesprokene zich beroept. Dat lijkt een voor de hand liggende gedachte. Een blik over de grenzen leert anders.

10.1.5 Ter illustratie: een Duitse controverse

Het belang van de kwestie van de strekking van rechtvaardigingen is aan te duiden aan de hand van een Duitse discussie over het bestaansrecht van rechtvaardigingsgronden. Overtuigd van het nut van deze gronden voor onder meer de beoordeling van de 'Rechtswidrigkeit' is Larenz, volgens wie

> 'die Rechtfertigungsgründe in der gesamten Rechtsordnung gleich sind und (...) keinen spezifischen Bezug auf einen bestimmten Deliktsbestand haben'.[12]

Hiertegen neemt Von Bar stelling. Hij richt zich tegen de (ook door de Nederlandse wetgever gehuldigde)[13] gedachte dat rechtvaardigingen niet speciaal betrekking hebben op één type normschending:

> 'Zum einen gibt es nämlich kaum einen einzigen Rechtfertigungsgrund, der wirklich gegenüber allen unerlaubten Handlungen zum Tragen kommen könnte.'[14]

Hij laat op deze uitspraak een grote hoeveelheid voorbeelden volgen. Omdat ze van belang zijn voor het denken over het onderwerp, citeer ik een aanzienlijk deel van de betreffende passage:

---

11 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 120.

12 Larenz & Canaris, *Schuldrecht II/2* 1994, p. 370/371.

13 Zie TM op artikel 6.3.1.1 (6:162), *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 616: 'De rechtvaardigingsgronden zijn de voor meer dan één norm geldende uitzonderingen'. Evenzo: Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, p. 45, nr. 91: 'die Rechtfertigung ist gegenüber allen Formen der Rechtswidrigkeit möglich'.

14 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489.

> 'Das in viele Rechtsordnungen jedermann gewährte Recht, einen auf frischer Tat betroffenen und der Flucht verdächtigen Straftäter vorläufig festzunehmen, rechtfertigt typischerweise nur die Freiheitsberaubung und die zu ihrem Zweck eingesetzte Gewalt gegen Personen und Sachen. Unterschiedlicher Auffassung kann man in der Frage sein, ob eine Einwilligung auch auf Fahrlässigkeitstaten bezogen werden kann (...), Notwehr gegenüber einer Beleidigung ist nur höchst eingeschränkt denkbar und rechtfertigt jedenfalls nicht den Einsatz körperlicher Gewalt (...) und das Recht des Mieters, die gemietete Sache zu gebrauchen, rechtfertigt natürlich nur die Sachbeschädigung. Für bau- und umweltrechtliche Genehmungen gilt, sofern sie überhaupt den Rang eines Rechtfertigungsgrundes bekleiden, im Zweifel dasselbe, wie denn überhaupt gesetzliche Erlaubnisse und Befehle typischerweise nur eng umrissene Verhaltensweisen gestatten.'[15]

Sommige rechtvaardigingen zijn aan vrij strikte voorwaarden gebonden (zoals de bevoegdheid een voortvluchtige aan te houden, de noodweerbevoegdheid, of de bevoegdheden van een huurder). Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, kan het toebrengen van schade gerechtvaardigd zijn. Sommige rechtvaardigingen dienen in het geheel niet ter rechtvaardiging van het toebrengen van schade (zoals bouw- en milieuvergunningen).

Daarnaast wijst Von Bar erop dat een rechtvaardiging in het ene rechtsgebied nog geen rechtvaardiging in het andere behoeft te zijn:

> 'Denn es ist z.B. gut vertretbar, sadomasochistische Sexualpraktiken trotz der Einwilligung des Opfers zu bestrafen, aber es erscheint mir abwegig, dem "Kunden" gegen seine "Domina" einen Schadenersatzanspruch wegen einer Körperverletzung zu geben, solange sich das Geschehen im Rahmen des vorher Abgesprochenen hielt. Auch sonst macht es vielfach wenig Sinn, Rechtfertigungsgründe, die für das Strafrecht entwickelt wurden, unbesehen auf das Privatrecht zu übertragen, und umgekehrt.'[16]

Het voert hem tot deze conclusie:

> 'Es bleibt demnach bei unserer schon früher geäußerten Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit keine in einem europäischen Kontext brauchbare Kategorie ist, und wir fügen jetzt hinzu, daß dasselbe auch für die Rechtfertigungsgründe gilt.'[17]

Naar mijn mening hangen de voorbeelden die Von Bar geeft samen met het beschermings*bereik* (of: de beschermingsomvang) van de rechtvaardiging: Een

15 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489.

16 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489. Op deze plaats haalt Von Bar met instemming de opvatting van de Nederlandse wetgever aan, die gezien (o.a.) de onzekerheid over de grenzen van verschillende rechtvaardigingsgronden geen afzonderlijke regeling van deze gronden opnam. Zie: TM bij art. 6.3.1.1 (6:162), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

17 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 490.

rechtvaardiging is alleen in te roepen voor de schending van bepaalde belangen.[18]

Het voorbeeld van de civielrechtelijke rechtvaardiging die voor het strafrecht geen betekenis heeft, past in mijn visie binnen de gedachte dat een norm (en ook een rechtvaardiging) een bepaald beschermings*doel* heeft.[19] Zoals bij de bespreking van straf- en civielrecht bleek, zijn de doelen van beide rechtsgebieden niet dezelfde.[20] Het lijkt daarom aannemelijk dat de rechtvaardigingen die in het ene rechtsgebied een bepaald doel dienen, in het andere rechtsgebied en tegen een ander soort vordering niet dezelfde rechtvaardigende werking behoeven te hebben.

Mijn stelling is dan ook dat alle door Von Bar voor zijn conclusie aangevoerde voorbeelden te verklaren zijn vanuit de idee van de *relativiteit van de rechtvaardiging*. Deze stelling licht ik nu toe.

10.2 De relativiteit van de rechtvaardiging: begripsbepaling

10.2.1 Strekking van de norm en van de rechtvaardiging

Alle normen zijn relatief. Zij strekken slechts tot bescherming van bepaalde belangen. Artikel 6:163 zegt dat zo:

> 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'

Hetzelfde geldt, zo heb ik al eens betoogd, voor een rechtvaardiging:

> 'Hierbij gaat het om een handeling die in het algemeen onrechtmatig zou zijn, maar in het bijzondere geval gerechtvaardigd is. Die rechtvaardiging is niet absoluut. Zij geldt slechts ten opzichte van *bepaalde* belangen.'[21]

Toegepast op rechtvaardigingen zou ik het relativiteitsbeginsel, spiegelbeeldig aan dat van de onrechtmatige daad, als volgt willen formuleren:

> 'De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'

---

18 Over deze kwestie: zie par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*).

19 Zie daarover eveneens par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*). Ook de door Von Bar genoemde bouw- en milieuvergunningen zie ik als voorbeeld van rechtvaardigingen met een beperkt beschermingsdoel.

20 Zie daarover hoofdstuk 2 (*Strafrecht en burgerlijk recht*), m.n. par. 2.2 (*Straf- en civielrecht: ordeningssystemen*).

21 Franke, *Schadevergoeding na binnentreden, AA* 1991, p. 1031, links.

In de hier gekozen definitie is de term 'bevoegdheid' gekozen in plaats van 'rechtvaardigingsgrond' omdat hij ruimer is: iedere rechtvaardiging is een bevoegdheid – maar niet elke bevoegdheid heeft de strekking het handelen geheel te rechtvaardigen.[22] Het onderzoek in dit hoofdstuk richt zich op de vraag welke bevoegdheden die strekking wèl hebben.

10.2.2 Twee typen relativiteit

Bloembergen onderscheidt in zijn bespreking van het relatieve karakter van de onrechtmatigheid twee aspecten. Ten eerste: de overtreden norm moet strekken tot bescherming van het getroffen belang. Dat is niet het geval wanneer de norm niet strekt tot bescherming van de getroffen soort belangen, de kring van personen of de wijze van intreden van de schade.[23] Hiernaast ziet Bloembergen een ander aspect:

> 'Het kan ook zijn (...) dat uit de inhoud of strekking van de overtreden norm afgeleid moet worden, dat aan de overtreding van de norm niet het rechtsgevolg is verbonden, dat er een verplichting uit onrechtmatige daad ontstaat.'[24]

De laatste kwestie – eigenlijk de voorvraag – wordt, met een vertaling van het Duitse[25] *Schutzzweck*, het beschermingsdoel van de norm genoemd. De vraag naar de omvang van de bescherming wordt meestal, met een vertaling van *Schutzbereich*, aangeduid als het beschermingsbereik of beschermingsomvang van de norm.[26] Het is van belang deze twee typen relativiteit te onderscheiden, zo schrijft Lankhorst:

> 'Wanneer immers in de eerste fase al blijkt dat de overtreden norm geen ruimte biedt aan privaatrechtelijke claims dan kan het relativiteitsonderzoek in dit stadium reeds worden gestaakt.'[27]

Om van een norm in de eerste zin – een beschermingsnorm – te kunnen spreken, moet het gaan om een norm die in ieder geval individuele belangen beoogt te beschermen:

---

22 Zie daarover bijv. hierboven, hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

23 Bloembergen, *Schadevergoeding* (diss.) 1965, p. 169. Dit eerste aspect komt hierna aan de orde. Zie: par. 10.2.4 (*Drie soorten beschermingsbereik*).

24 Bloembergen, *Schadevergoeding* (diss.) 1965, p. 170.

25 De relativiteitsleer is van Duitse origine. Zie over de herkomst van het leerstuk: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 2.2, met name p. 10-20.

26 Zie over deze twee typen relativiteit Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, hoofdstuk 5, met name paragraaf 5.8. Zie ook Den Hollander, die in dit verband twee niveaus van abstractie onderscheidt. Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, par. 4.5 en 4.6. Zie ook het werk van Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, § 9, p. 52-56.

27 Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 93.

> 'Entscheidend ist, daß die Norm einen privaten Schutzzweck aufweist. Sie muß also ein privates Rechtsgut oder Interesse wahrnehmen.'[28]

Aan welke 'Individualinteressen' valt daarbij te denken? Een nadere inperking van het beschermingsdoel van de norm is te vinden bij Deutsch:

> 'So sollte vom Schutzzweck nur gesprochen werden, wenn es darum geht, daß eine Norm ein ziviles Interesse durch eine Schadenersatzpflicht wahrnimmt.'[29]

Om de eerste toets van beschermingsnorm te kunnen doorstaan, moet de norm dus dienen tot bescherming van de gelaedeerde *tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis*. Sommige normen dienen daar niet toe. De Toelichting Meijers geeft de volgende voorbeelden:

> 'de strekking van de overtreden wetsbepaling [kan] meebrengen, dat daarin niet rechtstreeks tegenover de terzake belanghebbenden een plicht wordt opgelegd, waarvan schending tegenover hen een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling in het geheel niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen. Naar de Hoge Raad heeft beslist, is dat veelal het geval bij publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen van bepaalde overheidsorganen omschrijven; ook wetsvoorschriften die aan burgers plichten opleggen kunnen de bedoelde strekking hebben. (...) Niet-naleving van dergelijke verplichtingen leidt in het algemeen slechts tot het in werking treden van strafrechtelijke of van staats- of administratiefrechtelijke sancties.'[30]

Hetzelfde geldt – omgekeerd – voor rechtvaardigingen. Zoals sommige normen niet dienen tot bescherming van de burger tegen schade die hij heeft geleden, zo dienen sommige bevoegdheden niet tot bescherming van de handelende wanneer hij schade toebrengt. Ze schieten tekort als verweer tegen een schadevergoedingsvordering.

10.2.3 Consequentie voor de afbakening van het onderzoeksterrein

De constatering dat de ingeroepen rechtvaardiging in ieder geval tot doel moet hebben de handelende te vrijwaren tegen een schadevergoedingsvordering, is van groot belang voor de afperking van het onderzoeksterrein. Een aantal van de in deel II omschreven rechtvaardigingen kan immers niet worden ingeroepen ter afwering van een civielrechtelijke schadevergoedingseis. Dat betekent dat deze rechtvaardigingen de eerste relativiteitstoets niet doorstaan.

---

28 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 109, p. 54.
29 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 108, p. 53.
30 TM op art. 6.3.1.2 (6:163), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633.

Ik doel hier met name op de in hoofdstuk 4 als *onvolledige rechtvaardigingen* omschreven bevoegdheden.[31]

Te denken valt daarbij allereerst aan bepaalde bevoegdheden in de staats- of strafrechtelijke sfeer.[32] Zo grondt de overheid haar bevoegdheid tot het doen van invallen in woningen en het aanhouden van verdachten op artikel 27 Sv.[33] Dit is typisch een bevoegdheid, gegeven aan de overheid om – als de omstandigheden dat vergen – schade *toe te brengen*. Maar zij is verleend geheel onafhankelijk van de vraag of eventuele schade bij het uitoefenen van de bevoegdheid *dient te worden vergoed*.[34] De bevoegdheid strekt er slechts toe de overheid mogelijk te maken vergaande ingrepen te plegen in het privéleven van burgers, ter bereiking van bepaalde opsporingsdoelen.[35]

Ook veel soorten vergunningen strekken ertoe handelingen als genoemd in de vergunning mogelijk te maken, terwijl ze de vergunninghouder geen bescherming bieden tegen een civielrechtelijke schadevergoedingsactie. Bij de beoordeling van de laatstgenoemde actie kan het bestaan van de vergunning relevant zijn, maar of zij de aangesprokene beschermt hangt af (het is hierboven al gezegd:) van de strekking van de vergunning en het doel van de regeling waarop zij berust.[36]

Overigens geldt ook het omgekeerde: wie civielrechtelijk toestemming heeft tot een handeling, hoeft publiekrechtelijk nog niet gerechtvaardigd te zijn. Deutsch noemt het voorbeeld dat zonder publiekrechtelijke vergunning, maar met civielrechtelijke toestemming van de grondeigenaar wordt gebouwd:

> 'Wer ohne Genehmigung mit Erlaubnis des Eigentümers auf fremdem Grundstück baut, handelt rechtswidrig und gerechtfertigt zugleich: Die mangelnde Erlaubnis

31 Ze zijn onvolledig genoemd, omdat ze (op zichzelf) niet in staat zijn het aanvankelijke oordeel dat de daad onrechtmatig is, te veranderen in het oordeel: rechtmatig. Zie par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) en hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), met name par. 4.1 (*Twee typen onvolledigheid*).

32 Vgl. de hierboven geciteerde passage uit de Toelichting Meijers. Daaruit blijkt dat het bijv. gaat om 'publiekrechtelijke voorschriften', die *verplichtingen* van overheidsorganen omschrijven (TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633). In het geval van rechtvaardigingen betreft het (omgekeerd) publiekrechtelijke voorschriften die *bevoegdheden* van de overheid omschrijven.

33 Met inachtneming van de voorwaarden, zoals neergelegd in de Algemene wet op het binnentreden.

34 Anders dan regelingen waarin het gaat om aantasten van eigendom van burgers, maar waarbij *wel* een voorziening met betrekking tot de schadevergoeding is opgenomen, zoals bijv. de onteigeningswetgeving.

35 Eerder heb ik betoogd dat artikel 27 Sv slechts in te roepen is tegen bepaalde personen. Zie: Franke, *Schadevergoeding na binnentreden, AA* 1991/11, p.1031. Dat lijkt mij bij nader inzien niet juist geformuleerd. Het artikel is tegen iedereen in te roepen, maar het is geen norm die bescherming beoogt te bieden tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis.

36 Vgl. par. 10.1.4 (*Relativiteit van de rechtvaardiging zelf*).

> der Baubehörde und die Zustimmung des Eigentümers wirken nicht in das andere Gebiet hinein.'[37]

Deutsch beschrijft het verschijnsel met de prachtige term *abfärben*: een in het ene rechtsgebied geldende rechtvaardiging verliest haar kleur in het andere rechtsgebied.[38]

Als laatste dient nog te worden stilgestaan bij de wel als rechtvaardiging ingeroepen 'zwaarwegende maatschappelijke belangen', de omstandigheid dat een handeling is verricht in 'het algemeen belang'. Over de status van deze rechtvaardiging is de wetgever duidelijk:

> 'Men lette erop dat de enkele omstandigheid, dat een inbreukmakende handeling in het algemeen belang is, daaraan de onrechtmatigheid niet ontneemt; het algemeen belang is geen algemene rechtvaardigingsgrond.'[39]

De bevoegdheid te handelen op grond van het algemeen belang, of van zwaarwegende maatschappelijke belangen heeft dus niet als beschermingsdoel de onrechtmatigheid aan een handeling te ontnemen. Zij beschermt de handelende dan ook niet tegen een schadevergoedingsactie. Dat is uitdrukkelijk bepaald in artikel 6:168 lid 1:

> 'De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel' (*de titel Onrechtmatige daad, toevoeging* MF).

Al deze onvolledige rechtvaardigingen zijn geen beschermingsnormen, waarmee ik bedoel dat ze de aangesprokene niet beschermen tegen een schadevergoedingsclaim. Ze strekken niet 'tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade'.[40] Voor deze gronden kan, in de woorden van Lankhorst

---

37 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 93, p. 46. Op dezelfde wijze is het voorbeeld van Von Bar te verklaren, dat hierboven (in par. 10.1.5 (Ter illustratie: een Duitse controverse)) reeds is aangehaald. Zie Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 513-514. De toestemming van het 'slachtoffer' van sadomasochistische handelingen kan de werking van het strafrecht niet beletten. Zij zal echter een belemmering zijn (civielrechtelijk) schadevergoeding wegens letsel te eisen, althans wanneer het gebeurde binnen het kader van de afspraak viel. Zie over de relativiteit van toestemming hierna, in par. 10.6 (Relativiteit; *Zaakwaarneming*).

38 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 93, p. 46.

39 TM op artikel 5.1.3, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 65/66.

40 Vergelijk de definitie die hierboven is gegeven: 'De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden', zie par. 10.2.1 (*Strekking van de norm en van de rechtvaardiging*).

> 'het relativiteitsonderzoek in dit stadium reeds worden gestaakt'.[41]

Het volgende betreft dus alleen die rechtvaardigingen, die wèl beschermingsnormen zijn. Nu de onvolledige rechtvaardigingen afvallen, blijven over wat hierboven met de term *volledige rechtvaardigingen* is aangeduid: de klassieke rechtvaardigingsgronden.[42]

10.2.4 Drie soorten beschermingsbereik

Het vaststellen van de strekking van de overtreden norm is: het vaststellen van de omvang van de bescherming die de norm beoogt te bieden. De Parlementaire Geschiedenis noemt drie groepen van gevallen waarin de geleden schade buiten het beschermingsbereik van de norm valt:

> 'In de woorden "tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden" ligt opgesloten dat de vordering moet worden afgewezen, zowel wanneer de geschonden norm niet ter bescherming van de eiser strekt, als wanneer de soort van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming vallen.'[43]

Lindenbergh omschrijft deze elementen van de relativiteitstoets bondig als: 'persoon, belang, veroorzaking, ook wel: wie wat, hoe?'.[44]

Ook rechtvaardigingsgronden kunnen slechts worden ingeroepen tegen bepaalde personen en ter rechtvaardiging van een inbreuk op bepaalde belangen. De bespreking van de relativiteit van de rechtvaardiging vindt daarom plaats aan de hand van de zojuist onderscheiden rubrieken: de kring van personen, de soort schade, en de wijze van intreden van de schade. Van elke categorie wordt een voorbeeld gegeven, ter illustratie van de idee dat rechtvaardigingen relatief zijn.

Hieraan moet worden toegevoegd, dat de onderscheiding in rubrieken niet meer is dan een theoretische indeling die dient om de stof inzichtelijk te

---

41 Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 93.

42 Dat wil zeggen: de klassieke strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden en zaakwaarneming. Zie daarover hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), m.n. par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) en hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

43 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 637. Vgl. over het beschermingsbereik van de norm Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, hoofdstuk 5, m.n. p. 103-115.

44 Lindenbergh, annotatie bij HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233 (*Schietdrama Alphen*), onder 8. Zie reeds HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1, en HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.2. Uitgebreid over de drie elementen: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, par. 5.3.5.

maken. In de praktijk kunnen uiteraard mengvormen van de verschillende rubrieken voorkomen.[45]

10.2.5 Koppeling met de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162

Voor de bespreking van de relativiteitskwestie ga ik in dit hoofdstuk uit van de indeling in onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162.

In hoofdstuk 3 is gesignaleerd dat de rechtvaardigingsgronden van artikel 40-43 Sr een grote verwantschap vertonen met de verschillende onrechtmatigheidsrubrieken van artikel 6:162.[46] De rechtvaardigingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht *spiegelen* deze onrechtmatigheidsrubrieken. Zo kan men noodweer (artikel 41 Sr) opvatten als verweer *tegen* een rechtsinbreuk, waarbij de verweerder zelf een gerechtvaardigde inbreuk moet plegen. Wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr, samen met ambtelijk bevel, artikel 43 Sr) is het handelen *op grond van* een wettelijke verplichting. Noodtoestand (artikel 40 Sr) tenslotte, is het maken van de juiste belangenafweging, dus het handelen *in overeenstemming met* de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De koppeling aan de rubrieken van artikel 6:162 is voor de bespreking van de relativiteit van belang, omdat aannemelijk is dat de relativiteit voor elke rechtvaardigingsgrond anders geformuleerd moet worden, net zoals dat geldt voor de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162.[47]

Tot de buitencontractuele rechtvaardigingen reken ik verder de zaakwaarneming.[48] De relativiteit van deze rechtvaardiging wordt besproken na de strafrechtelijke rechtvaardigingen, in paragraaf 10.6.

10.2.6 Verband met de voorgaande delen van het onderzoek

Het vaststellen van de strekking van een bepaling is niets anders dan teleologisch interpreteren, aldus Lankhorst:

> 'Uitlegging naar het doel van het voorschrift is datgene wat er van ons wordt gevergd wanneer de relativiteitsvraag klinkt.'[49]

Welke rol speelt dat wat in de voorgaande delen van deze studie is opgemerkt bij deze 'uitlegging' van de rechtvaardiging?

---

45 Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 103.
46 Zie par. 3.8.2 (*Artikel 6:162 gespiegeld*).
47 Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 3.4, m.n. p. 66-69.
48 Zie paragraaf 3.10 (*Zaakwaarneming*).
49 Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 119.

In *deel II* is per rechtvaardiging aangegeven wat de bestaansvereisten ervan zijn.[50] Uit sommige van deze vereisten volgt reeds het doel (de strekking) van de rechtvaardiging. Zo blijkt uit de *ogenblikkelijkheidseis* bij noodweer dat deze rechtvaardiging niet strekt tot bescherming van de dader die schade toebrengt nadat het gevaar is geweken. Gezien de wijze van ontstaan (ná de acute noodsituatie) valt deze schade buiten het beschermingsbereik van de ingeroepen rechtvaardiging. In deel II vond dus een eerste afbakening plaats, die van invloed kan zijn op het vaststellen van de strekking van de rechtvaardiging.

In *deel III* van de studie zijn de voorwaarden geformuleerd die gelden voor alle rechtvaardigingsgronden:

1. Het *culpa in causa*-vereiste: de te rechtvaardigen situatie mag niet veroorzaakt zijn door hem die zich op de rechtvaardiging wil beroepen.[51]
2. De proportionaliteitseis: er moet een redelijke verhouding bestaan tussen het verdedigde belang en de toegebrachte schade.[52]
3. De subsidiariteitseis: een minder schadelijke manier ter verdediging van het belang mag men niet ongebruikt laten.[53]

Tussen deze voorwaarden voor rechtvaardigingen en de nu te behandelen strekking van rechtvaardigingen bestaat een hecht verband, dat als volgt kan worden aangeduid.

De genoemde voorwaarden geven *in algemene zin* aan wat de strekking is van rechtvaardigingen. Geen enkele rechtvaardigingsgrond strekt bijvoorbeeld tot bescherming van de dader die buitenproportionele schade heeft toegebracht. Maar de vraag welke schade disproportioneel ìs, zal in verschillende situaties en voor verschillende rechtvaardigingen anders worden beantwoord. Zo kan in een *noodweer*situatie ook het toebrengen van zeer ernstig lichamelijk letsel of zelfs doodslag proportioneel zijn. Wanneer men zich echter ter rechtvaardiging van dit soort ernstige schade beroept op bijvoorbeeld een *ambtelijk bevel*, zal de schade snel disproportioneel kunnen zijn. Er zijn immers weinig bevelen denkbaar die de uitvoerder legitimeren tot zware verwonding of doodslag.[54] Voor elke rechtvaardiging worden de in deel III besproken voorwaarden dus op een andere wijze ingevuld.[55]

---

50 Zie hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*), hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

51 Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

52 Het vereiste is in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*) besproken. Zie m.n. par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*).

53 Dit vereiste is eveneens besproken in hoofdstuk 7. Zie met name par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*).

54 Althans: buiten het oorlogsrecht en buiten het geval de uitvoerder van het bevel in een noodweersituatie verkeert.

55 Vgl. nogmaals Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. 2019), par. 5.3.5, die – spiegelbeeldig – de diverse normschendingen (inbreuk op ene recht, normen van ongeschreven recht en wettelijke normen) onderzoekt, zie ook zijn conclusie op p. 186.

Anders gezegd: bij het onderzoek naar het doel van de verschillende rechtvaardigingen in dit hoofdstuk geven de in deel III geformuleerde voorwaarden een algemeen kader voor de 'uitlegging'. Bij de behandeling van de relativiteit van elke rechtvaardiging krijgen de voorwaarden steeds een specifieke invulling. Dat geldt voor de *culpa in causa*-gedachte: wanneer iemand zelf oorzaak is van de te rechtvaardigen situatie, kan dat reden zijn hem het beroep op een rechtvaardiging te ontzeggen, gezien de *wijze van ontstaan van de schade*.[56] En zo kan de proportionaliteitseis medebepalend zijn voor de vraag welke *soort schade* valt onder het beschermingsbereik van een bepaalde rechtvaardigingsgrond. De subsidiariteitseis kan richtinggevend zijn voor het antwoord op de vraag of de *wijze van schadetoebrenging* valt onder een ingeroepen rechtvaardiging. De in deel III besproken voorwaarden staan dus niet naast de strekking van de rechtvaardiging, maar zijn hiervoor medebepalend. Ze spelen daarbij steeds in een andere context, namelijk in die van verschillende soorten rechtvaardigingen.

10.3 NOODWEER

10.3.1 Algemeen

De noodweerbevoegdheid is neergelegd in artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'

Het artikel is bijzonder ruim geredigeerd. Niet strafbaar is hij die *een feit* begaat ter verdediging tegen een aanval. Uit de formulering lijkt te volgen dat als voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en uiteraard van artikel 41 Sr zelf, ieder feit wordt gerechtvaardigd. Een toets aan de relativiteitseis leert dat deze gedachte onjuist is.

10.3.2 Kring van personen

Uit de ratio van de noodweerregeling vloeit de beperking voort van de kring van personen jegens wie men zich op noodweer kan beroepen. Een actie uit zelfverdediging heeft men alleen tegen zijn aanvaller en diens helpers. In de Digesten wordt uitgelegd waarom:

---

56 Een toepassing van deze gedachte is al gegeven bij de bespreking van *culpa in causa* in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

> 'Het wordt immers slechts toegestaan diegene geweld aan te doen die zelf geweld gebruikt en dan nog slechts als het is geschied ter zelfverdediging en niet om ook wraak te nemen.'[57]

Dat betekent dat een beroep op noodweer niet baat tegenover iemand die niet bij de aanval betrokken was. Beroemd is de Middeleeuwse Engelse Case of the Thorns:

> 'So, (...) if a man makes an assault upon me and I am not able to avoid him, but he wishes to beat me and I in defence of myself raise my stick to strike him, and one is at my back, and in raising my stick I hurt him, in this case he will have an action against me, and yet the raising of my stick was lawful in defence of myself and I hurt him against my will.'[58]

Tegen een onschuldige derde zal een beroep op noodweer niet baten. Noodweer werkt slechts tegenover de aanvaller. Schade tijdens de verdediging toegebracht aan anderen kan er niet door gerechtvaardigd worden. Stel dat de aangevallene zich verweert met een tak die hij afbreekt van de boom van zijn buurman en aldus schade toebrengt aan de boom. Tegenover de eigenaar van de boom zal een beroep op noodweer niet baten. Van de tak was immers geen gevaar te duchten.[59] Hetzelfde geldt dan ook als de schade aan de derde per ongeluk is toegebracht tijdens de noodweer. Vergelijk nogmaals Markesinis en Dias schreven in 1989, in hun commentaar bij de hierboven geciteerde uitspraak:

> 'What would be the position if the defendant injures a bystander in the course of defending himself against an attack? Self-defence cannot avail against the bystander, who was not attacking.'[60]

Noodweer schiet als verweer tegen een buitenstaander tekort, dat is ook de conclusie in de laatste bewerking, door Markesinis en Deakin:

---

57 Digesten 92,45,4.

58 Brian CJ in The Case of the Thorns (1466) Y.B. Mich. 6 Ed. f7 pl. 18, aangehaald in Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, p. 511, voetnoot 20.

59 Jegens de eigenaar kan hooguit het verweer worden gevoerd dat het niet onrechtmatig was de tak te offeren om zich het vege lijf te redden (een beroep op noodtoestand), wat overigens een schadevergoedingsverplichting niet behoeft uit te sluiten. In een casus als geschetst is bijvoorbeeld te denken aan een vordering gegrond op art. 6:212 (ongerechtvaardigde verrijking) jegens de verdediger. De kwestie van de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond wordt hierna verder besproken in deel V, hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

60 Dias & Markesinis, *Tort law* 1989, p. 511. Zij menen dat de derde in deze situatie geen recht heeft op schadevergoeding. Ik zie dat anders. Ik kom daarop terug in hoofdstuk 12, zie m.n. par. 12.5.5 (*Relativiteit: strekking van de rechtvaardiging*).

> 'The force used by the defendant to defend himself must not be out of proportion to the force exerted against him, as it was in Lane v. Holloway where a provocative blow by the plaintiff did not excuse a savage retaliation, nor will the defence avail one who, in seeking to defend himself, strikes an innocent bystander.'[61]

De handelende zal jegens de niet-betrokken derde een ander verweer moeten kiezen dan tegenover de aanvaller.

Op dit punt is dus een duidelijke parallel aanwezig met de wijze waarop de relativiteitseis de kring van personen afperkt in de inbreukcategorie. De rechtsinbreuk is alleen onrechtmatig jegens de rechthebbende. Jegens anderen is deze inbreuk in principe niet onrechtmatig. Als zij de handelende willen aanspreken, zullen zij daartoe een andere onrechtmatigheidscategorie moeten aanwijzen.

Zo ook bij noodweer. Dit dient als rechtvaardiging van de verdediging tegen een aanvaller – anders gezegd: tegen de inbreukmaker. Aan anderen kan men deze noodweer niet als rechtvaardiging tegenwerpen. Voor de rechtvaardiging jegens *hen* moet de aangevallene zich op een andere grond beroepen. Zijn handelen jegens hen wordt getoetst aan de hand van de algemene onrechtmatigheidscriteria. In de Duitse literatuur wordt dat als volgt beschreven:

> 'Eine erforderliche Verteidigung kann aber immer nur gegenüber dem Angreifer rechtmäßig sein. Wird durch die Notwehrhandlung ein Dritter in seinen Rechtsgütern verletzt, so ist die Handlung ihm gegenüber *rechtswidrig*.'[62]

10.3.3 Soort schade

Het zelfverdedigingskarakter beperkt de soort schade die men bij noodweer mag toebrengen. Het doel van de zelfverdediging rechtvaardigt slechts het gebruik van een redelijk middel ter afwering van de aanval.[63] Dat betekent dat een zekere equivalentie moet bestaan tussen aanval en verdediging: Wie lijfelijk wordt bedreigd, mag zijn aanvaller eveneens bedreigen en mag schade toebrengen aan diens persoon of aan de goederen die hij bij de aanval gebruikt (zoals een mes) of draagt (zoals een bril).[64] Maar tegenover verbale agressie zullen dergelijke afweermethodes snel ongepast zijn. Om deze reden verwierp

61 Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, p. 369, met verwijzing naar *The Case of the Thorns* in voetnoot 82.

62 Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, nr. 58, p. 253 (cursivering in origineel).

63 Vgl. wat daarover in hoofdstuk 7 is opgemerkt bij de bespreking van de proportionaliteitseis, in par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*).

64 Althans: wanneer deze van nut was voor de aanvaller bij de aanval.

het Hof Amsterdam een beroep op noodweer ter rechtvaardiging van een karatetrap tegen ene Hutten, omdat

> 'het gedrag van Hutten hoogstens te kwalificeren [valt] als verbale of niet-fysieke agressie, hetgeen een karatetrap met het risico van ernstig lichamelijk letsel niet vermag te verontschuldigen, laat staan te rechtvaardigen'.[65]

Deze gedachte is ook in proportionaliteitstermen te verwoorden:

> 'Die unverhältnismäßige Abwehr, etwa die Tötung dessen, der nur das Eigentum, nicht aber auch die Person oder die Persönlichkeit des Angegriffenen verletzt, ist grundsätzlich nicht zulässig. Persönlichkeitsgüter gehen Sachgütern vor.'[66]

Men zou kunnen zeggen dat noodweer alleen rechtvaardigt het toebrengen van dezelfde schade als is (of: dreigt te worden) toegebracht. Anders geformuleerd: zij rechtvaardigt slechts een inbreuk op hetzelfde recht als werd geschonden of dreigde te worden geschonden.

Deze equivalentie is ook zichtbaar bij noodweer tegen een inbreuk op andere rechten dan persoonlijkheidsrechten. Zo werd vergelijkende reclame die normaal gesproken als misleidend zou kunnen worden aangemerkt, toegestaan tegen misleidende reclame.[67] Onbehoorlijke uitdrukkingen werden geoorloofd geacht tegen grievende uitlatingen.[68] In deze gevallen werd noodweer aangenomen, maar daarbij past mijns inziens enige terughoudendheid. In het algemeen zal de verdediging van dit soort rechten niet zo dringend zijn dat zij geen uitstel duldt. De subsidiariteitseis kan dan een beroep op noodweer in de weg staan. Overigens lijkt het mij ook niet gewenst dat kwaad eigenhandig met kwaad wordt vergolden. Bij een fysieke aanval is de verdediging van levensbelang. Voor de verdediging van andere belangen zal het bewandelen van de weg van de gerechtelijke procedures geen onomkeerbare risico's meebrengen. Wie die procedures ongebruikt laat,[69] zal zich snel schuldig maken aan eigenrichting.

10.3.4 Wijze van ontstaan van de schade

Uit de strekking van de noodweerbevoegdheid (de mogelijkheid zichzelf te verdedigen tegen een plotselinge aanval) vloeit voort dat eisen kunnen worden

65 Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJK* 1999/26 (*Karatetrap*).
66 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 95, p. 47.
67 Rb. Zwolle (pres.) 21 april 1981, ECLI:NL:RBZWO:1981:AG9448, *BIE* 1982/7.
68 Rb. Dordrecht (pres.) 19 maart 1990, ECLI:NL:RBDOR:1990:AH3063, *KG* 1990/140.
69 Zie daarover par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig middel*), waar de casus van de Lastige Zwanenburgers is besproken.

gesteld aan de wijze waarop de noodweerbevoegdheid wordt uitgeoefend en schade wordt toegebracht.

10.3.4.1 Niet-onmiddellijke verdediging

In het zelfverdedigingselement ligt allereerst de eis van de onmiddellijkheid der schadetoebrenging besloten. Noodweer is een kwestie van hier en nu. Wie plots wordt bedreigd, moet zich direct verweren. Na de aanval toegebrachte schade wordt niet door noodweer gerechtvaardigd.[70] Wie weggaat en vervolgens terugkomt om zijn aanvaller af te straffen kan zich niet op noodweer beroepen, gezien de wijze van schade toebrengen. Vergelijk de zaak waarin het hof had vastgesteld dat

> 'verdachte zelf de confrontatie met het slachtoffer heeft gezocht door, na een eerdere ruzie, nadat hij naar huis was gegaan om een mes te halen en zich te verkleden in makkelijk zittende kleding, terug te keren (...) naar het café waar de ruzie was geweest'.[71]

In dat oordeel ligt volgens de Hoge Raad besloten

> 'dat het hof niet aannemelijk acht dat de verdachte heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging tegen een ogenblikkelijke aanranding'.[72]

Dit is ook te beredeneren vanuit de subsidiariteitsgedachte: wie kan weggaan hoéft niet terug te keren om schade toe te brengen. Hem staan andere middelen ten dienste om verhaal te halen.

Van niet-onmiddellijke verdediging zou men ook kunnen spreken in het geval van 'geanticipeerde noodweer', waarbij het gaat om preventieve maatregelen die getroffen worden met het oog op een eventuele, latere, noodweersituatie.[73] Het klassieke Palingfuiken-arrest biedt hiervan een voorbeeld: een geladen geweer was opgesteld bij palingfuiken en ging af toen zich een palingstroper aandiende. De stroper werd door een kogel in het hoofd getroffen.[74] In een dergelijk geval zou men kunnen stellen dat de wijze van verdediging – niet tegen een plotselinge onvoorziene, maar juist voorziene aanval – het ontstaan van de schade niet wordt gedekt door de noodweerbevoegdheid.

70 Dit is uiteraard anders als de dreiging die van de aanvaller uitging nog voortduurt.
71 HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353 (*Wraak zoeken na caféruzie*), r.o. 5.2.
72 HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353 (*Wraak zoeken na caféruzie*), r.o. 5.3.
73 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3, p. 312.
74 HR (Strafkamer) 25 juni 1934, ECLI:NL:HR:1934:197, *NJ* 1934, p. 1261 e.v. (*Palingfuiken*).

10.3.4.2 Ongeoorloofde wijze van verdedigen

Soms kan de afwijzing van een beroep op noodweer worden verklaard vanuit de ongeoorloofde wijze van verdedigen. Ter illustratie gebruik ik de casus van Meta Hofman.[75] Het beroep op noodweer werd daarin aanvaard. Naar mijn mening ten onrechte, zoals uit het volgende moge blijken.[76]

Een politieman wordt door een oudere, dronken, vrouw bedreigd met een aardappelschilmesje.[77] Hoewel de agent een wapenstok bij zich heeft, gebruikt hij zijn vuurwapen om de vrouw af te weren. Hij schiet haar daarmee dood. De Hoge Raad neemt noodweer aan. Dat oordeel is sterk bekritiseerd, omdat men het discutabel acht dat het handelen van de agent voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.[78]

Nog om een andere reden zou men kunnen verdedigen dat hier geen sprake kan zijn van noodweer. Deze hangt samen met de wijze waarop de schade in casu is toegebracht. Het hof had vastgesteld dat de politieagent zijn wapen trok op een ogenblik dat de vrouw nog niet tot de aanval was overgegaan:

> 'Nu een aanranding als bedoeld in art. 41 Sr toen nog niet plaatsvond was er voor de verdachte (nog) geen schietwaardige situatie als bedoeld in de ambtsinstructie en het was hem dus toen naar deze instructie niet toegestaan het wapen te trekken en daarmee te dreigen of een waarschuwingsschot te lossen.'[79]

Het hof concludeert dat de agent door aldus te handelen 'mogelijk de geweldsinstructie heeft overtreden',[80] maar meent dat het daarover verder niet heeft te oordelen. Het hof honoreert vervolgens het beroep van de agent op noodweer. Daarbij neemt het in aanmerking dat de agent in kwestie niet in conflictoplossing geoefend was en evenmin getraind was in het gebruik van

75 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*).

76 En reeds uit het voorgaande volgt, zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

77 Dat het om een aardappelschilmesje ging, valt niet op te maken uit het arrest. Het blijkt wel uit de verschillende commentaren op de uitspraak. Zie bijv. de beeldende weergave van de zaak door Jeanne Doomen, *De hollende kleurling*. Het Nederlandse strafrecht in tien verhalen, Amsterdam: Contact 2009, p. 70 e.v.

78 Aan de subsidiariteitseis is niet voldaan, omdat de agent een minder gevaarlijk middel kon gebruiken dan zijn pistool: hij kon dreigen met zijn wapenstok. Ook aan de proportionaliteitseis is niet voldaan. Tegenover de levensgevaarlijke actie van de agent (schieten met een pistool) stond een weinig imposante bedreiging: een dronken vrouw met een aardappelschilmesje. Zie over deze zaak hierboven, par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

79 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), weergave overwegingen hof, r.o. 3.1.3.

80 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), weergave overwegingen hof in r.o. 3.3.1.

de wapenstok en dat in Amsterdam een goede opleiding en begeleiding van politiepersoneel ontbreekt.

De P-G bij het Hof Amsterdam stelt cassatieberoep in tegen dit arrest. De redenering van het hof dat enerzijds het handelen van de agent niet was toegestaan op basis van de ambtsinstructie en dus 'formeel niet in de haak', maar dat anderzijds de agent toch geen verwijt kon worden gemaakt, noemt hij een

> 'nuttigheidsredenering, die in wezen neerkomt op een ondergraving van het in de ambtsinstructie neergelegde verbod van een dergelijk zelfstandig intimiderend gebruik van het vuurwapen, [en] tot riskante en ongewenste gevolgen voor de politiepraktijk kan leiden'.[81]

Ook Advocaat-Generaal Remmelink concludeert tot vernietiging van het arrest. Daartoe stelt hij:

> 'Het hof heeft immers bij de beoordeling van (de rechtmatigheid van) het gedrag van de verdachte omstandigheden laten meetellen die het wel verklaarbaar maken, waarom deze zo heeft gehandeld, als hij heeft gedaan, zulks misschien (...) kunnen verontschuldigen of aanzienlijk minder strafwaardig maken, doch die toch niet passen in het oordeel dat hij heeft gehandeld, zoals in zo'n geval behoort te geschieden, en zoals, zou zo'n situatie zich nog eens voordoen, in de toekomst gehandeld zou mogen worden.'[82]

Volgens Remmelink maakt het hof niet aannemelijk waarom de agent

> 'ondanks mogelijke schending van zijn ambtsinstructie (...) niettemin niet verwijtbaar, althans "straffeloos" heeft gehandeld (...)'.[83]

Deze conclusie lijkt mij geheel juist. Noodweer is geen schulduitsluitingsgrond, maar een rechtvaardigingsgrond. Rechtvaardigingsgronden verwijzen naar een *norm*. Wie zich op zo'n grond kan beroepen, heeft;[84] ook anderen zouden zich in deze omstandigheden moeten gedragen zoals de dader deed.

Aan die norm is niet voldaan in de casus van Meta Hofman. Het is niet wenselijk dat andere agenten, in een soortgelijke situatie eveneens handelen in strijd met hun ambtsinstructies. Gezien de *wijze* van handelen, in strijd met

---

81 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), middel van cassatie, p. 1497, rechts.

82 Concl. A-G Remmelink voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), p. 1502, rechts.

83 Concl. A-G Remmelink voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468 (*Meta Hofman*), p. 1503, links.

84 Zie ook hierboven, bijv. par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*) en 1.4.3 (*Type 2: wel schade, juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad*).

de ambtsinstructie,[85] is het beroep op noodweer hier niet gerechtvaardigd en blijft het handelen van de agent in principe onrechtmatig. Dat de Hoge Raad tot een andere, en mijns inziens onjuiste, conclusie kwam, is hierboven al aan de orde geweest.[86]

10.3.4.3 De uitgelokte aanval

Wanneer de verdediger de aanval opzettelijk heeft uitgelokt, kan dat een reden zijn hem het beroep op noodweer te ontzeggen. In Duitsland spreekt men in zo'n geval van 'Absichtsprovokation', waardoor de rechtvaardigende werking van noodweer vervalt:

> 'Hat der Angegriffene die Notwehrlage zielstrebig herbeigeführt (sog. Absichtsprovokation), gibt es von vornherein kein Recht zur Verteidigung, da der Provokateur in Wahrheit selbst angreifen will.'[87]

Bij de bespreking van het probleem van de zelfveroorzaakte noodsituatie in het algemeen,[88] heb ik betoogd dat de omstandigheid dat de noodweer is uitgelokt, meeweegt bij de beoordeling van het beroep op noodweer en dus ook van de onrechtmatigheid van de handeling. Gezien de wijze waarop de schade is ontstaan (de noodweersituatie is uitgelokt door de verdediger), kan er reden zijn de verdediger een beroep op noodweer te onthouden, bijvoorbeeld door de aanval *jegens de uitlokker* als niet onrechtmatig aan te merken. Van zo'n redenering is een voorbeeld te vinden in de zaak van Taams en Boudeling.[89] Hierin

> 'heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling (*deze sloeg Taams, toevoeging MF*) zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was'.[90]

Door zijn gedrag heeft de uitlokker zich zelf onttrokken aan de bescherming van de norm. De aanval is jegens hem niet onrechtmatig. Dat betekent dat hij zich *niet* op noodweer kan beroepen. Dit vooronderstelt immers een wederrechtelijke (onrechtmatige) aanval.[91]

---

85 Remmelink werpt in *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* de vraag op 'of men zo'n ambtsinstructie secundair kan achten'. Hij laat haar daar echter onbeantwoord (*Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 324).

86 Zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

87 Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, nr. 54, p. 252, die eraan toevoegt dat het buiten opzet anders ligt.

88 Zie: hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

89 Waarover uitgebreid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

90 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder iv.

91 Vgl. artikel 41 Sr, hierboven in par. 10.3.1 (*Noodweer; Algemeen*) geciteerd.

10.4 Wettelijk voorschrift en wettelijke bevoegdheid

10.4.1 Algemeen

Van de onrechtmatigheidsrubrieken in artikel 6:162 lid 2 roept het verbod te handelen in strijd met een wettelijke plicht de minste vragen op.[92] Zelfs verklaarde tegenstanders van de relativiteitsleer zagen voor deze onrechtmatigheidscategorie een rol voor de relativiteit weggelegd.[93]

Het verbod te handelen in strijd met een wettelijk voorschrift heeft zijn pendant in het wettelijk voorschrift, door artikel 42 Sr zo gedefinieerd:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.'

Deze rechtvaardigingsgrond geeft de bevoegdheid, of juister: de verplichting, om zich overeenkomstig een wettelijke bepaling te gedragen. Tot het wettelijk voorschrift reken ik ook de wettelijke bevoegdheid en het ambtelijk bevel, dat in feite een ad hoc gegeven voorschrift is.[94] Vergelijk artikel 43 Sr:

> 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.'

Wat de relativiteit betreft, leveren deze gronden weinig problemen op. Het is immers duidelijk dat een voorschrift een handeling slechts rechtvaardigt, voorzover het handelen in overeenstemming met het voorschrift is, en erdoor wordt gedekt.[95] In deze zin is het de meest relatieve rechtvaardigingsgrond. Zie bijvoorbeeld het oordeel over aan het Vorderingsbesluit Woonruimte ontleende bevoegdheden:

> 'dat de aantasting van de rechten van hen, die naar burgerlijk recht tot het gebruiken of in gebruik geven van woonruimte gerechtigd zijn, gelegen in het vorderen van het gebruik van die woonruimte, rechtmatig is, voorzover deze aantasting wordt gedekt door de bevoegdheid, welke op dit stuk aan het Vorderingsbesluit Woonruimte aan den burgemeester heeft toegekend'.[96]

---

92 Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 67

93 Smits, *Over de vraag der* relativiteit 1938, p. 447.

94 Vgl. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2.4.2, die het zo omschrijft dat i.g.v. het wettelijk voorschrift de bevoegdheid of verplichting direct aan het wettelijk voorschrift wordt ontleend, terwijl het bij een ambtelijk bevel gaat om een indirecte wettelijke verplichting.

95 Zie voor literatuurverwijzingen: Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163, aant. 143.4, 144 en 155.

96 HR 14 januari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1962, *NJ* 1949/557 (*Woonruimtevordering*), p. 1043, rechts.

Een handeling is rechtmatig, voor zover zij is gedekt door de bevoegdheid. Zij is onrechtmatig, wanneer zij daardoor niet wordt gedekt. Wèlke handelingen door het voorschrift worden gedekt, is afhankelijk van de strekking van de bepaling. Zowel voor de vraag jegens welke personen men zich op het voorschrift kan beroepen, als ten aanzien van welke schade, moet men te rade gaan bij het voorschrift waarop men zich beroept.

10.4.2 Botsing tussen wettelijke plicht en de strekking van de wet

Toch is hier een moeilijkheid denkbaar. Wat als een wettelijke verplichting in strijd is met de strekking van de wet waaruit zij voortvloeit? Een beroemd voorbeeld van zo'n situatie is te vinden in het strafrecht. Een veearts brengt in strijd met het verbod in de Veewet koeien opzettelijk in 'verdachte toestand', dat is een toestand waarin zij kunnen worden besmet met een veeziekte. In casu staat vast dat de koeien de ziekte toch zouden hebben gekregen, maar de arts brengt ze juist nu in contact met zieke koeien, omdat ze nu 'droog staan'. Als ze dan worden besmet, worden ze minder ziek dan melkgevende koeien. Volgens de veearts, die zich hierbij mede beroept op algemene veterinaire inzichten, is de besmetting dus in het belang van het vee.[97]

Strafrechtelijk levert het beschreven geval het probleem op dat met de verboden gedraging een delictsomschrijving is vervuld en de dader dus in principe strafbaar is.[98] Wil men tot straffeloosheid van de dader komen, dan zal men het wettelijk voorschrift moeten relativeren.[99] Daartoe staan twee wegen open. Men kan de relativering zoeken in de wet zelf. Dat doet Strijards:

> 'Wij zouden nu zeggen: die arts zegt gewoon dat hij het vee niet in *die* verdachte toestand bracht, die de wet, gelet op de strekking ervan, beoogt te verbieden.'[100]

97 HR (Strafkamer) 20 februari 1933, ECLI:NL:HR:1933:229, *NJ* 1933, p. 918 (*Huizer veearts*).

98 In het strafrecht is ervoor gepleit in dit soort gevallen een aparte rechtvaardigingsgrond aan te nemen, bestaand uit de 'afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid'. Deze leer heeft echter veel kritiek ondervonden. Zie uitgebreid *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 343 e.v. Voor het civiele recht is een soortgelijke rechtvaardigingsgrond verdedigd: 'afwezigheid van onzorgvuldigheid'. Zie: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. Vgl. ook Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 224. Zoals ik hierboven heb betoogd, kan het opwerpen van een zo vage rechtvaardiging, geen rechtvaardigingsgrond in civielrechtelijke zin zijn. Zie hierboven par. 3.14.2 (*Ontbreken materiële wederrechtelijkheid/zorgvuldigheid als rechtvaardiging*) en hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*), m.n. par 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

99 De andere mogelijkheid zou zijn straffeloosheid te beredeneren via het ontbreken van schuld. Bij een toerekeningsvatbare dader en een overigens geoorloofd feit ligt die weg niet voor de hand.

100 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 74.

Deze redenering lijkt mij gevaarlijk. Strekking van de Veewet is onder andere te voorkomen dat besmettelijke veeziekten worden overgebracht.[101] En de arts in casu bracht het vee precies in die verdachte toestand die de wet gezien *deze* strekking wilde verbieden.

Bij de uitleg van wettelijke bepalingen dient terughoudendheid te worden betracht, zo heeft Den Hollander bepleit.[102] Beter lijkt mij daarom de wetsovertreding onaangetast te laten en de relativering te zoeken in het feit dat de bepalingen in de Veewet een uitwerking zijn van een hoger belang, namelijk het bevorderen van de gezondheidstoestand van het vee. Als een veearts dit hogere belang heeft nagestreefd door een bepaling uit de Veewet te negeren, kan hij zich op *noodtoestand* beroepen. Deze redenering sluit ook beter aan op de feiten. De arts ontkent niet dat hij de wet heeft overtreden. Hij meent echter dat de bepalingen uit de Veewet in dit bijzondere geval tot een schadelijk en onjuist resultaat leiden en dat zijn verplichting uit de wet in strijd is met een hogere verplichting die op hem rust.

Civielrechtelijk lijkt het gesignaleerde probleem mij minder groot, omdat men in het burgerlijk recht gewend is aan de gedachte dat de schending van een wettelijke verplichting nog niet onmiddellijk onrechtmatigheid hoeft mee te brengen.[103] Wel zal bij zo'n schending in principe onrechtmatigheid kunnen worden aangenomen. Aan de gedaagde is het om vervolgens aan te geven waarom zijn handelen niet onrechtmatig is.[104]

10.4.3 Kring van personen

Een bevoegdheid kan beperkt in haar strekking zijn, omdat zij alleen schadetoebrenging jegens bepaalde personen rechtvaardigt. Zo levert een ontruimingsvonnis een executoriale titel op tegenover de geëxecuteerde. Jegens hem is de ontruiming dus rechtmatig. Tegenover anderen kan zij evenwel onrechtmatig zijn. Dat was het geval bij de executie van een ontruimingsvonnis te Velsen.

Braam geeft deurwaarder Mellema opdracht tot ontruiming, zonder adequate voorzieningen getroffen te hebben voor de afvoer van de uit het perceel afkomstige goederen. Mellema zal die goederen daarom op de openbare weg plaatsen. De gemeente Velsen vraagt en verkrijgt een verbod de ontruiming

101 Vgl. *Bijl. Hand. Kamerstukken II* 1913/14, 384.3, p. 9 en *Bijl. Hand. Kamerstukken II* 1914/15, 139.1, p. 1.

102 Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, par. 4.7. Over het probleem van het opsporen van het beschermingsdoel (en -omvang) van de wet zie ook de diepgravende bespreking door Lindenbergh in diens annotatie bij HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233 (*Schietdrama Alphen*), m.nt. S.D. Lindenbergh, onder 8-14.

103 Vgl. reeds HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*).

104 Zie daarover hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*). Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 2.9 (p. 43 e.v.).

op deze wijze uit te voeren. De gemeente is immers verplicht in het belang van onder meer de veiligheid op de openbare weg de goederen af te voeren en zal daarom schade lijden door de voorgenomen wijze van ontruimen. Het hof overweegt:

> 'Ontruiming op de door Braam en Mellema voorgenomen wijze maakt aldus inbreuk op het eigendomsrecht van de gemeente, en is in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens de gemeente betaamt.'[105]

De ontruiming mag rechtmatig zijn jegens de geëxecuteerde; *jegens de gemeente* is zij onrechtmatig, gezien de wijze waarop zij werd uitgevoerd.

10.4.4 Soort schade

Een voorbeeld van een wettelijk voorschrift dat op zichzelf bescherming biedt tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis is de Wet herstructurering varkenshouderij. Met deze wet wordt onder meer de productie van varkensmest gereguleerd. Die regulering kan schade meebrengen voor de varkenshouders, maar dat wordt gerechtvaardigd door het algemene belang dat met de regeling is gediend.[106] Wanneer de wet echter disproportionele schade tot gevolg heeft voor individuele varkenshouders, kan dat een reden zijn de wet jegens hen buiten beschouwing te laten.[107] Daarvoor zal moeten blijken dat

> 'de bestreden maatregelen een individuele en buitensporige last voor de betrokken varkenshouders (...) opleveren'.[108]

Het toebrengen van deze schade valt dus buiten de bescherming van de wet waarop het handelen gebaseerd is. En wanneer een voorschrift de strekking heeft bepaalde belangen te beschermen, zal bij een overtreding die vermogensschade ten gevolge heeft minder snel reden bestaan om aansprakelijkheid aan te nemen dan wanneer door de overtreding van het voorschrift tot personenschade heeft geleid.[109]

---

105 Hof Amsterdam 20 februari 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AD1615, *NJ* 1993/37 (*Onrechtmatige ontruiming te Velsen*), r.o. 4.4.

106 HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, *NJ* 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 6.2.2-3.

107 Althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie, zie HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, *NJ* 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 7.3.

108 HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, *NJ* 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 7.3.

109 Zie in dit verband ook de annotatie van Hijma onder het Duwbak-arrest, HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), m.nt. J. Hijma onder 10, mede i.v.m. 8 en 9. Overigens meent Hijma dat in de Duwbak-zaak de aard van de schade niet relevant was, zie onder 8.

10.4.5 Wijze van ontstaan van de schade

Om verschillende redenen kan iets schorten aan de wijze waarop de bevoegdheid wordt uitgeoefend en de schade wordt toegebracht.

10.4.5.1 Gevaarlijke wijze van uitvoering

Verdachte (kennelijk een hulpverlener) heeft een ambtelijk bevel gekregen 'om zo spoedig mogelijk naar de plaats van het hem opgegeven ongeval te gaan'. Hij rijdt daarheen met een snelheid van 100 km/uur en stelt hooguit honderd meter voor een kruising de tweetonige hoorn in werking. Tot op de kruising mindert hij nauwelijks snelheid. Hij veroorzaakt zo doende een ongeluk. De benadeelde heeft hem niet tijdig kunnen horen of zien. De rechtbank stelt vast dat de

> 'verdachte de kruising niet [had] mogen oprijden dan na tijdig en in aanzienlijke mate zijn snelheid verminderd te hebben. Door dit na te laten en met nagenoeg onverminderde snelheid de kruising op te rijden, heeft verdachte in aanmerkelijke mate onvoorzichtig gereden.'[110]

Gezien deze wijze van uitvoering van het bevel, wordt het beroep van de verdachte op een ambtelijk bevel verworpen:

> 'Het verdachte gegeven bevel immers, om zich met grote spoed naar de plaats van het ongeval te begeven, impliceerde geenszins een bevel om te rijden op de wijze als hem in de telastelegging is verweten.'[111]

Voorbeelden van een gevaarlijke wijze van uitvoering van een bevel die het beroep op de rechtvaardiging belet, zijn verder onder meer te vinden in de casus van de seinwachter die een auto tussen de neergelaten spoorbomen insloot,[112] de te snel rijdende keurmeester,[113] of de automobilist die na een oprijteken van een verkeersagent geen voorrang verleent aan een fietser.[114]

---

110 Rb. Utrecht (Strafkamer) 13 april 1984, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3000, *NJ* 1984/783 (*Op onrechtmatige wijze uitgevoerd ambtelijk bevel*), r.o. 11.

111 Rb. Utrecht (Strafkamer) 13 april 1984, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3000, *NJ* 1984/783 (*Op onrechtmatige wijze uitgevoerd ambtelijk bevel*), r.o. 14.

112 HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, *NJ* 1941/189 *(Seinwachter)*. De casus is uitgebreid besproken in par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

113 HR (Strafkamer) 31 mei 1937, *NJ* 1937, p. 130.

114 Rb. Zwolle 28 mei 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AJ6881, *VR* 2005/100 (*Geen voorrang verlenen na oprijteken*).

10.4.5.2 Anderszins onzorgvuldige wijze van uitvoering

Bij rechterlijk vonnis kan de bevoegdheid worden verleend tot de ontruiming van een onroerende zaak. Deze bevoegdheid is echter niet ongelimiteerd. Vereist is dat de ontruiming op zorgvuldige wijze geschiedt.

Rollman is eigenaar van een pand aan de Prinsengracht te Amsterdam. Hij heeft een vonnis tot ontruiming van het pand. Tijdens de ontruiming worden goederen (waaronder gebeeldhouwde eiken panelen), toebehorend aan Varesca, uit het te ontruimen pand op straat gegooid, zodat ze door passanten konden worden – en zijn – meegenomen. Het hof beslist dat het onder deze omstandigheden

> 'voor Rollman evident is geweest dat de ontruiming onzorgvuldig werd uitgevoerd. Het Hof onderschrijft het oordeel van de Rb. dat de maatschappelijke zorgvuldigheid die Rollman jegens Varesca in acht te nemen had, meebracht dat hij de executie deed staken. Nu hij dit heeft nagelaten is hij jegens Varesca ten volle aansprakelijk voor de schade die Varesca geeft geleden ten gevolge van de onzorgvuldige handelwijze (…) te weten het naar buiten gooien van de panelen.'[115]

Dat brengt met zich mee dat de opdrachtgever jegens de ontruimde

> 'onrechtmatig heeft gehandeld door in de door het Hof vastgestelde omstandigheden na te laten de executie te doen staken (waarmee het Hof uiteraard bedoelt: deze wijze van executie te doen staken)'.[116]

Vooral de laatste toevoeging maakt duidelijk dat niet de ontruiming op zichzelf onrechtmatig was, maar de wijze waarop zij plaatsvond.

Ook uit de rechtspraak betreffende het door groen licht rijden, blijkt dat – ook al is men bevoegd door te rijden – het rijden op zorgvuldige, niet gevaarzettende, wijze gebeuren.[117]

Een voorbeeld van een optreden waarvoor op zichzelf een wettelijke bevoegdheid (gegrond op de Politiewet) bestond, maar het handelen – op onderdelen – niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldeed

---

115 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, *NJ* 1982/174 (*Onzorgvuldige ontruiming*), overwegingen rechtbank, p. 600, l.k. en hof r.o. 16.

116 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, *NJ* 1982/174 (*Onzorgvuldige ontruiming*), r.o. 7.

117 Zie HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, *NJ* 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*); HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9749, *VR* 2007/22 (*Huijbers/NBM*) en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, *NJ* 2011/307 (*Groen licht*), r.o. 3.4.2, waarin er veronderstellenderwijs vanuit werd gegaan dat de aansprakelijk gestelde automobilist door groen licht reed. Uit die omstandigheid volgde echter niet zonder meer dat de 'groen licht-automobilist' niet aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die voortvloeide uit de aanrijding die vervolgens plaatsvond. Zie daarover ook hierboven, par. 4.1.3 (*Geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige, rechtvaardiging*).

en dus onrechtmatig was, biedt de zaak van het politieoptreden bij het ADO-stadion.[118]

10.4.5.3 Misbruik van bevoegdheid

Ten slotte moet hier worden gewezen op de algemene regel betreffende het op onjuiste wijze uitoefenen van een bevoegdheid van artikel 3:13 lid 1 BW. Het stelt dat een bevoegdheid niet kan worden ingeroepen voorzover zij wordt misbruikt. In het tweede lid wordt, niet limitatief, aangegeven wanneer sprake is van een dergelijk misbruik van bevoegdheid:

> 'door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander dan waarvoor zij is verleend of in het geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen'.

Deze regeling (die in een eerder hoofdstuk in verband is gebracht met de proportionaliteitsgedachte)[119] sluit geheel aan bij de idee dat rechtvaardigingen – en bevoegdheden in het algemeen – relatief van karakter zijn. Bij misbruik van bevoegdheid staat *de wijze van uitoefenen* van de bevoegdheid in de weg aan het beroep op een rechtvaardigingsgrond, in casu het beroep op de bevoegdheid zelf.

10.5 NOODTOESTAND

10.5.1 Algemeen

Iedere casus over onzorgvuldig handelen kan worden ondergebracht in een van de twee rubrieken: belangenafweging of gevaarzetting.[120] Dat is uitgebreid besproken in hoofdstuk 7.[121] Met Van Dam ben ik van mening dat gevaarzetting eigenlijk een subcategorie is van de rubriek belangenafweging.[122] Onzorgvuldig handelen is dus uiteindelijk: het maken van een onjuiste belangenafweging. Noodtoestand is de pendant van deze categorie. Zij vooronderstelt een situatie met conflicterende plichten. Als rechtvaardigingsgrond is noodtoestand aanwezig 'wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of

118 Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion)*, r.o. 4.18.
119 Zie daarover par. 7.5.4 (*Tot slot: gebrek in doel of middel: misbruik van bevoegdheid*).
120 Zo: *Asser-Rutten-Hartkamp III* 1986/44.
121 Par. 7.4.2 (*Belangenafweging en gevaarzetting*).
122 Vgl. Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 108, voetnoot 4.

een belang van hogere orde'.[123] In de grond is noodtoestand niets anders dan de bevoegdheid – eigenlijk: de plicht – voor het juiste belang te kiezen. Want wie zich ter rechtvaardiging van zijn daad beroept op noodtoestand, maar bij de te maken keuze voor het verkeerde belang heeft gekozen, zal zijn beroep op de rechtvaardiging door de rechter afgewezen zien worden. De klassieke noodtoestandcasus is die van de passant die een tak van een boom breekt om een drenkeling te redden. Als de passant ervoor had gekozen het eigendomsrecht van de boomeigenaar te ontzien en vervolgens wordt aangesproken wegens het onrechtmatig nalaten de drenkeling te redden (vgl. artikel 450 Sr), zal het beroep op noodtoestand hem niet baten.

10.5.2 Kring van personen

Evenals bij haar tegenhanger, de onbetamelijkheidscategorie van artikel 6:162, is het bij noodtoestand lastig haar strekking in algemene zin weer te geven. Zoals de verplichting zich zorgvuldig te gedragen bestaat jegens iedereen, zo kan men zich ook jegens een ieder op noodtoestand beroepen.

Voorwaarde is uiteraard dat ervoor is gekozen om het grootste belang in de noodtoestand te veilig te stellen, dat wil zeggen: men kan noodtoestand inroepen tegenover ieder wiens belang moest wijken voor het geredde. De kring van personen is dus beperkt tot bij de handeling betrokken personen met een geringer belang dan het geredde.

10.5.3 Soort schade

Een reden het beroep op noodtoestand af te wijzen, kan gelegen zijn in de soort schade die is toegebracht. De aard van het geschonden belang wordt dan niet door de noodtoestand gedekt. Dat was het geval in de volgende zaak.

Een echtpaar is verwikkeld in een echtscheidingsprocedure. De man (X) maakt aanspraak op alimentatie en beroept zich onder meer op de stelling dat hij arbeidsongeschikt is. De vrouw (Y) verweert zich tegen de alimentatievordering. In verband daarmee brengt zij vertrouwelijke medische gegevens van X in het geding. Aangenomen wordt dat de vrouw hiermee inbreuk pleegt op het recht op privacy van de man. Zij beroept zich ter rechtvaardiging hiervan op (onder meer) noodtoestand. Dat beroep wordt verworpen met de volgende overweging:

> 'Het belang van X is zowel bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer als een financieel belang bij het verkrijgen van een titel tot levensonderhoud. Het belang

123 *Asser-Hartkamp III* 1994/60. Dezelfde omschrijving is te vinden in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

> van Y (...) is alléén een financieel belang bij het afweren van de vordering tot levensonderhoud van X.'[124]

Het beroep op noodtoestand wordt niet gerechtvaardigd geacht, gezien het verschillend gewicht van de betrokken belangen.[125] Men kan het zo verwoorden: ter bescherming van dit soort (zuiver financiële) belangen, is het toebrengen van deze schade, bestaand uit onder meer het schenden van het recht op privacy, niet gerechtvaardigd.

10.5.4 Wijze van ontstaan van de schade

Ook de manier waarop de schade is toegebracht, kan een reden zijn een beroep op noodtoestand niet te honoreren.

10.5.4.1 Duur van de noodtoestand

Kenmerk van noodtoestand is dat er werkelijk sprake moet zijn van een *nood*situatie. Dat wordt door het Hof Arnhem zo uitgelegd:

> 'Dit begrip noodtoestand sluit een beperking in duur in en kan niet betrekking hebben op een permanent voortdurende situatie.'[126]

Om deze reden wordt een beroep op noodtoestand ontzegd aan de psychiatrische instelling die een patiënt dagelijks tegen zijn wil aan een separeerprogramma onderwerpt. De separatie kan als behandeling worden aangemerkt, maar is dan in strijd met de Grondwet. De separatie kan ook als dwangmiddel worden beschouwd, maar dan moet

> 'sprake [zijn] van een noodtoestand ten gevolge van de geestelijke vermogens van de patiënt én geen mogelijkheid bestaa[n] die noodtoestand zonder toepassing van middelen en maatregelen op te heffen'.[127]

---

124 Rb. Haarlem (pres.) 17 juli 1981, ECLI:NL:RBHAA:1981:AG9499, *NJ* 1982/277 (*Medische gegevens in echtscheidingszaak*), r.o. 17.

125 De overwegingen van de rechtbank hieromtrent zijn overigens niet helder. Zie r.o. 17, waarin de rechtbank eerst stelt dat het gaat om belangen van verschillend soortelijk gewicht, om na de geciteerde passage (waaruit het verschillende gewicht blijkt) te concluderen dat de belangen niet zodanig van gewicht verschillen, dat dit een beroep op noodtoestand rechtvaardigt. Kennelijk wordt dat beroep hier afgewezen, omdat de vrouw zich niet op een hoger belang kan beroepen.

126 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5.

127 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5.

Het hof is van oordeel dat hier, gezien de duur van de situatie, geen sprake is van zulk een noodtoestand:

> 'Door het toepassen van separatie wegens een permanente noodsituatie geeft geïntimeerde een niet te rechtvaardigen uitbreiding aan het in de geldende rechtsopvattingen gehanteerde begrip noodtoestand. Ook naar zijn aard kan een noodsituatie niet permanent voortduren. Een dwangmiddel dat in de acute fase geoorloofd is kan in zijn toepassing niet voortduren indien die fase niet langer acuut is.'[128]

Het separeerprogramma wordt gezien de duur van de noodsituatie (de duur van de schadetoebrenging) als onrechtmatig aangemerkt. Andere gevallen waarin de tijdelijkheid van de situatie wordt gezien als voorwaarde voor het beroep op noodtoestand, zijn te vinden bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een poortblokkade,[129] de kraak van een woning,[130] het gevangen houden van een 't.b.r.-passant' in het huis van bewaring.[131]

10.5.4.2 Gebruik van ongeoorloofd middel

De aard van het gebruikte middel is een andere reden die het beroep op noodtoestand kan verhinderen, gezien de wijze van schadetoebrenging.

Een voorbeeld daarvan is eveneens te vinden in het zojuist aangehaalde arrest van het Hof Arnhem. De psychiatrische patiënt op wie de separeermaatregel werd toegepast, werd 's nachts gesepareerd. Overdag werd hij op een andere wijze in toom gehouden: hij werd dan gedwongen een pyjama te dragen. Het hof overweegt met betrekking tot deze maatregel

> 'dat het overdag moeten dragen van een pyama voor appellant een pijnlijke maatregel is, omdat hij er graag netjes uitziet. Dit middel acht het hof niet aanvaardbaar, omdat het niets heeft uit te staan met behandeling en uitsluitend [moet] worden gezien als een paardemiddel om appellant aan de afdeling te kluisteren. Voorts overweegt het hof hierbij dat de Nota rechtspositie Patiënten in Psychiatrische

128 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5. Het hof acht verder niet aannemelijk dat de mogelijkheid ontbreekt om voor een zeer moeilijk geval als dit de 'bouwkundige accommodatie' aan te passen. Aan de in het voorlaatste citaat neergelegde subsidiariteitstoets is dan niet voldaan.

129 Rb. Amsterdam 13 mei 1980, ECLI:NL:RBAMS:1980:AC3035, *NJ* 1980/403 (*Poortblokkade Mobil Oil*): een poortblokkade is in beginsel onrechtmatig, tenzij ze uit veiligheidsoverwegingen geboden lijkt. Zij zal dan slechts van betrekkelijk korte duur kunnen zijn en uitsluitend mogen dienen tot het treffen van maatregelen ter beperking van dreigende calamiteiten.

130 Rb. Middelburg 1 oktober 1980 en 24 december 1980, ECLI:NL:RBMID:1980:AC7089, *NJ* 1981/374: het kraken van een woning is in beginsel onrechtmatig, tenzij voor tijdelijk gebruik, en met respect voor de rechten van de eigenaar. Het GiEA Curaçao 3 november 1971, *NJ* 1972/66 eist in een soortgelijk geval een 'acute' noodtoestand.

131 Rb. Den Haag 18 september 1961, ECLI:NL:RBSGR:1961:14, *NJ* 1961/538: nu geen tijdstip voor het einde van de maatregel was genoemd, moesten andere maatregelen getroffen worden om de noodtoestand te beëindigen.

> Ziekenhuizen (...) een opsomming geeft van hetgeen onder middelen en maatregelen moet worden verstaan (...). Het gedwongen dragen van een pyama komt in die opsomming niet voor.'[132]

Het toepassen van een voor de betrokkene ingrijpende maatregel, niet gegrond op de regels die voor het toepassen van maatregelen gelden, is een wijze van schadetoebrenging die niet gerechtvaardigd kan worden door een beroep op noodtoestand.

Ook in geval van anderszins ongeoorloofde wijzen van schadetoebrenging zal het beroep op noodtoestand niet slagen. Een sprekend voorbeeld biedt de casus van een politieagent die moest trachten een in een auto voortvluchtige verdachte te stoppen. De agent plaatste daartoe zijn politieauto dwars op de weg; een botsing met de auto van de verdachte was het gevolg:

> 'dat eiseresses beroep op het algemeen belang (...) niet vermag te rechtvaardigen de door de betrokken politieagent getroffen maatregelen althans niet kan opwegen tegen het door deze maatregelen bedreigde levensgevaar van ged.'.[133]

10.5.4.3 Onjuist gebruik van een geoorloofd middel

Ook wanneer een op zichzelf toegestaan middel onjuist wordt gebruikt, kan dat een beroep op noodtoestand verhinderen, gezien de wijze van schadetoebrenging:

> 'Zum anderen ist es möglich, daß mit der Verletzung des fremden Guts das bedrohte an sich zwar gerettet werden könnte, die konkrete Ausführung der Tat jedoch in einer Weise erfolgt, daß sie aus diesem Grund ungeeignet ist, die Gefahr abzuwenden: So wenn es sich nur um einen kleineren Brand handelt, der mit dem Feuerlöscher an sich wirksam bekämpft werden könnte, der Täter aber so unsachgemäß vorgeht, daß keinerlei Erfolg zu erwarten ist.'[134]

Wanneer een reddingspoging gedoemd is te mislukken, omdat het daarbij gebruikte middel onjuist wordt toegepast, is er geen beroep op noodtoestand mogelijk.

---

132 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 7.

133 GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), *NJ* 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

134 Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 79.

10.6 Zaakwaarneming

10.6.1 Algemeen

In de Parlementaire Geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek is zaakwaarneming aangeduid als een wettelijke rechtvaardigingsgrond, behorend tot dezelfde categorie als de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden:

> 'Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming. Bij de regeling van dit instituut gaat immers de wet ervan uit, dat het zich opzettelijk inlaten met de behartiging van eens anders belang, mits op redelijke grond geschied, niet een onrechtmatige daad jegens die ander oplevert welke tot schadevergoeding verplicht, de ander is integendeel volgens de wet gehouden de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten en geleden schade te vergoeden.'[135]

Zaakwaarneming kreeg een wettelijke regeling in artikel 6:198 BW:[136]

> 'Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen.'

Voor de zaakwaarnemer geldt een aantal verplichtingen. Hij moet bij de waarneming de nodige zorg betrachten en de begonnen waarneming voortzetten, voor zover dat laatste redelijkerwijs van hem kan worden verlangd (zie artikel 6:199 lid 1).[137] Voor de belanghebbende brengt de zaakwaarneming voor de belanghebbende de verplichting mee de schade te vergoeden die de zaakwaarnemer als gevolg van de waarneming heeft geleden. Althans: voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, zie artikel 6:200 lid 1.[138] In dat laatste geval vormt de zaakwaarneming tevens een bron van vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de zaakwaarnemer (artikel 6:201).

Van belang in het kader van vergoeding na een gerechtvaardigd optreden van de zaakwaarnemer is nog de zinsnede aan het slot van artikel 6:198 'zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen'. Bedoeld is de actie uit zaakwaar-

135 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

136 Welke regeling niet wezenlijk wijzigde ten opzichte van haar voorganger in art. 1390 BW (oud).

137 Daarnaast moet hij, voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is, aan de belanghebbende rekening en verantwoording doen, zie lid 2 van art. 6:199.

138 Of door goedkeuring achteraf door de belanghebbende, zie art. 6:202. De goedkeuring kan ook zien op het aspect van het optreden 'op redelijke grond' uit art. 6:198. Wanneer niet aan dat vereiste is voldaan, kan de belanghebbende door zijn goedkeuring van het optreden zijn bevoegdheid prijsgeven om jegens de waarnemer het gebrek in te roepen.

neming uit te sluiten voor de situatie waarin een uitdrukkelijke contractuele (opdracht, arbeidsovereenkomst) of wettelijke (voogdij, curatele) regeling van toepassing is. Maar het enkele bestaan van een wettelijke verplichting verhindert zaakwaarneming niet. Ook als een wettelijke verplichting tot ingrijpen aanwezig is, zoals de plicht tot hulp verlenen aan een persoon in nood (vgl. art. 450 Sr), is de handelende wel degelijk aan te merken als zaakwaarnemer, zo meldt de Toelichting op het ontwerp van het artikel.[139] Juist in veel gevallen waarin hulp is geboden aan iemand die in een noodsituatie verkeert, of wordt getracht te voorkomen dat iemand in nood komt, of schade zal lijden, zal zaakwaarneming de grondslag kunnen zijn waarop de handelende van de belanghebbende vergoeding van de schade kan vorderen die de handelende zelf door het optreden heeft geleden.[140] Mij lijkt dan ook een misvatting te menen dat na zelfopoffering in het verkeer geen vergoeding uit zaakwaarneming zou ontstaan voor de handelende, zoals in Asser-Sieburgh wordt gesteld.[141]

Bij zaakwaarneming gaat het uiteindelijk altijd om 'dienstbetoon',[142] door Beysen omschreven als 'hulpvaardig optreden':

> 'Deze altruïstische gezindheid zal enkel aanwezig zijn indien de hulpvaardige persoon (1) optrad met de intentie om de zaken van een ander waar te nemen en (2) deze hulp belangeloos aangeboden heeft.'[143]

De hierboven al letterlijk geciteerde wettekst geeft een aantal voorwaarden die de toepassing van zaakwaarneming inperken. Ze zijn van belang voor de beoordeling van de relativiteit, het beschermingsbereik, van de in artikel geregelde rechtsfiguur en worden nu besproken.

10.6.2 Kring van personen

Uit de omschrijving van zaakwaarneming vloeit voort dat het moet gaan om de behartiging van de belangen van een ander.[144] De actie uit zaakwaar-

---

139 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793.

140 Of diens nabestaanden wanneer de zaakwaarnemer bij de hulpverlening is overleden. Zie bijv. Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, *JA* 2019/5.

141 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413, welke opvatting hierboven, in par. 3.10.2 (*Redelijke grond*), kritisch is besproken.

142 De term wordt gebruikt door *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/392.

143 E. Beysen, *Zaakwaarneming*, Mechelen: Kluwer 2006, nr. 45. Hij spreekt t.a.p. van de 'animus negotia aliena gerenda'. Aan de twee geciteerde voorwaarden voegt hij nog een derde toe: de belangenbehartiger mag niet uit vrijgevigheid hebben gehandeld.

144 De enkele omstandigheid dat de waarnemer ook zijn eigen belang diende, staat aan zaakwaarneming niet in de weg, zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de hierna te bespreken begrafenisrechtspraak.

neming kan dan ook alleen worden ingesteld tegen deze 'ander', de belanghebbende. In die zin is de actie uit zaakwaarneming zeer 'relatief'.

De omstandigheid dat iemand het belang van een ander behartigt, maar tegelijkertijd zijn eigen belang dient, staat niet in de weg aan de actie uit zaakwaarneming tegen de belanghebbende.[145] Wie meent een belang van zichzelf te behartigen maar, naar later blijkt, het belang van een ander heeft gediend, heeft geen actie uit zaakwaarneming jegens die ander.[146] Wel mogelijk is het belang van een ten tijde van de zaak waarneming nog niet bestaande persoon,[147] of rechtspersoon,[148] te behartigen.

10.6.3 Soort schade

De vraag naar de soort schade, is de vraag naar het type belang dat behartigd kan worden. Zaakwaarneming kan alle soorten belangen betreffen,[149] en het geeft de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen,[150] maar ook feitelijke handelingen. Schadevergoeding dient te worden betaald, voor zover het belang naar behoren is behartigd.

Voor het ontdekken van het beschermingsbereik van de zaakwaarnemingsfiguur is de soort van de schade van minder gewicht dan de wijze waarop de schade bij de zaakwaarneming is ontstaan. Die laatste kwestie wordt nu besproken.

---

145 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790. In dit verband wordt vaak gewezen op 'begrafenisrechtspraak' betreffende de zoon die mede namens zijn broers en zussen de begrafenis van een van de ouders en andere zaken regelt (HR 24 januari 1902, *W.* 7714 en HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:19, *NJ* 1959/586). Zie Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/14 en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/394.

146 Vgl. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/11, p. 15, onder verwijzing naar rechtspraak. In dezelfde zin H.C.F. Schoordijk, *Zaakwaarneming. Een onderbelichte bron* (rede) 1988, p. 9-10. Zie ook TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790.

147 In dat geval gaat het om handelen ten behoeve van de nog ongeboren vrucht, zie art. 1:2 BW. In dezelfde zin *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/394.

148 De rechtspraak betreft vaak nog op te richten verenigingen e.d., zie HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4264, *NJ* 1982/568 en HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4304, *NJ* 1982/333. Zie ook Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/6.

149 Ras wijst op rechtspraak vanaf de negentiende eeuw waaruit blijkt dat De Hoge Raad ruim uitlegt; het kan om vermogensrechtelijke en andere belangen gaan. H.E. Ras, *Zaakwaarneming naar Nederlands recht*, Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968, p. 30. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/396 geeft voorbeelden die teruggaan tot het Romeinse recht.

150 Waarbij de zaakwaarnemer bevoegd is te handelen in naam van de belanghebbende, voor zover hij diens belang naar behoren heeft behartigd, zie art. 6:201.

10.6.4 Wijze van ontstaan van de schade

In verband met de beoordeling van de wijze van ontstaan van de schade is allereerst van belang het aanvangsmoment van de zaakwaarneming. Voor toewijzing van de schadevergoedingsvordering van de zaakwaarnemer is voorwaarde dat de zaakwaarneming is begonnen op een 'redelijke grond', zo volgt uit artikel 6:198.[151] Aanknopingspunt voor de beoordeling van die redelijke grond is de vermoedelijke wil van belanghebbende.[152] In ieder geval kan belangenbehartiging tegen de aan te nemen wil van de belanghebbende niet tot vergoeding van schade op grond van zaakwaarneming leiden:

> 'Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming in de zin der wet, behoudens bijzondere omstandigheden',

aldus de Hoge Raad.[153]

Een voorbeeld van een ontbreken van redelijke grond biedt een uitspraak van de rechtbank Breda. De politie trad op grond van een enkele anonieme melding van vermissing een woning binnen en sloeg daarbij een ruit in. Op aangeven van de politie dichtte een glaszetter het raam af. Vervolgens bleek dat de bewoner gewoon op reis was. Toen de glaszetter de bewoner tot vergoeding van de werkzaamheden op grond van zaakwaarneming aansprak, weigerde de bewoner te betalen. En terecht, zo oordeelde de kantonrechter. De politie was voor het binnentreden afgegaan op slechts een anonieme melding en kon geen nadere onderzoeksgegevens overleggen. Om die reden kon een redelijke grond voor het optreden, gezien de uitdrukkelijke betwisting van de bewoner, niet worden aangenomen. Ook de kosten van de uitvoering van de opdracht van de politie aan de glaszetter konden niet worden toegerekend, omdat niet gebleken was dat de politie het raam niet zelf kon afdichten. Nu de politie geen beroep op zaakwaarneming toekwam, kon ook geen sprake zijn van 'voortgezette zaakwaarneming' door de glaszetter.[154]

Ook voor een eenmaal begonnen zaakwaarneming gelden grenzen aan de wijze waarop de schade mag zijn ontstaan. De zaakwaarnemer is verplicht de nodige zorg te betrachten. De Toelichting Meijers meldt daarover dat de waarnemer zich als een goed waarnemer moet gedragen; 'Hij moet dus steeds het oog houden op het belang van de belanghebbende mede gelet op diens wil of diens vermoedelijke wil.'[155] Daarbij kan naar gelang van de omstandig-

---

151 Het vereiste is hierboven uitgebreid besproken in par. 3.10.2 (*Redelijke grond*).

152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 791. In afwijking van deze regel werd de vordering tot verhaal van kosten toegewezen in Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, *NJF* 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*).

153 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, *NJ* 1997/24 *(Delta Lloyd/Interlloyd)*, r.o. 3.4.

154 Rb. Breda 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ0169, *JA* 2006/159, r.o. 3.4-3.7.

155 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793.

heden invulling aan het begrip nodige zorg worden gegeven.[156] Een onzorgvuldige wijze van zaakwaarneming leidt dus tot een schade die, gezien de wijze van ontstaan, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat blijkt ook uit het volgende artikel, 6:200, dat de verplichtingen van de belanghebbende regelt. Volgens het eerste lid is de belanghebbende gehouden de schade van de zaakwaarnemer te vergoeden slechts in geval van behoorlijke zaakwaarneming:

> 'De belanghebbende is, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, gehouden de zaakwaarnemer de schade te vergoeden, die deze als gevolg van de waarneming heeft geleden.'

Voor de beoordeling van de wijze van uitvoering van de zaakwaarneming is dit de kernbepaling, waarmee de schadevergoedingsplicht wordt beperkt tot de redelijke uitgaven en kosten. Geen behoorlijke zaakwaarneming, want onereus, werd geacht het afgeven van een garantie voor onbeperkt krediet.[157] Een voorbeeld van behoorlijke zaakwaarneming is te vinden in het oordeel van het hof in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 11 oktober 1996. De gemeente Amsterdam trekt zich het lot aan van na ontruiming op straat geplaatste en niet door de eigenaren zelf meegenomen inboedels. Zij doet dit, mede ter uitvoering van haar publieke taak, om te zorgen dat de openbare weg vrij blijft van goederen die daar niet thuis horen. Bederfelijke waar wordt vernietigd; andere goederen worden ten behoeve van de eigenaren kosteloos gedurende een bepaalde tijd in een loods opgeslagen. In de loods breekt brand uit, de vraag is of de gemeente als zaakwaarneemster tekortschoot in haar zorgplicht door geen brandverzekering af te sluiten voor de opgeslagen goederen. Het hof beoordeelt het handelen van de gemeente:

> 'De gemeente, daarbij de rol van zaakwaarneemster op zich nemend, is gehouden daarbij de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Zij brengt (…) deze goederen onder in een loods, waar deze per eigenaar in een afgescheiden gedeelte, in een droge omgeving staan opgeslagen. Onvoldoende is betwist dat deze loods, hoewel gelegen op een verlaten terrein, solide en deugdelijk afgesloten was en dat de brand in de loods moet zijn ontstaan.'[158]

Het hof legt nauwkeurig uit onder welke omstandigheden de eigenaren afgifte van hun goederen kunnen verlangen en concludeert dat de gemeente door

156 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793 drukt het zo uit, dat naar gelang van de omstandigheden 'differentiatie' kan worden aangebracht in de op de waarnemer rustende verplichtingen.

157 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4264, *NJ* 1982/568 *(Onzorgvuldige ontruiming)*.

158 Oordeel van het hof, te kennen uit HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2167, *NJ* 1998/239 *(Wernsen/Amsterdam)*. Tegen de kwalificatie als zaakwaarneming in het oordeel van het hof richtte zich het cassatiemiddel niet.

aldus met de onder zich genomen goederen om te gaan, heeft voldaan aan de zorgvuldigheid die van haar jegens een eigenaar van de goederen mag worden verlangd.

Doorslaggevend voor de beoordeling is het moment van de zaakwaarneming, niet relevant is of de belanghebbende uiteindelijk door de waarneming gebaat is.[159] De Toelichting drukt dat zo uit:

> 'De belanghebbende is tot schadevergoeding verplicht, ongeacht of hij al dan niet door de waarneming is gebaat. Indien er derhalve voor de belangenbehartiging een redelijke grond is en zij naar behoren is geschied, zijn de handelingen van de waarnemer voor rekening en risico van de belanghebbende. Was er geen redelijke grond voor het ingrijpen in eens anders belangen of is daarbij niet naar behoren te werk gegaan, dan is de belanghebbende slechts tot schadevergoeding verplicht, indien en voor zover een verplichting hiertoe voortvloeit uit hetgeen omtrent de ongerechtvaardigde verrijking is bepaald.'[160]

Overmaat is dan ook, gezien de wijze waarop dit deel van de schade is ontstaan, voor rekening van de zaakwaarnemer zelf. Hij kan wanneer hij tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit zaakwaarneming juist – op zijn beurt – worden aangesproken door de belanghebbende.

10.6.5 Tot slot

Aan het einde van de bespreking van de relativiteit van zaakwaarneming sta ik nog stil bij een passage in de Toelichting Meijers over lid 1 van artikel 200 (artikel 6.4.1.3.1 in het ontwerp), dat het hierboven besproken recht op schadevergoeding van de zaakwaarnemer regelt.

De toelichting geeft aan dat op de verplichting tot schadevergoeding de in afdeling (6.1.9, thans) 6.1.10 gegeven algemene regels betreffende de verplichting tot schadevergoeding van toepassing zijn. Dat geldt ook voor letselschade of andere aantastingen in de persoon van de zaakwaarnemer. Daaraan voegt de toelichting deze zin toe:

> 'Vanzelfsprekend zijn hier de omstandigheden die de rechter in zijn overwegingen moet betrekken, andere dan die welke een rol spelen als het ideële nadeel een gevolg is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad.'[161]

---

159 Zoals in het verdrietige geval van de automobilist die hulp wilde verlenen na een ongeval, en daartoe de middenberm van een brug overstak, maar voordat hij de plaats van het ongeval kon bereiken door een gat tussen de twee wegdelen viel en in het water van de Lek stortte. De verzekeraar van de vrachtwagen aan wie de man hulp wilde verlenen, vergoedde op grond van zaakwaarneming de schade van de nabestaanden van de hulpverlener. Zie Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, *JA* 2019/5.

160 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795.

161 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795.

Het is een intrigerende opmerking, omdat voor de wetsontwerper kennelijk zonneklaar was in welk opzicht de mee te wegen omstandigheden anders zijn. Naar ik meen, is het grote verschil dat bij zaakwaarneming, anders dan bij onrechtmatige daad en wanprestatie, altijd sprake is van hulpbetoon (het is hierboven, in 10.6.1 al besproken). Dat zal meewegen in de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Het komt in het volgende deel, in hoofdstuk 11, nader aan de orde.

10.7 CORRECTIE-LANGEMEIJER

10.7.1 De correctie

In 1958 schreef Procureur-Generaal Langemeijer zijn beroemdste conclusie, die opent met de woorden:

> 'Door deze zaak wordt ten langen leste een vraag aan uw Raad voorgelegd, die sinds geruime tijd in de overige rechtspraak en in de literatuur de aandacht heeft getrokken, namelijk die of het uitoefenen van een beroep met overtreding van enige geschreven rechtsregel, die niet rechtstreeks ten doel heeft bescherming van hen, die dit beroep legaal uitoefenen, een onrechtmatige daad jegens deze laatsten is of althans onder omstandigheden kan zijn.'[162]

Iets verderop in zijn conclusie herformuleert Langemeijer de vraag tot:

> 'De vraag die overblijft (…) is: of de omstandigheid dat een bepaald gedrag in ieder geval schending vormt van een geschreven regel, de doorslag kan geven om ook strijd met een ongeschreven regel aan te nemen.'[163]

Om de vraag uiteindelijk bevestigend te beantwoorden:

> 'dat het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kán zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels'.[164]

---

162 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1205.

163 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1205.

164 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1206, r.k. Vgl. voor deze omschrijving ook *Asser/Sieburgh 6-IV*/138.

De vraag die Langemeijer beantwoordde, was niet alleen in de jaren vijftig van de vorige eeuw actueel; zij is het nog steeds – dat blijkt uit constante stroom van rechtspraak[165] en literatuur[166] over het onderwerp.

10.7.2 Toepassing in geval van rechtvaardigingen

De relativiteitseis van artikel 6:163 luidt: 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.' Hierboven is voorgesteld dit vereiste in de context van rechtvaardigingen, dus omgekeerd aan die van de onrechtmatige daad, aldus te formuleren:

> 'De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'[167]

Niet alleen de relativiteitseis zelf kan worden geherformuleerd met het oog op rechtvaardigingen; ook de zojuist besproken correctie-Langemeijer kan op deze wijze worden geherformuleerd. Door de Hoge Raad is de correctie in 2006 zo omschreven

> 'dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wèl bescherming biedt tegen die schade'.[168]

In een situatie waarin een wettelijke norm is overtreden die niet strekt tot bescherming van het geschonden belang, 'kan de wetsovertreding een factor zijn bij het oordeel dat de gedraging onrechtmatig is wegens schending van

---

165 Vaak in de context van overheidsaansprakelijkheid, zie bijv. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40 (*EnergyClaim*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233 (*Schietdrama Alphen*).

166 Zie de recente proefschriften van: Den Hollander, *Relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, p. 154-161 en 312-314, en Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/401-411. Verder het artikel van Verheij, *'Waarom de Hoge Raad in 1958…'*, 2020, p. 3368-3377.

167 Zie par. 10.2.1 (*Strekking van de norm en van de rechtvaardiging*).

168 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.5.

de zorgvuldigheid', zo luidt de correctie.[169] Bij toepassing in geval van een beroep op een rechtvaardiging, zou zij aldus kunnen worden beschreven:

> 'Wanneer de ingeroepen bevoegdheid niet strekt tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden, kan de ingeroepen bevoegdheid een factor zijn bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.'

Zoals de wetsovertreding die op zichzelf niet strekt tot bescherming tegen de geleden schade, 'onder de omstandigheden van het geval (...) bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wèl bescherming biedt tegen die schade',[170] zo kan omgekeerd de ingeroepen bevoegdheid die niet de strekking heeft te beschermen tegen de geleden schade, een factor zijn die bijdraagt aan het oordeel dat geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden en dus niet onrechtmatig is gehandeld.

Over de toepassing van de correctie-Langemeijer is recentelijk kritisch geschreven door Van der Kooij en Verheij. Van der Kooij meent dat de situaties waarin de correctie wordt toegepast 'zich beter laten beschouwen als reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen'.[171] En volgens Verheij vestigt toepassing van de correctie aansprakelijkheid (…) zonder dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan'; volgens hem gaat het bij die toepassing om 'een rechtspolitieke keuze gebaseerd op de wens tot rechtshandhaving'.[172]

Ik deel die kritiek niet. Mijns inziens biedt de correctie-Langemeijer de mogelijkheid om de schending van bepaalde – voor een ander doel geschreven – normen te laten doorklinken in de beoordeling van het gedrag in een bijzondere situatie.[173] Daar kunnen verschillende gronden voor bestaan. Den Hollander schrijft erover:

> 'Allerlei redenen zijn denkbaar waarom de rechter na een ontkennend relativiteitsoordeel ten aanzien van een wettelijke norm met behulp van de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid zou willen aannemen. De rechter kan hiertoe reden zien in de verhouding van partijen of de omstandigheden van het geval. Meer specifiek kan dan worden gedacht aan de aard van de normschending. Zo kan

169 In de verwoording van de correctie door *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/138. Kritisch over het nut van de correctie: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/401-411 en recent Verheij, '*Waarom de Hoge Raad in 1958…*', 2020, p. 3368-3377. Ik deel die kritiek niet, zoals uit het bovenstaande moge blijken.

170 Aldus de formulering van de Hoge Raad zelf, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006: AY9317, *NJ* 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.5. Zie over de correctie ook de annotatie van Vranken bij het arrest onder 16 en 17.

171 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/411, p. 280.

172 Verheij, '*Waarom de Hoge Raad in 1958…*', 2020, p. 3377.

173 In dezelfde zin Hijma, in zijn annotatie bij Duwbak Linda, waar hij ook uitlegt waarom in het Tandarts-arrest anders werd geoordeeld dan in de Duwbakzaak, zie HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), m.nt. J. Hijma onder 9.

> een opzettelijke normschending extra reden zijn om de correctie-Langemeijer in te zetten. Evenals de aard van het geschade belang, waarbij gedifferentieerd zou kunnen worden tussen letsel-, zaaks- en zuivere vermogensschade. (…) Ook het belang van handhaving van de norm als zodanig kan een gezichtspunt zijn, zoals Langemeijer dat belang zelf betrekt in zijn conclusie voor de tandartsenzaak.'[174]

Omgekeerd zal het bij een beroep op een rechtvaardiging vaak gaan om een in principe wenselijk geachte gedraging. De maatschappelijke wenselijkheid daarvan zal kunnen doorklinken in de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging, en wel – anders dan bij de correctie Langemeijer – op een positieve manier.

Van de redenen die Den Hollander noemt zullen juist de verhouding tussen partijen en de aard van de normschending kunnen meebrengen dat de handeling toch niet als onzorgvuldig wordt beoordeeld, terwijl op zichzelf niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste dat voor de ingeroepen rechtvaardiging geldt. Hierboven is al geconcludeerd dat het bij een beroep op rechtvaardigingen vaak gaat om de noodzaak snel op te treden, terwijl die noodsituatie niet door de handelende is veroorzaakt, en er wordt gehandeld in het belang van een ander dan de handelende.[175] Met toepassing van de – zo men wil: omgekeerde – correctie-Langemeijer kan de wenselijkheid van het gedrag van de handelende een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van zijn gedrag – ook als dat niet geheel voldeed aan de daaraan te stellen eisen.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de correctie-Langemeijer werd en wordt toegepast bij de overtreding van wettelijke normen. Alle in dit hoofdstuk behandelde volledige rechtvaardigingen zijn rechtstreeks uit de wet afkomstig, of daarop gebaseerd (noodtoestand). Ook in zoverre is er dus een parallel met de situatie waarop Langemeijer het oog had met zijn correctie.

10.8 Conclusie

Rechtvaardigingen zijn relatief van aard. Ze strekken slechts tot het rechtvaardigen van het toebrengen van schade in bepaalde omstandigheden. Met het aanvoeren van een rechtvaardiging voor een handeling is de rechtmatigheid van die handeling dus niet direct gegeven. Of de handeling de toets van de rechtmatigheid kan doorstaan, hangt er mede vanaf tegen wie de rechtvaardiging wordt ingeroepen, ter rechtvaardiging van welke soort schade, en van de wijze waarop die schade is toegebracht. Wanneer de handeling die toets niet volledig doorstaat, zal bij het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel de maatschappelijke wenselijkheid van de handeling kunnen worden betrokken.

---

174 Den Hollander, *Relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, p. 158-159.

175 Zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*).

DEEL V

Rechtsgevolgen

11 Invloed op oordeel handeling

11.1 Een argumentatiemodel

11.1.1 Naar een praktische benadering

In hoofdstuk 8 is besproken wat de functies van regels en hun uitzonderingen zijn, met name in verband met geschillenbeslechting. Daar is stilgestaan bij het theoretisch belang van het onderscheid tussen de analytische en synthetiserende benadering van regels en uitzonderingen.

In aansluiting hierop wordt nu bezien hoe regels en uitzonderingen praktisch functioneren, op welke wijze zij in het juridisch debat op elkaar inwerken. Hóe ontneemt de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter aan een daad? Daarmee kom ik terug op de behandeling van de vraag, gesteld in de inleiding van het achtste hoofdstuk, en resonerend door het hele onderzoek: 'Wat is precies de rol van de rechtvaardigingsgrond bij de vorming van het oordeel over een mogelijke normschending?.' De vraag is waarschijnlijk gemakkelijker te beantwoorden, wanneer men aan de hand van een model zou kunnen beschrijven hoe het proces van argumenteren, en uiteindelijk oordelen, precies verloopt.

11.1.2 Een 'nieuwe logische theorie van regeltoepassing'?, Hart en Toulmin

Door Verheij, Hage en Van Maanen is een theorie opgesteld voor het toepassen van regels. Zij verwerpen de klassieke, syllogistische benadering. Hiervoor in de plaats stellen zij een 'nieuwe logische theorie van regeltoepassing'. Zij vatten deze in zeven voorwaarden samen:

'– Een regel is niet van toepassing als zich een uitzondering op de regel voordoet.
– Een regel is wel van toepassing als aan de regelvoorwaarden voldaan is en zich geen uitzondering op de regel voordoet.
– Als een regel van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, een reden voor het gevolg van de regel.
– Als een regel niet van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, geen reden voor het gevolg van de regel.
– Als er alleen redenen voor een bepaald rechtsgevolg zijn en geen redenen tegen, dan treedt het gevolg in.

- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg niet zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan volgt het gevolg niet.'[1]

Met deze theorie beogen de schrijvers '*expliciet* te maken, hoe regeltoepassing in de juridische praktijk al *impliciet* gebeurt'.[2]

Deze theorie laat zien dat een logische relatie bestaat tussen regel, uitzondering en gevolg. Het gevolg vloeit voort uit de regel, tenzij een uitzondering aanwezig is. Daarnaast zijn er redenen waardoor het gevolg uitblijft, hoewel de regel van toepassing is.

De theorie maakt niet duidelijk welke uitzonderingen een regel buiten werking kunnen stellen en waarom. Zij zegt, met andere woorden, niets over de *kracht* van regels en hun uitzonderingen. Terwijl juist in de kracht waarmee regel en uitzondering op elkaar inwerken, de verklaring schuilt waarom het rechtsgevolg intreedt, of niet.

Dat laatste is al zo'n vijftig jaar eerder ingezien door Hart. In zijn essay The Ascription of Responsibility and Rights beschrijft hij het 'defeasible character of legal concepts',[3] en de werking van de uitzondering ('what can follow on the word "unless"').[4] Loth vat het betoog van Hart over 'de toepasselijkheidsvoorwaarden van een juridische term' in dit verband als volgt samen:

> 'Die toepasselijkheidsvoorwaarden zijn verdeeld over positieve en negatieve condities (excepties). De satisfactie van de positieve condities, te stellen en bewijzen door partij A, rechtvaardigt de *prima facie*-claim dat de uitdrukking van toepassing is. Die claim wordt echter vernietigd zodra een of meer excepties is vervuld, te stellen en bewijzen door partij B, zodat de uitdrukking *alles welbeschouwd* niet van toepassing is.'[5]

Hart beschrijft dat niet alle excepties daarbij een even sterk effect op de claim hebben:

> 'Most of these defences are of general application (…). Some of them (…) destroy altogether the claim (…), others (…) have a weaker effect.'[6]

---

1 Verheij, Hage en Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 101.
2 Verheij, Hage en Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 101, cursivering in origineel.
3 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 154. Oorspronkelijk uitgebracht in 1948/49 in The Proceedings of the Aristotelian Society, Vol. 49, OUP 1948-1949, p. 171-194; in 1951 opgenomen in de bundel Logic and Language. Hier wordt geciteerd uit de vijfde druk daarvan, 1963.
4 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148.
5 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 16. Cursiveringen in origineel.
6 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 149.

Tien jaar na Hart waagde Toulmin zich aan een verklaring van de werking van die verschillende verweren tegen een claim. Hij ontwikkelde een model dat aangeeft hoe regels worden gebruikt in debatten, wat daarbij de plaats is van voorbehouden en uitzonderingen op die regels, en wat de kracht is waarmee alle factoren inwerken op de uiteindelijke conclusie.[7] Zijn model kan hulp bieden bij de beantwoording van de vraag welke rol de rechtvaardiging speelt bij het oordeel over een beweerde normschending.

11.1.3 Twee wijzen van argumenteren

Toulmin onderscheidt twee, functioneel verschillende, manieren van betogen: een theoretisch/formele en een praktisch/inhoudelijke. Deze noemt hij respectievelijk 'theoretical and practical arguments'. Het verschil is dit: 'Theoretical arguments are chains of proof, whereas practical arguments are methods for resolving problems.'[8] Het redeneerpatroon als bewijsketen of als methode van probleemoplossing.

In de eerste – de bewijsketen – is de syllogistische redeneerwijze te herkennen. Een algemene regel leidt, voor dit speciale geval, tot een dwingende conclusie:

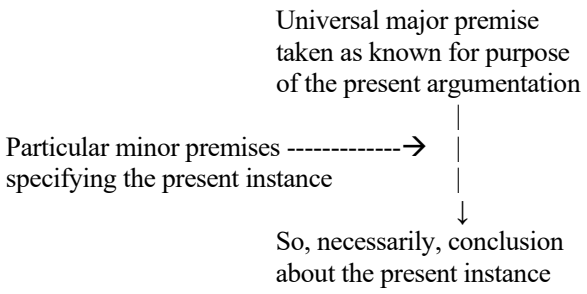
> 'In the first, formal sense, an *argument* is a "chain" of propositions, linked up so as to *guarantee* its conclusion. (...) Theoretical arguments are structured in ways that free them from any dependence on the circumstances of their presentation and ensure them a *validity* of a kind that is not affected by the practical context of use. In formal arguments particular conclusions are deduced from (...) the initial axioms or universal principals that are the apex of the argument. So the truth or certainty that attaches to those axioms *flows downward* to the specific instances to be "proved".'[9]

7 In: *The Uses of Argument*, Cambridge 1958. Inmiddels is een bijgewerkte editie van het werk verschenen: *The Uses of Argument. Updated Edition*, Cambridge University Press 2012 (online). Op de punten die hierna worden behandeld, is deze laatste versie niet gewijzigd. Daarom wordt het boek uit 1958 aangehaald.

8 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.

9 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.

Schematisch ziet het er, in de woorden van Toulmin (en Jonsen) zo uit:[10]

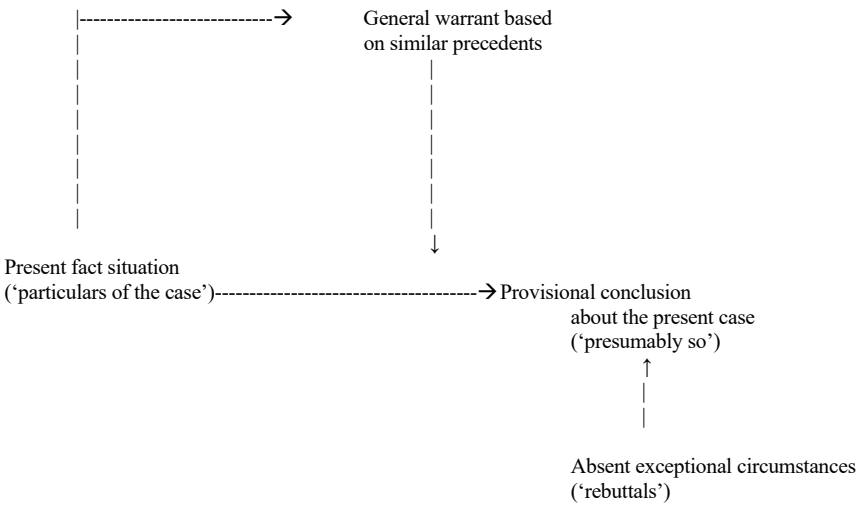


De tweede wijze van redeneren (methode van probleem oplossen) verloopt volgens een geheel ander patroon. Voor de oplossing in dit speciale geval wordt gezocht naar een vergelijkbaar, reeds beslist geval. Dat leidt tot een voorlopige conclusie voor het te beoordelen geval. Van de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden (afwijkingen, uitzonderingen) hangt of dit oordeel vervolgens ook het definitieve is:

> 'In the second, substantive sense, an *argument* is a network of considerations, presented so as to *resolve* a practical quandary. (...) Instead of aiming at strict entailments, they draw on the outcomes of previous experience, carrying over the procedures used to resolve earlier problems and reapplying them in new problematic situations. (...) So, in practical arguments, the truths and certitudes established in the precedent cases *pass sideways*, so as to provide "resolutions" of later problems.'[11]

10 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.
11 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34-35.

Schematisch weergegeven verloopt zo'n betoog als volgt:[12]



11.1.4 Het model van Toulmin: aard van de methode

Uit het bovenstaande blijkt dat het model van Toulmin een heuristische methode biedt. Het geeft weer hoe oplossingen gevonden worden; niet hoe oplossingen gerechtvaardigd worden. Wie het model voor dat laatste hoopt te kunnen gebruiken, wordt teleurgesteld.[13]

Verder: het model geeft weer hoe het debat in een juridische procedure praktisch verloopt. Het is dus geen 'ideaalmodel' en geeft ook geen 'gedragscode voor redelijke discussianten'.[14] Maar voor het onderzoek naar het functioneren van regels en uitzonderingen in een juridisch debat biedt het model verhelderende inzichten.[15]

---

12 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 35.

13 Zo bijv.: Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994. Het boek draagt als ondertitel: 'Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van beslissingen'. Het model van Toulmin beschrijft hoe de besluitvorming werkt, maar geeft geen legitimatie van beslissingen.

14 Een dergelijk ideaalmodel is bijvoorbeeld opgesteld door: F.H. van Eemeren en R. Grootendorst, *Regels voor redelijke discussies*, diss. Amsterdam (UvA), 1982. Een samenvatting hiervan is te vinden bij Feteris, *Redelijke idealen in juridische discussies, in: Het redelijk debat* (1993), p. 110-123.

15 Voor een bespreking van de bruikbaarheid van het model: Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1983), p. 121-123. En: J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Band I), p. 46 e.v. Een analyse en verdediging van het model (vooral op het punt van de

11.1.5 De elementen van het model: feit, grond en claim

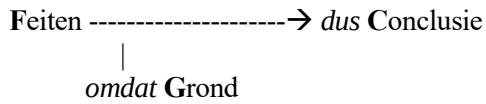
De basis van het model van Toulmin bestaat uit drie onderdelen.

Allereerst is er een 'claim': 'the conclusion whose merits we are seeking to establish'.[16] Deze wordt hier verder aangeduid als *claim* of *conclusie* (**C**).

Verder zijn er uiteraard 'data': 'facts we appeal to as a foundation for the claim'.[17] In een juridische procedure noemen we deze gegevens: de *feiten* (**F**).

Om de sprong van de feiten naar de conclusie te maken is het onvoldoende om extra feiten aan te dragen; daarvoor zijn proposities van een andere aard nodig. Toulmin noemt deze 'warrants': 'general, hypothetical statements, which can act as bridges and authorise the sort of step to which our particular argument commits us'.[18] Als vertaling dient hier: rechtsgronden, kortweg: *gronden* (**G**).[19]

Ieder argumentatiemodel bevat een claim of conclusie en een aantal gegevens die uiteindelijk tot die conclusie moeten leiden. Daarnaast moet het de rechtvaardiging van de stap van de aangedragen gegevens naar de beoogde conclusie omvatten. In dit opzicht verschilt het model van Toulmin niet van het door hem bestreden klassieke syllogisme. De basis van het model kan als volgt worden weergegeven:



11.1.6 Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduider

Toulmin onderscheidt van de 'warrant' (grond) nog de 'backing'. Deze laatste, de *ondersteuning* (**O**) van de aangevoerde grond, bepaalt voor een belangrijk deel de aanvechtbaarheid van deze grond en dus van de houdbaarheid van

---

hierna te bespreken *rebuttal*) is te vinden bij: Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments* 1991.

16 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 97.

17 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 97.

18 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 98.

19 Feteris vertaalt met: 'rechtvaardiging', *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994, p. 36. Deze term wordt hier niet gebruikt. Ten eerste om verwarring met het begrip rechtvaardigingsgronden te voorkomen. Maar bovendien lijkt het begrip rechtvaardiging mij te veelomvattend als vertaling voor *warrant*. Zoals we straks zullen zien, wordt aan de *warrant* nog een *backing* (ondersteuning van de *warrant*) toegevoegd. Deze twee *samen* vormen de rechtvaardiging van de stap van gegevens naar conclusie.

de conclusie; dat wil zeggen: de toewijsbaarheid van de claim. De ondersteuning wordt door Toulmin met omtrekkende bewegingen omschreven:

> 'Standing behind our warrants (...) there will normally be other assurances, without which the warrants themselves would possess neither authority nor currency – these other things we may refer to as the *backing* of the warrants.'[20]

Zoals een grond kan worden bekrachtigd door de ondersteuning, zo kan de grond ook worden ontkracht. Immers: niet iedere aangevoerde grond of regel kan in iedere situatie probleemloos worden toegepast. Regels hebben een bepaald beschermingsbereik, kennen uitzonderingen, of gelden slechts onder bijzondere voorwaarden. In het model van Toulmin heten deze omstandigheden 'rebuttals':

> 'conditions of rebuttal, indicating circumstances in which the general authority of the warrant would have to be set aside'.[21]

Zij kunnen worden vertaald als *weerleggingen* (**W**) van de regel of zijn gevolg. Tegen een actie uit onrechtmatige daad kunnen als weerlegging dienen alle mogelijk te voeren verweren van de gedaagde. Aan het begin van deze studie zijn daarvan enkele voorbeelden gegeven: het beroep op onbevoegdheid van de rechter, niet ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering, verjaring van de vordering, rechtsverwerking door de eiser.[22] Voor het in deze studie te onderzoeken onderwerp is uiteraard een speciaal type weerlegging van belang. Het is de weerlegging die zich richt tegen de kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig': de rechtvaardiging.

Ten slotte: het volledige model van Toulmin gaat verder dan het syllogisme, omdat het tot uitdrukking brengt dat er verschillende soorten gronden bestaan, die met verschillende kracht een conclusie (claim) kunnen ondersteunen. Sommige gronden maken de claim ondubbelzinnig toewijsbaar, gegeven de aangevoerde feiten. Deze gronden kwalificeren de conclusie als 'noodzakelijk'. Andere staan alleen een voorlopige stap van feiten naar conclusie toe. De claim is dan slechts onder bepaalde voorwaarden, of behoudens uitzonderingen, toewijsbaar. Hierbij passen voor de conclusie kwalificaties als 'vermoedelijk, waarschijnlijk'.[23]

Daarom moet in het model worden opgenomen een verwijzing naar de kracht waarmee de gegevens krachtens deze rechtsgrond tot de conclusie

20 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 103.
21 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 101.
22 In hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), vgl. par. 1.2.5 (*De contouren komen in zicht*).
23 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 100.

leiden. Toulmin noemt dat de 'qualifier', hier vertaald als: *krachtaanduider* (**K**).[24] Hij plaatst deze direct naast de conclusie, omdat de krachtaanduider de conclusie rechtstreeks beïnvloedt.[25]

Voor het model van Toulmin is het bovenstaande als volgt samen te vatten. De conclusie volgt logisch uit de aangevoerde grond. De grond is op zichzelf (wanneer hij althans voldoende ondersteuning heeft) dwingend voor de conclusie. De conclusie is alleen aan te tasten door de weerlegging. Deze is in het model geplaatst onder de krachtaanduider. De weerlegging heeft immers een direct effect op de kracht waarmee de gekozen rechtsgrond tot de beoogde conclusie leidt.

Het volledige model van Toulmin ziet er zo uit:[26]

Feiten ----------→ *dus* **K**rachtaanduider, **C**onclusie
| |
omdat *tenzij*
Grond **W**eerlegging
|
wegens
Ondersteuning

11.1.7 Verfijning van het model: de contraweerlegging

De kracht waarmee de aangevoerde grond leidt tot een bepaalde conclusie kan veranderen door de aanwezigheid van een weerlegging. Maar die weerlegging is geen absoluut gegeven. Keren we nog eenmaal terug naar de in deze studie al vaker geciteerde beschrijving door Eggens van het zoeken naar een juridische oplossing:

> 'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op

24 *Qualifier* wordt ook wel vertaald als 'modale term', zie bijvoorbeeld: Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994, p. 37. Dat lijkt me een onnodig vage vertaling, omdat Toulmins *qualifier* staat voor 'the force which the warrants lends to a conclusion' (*The Uses of Argument* 1958, p. 106). Krachtaanduider is overigens een niet ongebruikelijke vertaling, zie bijvoorbeeld: Schellens en Verhoeven, *Argument en tegenargument*, p. 27, die de term omschrijven als de 'bepaling die aangeeft in welke mate de conclusie waarschijnlijk is of wat de kracht is van het uitgesproken standpunt'. P.J. Schellens en G. Verhoeven, m.m.v. P. van den Hoven & A. Rube, *Argument en tegenargument. Een inleiding in de analyse en beoordeling van betogende teksten*, Groningen: Martinus Nijhoff, 1994.

25 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 101.

26 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 103.

> het feit dat deze handeling gepleegd werd door een soldaat op wacht of een politieagent in achtervolging (en nadat eventueel andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijkende omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.'[27]

Tegen de weerlegging dat sprake is van een rechtvaardiging kan een nieuwe weerlegging worden aangevoerd. Om bij de casus van Eggens te blijven: tegen de weerlegging dat sprake is van ambtelijk bevel kan bij voorbeeld worden ingebracht dat bij de uitvoering van het ambtelijk bevel disproportionele schade is toegebracht.

Deze verfijning binnen het model van Toulmin wordt door Freeman aangeduid als de 'counterrebuttal'.[28] Ik vertaal het begrip met: de *contraweerlegging* (**cW**). Daarnaast – en dat blijkt niet expliciet uit het model – moet ook de weerlegging voldoende ondersteund worden. Alleen als aan alle voorwaarden voor het ambtelijk bevel is voldaan, kan deze rechtvaardiging als weerlegging dienen.

Het wordt tijd alle elementen in het model van een voorbeeld te voorzien en toe te passen in een juridisch kader.

11.1.8 Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers

Uitgangspunt is een eenvoudige casus. De *feiten* zijn deze: B rijdt met zijn fiets tegen het tuinhek van eigenaar A; het hekje raakt ernstig beschadigd. Met zijn handeling pleegt B een onrechtmatige daad jegens A. Dat is anders, wanneer B een goede reden voor zijn manoeuvre heeft. Die reden moet door B worden aangevoerd.[29]

Voor de hier te bereiken *conclusie* (de handeling is onrechtmatig) kan A als rechts*grond* aanvoeren dat het beschadigen van zijn tuinhek een inbreuk op zijn eigendomsrecht betekent. Deze grond moet worden ondersteund. Ter *ondersteuning* moet A aanvoeren: 1. dat hij rechthebbende is op het hek (met andere woorden: dat hij het eigendomsrecht heeft);[30] 2. dat inbreuk op dat recht is gemaakt. Zo'n inbreuk is aanwezig, wanneer sprake is van een handeling (a) waartoe de rechthebbende exclusief bevoegd is, of (b) die de rechthebbende belemmert in zijn beschikkings- of genotsrechten.[31]

---

27 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

28 Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments* 1991, p. 161-165.

29 Vgl. wat daarover hierboven is gesteld naar aanleiding van de domeinen der partijen bij het bewijs van regel en uitzondering. Zie paragraaf 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie: de domeinen der partijen*).

30 Vgl. *Asser-Hartkamp III* 1986/35.

31 *Asser-Hartkamp III* 1986/36 en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/47, onderscheiden naast deze eerste groep inbreuken nog een andere: deze groep betreft 'handelingen die de fysieke aantasting

In het geval van het beschadigen van een tuinhek is sprake van een eigendomsrecht van A, waarop een inbreuk is gepleegd, omdat alleen de eigenaar bevoegd is de zaak te beschadigen (vgl. a). Bovendien kan A nu niet meer volledig over de zaak beschikken of ervan genieten. Dus A wordt door de handeling van B gestoord in zijn beschikkings- en genotsrechten (vgl. b). De rechtsgrond 'inbreuk op een subjectief recht' wordt hier dan ook voldoende ondersteund.

Over het gevolg van de aanwezigheid van een rechtsinbreuk voor de conclusie over de rechtmatigheid van de daad zegt de Toelichting Meijers dit:

> 'Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is (...) de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.'[32]

Dat betekent dat de aanwezigheid van de rechtsgrond 'inbreuk op een subjectief recht' dwingend leidt tot de conclusie dat de daad onrechtmatig is. Als *krachtaanduider* geldt hier dus: noodzakelijk. Een bewezen rechtsinbreuk leidt noodzakelijk tot de conclusie dat de daad onrechtmatig is.

Deze conclusie kan veranderen, wanneer een toereikende *weerlegging* door B wordt aangevoerd. In de zojuist geciteerde passage uit de Parlementaire Geschiedenis staat op de plaats van de tweede reeks puntjes de tussenzin:

> 'behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'.[33]

Als B bijvoorbeeld kan aantonen dat hij moest uitwijken voor een kind dat plotseling de straat overstak, zal de conclusie niet meer luiden dat de daad onrechtmatig is. De weerlegging verandert de krachtaanduider van 'noodzakelijk' in: 'niet'.

Ten slotte: de weerlegging door B kan worden ontzenuwd door een nieuwe weerlegging, die van de kant van A zal moeten komen. A kan bijvoorbeeld stellen en bewijzen dat B weliswaar moest uitwijken, maar dat B voorafgaand aan zijn manoeuvre veel te hard reed. Wanneer B met normale snelheid zou hebben gereden, zou hij nog ruim op tijd hebben kunnen remmen en niet A's tuinhek hebben hoeven rammen. In dat geval zal de krachtaanduider door de weerlegging van de weerlegging – de contraweerlegging – opnieuw veranderen, ditmaal ten gunste van A, die tot de conclusie wenst te komen dat B's daad onrechtmatig is.

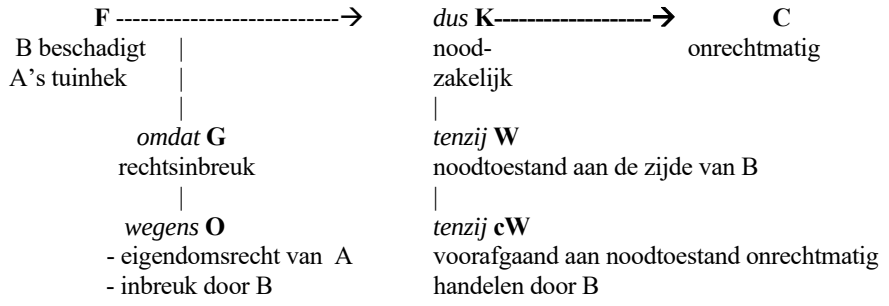
---

van het voorwerp van het recht tot gevolg hebben' (zoals letsel of zaaksbeschadiging). Maar die onderscheiding in tweeën wordt door hen niet als zinvol beschouwd: 'Het inbreukcriterium dient in beginsel gereserveerd te worden voor de eerste groep handelingen'.

32 TM op artikel 6.3.1.1 (6:162), *Parl Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

33 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

In het schema van Toulmin is dit voorbeeld aldus weer te geven:



11.1.9 Tot slot

Met het model van Toulmin zijn de verschillende elementen die een rol spelen in de oordeelsvorming over een bepaalde claim beschreven. In de nu volgende paragraaf worden de onderscheiden elementen nader bezien, en met elkaar in verband gebracht.

11.2 Nadere beschouwing

11.2.1 De samenhang tussen grond en ondersteuning

Zoals hierboven bleek, kan de sprong van feiten naar conclusie worden gemaakt, omdat de voor de conclusie aangevoerde (rechts)*grond* een brug tussen beide slaat. In het geval van een actie uit onrechtmatige daad, zal deze grond de onrechtmatigheidscategorie zijn, waarop de eiser zijn vordering baseert. Maar deze grond moet op zijn beurt worden ondersteund; de enkele *verwijzing* naar de gekozen onrechtmatigheidscategorie schiet tekort. De eiser zal duidelijk moeten maken *waarom* het in casu gerechtvaardigd is de vordering op deze grond te baseren. En daarvoor zal van belang zijn welke onrechtmatigheidscategorie hij heeft gekozen. Hiermee komen we op het verband tussen de grond en zijn ondersteuning.

We keren terug naar het model met een voorbeeld van Toulmin. De stap van het feit dat Harry geboren is in Bermuda naar de conclusie dat Harry Brits onderdaan is, wordt gebaseerd op de grond: 'Wie geboren is in Bermuda zal in het algemeen Brits onderdaan zijn.' Welke ondersteuning noodzakelijk is

voor deze bewering, hangt af van de gekozen grond. Toulmin geeft het voorbeeld van drie soortgelijke gronden:

> 'A Bermudan will be a Briton' (...); 'A whale will be a mammal' (...); 'A Saudi Arabian will be a Muslim.'

Ook al zijn de uitspraken qua vorm identiek, ze behoeven alledrie een andere ondersteuning. De benodigde ondersteuning is, als gezegd, afhankelijk van het karakter van de bewering. En in *dat* opzicht verschillen de gronden; ze beogen alle iets anders te zeggen. Toulmin geeft aan hoe ze te lezen zijn:

> 'A Bermudan will be (*in the eyes of the law*) a Briton'(...); 'A Saudi Arabian will be (*found to be*) a Muslim'(...); 'A whale will be (i.e. *is classifiable as*) a mammal.'

De genoemde gronden kunnen worden ondersteund door achtereenvolgens een beroep op de wet die de nationaliteit regelt van inwoners van Britse overzeese gebiedsdelen, statistieken met betrekking tot de verspreiding van religie over verschillende landen en een systeem van classificatie van zoogdieren.[34]

Ook de ondersteuning van de grond van een onrechtmatige daadsactie verschilt met het karakter van de gekozen grond. Dat hangt samen met de specifieke toepassingsproblemen van de verschillende categorieën, zoals die hierboven zijn besproken.[35] Wie de stelling dat zijn wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld jegens hem, grondt op de bewering dat de wederpartij een rechtsinbreuk heeft gepleegd, moet ter ondersteuning aantonen dat dit bijzondere geval onder de algemene categorie rechtsinbreuk kan worden gebracht. In elk geval zal hij moeten stellen: 1. dat hijzelf subjectief gerechtigde is en 2. waaruit de inbreuk op het recht in casu bestaat. Wanneer is gekozen voor de grond dat hier onzorgvuldig is gehandeld, is een geheel andere ondersteuning noodzakelijk. In dat geval moet de eiser aangeven waarom gedaagde anders handelde dan in casu van hem mocht worden geëist, waarbij in principe alle relevante omstandigheden aan de orde kunnen komen.

Het belang van het verband tussen de gekozen rechtsgrond en zijn ondersteuning blijkt wanneer we een praktijkcasus tegen het licht houden. Gekozen is voor de zaak van de gemeente Breda en Nijs, die tot de klassiekers van het aansprakelijkheidsrecht behoort,[36] De zaak wordt wel beschouwd als toepassing van de leer-Smits door de Hoge Raad. Maar aan de hand van het model van Toulmin is te verdedigen dat ook een andere zienswijze mogelijk is. Daarom is de zaak interessant voor het betoog.

Eerst de feiten van de zaak. Nijs is eigenaar van een pand in Breda. Het pand is gekraakt. De krakers verzoeken de gemeente gas, water en licht te

34 De voorbeelden zijn te vinden op p. 104 van *The Uses of Argument*.
35 In par. 8.5 (*Naar een beter begrip van het probleem. Recht vinden*) e.v.
36 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*).

leveren. Het verzoek wordt ingewilligd. En Nijs meent dat de gemeente door de leidingen in zijn huis te (blijven) gebruiken voor de levering van het gas etc., inbreuk pleegt op het eigendomsrecht van zijn leidingen.

In deze casus is sprake van een door Nijs gestelde rechtsinbreuk. Nijs wordt in deze stelling gevolgd door rechtbank en hof.[37] Door de Hoge Raad wordt echter getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm:

> 'Niet elk gebruik – in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt – dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde.'[38]

Getoetst wordt dus, ondanks de gestelde rechtsinbreuk, aan het zorgvuldigheidscriterium. Daarom wordt vrij algemeen naar dit arrest gewezen als het bewijs voor de stelling dat de Hoge Raad de leer van Smits aanhangt.[39] Maar, als gezegd: een andere zienswijze is mogelijk. Het model van Toulmin biedt daarvoor een verklaring.

Als rechtsgrond (G) voor het beweerde onrechtmatige handelen door de gemeente stelt Nijs dat de gemeente inbreuk op zijn eigendomsrecht heeft gepleegd. De ondersteuning (O) van deze grond is echter zeer mager. Nijs kan slechts aanvoeren dat hij eigenaar van de leidingen is en dat de gemeente deze zonder zijn toestemming gebruikt.[40] Dat is niet veel om de kwalificatie 'rechtsinbreuk' te rechtvaardigen, want, zoals de Hoge Raad (r.o. 2) het uitdrukt:

> 'Niet elk gebruik (...) dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd.'

Vereist is dat met het gebruik een *inbreuk* wordt gepleegd op het recht van Nijs. In de bespreking van de eenvoudige casus van B die het tuinhekje van A beschadigt,[41] is aangegeven op welke wijze deze rechtsgrond moet worden

37 De Hoge Raad zegt in het arrest niet dat hier sprake is van een rechtsinbreuk.

38 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2.

39 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.1, p. 100; Hijma, *annotatie bij Geerts/Ten Dam*, *AA* 1991, p. 342, voetnoot 14.

40 Voor rechtbank en hof was dat overigens voldoende om het handelen van de gemeente als rechtsinbreuk te kwalificeren, zie r.o. 14 van de rechtbank en r.o. 30 van het hof, waarvan ik de laatste citeer: 'dat van inbreuk door de gemeente op het eigendomsrecht van Nijs sprake is geweest, omdat de gemeente tegen de uitdrukkelijk haar kenbaar gemaakte wil van Nijs (*aan derden, toevoeging MF*) energie heeft geleverd met gebruikmaking van diens leidingennet'.

41 Vgl. par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

ondersteund: Nijs moet aantonen welk subjectief recht hij op de leidingen heeft, en op welke wijze de gemeente inbreuk op dat recht maakt.[42]

En op het punt van de onderbouwing van de door hem gestelde inbreuk heeft Nijs een probleem. De gemeente verricht niet een handeling waartoe Nijs bij uitsluiting bevoegd is; de gemeente heeft juist zélf de exclusieve mogelijkheid de leidingen te gebruiken.[43] En de gemeente stoort Nijs ook niet in zijn beschikkings- of gebruiksrechten van de leidingen – er vindt geen beschadiging van de leidingen plaats en Nijs wordt niet gehinderd in zijn gebruik van de leidingen; als gezegd heeft juist niet Nijs, maar alleen de gemeente de mogelijkheid deze te gebruiken. Het gebruik waarin Nijs zich gestoord voelt, wordt gepleegd door de krakers. Aldus ook Streefkerk:

> 'Het echte "gebruik" van de leidingen – in de zin van inbreukmakend gebruik – vindt dan ook slechts plaats door de bewoners (krakers) die door middel van de leidingen gas, water en electra afnemen van het nutsbedrijf. Alleen de krakers eigenen zich een stukje van Nijs' eigendomsbevoegdheid toe, maar niet het nutsbedrijf. Hier is dan ook zelfs geen sprake van een "kale" inbreuk (…) door de gemeente op het recht van Nijs.'[44]

Kortom: wat Nijs aandraagt ter staving van zijn stelling dat hier sprake is van een rechtsinbreuk, is een te zwakke ondersteuning van de grond rechtsinbreuk, om te kunnen komen tot de conclusie dat hier onrechtmatig jegens Nijs is gehandeld. En dat betekent dat de mate waarin déze grondslag dwingt tot de conclusie dat onrechtmatig is gehandeld, gering is. Het wekt dan ook geen verbazing dat de Hoge Raad een ontkennend antwoord geeft op de vraag

> 'of het Hof terecht heeft aangenomen dat het enkele bovenomschreven gebruik dat de gemeente bij de voortzetting van de levering van energie (...) tegen de haar kenbaar gemaakte wil van Nijs heeft gemaakt van de aan Nijs toebehorende leidingen, reeds een onrechtmatige daad van de gemeente jegens Nijs opleverde'.[45]

In de termen van het model van Toulmin: voor de conclusie 'de gemeente heeft onrechtmatig gehandeld jegens Nijs' staat, gezien de voor deze conclusie aangevoerde grond, een lage krachtaanduider.

---

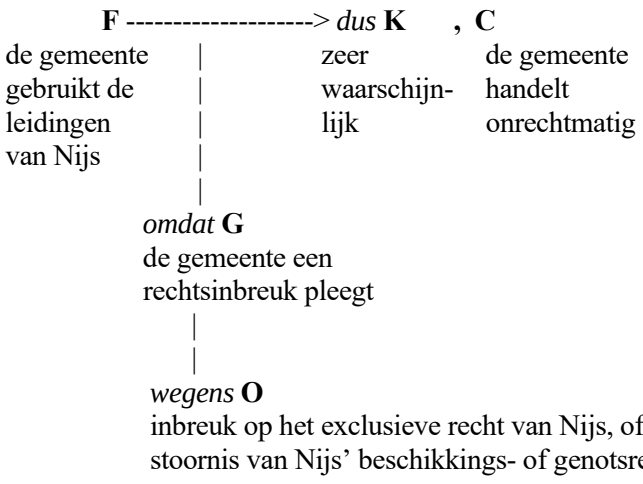
42 Vgl. nogmaals *Asser-Hartkamp III* 1986/35-36 en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/46-47.

43 Zie HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*), overwegingen hof, r.o. 11.1.

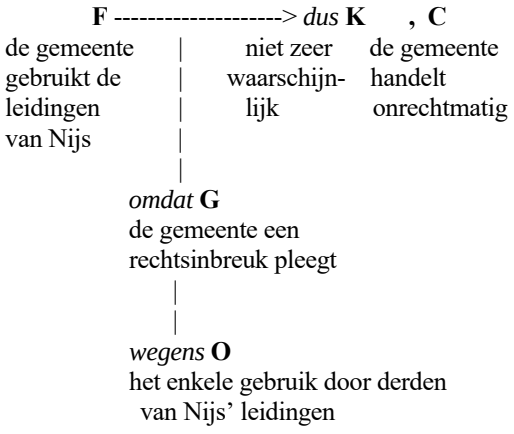
44 Streefkerk, *De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p. 78.

45 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2, begin.

De casus van Nijs en Breda is aldus weer te geven. Wat Nijs moet aantonen is dit:



Maar Nijs komt niet verder dan deze ondersteuning



Deze ondersteuning van de rechtsinbreuk is te zwak. Daarom kan de aangevoerde grond (rechtsinbreuk) de beoogde conclusie niet dragen. De kracht-

aanduider voor de conclusie verandert van: 'zeer waarschijnlijk' in: 'niet zeer waarschijnlijk'.

Omdat de gekozen rechtsgrond niet toereikend is, moet worden teruggevallen op een andere, algemenere rechtsgrond: de zorgvuldigheidsnorm. Niet omdat de rechtsinbreuk als zelfstandige categorie heeft afgedaan, maar omdat wat *in casu* voor de inbreuk is aangevoerd, onvoldoende is om de conclusie te dragen dat onrechtmatig is gehandeld.[46]

Het arrest dwingt derhalve niet tot het aanvaarden van de leer Smits;[47] het toont alleen aan dat niet iedere beweerde rechtsinbreuk leidt tot de slotsom dat sprake is van een onrechtmatige daad. In dit geval betekent dit dat een beroep moet worden gedaan op een andere aansprakelijkheidsgrond om tot de beoogde conclusie te komen. Vergelijk de Hoge Raad:

> 'Of het *onderhavige* gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk (bedoeld is: inbreuk op het eigendomsrecht van Nijs, toevoeging MF) opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde' (cursivering toegevoegd, MF).[48]

Hetgeen Nijs aanvoert ten bewijze van zijn stelling dat hier onrechtmatig is gehandeld, moet worden afgewogen tegen de redenen die de gemeente geeft voor haar handelen.

11.2.2 De samenhang tussen grond en weerlegging

11.2.2.1 Inleiding

Een zwakke ondersteuning van de grond waarop de eiser zich baseert zal, zo bleek in de vorige paragraaf, nadelige gevolgen hebben voor de toewijsbaarheid van de vordering van de eiser. Een sterke weerlegging door de gedaagde heeft hetzelfde effect. De *rebuttal* is hierboven omschreven als een rechtstreekse aanval op de *warrant*:

> 'conditions of rebuttal, indicating circumstances in which the general authority of the warrant would have to be set aside'.[49]

---

46 Tot diezelfde conclusie komt Streefkerk in: *De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p 78.

47 In dezelfde zin reeds Brunner in zijn annotatie bij het arrest, HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*) op p. 1166.

48 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2.

49 Toulmin, *Uses of Argument* (1958), p. 101. Vgl. ook par. 11.1.6 (*Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduider*).

Deze definitie doet uitkomen dat een directe koppeling bestaat tussen enerzijds de rechtsgrond en anderzijds de mogelijk succesvolle verweren. Het lijkt mij het belangrijkste bezwaar tegen de in hoofdstuk 8 beschreven multifactor-benadering: de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel *is* niet een optellen van omstandigheden aan de kant van beide partijen. De kans van slagen van het verweer en ook de keuzemogelijkheden voor een bepaald verweer van de gedaagde zijn namelijk afhankelijk van de rechtsgrond waarop de eiser zijn vordering baseert.[50] Deze bepaalt welke weerleggingen succesvol zullen kunnen zijn.

De samenhang tussen grond en weerlegging wordt nu kort uitgewerkt voor verschillende typen weerleggingen: rechtvaardiging, kenbaarheid en relativiteit.

11.2.2.2 Grond en rechtvaardiging

Wanneer een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden, betrokken is bij een ongeval waardoor schade wordt toegebracht,[51] is de eigenaar – of als er een houder is, de houder – verplicht die schade te vergoeden. Alleen de eigenaar die rechtens geen enkel verwijt treft, ontkomt aan die consequentie, zo bepaalt artikel 185 WVW. De rechtsgrond waarop de schadevergoedingsvordering gebaseerd is (artikel 185 WVW) kanaliseert dus de mogelijkheden van de verweerder om te ontkomen aan het slagen van de schadevergoedingsclaim.

Hetzelfde geldt in het geval van de aansprakelijkheid van de werkgever. Wie wordt geconfronteerd met een op artikel 7:658 gebaseerde claim, zal zich niet kunnen verweren met de stelling dat de toedracht of oorzaak van het ongeval niet is bewezen, of dat de schade hem niet toe te rekenen is. Als de eiser in een 658-procedure stelt, en zo nodig bewijst, dat hij schade heeft geleden in de uitvoering van zijn werkzaamheden, is de gedaagde werkgever aansprakelijk, tenzij deze kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

De keus voor de grond van 7:658 bepaalt dwingend welke verweren nog gevoerd kunnen worden.[52] Dat geldt ook voor andere in het Burgerlijk Wetboek geregelde aansprakelijkheden, die als grond voor een bepaald claim worden aangevoerd. Zoals de aansprakelijkheid van ouders voor een handeling van hun kind,[53] bezitters van een opstal of dier voor schade aan derden,[54]

---

50 Zie daarover ook par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

51 Aan niet door dat motorrijtuig vervoerde personen of zaken.

52 Een 'gewoon' eigen schuld-verweer (buiten opzet en bewuste roekeloosheid) zal bijvoorbeeld niet kunnen worden gevoerd.

53 Artikel 6:169 geeft de ouders slechts in bepaalde gevallen een disculpatiemogelijkheid, afhankelijk van de leeftijd van het kind, zie lid 2.

54 Zie resp. artikel 6:174 en 6:179, die beide een specifiek geformuleerde tenzij-clausule bevatten.

de producent voor schadelijke gevolgen van zijn product.[55] Tegen sommige aansprakelijkheden zijn zelfs in het geheel geen verweren toegelaten, zoals tegen het folterverbod van artikel 3 EVRM.

Nog op een andere wijze is de rechtsgrond – of de aard ervan – bepalend voor de kans op succes van de weerlegging. Wanneer een verkeers- of veiligheidsnorm wordt overtreden, is die enkele overtreding vaak bepalend voor het onrechtmatigheidsoordeel.[56] Anders gezegd: de verweermogelijkheden zijn geringer dan wanneer het andere normen betreft.

En voor de inbreuk op een zeer gewichtig subjectief recht als het fundamentele recht om te weten van wie men afstamt, zal een sterke rechtvaardiging moeten worden aangevoerd. Het enkele beroep op het – met het recht op privacy samenhangende – recht van de moeder om die afstamming verborgen te houden, schiet dan bijvoorbeeld tekort.[57] Hetzelfde geldt voor wie de lichamelijke integriteit van een ander schendt. Hij zal onder omstandigheden zelfs gedwongen kunnen worden een schending van zijn eigen lichamelijke integriteit toe te laten, en moeten meewerken aan bijvoorbeeld een bloedonderzoek.[58] Aan de andere kant van het spectrum staan de zuiver financiële belangen, zoals dat van verzekeraars. Deze belangen rechtvaardigen niet de doorbreking van het recht op privacy, zoals het recht op bescherming van privacygevoelige gegevens. Anders gezegd: gronden die strekken ter bescherming van lichamelijke belangen, zijn sterker en dus minder gemakkelijk te weerleggen dan normen die strekken ter bescherming van zuiver vermogensrechtelijke belangen. De keus voor de rechtsgrond is dus niet alleen bepalend voor de – voorlopige – beoordeling van de onrechtmatigheid, maar ook de mogelijkheden van het verweer, dus van de weerlegging.

Tot slot: hoe strikter een bepaalde grond omschreven is, hoe lastiger het zal zijn deze te weerleggen. Zo hebben richtlijnen en protocollen, die voor heel specifieke situaties gelden, een sterke werking. Denk aan het niet toepassen van of handelen in strijd met een medisch protocol. Dat heeft aansprakelijkheid tot gevolg als door het handelen schade is ontstaan – tenzij door de handelende beargumenteerd wordt aangegeven waarom afwijken van de door het protocol voorgeschreven werkwijze in dit geval noodzakelijk was.[59]

---

55 Zie artikel 6:185 lid 1, dat onder a-f limitatief de uitzonderingen op aansprakelijkheid opsomt voor het geval schade is veroorzaakt door een gebrek in het product.

56 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/58, p. 65.

57 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608 (*Valkenhorst I*), r.o. 3.4-3.5.

58 Zie bijv. HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347 (*Aidstest*). De verplichting deze aantasting toe te laten kan ook gelden in het geval de lichamelijke integriteit niet opzettelijk is geschonden, zie HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117 (*Aidstest II*).

59 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (*Medisch protocol I)* en HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377 (*Medisch protocol II*).

11.2.2.3 Grond en kenbaarheid

De onderlinge afhankelijkheid van de gekozen rechtsgrond en de weerlegging blijkt ook, wanneer men zich bezint op een bijzonder soort weerlegging: de stelling van de gedaagde dat de norm (of het gevaar) voor hem niet kenbaar was. Volgens Van Dam is de kenbaarheid een van de persoonselementen, die samen met vier gedragselementen de zorgvuldigheidsnorm vormen. Die kenbaarheid heeft betrekking op de feiten:

> 'op het gevaar, op de kans dat schade van een zekere aard en omvang zal plaatsvinden'.[60]

Maar zij betreft eveneens het recht:

> 'Voor de veroorzaker moet ook de norm voor de omgang met het gevaar kenbaar zijn.'[61]

Voor de wijze waarop het kenbaarheidsverweer (de weerlegging) moet worden ingekleed, is opnieuw van belang op welke onrechtmatigheidscategorie (grond) de vordering steunt.

Zo zal een verweer als: 'Ik wist niet dat wat ik deed schadelijk was voor de eiser', in het algemeen niet slagen wanneer de gedaagde een inbreuk heeft gepleegd op bijvoorbeeld een geregistreerd merk van de eiser. Deurvorst schrijft dat

> 'het schuldvereiste als voorwaarde voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten (...) in de regel wordt uitgehold. 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. De rechter stelt namelijk in feite zelden de eis dat de inbreukmaker de inbreuk moet kunnen worden verweten maar neemt in de regel aan dat met de inbreuk de toerekenbaarheid is gegeven: de omstandigheid dat het intellectuele eigendomsrecht waarop inbreuk is gemaakt, staat ingeschreven in openbare registers, vormt voor de meeste rechters aanleiding om toerekenbaarheid aan te nemen, ongeacht de vraag of juist de onderhavige inbreukmaker op grond van de omstandigheden van het geval een verwijt treft'.[62]

Wanneer de gedaagde echter onzorgvuldig handelen wordt verweten, kan het verweer onder omstandigheden wel slagen. De werkgever bijvoorbeeld,

---

60 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 100, p. 134.
61 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 102, p. 136.
62 T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (verkort weergegeven titel), diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1994, p. 59.

die zijn werknemer met asbest liet werken en (nog) niet kon weten dat dit schadelijk was voor de gezondheid van de werknemer, zal niet aansprakelijk zijn voor diens schade. De verplichting van de werkgever maatregelen te nemen ter bescherming van zijn werknemer ontstaat in elk geval niet voordat in de medische wetenschap een verband tussen het werken met asbest en bepaalde ziekten is aangetoond.

Wanneer die verplichting wel ontstaat, hangt van de omstandigheden af;

> 'daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek'.[63]

De vraag of de gedaagde slaagt met een beroep op de niet-kenbaarheid, hangt dus samen met de door de eiser gekozen onrechtmatigheidscategorie. Dat gegeven blijft onverklaard in een benadering waarbij de normschending en de rechtvaardiging onderdelen (of factoren) zijn van één algemene, overkoepelende norm: die van de zorgvuldigheid.[64]

11.2.2.4 Grond en relativiteit

Ook de kans van slagen van een weerlegging als een relativiteitsverweer hangt af van de door de eiser gekozen onrechtmatigheidscategorie. De gedaagde moet dan immers aantonen dat de overtreden norm, dat wil zeggen: de grond waarop de eiser zijn vordering baseert, niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde (eiser) die heeft geleden. In het geval de gedaagde bijvoorbeeld een wettelijke veiligheidsverplichting heeft overtreden, zal hij zijn verweer anders moeten inrichten dan wanneer hij een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.[65]

De Hoge Raad laat er geen twijfel over bestaan: het verweer 'dat de dader niet bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen' is zinloos als het gaat om een handelen in strijd met geschreven rechtsregels:

> 'In het kader van dit type onrechtmatige daad, het handelen in strijd met de wet, dient te worden vastgesteld of de wettelijke norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij (...) niet afzonderlijk behoeft te worden vastge-

63 HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw/De Schelde I*), r.o. 3.8.4.
64 Zie daarover ook hierboven, par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).
65 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77 (*Vader Versluis*). Zie over de relativiteit van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 65-73.

> steld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.'[66]

Het verweer zou wel kans van slagen hebben wanneer sprake is van strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsregels, aldus de Hoge Raad.[67]

11.2.3 Een bijzonder probleem: gelijkwaardigheid grond en weerlegging

Soms is de kracht van de weerlegging door de gedaagde nagenoeg even groot als die van de door eiser aangevoerde grond. In zo'n geval moeten de argumenten van de partijen tegen elkaar worden gewogen. Het model van Toulmin biedt daarvoor een kader. Het is, zoals Witteveen opmerkt, een voorbeeld van een topisch redeneerpatroon:

> '"Warrants" (gronden) fungeren daarbij als *topoi;* gedragsregels die door de meeste of de verstandigste mensen voor goed worden gehouden. Maar het zijn geen universele regels die men maar heeft toe te passen. Verstandige formules kunnen immers met elkaar strijdig zijn en meer of minder gewicht krijgen in de afweging.'[68]

Van een afweging als hier bedoeld zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer zowel de eiser als de gedaagde zich beroepen op een grondrecht, zoals gebeurde in de zaak van de moordenaar van G.J. Heijn: Ferdi E. Uitgeverij Spaarnestad plaatst zonder toestemming van E. diens foto in het weekblad Panorama (onder andere in een artikel over de zes beruchtste moordenaars na de Tweede Wereldoorlog). E. beroept zich op zijn recht op privacy (beschermd in artikel 21 Aw en 8 EVRM). Spaarnestad beroept zich daartegenover op de vrijheid van meningsuiting (beschermd in artikel 10 EVRM). De Hoge Raad gaat ervan uit dat 'art. 21 AW (...) de geportretteerde een bescherming toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer'. Maar dat recht heeft geen 'absoluut gewicht'. In dit geval wordt er een sterk recht tegenover gesteld, namelijk: de vrijheid van meningsuiting. Beide ingeroepen rechten zijn

> 'vrijheden, die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden als waarvan het middel uitgaat'.[69]

---

66 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, *NJ* 1996/199 (*Goudsberg 2*), r.o. 4.3.2.

67 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, *NJ* 1996/199 (*Goudsberg 2*), r.o. 4.3.2. Zie daarover verder Nieuwenhuis, die in de geciteerde passage een verwerping van de leer-Smits leest: *Wat is een onrechtmatige daad?,* RMTh 1998, p. 246.

68 W.J. Witteveen, *Argumenteren in de rechtsstaat*, in: *Het redelijke debat* 1993, p. 91.

69 HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, *NJ* 1994/473 (*Ferdi E.*), r.o. 3.5, eerste alinea.

Hier is sprake van een krachtige grond waarop de *eiser* zijn vordering baseert, maar een even krachtige weerlegging door de *gedaagde*. Het antwoord op de vraag of de claim van de eiser kan worden toegewezen, kan volgens de Hoge Raad dan slechts

> 'worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt'.[70]

In de gedaante van een zorgvuldigheidstoets worden hier de grond en zijn weerlegging tegen elkaar afgewogen. 'In de gedaante', omdat het hier naar mijn mening niet gaat om een toets van zorgvuldigheid op zichzelf, maar om het aftasten van de grenzen van een subjectief recht: het recht op privacy, dat hier in de vrijheid van meningsuiting een van zijn sterkste weerleggingen vindt.[71] Het gaat hier dus om een zeer sterke weerlegging van een zeer sterke grond.[72] Het model van Toulmin maakt dat duidelijk, juist omdat het grond en weerlegging uit elkaar haalt.

11.2.4 De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging

Volgens het model bestaat een relatie tussen de krachtaanduider voor de claim en de aangevoerde weerlegging. In termen van rechtvaardigingen: de ene rechtvaardiging heeft een grotere invloed op de krachtaanduider – en daarmee op het succes van de claim – dan de andere.

Eerder in deze studie is besproken welke rechtvaardigingen op zichzelf slagen als verweer tegen een op onrechtmatigheid gegronde claim, en welke rechtvaardigingen daarin tekortschieten.[73] Daar bleek: de ene rechtvaardiging heeft een sterkere invloed op het succes van de claim dan de andere. Op de kracht van de verschillende rechtvaardigingen wordt hierna ingegaan, in paragraaf 11.4.

---

70 HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, *NJ* 1994/473 (*Ferdi E.*), r.o. 3.5, slot. Een moderne versie van de Ferdi E.-zaak is die van Johan Cruijff over de publicatie van een fotoboek, HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112 (*Fotoboek Johan Cruijff*).

71 Over de schending van fundamentele rechten en het privaatrecht zie de preadviezen VBR van Van Maanen en Lindenbergh: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* 2011.

72 De aangevoerde grond bleek niet sterk genoeg in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 (*Te streng detentieregime*), met diepgravende conclusie van Hartlief en dito annotatie van Lindenbergh over schending van fundamentele rechten en smartengeld. Over de verwantschap tussen zorgvuldigheidsnorm en verplichtingen uit het EVRM zie Barkhuysen & Van Emmerik, *Zorgplichten volgens de HR en het EHRM* 2019.

73 Zie hoofdstuk 3-5, over de volledige, de onvolledige en de voorwaardelijke rechtvaardiging.

11.2.5 De samenhang tussen grond, weerlegging en claim

Als laatste sta ik stil bij de relatie tussen grond en claim, in verband met de aangevoerde weerlegging.

Soms blijkt de aangevoerde rechtsgrond ontoereikend om te claim te kunnen dragen. Dan moet een andere rechtsgrond worden gekozen, zoals bleek in het hierboven besproken geval van Breda en Nijs.[74]

Wanneer de grond de claim niet kan dragen, kan in sommige gevallen ook de claim (conclusie) worden veranderd. Een rechtsgrond die tekortschiet om te leiden tot conclusie A, kan wel toereikend zijn voor conclusie B. Dat is bijvoorbeeld het geval als de aangevoerde weerlegging alleen slaagt in verband met claim A (verbod) en niet voor claim B (schadevergoeding), zoals in de volgende zaak.

Van den Heuvel vordert omzetschade van Nomij, omdat zijn winkel minder goed bereikbaar is door schuttingen die Nomij heeft geplaatst. Nomij heeft een veiligheidsbelang bij het plaatsen van de schutting. De Hoge Raad wijst daarbij op het zwaarwegend maatschappelijk belang dat normale bouwactiviteiten doorgang kunnen vinden. Hij overweegt:

> 'Weliswaar kan het zich voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van de schade verplicht, terwijl ze anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt.'[75]

De omstandigheid dat hier sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen kan dienen als weerlegging tegen een verbodsvordering van Van den Heuvel. Deze weerlegging staat toewijzing van de verbodsvordering in de weg. Wanneer de claim echter een schadevergoedingsvordering van Van den Heuvel is, zal het aangevoerde belang als weerlegging tekortschieten. Niettegenstaande het zwaarwegende belang van Nomij heeft Van den Heuvel recht op schadevergoeding: tegen *deze* claim is de aangevoerde weerlegging niet toereikend.

---

74 Zie par. 11.2.1 (*De samenhang tussen grond en ondersteuning*).

75 HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 *(Van Gastel/Van den Heuvel)*, r.o. 3.

11.3 Aanvulling op het model

11.3.1 Samenvatting van het voorgaande

In de paragrafen 11.1 en 11.2 is een model besproken dat beschrijft op welke wijze argumenteren in een juridische procedure en ook oordeelvormen werkt.

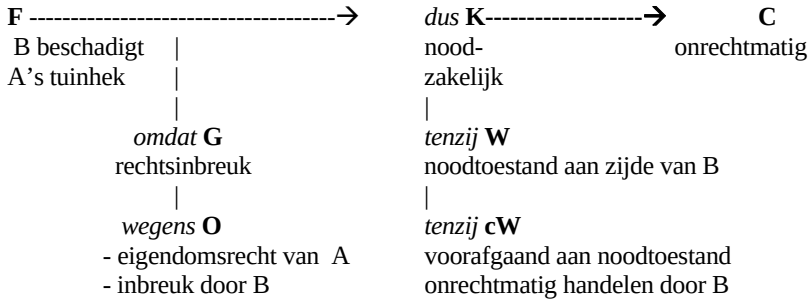
Het model doet uitkomen dat iedere grond zijn eigen ondersteuning behoeft om te kunnen leiden tot toewijzing van de claim en dat de ene grond een sterkere invloed op de houdbaarheid/toewijsbaarheid van de claim (een sterkere 'kracht') heeft dan de andere (11.2.1). Verder doet het uitkomen dat een relatie bestaat tussen de gekozen grond en de mogelijk daartegen aan te voeren weerlegging (11.2.2), en dat de ene weerlegging een sterker 'kerend' karakter heeft dan de andere (11.2.3 en 11.2.4). Uit het model blijkt verder dat er een samenhang is tussen de gekozen grondslag van de claim, de daartegen gevoerde weerlegging en het succes van de claim (11.2.5).

11.3.2 Wat aanvulling behoeft

Uit het model blijkt welke stap moet worden gemaakt om van de feiten via de grond naar de conclusie te komen. De aangevoerde grond en zijn ondersteuning leiden tot een bepaalde krachtaanduider die aan de conclusie voorafgaat.

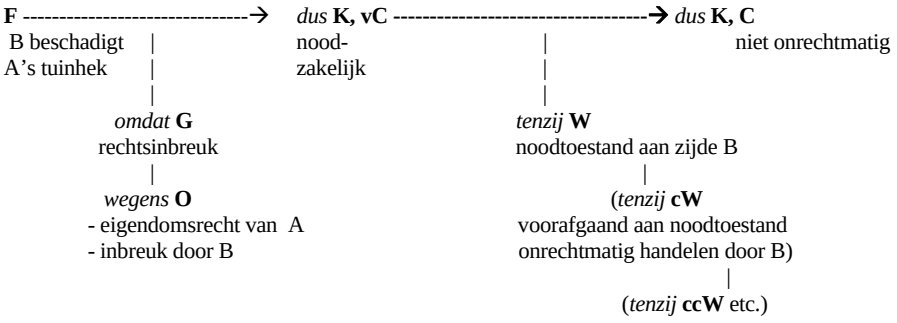
In het model van Toulmin wordt de weerlegging onder deze krachtaanduider geplaatst. Dat is op zichzelf begrijpelijk, omdat de weerlegging op haar beurt invloed uitoefent – tegengesteld aan die van de aangevoerde grond – op de krachtaanduider en daarmee op het eindoordeel. Maar de eigen invloed van de weerlegging op de krachtaanduider, die immers volgt uit de grond en zijn ondersteuning, komt door deze plaatsing in het model niet goed naar voren.

Het volledige model ziet er, beschreven aan de hand van het eerder gekozen voorbeeld,[76] zo uit:



76 In par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

Maar juister zou zijn om de krachtaanduider die volgt op de grond en haar ondersteuning te plaatsen voor een voorlopige conclusie (**vC**). Daarna kan de weerlegging (en eventueel contraweerlegging) tot een nieuwe krachtaanduider leiden en daarmee tot de slotconclusie. Dat ziet er aldus uit:



Wanneer na de voorlopige conclusie geen weerlegging van de grond volgt, is de voorlopige conclusie gelijk aan de eindconclusie. En wanneer een contraweerlegging wordt ingebracht tegen de weerlegging, is na de weerlegging nog geen sprake van een eindconclusie, maar van een nieuwe tussenconclusie, die opzij kan worden gezet door de contraweerlegging.[77]

Deze aanvulling is noodzakelijk, omdat niet iedere grond een even sterke richtinggevende werking heeft,[78] en niet iedere weerlegging een even sterke kerende werking.[79] Door de werking van beide op de krachtaanduider en op de conclusie een eigen plaats in het schema te geven, wordt die werking beter inzichtelijk gemaakt.

11.3.3 De verschillende domeinen: processuele dimensie

Het model is tot slot nog te karakteriseren op een wijze die voor de civilist relevant is in verband met de bewijsposities van partijen.

Het linker deel van het schema geeft de stellingen van de eisende partij weer. Dat gedeelte gaat – als we het hebben over onrechtmatigheid en rechtvaardiging, zoals in deze studie – over de *constructie* van de onrechtmatigheid:

---

77 In zoverre is een duidelijke parallel aanwezig met het in par. 8.3.1 (*van Rome…*) geschetste Romeinsrechtelijke systeem, waar tegen de vordering (*intentio*) een bevrijdend verweer (*exceptio*) ingebracht kon worden, waartegen weer een *replicatio* aangevoerd kon worden, vervolgens een *duplicatio*, *triplicatio* etc.

78 Daarover eerder in algemene zin par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

79 Zie par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*) en 11.2.4 (*De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging*). Zie nogmaals Hart, *The Ascription of Reponsibility and Rights* 1963, p. 149.

wat is nodig om een handeling tot een onrechtmatige te kunnen bestempelen? Kort gezegd is dan aan de orde het eerste gedeelte van artikel 6:162 BW lid 2: 'Als een onrechtmatige daad worden aangemerkt ….' De eisende partij voert de feiten en de gronden aan die tot toewijzing van zijn vordering moeten leiden.

In het rechter deel van het model staat centraal datgene wat kan worden ingebracht tegen het gevolg van een geslaagd beroep van eiser op een bepaalde rechtsgrond: het (voorlopige) oordeel dat een handeling onrechtmatig is. Dit deel van het schema omvat dat wat tot het domein van verweerder behoort. Kort gezegd: het slot van artikel 6:162 lid 2: '… een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. Men kan dat de *deconstructie* van de onrechtmatigheid noemen, en het keerpunt van het aanvankelijke oordeel dat de handeling onrechtmatig is.[80]

Aan de rechterzijde staan ook de contraweerleggingen, die (kunnen) opkomen als een weerlegging slaagt of dreigt te slagen. Processueel behoren deze juist weer tot het domein van de eisende partij. Nieuwenhuis heeft eens opgemerkt over de rechtsregel als agenda dat het voordeel van een goede agenda is dat duidelijk wordt aangegeven wie wat op welk moment ter sprake kan brengen.[81] Het model van Toulmin maakt dat grafisch inzichtelijk.

11.3.4 Afronding en overgang naar wat volgt

Met de beschrijving van het schema van Toulmin is een weergave gegeven van de wijze waarop de oordeelsvorming over een beweerdelijk onrechtmatige handeling plaatsvindt. Nu het grote geheel is geschetst, wordt het tijd in te zoomen op de rol die het handelen op grond van een rechtvaardiging speelt bij de oordeelsvorming. Bij de beschrijving van die rol wordt opnieuw teruggegrepen op de onderscheidingen die eerder in deze studie zijn gemaakt en de begrippen die zijn geformuleerd. De in de voorgaande hoofdstukken uitgezette lijnen worden nu dus bijeengenomen en in de context van het beoordelingsmodel geplaatst.

---

80 De door mij beschreven constructie en deconstructie van onrechtmatigheid kan men ook omschrijven als positieve en negatieve condities voor aansprakelijkheid (uit onrechtmatige daad, in dit geval). Zo: Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, bijv. p. 16-17, met verwijzing naar Hart.

81 Nieuwenhuis, 'Hoe bestaat een recht?', in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 54. Daarover eerder hierboven in hoofdstuk 8 (zie par. 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen*)).

11.4 Focus op de weerlegging: de ingeroepen rechtvaardiging

11.4.1 De samenhang tussen krachtaanduider en weerlegging

Blijkens het model van Toulmin bestaat een relatie tussen de weerlegging en de krachtaanduider die voor de claim wordt geplaatst en tegen de grond aangevoerde weerlegging. In termen van rechtvaardigingen: de ene rechtvaardiging heeft een sterkere invloed op de krachtaanduider (en daarmee op het succes van de claim) dan de andere.[82]

Op dit punt van het betoog wordt onderzocht wat de kracht van de weerlegging bepaalt. Daarvoor keren we terug naar het tweede gedeelte van dit boek, waar de verschillende typen rechtvaardigingen werden onderscheiden. In de hoofdstukken 3 tot en met 5 is een indeling gemaakt naar de verschillende typen rechtvaardigingen, die alle een ander rechtsgevolg hebben. Sommige rechtvaardigingen strekken ertoe dat de kwalificatie van de daad verandert in rechtmatig, in plaats van onrechtmatig. Andere ingeroepen rechtvaardigingen hebben deze strekking niet, maar zij kunnen op een andere wijze meewerken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling.

11.4.2 De volledige rechtvaardiging

Allereerst zijn onderscheiden: de volledige rechtvaardigingen, die op zichzelf in staat zijn het voorlopige oordeel dat een handeling onrechtmatig is te veranderen in het oordeel dat de handeling rechtmatig is.[83] Het gaat om de volgende, klassieke, rechtvaardigingsgronden.

Noodweer. Dit is de bevoegdheid die men heeft om een dreigende aanval af te weren van zichzelf of van een ander. Wie handelt in noodweer, vervangt in wezen de overheid bij haar taak burgers te beschermen. Handelen in noodweer is gerechtvaardigd, rechtmatig handelen.[84]

Wettelijk voorschrift of bevoegdheid/ambtelijk bevel. Wettelijke voorschriften en ambtelijke bevelen moeten worden opgevolgd. Wie aan deze verplichting gehoor geeft, handelt rechtmatig. Wie zich kan beroepen op een wettelijke *bevoegdheid*, handelt eveneens rechtmatig. Uiteraard geldt een en ander alleen voorzover handelen blijft binnen de grenzen en strekking van het voorschrift/bevel/de bevoegdheid.[85]

---

82 In dezelfde zin – en hierboven reeds aangehaald – Hart, *The Ascription of Responsibiliy and Rights* 1963, p. 149, die over de verschillende door hem beschreven algemene verweren schrijft: 'Most of these defences are of general application (…). Some of them (…) destroy altogether the claim (…), others (…) have a weaker effect.'

83 Over de volledige rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

84 Over noodweer zie verder par. 3.4 (*Noodweer*).

85 Over het wettelijk voorschrift zie par. 3.5 (*Wettelijk voorschrift of bevoegdheid*). Over het ambtelijk bevel zie par. 3.6 (*Ambtelijk bevel*).

Noodtoestand. Van noodtoestand is sprake als men schade toebrengt om een hogere plicht na te komen. Reeds uit het feit dat men geconfronteerd met twee conflicterende belangen, voor het hoogste heeft gekozen, volgt dat de handeling niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Handelen in noodtoestand is rechtmatig handelen.[86]

Zaakwaarneming. Een belangrijke in het burgerlijk wetboek geregelde rechtvaardigingsgrond, is behoorlijke zaakwaarneming. Wie zich inlaat met het behartigen van het belang van een ander, op een redelijke grond, pleegt een door het recht gewenste en daarom rechtmatige handeling.[87]

Wie beschikt over een zo sterke weerlegging – als een volledige rechtvaardiging – van de aangevoerde rechtsgrond, zal zich succesvol kunnen verweren tegen de claim waartoe de grond is aangevoerd. Een sterke weerlegging als de volledige rechtvaardiging laat de krachtaanduider dus dalen naar nul.[88]

11.4.3 De onvolledige rechtvaardiging

Een tweede type rechtvaardiging is de onvolledige rechtvaardiging,[89] die de handelende weliswaar de bevoegdheid tot handelen verleent, maar niet de strekking heeft de daad tot een rechtmatige te verklaren.[90] Een dergelijke rechtvaardiging is dan ook onvoldoende sterk om op zichzelf het succes van de claim aan te tasten. Een onvolledige rechtvaardiging alleen kan de krachtaanduider dus nooit tot nul laten dalen. Maar samen met andere omstandigheden kan deze rechtvaardiging het succes van de claim mogelijk wel ondermijnen. Om een in hoofdstuk 4 gegeven voorbeeld aan te halen:[91] wie op zijn eigen grond een opstal bouwt en daarmee schade toebrengt aan een belendend pand, zal zich tegen een schadevergoedingsactie van de buurman niet met succes kunnen verweren door zich te beroepen op zijn eigenaarsrecht. Maar wie daarnaast ook rekening heeft gehouden met de belangen van de ander – bijvoorbeeld heeft aangeboden om de schade te vergoeden, of heeft aangeboden maatregelen te treffen om schade aan het pand van de ander te voorkomen – kan ontkomen aan toewijzing van de schadevergoedingsclaim en heeft met zijn weerlegging de krachtaanduider verder weten terug te brengen.

Bij de beoordeling van de kracht van de onvolledige rechtvaardiging zal het dus gaan om de weging van de overige omstandigheden van het geval.

---

86 Over noodtoestand zie uitgebreid par. 3.7 (*Noodtoestand*).
87 Over zaakwaarneming zie par. 3.10 (*Zaakwaarneming*).
88 Althans: in principe, want een sterke contraweerlegging (bijvoorbeeld een beroep op de omstandigheid dat de handelende zich door zijn eigen onrechtmatige daad in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht), kan de krachtaanduider weer doen stijgen.
89 Over de onvolledige rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).
90 Zie daarover uitgebreid par. 4.1 (*Twee typen onvolledigheid*).
91 Zie par. 4.2.2 (*Bevoegdheden in de private sfeer*).

Hoe de onrechtmatigheid van de handeling wordt beoordeeld, is afhankelijk van de wijze waarop is gehandeld, naast de aanwezigheid van de ingeroepen bevoegdheid. Van doorslaggevend belang daarbij zal zijn het antwoord op de vraag op welke wijze de handelende rekening heeft gehouden met de belangen van de benadeelde. Wanneer op een voldoende wijze rekening is gehouden met de belangen van anderen, is rechtmatig gehandeld. Er is in dat geval niets aan te merken op het handelen van de handelende. Hij had immers een bevoegdheid, daarnaast heeft hij zich zorgvuldig gedragen ten opzichte van derden. Wanneer onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van anderen, zal de daad als onrechtmatig worden aangemerkt. De handelende had in dat geval weliswaar een bevoegdheid de handeling te verrichten. Maar deze bevoegdheid is op zichzelf onvoldoende om te bewerkstelligen dat het oordeel over de handeling verandert van onrechtmatig naar rechtmatig. Daarnaast moet op een zorgvuldige wijze zijn omgesprongen met de belangen van anderen. Als dat onvoldoende is gebeurd, is de handeling als gezegd onrechtmatig, en de handelende tot schadevergoeding verplicht.

Hieraan moet worden toegevoegd dat een rechtvaardiging die niet toereikend is om de ene claim te weerleggen, krachtig genoeg kan zijn in verband met een andere claim. Dat is hierboven, bij de bespreking van het verband tussen de grond, zijn weerlegging en de gekozen vordering, al aan de orde geweest.[92]

11.4.4 De voorwaardelijke rechtvaardiging

Als derde is onderscheiden de voorwaardelijke rechtvaardiging.[93] Deze rechtvaardiging is een succesvol verweer tegen de claim en brengt de krachtaanduider dus terug tot nul, maar het voortbestaan van de rechtvaardiging is niet zeker op het moment dat de rechtvaardiging wordt ingeroepen. Dat betekent dat de claim weliswaar zal worden afgewezen, maar dat daarmee niet vaststaat dat latere omstandigheden die afwijzing niet 'omver' kunnen halen. De krachtaanduider wordt dus gereduceerd, maar of dat zo blijft, is onzeker. De reductie van de krachtaanduider is dus – met de rechtvaardiging – een voorwaardelijke.

11.4.5 Conclusie

Een belangrijke factor die de kracht van de weerlegging bepaalt, is de aard van de ingeroepen rechtvaardiging. Een volledige rechtvaardiging heeft een sterke 'kerende' kracht tegen de aanvankelijke beoordeling van een handeling

92 Zie par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*).

93 Over de voorwaardelijke rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

als onrechtmatig. Bij een onvolledige rechtvaardiging hangt de kracht van de weerlegging af van de andere omstandigheden van het geval. Daarbij zal met name relevant zijn in hoeverre rekening is gehouden met de belangen van anderen (potentieel benadeelden) bij de uitoefening van de bevoegdheid waarop men zich beroept. Bij een voorwaardelijke rechtvaardiging is, net als bij een volledige rechtvaardiging, sprake van een sterke 'kerende' kracht. Maar die kracht is slechts voorwaardelijk. Het eindoordeel dat de handeling rechtmatig is, kan vervallen als de ingeroepen rechtvaardiging later vervalt.

11.5 Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging

11.5.1 Inleiding

Hierboven is het gegeven besproken dat de keuze voor een bepaalde grond van de claim mede bepalend is voor de keus van de te voeren verweren/weerleggingen.[94] De selectie van de grond voor de vordering impliceert dus welke verweren tegen die vordering nog mogelijk zijn.

Voordat de aandacht wordt gericht op die verweren, en de focus definitief op de weerlegging van de grond komt te liggen, is het goed nog stil te staan bij de factoren die naast de gekozen grond een rol kunnen spelen bij de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel in een situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging. Over die laatstbedoelde situatie en over de omstandigheden waarin een beroep op een rechtvaardiging moet worden gedaan, is in het voorgaande veel geschreven. Hoofdstuk 6 opende met de volgende tekst:

> 'Wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond, bevindt zich in een benarde situatie. Hij ziet zich bijvoorbeeld gedwongen een snelle keuze te maken tussen twee conflicterende belangen (noodtoestand), of is (het komt uiteindelijk op hetzelfde neer) genoodzaakt zich te verweren tegen een plotselinge aanval op zijn persoon of goed (noodweer). Wie in zulke omstandigheden verkeert, is niet te benijden. En voor wie in die omstandigheden schade toebrengt, is begrip op te brengen.'

Handelen op grond van een rechtvaardiging is dikwijls handelen in een noodsituatie Dat betekent dat aan de handelende partij niet de allerhoogste eisen met betrekking tot zijn gedrag kunnen worden gesteld. Dikwijls mag men al blij zijn *dat* de handelende optreedt. Hij slaat bijvoorbeeld een ruit van een brandend huis in om een beklemde inwoner te redden (noodtoestand), of hij schopt een bedreiger van een derde het pistool uit handen (noodweer).

94 In par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*).

De omstandigheid dat wordt opgetreden op grond van een rechtvaardiging, kan op zichzelf een relevante omstandigheid zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen. Ook in situaties waarin het handelen niet geheel aan de daaraan te stellen normen voldeed, of een van de ingeroepen contraweerleggingen dreigt te slagen.

In dit verband kan worden teruggegrepen op een karakterisering die eerder in deze studie werd gegeven.[95] Nadat alle klassieke rechtvaardigingsgronden beschreven waren, is opgemerkt dat het in gevallen waarin een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan, vaak gaat om een situatie, die plotseling ingrijpen noodzakelijk maakt, terwijl die situatie niet door de handelende zelf veroorzaakt is en waarbij dikwijls wordt gehandeld ter behartiging van het belang van een derde. Precies deze aspecten zullen mijns inziens een belangrijke rol kunnen spelen bij beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Ze zullen daarbij meewegen in het voordeel van de handelende persoon. Ze worden nu besproken.

11.5.2 De noodzaak snel op te treden

Degene die zich moet beroepen op een rechtvaardiging, heeft vaak moeten handelen in een lastige situatie, die plotseling is ontstaan en snel ingrijpen vereiste. De noodzaak om een keuze te maken, terwijl voor het maken van die keuze en het overwegen van alternatieven maar weinig tijd beschikbaar is, brengt mee dat het handelen met een zekere mildheid moet worden beschouwd. Vooral bij noodweer en noodtoestand zal dit vaak een relevante factor zijn.

Weliswaar hoeft de handelende niet de allerbeste oplossing uit de penibele situatie te kiezen; slechts een redelijke, die een redelijk handelend mens zou hebben gekozen in dergelijke omstandigheden. Maar daarbij is het goed om oog te hebben en houden voor het gegeven dat ook de handelende door de situatie wordt overvallen, vaak buiten zijn schuld. De indringende documentaire 'Noodweer. Ik ben niet begonnen' van Hans Pool laat zien dat in veel spraakmakende noodweergevallen de gevolgen van de noodweer ook voor de noodweerder vaak dramatisch en traumatisch zijn – zozeer dat Pool politie en justitie oproept voorzichtiger om te gaan met mensen die uit noodweer handelen.[96] Met deze verwijzing wordt hier niet bedoeld een pleidooi te houden voor eigenrichting of voor een al te soepele houding tegenover de noodweerder. Maar ik bepleit wel begrip voor degene die door de omstandig-

95 Zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten eigen belang*).

96 Besproken in *Trouw* van 1 september 2020 (p. 16) door Renate van der Bas. De documentaire is te zien op 2doc.nl, waar ook een gesprek met regisseur Pool naar aanleiding van de documentaire te vinden is.

heden wordt gedwongen tot een snelle actie en dan een uitweg kiest waarop het een en ander aan te merken valt.

11.5.3 De niet zelf veroorzaakte situatie

Bij handelen op grond van een rechtvaardiging is vaak sprake van een van buiten komende oorzaak die tot het handelen dwingt.

Zo is bij noodweer per definitie sprake van een aanval door een ander. Ook bij noodtoestand gaat het dikwijls om een situatie aan het ontstaan waarvan de handelende geen deel had – zoals in Meijers' noodtoestand-casus van de deken die door iemand uit handen van een ander wordt gerukt om een brand te stoppen die een derde met de dood bedreigt.[97] Ook bij zaakwaarneming zal het meestal gaan om een situatie die niet is veroorzaakt door de handelende zelf, maar waar ingrijpen ten behoeve van de belanghebbende wel dringend geboden is – zoals in de zaak van het tussen de liftdeuren beklemd geraakte hondje, die in het volgende hoofdstuk zal worden besproken.[98]

In deze omstandigheden meen ik dat reden bestaat om minder snel tot aansprakelijkheid van de handelende persoon te concluderen. Daartoe zal zeker reden bestaan als het ingrijpen wordt veroorzaakt door een oorzaak die niet alleen buiten de handelende persoon ligt, maar ook wordt veroorzaakt door degene tegen wie de rechtvaardiging wordt ingeroepen. Een aanknopingspunt voor die gedachte is te vinden in de rechtspraak over uitlokking. Een sprekend voorbeeld biedt de zaak van de getergde restauranthouder Boudeling, die zijn gast Taams een klap geeft nadat hij door diezelfde gast in het gezicht was gekrabd. Voorafgaand aan deze schermutseling had Taams samen met een andere bezoeker voortdurend kritiek gehad op het eten en de wijn, en wekten ze bij Boudeling de indruk te willen vertrekken zonder te betalen. De Hoge Raad overweegt over de onrechtmatigheid van het handelen van de restauranthouder:

> 'In de eerste plaats heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling – hoewel het geven van een klap in beginsel een onrechtmatige daad opleverde – zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was.'[99]

97 In HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*), m.nt. E.M. Meijers op p. 1553.

98 In par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*) en 12.3.5 (*Zaakwaarneming*).

99 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder v.

Vooral in situaties van noodweer zal nogal eens sprake kunnen zijn van uitlokking.[100]

11.5.4 Dikwijls gehandeld ten behoeve van een derde

Handelen op grond van een rechtvaardiging is in een groot aantal gevallen handelen ten behoeve van een ander. Bij zaakwaarneming – het behartigen van eens anders belang – is dat per definitie zo. In geval van noodweer kan het gaan om de zelfverdediging, maar ook om de verdediging van 'eens anders lijf, eerbaarheid of goed' (artikel 41 lid 1 Sr).

De omstandigheid dat een handeling is gepleegd in het belang van een ander dient mijns inziens een belangrijke factor te zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Hierboven, in hoofdstuk 7, is aan de hand van de proportionaliteitstoets aangegeven waarom de zorgvuldigheidsnorm in bepaalde omstandigheden verlaagd of verhoogd is.[101] Dat is in verband gebracht met het doel van de handeling, dat een verlichting dan wel aanscherping van de aan de handeling te stellen zorgvuldigheidseis kan meebrengen. Een schadeveroorzakende handeling waarmee een ongeoorloofd doel wordt nagestreefd, zal snel onrechtmatig zijn.[102] En een handeling waarmee alleen het eigenbelang wordt nagestreefd,[103] zal eerder onrechtmatig zijn dan een handeling waarvan beide partijen profiteren,[104] of een handeling die uitsluitend in het belang van een ander wordt verricht.[105]

Zo zal in het algemeen handelen uit altruïsme meebrengen dat minder strenge eisen aan het gedrag van de handelende persoon kunnen worden gesteld en dus minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen. Anders gezegd: altruïsme moet worden beloond. Wie bij een reddingsactie schade veroorzaakt, zal daarvoor niet snel aansprakelijk mogen worden gehouden.

---

100 Over uitlokking zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke onder 4. Zie verder de verwerping van het beroep op uitlokking door Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.5.

101 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

102 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

103 Dat ervoer circusexploitant Mullens, die zich 'ter opluistering van zijn voorstelling' bediende van 'onervaren lieden'uit het publiek, door deze een gevaarlijke rit op een ongezadelde ezel door de piste te laten maken. Zie HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729 (*Circusezel*), r.o. 3.3. Daarover par. 7.5.2.3 (*Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang*).

104 Zoals in sport-en-spel-situaties, waar het scheppen van een zeker schaderisico is toegestaan. Zie daarover par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*), met verwijzing naar rechtspraak. De normverlichting geldt alleen tussen deelnemers, niet tegenover passanten, zie eveneens par. 7.5.2.4, met verwijzingen naar o.m. Digesten 9,2,9,4 en naar rechtspraak.

105 Zie daarover par. 7.5.2.5 (*Handeling in het belang van een ander: altruïsme*).

En wie bij zo'n actie zelf schade lijdt, zal deze – zo dat maar mogelijk is – vergoed moeten krijgen.[106]

11.5.5 De correctie-Langemeijer

In het bovenstaande is gepleit voor het in acht nemen van een zekere mildheid bij de beoordeling van het gedrag van degene die actief moet optreden in een benarde situatie – zoals vaak het geval is bij een beroep op een rechtvaardiging.

Men zou die gedachte kunnen onderbouwen met de correctie-Langemeijer, of van een 'omgekeerde correctie-Langemeijer'; niet toegepast op de onrechtmatige daad, maar op haar rechtvaardiging. Die toepassing is hierboven – bij de bespreking van de relativiteit – uitgewerkt, en wordt nu nog kort herhaald.[107]

Volgens Langemeijer kan de overtreding van een norm die in het te beoordelen geval geen onrechtmatigheid jegens de benadeelde meebrengt, een factor zijn bij het oordeel over de schending van een zorgvuldigheidsnorm die wellicht wel onrechtmatig jegens deze laatste meebrengt, omdat

> 'het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kán zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden, wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels'.[108]

Evenzo zou mijns inziens moeten gelden in het omgekeerde geval waarin de dader een in principe rechtmatige daad begaat, waarbij hij ook iets laakbaars doet, bijvoorbeeld zichzelf in de te rechtvaardigen situatie brengen. Het feit dat hij zich in beginsel zou kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond, is een omstandigheid die meeweegt bij het oordeel over de zorgvuldigheid van zijn handelen.

Anders dan in het Tandartsen-geval, zal dit uiteraard een factor zijn die meeweegt in het *voordeel* van de aansprakelijk gestelde persoon.

11.5.6 *Margin of appreciation*

Uit de zojuist besproken omstandigheden blijkt dat degene die handelt op grond van een rechtvaardiging vaak vanuit een moeilijke positie moet optre-

106 Op de grondslag van de vergoedingsplicht, zowel in het geval de handelende schade veroorzaakt, als wanneer hij schade lijdt, wordt ingegaan in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

107 Zie daarover ook par. 10.7.2 (*Toepassing in geval van rechtvaardigingen*).

108 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*), p. 1206, r.k.

den. Een positie waarop hij niet was voorbereid en die hij niet zelf heeft veroorzaakt. En waarbij zijn optreden handelen gunstig kan zijn voor anderen. Aan de handelende zal in zo'n geval een zekere beoordelingsruimte – *margin of appreciation* – toekomen om een uitweg te kiezen uit de lastige situatie.[109]

Voor het oordeel over de onrechtmatigheid van het handelen zouden de genoemde factoren – zeker als ze tezamen aanwezig zijn – er mijns inziens toe moeten leiden dat minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen, ook als het handelen niet aan de hoogste normen voldoet. Anders gezegd: voor de beoordeling van het optreden van wie zich op een rechtvaardiging moet beroepen, geldt een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel.

11.6 Focus op de contraweerlegging van de rechtvaardiging

11.6.1 De toets van het gehanteerde middel

Wanneer de door de eiser aangevoerde grond – onrechtmatige daad – van de zijde van de gedaagde is weerlegd met een geslaagd beroep op een rechtvaardiging, heeft de eiser nog de mogelijkheid om de redenen aan te voeren waarom in dit geval het beroep op de rechtvaardiging niet kan slagen. Het gaat dan om de contraweerleggingen, die in deze laatste paragrafen worden belicht.

Zo zal een rol kunnen spelen het gedrag van de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling. Als iemand de te rechtvaardigen situatie (mede) zelf in het leven heeft geroepen, zal met die omstandigheid rekening kunnen worden gehouden bij het oordeel of de ingeroepen rechtvaardiging slaagt. Dat vloeit voort uit de *culpa in causa*-gedachte.[110]

Ook zal een rol kunnen spelen het doel van de te rechtvaardigen handeling, de schadelijkheid van het daartoe gehanteerde middel, het bestaan van alternatieven om de schade te voorkomen en de aard en de ernst van de toegebrachte schade. Dat alles berust op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.[111]

Daarnaast zal ook de strekking van de ingeroepen rechtvaardiging een rol kunnen spelen. Niet iedere rechtvaardiging strekt tot bescherming van de handelende, bijvoorbeeld omdat de rechtvaardiging slechts strekt tot het toebrengen van schade aan een bepaalde kring van personen, een bepaald type schade of een bepaalde wijze van schadetoebrenging. Dit berust op het beginsel van de relativiteit van de rechtvaardiging.[112]

---

109 Zie daarover reeds par. 7.7.3 (*Margin of appreciation*), 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*).

110 Het leerstuk is uitgebreid besproken in hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

111 Die in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*) behandeld zijn.

112 Zie daarover hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

Met al deze contraweerleggingen beoogt de eiser een nadere toets van de door de gedaagde ingeroepen rechtvaardiging. Het bij de te rechtvaardigen handeling gebruikte middel wordt daarbij bezien, en ook de wijze waarop de gedaagde zich bij de uitvoering van zijn te rechtvaardigen handeling heeft gedragen. Deze kwesties zijn uitvoerig besproken in de eerdere delen van deze studie, en worden verkort weergegeven in de nu volgende paragrafen.

11.6.2 De rol van het voorafgaand handelen

In hoofdstuk 6 is het beginsel van *culpa in causa* besproken: wie zichzelf in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht, heeft mogelijk geen beroep op een rechtvaardiging. De toepassing van het beginsel wordt nu nader bezien. Welk effect de aanwezigheid van *culpa in causa* heeft op het succes van een beroep op een rechtvaardiging, hangt af van hetgeen is voorgevallen voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling.

Daarbij gaat het om de wisselwerking tussen verwijt en rechtvaardiging van de handelende persoon.[113] Naarmate het verwijt aan de handelende – de omstandigheid dat en de mate waarin hij heeft bijgedragen aan de te rechtvaardigen situatie – ernstiger is, zal minder reden bestaan zijn beroep op een rechtvaardiging te honoreren. Doorslaggevend is dus de ernst van het verwijt dat de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie is te maken.

Wanneer aan de te rechtvaardigen handeling een onrechtmatige daad voorafgaat, en de te rechtvaardigen handeling als gevolg van de onrechtmatige daad te beschouwen is, komt men aan een beoordeling van de rechtvaardiging niet meer toe.[114] In hoofdstuk 6 is het voorbeeld gegeven van de automobilist die met een snelheid van zo'n 70 km/u over de weg rijdt en een brandende aansteker naar de achterbank reikt, om daar iemand een vuurtje te geven. Wanneer de automobilist zich brandt en daardoor de macht over het stuur verliest en een ander aanrijdt, kan hij zich om die reden niet op overmacht of andere rechtvaardiging beroepen.[115] Andere voorbeelden van onrechtmatig handelen, voorafgaand aan de te rechtvaardigen gedraging zijn: het schietend naar buiten gaan, wanneer men weet dat zich daar iemand bevindt.[116] Of de casus van de klant die de eigenaar van de fietswinkel neersteekt, vervolgens in de fietswinkel blijft staan, waarna hij wordt belaagd door personeels-

113 Zie par. 6.3.6 (*De middenweg: verwijt en rechtvaardiging*).
114 Zie par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).
115 Rb. Utrecht (Strafkamer) 1 februari 1957, ECLI:NL:RBUTR:1957:4, *NJ* 1957/521 (*Vuurtje naar de achterbank*), waarover uitgebreider in par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*).
116 HR 25 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5755, *NJ* 1976/507 (*Cabbollet/Suylen*), besproken in paragraaf 6.6.5 *(Subsidiariteit)*.

leden.[117] Dat de medewerkers de eigenaar van de winkel te hulp zullen komen is te verwachten, wanneer men deze eigenaar neersteekt. Als de klant vervolgens een van deze medewerkers doodsteekt, kan de klant zich niet op noodweer beroepen. Deze 'noodweer'-situatie is immers een rechtstreeks en voorzienbaar gevolg van de onrechtmatige daad van de klant: het neersteken van de eigenaar.

Het oordeel over de onrechtmatigheid in dit soort situaties kan worden beredeneerd via een redenering gebaseerd op anterieure onrechtmatigheid, door uitleg van de vereisten van de ingeroepen rechtvaardigingsgrond, of via toepassing van de subsidiariteitseis. Deze redeneringen hoeven elkaar niet uit te sluiten. In de casus van de vechtende gedetineerden zijn ze allemaal te herkennen. Van Veen geeft ze kernachtig weer in zijn noot onder het arrest:

> 'Het beroep op noodweer is door het Hof verworpen omdat de verdachte de eerste klap heeft uitgedeeld, het trekken van een mes niet noodzakelijk was ter verdediging in de door hem uitgelokte vechtpartij en de verdachte de hulp van bewakers had kunnen inroepen.'[118]

De ontzegging van het beroep op noodweer wordt gegrond op achtereenvolgens: anterieure onrechtmatigheid, uitleg van artikel 41 Sr, uitlokking (*culpa in causa*) en toetsing aan de subsidiariteitseis. De redeneringen leiden tot dezelfde uitkomst: het handelen van de verdachte voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 41 Sr. Hem komt geen beroep op noodweer toe. Civielrechtelijk zou het oordeel, naar aan te nemen valt, niet anders luiden.[119] In de hier besproken gevallen is een onrechtmatige daad gepleegd voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie. De contraweerlegging zal in dat geval slagen.[120]

Buiten dit type situaties, dus buiten het geval van een duidelijk onrechtmatig handelen dat uiteindelijk leidt tot de noodzaak een beroep op een

---

117 De casus is ontleend aan HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, *NJ* 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietswinkel*), besproken in par. 6.6.4 (*Uitleg rechtvaardigingsgrond*).

118 Van Veen, annotatie bij HR (Strafkamer) 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6343, *NJ* 1979/50 (*Vechtende gedetineerden*), p. 129, r.k.

119 Zie daarover par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*). Civielrechtelijk zou het oordeel ook vanuit de relativiteitsgedachte beredeneerd kunnen worden, in die zin dat de handelende zich door zijn eigen bijdrage aan de te rechtvaardigen situatie aan de bescherming van de rechtvaardiging heeft onttrokken, zie par. 6.6.6 (*Relativiteit*) e.v. Hierna, in par. 11.6.4, komt het beroep op het relativiteitsbeginsel als contraweerlegging apart aan de orde.

120 De daad is dan onrechtmatig. Bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting kan de omstandigheid dat gehandeld is op grond van een rechtvaardiging vervolgens nog een rol spelen. Dat komt aan de orde in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

rechtvaardiging te doen, zal laakbaar gedrag van de handelende mijns inziens niet snel prohibitief mogen zijn voor het beroep op de rechtvaardiging. Dat is hierboven al betoogd.[121] In een dergelijke situatie zullen de omstandigheden waaronder de handeling plaatsvond van belang zijn. Bij het oordeel over de onrechtmatigheid zullen het aan de handelende te maken verwijt en de rechtvaardigende omstandigheden tegen elkaar worden afgewogen.

In veel gevallen heeft de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie onhandig of ongelukkig gehandeld, maar is dit handelen onvoldoende ernstig om op zichzelf al een beroep op een rechtvaardiging te blokkeren. Zoals de Ajaxsupporter die met een Ajaxpetje in het Feyenoordvak gaat zitten. Het dragen van een Ajaxpetje is op zichzelf niet onrechtmatig. Het is wellicht niet erg verstandig om met een Ajaxpetje tussen de Feyenoordsupporters te gaan zitten. Maar het maakt de voetbalfan nog niet rechteloos wanneer hij door supporters van de tegenpartij belaagd wordt. Mijns inziens komt hem een beroep op noodweer in principe toe.[122]

In dezelfde sfeer ligt het geval van de aanhanger van de politieke partij die zich als zodanig herkenbaar begeeft in het kamp van de rivaliserende politieke partij. Wanneer hij daar wordt belaagd door aanhangers van de andere partij, komt hem in principe een beroep op noodweer toe.[123] Ook de schrikachtige en niet geheel juiste reactie van de automobilist, acht ik niet voldoende ernstig om de automobilist een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontzeggen.[124]

In de zojuist besproken gevallen zou ik de handelende derhalve een beroep op een rechtvaardiging toestaan. Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat de omstandigheid dat de handelende in dit geval niet geheel *comme il faut* heeft gehandeld, uiteraard meeweegt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van zijn gedraging.[125] Wanneer de handelende daarnaast niet geheel in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit heeft gehandeld, is het goed voorstelbaar dat om deze redenen de handeling alsnog onrechtmatig moet worden geacht. In dat geval slaagt de contraweerlegging.

121 Zie par. 6.6.3 (*Geen voorafgaande onrechtmatige daad*).

122 Anders: Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* (1987), p. 45. De visie van Strijards is uitgebreid besproken in par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*).

123 Anders: HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, *NJ* 1989/389 (*Verkiezingen op Aruba*). De zaak is hierboven besproken in par. 6.6.3 (*Geen voorafgaande onrechtmatige daad*).

124 Anders: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 135.

125 Zie daarover hierboven in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

11.6.3 Proportionaliteit en subsidiariteit

In hoofdstuk 7 zijn de beginselen van de proportionaliteit en subsidiariteit besproken. Ook al heeft iemand in principe een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een andere bevoegdheid, dan zal de daad alleen als rechtmatig kunnen worden aangemerkt, wanneer de bevoegdheid op een zorgvuldige wijze is uitgeoefend.

Dat betekent dat de handelende bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid niet bovenmatig veel schade mag toebrengen,[126] en zich bovendien moet bezinnen op minder schadelijke alternatieven voor zijn handeling.[127] Wanneer aan deze eisen niet is voldaan, zal de handeling alsnog als onrechtmatig worden aangemerkt. Van dat laatste zal sprake kunnen zijn als een te zwaar middel is ingezet om het dreigende gevaar te bezweren;[128] of juist een veel te licht middel.[129]

Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vloeit verder voort dat een bepalende factor voor het onrechtmatigheidsoordeel is het doel van de handeling waarbij de schade is toegebracht. Wanneer het gaat om een handeling zonder rechtvaardigend doel, of een handeling waarbij uitsluitend het belang van de handelende is nagestreefd,[130] zal de handeling snel als onrechtmatig worden aangemerkt. Als de schade is toegebracht bij een handeling waarbij beide partijen betrokken waren en zij er beiden profijt van hadden,[131] zal dat een reden zijn om minder snel aansprakelijkheid aan te nemen, zoals in sport en spelsituaties. Wanneer een handeling (nagenoeg) geheel uit altruïstische motieven is begaan,[132] zal niet snel tot aansprakelijkheid van de handelende kunnen worden geconcludeerd.

Ook is het mogelijk dat de handelende weliswaar een beroep had op een rechtvaardiging, maar gebruik had kunnen maken van een veel beter middel dan hij in de gegeven situatie heeft gedaan. Te denken valt aan de aanwezigheid van een minder schadelijk middel, zoals in het geval van de seinwachter, die een automobilist gevangen hield tussen de spoorbomen, om de naam van de automobilist te achterhalen, terwijl hij had kunnen volstaan met het op-

126 Dit is de in par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*) besproken proportionaliteitseis.
127 Dit is de in par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*) besproken subsidiariteitseis.
128 Zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).
129 Zie par. 7.2.6 (*Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel*).
130 Zie daarover par. 7.5.2.2 (*Handeling zonder rechtvaardigend doel*) en par. 7.5.2.3 (*Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang*).
131 Zie daarover par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*).
132 Zie daarover par. 7.5.2.5 (*Handeling in het belang van een ander: altruïsme*).

nemen van het kenteken.[133] Of de politieauto die dwars op de weg wordt geplaatst om een voortvluchtige de vluchtweg te versperren.[134]

Het kan ook zijn omdat in plaats van een wettig een onwettig middel gekozen is, zoals in het geval van de lastige Zwanenburger, die in plaats van op een legale wijze te protesteren, de gang van het verkeer belemmert op een rijksweg.[135]

Andere redenen waarom de handeling toch onrechtmatig kan zijn, is dat van vluchtmogelijkheden geen gebruik is gemaakt,[136] of dat in het geheel geen sprake was van een bedreigende acute situatie. Een bijzonder voorbeeld van dit laatste is de zaak van de man die de merel van zijn buurman met loog bespoot, omdat het dier door zijn gefluit hinder op zou leveren. In dit geval floot de merel echter reeds twee jaar. In zo'n situatie moeten er mogelijkheden bestaan om op een andere wijze de hinder te beëindigen dan door de merel het leven te benemen.[137]

Kortom: wie een bevoegdheid heeft, moet deze op een zorgvuldige wijze – in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit – uitoefenen. Anders kan de handeling alsnog als onrechtmatig worden gekwalificeerd. In dat laatste geval slaagt de contraweerlegging.

Van de zijde van de handelende persoon die zich op de rechtvaardiging heeft beroepen, zal in het debat over de wijze waarop is gehandeld, in het kader van proportionaliteit en subsidiariteit uiteraard steeds de andere zijde van de zojuist besproken factoren worden benadrukt.

Zo zal om ernstig letsel te voorkomen, of een groot gevaar af te wenden ook een schadelijk middel mogen worden gehanteerd. Dat aspect wordt door Advocaat-Generaal Spier besproken in zijn conclusie voor het Uitsmijter-arrest,[138] waarin de portier van een disco probeert door het zwaaien met een ijzeren staaf probeert een bezoeker te ontzetten uit een groep waarvan gevaar uitgaat. Het zwaaien met die staaf is op zichzelf gevaarlijk, en zal (in de woorden van Spier) 'waarschijnlijk tot zeer ernstig letsel (…) leiden, zeker wanneer deze staaf – zoals blijkbaar in casu – op gezichtshoogte wordt rond-

133 Zie par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*). De casus is afkomstig uit HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, *NJ* 1941/189 (*Seinwachter*).

134 Zie eveneens par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*), en verder par. 10.4.5.1 (*Gevaarlijke wijze van uitvoering*). De casus is afkomstig van GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), *NJ* 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

135 Zie par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig middel*). De casus is terug te vinden in HR (Strafkamer) 7 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AJ3856, *VR* 1972/25 (*Lastige Zwanenburger*).

136 Zie daarover par. 7.3.5 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten*).

137 Anders: Rb. Rotterdam 18 juli 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:4, *NJ* 1913, p. 1133 (*Fluitende merel*), waarover in par. 7.3.6 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten*).

138 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), conclusie A-G Spier onder 3.24.

gezwaaid'. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid is dan onder meer van belang de ernst van het af te wenden gevaar:[139]

> 'Opmerking verdient nog dat Eren heeft aangevoerd dat een pistool op korte afstand op hem was gericht en dat hij met de dood werd bedreigd (…). Die omstandigheid zou het grijpen naar een gevaarlijk wapen m.i. kunnen rechtvaardigen.'[140]

Bij de beoordeling van proportionaliteit en subsidiariteit worden het doel van de handeling en het daartoe gebruikte middel dus betrokken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Afhankelijk van de weging van de verschillende omstandigheden zal een contraweerlegging op dit punt dus kunnen slagen.

11.6.4 Relativiteit

In het tiende hoofdstuk is het leerstuk van de relativiteit besproken. Zoals voor een actie uit onrechtmatige daad vereist is dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden,[141] zo geldt omgekeerd voor een beroep op een rechtvaardiging dat deze moet dienen tot bescherming van handelende tegen een schadevergoedingseis vanwege de schade die hij heeft toegebracht.

Aan dit vereiste is niet voldaan, wanneer de ingeroepen rechtvaardiging in het geheel niet de strekking heeft het toebrengen van schade te rechtvaardigen. Dit is de kwestie van het beschermings*doel* van de rechtvaardiging, zoals hierboven besproken is in verband met verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden.[142]

Relativiteit kan ook ontbreken als de toegebrachte schade buiten het beschermings*bereik* van de rechtvaardiging valt. Dat kan zijn, omdat de rechtvaardiging niet kan worden ingeroepen tegen bepaalde personen; bepaalde soorten schade, of bepaalde wijze van intreden van schade. Van elk van deze beperkingen een korte aanduiding.

Een goed voorbeeld van de relativiteit van de rechtvaardiging in verband met de *personen* tegen wie men zich op deze rechtvaardiging kan beroepen is te vinden bij noodweer. Een beroep op noodweer kan men doen jegens de aanvaller. Ten opzichte van buitenstaanders kan men zich niet op noodweer beroepen. In het voorgaande is besproken de Duitse casus van de waard die

---

139 Onder meer. Het moet worden afgewogen tegen de kans dat door het zwaaien van de staaf iemand letsel zou oplopen (concl. A-G Spier voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), onder 3.25-3.26).

140 Conclusie van A-G Spier voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*) onder 3.27.

141 Zie artikel 6:163.

142 Zie par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*).

zich jegens een indringer moet verdedigen met een schietwapen. Jegens de onschuldige hotelgasten is het gebruik van een dergelijk gevaarlijk middel niet gerechtvaardigd.[143]

Een voorbeeld van schade die gezien de *aard* buiten de rechtvaardiging valt, is te vinden bij de wettelijke bevoegdheid. De Wet Herstructurering varkenshouderij beoogt de productie van varkensmest te reguleren. Die regulering kan schade met zich meebrengen, maar dat wordt gerechtvaardigd door het algemene belang. Niet gerechtvaardigd wordt echter het toebrengen van 'individuele en buitensporige' schade aan enkele betrokken varkenshouders. Tegen dit soort schade biedt de ingeroepen rechtvaardiging geen bescherming.[144]

Ten slotte kan de relativiteit van de rechtvaardiging ontbreken, gezien de *wijze van toebrenging* van de schade. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een ongeoorloofd middel bij schadetoebrenging is gebruikt. Zo'n middel werd aanwezig geacht toen een inrichting een psychiatrische patiënt op wie een separeermaatregel werd toegepast, dwong overdag zijn pyjama aan te houden. Juist voor deze patiënt was dit een heel pijnlijke maatregel omdat hij er zo graag netjes uitzag. Om die reden werd de wijze van schadetoebrenging aan de patiënt niet gerechtvaardigd door een beroep op noodtoestand.[145]

11.7 Terugblik, samenvatting en overgang naar wat volgt

11.7.1 Geschilbeslechting, Toulmin en PETL

In het achtste hoofdstuk van deze studie is onderzocht hoe de verschillende wijzen van rechtvaardigen (de analyserende en synthetiserende methode) theoretisch te plaatsen zijn. Daarbij is bezien wat hun waarde is bij het beslechten van geschillen (probleemoplossing) zoals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid en rechtvaardiging van een handeling in een procedure. De conclusie luidde dat de analyserende methode, waarbij normschending en rechtvaardiging uit elkaar werden getrokken, de voorkeur verdient.[146]

In dit elfde hoofdstuk is bezien hoe de oordeelsvorming over onrechtmatigheid en rechtvaardiging praktisch plaatsvindt. Het argumentatiemodel van Toulmin biedt daartoe een belangrijk handvat, omdat het beschrijft op welke wijze juridische problemen in de praktijk worden opgelost. Aan de hand van dit model zijn alle elementen die bij de oordeelsvorming van belang zijn, en

143 Het voorbeeld is besproken in par. 10.3.2 (*Kring van personen*).

144 Zie par. 10.4.4 (*Soort schade*), het voorbeeld is ontleend aan HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Varkensmesters*).

145 Omtrent de wijze van schadetoebrenging bij noodtoestand uitgebreid in par. 10.5.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*). Het aangehaalde voorbeeld is ontleend aan Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*).

146 Zie par. 8.7 (*Conclusie en overgang naar wat volgt*).

die eerder in deze studie zijn beschreven, in een kader geplaatst. Daarmee werden de eerder beschreven onderwerpen in een processuele context gevat.

Uit het aldus ingevulde model volgt een nadere onderbouwing van de eerder geventileerde voorkeur voor de analyserende methode. Het model geeft aan waarom normschending en rechtvaardiging apart van elkaar moeten worden beschouwd: de keus voor een bepaalde grondslag van de vordering bepaalt dwingend welke verweren nog mogelijk zijn – wat onzichtbaar blijft als men uitgaat van een '*overall*-toets'. Het model doet ook helder uitkomen dat er in de praktijk geen sprake kan zijn van een overkoepelend criterium, omdat het op de weg van verschillende partijen ligt om zich te beroepen op de verschillende onderdelen van het model. Er is wel sprake van een uiteindelijk oordeel, maar dat is opgebouwd uit elementen die door verschillende partijen moeten worden aangedragen. Ook dat blijft onbelicht in de synthetiserende methode. Uit het model blijkt verder dat rechtspraak die werd gezien als bevestiging van de juistheid van de leer-Smits (als belangrijkste weergave van de synthetiserende methode) op een andere wijze kan worden benaderd. In de zaak Breda/Nijs bijvoorbeeld, was sprake van een specifieke, maar zwakke aangevoerde rechtsgrond, waardoor op de algemene zorgvuldigheidsnorm moest worden teruggevallen.[147]

Het model is nog op een andere manier van belang. Bij de bespreking van de volledige rechtvaardigingen is ook de regeling in PETL aangehaald.[148] In PETL wordt in verschillende artikelen een opsomming gegeven van de mogelijke verweren tegen aansprakelijkheid. Daaraan is steeds de zinsnede toegevoegd:

> 'Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.'

Dat leidde Sieburgh tot de kritiek:

> 'Wat redenen voor aansprakelijkheid kunnen zijn die opwegen tegen een aangetoonde grond voor rechtvaardiging is in de toelichting op geen enkele wijze aangegeven. Het enige wat op verschillende plaatsen wordt herhaald, is dat het gaat om een "flexible approach". (…) In veel gevallen geldt dat met een "flexible instrument" überhaupt geen "approach" valt te bewerkstelligen.'[149]

Met deze kritiek ben ik het eens. Wanneer niets is gezegd is over de onderlinge krachtsverhouding van normschending en rechtvaardiging, valt er niet veel te 'wegen', zoals PETL suggereert. Het model van Toulmin geeft, men zijn

147 Zie par. 11.2.1 (*De samenhang tussen grond en ondersteuning*). Een ander arrest dat (m.i. ten onrechte) wel wordt beschouwd als bevestiging van de leer-Smits (Maas/Willems), kwam hierboven al aan de orde, zie par. 8.6.3 (*Situeringsfunctie; De legitimerende kracht*).

148 Zie par. 3.13.6 (*PETL*).

149 Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, p. 60. Zie par. 3.13.6 (*PETL*).

onderscheiding van ondersteuningen en krachtaanduiders aan waarom een bepaalde aangevoerde normschending een dwingende kracht heeft, en waarom een aangevoerde rechtvaardiging een sterke 'kerende' kracht heeft. Het model maakt, anders gezegd, de in PETL beschreven weging inzichtelijk.

11.7.2 Samenvattend

In dit hoofdstuk is bezien wat het effect is van een ingeroepen rechtvaardiging op het oordeel over de gestelde onrechtmatigheid van de handeling. Dat effect werd bezien aan de hand van het argumentatiemodel van Toulmin. Uit het model blijkt het volgende.

De keus voor de grond bepaalt welke weerleggingen mogelijk zijn. En de omstandigheid dat in een niet zelf veroorzaakte situatie, plotseling en snel moet worden opgetreden, brengt mee dat niet snel aansprakelijkheid mag worden aangenomen, zeker niet als is gehandeld ten behoeve van een derde.

Tegen een geslaagd beroep op een grond kan door de gedaagde een weerlegging worden aangevoerd. Wanneer die weerlegging een beroep op een rechtvaardiging is, hangt het van de aard van de ingeroepen rechtvaardiging af hoe groot de kerende kracht op het oordeel over de handeling zal zijn. De kracht van een volledige rechtvaardiging is het grootst, evenals de kracht van een voorwaardelijke rechtvaardiging tenzij de voorwaarde wordt vervuld. Bij de beoordeling van de ingeroepen rechtvaardiging zal ook rekening moeten worden gehouden met de bijzondere omstandigheden waarin de handelende verkeerde.

Na een op zichzelf geslaagd beroep op een weerlegging, zal nog een contraweerlegging kunnen worden ingeroepen. De eiser betwist in dat geval dat de gedaagde bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid zorgvuldig heeft gehandeld. Hij kan die betwisting baseren op een *culpa in causa*-redenering, op de stelling dat gehandeld is in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit of op de afwezigheid van relativiteit.

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging uiteindelijk slaagt, zal het oordeel luiden dat de handeling niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Tegen de handelende zal in die situatie de actie uit artikel 6:162 niet worden toegewezen; de handelende is niet tot het betalen van schadevergoeding verplicht – althans: niet op grond van artikel 6:162.

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt, of wanneer het verweer tegen de aangevoerde rechtvaardiging slaagt, zal de handeling als onrechtmatig worden beoordeeld. Op grond van artikel 6:162 is de handelende dan verplicht de schade te vergoeden die uit zijn handelen is voortgevloeid. De omvang van die verplichting wordt vastgesteld aan de hand van afdeling 6.1.10.

Maar ook in dat laatste geval, als het verweer *tegen* de rechtvaardiging dus slaagt, hoeft de rol van de rechtvaardiging nog niet te zijn uitgespeeld.

De omstandigheid dat op grond van een rechtvaardiging is gehandeld, kan namelijk nog een rol spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Het oordeel over de vergoedingsplicht is het thema van het volgende en laatste hoofdstuk van deze studie.

12 Invloed op oordeel vergoedingsplicht

12.1 INLEIDING

12.1.1 Het 'onafwendbare' gevolg: geen schadevergoeding

Wie zich met succes beroept op een rechtvaardiging handelt rechtmatig. Dat betekent dat aan een van de vereisten van artikel 6:162 niet is voldaan; de onrechtmatigheid ontbreekt als een toereikende rechtvaardiging aanwezig is. Daarmee vervalt ook een belangrijke basis om schadevergoeding te vorderen wanneer door het gerechtvaardigd handelen schade is ontstaan – de rechtvaardiging blokkeert daarmee de vergoedingsplicht. Althans: in principe.

12.1.2 Relativering van het uitgangspunt

Het zojuist besproken beginsel moet in een aantal opzichten worden gerelativeerd.

Ten eerste: artikel 6:162 valt af als grondslag om de schadevergoedingsclaim op te baseren. Dat laat echter de mogelijkheid open dat de claim jegens de handelende wordt gebaseerd op een andere grond, bijvoorbeeld in het geval dat de handelende zelf ook heeft geprofiteerd van de daad.

Ten tweede: het feit dat de gerechtvaardigd handelende geen verplichting heeft de schade te vergoeden, wil niet zeggen dat *een ander* die verplichting niet zou kunnen hebben. De kwestie wie eventueel vergoedingsplichtig is, hangt uiteraard opnieuw samen met de vraag op welke grondslag een eventuele schadevergoedingseis kan worden gebaseerd. Zo'n situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de in noodtoestand handelende iemand redt, en daarbij schade toebrengt aan een derde. De benadeelde derde zal zijn schade niet ex artikel 6:162 kunnen verhalen op de handelende redder (die zich op noodtoestand zal kunnen beroepen en dus niet onrechtmatig handelde). Maar de benadeelde zal zijn schade mogelijk wel met succes kunnen claimen van de geredde (bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking).[1]

Ten derde: het uitgangspunt dat geen vergoeding verschuldigd is bij een geslaagd beroep op een rechtvaardiging kan nog op andere wijze worden

1 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 617.

gerelativeerd, omdat het te strikt is geformuleerd. Soms is namelijk ook geen of geen volledige vergoeding verschuldigd bij een mislukt beroep op een rechtvaardiging. Anders gezegd: zelfs wanneer de ingeroepen rechtvaardiging *niet* toereikend is, het handelen dus onrechtmatig is en schadevergoeding verschuldigd is, hoeft de rol van de rechtvaardiging niet te zijn uitgespeeld. De omstandigheid dat in ieder geval een onvolledige rechtvaardiging bestaat, of dat – bij een mislukt beroep op een volledige rechtvaardiging – bedoeld is te handelen op grond van een rechtvaardiging, kan van invloed zijn op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht.

In dit hoofdstuk wordt (in 12.3 en 12.4) nagegaan wat de grondslag is van een verplichting tot schadevergoeding bij geheel of gedeeltelijk gerechtvaardigd handelen en op wie deze verplichting rust.[2] Daarna wordt (in 12.5 en 12.6) nagegaan welke rol in zo'n geval de aanwezigheid van een ingeroepen rechtvaardiging speelt bij de beoordeling van de omvang van een eventuele schadevergoedingsplicht. Voorafgaand aan dit alles moet eerst worden gedefinieerd welke partijen betrokken kunnen zijn bij de handeling.

12.1.3 Over de terminologie

Voor een beschouwing van de schadevergoedingsverplichting is het nodig nog expliciet stil te staan bij de verschillende betrokken partijen en hun benaming. De begrippenparen die gewoonlijk bij de aanduiding van onrechtmatig handelen worden gehanteerd, als dader/slachtoffer; schadeveroorzaker/schadelijder; laedens/gelaedeerde, zijn namelijk niet altijd toereikend voor de beschrijving van een geval waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardigingsgrond.

Zo is het begrip slachtoffer (schadelijder/gelaedeerde) bij rechtvaardigingen multi-interpretabel. Als slachtoffer kan allereerst worden gezien degene die schade lijdt door de handeling waarvoor een rechtvaardiging wordt ingeroepen. Dat is altijd het geval bij noodweer. Het gaat dan immers om de verdediging tegen een aanval. De aanvaller lijdt schade, tot vergoeding waarvan hij de noodweerder aanspreekt; de noodweerder beroept zich op een rechtvaardiging.

Maar ook diegene die zich op een rechtvaardiging beroept, kan slachtoffer zijn. Te denken valt opnieuw aan een noodweersituatie: A bedreigt B met een pistool. Ter verdediging schopt B met een karatetrap tegen de schouder van

2 Het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van andere vorderingen, vloeit uit het voorgaande voort, en komt in het onderstaande slechts aan de orde als dat relevant is. Voor de verklaring voor recht zie hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel onrechtmatigheid*), over die vordering in het algemeen zie: Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss.) 2015. Voor het verbod zie: Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978 en Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, 2019.

A, die hierdoor zijn pistool laat vallen, maar ook letsel oploopt. A lijdt schade en is in die zin slachtoffer, maar noodweerder B is, als bedreigde, uiteraard evenzeer slachtoffer – en wel van de bedreiging door A, die de noodweerhandeling uitlokte.

In het geval van rechtvaardigingen is er bovendien vaak nog een derde, niet bij de handeling betrokken partij, die slachtoffer is van de te rechtvaardigen handeling. Zo in het al eerder genoemde voorbeeld. Een drenkeling wordt gered door X. Om bij de drenkeling te kunnen komen, moet X echter door de tuin van Y lopen en daar vertrapt hij planten. Y lijdt hierdoor schade en hij kan (als buitenstaander van de handeling) slachtoffer van de noodsituatie worden genoemd.

Om het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht scherp te omschrijven, moet eerst het begrippenkader worden vastgesteld en geanalyseerd wat precies *gebeurt* in de situatie waarin iemand een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond en wie bij de te rechtvaardigen handeling betrokken zijn.

12.2 De betrokken partijen

12.2.1 Vier aspecten

In iedere situatie waarin iemand zich op een rechtvaardiging moet beroepen, zijn vier steeds terugkerende aspecten te onderscheiden. Er is: 1. een oorzaak van de situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging; 2. een reden waarom moet worden opgetreden: het belang dat moet worden gered; 3. iemand die optreedt in de ontstane situatie; 4. schade veroorzaakt.

Al in hoofdstuk 1 van deze studie zijn deze rollen kort aangeduid;[3] ze worden nu nader bezien.

12.2.2 Vier rollen

In de meest heldere situatie vallen de zojuist genoemde aspecten samen met de bijdragen van verschillende bij de situatie betrokken personen. Die verschillende bijdragen licht ik kort toe, aan de hand van het hierboven al vaker aangehaalde voorbeeld van Meijers: Er is brand gesticht, en iemand grijpt de deken van een ander om daarmee de voor een derde dreigende dood door

3 Zie par. 1.5.8 (*De betrokken partijen*).

verbranding te voorkomen.[4] In dit geval zijn er maximaal vier verschillende betrokken partijen te onderscheiden.

Allereerst is er iemand die de situatie teweegbrengt waarin een beroep op een rechtvaardigingsgrond noodzakelijk is. Hij is degene die de reden tot ingrijpen *veroorzaakt*. In het zojuist gegeven voorbeeld is dat de brandstichter.

Vervolgens is er een ingrijpende persoon. Deze *handelt* in de ontstane situatie. Hij brengt daarbij schade toe en beroept zich op een rechtvaardiging wanneer hij tot vergoeding daarvan wordt aangesproken. In het voorbeeld is dit degene die de deken wegrukt om een in nood verkerende persoon te redden.

Verder is te onderscheiden: degene wiens belang wordt behartigd. De nood waarin deze persoon verkeert, vormt de reden tot ingrijpen; zijn belang vertegenwoordigt de *reden tot ingrijpen*. Meestal is dit dus de te redden persoon of het geredde belang, dan wel de bedreigd(e) persoon (of het bedreigde belang). In het voorbeeld is dat degene die dreigt te verbranden.

Ten slotte is er de schadelijdende persoon. Dit is degene *ten koste van wie* is opgetreden om het bedreigde belang te redden. Het is ook degene tegenover wie het beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan. In het voorbeeld van Meijers is dit de eigenaar van de deken.

In een situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond zijn de zojuist besproken aspecten, als gezegd, altijd aanwezig. Als aan elk van de vier betrokkenen een rol moet worden toegekend, gaat het om deze:

1. de veroorzaker;
2. de handelende;
3. de belanghebbende;
4. de benadeelde.

Elk van deze rollen wordt nu kort toegelicht.

12.2.3 De veroorzaker

Handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond is handelen in een noodsituatie. Zoals alles, heeft deze situatie een oorzaak. Voor de vraag naar een eventuele vergoedingsverplichting is relevant wat de precieze oorzaak van de noodsituatie is geweest.

C houdt bijvoorbeeld D onder schot. E komt D te hulp en slaat de revolver uit de handen van C. Daarbij verwondt hij C. E kan zich beroepen op noodweer; hij verwondde C immers bij de noodzakelijke verdediging van D tegen

4 In zijn annotatie bij HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 e.v. (*Vernietiging tuberculeus vlees*), op p. 1553. Het gegeven dat de brand is *gesticht*, is door mij aan het voorbeeld van Meijers toegevoegd.

een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding door C. Het handelen van C (de bedreiging van D) moet als een onrechtmatige daad worden gezien; het handelen van E niet. C is de veroorzaker van de situatie waarbij E een te rechtvaardigen daad moest plegen. In dit geval is de onrechtmatige daad van C oorzaak van de te rechtvaardigen situatie. Wanneer bijvoorbeeld E zelf ook gewond raakt op het moment dat hij de revolver uit de hand van C slaat, kan E zijn schadevergoedingseis jegens C baseren op onrechtmatige daad. Als D bij de actie gewond raakt, heeft ook hij een vordering uit onrechtmatige daad jegens C.

Dikwijls echter, is het niet zo eenvoudig om de oorzaak van een te rechtvaardigen handeling te herleiden tot een onrechtmatige daad. Het kan zijn dat er in het geheel geen daad aan de situatie voorafgaat; het kan ook zijn dat er weliswaar sprake is van een daad, maar dat deze niet als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Van beide situaties een voorbeeld.

Door een storm waait een zolderraam open in het huis van F die op dat moment op vakantie is. In het klapperende raam is een ruit gebroken. Buurman G, die ziet dat een raam staat te klapperen met de losse glasdelen er nog in, forceert de deur in het huis van F om bij het raam te komen en de resterende glasdelen eruit te halen zodat deze geen gevaar meer opleveren voor passanten, en het raam af te timmeren, zodat er geen inbrekers in kunnen komen. Het feit dat hij de deur heeft moeten forceren, is niet onrechtmatig jegens belanghebbende buurman F (zaakwaarneming). De redenen die G dreven tot zijn handelen (de storm) zijn echter niet te herleiden tot enige menselijke activiteit. Als G zich verwondt tijdens zijn herstelwerkzaamheden aan het huis van F, zal hij zijn schadevergoedingsclaim dus niet kunnen baseren op onrechtmatige daad.

Een vordering uit onrechtmatige daad ontbreekt ook in de volgende casus: H valt uit een boot in het water. H raakt in paniek en schreeuwt om hulp. I schiet hem te hulp en moet door de tuin van J rennen om bij het water te komen. In de tuin van J vertrapt I planten. I vernielt dus de eigendom van J, maar zijn handelen is niet onrechtmatig, omdat hier sprake is van noodtoestand. Als oorzaak van deze toestand is weliswaar een menselijk handelen aan te merken (het in het water vallen van H), maar dit handelen is niet onrechtmatig.

12.2.4 De handelende

Als handelende is hierboven aangemerkt degene die de onrechtmatige daad begaat die gerechtvaardigd moet worden. Hij is derhalve de centrale figuur in het schema. Vaak speelt hij de rol van degene die het bedreigde belang veilig stelt, de 'redder'. Hij is in ieder geval de persoon die optreedt in de ontstane situatie en een daad pleegt die in andere omstandigheden als onrecht-

matig zou worden aangemerkt. Hij is degene die een beroep op een rechtvaardiging doet.

12.2.5 De belanghebbende

In iedere situatie waarin op grond van een rechtvaardiging wordt gehandeld, is sprake van een keuze voor een bepaald belang, ten koste van een ander belang. Het geredde belang kan zijn een geredde persoon, zoals de hierboven beschreven drenkeling H die ten koste van schade aan de planten van een ander wordt gered, of degene die (in de oercasus van Meijers) dreigt te verbranden en met schade aan de deken van een ander wordt veilig gesteld. Uiteraard kan het ook om een abstract belang gaan, bijvoorbeeld in de situatie waarin een ambtelijk bevel moest worden opgevolgd of een wettelijke verplichting moest worden nageleefd. De rechtvaardiging om te handelen zoals men deed en daarbij schade toe te brengen, wordt dan gevonden in een hogere bevoegdheid/verplichting, of het algemeen belang.

De belanghebbende is degene ten behoeve van wie wordt opgetreden. Hij is, althans: bij een geslaagd optreden, ook degene die profijt heeft van de handeling.

12.2.6 De benadeelde

Tot slot is er in iedere situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging sprake van toegebrachte schade waarvoor verhaal wordt gezocht, tegen welke actie de handelende zich verweert met een beroep op een rechtvaardiging. Tegenover de handelende staat, als het om rechtvaardigingen gaat, dus altijd de schadelijder; de benadeelde. Hij treedt in een eventuele procedure op als eisende partij en stelt de vordering in, waartegen de handelende zich zal verweren met een beroep op een rechtvaardiging.

Als benadeelde is aan te duiden degene wiens belang is opgeofferd ten koste van het geredde belang. Vaak zal het gaan om een buitenstaander bij de te rechtvaardigen handeling, zoals in het door Meijers gegeven voorbeeld: wanneer er brand is en iemand door verbranding dreigt om te komen, is het gerechtvaardigd de deken van een derde te grijpen om daarmee de dreigende verbrandingsdood te voorkomen.[5] De benadeelde derde zal compensatie wensen voor het belang waarin hij is getroffen. Drie mogelijke vergoedingsplichtigen dienen zich aan: de oorspronkelijke veroorzaker van de noodsituatie, bijvoorbeeld de brandstichter; de belanghebbende, die profiteert van de opoffe-

5 Meijers in noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549, met het voorbeeld op p. 1553.

ring, en de handelende persoon die het belang van de benadeelde heeft opgeofferd ten behoeve van een ander, groter belang.

12.2.7 Variaties op het schema: veelvoud en samenval

Op het basisschema zijn verschillende varianten denkbaar.

De vier onderscheiden rollen kunnen worden gespeeld door meerdere betrokkenen. Voor iedere rol zijn dan meerdere personen betrokken.

In het geval van de samenval zijn verschillende aspecten (rollen) verenigd in één persoon; en vertolken de verschillende betrokkenen meerdere rollen. Het gaat dan dus om meer rollen per betrokkene.

12.2.8 Veelvoud van betrokkenen in een rol

Wat betreft de verveelvoudiging: het behoeft geen betoog dat er meerdere veroorzakers van de ontstane situatie kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor het aantal geredde personen, voor het aantal belangenbehartigers en benadeelden. Deze verveelvoudiging leidt niet tot een andere beoordeling van de situatie dan op grond van de hierboven gegeven basisschets. Alle rollen blijven gelijkelijk verdeeld over verschillende betrokkenen. De verhoudingen tussen de verschillende betrokkenen verschilt daardoor niet en evenmin de gronden voor de eventuele vergoedingsverplichtingen.

12.2.9 Samenval van rollen in een betrokkene

Moeilijker te beoordelen is de situatie waarin meerdere rollen verenigd zijn in één betrokkene. De situatie verdicht zich dan, omdat meer aspecten samenvallen in die ene betrokkene, en de diverse rollen dus niet over evenzoveel partijen worden verdeeld. Dat maakt het lastiger om in te zien wat precies de eventuele gronden voor aansprakelijkheid, of van het recht op schadevergoeding zijn. Van die situaties volgt nu een voorbeeld om de gedachten te bepalen, waarbij ik uitga van een noodsituatie.

De veroorzaker van de te rechtvaardigen handeling kan tegelijkertijd degene zijn die zich op de rechtvaardigingsgrond beroept, andersom geformuleerd: degene die zich op een rechtvaardigingsgrond beroept, heeft zelf de situatie in het leven geroepen waarin hij zich moest beroepen op een rechtvaardiging. De rol van *veroorzaker en handelende* vallen dan samen. Bijvoorbeeld: K laat L schrikken, die in het water valt. M springt L na om hem te redden.

De *veroorzaker kan de belanghebbende* zijn. L valt bijvoorbeeld door zijn eigen onvoorzichtigheid in het water. Hij wordt daar vervolgens uitgehaald door M.

Zo kan ook de *veroorzaker tegelijkertijd de benadeelde* zijn, dus degene zijn die uiteindelijk de schade lijdt (in het zojuist gegeven voorbeeld: L, die door zijn onhandigheid in het water valt, heeft waterschade aan zijn kleding), of: degene die mede schade lijdt (als naast L ook redder M waterschade aan zijn kleding heeft). Een veel voorkomende situatie is die van de bedreiger die zelf gewond raakt.

Verder kan de persoon van de *handelende met die van belanghebbende* samenvallen. Dit is een veel voorkomende situatie, bijvoorbeeld in het geval van noodweer. Dikwijls wordt een handeling in noodweer immers gepleegd juist om het eígen lijf of goed uit de benarde situatie te redden.

Ook kan de rol van *handelende samenvallen met die van benadeelde.* Om een kind dat de straat op rent te ontwijken, gooit een motorrijder zichzelf met zijn motor tegen de grond,[6] waarbij de motor beschadigd raakt. Of een man probeert het bij de lift bekneld geraakte hondje van een vrouw te bevrijden, en valt daarbij zelf in de liftschacht.[7]

Ten slotte kan de *benadeelde tegelijkertijd de belanghebbende* zijn. De eigenaar wordt uit zijn brandende huis gered door een passant, die bij de reddingsactie de deur moet intrappen.[8]

De zojuist gegeven voorbeelden zien op de situatie waarin twee rollen samenvallen in een persoon. Uiteraard kunnen er ook drie rollen in een persoon samenvallen.

In de meest gecomprimeerde situatie vallen zelfs alle hierboven geschetste aspecten samen in één persoon. Bijvoorbeeld: Z valt door zijn eigen onvoorzichtigheid in de gracht, weet zich daar weer uit te hijsen, maar scheurt daarbij zijn jas. Deze meest verdichte situatie is juridisch niet interessant, omdat er in een geval als dit geen reden bestaat om de schade door iemand anders te laten dragen dan degene die haar veroorzaakte en leed. Er is geen grond(slag) om de schade te verplaatsen. De wet geeft daarvoor trouwens ook geen mogelijkheid.

Juridisch interessanter, en lastiger, is het wanneer er minstens twee personen te onderscheiden zijn in wie meerdere van de bovengenoemde aspecten zijn vertegenwoordigd. Daarvan zijn zojuist voorbeelden gegeven. Juist in deze 'samenvallende' en daardoor ondoorzichtige situaties is het, als gezegd, van belang de hierboven genoemde vier aspecten te onderscheiden, omdat deze goede handvatten bieden voor de juridische beoordeling van een eventuele schadevergoedingsverplichting.

---

6 Het voorbeeld ontleen ik aan *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/413, p. 410, die i.v.m. zelfopoffering in het verkeer verwijst naar Larenz II.1, par. 57 Ib. Een soortgelijk geval is hierboven beschreven als toelichting op het model van Toulmin in par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

7 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973, *JA* 2014/91; Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*).

8 Het voorbeeld is van Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668.

12.3 Grondslag van de vergoedingsplicht

12.3.1 Inleiding

De omstandigheid dat is gehandeld op grond van een toereikende rechtvaardiging, behoeft geen belemmering te zijn voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding. De ontwerper van het huidige wetboek wijdt aan dit gegeven zelfs een relatief lange passage:

> 'In verschillende buitenlandse wetboeken worden bepaalde rechtvaardigingsgronden afzonderlijk geregeld, met name noodweer en noodtoestand. Het ontwerp heeft hierin deze wetboeken niet gevolgd. (...) De meeste van de genoemde wetboeken bevatten nog de regel dat in bepaalde gevallen van handelen in noodtoestand ondanks het wegvallen van de onrechtmatigheid toch een schadevergoedingsplicht naar billijkheid bestaat. Inderdaad is (...) internationaal erkend dat in verschillende gevallen van schadetoebrenging in noodtoestand de billijkheid medebrengt dat schadevergoeding verschuldigd is door de dader of door degene in wiens belang deze handelde. Het ontwerp heeft hiervoor geen bijzondere regel opgenomen. Aan de hand van de beginselen omtrent ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1) moet de vraag worden beantwoord in hoeverre in deze gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat en op wie die verplichting drukt.'[9]

Over de vraag *of* een schadevergoedingsvordering kan worden ingesteld bestaat sinds de wetsontwerper zijn visie ontvouwde in de zojuist geciteerde passage weinig twijfel. Volgens de ontwerper kan een eventuele vergoedingsplicht in ieder geval worden gebaseerd op de beginselen van ongerechtvaardigde verrijking.

Ook andere grondslagen voor de vergoedingsplicht zijn denkbaar. Ze worden nu besproken, waarbij voor zover nodig ook wordt ingegaan op de vraag *tegen wie* de schadevergoedingsvordering zou kunnen worden ingesteld.

12.3.2 Billijkheid

Uit het hierboven aangehaalde citaat uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt reeds dat een aantal landen een schadevergoeding naar billijkheid kent, die de handelende verschuldigd is of de belanghebbende. Verwezen wordt in het citaat naar zeer verschillende regelingen,[10] waarvan voor Nederlands recht de Duitse artikelen 227, 228 en 904 BGB het meest vergelijkbaar zijn. § 227 BGB regelt de noodweerhandeling, maar geeft geen regeling voor de vergoeding van schade die door de handeling is ontstaan. § 228 BGB regelt de Verteidi-

9 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

10 Ze betreffen het Duitse, Zwitserse, Italiaanse, Griekse, Egyptische en Hongaarse recht.

gungsnotstand. Dit artikel verleent evenmin een recht op schadevergoeding, maar geeft alleen aan dat de handelende die zelf medeoorzaak is van het gevaar, tot schadevergoeding verplicht is.[11] § 904 tenslotte, regelt de 'Angriffnotstand'. Het artikel regelt de positie van de eigenaar bij zaakbeschadiging, wanneer zijn zaak bij noodweer/noodtoestand wordt gebruikt. Met betrekking tot de schade die hieruit voortvloeit, stelt het artikel dat de eigenaar vergoeding kan verlangen.[12] De vergoedingsverplichting rust op de handelende persoon; niet op de belanghebbende.[13]

Uit deze beschrijving blijkt dat het gaat om ad hoc regelingen voor een enkele rechtvaardigingsgrond. Navolging verdient een dergelijke regeling mijns inziens niet. Dat hangt ook samen met het Nederlandse systeem, waar in het BW geen aparte beschrijving van de verschillende rechtvaardigingsgronden is opgenomen. Dan ligt het ook niet voor de hand om wel een regeling voor de *gevolgen* van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgronden op te stellen. Het lijkt mij dan ook terecht dat de wetgever de buitenlandse voorbeelden op dit punt niet heeft gevolgd.

Overigens komt het mij onverstandig voor om een schadevergoedingsverplichting te gronden alleen op de billijkheid, dus buiten een in de wet opgenomen grondslag voor de schadevergoedingsplicht. Immers: met de ingeroepen rechtvaardiging bevindt men zich al op een schemerig gebied tussen onrechtmatigheid en rechtmatigheid. Wanneer ook de schadevergoedingsverplichting zou worden gefundeerd op een onduidelijke basis, zoals 'de billijkheid' op zichzelf, ontbreekt daar eveneens houvast. Dat is geen aantrekkelijke optie. Voor het aannemen van een vergoedingsverplichting op grond van de billijkheid, bestaat ook alleen noodzaak in het geval het huidig wettelijk systeem zou tekortschieten voor het funderen van een vergoedingsplicht. Dat is naar mijn mening niet het geval, zoals hierna zal blijken.

12.3.3 Onrechtmatige daad

12.3.3.1 Van de veroorzaker

Als allereerste grondslag voor een eventuele schadevergoedingsverplichting buiten contract is uiteraard te denken aan onrechtmatige daad van degene die aanleiding gaf tot het handelen in de te rechtvaardigen situatie.

---

11 Vgl. § 228, slot: 'hat der Handelnde die Gefähr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet'.

12 § 904, slot vermeldt hieromtrent: 'Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenuber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen'.

13 Zie Jauernig § 904, 3aa.

Op grond van onrechtmatige daad zal aansprakelijk zijn diegene die door zijn onzorgvuldig handelen – meestal: gevaarzetting – de situatie heeft gecreëerd waarin een beroep op een rechtvaardiging moest worden gedaan. Dat geldt als hij de gevaarlijke situatie voorzag, of kon en moest voorzien en kon vermijden.

De veroorzaker zal aansprakelijk kunnen zijn zowel jegens degene wiens belang wordt bedreigd, dus de belanghebbende (voor zover deze zelf schade heeft), als jegens degene die handelend optreedt (eveneens voor zover deze schade lijdt), alsook jegens degene ten koste van wie handelend wordt opgetreden, dus de benadeelde. De veroorzaker van de situatie waarin een beroep op een rechtvaardiging moet worden gedaan, kan overigens ook de handelende persoon zelf zijn, die een beroep op de rechtvaardiging doet. Diens positie bespreek ik nu.

12.3.3.2 Van de handelende

De handelende, dus degene die zich op de rechtvaardiging beroept, kan aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer hij zelf veroorzaker is van de te rechtvaardigen situatie,[14] of wanneer hij onzorgvuldig handelde bij de uitoefening van de rechtvaardiging,[15] of wanneer de ingeroepen rechtvaardiging de handeling niet of niet geheel dekt.[16] De handelende persoon kan ook aansprakelijk worden gesteld uit onrechtmatige daad, wanneer hij weliswaar een rechtvaardigingsgrond heeft, maar bij het uitoefenen van die rechtvaardiging buitenproportioneel schade veroorzaakt.

Voorgesteld is de handelende persoon *altijd* aansprakelijk te houden, ook buiten het geval hij zelf een onrechtmatige daad pleegt. Een voorstander van deze visie is Wolfsbergen. Hij acht het wenselijk de actie van de benadeelde

> 'niet tegen de bevoordeelde, doch tegen de handelende persoon te geven, die dan zelf regres tegen de bevoordeelde kan nemen. De benadeelde behoeft niet naar de bevoordeelde te gaan zoeken, doch kan zich houden aan degeen, die handelend optrad.'[17]

Niet geheel duidelijk is op welke grondslag de vordering zou stoelen. Wolfsbergen oppert:

> 'Wellicht ware een constructie denkbaar (...) dat de noodhandeling rechtmatig is, doch het niet vergoeden van schade onrechtmatig.'[18]

14 Zie hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).
15 Zie hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).
16 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).
17 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 156.
18 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 157.

Aansluiting bij het leerstuk van de onrechtmatige daad zoekt ook Biegman-Hartogh, die er evenals Wolfsbergen voor kiest de handelende persoon aansprakelijk te houden:

> 'Voorts geef ik er de voorkeur aan, de benadeelde alléén een vordering te geven tegen de "inbreukmaker", ook indien deze een ander is dan degene, wiens belang door de handeling werd behartigd. Wanneer de "inbreukmaker" een overheidsinstantie is, lijkt me dit de meest redelijke oplossing; wanneer het bij uitzondering eens een particulier is (de bekende figuur A, die B's bloemetjes vertrapt om een brand in C's huis te blussen), kan deze als zaakwaarnemer met de actio contraria tegen de bevoordeelde ageren.'[19]

De oplossing van Wolfsbergen en Biegman-Hartogh is zeker praktisch. Voor de benadeelde zal het in het algemeen inderdaad gemakkelijker zijn de directe veroorzaker van zijn schade aan te wijzen, dan te achterhalen wie door de schade toebrengende handeling is bevoordeeld. In dezelfde zin Asser/Sieburgh, die meent dat een vordering uit zaakwaarneming jegens de belanghebbende niet dient te worden erkend.[20]

Maar de gekozen oplossing leidt tot de – in mijn ogen – bizarre consequentie dat degene die in actie komt om, zoals in het voorbeeld van Biegman-Hartogh, nota bene ten behoeve van een ander, een eind te maken aan een noodsituatie – die hij bovendien niet zelf heeft veroorzaakt, moet opdraaien voor de eventuele schadelijke gevolgen van zijn altruïstische daad. Dat lijkt mij een ongewenste oplossing.[21] Althans voor het geval de dader zich kan beroepen op een volledige rechtvaardiging, en buiten het geval hij zelf – los van de rechtvaardiging – een onrechtmatige daad pleegt, of zijn bevoegdheid te buiten gaat.[22] Het praktische gemak van de benadeelde bij een rechtstreekse actie tegen de handelende en niet te hoeven zoeken naar de bevoordeelde, dient naar mijn mening minder zwaar te wegen dan de bescherming die de actief handelende verdient, die zich vaak zonder eigen belang inzet om aan een ongewenste situatie ten behoeve van een ander – de bevoordeelde – een einde te maken. Ik zie geen grond om deze handelende als gevolg van, en 'dank' voor, zijn inzet ten behoeve van de bevoordeelde, ook nog te belasten met het schadeverhaal ten behoeve van de benadeelde.

Ook de bepleite grondslag lijkt me een weinig gelukkige. Immers: als we uitgaan van bijvoorbeeld een zuivere noodtoestandsituatie, waarbij onmiddel-

19 Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* 1971, p. 127.

20 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/404.

21 Dat heb ik eerder betoogd in *De rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 515, en in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173, m.nt. M.E. Franke (*Hond in de lift*), zie met name onder 4, waar ik de opvatting verdedig dat het onrechtvaardig is dat de hulpvaardige passant met de schade van zijn hulpverleningsactie blijft zitten.

22 Bijvoorbeeld omdat hij disproportioneel of insubsidiair handelt, of omdat zijn handelen anderszins niet wordt gedekt door de rechtvaardiging.

lijk ingrijpen is vereist en waarbij de handelende persoon er terecht voor heeft gekozen het zwaarst wegende belang te redden, is niet in te zien welke onrechtmatigheid nog aan de actie van deze handelende kleeft. In geval van overheids- of ander handelen, waarbij het niet gaat om een plotselinge, onvoorzienbare noodzaak schade toe te brengen,[23] zijn de gesuggereerde oplossingen *wel* bruikbaar, zoals hierboven, in hoofdstuk 4, al is betoogd.[24] Maar dan is de grond voor de vergoedingsplicht gelegen in het feit dat de schade is toegebracht zonder rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de benadeelde, terwijl dat laatste wel had gekund. In een situatie van noodtoestand of van een andere volledige rechtvaardiging, is dat niet aan de orde. Dan heeft de handelende immers voor de keus gestaan om tussen twee belangen te kiezen en heeft hij voor het zwaarstwegende belang gekozen en mogen – eigenlijk: moeten – kiezen.

Samenvattend. Tot aansprakelijkheid van de handelende zou ik alleen willen concluderen in het geval een gebrek kleeft aan het handelen, in die zin dat het gaat om een mislukt beroep op een rechtvaardiging, bijvoorbeeld omdat er een ernstig verwijt aan de handelende te maken valt, of niet is voldaan aan een van de vereisten voor de ingeroepen rechtvaardiging. Dat geldt ook als een beroep is gedaan op een niet toereikende rechtvaardiging, zoals een onvolledige,[25] of een later weggevallen voorwaardelijke rechtvaardiging,[26] of als de rechtvaardiging niet strekt tot het toebrengen van schade zoals de handelende deed.[27] Bij een geslaagd beroep op een toereikende rechtvaardiging zie ik geen grond voor aansprakelijkheid van de handelende.[28]

12.3.4 Ongerechtvaardigde verrijking

Een handelen op grond van een toereikende rechtvaardiging is *rechtmatig* handelen.[29] De vraag is in hoeverre rechtmatige daad kan verplichten tot schadevergoeding. De eerste moderne Nederlandse jurist die naar die kwestie systematisch onderzoek heeft gedaan, is Paul Scholten. In zijn proefschrift

23 Dus buiten het gebied van de in hoofdstuk 3 beschreven volledige rechtvaardigingen.
24 Zie par. 4.5 (*De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht*).
25 Zie hoofdstuk 4 over de onvolledige rechtvaardiging.
26 Zie hoofdstuk 5 over de voorwaardelijke rechtvaardiging.
27 Zie hoofdstuk 10 over de relativiteit van de rechtvaardiging.
28 Het geslaagde beroep op de toereikende rechtvaardiging blokkeert dan een vergoedingsplicht. Er is dus geen sprake van een 'wegvallen van de civiele aansprakelijkheid' (bijv. wegens heldhaftigheid van de handelende) zoals Sieburgh ten onrechte leest in mijn bijdrage aan de Nieuwenhuisbundel. Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90, met verwijzing naar Nieuwenhuisbundel (2009), p. 515. Er *ontstaat* in mijn visie geen aansprakelijkheid.
29 Dat is al uiteengezet in het eerste hoofdstuk van deze studie, zie par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, uit 1899 (!),[30] gaat hij na wat de grondslag van een eventuele schadevergoedingsverplichting is, wanneer van een onrechtmatige daad of een wanprestatie niet kan worden gesproken. Hij onderzoekt twee soorten gevallen; a. rechtmatige handelingen, waarbij schade is veroorzaakt; b. schadevergoeding bij een risicoaansprakelijkheid. Voor deze studie is uiteraard de eerste groep van gevallen het meest interessant. Binnen die categorie ziet Scholten twee mogelijkheden: 1. degene die in nood handelt, brengt schade toe om zijn eigen belang te redden; 2. hij doet dat om het belang van een ander te redden.[31] Voor beide gevallen zoekt hij aansluiting bij wettelijke bepalingen. Zo noemt hij het voorbeeld van artikel 541 K (oud):

> 'Een schip is driftig geworden en op de touwen van een in de nabijheid liggend schip gedreven. De schipper van de eerste schuit heeft die touwen gekapt, hij is tot schadevergoeding verplicht. Deze handeling is m.i. rechtmatig. Om zijn schip te redden werd hem toegestaan om de touwen van den ander door te snijden. (…) De rechtmatigheid der handeling zit (…) in het overwicht van het belang, de hoogere waarde van het schip in vergelijking met de touwen, in verband met de noodzakelijkheid het eene ter wille van het andere op te offeren. Maar waar nu een handeling, anders onrechtmatig, rechtmatig wordt door dat overwicht, waar dus de handeling in nood wordt geoorloofd, omdat zij voor de gemeenschap een hoogere waarde redt dan zij opoffert daar zal de winst per slot bedragen de hoogere waarde na aftrek der kleinere. In dit geval dus wordt wél het schip gered, maar de waarde dier redding is slechts gelijk aan de waarde van het schip na aftrek van die der touwen. Stellen we de eerste op *f*10.000, de tweede op *f*100. Verbood het recht de schipper te kappen, dan ging *f*10.000 verloren, maar omdat *f*10.000 meer is dan *f*100, mag hij wel kappen. De waarde van het geredde goed is dus niet *f*10.000, maar *f*10.000 min *f*100 = *f*9.900.'[32]

De schipper 'mag wel kappen', maar moet dan de schade aan de gekapte touwen vergoeden. Over de reden van die schadevergoedingsverplichting schrijft Scholten:

> 'Behoefde de schipper die de touwen vernielde, nu geen vergoeding te geven, dan kreeg hij *f*10.000; verrijkte zich dus zonder grond ten koste van een ander. Vandaar zijn verplichting tot schadeloosstelling.'[33]

Precies 60 jaar voor Quint/Te Poel,[34] en bijna een eeuw voor de invoering van artikel 6:212 BW, wees Scholten dus al de weg waarlangs de oplossing gevonden moest worden. Hij voegt aan zijn omschrijving van de grondslag

30 Amsterdam 1899.
31 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 104.
32 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 104-105.
33 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 105.
34 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AL1600, *NJ* 1959/548 (*Quint/Te Poel*).

tot schadevergoeding nog toe, waarom het ook tegenover alle betrokken partijen redelijk is, dat vergoeding betaald moet worden:

> 'dit stemt trouwens geheel met den algemeene regel dat hij, dien het toeval treft, de schade moet dragen. De schipper, wiens schip driftig werd, werd door het ongeluk getroffen. Hij kan de werking daarvan verminderen door een ander in zijn eigendom te treffen, hij mag dit doen, maar onder verplichting, de door zijn handeling beperkte werking van het toeval ook voor zijn rekening te nemen. Voor den ander was het al erg genoeg, dat hij het vernielen van zijn eigendom moest dulden, er bestaat geen enkele grond, om hem daarvan ook definitief de kosten te laten dragen.'[35]

De oplossing van Scholten is een kleine honderd jaar later wet geworden met de invoering van artikel 6:212. Hierboven is de Toelichting Meijers al geciteerd, waarin wordt uiteengezet hoe moet worden geoordeeld over een schadevergoedingsclaim wanneer een (geslaagd) beroep is gedaan op een rechtvaardigingsgrond als noodtoestand of noodweer:

> 'Het ontwerp heeft hiervoor geen bijzondere regel opgenomen. Aan de hand van de beginselen omtrent ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1) moet de vraag worden beantwoord in hoeverre in deze gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat en op wie die verplichting drukt.'[36]

Op artikel 6:212 kan dus de schadevergoedingsactie worden gegrond. De verrijkingsactie moet worden ingesteld door de benadeelde, die door de gerechtvaardigde actie schade heeft geleden – degene ten koste van wie de andere partij is verrijkt. De actie is gericht tegen de door de handeling 'verrijkte'; de bevoordeelde belanghebbende.[37]

Voor de actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking gelden vier vereisten. Ten eerste moet natuurlijk sprake zijn van een *verrijking* aan de ene zijde. Bregstein zegt daarover:

> 'Behalve vermeerdering van de actiefzijde en vermindering van de passiefzijde, kan de verrijking zich openbaren door verhindering van vermindering van het actief, die anders zeker zou zijn ingetreden, b.v.: (...) het blusschen van een brandend huis. Ook het redden van een mensenleven moeten we hieronder rangschikken.'[38]

35 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 105.
36 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 617.
37 In geval de veroorzaker onrechtmatig handelde, heeft de benadeelde jegens hem uiteraard ook een actie uit onrechtmatige daad.
38 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss.) 1927, p. 204. Vgl. over dit vereiste TM, *Parl. Gesch. Boek 6* 1981, p. 831.

Toepassing van dit vereiste leidt ertoe dat wanneer een hulpactie een verslechtering van de positie van de geredde tot gevolg heeft, er geen sprake kan zijn van een verrijking en er dus (ook al heeft de actie geleid tot schade bij een derde) ook geen reden is tot schadevergoeding. Voor dat geval zal de vordering tot vergoeding van de schade op een andere grond moeten worden gefundeerd.

Overigens is met de verrijking een der plafonds van de verrijkingsactie gegeven; de schadevergoeding kan nooit meer bedragen dan de verrijking van de belanghebbende. Deze beperking kan ertoe leiden dat in een situatie waarin de verrijking van de bevoordeelde gering en de schade van de benadeelde groot is, de vordering van de benadeelde beter gegrond kan worden op de hierna te bespreken zaakwaarneming. Dat was het geval in de zaak van een man die het tussen de liftdeuren beklemde hondje van een mevrouw wilde redden, maar daarbij in een liftschacht viel en zijn rug brak. De verrijking van de belanghebbende eigenares van de hond bedroeg maximaal de waarde van het geredde hondenleven. Dat viel in het niet bij de verarming van de benadeelde redder: diens enorme letselschade.[39]

Verder moet sprake zijn van een *verarming* aan de andere zijde. De wetgever spreekt in dit geval van 'schade'. Aangezien de verrijkingsactie een schadevergoedingsactie is, is met de definitie van de verarming als schade een tweede plafond aan de verrijkingsactie gesteld: tot een hoger bedrag dan de schade beloopt, kan uiteraard geen schadevergoeding worden toegekend.[40]

Het volgende vereiste ligt nogal voor de hand: tussen verrijking en schade moet *causaal verband* bestaan.[41] Ten slotte: de verrijking moet *ongerechtvaardigd* zijn, dat wil zeggen: voor het behouden ervan mag geen 'redelijke oorzaak' aanwezig zijn. De vraag wat nu zo een redelijke oorzaak is, kan men 'het centrale punt van het probleem van de verrijkingsactie' noemen.[42] De wetsontwerper geeft in dit verband alleen twee voorbeelden van gevallen waarin de verrijking *niet* ongerechtvaardigd is. Namelijk: als zij het gevolg is van een rechtshandeling – wat bij rechtvaardigingsgronden niet aan de orde is, of als de verrijking door de wet wordt 'gesanctioneerd'.[43] Het komt bij dit laatste

39 In zo'n geval zal dus een andere grondslag voor de vergoedingsplicht moeten worden gezocht. De beschreven casus is te vinden in Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173, m.n. Franke (*Hond in de lift*), zie met name het slot van mijn annotatie. Over deze zaak zie verder hierna, par. 12.3.5 (*Zaakwaarneming*).

40 Het derde plafond aan de actie, de redelijkheid, behoeft hier geen aparte bespreking. Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 830.

41 Daarover T. van der Linden, *Aanvullend verrijkingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch, 2019, par. 5.4.

42 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss.) 1927, p. 221.

43 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 829. Als voorbeeld geeft de toelichting (onder meer:) artikel 3.5.4 lid 1, dat het recht van de bezitter te goeder trouw op de afgescheiden burgerlijke vruchten regelt.

aan op, zoals Schoordijk het uitdrukt, het aftasten van het systeem van de wet.[44]

Nu de wetsontwerper bij de behandeling van rechtvaardigingsgronden de ongerechtvaardigde verrijking uitdrukkelijk noemt als mogelijke bron van de schadevergoedingsverbintenis,[45] zal het aftasten van het wettelijk systeem voor dit type gevallen geen probleem opleveren.

12.3.5 Zaakwaarneming

In bepaalde gevallen kan de grondslag voor een eventuele vergoedingsplicht worden gevonden in zaakwaarneming. Voor een geslaagd beroep op deze rechtsfiguur gelden blijkens artikel 6:198 vier voorwaarden. Er moet sprake zijn van het behartigen van het belang van een ander – dit moet willens en wetens gebeuren; er moet een redelijke grond bestaan om in te grijpen en de zaakwaarnemer mag niet een bevoegdheid tot optreden ontlenen aan wet of rechtshandeling.

Wanneer de zaakwaarneming naar behoren is geschied, ontstaat daarmee een verplichting tot schadevergoeding door de belanghebbende jegens zijn zaakwaarnemer en jegens eventuele derden (zie artikel 6:200).[46]

Een bijzonder voorbeeld van zaakwaarneming biedt de hierboven al genoemde casus van het hondje en de lift. De zaak verdient op deze plaats een ruimere bespreking. Een bewoonster van een appartementencomplex gaat vanuit de centrale hal de lift in. Ze heeft een klein hondje bij zich aan een rollijn. Op het moment dat de liftdeuren zich sluiten en de lift naar boven zal vertrekken, glipt het hondje terug in de hal. Het blijft daar, aangelijnd, terwijl de lift met zijn bazin naar boven gaat. Door het trekken van de lift aan de lijn komt het hondje vast te zitten in de rechter bovenhoek van de liftdeur, waar het hondje blijft hangen. Een passant wordt te hulp geroepen. Deze reikt naar het hondje, maar stort dan in de diepte van de schacht. Dit laatste was mogelijk doordat de lift nog steeds boven hing, en de liftdeuren inmiddels geopend waren, waardoor de liftschacht open lag. De helper loopt door zijn val zeer ernstig letsel op. De schadevergoedingsvordering van de helper wordt ingesteld tegen de eigenaar/bezitter van de opstal, waarbij wordt gesteld dat de lift gebrekkig was. Omdat de gebrekkigheid niet komt vast te staan, wijst

---

44 Schoordijk, *Algemeen gedeelte* 1979, p. 453. Recenter over dit 'aftasten': Smits, *Bronnen van verbintenissen* 2003, bijv. op p. 61 e.v.

45 Vgl. nogmaals TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

46 Wanneer de zaakwaarnemer zonder redelijke grond heeft gehandeld, of wanneer hij de belangen niet naar behoren heeft behartigd, zal hij jegens de belanghebbende juist zelf aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (als er geen redelijke grond tot ingrijpen was), respectievelijk wanprestatie (als er wel een redelijke grond voor het ingrijpen was, maar de verbintenissen uit zaakwaarneming niet goed zijn nagekomen).

de rechtbank de vordering af, waarna het hof het oordeel van de rechtbank bekrachtigt.[47]

Helaas werd geen vordering gericht tegen de eigenares van het hondje. Een actie uit zaakwaarneming zou zeker kans van slagen hebben gehad; door de helper werd willens en wetens, en buiten enige rechtsverhouding, het belang van de hond en zijn eigenares behartigd.[48] Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking zou waarschijnlijk ook geslaagd zijn. Maar – en op dit punt wordt het verschil met de verrijkingsactie zichtbaar – met deze laatste actie zou de benadeelde helper weinig zijn opgeschoten. Immers: de verrijkingsactie kent een aantal plafonds voor de toe te kennen schadevergoeding,[49] een van die maxima is het bedrag van de verrijking. Hier werd het hondenleven gered en daarmee is de eigenaar dus 'verrijkt', ten hoogste zou de tegenwaarde van het hondenleven als schadevergoeding aan de helper kunnen worden toegekend. Maar dat bedrag staat, naar aan te nemen valt, in geen verhouding tot de schade van de helper, die aan zijn actie een dwarslaesie overhield, en dus met een zeer omvangrijke schade achterbleef.

Wanneer de vordering op zaakwaarneming zou zijn gegrond, zou deze, als gezegd, voor toewijzing in aanmerking komen.[50] Voor de te hulp geroepen redder bestond redelijke grond om te hulp te schieten en te proberen het hondje uit diens benaderde situatie te bevrijden. En het belang van de hondeneigenares werd naar behoren behartigd, wat grond voor de vergoedingsplicht ex artikel 6:200 geeft. Hierbij is overigens niet relevant of de belanghebbende uiteindelijk door de zaakwaarneming is gebaat.[51]

---

47 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973, *JA* 2014/91; Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*).

48 Zoals ik aangeef in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*), m.nt. Franke, onder 4. Hetzelfde wordt betoogd door Kolder, *Personenschade en zaakwaarneming* 2020, p. 359-360, met verwijzing naar de uitspraak van het hof.

49 Zie par. 12.3.4: nooit meer dan de verrijking enerzijds en de verarming (schade) anderzijds, en slechts voor zover het redelijk is.

50 Dat is dan ook mijn conclusie in de annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*), m.nt. Franke, onder 4. Tot dezelfde slotsom komt ook Kolder, *Personenschade en zaakwaarneming* 2020, p. 360. Hij constateert verder, en m.i. terecht, dat het leerstuk een veel bredere toepassing zou moeten hebben dan het nu vaak heeft. Niet eens ben ik het echter met zijn stelling (waarbij hij verwijst naar Verheij) dat zaakwaarneming ook in vriendendienst-situaties van toepassing zou kunnen zijn. Zie daarover hierboven, par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*).

51 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795. Zie reeds hierboven, par. 10.6.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*), zie ook Rb. Haarlem 15 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN7752, *JA* 2010/160 (*Medische kosten geredde, maar gestorven postduif*) en annotatie Franke bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*) onder 4. Zie ook de bijzondere zaak van het verhaal van de kosten van medische hulp na een poging tot zelfdoding in: Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, *NJF* 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*).

Een ander sprekend voorbeeld is dat van het duikongeval in Egypte.[52] Twee duikers duiken samen in de Rode Zee in Egypte. Ze maken daarbij de afspraak dat ze tot maximaal 68 m. diepte zullen duiken. Maar op de afgesproken diepte aangekomen, reageert de ene duiker (de 'duikleider') niet meer, ten gevolge van dieptedronkenschap; hij blijft dalen. De andere duiker gaat hem achterna. Op een diepte van 89 m. lukt het de helpende duiker om samen met de 'dronken' duiker de stijging weer in te zetten. Nadat ze zo'n 15 m gestegen zijn, is de luchtvoorraad van de 'dronken' duiker op, en dat laat hij aan zijn reddende mededuiker weten. Zijn mededuiker deelt hierop zijn eigen luchtvoorraad en brengt dan de 'dronken' duiker in versneld tempo – vanwege de beredding was hij niet in staat tijdens het stijgen de noodzakelijke stops te maken – terug naar het wateroppervlak. De stijging verloopt helaas te snel. Dat blijkt als bij de reddende duiker een dwarslaesie wordt geconstateerd, die veroorzaakt is door een gasembolie in een slagader in zijn wervels (duikersziekte). De schadevergoedingsclaim van de reddende duiker jegens de 'dronkeling' is gegrond op zaakwaarneming, en wordt door de rechtbank toegewezen, gezien de 'noodsituatie onder water': de reddende duiker heeft de ander

> 'gered uit een levensgevaarlijke situatie en heeft aldus onverplicht (…), willens en wetens en op redelijke grond de belangen van (*de andere duiker, toevoeging MF*) waargenomen',[53]

aldus de rechtbank. Wel oordeelt de rechtbank dat de beide duikers zich 'bewust hebben overgegeven aan gemeenschappelijk specifiek gevaarzettend gedrag', om welke reden de schadevergoedingsplicht verminderd wordt en de schade over de beide duikers gelijkelijk wordt verdeeld.[54]

12.3.6 *Egalité*

Wat betreft de vergoedingsverplichting bij handelen op grond van de rechtvaardiging valt nog aan geheel andere grondslagen te denken, in het geval sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Met name wanneer de overheid optreedt als handelende, is een beroep op het gelijkheidsbeginsel

---

52 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), waarnaar ik al verwees in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173 (*Hond in de lift*) onder 4. De zaak wordt ook besproken door Kolder in *Zaakwaarneming en personenschade* 2020, p. 360.

53 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.11.

54 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.19. Over de redelijkheid en juistheid van de beslissing over de omvang van de schadevergoeding kan men discussiëren. Die discussie ga ik hieronder aan, en wel bij de bespreking van de omvang van vergoedingsplicht ex art. 6:101, in par. 12.6.3.3 (*De schadevergoedingseis van de handelende*).

in de vorm van de *égalité devant les charges publiques* een gangbare grondslag om een eventuele schadevergoedingsverplichting van de overheid op te baseren.[55]

Deze grondslag geldt slechts in heel specifieke situaties, en voor bepaalde partijen (de overheid tegenover de individuele burger). Hij behoeft daarom in verband met de algemene vergoedingsplicht geen uitgebreide bespreking; ik verwijs naar de handboeken voor wie zich een nader beeld wil vormen.[56]

12.3.7 Misbruik van bevoegdheid?

Een ingeroepen rechtvaardiging, kan (als iedere bevoegdheid) worden misbruikt. Artikel 3:13 geeft in lid 2 een omschrijving van misbruik van bevoegdheid:

> 'Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.'

In de voorbeelden die het artikellid geeft, is moeiteloos een aantal van de in deze studie beschreven situaties te herkennen: een beroep op een onvolledige rechtvaardiging, waarbij geen of onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van anderen (hoofdstuk 4), of de uitoefening van een bevoegdheid in strijd met de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit (hoofdstuk 7).

Het gevolg van de kwalificatie misbruik van bevoegdheid is dat een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad mogelijk is.[57] Voor de schadevergoedingsvordering is daarmee dus geen nieuwe grondslag opgespoord.

12.3.8 Conclusie

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt, is een actie uit onrechtmatige daad tegen de handelende mogelijk. In die situatie kan de ingeroepen

---

55 Zie daarover hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

56 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *'Egalité' en 'Défense'. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen*, diss. Nijmegen, Alphen aan den Rijn: Samson, 1971 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, hoofdstuk X; (C.N.J.) Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, hoofdstuk 5 en 7, en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019, hoofdstuk 10, over onrechtmatige overheidsdaad waar ook de rechtmatige overheidsdaad aan de orde komt.

57 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/85, waar na bespreking van literatuur wordt opgemerkt dat de in art. 6:162 opgenomen formule ook de gevallen van misbruik van recht/bevoegdheid omvat.

rechtvaardigen immers niet bewerkstelligen dat de daad tot een rechtmatige wordt verklaard. Op grond van artikel 6:162 kan dan schadevergoeding van de handelende worden gevorderd. Of de aanwezigheid van de ingeroepen rechtvaardiging vervolgens nog van belang is bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering, zal hierna worden onderzocht, bij de bespreking van de omvang van de schadevergoeding.[58]

Maar zelfs als een beroep op een rechtvaardiging slaagt, is het mogelijk dat toch een schadevergoedingsverplichting ontstaat. Het kan dan, zoals blijkt uit artikel 6:162 lid 2, slot, niet gaan om een actie uit onrechtmatige daad tegen de handelende schadeveroorzaker. Maar denkbaar is dat schadevergoeding kan worden gevorderd van een derde, de belanghebbende, op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Die twee acties kunnen ook worden ingesteld tegen de handelende – die zich tegen de onrechtmatige daadsactie kan verweren met een beroep op een rechtvaardiging – als *hij* de belanghebbende is, dus degene die het profijt van de schadelijke handeling heeft.

De grondslag waarop in deze gevallen een schadevergoedingsactie kan worden gebaseerd, zijn in het bovenstaande besproken. Voordat kan worden ingegaan op de omvang van de vergoedingsplicht, moet eerst worden bezien of met de hierboven behandelde grondslagen ook daadwerkelijk alle grondslagen zijn genoemd waarop een vergoedingsplicht in geval van gerechtvaardigd handelen.

12.4 Andere grondslagen? De vijf casus van Sieburgh

12.4.1 Inleiding

Over de vergoedingsplicht bij rechtvaardigingen, althans bij rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, is eerder geschreven door Sieburgh. Aan de hand van een zestal casus betoogt Sieburgh dat straf- en civielrecht andere doeleinden hebben en daarom ook tot andere uitkomsten leiden. Die gedachte heb ik eerder in deze studie, in hoofdstuk 2, besproken en verworpen. Ik laat dat deel van het betoog van Sieburgh hier daarom rusten.

Maar de visie van Sieburgh verdient nadere analyse, omdat Sieburgh meent dat er in het burgerlijk recht 'uitgangspunten' te onderscheiden zijn waarop

58 In par. 12.5 (*Omvang van de vergoedingsplicht: welke omstandigheden spelen een rol?*) en 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

verschillende leerstukken berusten. Dat is een interessante gedachte.[59] Sieburgh zoekt voor het burgerlijk recht aansluiting

> 'bij de uitgangspunten waarop de leerstukken van de contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en de *nemo auditur, ex turpi causa* en *in pari delicto* gedachte berusten'.[60]

Wellicht leiden de door Sieburgh genoemde uitgangspunten tot een ander resultaat dan de hierboven besproken grondslagen van de vergoedingsplicht bij gerechtvaardigd handelen.[61] Daarom wordt nu de visie van Sieburgh over deze kwestie geanalyseerd.

Sieburgh bespreekt zes casus; 1. redding uit een brandend huis;[62] verduistering van tapijten ten behoeve van onderduikers;[63] 3. de ijswandelaar, die door het ijs dreigt te zakken en daarbij de meest nabije persoon bij de arm grijpt, die vervolgens uitglijdt,[64] 4. uiteenjagen van relschoppers,[65] 5. huiszoeking door overheid,[66] 6. mishandeling van een ontuchtpleger.[67]

De laatstgenoemde casus betreft de jongeman die de man te lijf gaat die gedurende enige tijd ontucht met hem heeft gepleegd en dit laatste dreigt te openbaren aan de ouders en de vriendin van de jongen. De strafrechter heeft in zo'n geval noodweerexces aangenomen.[68] Die casus ligt dus niet op het terrein van de rechtvaardigingsgronden – en wordt door Sieburgh ook niet

59 Ook opgenomen in *Asser/Sieburgh 6-IV*/88. Kritisch: Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 24-25, en ikzelf, *De Rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 509-511. Jansen noemde het betoog van Sieburgh aanvankelijk 'overtuigend', zie Jansen, *GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW*, art. 162 lid 2, aant. 125, suppl. 102 (november 2006). Dat predicaat is in latere bewerkingen vervallen.

60 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 682 (cursivering in origineel). Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/88.

61 In par. 12.3 (*Grondslag van de vergoedingsplicht*).

62 Waarbij Sieburgh onderscheid maakt tussen de situatie waarin de eigenaar van het huis wordt gered, of een dief. Zie *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668-669.

63 Rb. Groningen 14 november 1947, ECLI:NL:RBGRO:1946:16, *NJ* 1947/491, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 669-671.

64 Rb. Brugge 28 september 1988, *R.W.* 1990-1991, 441, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 671-673.

65 Waarmee zij doelt op het Uitsmijter-arrest, HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 673-674.

66 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*), zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 650 en 675-678.

67 Rb. Rotterdam 3 april 1941, ECLI:NL:RBROT:1941:18, *NJ* 1941/665, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 650 en 678-681.

68 Rb. Rotterdam 3 april 1941, ECLI:NL:RBROT:1941:18, *NJ* 1941/665. De casus wordt door Sieburgh besproken op p. 678.

in die context, maar in die van de schulduitsluitingsgronden besproken. Daarmee valt deze casus buiten het bestek van dit hoofdstuk.[69]

Van de zes door Sieburgh onderscheiden gevallen, zijn er dus vijf die betrekking hebben op rechtvaardigingsgronden. Ze worden hieronder behandeld.

12.4.2 Redding uit een brandend huis

Wanneer iemand het raam van een huis waarbinnen brand woedt, kapot slaat om daaruit de eigenaar te redden, 'zal als vanzelfsprekend worden opgemerkt dat het kapotmaken van het raam gerechtvaardigd was', zo opent Sieburgh de rij van de door haar te bespreken casus. Het kapotmaken van het raam was gerechtvaardigd; de verhouding tussen eigenaar en redder verklaart volgens Sieburgh 'waarom de redder zich jegens de eigenaar op overmacht kan beroepen. Het hogere belang van het geredde leven van de eigenaar is gediend met het opofferen van het eveneens bij hem berustende, geschade belang'.[70]

Met deze uitkomst kan (uiteraard) worden ingestemd, behalve – het is een terzijde – dat de kwalificatie van de rechtvaardiging mijns inziens geen overmacht is, maar noodtoestand: de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van een hogere orde.[71]

Volgens Sieburgh wordt de uitkomst anders in het geval niet de eigenaar uit het brandende huis wordt gered, maar een dief die er verbleef. Volgens haar kan de redder in dat geval geen rechtvaardigingsgrond inroepen tegen de huiseigenaar:

> 'Vanuit het civielrechtelijk perspectief is immers wel degelijk sprake van onrechtmatigheid. De reddingsactie heeft niet geleid tot een verhouding tussen de eigenaar van het huis en de redder die verklaart waarom de gedraging jegens de eigenaar gerechtvaardigd is. Behalve de dief handelde ook de redder onrechtmatig jegens de eigenaar.'[72]

---

69 Verwezen zij verder naar hoofdstuk 9 (*Schuld*), waar noodweerexces is besproken op verschillende plaatsen, met een conclusie in 9.8.7.3 (*In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen*).

70 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668. Op deze plaats gaat het mij uitsluitend om de door Sieburgh besproken werking van de rechtvaardigingsgrond met betrekking tot de schade die door de handelende is toegebracht bij de te rechtvaardigen actie. Daarnaast behandelt Sieburgh de schade die de handelende *zelf* lijdt. Die kan door de handelende op grond van zaakwaarneming worden gevorderd van de belanghebbende.

71 Vergelijk hierboven, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

72 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669.

Naar mijn mening is niet goed in te zien waarom 'vanuit civielrechtelijk perspectief' wel degelijk sprake zou zijn van onrechtmatig handelen door de redder ten opzichte van de huiseigenaar.

De handelende redder moet in een *split second* besluiten tot ingrijpen als hij ziet dat een huis in brand staat en iemand daarbinnen in gevaar verkeert. Hij heeft niet de gelegenheid eens rustig te informeren wie zich in het brandende huis bevinden en wat het recht of de titel is die ten grondslag ligt aan het verblijf van de aanwezigen. Als de redder tot handelen overgaat, is zijn handelen gerechtvaardigd wanneer hij een kleiner belang heeft opgeofferd om een groter belang te redden (noodtoestand). Als de redder er dus voor kiest om een ruit van de brandende woning in te slaan teneinde een beklemd geraakte persoon in dat huis te ontzetten, is het handelen van de redder gerechtvaardigd.[73] In dit opzicht verschilt de casus niet van de oercasus van Meijers uit 1934, die hierboven al vaker is aangehaald; wanneer er brand is en iemand door verbranding dreigt om te komen, is het gerechtvaardigd de deken van een derde te grijpen om daarmee de dreigende verbrandingsdood te voorkomen.[74]

Aan de juistheid van de belangenafweging kan geen afbreuk worden gedaan door het feit dat het in het ene geval ging om het leven van een huiseigenaar en in het andere van een dief. Het belang van beide levens is even groot en weegt verre op tegen het belang van een ruit. Vanuit de rechtvaardiging gedacht is het onmogelijk[75] om de casus van de huiseigenaar anders te behandelen dan de casus van de dief.

Nog om een andere reden is de gedachte van Sieburgh, waarbij het geval van de huiseigenaar anders wordt behandeld dan dat van de dief, naar mijn mening niet juist. Zoals hierboven is betoogd,[76] moet een rechtvaardiging worden beoordeeld naar het moment van het handelen; 'Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben',[77] luidt het woord van Meijers dat hierboven al vaker is aangehaald.

Op het moment waarop de redder moet gaan ingrijpen, weet hij niets – het is zojuist al opgemerkt – over de 'verblijfstatus' van de persoon die hij waarneemt in het brandende huis. Hij hoeft daarover ook niets te weten; het gaat erom dat hij een keuze maakt tussen twee belangen: het redden van een mensenleven of het heel laten van een ruit, en dat hij daarbij voor het zwaarste

73 Ervan uitgaand dat conform de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is gehandeld. Als in de casus van het brandende huis (voor de redder zichtbaar) een deur openstaat, zal de redder via die deur naar binnen moeten gaan en niet een raam inslaan. Zie daarover verder hierboven, hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

74 Meijers in noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549, met het voorbeeld op p. 1553.

75 Althans: immoreel.

76 Zie bijvoorbeeld par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*) en 4.3.2, slot (*Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording*).

77 Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.

belang kiest. Pas *na* de handeling kan eventueel blijken dat de geredde persoon zich niet in het huis had mogen ophouden. Maar voor de beoordeling van de voor dat moment gelegen handeling is dat feit irrelevant.[78]

Kortom: de redder handelt civielrechtelijk gerechtvaardigd. Strafrechtelijk is dat niet anders.[79] In een casus als deze zie ik geen reden waarom de redder (zoals Sieburgh in haar opstel aanneemt) vergoeding zou moeten betalen voor de schade die hij ten behoeve van de geredde toebracht als de geredde een dief blijkt te zijn. Tot die conclusie kom ik niet (alleen) vanwege de heldhaftigheid van de redder.[80] Tot die conclusie kom ik, omdat de redder *niet onrechtmatig handelt*. Niet tegenover de eigenaar als hij de eigenaar redt. En niet tegenover de eigenaar als hij de dief redt. Wanneer de eigenaar de geredde is, zal deze zijn schade zelf hebben te dragen. Wanneer de dief de geredde is, zal de eigenaar die dief uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen aanspreken tot vergoeding van zijn schade aan het raam;[81] te beredeneren zou overigens nog zijn dat ook de schade aan het raam aan de dief is toe te rekenen als gevolg van de diefstal. Wanneer de redder door zijn reddingsactie zelf schade zou hebben geleden, kan hij deze op grond van zaakwaarneming vorderen van de geredde dief. Ook ongerechtvaardigde verrijking komt in dat geval als schadevergoedingsgrondslag in aanmerking.

12.4.3 Verduistering van een tapijt ten behoeve van onderduikers

De tweede casus die Sieburgh bespreekt, is kort weergegeven die waarin iemand in de oorlog een Perzisch tapijt verduistert om 'met het geld' (dat het kennelijk bij verkoop opbrengt) twee mensen te laten onderduiken.[82]

---

78 Overigens acht ik de uitkomst van Sieburgh, waarbij de gedraging van de redder als onrechtmatig wordt aangemerkt, maatschappelijk volstrekt ongewenst. Ik heb dat eerder gesteld in de *Nieuwenhuisbundel* (2009), p. 515. De redder begeeft zich in een moeilijke situatie: hij treedt een brandend huis binnen om een medemens te redden – hij waagt zelfs zijn eigen leven. Niet in te zien is waarom de redder dan ook nog voor de schade aan het raam zou moeten opdraaien in de verhouding tot de eigenaar. Men kan natuurlijk, met Sieburgh, zeggen dat de eigenaar geheel buiten de reddingsactie staat. Maar dat is niet geheel juist. Zoals de redder in de situatie betrokken is geraakt, zo is de eigenaar dat ook. De redder raakt betrokken doordat hij wordt geconfronteerd met iets dat tot zijn ingrijpen noodzaakt; de eigenaar wordt geconfronteerd met diefstal en brand in zijn huis. Men kan verder stellen dat de eigenaar niets te maken heeft met de oorzaak van de schade, maar datzelfde geldt natuurlijk voor de redder. Door de schadelijke gevolgen in de verhouding tussen eigenaar en redder voor rekening van de redder te laten, zet men een rem op zeer gewenst, altruïstisch gedrag. Dat lijkt mij niet logisch, redelijk of wenselijk.

79 Over de strafrechtelijke rechtvaardiging laat Sieburgh zich overigens niet uit bij de behandeling van de zaak van het brandende huis.

80 Zoals Sieburgh suggereert in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

81 En uit onrechtmatige daad voor de overige door de diefstal geleden schade, zo voeg ik daar nog maar aan toe.

82 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669 e.v.

In deze zaak is evenals in de hierboven besproken casus strafrechtelijk sprake van noodtoestand. Door een lager belang op te offeren, wordt een hoger belang beschermd.[83]

Maar volgens Sieburgh is vanuit civielrechtelijk perspectief niet dadelijk in te zien waarom 'de benadeelde die de verduisteraar op grond van onrechtmatige daad aanspreekt tot vergoeding van de geleden schade geen beroep kan doen op de civielrechtelijke bescherming van zijn opgeofferde, lagere belang'. Zij meent dat het op het eerste gezicht voor de hand ligt dat de verduisteraar zich met succes op overmacht kan beroepen, maar acht het anderzijds denkbaar dat het optreden maar gedeeltelijk gerechtvaardigd is;

> 'Of de gedraging echt niet onrechtmatig is, hangt (…) af van de richting waarin andere in het burgerlijk recht bestaande aanknopingspunten wijzen',

aldus Sieburgh.[84] Die gezichtspunten – zij noemt: 'de uitgangspunten op grond waarvan onevenredige benadeling en ongerechtvaardigde verrijking wordt vermeden en schade, veroorzaakt door zaakwaarneming wordt vergoed' – brengen volgens haar mee dat de verrijkte onderduikers de schade moeten dragen. De samenvoeging van deze gezichtspunten leidt er volgens Sieburgh toe

> 'dat de gedraging van de verduisteraar, ondanks inachtneming van de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond, onrechtmatig is jegens de eigenaar van (…) het tapijt. De schade die hij op grond hiervan moet vergoeden kan hij op zijn beurt terugvorderen van de geredde personen (de onderduikers)'.[85]

Mijns inziens heeft men de verwijzing naar allerlei verschillende 'gezichtspunten' niet nodig om de schadevergoedingsvordering van de eigenaar tegenover de verduisteraar en tegenover de onderduikers te kunnen beoordelen.

Als steeds, moet worden onderscheiden tussen de schadevergoedingsactie van de eigenaar tegen de verduisteraar en tegen de onderduikers. De verduisteraar zal zich tegen de vordering, mogelijk,[86] kunnen verweren met een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Wanneer aan alle voorwaarden voor een beroep op zo'n grond is voldaan, zal het beroep op de rechtvaardiging slagen en zal de handelende niet aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. De benadeelde eigenaar zal zich vervolgens op de onderduikers kunnen verhalen; ongerechtvaardigde verrijking zal daartoe evenals in de voorgaande casus de meest aangewezen grondslag zijn.

---

83 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669 (die overigens van noodtoestand/overmacht spreekt), onder verwijzing naar Rb. Groningen 14 november 1947, ECLI:NL:RBGRO:1946:16, *NJ* 1947/491.

84 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 670.

85 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

86 Ik twijfel of er daadwerkelijk een rechtvaardiging is, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

Hieraan voeg ik toe dat de casus van het Perzisch tapijt mij nogal atypisch voorkomt. Ik acht het nog maar de vraag of het juist is dat het handelen – zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk – in het algemeen als gerechtvaardigd zou worden beoordeeld. In de beschreven casus nam de rechtbank Groningen een rechtvaardigingsgrond aan. Maar dat zal waarschijnlijk niet los gezien kunnen worden van het feit dat het een oorlogssituatie betrof, waarin de dader waarschijnlijk geen andere, legale, middelen ten dienste stonden om de onderduikers te redden. Zeker buiten een toestand van oorlog lijkt het mij uiterst twijfelachtig of het handelen gerechtvaardigd zal zijn. Immers: de actie van de verduisteraar komt hierop neer dat hij een goede bestemming wist voor het geld dat het aan een ander toebehorende tapijt opbracht. Hetzelfde geldt voor degene die een brood verduistert om een hongerige buurman te voeden. Maar is het aan de verduisteraar om die keus te maken en niet aan de eigenaar van het tapijt of het brood? Ik zou menen van niet. En precies in dit opzicht verschilt de casus van de verduisteraar van die van de redder bij het brandende huis. Bij brand zullen er geen alternatieven zijn voor het handelen van de redder; hij moet een bedreigde snel uit het huis zien te halen en dus zorgen dat hij het huis binnen komt. Maar voor degene die een hongerige wil voeden, of een onderduiker wil redden, zullen in het algemeen andere mogelijkheden bestaan dan zich ten koste van een ander de middelen te verschaffen ter bereiking van het nobele doel. Dan zal het beroep op de rechtvaardiging (zowel civiel- als strafrechtelijk) stranden, omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis.[87]

12.4.4 De ijswandelaar

De derde casus die Sieburgh schetst, is het geval waarin A door het ijs zakt en daarbij de meest nabije persoon (B) bij de arm grijpt. Ik ga er daarbij vanuit dat er vervolgens schade ontstaat. Volgens Sieburgh bestaat voor de gedraging van A zowel straf- als civielrechtelijk een rechtvaardigingsgrond als A zijn leven probeert te redden en daartoe een minder zwaarwegend belang van B opoffert. Maar daarmee is volgens Sieburgh niet gezegd dat B (jegens A) geen actie uit schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zou hebben. Zij wijst op de mogelijkheid dat A en B 'voorafgaand aan het ongeval reeds in een verhouding stonden die relevant is voor de kwalificatie van de gedraging die tot de schade leidde en die meebrengt dat de gedraging van A jegens B niet onrechtmatig is'.[88] Zij denkt dan aan een situatie van sport en spel of risicoaanvaarding en dergelijke. 'De verhouding tussen dader en benadeelde

87 Zie daarover hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), in het bijzonder par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig* middel) en hierboven, par. 12.3.3 (*Onrechtmatige daad*).

88 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

verklaart waarom de gedraging niet een normschending inhield en waarom het terrein van de onrechtmatigheid niet is betreden', zo betoogt Sieburgh.[89]

Wanneer voorafgaand aan de handeling de omstandigheden meebrachten dat de betrokkenen over en weer schade konden verwachten – wat natuurlijk het geval is wanneer men zich op glad ijs begeeft, zal dat een reden kunnen zijn om het beroep op een rechtvaardigingsgrond te verwerpen op grond van het *culpa in causa*-beginsel, dat in het strafrecht evenzeer geldt als in het civiele recht.[90] En de situatie van sport en spel, waarin voor de deelnemers een verlaagde aansprakelijkheidsdrempel geldt, wordt civielrechtelijk niet anders beoordeeld dan in het strafrecht.[91]

Volgens Sieburgh heeft B, wiens belang ten behoeve van A wordt opgeofferd, een actie uit ongerechtvaardigde verrijking jegens A.[92] Die suggestie komt ook naar voren in de twee hierboven al besproken casus. Omdat het steeds gaat om een belang dat is opgeofferd ten koste van een ander en ten gunste van een belanghebbende, zal de actie uit ongerechtvaardigde verrijking een logische grondslag zijn om een schadevergoedingsvordering van de benadeelde op te baseren. Er is niets mee gezegd over de toepasselijkheid van de andere leerstukken die Sieburgh noemt, te weten contractuele overmacht, misbruik van recht, *nemo auditur, ex turpi causa* of *in pari delicto.*

12.4.5 Uitsmijter

Het vierde geval dat Sieburgh bespreekt, is het civielrechtelijke Uitsmijter-arrest,[93] dat in het voorgaande al verschillende malen ter sprake kwam.[94]

---

89 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 672.

90 Zie hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*) en hierboven, par. 12.3.2 (*Billijkheid*). Voor Sieburgh: *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

91 Daarop is hierboven al gewezen, in par. 2.5.1 *(Disharmonie of convergentie?)*, met verwijzing naar o.m. HR (Strafkamer) 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NJ* 2019/453 (*Mishandeling tijdens voetbalwedstrijd*) en HR (Strafkamer) 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 (*Mishandeling door Sparta-voetballer*). In zijn conclusie voor dit laatste arrest refereert A-G Machielse (onder 3.5) aan de civiele rechtspraak over mishandeling in sport en spelsituaties, zoals HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622 (*Natrappen*) en HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, *NJ* 1996/376 (*Judoworp*).

92 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 672. Daarnaast zou volgens Sieburgh kunnen worden verdedigd 'dat B door de gedraging van A is gemaakt tot behartiger van A's belang en in die zin A's zaken heeft waargenomen', zie *Een evenwichtige werking* 2003, p. 673. Voor het gronden van een vergoedingsplicht op grond van zaakwaarneming is dat echter onvoldoende, omdat in dit geval echter niet is voldaan aan de eis dat de belangenbehartiger willens en wetens moet hebben gehandeld (zie hierboven, par. 3.10 (*Zaakwaarneming*). Een nieuwe grond, naast ongerechtvaardigde verrijking, is daarmee dus niet gevonden.

93 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 673-674. In haar opstel duidt Sieburgh de betrokkenen aan met A, B en C. In het arrest zelf worden namen genoemd; ik heb voor de leesbaarheid de betrokkenen met hun rollen aangeduid.

94 Zie de bespreking van het arrest in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

In een discotheek ontstaat een relletje. De uitsmijter van de disco werkt de relschoppers naar buiten, daarbij geholpen door onder meer een helper. Als de groep buiten is gezet, ziet de uitsmijter dat zijn helper ook buiten staat en dat deze door de groep wordt bedreigd. De uitsmijter heeft gehoord dat een van de relschoppers een pistool heeft en hij pakt een ijzeren staaf om zijn helper te ontzetten. De uitsmijter zwaait met de staaf en raakt daarbij een van de groepsleden, die een klap op zijn hoofd krijgt en gewond raakt. De burgerlijke rechter oordeelt dat de uitsmijter in noodweer handelde, waardoor zijn handelen jegens het gewonde groepslid niet onrechtmatig is.[95]

Volgens Sieburgh moet worden onderscheiden tussen de situatie waarin de gewonde deel uitmaakt van de groep relschoppers van wie gevaar uitgaat, en die waarin hij een onschuldige omstander is. Over die onschuldige omstander zegt Sieburgh:

> 'Zijn (afwezige) verhouding tot de uitsmijter A en de ontzette B verklaart niet waarom juist zijn civielrechtelijke belang door het handelen van A kan worden opgeofferd ten behoeve van het belang van B. De keerzijde van deze eenzijdige benadeling wordt gevormd door het daarmee gepaard gaande gediende belang van B (verrijking) zonder dat daarvoor een grond in de verhouding tussen B en C (*de omstander, toevoeging MF*) aanwezig is. Over het hoofd van C zijn de zaken van B waargenomen. In deze constellatie ontdoet de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond de gedraging dan ook niet van haar onrechtmatigheid.'[96]

Het is een beetje de vraag wat deze casus verduidelijkt.

Helder is dat de vordering tot vergoeding van een eventuele schade van omstander C tegen de ontzette B zou kunnen worden gebaseerd op – alweer – ongerechtvaardigde verrijking. Maar wat volgt daaruit voor het oordeel of civielrechtelijk sprake zou kunnen zijn van noodweer door de handelende uitsmijter? En zou dat oordeel strafrechtelijk anders zijn?

In de casus die Sieburgh schetst, kan men zich afvragen of in het geval van schade die bij een verdedigingsactie wordt toegebracht aan een onschuldige derde is voldaan aan de voorwaarde dat een feit is begaan '*geboden* door de *noodzakelijke* verdediging', zoals artikel 41 Sr (waaraan de cursivering hier is toegevoegd) eist. En als men meent dat de handeling op zichzelf geboden was voor de verdediging, is het verschil in uitkomst tussen de rechtvaardiging ten opzichte van de rechtstreeks betrokkene van wie het gevaar uitging en de onschuldige omstander te verklaren vanuit de relativiteitsgedachte.[97] Tegenover de dreigende relschopper is noodweer gerechtvaardigd en recht-

95 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*). Strafrechtelijk was de uitsmijter overigens vrijgesproken, omdat geen opzet bewezen werd geacht, zie de conclusie van A-G Spier, onder 1.6.

96 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 674.

97 Zie hierboven, hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), over de kring van personen bij noodweer: zie par. 10.3.2 (*Kring van personen*).

matig. Tegenover een derde, niet betrokkene, kan dat anders liggen, dat is een kwestie van de relativiteit van de rechtvaardiging. Bij de bespreking van dat leerstuk heb ik hierboven de Middeleeuwse Engelse uitspraak aangehaald:

> 'So, (...) if a man makes an assault upon me and I am not able to avoid him, but he wishes to beat me and I in defence of myself raise my stick to strike him, and one is at my back, and in raising my stick I hurt him, in this case he will have an action against me, and yet the raising of my stick was lawful in defence of myself and I hurt him against my will.'[98]

Tegen een onschuldige derde zal een beroep op noodweer niet slagen. Noodweer geldt als rechtvaardiging in principe slechts tegenover de aanvaller. Schade tijdens de verdediging toegebracht aan anderen kan zij niet rechtvaardigen. Daarbij ben ik er niet van overtuigd dat de uitkomst straf- en civielrechtelijk verschillend zal zijn, zoals Sieburgh kennelijk aanneemt.

12.4.6 Schade door huiszoeking

De laatste van de door Sieburgh besproken zaken die betrekking hebben op rechtvaardigingen, is de schade die wordt toegebracht bij strafrechtelijk optreden. Sieburgh bespreekt de casus van varkenshouder Lavrijsen, in wiens stallen huiszoeking wordt gedaan. Ten gevolge van de doorzoeking lijdt Lavrijsen schade, waarvan hij vergoeding eist van de Staat.

Volgens Sieburgh heeft Lavrijsen recht op schadevergoeding, waartoe aansluiting moet worden gezocht bij misbruik van recht/bevoegdheid en het gelijkheidsbeginsel.

> 'De overheid, die door haar strafrechtelijk gerechtvaardigde optreden in een burgerrechtelijke verhouding tot de burger komt te staan en het respecteren van zijn burgerrechtelijke belangen niet kan verenigen met bijvoorbeeld de doorzoeking van zijn woning, maakt civielrechtelijk misbruik van haar bevoegdheid en handelt om die reden onrechtmatig',[99]

aldus Sieburgh.

De gedachte dat de overheid die een huiszoeking doet en daarbij (onbedoeld) schade toebrengt, haar bevoegdheid zou misbruiken, komt mij gekunsteld voor. Hierboven heb ik verdedigd dat het enkele strafrechtelijk huiszoekingsbevel civielrechtelijk niet een volledige rechtvaardiging oplevert en dat

98 Brian CJ in *The Case of the Thorns* (1466) YB 6 Ed. f7 pl. 18; in Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, wordt de conclusie uit de zaak weergegeven, dat het beroep op noodweer niet opgaat als verweer in het geval een onschuldige omstander wordt geraakt, zie p. 369, met verwijzing naar *The Case of the Thorns* in voetnoot 82.

99 Sieburgh, *Een evenwichtige werking*, p. 677.

om *die* reden de handeling civielrechtelijk als onrechtmatig moet worden beschouwd.[100] Het gelijkheidsbeginsel zal in dit geval inderdaad een goede grondslag voor schadevergoeding bieden, zie ook hierboven, par. 12.3.6.

12.4.7 Conclusie

Van alle door Sieburgh genoemde leerstukken hanteert zij zelf in haar beschrijving alleen zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en misbruik van bevoegdheid om de civielrechtelijke vergoedingsplicht bij – ook strafrechtelijk – gerechtvaardigd handelen op te baseren. Dat zijn de bekende, hierboven (in 12.3) reeds besproken, gronden.

In nagenoeg alle casus die Sieburgh bespreekt, wordt uiteindelijk aangehaakt bij ongerechtvaardigde verrijking – althans bij de uitgangspunten waarop het leerstuk berust. Maar dat is geen nieuwe gedachte, integendeel: het is precies de grondslag waarop sinds lang de vergoedingsplicht bij gerechtvaardigd handelen wordt gebaseerd.[101]

En de enkele 'uitgangspunten waarop de leerstukken van de contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en de *nemo auditur, ex turpi* en *in pari delicto* gedachte berusten' voegen geen nieuwe grondslagen of beginselen toe aan wat hierboven al is besproken. Kortom: hoe interessant de gedachte van het aanknopen bij uitgangspunten van diverse leerstukken ook is, zij voegt geen andere gronden toe aan de reeds besproken grondslagen.

12.5 Omvang van de vergoedingsplicht: welke omstandigheden spelen een rol?

12.5.1 Allereerst: de rechtvaardigende omstandigheden zelf

Hierboven is de grondslag van de eventuele vergoedingsplicht besproken voor de situatie waarin schade is toegebracht en een succesvol beroep op een rechtvaardiging is gedaan. Ik ga nu uit van de situatie waarin het beroep op de rechtvaardiging is mislukt en de schadevergoedingseis tegen de handelende wordt toegewezen.

De vraag die dan aan de orde is, is die naar invloed die de aanwezigheid van de op zichzelf rechtvaardigende, maar in casu tekort schietende, omstandigheden kunnen hebben op de omvang van de vergoedingsplicht. Uiteraard

100 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), met name par. 4.4.6 (*Het manco, bezien vanuit de normschending*) en 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*).

101 Zie hierboven, par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*), waar Scholten (diss. 1899), Bregstein (1927) en de *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 6*, p. 831) zijn aangehaald.

moet deze omvang aan de hand van afdeling 6.1.10 worden bepaald. In paragraaf 12.6 zal worden nagegaan welke artikelen binnen afdeling 6.1.10 in het bijzonder van belang zijn in geval van handelen op grond van een rechtvaardiging. Daaraan voorafgaand zal in deze paragraaf meer in het algemeen worden bezien welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting als het gaat om een te rechtvaardigen handeling.

Daartoe keer ik eerst terug naar een stelling die op verschillende plaatsen in deze studie is verdedigd. Tegenover degene die, buiten zijn schuld, in een te rechtvaardigen situatie is geraakt, past een milde houding. Die houding kan tot uitdrukking komen in de beoordeling van de onrechtmatigheid. Die kwestie was in het vorige hoofdstuk aan de orde. Maar de milde houding kan ook tot uitdrukking komen bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting.

In het strafrecht is een soortgelijke gedachte verdedigd door De Hullu. Hij bespreekt de zaak van de 'Battered Woman'.[102] De vrouw, die in psychische overmacht verkeert, ziet geen andere uitweg dan haar gewelddadige partner te vermoorden. Zij krijgt daarvoor, ondanks de bewezenverklaring van het feit en de verwerping van het beroep op psychische overmacht, een relatief lichte straf. Daarover schrijft De Hullu:

> 'Die strafoplegging illustreert goed de potentieel strafverminderende werking van een mislukt beroep op een strafuitsluitingsgrond.'[103]

Voor het civiele recht zou ik hetzelfde willen bepleiten. Ook als het beroep op de rechtvaardiging mislukt, kan er reden zijn de omstandigheden die aanleiding gaven tot de te rechtvaardigen handeling, mee te wegen bij het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht. Hoe dat oordeel kan worden ingebed in het civielrechtelijk systeem, is een vraag die hierna wordt besproken, in paragraaf 12.6.[104] Voorafgaand daaraan sta ik eerst nog stil bij de wijze waarop de algemene, voor een beroep op rechtvaardigingen geldende, beginselen kunnen doorwerken op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht.

---

102 HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, *NJ* 1992/681 (*Battered woman*). De zaak is hierboven besproken in par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*).

103 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3, p. 292. Elders schrijft hij algemener dat in de praktijk van het strafrecht een lijn lijkt te zijn dat een beroep op een strafuitsluitingsgrond slechts vrij zelden wordt aanvaard, 'maar een 'mislukt' beroep op een exceptie kan wel strafverminderend werken', De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.1.1, p. 281.

104 Zie par. 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

12.5.2 Terug naar de beginselen

In de voorgaande delen van dit boek is besproken welke beginselen gelden voor een geslaagd beroep op een rechtvaardiging. Het niet voldoen aan die beginselen heeft gevolgen voor de beoordeling van het beroep op de rechtvaardiging zelf (zie daarover hoofdstuk 11), maar ook voor de beoordeling van de vergoedingsplicht als het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt.

Het *culpa in causa*-beginsel brengt mee dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond mogelijk niet vrij staat aan iemand die zichzelf in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht (zie hoofdstuk 6). En de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit eisen dat de toegebrachte schade in een redelijke verhouding staat tot de afgewende schade, en dat minder schadelijke uitwegen uit de noodsituatie niet onbenut mogen blijven (zie hoofdstuk 7). Ten slotte moet de ingeroepen rechtvaardiging de toegebrachte schade dekken. Dit is het beginsel van de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond: de ingeroepen rechtvaardiging moet strekken tot het toebrengen van schade zoals de handelende deed (zie hoofdstuk 10). De toepassing van deze beginselen kan, als gezegd, ook gevolgen hebben voor de beoordeling van de omvang van de eventueel toe te kennen schadevergoeding. Zij worden daarom nu in dit verband besproken.

12.5.3 Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling

In het zesde hoofdstuk, over *culpa in causa,* is de kwestie van de zelf veroorzaakte noodsituatie aan de orde geweest. Wie heeft meegewerkt aan het ontstaan van de situatie waarin hij zich zou moeten beroepen op een rechtvaardigingsgrond, kan op die rechtvaardiging geen beroep doen. Hij handelt dus onrechtmatig.

Een daarbij eerder gegeven voorbeeld is het geval van uitlokking.[105] Restaurantbezoeker Taams gedraagt zich zeer onbeleefd in een sterrenrestaurant. In feite tergt hij restauranthouder Boudeling tot het uiterste. Als Taams met zijn disgenoot wil vertrekken, doet hij dat op een wijze waardoor het voor Boudeling lijkt alsof er geen geld is achtergelaten om de rekening te betalen. Boudeling verspert hierop Taams de uitgang en maakt een slaande beweging naar Taams. Taams wil zich verweren, maar valt daarbij tegen een deur. Taams heeft schade en wil die vergoed zien door Boudeling. De Hoge Raad overweegt

105 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder IV, waarover in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

> 'dat het gedrag van Boudeling zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was'.[106]

Hoewel Boudeling Taams sloeg, is zijn handelen niet onrechtmatig jegens Taams. In geval van een door hemzelf uitgelokte aanval kan Taams zich dus niet op onrechtmatigheid van zijn belager beroepen. Ook zou Taams zich niet op noodweer kunnen beroepen voor de situatie waarin hij Boudeling zou hebben teruggeslagen, zoals Taams kennelijk van plan was. Noodweer veronderstelt immers een onrechtmatige aanval. Een zelf veroorzaakte aanval rechtvaardigt geen beroep op noodweer en blokkeert een actie uit onrechtmatige daad jegens de aanvaller.

Dat betekent dat in een geval van *culpa in causa* de handelende, die normaal gesproken een beroep op rechtvaardigingsgrond zou kunnen doen, nu *onrechtmatig* handelt. Als hij schade toebrengt, zal hij deze derhalve moeten vergoeden op grond van onrechtmatige daad. En zelf geleden schade zal niet van de ander kunnen worden gevorderd.

Maar de omstandigheid dat is gehandeld in een afweer van een bedreiging, zij het dat die afweer voor een beroep op noodweer onvoldoende was, kan eveneens van belang zijn. Zo overweegt de Hoge Raad in het vervolg op de hierboven geciteerde passage:

> 'zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap (door de uitgelokte Boudeling, toevoeging MF) niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist'.[107]

De bedreigende situatie die door de uitlokker in het leven is geroepen, zal ook wanneer de bedreiging niet een volledig beroep op noodweer rechtvaardigt, een rol kunnen spelen in de beoordeling van de schadevergoedingsvordering van de bedreiger.

12.5.4 Het gediende en het geschonden belang

In hoofdstuk 7 zijn de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit besproken. De termen drukken uit dat een bevoegdheid alleen mag worden uitgeoefend voor zover dat overeenkomt met haar doel, en met toebrenging van zo min mogelijk schade. Vergelijk nogmaals de hierboven al eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad in het Bussluis-arrest:

---

106 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder IV.

107 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

> 'dat het belang van de bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van (een) voor de veiligheid van personen en zaken gevaarlijke situatie niet kan rechtvaardigen'.[108]

Wie in strijd met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit handelt, heeft geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. Zijn handelen zal derhalve, als het schade tot gevolg heeft gehad, als onrechtmatig worden bestempeld. En om deze reden zal van hem gevorderd kunnen worden dat hij de schadelijke gevolgen van zijn handelen (mede) voor zijn rekening neemt. Maar ook hier zal bij het oordeel over de schadevergoedingsvordering van de benadeelde de omstandigheid een rol kunnen spelen dat door de aansprakelijke is gehandeld op grond van een algemeen belang, of een ander belang dan het zijne.

In het zevende hoofdstuk van dit boek is nagegaan welke factoren op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol spelen in verband met het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging. Het zijn dezelfde factoren die een rol kunnen spelen bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Te denken valt aan het doel van de activiteit: eigenbelang, gezamenlijk belang, altruïsme,[109] de schadelijkheid van het gehanteerde middel,[110] het bestaan van alternatieven om het ontstaan van schade te voorkomen,[111] de aard en ernst van de toegebrachte schade,[112] mede in verband met de voorzienbaarheid van die schade.[113]

De hier beschreven proportionaliteitstoets bevat exact de elementen die ook door de Hoge Raad in 2004 zijn geformuleerd bij de beoordeling van een schadevergoedingseis bij overheidsoptreden dat op zichzelf niet onrechtmatig is, maar mogelijk leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als uit het optreden onevenredig nadelige gevolgen voor derden voortvloeien. De omstandigheden die bij de beoordeling van de schadevergoedingseis in zo'n geval van belang zijn, zijn hierboven, bij de bespreking van de schadevergoeding bij onvolledige rechtvaardigingen genoemd.[114] Het gaat om de aard van de overheidshandeling, het gewicht van het daarmee gediende belang, de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen ervan voor een derde en de aard en omvang van de toegebrachte schade.[115] Korter geformuleerd: het gaat om de afweging tussen het gediende en het geschonden belang.

---

108 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*) r.o. 3.3, slot, waarover i.v.m. proportionaliteit in par. 7.5.3.2 (*Een gevaarlijk middel*) en i.v.m. subsidiariteit in par. 7.6.3 (*Twee andere toepassingen: artikel 6:174 en 6:162*).

109 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

110 Zie par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).

111 Zie par. 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

112 Zie par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*).

113 Zie par. 7.6.8 (*De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade*).

114 Zie par. 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*).

115 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3.

De parallel is niet toevallig. Immers: in de zaak waarover de Hoge Raad in 2004 oordeelde, ging het om een handeling waartoe op zichzelf een bevoegdheid bestond, maar die niettemin onrechtmatig was jegens bepaalde betrokkenen (in dat geval: derden). De bevoegdheid tot handelen was ontoereikend als rechtvaardiging tegen de schadevergoedingsclaim van die derden. En dat is precies de in dit hoofdstuk beschreven kwestie. De onrechtmatigheidstoets is uitgevallen in het nadeel van de handelende (zie het vorige hoofdstuk); de ingeroepen rechtvaardiging schoot tekort. Vervolgens moet bij de beoordeling van de schadevergoedingseis een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het belang dat met de handeling werd gediend en anderzijds de door die handeling veroorzaakte schade. Dat is niet alleen zo bij overheidsoptreden, maar bij alle handelingen waarbij een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan.[116]

12.5.5 Relativiteit: strekking van de rechtvaardiging

Iedere bevoegdheid om schade toe te brengen kan alleen worden ingeroepen voor zover de bevoegdheid de strekking heeft de handelende te beschermen tegen een schadevergoedingseis. Dat is de stelling die verdedigd is in hoofdstuk 10. Wie weliswaar een bevoegdheid heeft, wordt toch niet beschermd tegen een schadevergoedingsvordering als de ingeroepen bevoegdheid niet strekt tot het rechtvaardigen van het toebrengen van een bepaalde soort schade of van een bepaalde wijze van schadetoebrenging.[117]

Maar het gegeven dat op zichzelf is gehandeld op grond van een bevoegdheid, zal een omstandigheid kunnen zijn die een rol kan spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling. Dat is hiervoor, mede aan de hand van de correctie-Langemeijer, betoogd.[118] Hetzelfde is te beredeneren in verband met de omvang van de schadevergoedingsverplichting: in het geval gehandeld is op grond van rechtvaardiging, kan er reden bestaan om de schadevergoedingsverplichting te verminderen, ook als de rechtvaardiging niet geheel toereikend is. De wijze waarop dat gebeurt, zal worden besproken in de volgende paragraaf,[119] waarin de aanknopingspunten binnen afdeling 6.1.10 worden besproken.

116 Zie hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), waar deze kwestie uitvoerig is besproken.
117 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), m.n. par. 10.2.2-10.2.4 e.v.
118 In par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*) en 11.5.5 (*De correctie-Langemeijer*).
119 Par. 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

12.5.6 Conclusie

Bij een beroep op een rechtvaardiging kan sprake zijn van een schadevergoedingsverplichting als het beroep op een rechtvaardiging op enige manier tekortschiet. Dat kan het geval zijn als het beroep op een rechtvaardiging zelf mislukt; er is bijvoorbeeld niet voldaan aan alle voorwaarden van de ingeroepen rechtvaardiging. Of als alleen een beroep kan worden gedaan op een onvolledige rechtvaardiging. In dat geval kan de omstandigheid dat in ieder geval op grond van een rechtvaardiging is gehandeld – zij het dat het beroep op die rechtvaardiging tekortschoot als verweer tegen de gestelde onrechtmatigheid – een factor zijn die van invloed is op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht

Ook de aanwezigheid van *culpa in causa* en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en relativiteit kunnen meebrengen dat het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging niet wordt gehonoreerd. In die gevallen komt de handelende geen beroep op een rechtvaardiging toe en zal hij aansprakelijk zijn op grond van de vastgestelde onrechtmatige daad. Dat betekent dat hij in principe verplicht is tot het vergoeden van de schade die het gevolg is van zijn handelen. Maar de omstandigheid dat werd gehandeld in een situatie waarin op zichzelf een beroep zou kunnen worden gedaan op een rechtvaardiging, kan een factor zijn bij de bepaling van de hoogte van die schadevergoeding. Op welke wijze die beoordeling kan worden gegrond binnen de regels van het burgerlijk recht, zal nu worden bezien.

12.6 Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten

12.6.1 Inleiding

Bij de beoordeling van vergoedingsplicht van de handelende in het geval deze een beroep doet op een rechtvaardiging, kunnen twee omstandigheden tegen elkaar in werken. Dat geldt bijvoorbeeld bij *culpa in causa,* als de te rechtvaardigen situatie is ontstaan door toedoen van degene die zich op een rechtvaardiging beroept. Dan staan twee zaken tegenover elkaar. Enerzijds: het feit dat aan alle voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardiging is voldaan. Anderzijds: het feit dat de handelende er zelf aan heeft meegewerkt dat een beroep op zo'n grond noodzakelijk was. In de afweging tussen beide kan blijken dat de laatste omstandigheid de doorslag geeft. De aanwezigheid van *culpa in causa* weegt dan zwaarder dan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, en de daad wordt als onrechtmatig beoordeeld. Die kwestie kwam aan de orde in hoofdstuk 11, waar de invloed op het onrechtmatigheidsoordeel

van een contraweerlegging, zoals *culpa in causa*, is besproken in geval van een op zichzelf geslaagd beroep op een rechtvaardiging.[120]

De rol van rechtvaardiging hoeft echter ook bij een geslaagd beroep op *culpa in causa* nog niet uitgespeeld te zijn. Het feit dat op zichzelf is gehandeld op grond van een rechtvaardiging, kan namelijk vervolgens meewegen bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding die de handelende moet betalen. Dat kan ertoe leiden dat de handelende niet de volledige schade hoeft te vergoeden. Maar ook het feit dat de handelende de noodsituatie zelf veroorzaakte, kan nog meewegen. Die factor zal ertoe leiden dat niet snel een vermindering van de vergoedingsplicht plaatsvindt. Dat geldt zowel voor de situatie van *culpa in causa*, als voor andere omstandigheden waarin ontlastende (rechtvaardigende) en belastende (verwijtbare) omstandigheden moeten worden afgewogen.

Beide genoemde factoren – verwijt en rechtvaardiging – zijn op verschillende plaatsen binnen afdeling 6.1.10 in te passen. Ik bespreek die plaatsen in de nu volgende paragrafen, waarbij steeds wordt bezien wat de invloed van de aanwezigheid van een rechtvaardiging is op de omvang van de schadevergoedingsplicht. Daarbij houd ik het voorbeeld van *culpa in causa* aan, omdat dit helder maakt dat en waarom, in een te rechtvaardigen situatie, een smet aan het gedrag van de handelende kleeft.

Tot slot. De hierna te bespreken bepalingen en leerstukken zijn de laatste tijd onderwerp van discussie. Van der Kooij bestrijdt de heersende opvattingen over relativiteit en toerekening.[121] Hij neemt tot uitgangspunt

> 'dat indien door een normschendende gedraging schade wordt veroorzaakt, terwijl het doel van de geschonden norm juist is de gelaedeerde te beschermen tegen deze soort schade en de wijze waarop zij is ontstaan, een toereikend normatief verband bestaat tussen de normschendende gedraging en de schade. De laedens dient dan in beginsel voor deze schade aansprakelijk te zijn (…) Alleen als daarvoor een bijzondere reden bestaat, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft of geschaad is in een niet-rechtmatig belang, laat zich onder deze omstandigheden begrijpen om de laedens niet (volledig) voor de schade aansprakelijk te laten zijn.'[122]

In het onderstaande, zoals in deze gehele studie, is het vertrekpunt niet de normschendende gedraging, maar juist de spiegelbeeldige gedraging waarbij normconform is gehandeld, of geprobeerd is dat te doen. Op zichzelf is het – eveneens spiegelbeeldige – uitgangspunt juist dat er dan, gezien het norm-

120 Zie par. 11.6.2 (*De rol van het voorafgaand handelen*). Zie over culpa in causa in het algemeen verder par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*) en 6.7 (*Correctie via de vergoedingsplicht*).

121 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, in resp. hoofdstuk 3 en 4.

122 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, p. 224.

conforme gedrag, in beginsel geen aansprakelijkheid is, en in bijzondere omstandigheden wel. Maar bij het verklaren van de omstandigheden waarin een uitzondering op het uitgangspunt van toepassing is, bieden de in wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur ontwikkelde deelregels, beslisschema's en dergelijke, bruikbare aanknopingspunten. Geen allesbeslissende begrenzingsfactor als de normschendende gedraging, maar een 'beredeneerd multifactordenken' en 'leerstukbreed relativeren', zoals Hartlief het uitdrukt.[123]

Tijd voor een analyse van de verschillende leerstukken die bij de beoordeling van de schadevergoedingsomvang na een mislukt beroep op een rechtvaardiging relevant zijn en hun concrete toepassing.

12.6.2 Toerekening op grond van artikel 6:98

12.6.2.1 Algemeen

Een eerste mogelijkheid om rekening te houden met de aanwezigheid van zowel een rechtvaardiging als het verwijt dat de handelende treft, biedt artikel 6:98, waarin de causaliteitseis is beschreven:

> 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

Bepalend voor het causale verband tussen daad en schade is een aantal factoren.[124] Evenals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling,[125] zal het afhangen van de ernst van het verwijt dat de handelende treft, of de nadruk ligt op de aanwezigheid van het verwijt dat de handelende treft, dan wel op de door hem ingeroepen rechtvaardiging.

12.6.2.2 Aard aansprakelijkheid

Artikel 6:98 noemt als eerste factor de aard van de aansprakelijkheid. Aangenomen wordt dat in geval van schuldaansprakelijkheid de schade eerder kan worden toegerekend dan bij risicoaansprakelijkheid. Zo overweegt de Hoge

123 Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p.166.

124 Een uitgebreide bespreking van de in de civielrechtelijke literatuur verdedigde opvattingen is te vinden bij Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 259-287. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/57 e.v. Van de recentere literatuur zijn hierboven reeds genoemd Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019 en Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020.

125 Zie daarover par. 6.5 (*Corrigerende werking van culpa in causa in het burgerlijk recht, algemeen*) en 11.6.2 (*De rol van het voorafgaand handelen*).

Raad in het Amercentrale-arrest dat het uitzonderlijke karakter van aansprakelijkheid voor zonder schuld veroorzaakte schade

> 'grond geeft een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf (...) te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 (nu 6:162, MF) kan worden geëist'.[126]

De reden daarvoor is, dat wanneer de aansprakelijk gestelde een verwijt treft van zijn handelen, toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan bij een aansprakelijkheid geheel buiten schuld van de handelende.

Deze factor kan dienen als aanknopingspunt wanneer bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de nadruk ligt op het verwijt aan de handelende. De factor zal dan meewegen in het nadeel van de aansprakelijke; wanneer de handelende een verwijt van zijn handelen treft, zal toerekening uiteraard eerder op zijn plaats zijn. Het omgekeerde zal aan de orde zijn, wanneer wordt gehandeld op grond van een rechtvaardiging. In dit geval, waarbij de handelende in principe een bevoegdheid tot handelen heeft – zij het, dat hij daarbij onrechtmatig handelt, zal reden kunnen zijn om de schade, anders dan bij een 'gewone' schuldaansprakelijkheid, niet geheel voor rekening van de handelende te laten komen. Daaraan moet worden toegevoegd dat het bij een beroep op een rechtvaardiging in het algemeen zal gaan om een schuldaansprakelijkheid, geen risicoaansprakelijkheid. Dat pleit, gezien de aard van de aansprakelijkheid, voor een ruime toerekening van de schade aan de aansprakelijk gestelde. Het royale karakter van die toerekening zal niet veranderen door het feit dat sprake is van een verwijt aan de handelende. Integendeel: bij bijvoorbeeld *culpa in causa* gaat het om schade, veroorzaakt door een kennelijk niet te rechtvaardigen onrechtmatige daad van de handelende, waarbij die aanleiding tot het handelen nota bene door de handelende zelf is veroorzaakt.

12.6.2.3 Aard normschendende gedraging

Ook wanneer in een bepaald geval het zwaartepunt juist ligt bij de aanwezigheid van de ingeroepen rechtvaardiging, kan aansluiting worden gezocht bij de factoren van artikel 6:98. Zo wordt de aard van de normschendende gedraging wel genoemd als factor die bepalend is voor de causaliteit.[127]

---

126 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509 (*Amercentrale*), O. omtrent middel I, onderdeel 5. Vgl. ook MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 344/345.

127 Vgl. bijv. Neleman, *Toerekening van schade* 1987, p. 50. In *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/65, sub c, wordt gesproken van de *aard van de activiteit* waarbij de schade is toegebracht, en wordt in dat verband gewezen op bedrijfsmatige tegenover particuliere activiteiten. Ook wordt opgemerkt dat de omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming niet uit eigen belang heeft gehandeld, van invloed kan zijn op de toerekening.

In het geval van een normschending die heeft plaatsgevonden om bijvoorbeeld een hoger belang te redden zoals bij noodtoestand, zal het daarom redelijk kunnen zijn dat minder snel schade wordt toegerekend aan de handelende. Daaromtrent overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 2017, over een contractspartij die zijn wederpartij met een bepaalde handeling waaruit schade voortvloeide ter wille was geweest, het volgende:

> 'Bij de toerekening op grond van art. 6:98 BW gaat het om de vraag of voldoende verband bestaat tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. De omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aansprakelijkheid bestaat, niet uit eigenbelang heeft gehandeld, kan weliswaar mede van belang zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval is te eisen, maar kan niet op zichzelf ertoe leiden dat slechts een deel van de veroorzaakte schade (…) is aan te merken als een toerekenbaar gevolg van de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat.'[128]

De omstandigheid dat niet uit eigenbelang is gehandeld, kan dus – zij het niet op zichzelf alleen – relevant zijn voor het vaststellen van het causaal verband in de zin van artikel 6:98. Daarbij moet worden bedacht dat het ter wille zijn van een contractspartij bijna nooit geheel van eigenbelang is ontbloot. Te verdedigen is dan ook dat in een niet-contractuele *setting* het handelen buiten eigen belang eerder zal leiden tot verminderde toerekening. En dat het handelen zonder enig eigenbelang, maar volledig gericht op het belang van de ander, nog eerder zal kunnen leiden tot een verminderde toerekening in de zin van artikel 6:98.[129]

Met dit laatste komen we op het gebied van de belangeloze dienstverlening. Het is niet zo eenvoudig te bepalen onder welke factor van artikel 6:98 deze omstandigheid kan worden geplaatst. Dat constateert ook Sieburgh,[130] onder verwijzing naar de zaak van de man die tijdens een 'vriendendienst om niet' de deur van een volière een halve dag laat openstaan, waardoor een groot aantal kanaries ziek wordt en sterft.[131] Lindenbergh schaart in zijn bespreking van de factoren van artikel 6:98 de omstandigheid van de belangeloze dienstverlening – waarvan vaak sprake is ingeval van rechtvaardigingen – onder 'overige relevante factoren'.[132] Ook denkbaar is de belangeloze dienstverlening te vatten onder de *aard van de gedraging* als factor van toerekening, waarover Lindenbergh opmerkt: 'Indien men de mate van onrechtmatigheid

128 HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115, r.o. 4.2.2. De Hoge Raad wijst daarbij ook naar de mogelijkheid om de vergoedingsplicht te matigen op de voet van artikel 6:109. Dat onderwerp wordt hierna, in par. 12.6.4 (*Matiging op grond van artikel 6:109*), besproken.

129 Dat vloeit ook voort uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

130 *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/63.

131 Rb. 's-Hertogenbosch 17 november 1978, ECLI:NL:RBSHE:1978:AC6397, *NJ* 1980/15.

132 In Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 7.

als relevante factor aanvaardt, ligt het voor de hand aan te nemen dat naarmate de inbreuk op de rechtsorde ernstiger is, toerekening eerder zal kunnen plaatsvinden.'[133]

Handelen op grond van een rechtvaardiging, en belangeloze dienstverlening in het bijzonder, zal in het algemeen juist een minder ver gaande – vaak zelfs een op zichzelf gewenste – inbreuk op de rechtsorde meebrengen, dan een 'gewone' onrechtmatige handeling, waarmee geen hoger belang beoogd wordt te dienen. Wie probeert een ander te bevrijden uit een benarde situatie met behulp van een middel dat te grote schade toebrengt, zal zijn beroep op noodweer of noodtoestand zien stranden op de proportionaliteitseis. Maar het feit dat de handeling plaatsvond om een ander te redden, zal gewicht in de schaal van de toerekeningsafweging leggen – en de schadevergoedingsplicht kunnen verminderen.

12.6.2.4 Terug naar proportionaliteit en subsidiariteit

Nog op een ander manier kunnen de toerekeningsregels van artikel 6:98 hulp bieden bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering in geval van gerechtvaardigd handelen. Bij de bespreking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit,[134] kwam aan de orde dat verschillende factoren bepalend zijn voor de aansprakelijkheid in geval van een beroep op een rechtvaardiging. Ze zijn hierboven, in paragraaf 12.5.4 herhaald.[135] Het gaat om het doel van de activiteit, de schadelijkheid van het gehanteerde middel, het bestaan van alternatieven om de schade te voorkomen en de aard en ernst van de toegebrachte schade.

Wat betreft het *doel van de activiteit*: dit kwam hierboven al aan de orde in verband met belangeloze dienstverlening. Gezien de aard van de gedraging zou schade die is ontstaan door een handeling die puur op het eigenbelang gericht is, snel voor toerekening in aanmerking komen.[136] Schade voortvloeiend uit een handeling waar beide partijen profijt van hebben, zal minder snel voor toerekening aan de handelende in aanmerking komen. En schade toegebracht bij een handeling waarbij slechts uit altruïstische motieven is gehandeld, zal gezien de aard van de gedraging niet snel voor rekening van de handelende dienen te komen.

De *schadelijkheid van het gehanteerde middel* zal niet los van de *aard en ernst van de toegebrachte schade* kunnen worden gezien (proportionaliteit). Hoe schadelijker het middel, hoe eerder toerekening aan de handelende op haar

133 In Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 6.

134 In hoofdstuk 7, zie m.n. par. 7.5 (*Proportionaliteit en zorgvuldigheid*) en par. 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

135 Par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).

136 Door Hartlief wordt de factor profijt genoemd in verband met de rechtvaardiging van toerekening bij risicoaansprakelijkheid. Zie Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p. 164.

plaats zal zijn. Voor de aard en ernst van de schade geeft artikel 6:98 daarbij zelf al toerekeningsregels: letselschade zal in het algemeen snel worden toegerekend; ernstige schade wordt eerder toegerekend dan lichte schade.

Ook de omstandigheid van het bestaan van *alternatieven om de schade te voorkomen* (subsidiariteit), kan worden ingebed in artikel 6:98. Aan wie voor de hand liggende mogelijkheden om de schade te vermijden onbenut laat, zal gezien de aard van zijn gedraging en de voorzienbaarheid van de schade, die schade eerder worden toegerekend.

Tot slot. In deze studie is op diverse plaatsen betoogd dat het handelen van degene die zich op een rechtvaardiging moet beroepen, met een zekere mildheid moet worden beschouwd.[137] Handelen op grond van een rechtvaardiging is in principe door de rechtsorde gewenst handelen.[138] Die omstandigheid is ook relevant als de handeling niet geheel gerechtvaardigd is, of als de handelende bij de uitoefening van zijn bevoegdheid niet geheel zorgvuldig te werk is gegaan. Zoals hierboven, bij de bespreking van de correctie-Langemeijer in verband met rechtvaardigingen is gesteld: de omstandigheid dat sprake is van een beroep op een rechtvaardiging, kan meebrengen dat de handeling eerder als rechtmatig moet worden beschouwd. Die factor speelt ook een rol bij toepassing van artikel 6:98, waar de aard van de gedraging als relevant voor toerekening wordt gezien. Wanneer met grove schuld is gehandeld, is ruimere toerekening gerechtvaardigd.[139] En – het kwam aan het begin van de bespreking van artikel 6:98 al aan de orde – Neleman heeft ervoor gepleit om schadelijke gevolgen eerder toe te rekenen naarmate de schuld aan de gedraging groter is.[140] Dat lijkt ook heel redelijk: hoe ernstiger de inbreuk op de rechtsorde, hoe eerder toerekening zal plaatsvinden, zo is hierboven al met verwijzing naar Lindenbergh opgemerkt.[141] In geval van handelen op grond van een rechtvaardiging is het omgekeerde aan de hand. Het gaat dan om een op zichzelf door de rechtsorde gewenste handeling, waarbij – in de situatie dat de rechtvaardiging de handeling niet volledig kan rechtvaardigen – ook iets mis is gegaan. Maar juist de omstandigheid dat bedoeld is te handelen om bijvoorbeeld een hoger belang te dienen, kan een minder ver gaande toerekening rechtvaardigen.

Artikel 6:98 biedt in ieder geval aanknopingspunten om bij handelen op grond van een ingeroepen – tekortschietende – rechtvaardiging minder schade

---

137 Zie bijv. par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), 7.7.3 (*'Margin of appreciation'*), par. 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*), par. 10.7.2 (*Correctie-Langemeijer; Toepassing in geval van rechtvaardigingen*) en 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

138 Zie par. 1.4.3 (*Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad*).

139 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, *NJ* 2011/139, r.o. 3.6.6, inzake verkiezingsfraude door een kandidaat.

140 Neleman, *Toerekening van schade*, BWKJ 1987, p. 50.

141 Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 6.

toe te rekenen aan de handelende dan in het 'normale' geval van onrechtmatig handelen, buiten rechtvaardigende omstandigheden.

12.6.3 Eigen schuld in de zin van artikel 6:101

12.6.3.1 Eigen schuld, algemeen

Voor de bespreking van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 lid 1 is het goed de bepaling nogmaals voor ogen te hebben:

> 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.'

Daaraan voegt het artikellid toe:

> 'met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

Bij de toepassing van dit artikel op de gevallen waarin een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan, moet worden onderscheiden tussen twee situaties.

Ten eerste die waarin het beroep op een rechtvaardiging van de handelende faalt en vervolgens de omvang van zijn schadevergoedingsverplichting moet worden vastgesteld. Artikel 6:101 wordt dan toegepast bij de beoordeling van de schadevergoedingseis *jegens* de handelende. Dat is de situatie die ontstaat wanneer het in hoofdstuk 11 beschreven oordeel over de rechtmatigheid van de daad negatief uitvalt voor de handelende, en de daad dus als onrechtmatig wordt gekwalificeerd.

Maar artikel 6:101 kan ook een rol spelen als de daad van de handelende vanwege diens beroep op een rechtvaardiging wel als rechtmatig is aangemerkt. Op de handelende zelf rust dan geen vergoedingsplicht uit onrechtmatige daad. Maar het is goed voorstelbaar dat die handelende schadevergoeding verlangt van een andere bij de handeling betrokken persoon. Te denken valt aan een noodweersituatie. Als de noodweerder zich terecht heeft verweerd, maar gewond is geraakt in de noodweersituatie, zal hij schadevergoeding eisen van zijn aanvaller. Bij de beoordeling van die vordering *van de handelende* kan het eigen gedrag van de aangevallen noodweerder een relevante omstandigheid zijn, zoals in het geval van plagen, treiteren of uitlokken. In zo'n situatie zal sprake zijn van *culpa in causa* en hierboven, in paragraaf 12.5.3, is daarvan al het voorbeeld gegeven van de getergde restauranthouder Boudeling.

De rol van de rechtvaardiging van, en het verwijt aan de handelende bij het oordeel over een eventuele vergoedingsplicht, worden nu belicht aan de hand van artikel 6:101.

12.6.3.2 De schadevergoedingseis tegen *de handelende*

Wanneer iemand een verwijt van zijn handelen treft, bijvoorbeeld doordat hij zich door zijn eigen schuld in een noodsituatie heeft gebracht en onvoldoende aanvoert om zijn daad te rechtvaardigen, is hij in principe op grond van artikel 6:162 tot schadevergoeding verplicht jegens degene aan wie hij schade heeft toegebracht. Maar juist in het geval van rechtvaardigingen gaat het dikwijls om situaties waarbij ook een smet kleeft aan het gedrag van degene aan wie die schade is toegebracht – zoals bijvoorbeeld in het al vaker besproken geval van uitlokking.

Wanneer de uitgelokte aan de uitlokker schade toebrengt, en zich niet op een rechtvaardigingsgrond als noodweer kan beroepen, is hij aansprakelijk op grond van artikel 6:162. De uitlokker kan van hem vergoeding van zijn schade eisen. In veel gevallen zal het echter niet redelijk zijn dat de uitlokker zijn schade geheel of gedeeltelijk vergoed krijgt, omdat hij het ontstaan van die schade immers zelf mede in de hand heeft gewerkt. Het hierboven geciteerde slot van artikel 6:101 lid 1 kan dan de basis zijn waarop dit oordeel juridisch gegrond wordt: gezien het feit dat de schadeveroorzakende handeling door de benadeelde zelf is uitgelokt, kan de billijkheid eisen dat geen of geen volledige schadevergoeding plaatsvindt. Vooral in het geval van ernstige uitlokking (tergen, sarren totdat de ander te ver gaat) kan dat een redelijk middel zijn.

Een toepassing van dit artikel 6:101 lid 1, slot is te vinden in de hierboven besproken casus van Taams en Boudeling. En daarmee kom ik op het tweede onderdeel van de hierboven al aangehaalde slotsom van hof en Hoge Raad.[142] De uitlokking brengt mee dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was. Aan die conclusie wordt de overweging toegevoegd dat

> 'zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist'.[143]

In het geval van Taams en Boudeling heeft de *uitlokker* schade geleden. Het feit dat deze zelf de hand had in het ontstaan van zijn schade, zou volgens

142 Bij de bespreking van de invloed van uitlokking op de beoordeling van de onrechtmatigheid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*) was het eerste deel van de overwegingen aan de orde.

143 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

de Hoge Raad leiden tot volledig verval van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij. Ook een gedeeltelijk verval van de vergoedingsplicht is denkbaar. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een zaak waar de appellant zwaar was mishandeld door de geïntimeerde, wiens beroep op noodweer was afgewezen:

> 'Indien in dit geding komt vast te staan dat appellant geïntimeerde als eerste sloeg (…), bestaat aanleiding om de verplichting van geïntimeerde tot schadevergoeding te verminderen in verband met eigen schuld van appellant. Komt dat niet vast te staan, dan is het enkele feit dat appellant geïntimeerde heeft uitgescholden onvoldoende om tot een rechtens relevante mate van eigen schuld aan de onderhavige onrechtmatige daad te kunnen concluderen.'[144]

Wanneer de *uitgelokte* schade lijdt en de uitlokker daarvoor aansprakelijk is, kan eveneens een verdeling van de schade op grond van artikel 6:101 plaatsvinden.[145] Bij die verdeling zal het feit dat de schade door uitlokking is ontstaan, zwaar wegen.

Ook in andere situaties kan artikel 6:101 een grondslag bieden om omstandigheden aan de zijde van de wederpartij van degene die zich op een tekortschietende rechtvaardiging beroept, mee te wegen. Daarbij valt allereerst te denken aan noodweerexces. Eerder in deze studie is opgemerkt dat noodweerexces wordt beschouwd als schulduitsluitingsgrond, maar dat dit een loze kwalificatie is, omdat noodweerexces niet aan toerekening in de weg staat. Ik heb betoogd dat noodweerexces in principe tot aansprakelijkheid van de noodweerder leidt, evenals een geestelijke of lichamelijke tekortkoming aan de aansprakelijk gestelde wordt toegerekend.[146] Dat betekent echter niet dat de excessief handelende noodweerder moet opkomen voor de volledige schade van degene tegen wie hij zich verweert, de aanvaller/benadeelde. Juist door het handelen van deze laatste is immers de noodweeractie en uiteindelijk ook de overreactie van de verweerder veroorzaakt. Als het beroep op noodweer mislukt, omdat de verweerder disproportioneel handelde, staat dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de weg.[147] Maar de omstandigheid dat de verweerder tot zijn actie werd gebracht door zijn aanvaller, dient naar mijn mening mee te wegen bij de beoordeling van de schadevergoedingseis van de aanvaller in het kader van artikel 6:101. De bij de 'noodweer'-actie over-

144 Hof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8288, r.o. 3.5. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.7.

145 Daarvoor is uiteraard vereist dat de uitlokker onrechtmatig handelt. Maar omdat het bij uitlokking gaat om het veroorzaken van voorzienbare schade, zal deze onrechtmatigheid, zeker wanneer de te verwachten schade ernstig is, snel worden aangenomen. Vgl. wat daarover is opgemerkt in par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*) en 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

146 Zie daarover par. 9.8.7.3 (*In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen*), onder f.

147 Vgl. voor het strafrecht HR (Strafkamer) 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1124, *NJ* 2018/368 (*Doodslag door politieambtenaar*).

matig veroorzaakte schade is mede een gevolg van het handelen van de aanvaller/benadeelde zelf, of zoals het Hof 's-Hertogenbosch overwoog:

> 'Zelfs indien zou worden aangenomen dat geintimeerde de grenzen van noodzakelijke verdediging van zijn dochter heeft overschreden, was dit een onmiddellijk gevolg van een door het optreden van appellant veroorzaakte hevige gemoedsbeweging – dus noodweer-exces.'[148]

Het hof oordeelde dat vanwege de aanwezigheid van noodweer/noodweerexces de vordering op grond van onrechtmatige daad diende te worden afgewezen. Mijns inziens verdient het dus de voorkeur om in geval van noodweerexces de vordering op grond van onrechtmatige daad toe te wijzen en het aandeel van de 'aanvaller' in de bovenmatige reactie van de 'noodweerder' tot uitdrukking te laten komen in de schadeverdeling.

Hetzelfde principe zou ik willen toepassen bij putatieve rechtvaardigingen en andere gevallen van dwaling in de feiten of het recht. In het begin van deze studie is de casus van de roodstaartamazone van Strijards beschreven.[149] Iemand slaat het raam van een huis in, omdat hij hulpgeroep uit de woning hoort komen. 'Het lijkt er bepaald op dat iemand gekeeld wordt.'[150] Als de helper in het huis komt, ziet hij dat een papegaai het hulpgeroep nabootst. Bij de bespreking van de casus heb ik, in overeenstemming met de strafrechtelijke leer, betoogd dat een putatieve rechtvaardiging niet kan worden gezien als rechtvaardigingsgrond. Hooguit zou zij te kwalificeren zijn als schulduitsluitingsgrond, maar dat staat toerekening niet in de weg. Naar ik meen, kunnen in een zaak als deze de omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen aan de zijde van beide partijen – de helper en de benadeelde eigenaar van de ruit en woning – in aanmerking worden genomen. Daarbij dient naar mijn opvatting aan de zijde van de helper zijn hulpvaardigheid als verlichtende omstandigheid en aan de zijde van de dierenbezitter het risico van het bezit van de bijzondere papegaai als verzwarende omstandigheid te worden meegewogen. Ook bij andere soorten van dwaling kan de omstandigheid dat de benadeelde de onjuiste voorstelling van de dwalende geheel of gedeeltelijk heeft opgewekt van belang zijn voor de beoordeling van de schadevergoedingseis als het beroep van de dwalende handelende op een rechtvaardigingsgrond tekortschiet.

148 Hof 's-Hertogenbosch 17 augustus 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AD1209, *NJ* 1991/259, r.o. 4.9.

149 Zie par. 1.5.5 (*Geen putatieve rechtvaardiging*), met weergave van de casus die Strijards beschrijft in zijn *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117.

150 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117.

12.6.3.3 De schadevergoedingseis van de handelende

Wanneer iemand mede door zijn schuld een noodsituatie heeft gecreëerd, maar een voldoende rechtvaardiging voor zijn handelen aanvoert, is zijn handelen rechtmatig. Jegens hem is dan geen schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad mogelijk. Wanneer bij de situatie nog een of meer anderen betrokken zijn, die wel onrechtmatig hebben gehandeld, en de handelende zelf schade heeft geleden, kan de handelende ervoor kiezen die ander of anderen voor zijn schade aansprakelijk te stellen. Het feit dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van de noodsituatie – het *culpa in causa*-aspect – zal hem op grond van artikel 6: 101 kunnen worden toegerekend, en kunnen leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke.

Aanknopingspunt is in dat geval het begin van artikel 6:101 lid 1, dat stelt dat de vergoedingsplicht wordt verminderd, 'wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend'. De omstandigheid die aan de handelende wordt toegerekend in de juist geschetste situatie is dan dat hij de mogelijkheid van schade heeft (kunnen) voorzien, maar de kans op schade niet heeft vermeden, terwijl dat wel mogelijk was geweest.

Volgens de Toelichting Meijers is eigen schuld in de zin van artikel 6:101 'aanwezig, wanneer iemand zich anders gedraagt dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan'.[151] De factoren die in verband met eigen schuld van belang zijn voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding van de benadeelde, kunnen zeer wel bij *culpa in causa* een rol spelen. Zo stelt de wetsontwerper:

> 'De aangesprokene zal zich dus o.m. op dit artikel kunnen beroepen: 1. als het feit waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt mede aan de benadeelde te wijten is; 2. als de benadeelde op een ogenblik voorafgaande aan dat feit, een onvoorzichtigheid heeft begaan waardoor de schadelijke gevolgen van het feit zijn verzwaard; 3. als de benadeelde, nadat het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk wordt gesteld, heeft plaats gevonden, heeft verzuimd het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.'[152]

Met name de eerste twee factoren zullen een rol spelen bij de beoordeling van een situatie waarin iemand zich door zijn eigen schuld heeft gebracht. Artikel 6:101 biedt de mogelijkheid bij de bepaling van de vergoedingsplicht rekening te houden met de aanwezigheid van *culpa in causa.*

Ook hierbij kan worden gedacht aan uitlokking. Wanneer het slachtoffer van de uitlokking de uitlokker aanspreekt, zal het feit dat deze laatste de daad

151 TM artikel 6.1.9.6, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.
152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

heeft uitgelokt, zwaar meewegen bij de beoordeling van de schadevergoedingseis van het slachtoffer in het kader van artikel 6:101.

Een parallel is te trekken met het Circusezel-arrest. Daarin wordt aangenomen dat het onrechtmatig is iemand uit te lokken gevaarlijke dingen te doen – het ging in casu om een circusexploitant die een toeschouwer ter opluistering van de voorstelling een ongezadelde ezel liet berijden. Daarbij laat de Hoge Raad niet zwaar wegen dat ook de uitgelokte toeschouwer, het latere slachtoffer, aan het ontstaan van de schade had meegewerkt door vrijwillig plaats te nemen op de ezel. Bij de bespreking van de schadevergoedingseis van de uitgelokte merkt de Hoge Raad op:

> '*Ten hoogste* is (...) plaats voor een vermindering van de vergoedingsplicht indien de rechter op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de schade mede aan de bezoeker is toe te rekenen' (*cursivering toegevoegd, MF*).[153]

In dit geval is de Hoge Raad dus mild voor de uitgelokte. Dat lijkt mij terecht, zeker gezien de omstandigheden dat de uitgelokte ezelrijder geen schade aan anderen veroorzaakte, dat hij zelf ernstige letselschade leed, en dat de act vooral diende ter opluistering van de voorstelling van de circusexploitant.

Zo'n milde houding zou ik ook willen bepleiten in het geval sprake is van hulpverlening in een noodsituatie, terwijl de hulpverlener mede heeft bijgedragen aan het ontstaan van de situatie. Een voorbeeld daarvan biedt de casus van het duikongeval in Egypte, hierboven besproken in verband met de grondslag van de schadevergoedingsplicht jegens de helper: zaakwaarneming.[154] In deze zaak spraken twee duikers af dat ze niet onder een bepaalde diepte zouden duiken. Op de afgesproken diepte bleek de ene duiker door dieptedronkenschap niet meer te reageren en verder door te dalen. De andere duiker dook hem achterna, nam de zieke duiker mee omhoog, maar moest op zekere diepte stoppen, omdat de zuurstof van de zieke duiker verbruikt was. De reddende duiker deelde zijn eigen zuurstof, en moest daarna snel stijgen naar het wateroppervlak met zijn mededuiker. Te snel, zo bleek, want de reddende duiker hield aan de duik een dwarslaesie over, veroorzaakt door duikersziekte die optreedt wanneer men te snel stijgt naar het wateroppervlak. De rechtbank wees de schadevergoedingsactie van de redder toe op grond van zaakwaarneming.[155] Zij overwoog naar aanleiding van het verweer van de geredde duiker dat van zaakwaarneming geen sprake kon zijn, omdat voor de redder een plicht tot hulpverlening bestond:

153 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729 (*Circusezel*).
154 Zie par. 12.3.5 (*Zaakwaarneming*).
155 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.15.

> 'Anders dan (*de geredde duiker en zijn verzekeraar, toevoeging MF*) hebben betoogd (…) is er van een gehoudenheid van (*de redder, toevoeging MF*) als duiker tot behartiging van de belangen van (*de geredde duiker, toevoeging MF*) als mededuiker en daarmee van een belangenbehartiging krachtens rechtshandeling geen sprake. (…) Nu door de (*geredde duiker, toevoeging MF*) is erkend dat de redding met zijn instemming (en daarmee niet tegen zijn wil) is geschied, is naar het oordeel van de rechtbank voldaan aan alle vereisten zoals die voor zaakwaarneming gelden.'[156]

Niettemin oordeelt de rechtbank dat sprake is van eigen schuld in de zin van artikel 6:101, omdat beide partijen zich bewust hebben 'overgegeven aan gemeenschappelijk specifiek gevaarzettend gedrag', om welke reden de rechtbank de schade over beide partijen gelijkelijk verdeelt.[157] De redder moet dus de helft van de schade die hij leed door zijn reddingsactie zelf dragen. Dat lijkt mij te wringen. Het is juist dat het beoefenen van een gevaarlijke sport het risico op ongevallen in zich bergt. De duikers gingen ook dieper dan ter plaatse geboden. Dat alles kan leiden tot een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, of een verdeling van de schadevergoeding. De risico's treffen de beoefenaars gelijkelijk en dan is een 50%-verdeling gerechtvaardigd.

Maar wanneer een van de beoefenaars met gevaar voor eigen leven een medebeoefenaar uit een levensbedreigende positie redt, en slechts een van de beoefenaars profijt van die actie heeft (namelijk de geredde), terwijl de helpende ander ernstig letsel oploopt, zal de gewone 50%-verdeling uiteindelijk niet gerechtvaardigd zijn. Vooral niet als men bedenkt dat – het ligt voor de hand – de geredde volledig instemde met de actie. Een voor de redder voordeliger verdeling van de schade (met toepassing van de billijkheidscorrectie) zou mijns inziens in dit soort situaties de voorkeur verdienen. In de weging van de omstandigheden die een rol spelen bij de beoordeling van de vergoedingsplicht en bij toepassing van de billijkheidscorrectie ex artikel 6:101 dient belangeloos hulpvertoon uitdrukkelijk in de beoordeling te worden betrokken.

12.6.3.4 Conclusie

Wanneer ook de benadeelde heeft bijgedragen aan het ontstaan van de situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging, biedt artikel 6:101 een mogelijkheid om het feit dat is gehandeld op grond van een rechtvaardiging te laten meewegen bij de vaststelling van de vergoedingsplicht.

Het artikel regelt de situatie waarin zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. De verdelingsmaatstaf voor de schade is die van de wederzijdse causaliteit: het artikel vermindert de vergoedingsplicht door de schade over beide betrokkenen te

156 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.10 en 4.11.

157 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.19.

verdelen in evenredigheid met de mate waarin zij hebben bijgedragen aan de schade. Hierop is evenwel een correctie mogelijk op grond van de billijkheid. Als relevante omstandigheden wordt daarbij meestal gewezen op de uiteenlopende ernst van de normschending of van de schuld. In dit verband zou de omstandigheid dat is gehandeld op grond van de rechtvaardiging kunnen meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding.

In het geval van handelen op grond van de rechtvaardiging is zelfs goed voorstelbaar, dat de billijkheid meebrengt dat de schadevergoedingsverplichting geheel vervalt. Afhankelijk van de situatie, waarbij vooral te denken valt aan de ernst van de bij de te rechtvaardigen handeling gemaakte fout en de vraag in wiens belang de handelende heeft gediend, kan de billijkheid een minder vergaande corrigerende werking hebben.

12.6.4 Matiging op grond van artikel 6:109

12.6.4.1 Algemeen

Een laatste aanknopingspunt binnen afdeling 6.1.10 dat grond biedt om de omstandigheid dat is gehandeld op grond van een rechtvaardiging te laten meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding, geeft artikel 6:109.

Het artikel bepaalt in het eerste lid dat de rechter de wettelijke schadevergoedingsverplichting kan matigen,

> 'indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden'.

Zoals uit dit criterium blijkt, moet toekenning van de volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden leiden tot 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen'. Daarbij dient een afweging plaats te vinden van de belangen die aan de zijde van beide partijen bestaan.[158] Als factoren noemt het artikel expliciet de aard van de aansprakelijkheid en de rechtsverhouding die tussen partijen bestaat.

12.6.4.2 Aard aansprakelijkheid

Wat de aard van de aansprakelijkheid betreft, kan worden verwezen naar hetgeen hierboven is opgemerkt bij de bespreking van artikel 6:98: het gaat om een schuldaansprakelijkheid, waarbij hooguit een licht verwijt aan de

158 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 450.

handelende te maken zal zijn. Dat past in ieder geval precies bij de bedoeling van de wetsontwerper, die het ontwerp voor artikel 6:109 (artikel 6.1.9.12.a) aldus toelicht:

> 'Daar de risico's, die men tegenwoordig door de sterk toegenomen intensiteit van het verkeer loopt, veel groter zijn dan vroeger en iedereen zich daarbij weleens aan een onvoorzichtigheid of nalatigheid schuldig maakt, kan plotseling aan anderen zeer grote schade berokkenen. Wanneer men daarbij voegt de aansprakelijkheid, die men voor andere personen loopt (…), dan wordt het begrijpelijk, dat moderne wetgevers hier naar een oplossing zoeken, waardoor niet steeds de toegebrachte schade voor het geheel ten laste van de persoon, aan wiens schuld de schade is te wijten, behoeft te worden gebracht. Als verlichtende omstandigheden kunnen b.v. dienen de geringe mate van schuld, het hoge bedrag van de schade onevenredig aan de mate van de schuld, de noodzakelijkheid, waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen of een dienstverband, hetgeen de noodzakelijkheid met zich brengt om risico's op zich te nemen, die men voor zichzelf niet kan of zou willen lopen. Bovendien is een matigingsrecht op zijn plaats, wanneer iemand krachtens de wet geheel buiten zijn schuld wordt aansprakelijk gesteld.'[159]

Het citaat is lang, maar doet goed uitkomen in welke gevallen het matigingsrecht kan worden toegepast: in alle gevallen waarin, gezien de bijzondere omstandigheden waarin de handelende verkeerde, slechts een licht verwijt aan de handelende gemaakt kan worden. Bijzonder is dat de wetsontwerper daarbij speciaal aandacht heeft voor 'de noodzakelijkheid, waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen'. Naar ik meen, is dit de enige plaats in de parlementaire geschiedenis waar dit punt gesignaleerd wordt. De gehele passage en natuurlijk met name ook dit deel ervan, passen naadloos bij de door mij bepleite coulante houding tegenover degene die zich in een situatie bevindt waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardiging.[160] Van Boeschoten wijst erop dat de noodzaak om snel te beslissen vaak zal voorkomen in een kritieke situatie, die mede door de fout van een ander veroorzaakt is. Dat leidt ertoe dat als in die omstandigheden een ongelukkige keus door de handelende wordt gemaakt, er in het algemeen geen schuld zal zijn.[161] Daarmee worden dus ook andere factoren dan de noodzaak snel te beslissen in de beoordeling betrokken, namelijk de – zojuist besproken – mate van schuld en de – hierna te bespreken – onderlinge verhouding tussen partijen.

159 Toelichting op Vraagpunt 10, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 404.

160 Zie daarover in het algemeen par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*) en, in verband met het oordeel over de onrechtmatigheid, par. 11.5.2 (*De noodzaak snel op te treden*) en par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*).

161 Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 181.

12.6.4.3 Tussen partijen bestaande rechtsverhouding

Van belang zal verder kunnen zijn de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. De wetsontwerper noemt in dat verband belangeloze dienstverlening uitdrukkelijk als een van de gevallen waarin matiging van de schadevergoeding op haar plaats kan zijn:

> 'Een volgend geval waarin matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats kan zijn, is dat van schade, ontstaan bij belangeloze dienstverlening. Men mag aannemen dat het oorspronkelijke artikel 6.4.2.1 lid 2 betreffende zaakwaarneming op deze gedachte steunde. Bijv. bij kosteloos meerijden lijkt dit de ondergetekende een redelijker oplossing dan het te zoeken in de constructie van een tussen partijen stilzwijgend overeengekomen exoneratie. Ook is van belang dat het huidige recht in sommige gevallen van belangeloze dienstverlening een verzachting van de aansprakelijkheid kent (...), die in het ontwerp niet is overgenomen.'[162]

Wanneer een onrechtmatige daad wordt aangenomen en het beroep op de rechtvaardiging dus is verworpen, kan het altruïstische karakter van de handeling met zich meebrengen dat de omvang van de schadevergoedingsverplichting van de handelende moet worden gematigd.[163] Door de wetsontwerper wordt expliciet op zaakwaarneming gewezen, maar ook een rechtvaardiging als noodtoestand zal in veel gevallen moeiteloos onder de categorie 'belangeloze dienstverlening' kunnen worden gebracht.[164] Denk aan de hierboven besproken redder die een beklemde persoon uit een brandend huis redt.[165] Als de redder daarbij in plaats van via de openstaande deur zich toegang tot het huis verschaft door het inslaan van een raam, zal zijn handelen – mogelijk – als onrechtmatig worden beoordeeld, omdat het niet voldoet aan de subsidiariteitseis. De redder is dan in principe tot schadevergoeding verplicht. Maar het altruïstisch karakter van zijn handelen – zo dat al niet op grond van artikel 6:101 tot volledig verval van de vergoedingsplicht leidt – zal een omstandigheid zijn die meebrengt dat matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats is. Ook deze door de wetsontwerper genoemde factor past precies bij de door mij bepleite milde houding tegenover degene die zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen.[166] De omstandigheid dat de handelende in noodtoe-

---

162 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449.

163 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449 en 793.

164 De term noodtoestand kan in dit verband overigens voor verwarring zorgen. In het Ontwerp Meijers werd de matigingsbevoegdheid gegeven voor het geval van 'noodtoestand'. Daarmee werd echter niet gedoeld op de rechtvaardigingsgrond, maar op de financiële noodsituatie waarin de debiteur kon geraken door de toekenning van volledige schadevergoeding (OM artikel 6.1.9.7). Deze matigingsgrond keerde in het G.O. niet terug (MvA II, p. 451/452).

165 Zie par. 12.4.2 (*Redding uit een brandend huis*).

166 Zie daarover in het algemeen par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), in verband met het oordeel over de onrechtmatigheid, par. 11.5.4

stand – mede – zijn eigen belang heeft behartigd of willen behartigen, zal in het algemeen niet in de weg staan aan de mogelijkheid van de rechter de vergoedingsplicht te matigen. Ook in het geval van andere ingeroepen rechtvaardigingen zal mijns inziens gelden dat, wanneer de handelende zich niet op zo'n grond kan beroepen (bijvoorbeeld wegens eigen schuld), de rechter de vergoedingsplicht die hierdoor op de handelende rust, kan matigen.[167] Deze gedachtegang lijkt mij rechtstreeks toe te passen op alle handelen op grond van een rechtvaardiging, waarbij een belang is nagestreefd dat niet,[168] of niet alleen het belang van de handelende was.

12.6.4.4 Overige factoren

In het bovenstaande is vooral aangeknoopt bij de visie van de wetgever. Een enthousiast denker over het matigingsrecht, Abas, wijst erop dat veel van de omstandigheden die in de rechtspraak over het matigingsrecht voortkomen (hij noemt er vijftien) naar hun aard geschreven zijn voor het geval het een overeenkomst betreft.[169] 'Boeiender', is het volgens hem, na te gaan in hoeverre de omstandigheden van belang kunnen zijn bij matiging van een verplichting tot schadevergoeding die berust op de wet (zoals dus bij onrechtmatige daad). Hij noemt: a. de zwaarte van de schuld; b. de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen; c. de aard en ernst van de voorzienbare schade; d. het gedrag van de wederpartij met betrekking tot de schade; e. het weinig kostbare artikel dat een onevenredig hoge schade teweegbrengt.[170] De laatstgenoemde factor is lastig te plaatsen buiten de contractuele context en voor het beoordelen van een beroep op rechtvaardigingen minder interessant. Maar de overige omstandigheden verdienen nog een korte bespreking.

Hierboven is in verband met (a) zwaarte van de schuld al opgemerkt dat het bij handelen op grond van een rechtvaardiging vaak gaat om een schuldaansprakelijkheid, waarbij vaak slechts een licht verwijt aan de handelende is te maken. Abas meent dat de schuldgraad vaak van doorslaggevende betekenis voor de matigingsbeslissing is, en schrijft over deze factor: 'Bij lichte schuld klinken de pleidooien om matiging het meest overtuigend':

> 'In gevallen van noodzakelijkheid om snel te beslissen, bij vermoedens van schuld en nog sterker bij risicoaansprakelijkheden, is (…) de neiging tot aanvaarden van een mogelijkheid tot matiging nauwelijks te onderdrukken, te minder wanneer

(*Dikwijls gehandeld ten behoeve van een derde*) en, in verband met de omvang van de vergoedingsplicht par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).

167 Vgl. Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 180-181. Vgl. ook Scholten, *Matiging van schadevergoeding* 1964, p. 630.

168 Vgl. ook HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115, r.o. 4.2.2.

169 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 16.

170 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 17.

> vaststaat dat de schuldgraad gering is. Tegengeluiden (type: ik houd niet van korting op billijkheidsgronden, want dat is tegenover wederpartij niet billijk) klinken dan het zwakst. Scherp komt dan ook tot uitdrukking dat niet de billijkheid korting geeft, maar de omvang van de aansprakelijkheid mede bepaalt.'[171]

De door Abas genoemde omstandigheden van de noodzaak snel te beslissen en een geringe schuldgraad passen precies bij de omstandigheden waarin de handelende zich bevindt die een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet doen. Dat geldt ook voor de volgende door Abas besproken omstandigheid: (b) de maatschappelijke positie en verhouding van partijen, waaronder Abas de belangeloze dienstverlening of vriendendienst schaart. Deze factor kwam hierboven, in hetzelfde kader al aan de orde. Daar heb ik betoogd dat het altruïstisch karakter van een handeling kan meebrengen dat de schadevergoedingsverplichting wordt gematigd.

Bij de omstandigheid (c) aard en ernst van de voorzienbare schade beschrijft Abas het aan Beekhuis ontleende voorbeeld van een gast die bij zijn gastheer thuis een kostbare vaas uit de kast haalt om te bewonderen, maar deze per ongeluk uit zijn handen laat glippen. Abas beantwoordt niet de vraag of de gehele waarde van de vaas vergoed moet worden, maar ziet de zaak als voorbeeld waarin aanleiding tot matiging zou kunnen bestaan.[172] Mijns inziens kan deze factor van belang zijn in alle gevallen van 'pech, toeval en onhandigheid', die eerder in deze studie beschreven zijn.[173]

Omstandigheid (d) gedrag van de wederpartij met betrekking tot de schade wordt door Abas in verband gebracht met een hofarrest over een rijschoolhouder die zijn leerling slechts WA-verzekerd laat rondrijden, waarna de leerling schade aan de auto veroorzaakt.[174] De omstandigheid dat het gedrag van de wederpartij relevant is geweest in verband met het ontstaan van de schade, is een omstandigheid die vaak aan de orde is bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond. De te rechtvaardigen situatie wordt immers dikwijls veroorzaakt door de wederpartij zelf, zoals bij noodweer, of in situaties waarin een ambtsplicht wordt vervuld.[175]

---

171 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 18.

172 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 19.

173 In par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*).

174 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p.19, met verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2309, *NJ* 1996/135 (*Schade aan geleende auto*).

175 Zoals recentelijk Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*), waar deels aansprakelijkheid werd aangenomen, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:181, *NJF* 2021/101 (*Doodschieten doorgedraaide man*), waar geen aansprakelijkheid werd aangenomen, en Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:338 (*Aansprakelijkheid politieambtenaar voor neerschieten verdachte*), waar aansprakelijkheid werd aangenomen.

12.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is bezien welke invloed de aanwezigheid van een toereikende of tekortschietende rechtvaardiging heeft op de beoordeling van de schadevergoedingsplicht.

In geval een volledige rechtvaardiging voor het schadeveroorzakende handelen kan worden ingeroepen, valt de mogelijkheid om schadevergoeding tegen de handelende te eisen op grond van onrechtmatige daad weg. In die situatie is denkbaar dat de benadeelde wel vergoeding kan vorderen van de belanghebbende – op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Bij die laatste actie zullen vooral de verschillende plafonds die gelden voor de schadevergoedingsplicht (verrijking, verarming, redelijkheid) een obstakel vormen voor het verkrijgen van volledige schadevergoeding Wanneer de schadevergoedingsactie is gericht tegen de overheid, biedt ook het égalité-beginsel een grondslag om de vergoedingseis op te baseren.

Wanneer voor het handelen geen volledige rechtvaardiging kan worden ingeroepen, is de onrechtmatige daadsactie tegen de handelende of de veroorzaker de aangewezen route om schadevergoeding te verkrijgen. Bij de beoordeling van de vergoedingsclaim kan de aanwezigheid van de ingeroepen, maar in dit geval tekortschietende, rechtvaardiging nog van invloed zijn. Die invloed is te zichtbaar bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsclaim, aan de hand van verschillende artikelen binnen afdeling 6.1.10. Van belang zijn vooral de artikelen over causaal verband en toerekening (6:98), eigen schuld (6:101) en matiging (6:109). Bij de toepassing van deze artikelen spelen ook de beginselen van *culpa in causa,* proportionaliteit en subsidiariteit en relativiteit een rol.

Afronding en samenvatting

Leidraad van deze studie vormden de woorden van Kopland:

> 'Wat is een raakvlak (...)? Ik stel me daarbij zoiets voor als een niemandsland, een strook waarin gebieden in elkaar overgaan. Neem de overgang van Nederland en België, het landschap verandert eigenlijk niet, maar er gebeurt iets mee waardoor je voelt dat de wereld steeds Belgischer en steeds minder Nederlands wordt. Het zit in de huizen, de straten, de kleding, de verschijnselen kortom, die naar een andere cultuur, een andere sociale werkelijkheid verwijzen. Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. Ook al gaat het geleidelijk, toch overschrijd je een grens. Een raakvlak verwijst naar verschillen, niet naar overeenkomsten.'

De dichter roept het beeld op van de reiziger, die het veranderende landschap observeert en constateert dat na het passeren van een landsgrens de wereld om hem heen langzaam verandert. De verschijnselen verwijzen naar een andere werkelijkheid – en dat voelt de reiziger. Hoe verder hij komt, hoe sterker hij beseft dat het land waaruit hij vertrok definitief achter hem ligt. Hij belandt in een andere wereld – die van het nieuw betreden land.

Dezelfde gang is in deze studie gemaakt. Einddoel is geweest om voor het burgerlijk recht tot een beter begrip te komen van het fenomeen 'rechtvaardiging' en van de gevolgen die de aanwezigheid van een rechtvaardiging kan hebben. Het onderzoek daarnaar bestaat uit vijf gedeelten.

De studie begint in het eerste deel met een *terreinverkenning*, waarin wordt gezocht naar aanknopingspunten om het onderwerp te benaderen. Houvast is gevonden in het strafrecht, dat een veel bredere en sterkere ontwikkeling dan het civiele recht heeft doorgemaakt op het terrein van het denken over rechtvaardigingsgronden. Daarmee werd het strafrecht vetrekpunt van de studie.

Het tweede deel bevat een *ordening* van de verschillende gronden; zowel de klassieke rechtvaardigingsgronden die uit het strafrecht afkomstig zijn, als de verschillende soorten rechtvaardiging die daarnaast in het burgerlijk recht kunnen worden onderscheiden.

In het middendeel worden de *beginselen* die in het strafrecht leidend zijn bij de toepassing van rechtvaardigingsgronden geanalyseerd. Hun betekenis voor het strafrecht wordt beschreven en daarna worden de beginselen in een civielrechtelijke context geplaatst en daarmee 'herschreven' naar burgerlijk recht. Op deze plaats in het onderzoek spelen straf- en civielrecht een gelijkwaardige rol.

Het vierde deel gaat in op de *inhoud* van de leerstukken die in verband met rechtvaardigingen relevant zijn. De invloed van het strafrecht vervaagt daar – alleen bij de bespreking van het leerstuk 'schuld' komt de strafrechtelijke begripsvorming aan de orde, waarbij vooral de verschillen met het burgerlijk recht in het oog springen.

Bij de beschrijving van de *rechtsgevolgen* van de aanwezigheid van een rechtvaardiging in het slotdeel is het terrein van het strafrecht definitief verlaten. Onderwerp van onderzoek is hier uitsluitend nog de rol van de rechtvaardiging in het burgerlijk recht. De invloed van de aanwezigheid van de rechtvaardiging is zichtbaar in de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling en van de omvang van een eventuele schadevergoedingsplicht. Met de bespreking van deze thema's besluit het onderzoek.

De vergelijking met de reis en de aankomst in een 'andere werkelijkheid' kan vreemd aanvoelen voor de civilist. Voor hem kan het civielrecht toch bezwaarlijk worden aangemerkt als 'nieuwe wereld'. Maar zoals de reiziger na aankomst zijn thuis met andere ogen kan bezien, zo kan ook de bestudering van een ander rechtsgebied nieuw licht werpen op vertrouwde thema's van het eigen rechtsgebied. In ieder geval is het mij zo vergaan bij de bestudering van het strafrecht. De blik over de grens bleek een geweldige bron van inspiratie voor het denken over de rechtvaardiging en het burgerlijk recht.

Na deze algemene reflectie op de gang van het onderzoek volgt nu een samenvatting van de bevindingen.

Deel 1: Terreinverkenning

De studie opent in *hoofdstuk 1* met een Begripsbepaling. Als vertrekpunt van het onderzoek geldt artikel 6:162, dat in lid 2 opsomt welke daden als onrechtmatig worden aangemerkt, en daaraan toevoegt 'behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. Uit de omschrijving blijkt dat een daad niet onrechtmatig is wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Maar verder roept de bepaling vooral vragen op, waarop in deze studie een antwoord wordt gezocht. De aanname daarbij is dat een beter begrip van dat wat niet of niet meer onrechtmatig kan worden genoemd – de gerechtvaardigde handeling – ook een beter inzicht geeft in wat dan *wel* onrechtmatig is. Het leerstuk van de onrechtmatige daad wordt op die manier van buitenaf benaderd, door de indirect gerichte aandacht; met een 'schuinse blik'.

In de Nederlandse civiele wet, parlementaire geschiedenis en literatuur ontbreekt een definitie van wat een rechtvaardigingsgrond is. Wel wordt de werking van zo'n grond beschreven, namelijk als de uitzondering die in een bepaald geval wordt gemaakt op een algemeen geldende norm. Om aan die uitzondering toe te komen, moet eerst een normschending worden vastgesteld; zonder normschending geen rechtvaardiging. De verhouding tussen beide is polair: normschending en rechtvaardiging trekken van twee verschillende

kanten aan de oordeelsvorming over de handeling. Ook zijn ze polair in de zin van op elkaar betrokken: niet met iedere rechtvaardiging zal men zich succesvol kunnen verweren tegen elke willekeurige normschending. Op grond van deze kenmerken kan de rechtvaardigingsgrond worden omschreven als een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als onrechtmatig. De gerechtvaardigde handeling is dus niet een onrechtmatige daad. Maar hoe kan zij dan wel gekwalificeerd worden, als niet-onrechtmatig of rechtmatig?

Om die vraag te kunnen beantwoorden, is een typologie ontworpen aan de hand waarvan het grensgebied tussen rechtmatige en onrechtmatige daad is onderzocht. De indeling loopt van de rechtmatige daad – waarbij geen schade is toegebracht en een juiste belangenafweging is gemaakt, via de gerechtvaardigde daad, uiteindelijk tot de onrechtmatige daad – waarbij schade is veroorzaakt en een onjuiste belangenafweging plaatsvond. Alleen de rechtmatige en de gerechtvaardigde handelingen kunnen rechtmatig worden genoemd in de zin van zorgvuldig. Er is gehandeld zoals ieder in deze omstandigheden zou mogen, of zelfs zou behoren te doen. Voor deze daden wordt verder de term rechtmatig gereserveerd. De definitie van de rechtvaardigingsgrond wordt in die zin bijgesteld. Een rechtvaardigingsgrond is een ingeroepen bevoegdheid, waarmee men zich richt tegen de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig, en die sterk genoeg is om die kwalificatie te veranderen in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig.

De definitie heeft een aantal implicaties. Na een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond kan geen beroep op een rechtvaardiging worden gedaan; de handeling is dan immers niet meer onrechtmatig. De rechtvaardigingsgrond waarop men zich beroept, moet ten tijde van de handeling bestaan; wat na de handeling gebeurt, heeft geen invloed op het oordeel over de handeling. Een vermeende – putatieve – rechtvaardiging bestaat alleen in het hoofd van wie zich erop beroept en kan het karakter van de daad dus niet van onrechtmatig in rechtmatig veranderen. En met een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond vervalt de mogelijkheid om schadevergoeding te eisen op grond van onrechtmatige daad. Een eventuele schadevergoedingsclaim moet dus ofwel op een andere grond worden gebaseerd, ofwel jegens een ander dan de handelende worden ingesteld.

De ingeroepen bevoegdheid die krachtig genoeg is om de kwalificatie van de daad te veranderen in 'rechtmatig' (de rechtvaardigingsgrond), wordt in deze studie een *volledige rechtvaardiging* genoemd, omdat deze op zichzelf in staat is de omslag in de kwalificatie te bewerkstelligen. Daarnaast kan de *onvolledige* rechtvaardiging worden onderscheiden: een rechtvaardiging die op zichzelf niet toereikend is om de daad tot een rechtmatige te verklaren, of een rechtvaardiging die op zichzelf wel toereikend zou zijn, maar waarbij niet aan alle voorwaarden van de ingeroepen rechtvaardiging is voldaan. Tot slot is er de *voorwaardelijke* rechtvaardiging: een complete, toereikende bevoegd-

heid, waarvan al ten tijde van het handelen het voortbestaan van de bevoegdheid niet zeker is. Deze verschillende soorten rechtvaardiging worden in het tweede deel van de studie beschreven.

Bij handelen op grond van een rechtvaardiging kunnen vier betrokkenen een rol spelen: de *veroorzaker* van de situatie waarin een beroep op een rechtvaardiging moet worden gedaan; de *handelende*, die zich op de rechtvaardiging beroept; de *belanghebbende*, ten behoeve van wie is opgetreden; de *benadeelde*, die schade door het gebeurde lijdt. Deze aanduidingen worden verder gehanteerd.

Het civielrechtelijk denken over rechtvaardigingsgronden staat aan het begin van zijn ontwikkeling. Het is tot nu toe vooral beïnvloed door het strafrecht, dat een rijke dogmatiek en jurisprudentie op het gebied van rechtvaardigingsgronden kent. Niet evident is echter dat die strafrechtelijke kennis ook zonder meer toepasbaar is in een civielrechtelijk kader. Daarom wordt in *hoofdstuk 2* onderzocht in hoeverre rechtvaardigingsgronden in strafrecht en burgerlijk recht vergelijkbaar zijn. In dat verband wordt eerst teruggegaan naar de basis: het doel van strafrecht en burgerlijk recht. In beide rechtsgebieden gaat het om belangenbescherming; in het strafrecht vooral van openbare belangen en in het civiele recht van particuliere. Met die onderscheiding hangt samen de verhouding tussen de procespartijen. In het strafrecht is die verhouding ongelijkwaardig – verdachte tegenover de overheid – en eenzijdig gericht, op de verdachte. In het burgerlijk recht staan twee – in principe – gelijkwaardige partijen tegenover elkaar, waarbij de aandacht tweezijdig gericht is: oordelen in het civiele recht is belangen afwegen. Die verschillen in procesposities komen ook tot uitdrukking in de debatstructuur en bewijslast. Deze hebben onder meer tot gevolg dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond strafrechtelijk slaagt als de aanwezigheid van de grond 'aannemelijk' wordt geacht, terwijl die aanwezigheid civielrechtelijk bewezen zal moeten worden. Dit formele verschil staat vergelijking tussen beide rechtsgebieden op het punt van rechtvaardigingsgronden echter niet in de weg, omdat de voorwaarden die in het strafrecht gelden voor toepassing van zo'n grond door de civiele rechter op dezelfde wijze worden toegepast.

Na het doel wordt de werking van straf- en civiel aansprakelijkheidsrecht in de beschouwing betrokken. Beide rechtsgebieden werken via hun middelen, dat zijn voornamelijk straf respectievelijk schadevergoeding. De functies van deze middelen zijn verschillend, maar er zijn ook opmerkelijke gelijkenissen. Als functie van straf wordt – algemeen gesteld – gezien: vergelding/bestraffing, genoegdoening en preventie. Maar ook het toekennen van schadevergoeding kan deze functies hebben, afhankelijk van de concrete normschendig waarop de schadevergoeding volgt. En precies daar waar een civielrechtelijke normschending de meeste verwantschap vertoont met een strafbaar feit – namelijk bij de onrechtmatige daad – vallen de functies van straf en schadevergoeding

nagenoeg samen. Ook op dit gebied is dus geen belemmering aanwezig voor een vergelijking tussen strafrecht en civielrecht.

Als laatste worden de straf- en civielrechtelijke normen bij schuldaansprakelijkheid bezien. In het civiele recht hoeft, anders dan in het strafrecht, niet altijd een onrechtmatige/wederrechtelijke gedraging aan aansprakelijkheid vooraf te gaan. Civielrechtelijke aansprakelijkheid kan zelfs voortvloeien uit een volstrekt rechtmatige daad – zoals in het geval van ongerechtvaardigde verrijking –, of uit toerekening buiten schuld. Maar precies op het terrein waar rechtvaardigingsgronden een rol spelen, gaat het in strafrecht en burgerlijk recht om eenzelfde type gedraging: de handeling die in principe als wederrechtelijk/onrechtmatig wordt aangemerkt. Het doel van een beroep op een rechtvaardiging is in beide rechtsgebieden ook hetzelfde: het voorlopig oordeel over de handeling ombuigen, zodat de handeling haar kwalificatie wederrechtelijk/onrechtmatig verliest. Inhoudelijk wordt daarbij aan dezelfde eisen getoetst. Verschil is wel te zien in het gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond. In het strafrecht volgt in zo'n geval ontslag van alle rechtsvervolging, waarmee de zaak wordt beëindigd. In het burgerlijk recht is na een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond weliswaar de schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad geblokkeerd. Maar dat wil niet zeggen dat een schadevergoedingseis niet op een andere grond zou kunnen worden gebaseerd (zoals ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming), of tegen een andere persoon kan worden ingesteld (zoals in het geval is gehandeld ten behoeve van een derde belanghebbende). Dit verschil in gevolg staat echter niet in de weg aan een vergelijking voor wat betreft de inhoud en toepasselijke beginselen van rechtvaardigingsgronden in straf- en civielrecht.

Uit het voorgaande volgt dat vergelijking van strafrecht en civielrecht op het gebied van rechtvaardigingsgronden mogelijk en nuttig is. De benadering van beide rechtsgebieden is open, en waar mogelijk wordt uitgegaan van eenheid van recht.

Deel 2: Ordening

Het onderzoek vervolgt met een omschrijving en analyse van de verschillende typen rechtvaardiging. Als eerste wordt, in *hoofdstuk 3*, nagegaan welke gronden toereikend zijn om te dienen als verweer tegen de kwalificatie van de handeling als onrechtmatig. In de Toelichting Meijers worden in dat verband twee categorieën onderscheiden. Ten eerste de wettelijke rechtvaardigingsgronden die afkomstig zijn uit het strafrecht en zaakwaarneming. Ten tweede de buitenwettelijke, aan de erkenning waarvan in het civiele recht nog meer behoefte zou bestaan dan in het strafrecht, maar die in het ontwerp niet worden omschreven. De nadere bepaling van de inhoud van deze gronden laat de Toelichting over aan wetenschap en rechtspraak. Kritisch over de categorie van buitenwettelijke rechtvaardigingen en over de laconieke houding

van de wetsontwerper op dat punt, is de Raad van State. De raad ziet voorshands geen rol voor andere gronden dan de klassieke, wettelijke gronden die ook in de Toelichting zijn genoemd. Het driemanschap blijft echter bij het in de Toelichting ingenomen standpunt. De vraag is dan: welke gronden kunnen dienen als complete rechtvaardiging? Voor de beantwoording daarvan wordt, zoals in alle civielrechtelijke literatuur, als vertrekpunt genomen de regeling van de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden in de artikelen 40-43 Sr.

De reeks strafuitsluitingsgronden begint in artikel 40 Sr met de beschrijving van overmacht: 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.' In het strafrecht wordt overmacht onderscheiden in absolute overmacht en relatieve. Bij absolute overmacht is geen sprake van een handeling. Dan kan er civielrechtelijk geen sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond, omdat deze een onrechtmatige daad vooronderstelt. Relatieve overmacht wordt op haar beurt onderscheiden in schulduitsluitende – psychische – overmacht, en rechtvaardigende overmacht: noodtoestand. Voor psychische overmacht is vereist dat er een dwang is waaraan de dader geen weerstand kon bieden. Die dwang is in zo'n geval de drijfveer, en niet de vrije wilsbepaling van de handelende. Daarmee beroept de dader zich op een schulduitsluitingsgrond; zo'n verweer kan niet slagen als rechtvaardigingsgrond. Naast schulduitsluitende overmacht wordt rechtvaardigende overmacht onderscheiden. Deze wordt omschreven als noodtoestand. Die term wordt verder gehanteerd om rechtvaardigende overmacht aan te duiden. Met het begrip overmacht wordt in deze studie steeds alleen gedoeld op de schulduitsluitende variant; als rechtvaardigingsgrond kan overmacht in die zin civielrechtelijk niet dienen.

De tweede – meest bekende en gebruikte – strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond is noodweer, neergelegd in artikel 41 Sr. Noodweer is de noodzakelijke verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding, die ogenblikkelijk gevaar oplevert voor de verdediger en/of iets of iemand anders. Civielrechtelijk worden dezelfde criteria gehanteerd voor de beoordeling van een noodweerberoep, zoals blijkt uit het Uitsmijter-arrest. Noodweer geldt ook in het burgerlijk recht als volledige rechtvaardigingsgrond.

De volgende strafrechtelijk geregelde rechtvaardigingsgrond is die van het wettelijk voorschrift of de wettelijke bevoegdheid in artikel 42 Sr: 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.' Of deze bepaling ook civielrechtelijk het effect van 'straffeloosheid' heeft, hangt af van de inhoud en strekking van de erin neergelegde bevoegdheid of het voorschrift. Wanneer een bevoegdheid tot doel heeft de schadeveroorzakende handeling volledig te dekken en de handeling tot een rechtmatige te verklaren, zal ook civielrechtelijk gesproken kunnen worden van een volledige rechtvaardiging. Wanneer de bevoegdheid dat doel niet heeft, is de rechtvaardiging onvolledig en zal het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling mede afhangen van de overige omstandigheden van het geval. Het bestaan van de wettelijke bevoegdheid kan wel richtinggevend zijn bij die beoordeling.

De laatste grond uit de wettelijke reeks is het ambtelijk bevel. Artikel 43 Sr onderscheidt twee soorten: het bevoegd gegeven bevel (in lid 1) en het onbevoegd gegeven bevel (in lid 2). Het eerste geldt strafrechtelijk als rechtvaardigingsgrond, het tweede mogelijk als schulduitsluitingsgrond. Evenals de wettelijk bevoegdheid kan het ambtelijk bevel in het burgerlijk recht dienen als volledige rechtvaardiging. Maar de onderscheiding tussen bevoegd en onbevoegd gegeven bevel wordt voor het civiele recht afgewezen. Wie redelijkerwijs ervan mag uitgaan dat het bevel bevoegdelijk is gegeven, kan zich civielrechtelijk beroepen op een rechtvaardigingsgrond, ook al blijkt het bevel onbevoegdelijk gegeven.

Tot slot komt noodtoestand aan de orde, een grond die niet in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen, maar die sinds 1923 onder de grond 'overmacht' wordt gevat. Bij noodtoestand is sprake van een belangenconflict, waarbij de handelende een bepaald belang heeft opgeofferd ten koste van een belang van hoger orde. Ook in het burgerlijk recht geldt dat als volledige rechtvaardigingsgrond.

De bespreking van de strafrechtelijke rechtvaardigingen leidt tot twee constateringen. Een: de gronden komen overeen met de voor het Europese recht in artikel 7:101 en 102 PETL neergelegde uitsluitingen van aansprakelijkheid. Twee: van de strafrechtelijke gronden gelden in het civiele recht noodweer, wettelijke plicht en noodtoestand als volledige rechtvaardigingsgronden. Die gronden zijn de perfecte spiegeling van de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162 lid 2, inbreuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht en strijd met de zorgvuldigheid.

Na de weergave van de uit het strafrecht afkomstige rechtvaardigingsgronden, wordt bezien welke gronden in civielrechtelijke rechtspraak en literatuur als volledige rechtvaardiging worden genoemd.

Als eerste dient zich aan toestemming. Deze valt als rechtvaardigingsgrond echter af, omdat toestemming voorkomt dat de handeling onrechtmatig is. Dan valt er dus niets meer te rechtvaardigen.

Verder wordt – al in de Toelichting Meijers – genoemd zaakwaarneming. Zaakwaarneming is belangenbehartiging, zonder een eerder verleende bevoegdheid daartoe. Deze grond kan inderdaad als volledige rechtvaardiging worden aangemerkt. Wie zich ten behoeve van een ander, en op een redelijke grond, inlaat met de behartiging van het belang van die ander, dient te worden beschermd in de situatie dat voor hemzelf, of voor de belanghebbende schade ontstaat ten gevolge van het optreden.

Met noodweer, wettelijke bevoegdheid, noodtoestand en zaakwaarneming zijn alle op de wet gebaseerde volledige rechtvaardigingen besproken. Als gemeenschappelijk kenmerk hebben de gronden dat dikwijls sprake is van een van buiten komende, plotselinge noodzaak tot optreden, vaak buiten het eigen belang.

De zoektocht naar andere, buiten de vier genoemde rechtvaardigingen, in het Nederlands en buitenlands civielrecht en het strafrecht levert geen

nieuwe gronden op die op zichzelf in staat zijn om de aanvankelijke beoordeling van een handeling als onrechtmatig te veranderen in rechtmatig.

Vervolgens wordt, in *hoofdstuk 4*, nagegaan wat de status is van de rechtvaardiging die niet als volledig kan worden aangemerkt: de onvolledige rechtvaardiging. Enerzijds kan het gaan om een beroep op een volledige rechtvaardigingsgrond, terwijl niet aan alle voorwaarden voor die grond is voldaan. Dat is een mislukt beroep op een op zichzelf toereikende grond. In hoeverre dat beroep gewicht in de schaal legt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, is een vraag die later in de studie (in hoofdstuk 11) aan de orde komt. Anderzijds kan het gaan om een beroep op een rechtvaardiging die op zichzelf niet de strekking heeft de verandering van het oordeel over de daad te bewerkstelligen. Daarbij valt te denken aan bevoegdheden in de private of publieke sfeer, zoals eigenaarsbevoegdheden, zwaarwegende maatschappelijke belangen, of overheidsbevoegdheden als het nemen van strafvorderlijke maatregelen.

Vaak wordt bij de uitoefening van dit soort bevoegdheden schade toegebracht aan anderen. De vraag rijst dan in hoeverre de enkele bevoegdheid tot de handeling die handeling tot een rechtmatige maakt, of een actie tot schadevergoeding blokkeert. In de civielrechtelijke literatuur is betoogd dat het bij dit type bevoegdheden gaat om een rechtvaardigingsgrond in wording. De bevoegdheid tot handelen vormt de basis van de rechtvaardigingsgrond, die wordt gecompleteerd door het betalen van schadevergoeding, wat ook achteraf kan: als men de schade vergoedt, valt de onrechtmatigheid weg. Maar die redenering is in strijd met het uitgangspunt dat op het moment dat de handeling wordt verricht de volledige rechtvaardiging aanwezig moet zijn; wat na de handeling gebeurt, heeft geen invloed op haar rechtmatigheid. Daarom wordt deze leer verworpen.

Ook is voorgesteld om de handeling en het aanbieden van schadevergoeding als één complex te beschouwen. Het is in die visie onbetamelijk om een bevoegdheid uit te oefenen zonder de schadelijke gevolgen voor zijn rekening te nemen. Wanneer men nalaat om schadevergoeding aan te bieden, is men aansprakelijk uit onrechtmatige daad. Tegen die gedachte is ingebracht dat het een cirkelredenering is – er moet schade worden vergoed, omdat de schade niet is vergoed – en dat de grondslag van de vergoedingsplicht in wezen rechtmatige daad is. Ook deze laatste visie wordt verworpen. Bezien vanuit de ingeroepen rechtvaardiging schiet de redenering tekort: al in de parlementaire geschiedenis is benadrukt dat een bevoegdheid zoals het algemeen belang geen algemene rechtvaardigingsgrond is, en aan de handeling niet het onrechtmatig karakter ontneemt. Men hoede zich dus voor het automatisme dat de aanwezigheid van een bevoegdheid rechtmatigheid van de handeling zou impliceren. Ook bezien vanuit de normschending schiet de redenering tekort. Rechtmatig handelen is zorgvuldig handelen. Maar wie een bevoegdheid gebruikt zonder de voorzienbare schade voor zijn rekening te nemen, of

anderszins maatregelen te treffen om schade te voorkomen, handelt niet zorgvuldig, maar onrechtmatig.

De bevoegdheid die meebrengt dat iemand gerechtigd is de handeling uit te voeren, maar tekortschiet als verweer tegen een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad – bijvoorbeeld een vergunning – is een onvolledige rechtvaardiging. De aanwezigheid van zo'n bevoegdheid kan, naast andere factoren, uiteraard wel een rol spelen bij de beoordeling van de schadevergoedingsplicht. Dat komt later in de studie aan de orde, in hoofdstuk 12.

Als laatste type rechtvaardiging wordt, in *hoofdstuk 5*, de voorwaardelijke rechtvaardiging besproken. Dat is een bevoegdheid die ten tijde van het handelen bestaat, maar waarvan het voortbestaan niet zeker is. Voorbeelden zijn de bevoegdheid tot het leggen van conservatoir beslag, de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, en ook het redelijk vermoeden van schuld, dat de overheid de bevoegdheid geeft strafvorderlijke maatregelen te treffen. Wie op grond van dit soort bevoegdheden handelt, kan daarmee diep ingrijpen in de rechten van anderen, terwijl niet zeker is dat de bevoegdheid waarop hij zich baseert, zal voortbestaan. De vordering van de beslaglegger kan in de hoofdzaak worden afgewezen, het vonnis kan in hoger beroep worden vernietigd, de verdenking kan in de strafprocedure onterecht blijken. Anders dan bij de onvolledige rechtvaardiging gaat het hier om een volledige, complete, rechtvaardiging. Alleen het voortbestaan van de rechtvaardiging is onzeker.

In de civielrechtelijke literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag wat de grondslag van de aansprakelijkheid is wanneer de aanvankelijk aanwezige bevoegdheid wegvalt. De fundering is wel gezocht in schuld en toerekening, maar daar is eigenlijk geen probleem gelegen. Want dat de handelende gokt op het voortbestaan van zijn bevoegdheid, is evident. En dat het risico van dat gokken – het komen te vervallen van de aanvankelijk aanwezige bevoegdheid – voor rekening van de gokker dient te komen, is evenzeer vanzelfsprekend. Lastiger is te beredeneren waarin de onrechtmatigheid van de handeling schuilt. Op het moment van handelen is er immers een toereikende, volledige bevoegdheid. Die bevoegdheid valt later weg, maar betekent dit dan dat de handeling met terugwerkende kracht onrechtmatig wordt?

Als oplossing van het probleem is voorgesteld de aansprakelijkheid te baseren op rechtmatige daad, omdat ten tijde van de handeling een toereikende bevoegdheid bestond. Bezwaar tegen die benadering is dat de aanwezigheid van een bevoegdheid nog geen rechtmatigheid hoeft te impliceren. Dat bezwaar geldt hier mogelijk nog sterker dan bij de vorige besproken categorie rechtvaardigingen, die van de onvolledige rechtvaardiging. Daar heeft de handelende een bevoegdheid waaraan weliswaar iets schort om de gehele handeling te rechtvaardigen, maar die bevoegdheid blijft in ieder geval voortbestaan. Bij de nu te bespreken bevoegdheden kan de bevoegdheid volledig komen te vervallen. De executant van het vonnis dat wordt vernietigd in hoger beroep,

is vooruit gelopen op zijn nog te halen gelijk, maar krijgt uiteindelijk volledig ongelijk. Zo bezien, handelde juist zijn wederpartij – tegen wie de executie al in gang werd gezet – rechtmatig.

Wanneer rechtmatige daad als grondslag afvalt, resteert onrechtmatige daad. Maar met die constatering verplaatst de vraag zich: waarom handelt iemand die de volstrekte bevoegdheid heeft om te handelen zoals hij deed, toch onrechtmatig? De bestempeling van het handelen als 'zonder recht of titel' is in strijd met de werkelijkheid dat de handelende nu juist wel een recht en titel voor zijn handelen had. Voorgesteld is om uit te gaan van de variërende status van rechtsbetrekkingen. Daarbij wordt uitgegaan van de gedachte dat bestaan en inhoud van een rechtsbetrekking onzeker kunnen zijn, en dat daarom de kwalificatie van de handeling niet altijd kan vaststaan. De onzekerheid kan worden opgeheven doordat de rechter uitspraak over de rechtsbetrekking doet. Met dat laatste lijkt eerder een feitelijke dan juridische onzekerheid te worden aangeduid. Met de redenering wordt ook nodeloos veel onzekerheid in het recht geïntroduceerd. Bovendien doet zij geen recht aan het gegeven dat van veel – bijvoorbeeld vernietigbare – rechtshandelingen de status niet wordt betwist, terwijl de status van de rechtsbetrekkingen zonder die betwisting niet onzeker is, ook als de vernietigingsmogelijkheid wel in stand blijft.

Het verdient de voorkeur om de bevoegdheid waarop bijvoorbeeld de executant van het appellabele vonnis zich baseert, als een voorwaardelijke te zien. De executant weet dat het vonnis dat hij ten uitvoering legt, kan worden vernietigd. Hij weet ook dat zijn handelen uiteindelijk alleen onaantastbaar is als de grond waarop hij zich baseert, onaangetast blijft – of bevestigd wordt. De bevoegdheid waarop hij zich baseert, is anders gezegd een voorwaardelijke. Het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis geeft de mogelijkheid om te executeren, maar wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd, vervalt de rechtmatigheid van het handelen. Wanneer het vonnis intact blijft, blijft de handeling rechtmatig. Het handelen is rechtmatig zolang en onder de voorwaarde dat de bevoegdheid niet wordt 'omver gehaald'. De voorwaarde die aan de bevoegdheid kleeft, is een ontbindende: de bevoegdheid heeft volledige werking tot het moment waarop zij wordt opzij gezet. Vanaf dat laatste moment vervalt de bevoegdheid met terugwerkende kracht, en wordt de handeling geacht steeds onrechtmatig te zijn geweest.

Aan het slot van de bespreking wordt de voorgestane opvatting over de voorwaardelijke rechtvaardiging toegepast op de rechtspraak over strafvorderlijk optreden jegens een verdachte. Ook hier bestaat de bevoegdheid om op te treden, de aanwezigheid van een redelijk vermoeden van schuld. Het uitoefenen van die bevoegdheid, het optreden, is rechtmatig. Maar als de juistheid van het redelijk vermoeden niet wordt bevestigd, en de verdachte onschuldig blijkt, komt de – in de aanvankelijk gerezen verdenking gelegen – rechtvaardiging te ontbreken. Tegenover de voormalige verdachte wordt het optreden dan als onrechtmatig aangemerkt. Bij deze rechtspraak wordt nog de kanttekening geplaatst dat niet goed is in te zien waarom in de visie van

de Hoge Raad een ontslag van rechtsvervolging anders wordt behandeld dan een vrijspraak. Alleen in het laatste geval geldt het strafvorderlijk optreden achteraf beschouwd als onrechtmatig, terwijl ook bij een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond en dus ontslag van rechtsvervolging niet is in te zien welke smet aan het handelen van de gewezen verdachte kleeft en waarom het optreden jegens hem wel als rechtmatig heeft te gelden.

DEEL 3: BEGINSELEN

Na de ordening van de verschillende typen rechtvaardiging wordt bezien welke eisen worden gesteld aan een beroep op een rechtvaardiging. In *hoofdstuk 6* wordt daartoe het *culpa in causa*-beginsel besproken: wie de te rechtvaardigingen handeling zelf veroorzaakte, kan geen beroep doen op een rechtvaardigingsgrond voor die handeling. Ter aanduiding van die gedachte bestaan verschillende benamingen, zoals actio libera in causa, eigen schuld, anterieure verwijtbaarheid, in pari delicto, clean hands, of de pot-en-de-ketel. Gekozen wordt voor het begrip *culpa in causa,* dat het best aanduidt wat de reden is van het verval van een beroep op een rechtvaardiging: de handelende heeft schuld aan de oorzaak van de te rechtvaardigen handeling.

In het strafrecht bestaan twee benaderingen van *culpa in causa.* De eerste gaat uit van het verwijt dat aan de handelende te maken valt. Het is de leer van de anterieure verwijtbaarheid, die meebrengt dat een fout van de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie in de weg staat aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Zo'n fout kan al bestaan bij machogedrag, als het met een Ajax-petje tussen Feyenoordsupporters gaan zitten. Nadeel van die visie is dat bij veel gedragingen wel een aanmerking te maken valt op het gedrag van de handelende, maar dat dit niet altijd zo ernstig hoeft te zijn dat aan de handelende het beroep op een rechtvaardigingsgrond geheel moet worden ontzegd. In een andere benadering wordt als uitgangspunt juist de rechtvaardiging gekozen. Als die aanwezig is, is de dader niet strafbaar, maar kan dat oordeel worden gecorrigeerd als sprake is van *culpa in causa.* Moeilijkheid bij deze visie is hoe de straffeloosheid kan worden weggeredeneerd als op het moment van het vervullen van de delictsomschrijving juist aan alle voorwaarden voor strafuitsluiting is voldaan. Een tussenweg, die overigens aansluit bij de laatste visie, is die waarbij verwijt en rechtvaardiging in onderling verband worden beschouwd. Eerst wordt bezien of is voldaan aan alle vereisten voor de ingeroepen rechtvaardiging, daarna of de *culpa in causa* in dit geval zo ernstig is dat het een beroep op de rechtvaardiging belet. De verdachte wordt in deze leer vrij mild benaderd; de grens van die mildheid ligt bij opzettelijke provocatie of uitlokking.

In het burgerlijk recht kan zich bij een beroep op een rechtvaardiging hetzelfde probleem voordoen, wanneer iemand zich zelf in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht. Ook hier is de leer van de anterieure verwijtbaar-

heid verdedigd, en daartegen zijn dezelfde bezwaren in te brengen als hierboven voor het strafrecht verwoord. Qua effect vertoont de leer een parallel met de vroeger wel aangehangen constructie van risicoaanvaarding, die werd toegepast als iemand zich door eigen handelen had gebracht in een situatie waarin aan hem schade werd toegebracht. In beide visies verspeelt iemand door zijn eigen gedrag (het anterieure verwijt, de aanvaarding van risico) een hem toekomend recht volledig. Dat gevolg is door de Hoge Raad verworpen voor risicoaanvaarding: wat men met toepassing van die rechtsfiguur beoogt, gaat op ofwel in de vraag of de handeling jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt, ofwel in de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Dat lijkt ook een zinvolle wijze om *culpa in causa* in te passen in het burgerlijk recht. De mogelijkheid een beroep te doen op een rechtvaardiging kan dan op twee manieren worden gecorrigeerd als sprake is van een verwijtbaar handelen voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling: via het onrechtmatigheidsoordeel of via de vergoedingsplicht. Beide wijzen van corrigeren worden uitgewerkt.

Voor correctie via het onrechtmatigheidsoordeel zal ruimte zijn wanneer de handeling die voorafgaat aan de te rechtvaardigen handeling zo laakbaar is, dat die voorafgaande handeling reeds een onrechtmatige daad vormt. In die situatie is aan de te rechtvaardigen – en dus onrechtmatige – handeling al een andere onrechtmatige handeling voorafgegaan. De eerste onrechtmatige handeling heeft de te rechtvaardigen situatie en dus de tweede onrechtmatige handeling veroorzaakt. De eerste onrechtmatige handeling kan niet door haar eigen gevolg (de te rechtvaardigen tweede onrechtmatige daad) worden gerechtvaardigd. Oorzaak van aansprakelijkheid is in een dergelijk geval de eerste onrechtmatige daad. Een voorbeeld van zo'n anterieure onrechtmatigheid is de automobilist die veel te hard rijdt, en hierdoor in nood geraakt. Ter rechtvaardiging van zijn handelen kan hij zich niet op noodtoestand beroepen, omdat die noodtoestand is rechtstreeks voortvloeit uit zijn eigen, onrechtmatige, rijgedrag. Dat oordeel kan ook worden beredeneerd via uitleg van de rechtvaardigingsgrond, of met een verwijzing naar de subsidiariteits- of relativiteitseis.

Wanneer voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling niet onrechtmatig is gehandeld, is er onvoldoende reden om op voorhand het beroep op een rechtvaardiging aan de handelende te ontzeggen. Dan kan diens handelen voorafgaand aan de rechtvaardiging nog wel worden betrokken bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Dat kan gebeuren bij de beoordeling van het causaal verband (artikel 6:98), eigen schuld (artikel 6:101) of matiging (artikel 6:101).

Naast het *culpa in causa*-beginsel spelen in het strafrecht de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol bij de beoordeling van een beroep op een rechtvaardiging. Ze worden in *hoofdstuk 7* besproken.

De proportionaliteit eist dat een redelijke verhouding bestaat tussen het met de handeling beoogde doel en het daartoe gebruikte middel. Bij de toets is een aantal factoren relevant. Aan de zijde van het doel: het nagestreefde belang, de noodzaak tot ingrijpen en de ernst van het gevaar. Aan de zijde van het middel: de schadelijkheid en de geschiktheid ervan. Afhankelijk van de aard van de ingeroepen rechtvaardiging kan de toets anders uitvallen.

Met de subsidiariteitstoets wordt de redelijkheid van het gebruikte middel op zichzelf beoordeeld. Van belang daarbij is welke alternatieven voor de handeling bestonden, zoals de aanwezigheid van een minder schadelijk of een wettig middel, en de mogelijkheid om te vluchten of te wachten. Ook hier kan de aard van de ingeroepen rechtvaardiging van invloed zijn op het oordeel over de subsidiariteit.

Proportionaliteit en subsidiariteit geven samen aan op welke wijze een bevoegdheid als een rechtvaardigingsgrond moet worden uitgeoefend. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht zijn ze naar terminologie geen bekende verschijning. Maar de toets die de begrippen tezamen vormen is dat in mijn visie wel degelijk. Proportionaliteit en subsidiariteit omschrijven samen behoorlijk, zorgvuldig gedrag. Zulk gedrag wordt aan de hand van de Kelderluikfactoren wel onderverdeeld in situaties van gevaarzetting en belangenbehartiging. De Kelderluikfactoren kans op schade, ernst van de schade en bezwaarlijkheid van maatregelen om de schade te voorkomen, worden vooral toegepast bij gevaarzetting. Ze kunnen evenzeer worden gevat in termen van subsidiariteit. In situaties waarin het gaat om belangenafweging wordt aan de Kelderluikreeks vaak toegevoegd de factor van het doel dat met de schadelijke activiteit werd nagestreefd. Daarin is de proportionaliteitstoets te herkennen. Het verband tussen de zorgvuldigheidsnorm en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit wordt voor elk van de beginselen apart onderzocht.

In het onderzoek naar het verband tussen proportionaliteit en zorgvuldigheid wordt – naar aanleiding van het Halcion-arrest – eerst het doel van de activiteit betrokken. Achtereenvolgens worden handelingen zonder rechtvaardigend doel, in eigenbelang, in het belang van beide partijen en altruïstische handelingen bezien. Het doel van de handeling bepaalt in hoge mate de onrechtmatigheid ervan. De proportionaliteit biedt een toereikende verklaring van de aansprakelijkheid, vermindering of afwezigheid ervan in geval van handelen in het belang van slechts een partij, een sport en spelsituatie, vriendendienst, of belangeloos hulpbetoon. Daarna wordt het verband tussen proportionaliteit en zorgvuldigheid beschouwd in verband met het gebruikte middel. Achtereenvolgens komen aan de orde een gevaarlijk of anderszins schadelijk middel, een onbehoorlijk middel, en een juist maar verkeerd toegepast middel. Het behoeft geen betoog dat ook hier de aansprakelijkheid de onderscheiden groepen volgt. De proportionaliteitstoets biedt een goede verklaring voor aansprakelijkheid in gevallen van een mogelijk onjuiste belangenafweging. De toets verklaart waarom in bepaalde situaties lichtere normen gelden dan in andere: dat hangt samen met het doel van de handeling. De

toets verklaart ook waarom aansprakelijkheid kan bestaan, zelfs als een respectabel doel is nagestreefd: dat hangt samen met het gehanteerde middel.

Vervolgens wordt het verband tussen subsidiariteit en zorgvuldigheid belicht. De subsidiariteitstoets biedt een goed hulpmiddel bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een gevaarzettende handeling. Uitgangspunt is het Meppelse ree-arrest, dat naar oud recht in het kader van de schuldvraag werd gewezen. Hoe begrijpelijk het handelen van de automobilist ook was, de grondslag van zijn aansprakelijkheid wordt gevonden in de omstandigheid dat een andere, minder gevaarlijke reactie mogelijk was. Ook in het Bussluis-arrest vormt juist de aanwezigheid van een minder gevaarlijk alternatief de reden van aansprakelijkheid, terwijl het hier ging om een handeling die op zichzelf een nuttig doel diende. Bij andere categorieën, als de schending van waarschuwings-, informatie- en onderzoeksplichten of onrechtmatig nalaten kan aansprakelijkheid evenzo uit de subsidiariteitseis worden verklaard. Daarbij spelen ook de ernst van en de kans op schade een rol.

De proportionaliteits- en subsidiariteitseis blijken de termen waarmee de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm bij belangenafweging en gevaarzetting kan worden beschreven. Tezamen verklaren ze ook het verschillende aansprakelijkheidsregime bij de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen enerzijds en algemene zorgvuldigheidsnormen anderzijds. Overigens stellen proportionaliteit en subsidiariteit niet de hoogste eisen; het moet steeds gaan om de redelijke keuze in een bepaalde situatie. Dat geldt zeker voor het handelen op grond van een rechtvaardiging. Er is enige beoordelingsruimte, *margin of appreciation*, voor de handelende, die vaak door een van buiten komende oorzaak gedwongen wordt tot snel optreden en daarbij soms bovendien handelt in het belang van een ander.

Deel 4: Inhoud

De beginselen van rechtvaardigingen zijn beschreven; nu wordt de plaats van de rechtvaardiging onderzocht binnen de civielrechtelijke leerstukken die de inhoud van de normschending begrenzen. In *hoofdstuk 8*, over onrechtmatigheid, wordt de rechtvaardiging beschouwd in haar verband met de normschending. Daarbij zijn twee zienswijzen gangbaar. In de eerste worden regel en uitzondering – norm en rechtvaardiging – tegenover elkaar, apart, beschouwd. Dat is een analyserende methode. In de tweede wordt de rechtvaardiging gezien als onderdeel van een aantal factoren die tezamen de onrechtmatigheidstoets uitmaken. Dat is een multifactor-benadering, die als synthetiserend kan worden aangemerkt.

De analyserende methode heeft oude papieren. Zij kan worden herleid tot het vroegere Romeinse systeem, waar in een edict een actie werd geformuleerd, en daarbij een exceptio kon worden ingelast als verweer. Normschending en rechtvaardiging, die formulering is ook terug te vinden in artikel 6:162 lid 2.

De toets in een dergelijke methode heeft een duale structuur, waarbij het in concreto geschonden recht wordt afgewogen tegen de ervoor aangevoerde rechtvaardiging. De norm heeft daarbij een sturende functie; de normschending leidt in principe tot aansprakelijkheid, tenzij een toereikende rechtvaardiging wordt aangevoerd. De rolverdeling voor partijen is dan ook deze: eiser stelt en bewijst zo nodig de normschending, gedaagde de rechtvaardiging. De oordeelsvorming verloopt van abstract naar concreet; eerst wordt vastgesteld dat een algemene norm is geschonden, daarna wordt beoordeeld of in dit specifieke geval het gevolg (aansprakelijkheid) moet uitblijven, gezien de aangevoerde rechtvaardiging.

De synthetiserende methode gaat uit van een geheel andere gedachte, van een beoordeling uitsluitend naar zorgvuldigheidsnormen die voor het concrete, te beoordelen geval worden opgesteld. Daarbij hebben algemene onrechtmatigheidscategorieën als rechtsinbreuk en wetschending geen zelfstandige betekenis, net zo min als de rechtvaardiging. Het zijn hooguit factoren die een rol spelen bij de beoordeling of in dit geval zorgvuldig is gehandeld. Onverbrekelijk is met deze leer de naam van Smits verbonden. In zijn visie is de onrechtmatigheidstoets overkoepelend – in de zin dat zij allerlei factoren omvat die betrekking hebben op de verschillende partijen; open – in die zin dat de leer geen norm beschrijft, maar een beoordelingskader geeft, en concreet.

Om de twee methoden te beoordelen, wordt gekeken naar hun functie bij geschillenbeslechting. Als ergens de meerwaarde van een van beide methoden zou blijken, zal het daar zijn waar het tussen eiser en gedaagde gerezen conflict moet worden opgelost. Onderzocht wordt daarom wat de functie van rechtsregels is bij de oplossing van een juridisch geschil en of het daarbij uitmaakt welke benadering van normschending en rechtvaardiging wordt gekozen.

De situeringsfunctie van de rechtsregel dient de rechtsgelijkheid en stelt de rechter in staat zijn beslissing te plaatsen binnen het systeem van wet en rechtspraak. Situering legitimeert de uitspraak en maakt haar controleerbaar: voor partijen is duidelijk wat in het algemeen geldt (de regel) en waarom daar in dit geval van afgeweken wordt (de uitzondering).

De voorspellingsfunctie staat in dienst van de rechtszekerheid. Het bestaan van een rechtsregel brengt mee dat de burger vertrouwt op de werking ervan en zijn gedrag ernaar zal richten. De functie kan in verband worden gebracht met het traagheidsbeginsel; voor een uitzondering op een geaccepteerde regel is alleen plaats bij gegronde redenen. Dat stelt eisen aan het verweer: het schiet civielrechtelijk als rechtvaardiging tekort wanneer er alleen twijfel mee opgeroepen wordt. Een algemeen beroep op 'afwezigheid van onzorgvuldigheid' kan dan ook niet dienen als rechtvaardigingsgrond.

De bewijsrechtelijke functie verwijst naar de wijze waarop het debat voor de rechter verloopt. De natuurlijke ordening van dat debat hangt samen met de domeinen van beide partijen, en het belang dat zij hebben bij het bewijs van bepaalde onderdelen van dat debat. Het ligt op de weg van eiser zich

op de norm en schending ervan te beroepen en op die van gedaagde om de rechtvaardiging aan te tonen.

De richtinggevende functie van een regel is verbonden met de mate waarin een gestelde normschending tot een bepaald rechtsgevolg dwingt. Van de normen die in artikel 6:162 lid 2 worden beschreven, hebben de categorieën rechtsinbreuk en wetschending een grotere sturende kracht dan de zorgvuldigheidsnorm, die per geval moet worden opgesteld. Rechtvaardigingen hebben een bijsturende kracht bij de oordeelsvorming.

Met de kapstokfunctie wordt de heuristische kracht van een regel bedoeld. Het bestaan van een welomschreven, algemene norm kan de rechter helpen bij het vinden en formuleren van zijn beslissing in het bijzondere geval. Die norm kan in de wet gelegen zijn, maar ook elders gevonden worden, bijvoorbeeld in rechtspraak.

De functies die een rechtsregel heeft, zijn in het algemeen ook aanwezig in de uitzondering op zo'n regel – zoals een rechtvaardiging. Deze vervult daarnaast de functie van spiegel en medevormer van de norm en van correctiemechanisme.

In geval van geschilbeslechting komen alle besproken functies die een rechtsregel kan hebben beter tot hun recht bij de analyserende methode dan bij de synthetiserende. Om die reden wordt voor de oordeelsvorming over een mogelijk onrechtmatige daad de voorkeur gegeven aan een benadering waarbij aan de ene zijde de normschending en aan de andere zijde de rechtvaardiging ervan worden onderscheiden, in plaats van aan een multifactorbenadering.

In het Wetboek van Strafrecht wordt na de beschrijving van een aantal rechtvaardigingsgronden (noodweer en bevoegd gegeven ambtelijk bevel), aansluitend geregeld in welk geval sprake kan zijn van een schulduitsluitingsgrond wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden van de rechtvaardigingsgrond in kwestie (zo: noodweerexces en onbevoegd gegeven ambtelijk bevel). In *hoofdstuk 9* wordt nagegaan wat de kwalificatie als schulduitsluitingsgrond kan bijdragen aan de civielrechtelijke oordeelsvorming over de handeling. Dat vereist allereerst een bespreking van het schuldbegrip, dat op verschillende wijzen kan worden omschreven.

Schuld in de zin van daderschap is een causale definitie van schuld. Het verwijst naar het handelingsbegrip, dat op zijn beurt een wil of de mogelijkheid om te willen vooronderstelt. Bij een gedwongen handeling is geen sprake van een daad en daarmee geen plaats voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatigheid of schuld. Voor aansprakelijkheid uit artikel 6:162 is in ieder geval een daad, handeling, vereist. Over schuld aan die daad zegt dat nog niet veel.

Schuld wordt ook wel als synoniem van onrechtmatigheid gebruikt. In die omschrijving verschilt een schulduitsluitingsgrond niet van een rechtvaardigingsgrond en daarmee komt het onderzoek naar het verschil tussen beide niet verder.

Dan wordt schuld ook gebruikt als vertaling van *culpa*. Maar *culpa* is evenmin als schuld een eenduidig begrip. Het wordt gebruikt als synoniem voor *iniuria* (onrechtmatigheid), als tegenstelling tot *dolus* (opzet) en als tegenstelling van *casus* (toeval). In al deze betekenissen geeft het schuldbegrip geen beter inzicht in het onderscheid ten opzichte van onrechtmatigheid.

Als laatste komt aan de orde schuld in de zin van verwijtbaarheid en vermijdbaarheid. Verwijtbaarheid is eerder het gevolg van de aanwezigheid van onrechtmatigheid en schuld en biedt daarom een minder heldere afbakening; de term vermijdbaarheid beschrijft beter wat de handelende wordt aangerekend. Hij heeft iets – en wel iets laakbaars – gedaan dat hij kon en moest vermijden. Dat impliceert dat de handelende weet had van de norm die hij schond en in staat was naar die wetenschap te handelen. Kennis van de norm kan ontbreken door interne belemmeringen – wat het geval kan zijn bij een zeer jeugdige leeftijd, structurele of incidentele geestelijke tekortkoming –, of externe belemmeringen – zoals bij dwaling in de feiten of in het recht of het te goeder trouw afgaan op een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. De mogelijkheid zich normconform te gedragen kan ontbreken door een lichamelijke of geestelijke tekortkoming, zeer jeugdige of heel hoge leeftijd, of een persoonlijke omstandigheid die de handelende betreft, zoals onbekwaamheid en onervarenheid. Ook overmacht, de van buiten komende drang waaraan geen weerstand kan worden geboden, valt in deze categorie.

Deze omschrijving van schuld maakt duidelijk wanneer schuld ontbreekt en wanneer dus sprake is van een schulduitsluitingsgrond. De gevonden gronden komen overeen met wat in het civielrecht algemeen als schulduitsluitingsgronden worden beschouwd. Maar de aanwezigheid van zo'n grond ontheft de handelende civielrechtelijk nog niet van aansprakelijkheid. Immers: ook als geen sprake is van schuld, kan de handeling toch worden toegerekend op grond van de wet of op grond van de verkeersopvatting ex artikel 6:162 lid 3.

De wet bevat twee toerekeningsbepalingen: artikel 6:164, dat bepaalt dat een gedraging aan een kind jonger dan veertien jaar nooit als onrechtmatige daad wordt toegerekend, en artikel 6:165, dat bepaalt dat de omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel is de gedraging als onrechtmatige daad toe te rekenen. Ook noodweerexces kan onder deze bepaling worden gebracht. Het inhoudelijke criterium van kennis van de norm en de mogelijkheid ernaar te gedragen is dus losgelaten. Kinderen jonger dan veertien jaar zijn nooit aansprakelijk; in hun plaats wel hun ouders (artikel 6:169 lid 1). Ook de geestelijke of lichamelijke tekortkoming staat niet aan aansprakelijkheid in de weg, tenminste wanneer sprake is van een als een doen te beschouwen gedraging, wat ruim wordt opgevat. Op grond van beide bepalingen wordt dus toegerekend – bij het jonge kind aan de ouders –, ook al ontbreekt schuld.

Blijkens de Parlementaire Geschiedenis wordt onervarenheid toegerekend, evenals dwaling in het recht of in de bevoegdheid tot handelen. Bij de beoordeling van een beroep op dwaling zal nog relevant kunnen zijn of de dwalende aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Bij dwaling in de feiten zullen de omstandigheden van het geval van belang zijn. Maar in beide situaties zal de ruimte voor een geslaagd dwalingsberoep niet bijzonder groot zijn.

Tot slot psychische overmacht. Deze kan exceptionele situaties omvatten, waarin toerekening niet redelijk is. Het gaat dan om zeer nijpende omstandigheden, waarin niet meer kan worden gevergd dat iemand normconform handelt. Dan zal toerekening redelijkerwijs achterwege moeten blijven. Maar in het merendeel van de overmachtsituaties zal worden toegerekend, ook al was de normschendende handeling 'menselijkerwijs begrijpelijk'.

Geconcludeerd wordt dat toerekening een zeer royaal karakter heeft. Alleen in heel bijzondere gevallen van schulduitsluiting blijft ook toerekening achterwege; in het algemeen blijft slechts de zeer beperkt op te vatten uitzondering van de niet als doen te beschouwen gedraging van een persoon met een geestelijk of lichamelijke tekortkoming over. Verder kunnen in bijzondere gevallen overwegingen van redelijkheid en billijkheid ertoe leiden dat niet wordt toegerekend. Daarmee is het begrip schulduitsluitingsgrond in feite een zinledige aanduiding geworden. Ook als schuld uitgesloten is, kan toerekening plaatsvinden en vindt in bijna alle gevallen daadwerkelijk toerekening plaats.

In *hoofdstuk 10* wordt de relativiteit bezien, waarbij het gaat om de strekking van de overtreden norm. Onderzocht wordt of het leerstuk ook betekenis zou kunnen hebben voor het denken over het spiegelbeeld van de normschending: de rechtvaardiging. Twee typen relativiteit zijn te onderscheiden, die van het beschermingsdoel en het beschermingsbereik van de norm.

Sommige normen hebben niet tot doel om de benadeelde te beschermen tegen een schadevergoedingsvordering. Dat zijn geen civielrechtelijke beschermingsnormen. Zo bijvoorbeeld publiekrechtelijke voorschriften die een verplichting van een overheidsorgaan omschrijven. Niet-naleving daarvan leidt, gezien het doel van de voorschriften, niet tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Omgekeerd geldt hetzelfde in geval van rechtvaardigingen. Sommige bevoegdheden hebben niet tot doel de handelende te vrijwaren tegen een schadevergoedingsactie, zoals de in hoofdstuk 4 besproken onvolledige rechtvaardigingen. Deze rechtvaardigingen kunnen niet worden aangemerkt als beschermingsnormen tegen een onrechtmatige daadsactie.

Als een norm wel als beschermingsnorm kan worden gedefinieerd, moet vervolgens de omvang van de bescherming worden vastgesteld. Een op de schending van de norm gegronde vordering wordt afgewezen als de norm niet strekt tot bescherming van eiser ('wie'), of de soort schade die geleden is ('wat'), of de wijze van ontstaan van de schade ('hoe'). Ook rechtvaardigingen kunnen alleen worden ingeroepen tegen bepaalde personen, soorten

schade, of ontstaanswijzen van de schade. Voor alle in deze studie beschreven volledige rechtvaardiging wordt nagegaan wat de beschermingsomvang ervan is.

Noodweer kan alleen worden ingeroepen tegen de aanvaller en diens eventuele helpers. Wat de soort schade betreft, moet een zekere equivalentie bestaan tussen aanval en verdediging. Wie lijfelijk wordt aangevallen, mag zich fysiek verdedigen. Bij de verdediging tegen verbale aanvallen of ter bescherming van andere soorten belangen dan lijf of goed, is alleen een minder vergaande afweer gerechtvaardigd, of zal de gang naar rechter moeten worden gemaakt. Wat de wijze van ontstaan van de schade betreft, moet het gaan om een noodzakelijke, onmiddellijke verdediging tegen een niet-uitgelokte aanval en daarbij mogen geen disproportionele middelen worden gebruikt.

Een wettelijk voorschrift of bevoegdheid kan beperkt zijn in haar strekking wanneer zij alleen schadetoebrenging jegens bepaalde personen legitimeert. Zo geeft een ontruimingsvonnis slechts een executoriale titel tegenover de geëxecuteerde. Ook de soort schade waartegen wordt beschermd, kan voortvloeien uit het voorschrift, en zal in elk geval niet disproportioneel mogen zijn. Om verschillende redenen kan de wijze van ontstaan van de schade in de weg staan aan de bescherming die het voorschrift of de bevoegdheid biedt, zoals een gevaarlijke of anderszins onzorgvuldige wijze van uitvoering, of in het geval van misbruik van bevoegdheid.

Bij noodtoestand is de kring van personen ruim in die zin dat de rechtvaardiging tegenover iedereen met een minder zwaarwegend belang kan worden ingeroepen. Wanneer de betrokken belangen ongelijksoortig zijn, kan dat – gezien de soort schade – een reden zijn om het beroep op noodtoestand af te wijzen. Ook de wijze van ontstaan van de schade kan een beroep op noodtoestand blokkeren. De reden daarvoor kan gelegen zijn in de duur van de noodtoestand, het gebruik van een ongeoorloofd middel of onjuist gebruik van een geoorloofd middel.

Zaakwaarneming tenslotte, kent een vrij uitgebreide wettelijke omschrijving, waaruit de beschermingsomvang van de rechtvaardiging af te leiden is. De kring van personen tegen wie de rechtvaardiging kan worden ingeroepen, is beperkt tot de belanghebbenden. Aan de soort schade worden geen nadere vereisten gesteld, zolang het belang naar behoren is behartigd. Scherper is de omlijning van de wijze van ontstaan van de schade: de zaakwaarneming moet zijn aangevangen op een redelijke grond, met als aanknopingspunt de vermoedelijke wil van de betrokkene. De belangenbehartiging moet vervolgens behoorlijk, dat wil zeggen: zorgvuldig, worden uitgevoerd. Daarbij is niet relevant of de belanghebbende uiteindelijk is gebaat door de zaakwaarneming.

De bespreking van de relativiteit besluit met de correctie-Langemeijer: als de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals die is geleden, dan kan de normschending wel bijdragen aan het oordeel over een eventuele schending van de zorgvuldigheidsnorm. Omgekeerd kan deze correctie ook worden toegepast op rechtvaardigingen. Als de ingeroepen

rechtvaardiging niet strekt tot de rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals die is geleden, dan kan de ingeroepen bevoegdheid wel een factor zijn bij de beoordeling van de zorgvuldigheid van de handeling.

DEEL 5: RECHTSGEVOLGEN

De plaats van de rechtvaardiging in het civielrechtelijk systeem is bezien. Nu is aan de orde de vraag welk gevolg de aanwezigheid van een rechtvaardiging heeft. In *hoofdstuk 11* wordt haar invloed op de beoordeling van de onrechtmatigheid van handeling beschreven. Daartoe wordt gebruik gemaakt van een argumentatiemodel van Toulmin. Elke redenering op grond waarvan men tot een bepaalde conclusie (bijvoorbeeld: aansprakelijkheid) wil komen, kent dezelfde elementen. Er zijn feiten, die vanwege een bepaalde grond leiden tot een conclusie (claim). De grond kan worden gebaseerd op verschillende redenen, die de grond ondersteunen. De sterkte van de ondersteuningen is van invloed op de aannemelijkheid van de conclusie. Sommige ondersteuningen leiden op zichzelf dwingend tot een bepaalde conclusie; andere kunnen hooguit in enige mate bijdragen aan de te bereiken conclusie. Een ondersteuning heeft, met andere woorden, een zekere kracht; deze wordt aangegeven met een krachtaanduider. Zoals een grond wordt aangevoerd om de conclusie te bereiken, zo wordt een weerlegging ingebracht om de conclusie te weerspreken. Ook de weerlegging moet op haar beurt worden ondersteund, en kan worden tegengesproken met een contraweerlegging. In het systeem van artikel 6:162 is de conclusie die de eiser tracht te bereiken: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Als grond daarvoor zal hij een onrechtmatigheidscategorie uit het tweede lid van het artikel moeten aanvoeren, en die grond voorzien van redenen waarom de gekozen categorie van toepassing is. Tegen gegrondverklaring van de door eiser te bereiken conclusie kan de gedaagde zich op een rechtvaardiging beroepen. En daartegen kan de eiser een contraweerlegging inbrengen – bijvoorbeeld dat de gedaagde zich door zijn eigen handelen in de te rechtvaardigen toestand bracht.

Uit het model blijkt dat een samenhang bestaat tussen grond en ondersteuning: voor de ene grond is een geheel ander type ondersteuning nodig dan voor de andere. Er is ook een samenhang tussen grond en weerlegging. Niet tegen iedere aangevoerde grond kan elke weerlegging worden ingebracht. Dat geldt voor een weerlegging als de rechtvaardiging: tegen een actie uit artikel 185 WVW kan de automobilist bijvoorbeeld uitsluitend het verweer voeren dat hem 'rechtens geen enkel verwijt' trof. De samenhang tussen grond en weerlegging is ook zichtbaar wanneer de kenbaarheid als weerlegging is gekozen. Wanneer aan de gedaagde onzorgvuldig handelen wordt verweten, zal zijn weerlegging dat voor hem het risico op schade niet kenbaar was, kunnen slagen; maar tegen een gestelde merkinbreuk zal het verweer van de gedaagde dat hij het geregistreerde merk niet kende, weinig succesvol zijn.

Ook een weerlegging als het relativiteitsverweer hangt samen met de door eiser aangevoerde onrechtmatigheidscategorie (grond). Wanneer grond en weerlegging gelijkwaardig zijn, zoals bij botsende grondrechten, zal een afweging moeten worden gemaakt welk recht in dit bijzondere geval zwaarder weegt. En soms slaagt een weerlegging wel tegen de ene conclusie (claim) maar niet tegen de andere. Zo kan een verweer gebaseerd op zwaarwegende maatschappelijke belangen toereikend zijn als weerlegging van een verbodsvordering, maar tekortschieten tegen een schadevergoedingseis (vgl. artikel 6:168).

De verschillende elementen van het model hangen in ieder geval samen met de domeinen van de procespartijen. Eiser beroept zich op een grond voor de door hem gestelde conclusie; gedaagde voert een weerlegging aan om de conclusie te ontkrachten, waartegen eiser op zijn beurt weer een contraweerlegging kan inbrengen. De kracht van de verschillende elementen komt tot uitdrukking in de krachtaanduider voor de conclusie. Die verandert naar gelang van de sterkte van de verschillende stellingen in het debat.

Na deze uiteenzetting van het model ligt de focus op één type weerlegging: de rechtvaardiging. Die wordt vaak ingeroepen als snel moest worden opgetreden, in een situatie die niet door de handelende zelf is veroorzaakt. Daarbij is dikwijls ook sprake van handelen in het belang van een derde. Deze factoren brengen mee dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen mildheid dient te worden betracht. Verder is van invloed op het onrechtmatigheidsoordeel de aard van de ingeroepen rechtvaardiging. De volledige rechtvaardiging heeft een doorslaggevende invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid; de door eiser gestelde conclusie wordt niet bereikt en de claim slaagt niet. Dat is alleen anders als een voldoende krachtige contraweerlegging wordt aangevoerd. De onvolledige rechtvaardiging heeft niet zo'n sterke invloed op het onrechtmatigheidsoordeel. Wanneer een onvolledige rechtvaardiging is aangevoerd, zal het van de overige omstandigheden afhangen hoe het oordeel over de onrechtmatigheid uitvalt. In het geval een voorwaardelijke rechtvaardiging is ingeroepen, geeft deze op het moment van handelen een succesvol verweer tegen de claim, maar is onzeker of die situatie blijft voortbestaan. Als de rechtvaardiging wegvalt, valt de weerlegging weg en resteert alleen de grond, die tot toewijzing van de claim leidt.

Tegen een geslaagd beroep op een rechtvaardiging – dus een geslaagde weerlegging van de claim door gedaagde – kan een contraweerlegging worden aangevoerd door eiser. Dat kan in het geval sprake is van *culpa in causa,* als de handelende zich door zijn eigen toedoen in de te rechtvaardigen situatie bracht. Ook kan tegen een op zichzelf succesvol beroep op een rechtvaardiging worden ingebracht dat het handelen niet voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, omdat een betere – minder schadelijke – uitweg mogelijk was en gekozen had moeten worden. Tot slot kan tegen een op zichzelf geslaagd beroep op een rechtvaardiging worden ingebracht dat die rechtvaardiging niet strekte tot het beschermingsdoel waartoe zij werd ingezet,

of dat de schade buiten de beschermingsomvang van de rechtvaardiging lag. Dan heeft de contraweerlegging de gedaante van een relativiteitsverweer.

Wanneer het beroep op de weerlegging niet slaagt, of het beroep op de contraweerlegging wel slaagt, wordt de vordering toegewezen. Bij een op artikel 6:162 gegronde eis luidt het oordeel dan dat sprake is van een onrechtmatige daad, die leidt tot aansprakelijkheid. Bij het bepalen van de omvang van de vergoedingsplicht kan vervolgens de aanwezigheid van de rechtvaardiging opnieuw een rol spelen, en aan dat thema is *hoofdstuk 12* gewijd. De beoordeling van een vordering tot schadevergoeding kan in het geval is gehandeld op grond van een rechtvaardiging vier verschillende betrokkenen aangaan: de veroorzaker van de situatie waarin is gehandeld; de handelende; de belanghebbende en de benadeelde. Hun rollen kunnen samenvallen in een of meer personen.

De grondslag van de vergoedingsplicht na een mislukt beroep op een rechtvaardiging is in het algemeen onrechtmatige daad. Die actie kan gericht worden tegen de veroorzaker en tegen de handelende. Wanneer de handelende zich op een toereikende rechtvaardiging beroept, dient de actie uit onrechtmatige daad tegen hem te worden afgewezen. Dat volgt uit het hierboven besproken model en is ook redelijk, gezien het feit dat het handelen gerechtvaardigd was in deze omstandigheden. Wanneer het beroep op een rechtvaardiging slaagt, zal in sommige gevallen wel een actie uit ongerechtvaardigde verrijking mogelijk zijn. Deze is in te stellen door de benadeelde tegen de belanghebbende. Nadeel van de verrijkingsactie is dat die verschillende plafonds kent en daarom niet tot volledige vergoeding hoeft te leiden. Bij een geslaagd beroep op een rechtvaardiging kan in bepaalde gevallen als grondslag zaakwaarneming worden gekozen. Dat is de actie van de handelende tegen de belanghebbende. Deze vordering biedt als voordeel boven de actie uit ongerechtvaardigde verrijking dat volledige schadevergoeding mogelijk is, mits de waarneming behoorlijk was. Soms kan de schadevergoedingsactie bij een ingeroepen rechtvaardiging worden gegrond op het gelijkheidsbeginsel. Dat zal met name het geval zijn bij overheidsoptreden.

In de literatuur is betoogd dat voor de vergoedingsplicht in geval van rechtvaardigingen aansluiting moet worden gezocht bij de 'uitgangspunten' waarop leerstukken als overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en *culpa in causa*-achtige verweren berusten. De juistheid van dat betoog zou moeten blijken uit de bespreking van een aantal casus. Het gaat om de redding uit een brandend huis, verduistering ten behoeve van een derde, iemand die door het ijs zakt en zich vasthoudt aan een ander, het Uitsmijter-arrest en schade door strafvorderlijke maatregelen. Na analyse van de bespreking van deze casus wordt echter geconcludeerd dat daarmee geen nieuwe vergoedingsgrondslagen zijn opgespoord.

Bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsplicht in de situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging, kunnen

verschillende omstandigheden van belang zijn. Allereerst dient zich aan: de omstandigheid dat is gehandeld op grond van een rechtvaardiging. Het kwam al eerder in deze studie aan de orde: een beroep op een rechtvaardiging moet vaak worden gedaan in een noodsituatie die niet door de handelende zelf is veroorzaakt. Dat kan een matigende invloed hebben op de hoogte van de vergoeding, in het geval het beroep op de rechtvaardiging zelf niet slaagt. Voor zo'n matiging zal zeker reden bestaan als de handelende het belang van een ander nastreefde. Ook het gedrag van de partijen voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling zal invloed kunnen hebben op de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding. Wanneer een schadeveroorzakende handeling is uitgelokt door de benadeelde, zal dat een verminderend effect op de schadevergoeding hebben. Wanneer de handelende zelf de te rechtvaardigen situatie in het leven riep, zal er minder of geen reden zijn de vergoedingsplicht te verminderen. Verder zal bij de beoordeling een afweging kunnen worden gemaakt van het met de handeling gediende en het geschonden belang. Daarbij kan relevant zijn het doel van de handeling – eigenbelang, gezamenlijk belang of altruïsme –, de schadelijkheid van het gehanteerde middel, het bestaan van alternatieven om de schade te voorkomen en de aard en ernst van de toegebrachte schade.

Deze omstandigheden kunnen op verschillende plaatsen in het wettelijk systeem worden geplaatst. Omdat het in deze studie gaat om het tegendeel van de onrechtmatige daad, worden de factoren op een andere, tegengestelde, manier toegepast dan normaal gesproken.

Artikel 6:98, dat verschillende toerekeningsfactoren benoemt, verwijst allereerst naar de aard van de aansprakelijkheid. In dat verband wordt ook de aard van de normschendende gedraging genoemd. Die factor kan bij de beoordeling van handelen op grond van een rechtvaardiging relevant zijn. Wanneer immers is gehandeld om een hoger belang te dienen, zoals bij noodtoestand, of is gehandeld uitsluitend in het belang van een ander, zoals bij belangeloze dienstverlening, zal minder reden bestaan de schade geheel of gedeeltelijk aan de handelende toe te rekenen. Daarbij kan ook het doel van de activiteit worden genoemd, dat wel als een van de bepalende factoren van artikel 6:98 wordt gezien. Als tweede toerekeningsfactor noemt artikel 6:98 de aard van de schade. Die factor is eerder in deze studie besproken in verband met proportionaliteit en subsidiariteit. Hoe schadelijker het gehanteerde middel, hoe eerder toerekening op haar plaats zal zijn. Voorzienbare schade zal zoveel mogelijk voorkomen moeten worden, waarbij het bestaan van alternatieven voor de schadeveroorzakende handeling zal worden meegewogen.

Artikel 6:101 bepaalt dat de vergoedingsplicht over aansprakelijke en benadeelde kan worden verdeeld in evenredigheid met de aan beiden toe te rekenen omstandigheden die aan de schade hebben bijgedragen (wederzijdse causaliteit). Op basis van dit artikel kan in een *culpa in causa*-situatie de schade geheel of gedeeltelijk aan de handelende worden toegerekend. In geval van

uitlokking zal het artikel kunnen dienen als basis voor het oordeel dat de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de uitlokker blijft. Verder zal bij de toets van artikel 6:101 kunnen meewegen in wiens belang de schadeveroorzakende handeling werd verricht. Als de handeling vooral of mede in het belang van de benadeelde werd verricht, zoals bij belangeloze hulpverlening, zal er minder reden zijn de schade toe te rekenen aan de handelende. De uitkomst van de beoordeling ex artikel 6:101 kan worden gecorrigeerd op grond van de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval. Daartoe zal reden kunnen bestaan in het geval van reddingsacties of ander hulpbetoon, waarbij ook de handelende schade lijdt.

Tot slot biedt artikel 6:109 een kader om bij de beoordeling van de schadevergoedingsplicht de omstandigheid dat op grond van een rechtvaardiging is gehandeld een plaats te geven. Het artikel bepaalt dat de rechter de vergoedingsplicht kan matigen als toekenning van volledige vergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Als omstandigheden noemt het onder meer de aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Blijkens de parlementaire geschiedenis moet daarbij een afweging worden gemaakt tussen de belangen van beide partijen. Expliciet noemt de toelichting in dat verband als verlichtende omstandigheden de noodzakelijkheid waarin iemand kan verkeren om snel een beslissing te nemen, belangeloze dienstverlening, en een geringe mate van schuld. Juist dit soort omstandigheden zal aan de orde kunnen zijn bij handelen op grond van een rechtvaardiging.

Achtereenvolgens zijn in deze studie beschreven de verschillende typen rechtvaardigingen en de beginselen die voor de toepassing ervan gelden. Daarna zijn de gronden binnen de leerstukken van het burgerlijk recht geplaatst. En met de weergave van de gevolgen die de aanwezigheid van een rechtvaardiging kan hebben voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling en van de vergoedingsplicht, is ten slotte het einddoel van het onderzoek bereikt.

Summary

ON AND BEYOND THE BOUNDARY OF TORT
A study of the position of the justification in non-contractual liability law

Article 162(2) of Book 6 of the Dutch Civil Code sets out the central concept of non-contractual liability law by providing a definition of what is deemed a tortious act. The list of different types of tortious acts concludes with the qualification: '*except for the presence of a ground of justification*'. Thus, the door to the exception to the core of non-contractual liability law has been left wide open. A fascination for this 'escape' incorporated in Dutch liability law was one of the motives for this dissertation. In addition, a sense of wonder at the way in which the legislature implemented the exception: with little guidance, substantiation or examination of the consequences of this exception. This study thus set out on a journey of discovery through the full breadth of non-contractual liability law, constantly viewed from the perspective of the exception to the rule. To a certain extent, this starting point also determined the methodology of the dissertation. Without a doubt, the dissertation is exploratory in nature, in the sense of the meaning given by the Dutch Van Dale dictionary to the verb 'to research': 'an attempt, or effort, to learn about a subject or its nature in more detail'.

It is obvious from the above that the research for this dissertation did not set out with a clearly defined problem. That is not to say, though, in view of the statutory provision cited above, that it is not possible to formulate the problem in simple terms: 1. What constitutes a ground of justification, and 2. How does this affect the judgement of an act that was initially qualified as a tort? The aim of the dissertation, by answering the questions 'what' and 'how', was to gain an insight into the position of justification in non-contractual liability law and, as a result, hopefully also into non-contractual liability law itself. The structure of the dissertation as set out below indicates the subquestions derived from the two main research questions and where they can be found in the chapters of the dissertation.

As far as comparative law is concerned, the choice was made for an internal comparison with criminal law – a branch of law with a long tradition in dealing with and considering grounds to justify an act, thus providing a rich source of knowledge and inspiration for a discussion of the subject. The fact that the legislature looked mainly to criminal justification defence when

introducing grounds of justification in the draft of the current Civil Code, also played a role in this choice. Where necessary, external comparative law was considered in order to provide in-depth analysis or clarification in an argument or to check whether important justifications had been overlooked. In addition, where possible, use was gladly made of sources from legal history – in the area of liability law in general, and of justification in particular.

The first part of the dissertation is a general exploration of the area of research. Chapter 1 commences with a *Definition of terms*. The different types of torts are described, the concepts of justification and grounds of justification are defined and the distinction between the grounds of exculpation is provided. Much has been borrowed from criminal law when it comes to the perception of grounds of justification in civil law. This prompts the question of to what extent it is possible that doctrines of criminal law can be applied in a civil law context. Therefore, the first part of the dissertation continues in Chapter 2 with a comparison: *Criminal law and civil law*. To what extent and in what way can insights derived from criminal law be applied in civil law research on justifications? The conclusion is that it is perfectly possible to compare criminal law and civil law when it comes to grounds of justification.

The second part of the study classifies the subject matter. For this purpose, the different types of justifications are defined and divided into categories. First to be considered are justifications that lead to the preliminary opinion of the act under review being changed from 'wrongful' to 'lawful'. These justifications are referred to as *Complete justifications* in Chapter 3. This concerns justification grounds referred to in criminal law such as self-defence, statutory provisions or authority, emergency, plus management of another's affairs. The second chapter in this part of the dissertation is an inventory of the justifications that fail to bring about a change in the judgement of the act under review as described above. These *Incomplete justifications* are considered in Chapter 4. Finally, there are justifications that can perhaps cause an act to be qualified as lawful, but which require a certain condition to be met. In Chapter 5, the final chapter in this part of the dissertation, these are referred to as *Conditional justifications*. The wrongfulness of acts carried out on the grounds of this type of justification is sought in the fact that the party carrying out the act has gambled on the existence of an unstable authority.

The third part of the dissertation is devoted to the principles of justification. The term 'principle' can be interpreted here in the literal sense as a 'start': the basic conditions that have to be met in all successful claims to a ground for justification. A ground for justification is an authority to cause loss or damage. When discussing the principles, what is meant are the conditions that apply in relation to the *exercise* of this authority. So, an assessment of the actions of the person who is invoking a justification defence. First, in Chapter 6 the criminal law notion *Culpa in causa*: a person may not invoke a justification defence if he finds himself to be in the situation under review through his

own fault. In relation to this condition, first the background in criminal law is examined and subsequently it is considered what the significance of the condition might be in civil law. The dissertation defends the view that the contributory fault defence should not be invoked too quickly against those who must rely on a justification. Chapter 7 deals with the conditions of *Proportionality* (a reasonable purpose/means relationship must exist) and *Subsidiarity* (a better option to achieve the purpose must be considered). It is examined how these conditions have been developed in criminal law, to what extent they apply to grounds of justification in civil law, and what they can teach us in relation to the unwritten law of proper social conduct in civil law. Proportionality and subsidiarity appear to be a different way to describe this standard and offer a good explanation for raising or lowering this standard in all kinds of situations of harmful negligence and representations of interests.

The focus of the book then shifts to the *content* of the justification. To that end, the position of the justification in the fourth part of the book is considered in light of the provisions of Articles 162 and 163 of Book 6 of the Civil Code. Chapter 8 (*Wrongfulness*) considers the relationship between violations of standards and justification, focusing on the effect of justifications. It discusses what role justifications and other potential lines of defence play in the judgement of whether an act is wrongful. Two approaches to justification are compared: a synthesizing approach and an analytical approach. The latter (in which the act and the justification are considered separate from each other) is the preferred approach. In the following chapter in this part of the dissertation, Chapter 9 (*Guilt*), the relationship between justification and exculpation is examined. Traditionally in civil law and criminal law, besides grounds for justification, grounds of exculpation are also distinguished. However, since the introduction of the current Civil Code, the concept of 'guilt' in civil law has changed significantly. This will clearly have an effect on the concept of grounds of exculpation. The study examines to what extent this type of ground, at least in civil law, is still viable. It leads to the conclusion that a successful plea of grounds of exculpation has no significance when it comes to the question of accountability and thus whether liability exists. The final chapter in this part, Chapter 10 (*Relativity*) is dedicated to the scope of protection of the justification. It defends the position that the justification, like its mirror image, the wrongful act, is relative in nature. Its scope extends only to protection of certain types of interests, of certain persons, against certain types of loss. This proposition is developed further using the traditional grounds of justification.

The fifth and final part of the dissertation deals with the legal effects of the presence of a justification or grounds of justification. These effects are related in the first instance to the act itself. Chapter 11 (*Impact on the judgement of the act*) considers what consequence the presence of the various types of justification has on the judgement of the potentially wrongful nature of the act. This is done partly making use of the Toulmin argument model. From

this, it follows that the presence of a justification has an impact on the judgement of the wrongfulness of an act, in a positive sense for the acting party. The extent of the impact depends on the strength of the justification put forward and of the strength of the rebuttals to the justification. In addition, the presence of a justification has an impact on the judgement of the existence and level of potential liability for compensation. This is considered in the final chapter of the dissertation, Chapter 12 (*Impact on the judgement of the obligation to compensate)*. Here, again, the presence of a justification has an impact on the judgement, in a positive sense for the acting party. The chapter indicates what circumstances play a role and within which doctrines of compensation law the mitigating effect of the justification can be positioned.

Rechtspraakregister

Bijgewerkt tot 1 oktober 2021. Verwezen wordt naar paragraafnummers.

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENSJ

EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976: 1207JUD000549372 (*Handyside v. United Kingdom; Little Red Schoolbook*) 8.3.3.1

EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982: 0923JUD000715175 (NL:XX:1982:AC7724), *NJ* 1988/290, m.nt. E.A. Alkema (*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*) 4.2.5 4.4.6

EHRM 28 november 1984, ECLI:CE:ECHR:1984: 1128JUD0008777/79 (*Rasmussen v. Denmark*) 7.7.2

EHRM 18 december 1984, ECLI:CE:ECHR:1984: 1218JUD000715175 (*Sporrong and Lönnroth v. Sweden II*) 4.2.5 4.4.6

EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others*) 7.1.2 7.2.6 7.3.8

EHRM 29 oktober 1992, ECLI:CE:ECHR:1992: 1029JUD001423488 (*Open Door and Dublin well Woman v. Ireland*) 8.3.3.1

EHRM 11 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000: 0111JUD003145796 (NL:XX:2000:AC1818), *NJ* 2001/74, m.nt. E.J. Dommering (*Newsverlags CmbH & CoKg v. Oostenrijk; Europese "Ferdi E-zaak"*) 8.3.3.1

EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh v. Duitsland; Folterverbod*) 8.6.6

EHRM 12 maart 2013, ECLI:CE:ECHR:2013: 0312JUD001628110, *EHRC* 2013/121, m.nt. J.M. ten Voorde (*Aydan v. Turkije*) 7.2.5

HOGE RAAD

HR 24 januari 1902, *W.* 7714	10.6.2
HR 11 mei 1903, *W.* 7928 (*Veghelse hond*)	3.4.3
HR 5 maart 1906, *W.* 8345	2.2.3
HR 10 juni 1910, *W.* 9038 (*Zutphense juffrouw*)	3.7.2 7.5.3.4 8.3.2
HR (Strafkamer) 16 juni 1913, *NJ* 1913, p. 1080 (*De Amsterdamse straatmuzikant*)	3.7.2
HR 30 januari 1914, *NJ* 1914, p. 407 (*Bakker Krul*)	4.2.2
HR 3 mei 1915, *W* 9820, *NJ* 1915, p. 813	7.3.7
HR (Strafkamer) 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 (*Melk en water*)	3.2.2
HR (Strafkamer) 26 juni 1916, *W* 9955, *NJ* 1916, p. 703	3.2.1
HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161 en *WPNR* 1919/2564, m.nt. E.M. Meijers (*Lindenbaum/ Cohen*)	3.7.2 7.5.3.4 8.3.2 8.6.7
HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, *NJ* 1923, p. 1329, *W* 11113 (O*pticien*)	3.7.1 3.11.1
HR 27 december 1929, ECLI:NL:HR:1929:287, *NJ* 1930, p. 1433	5.1.2
HR (Strafkamer) 20 februari 1933, ECLI:NL:HR:1933:229, *NJ* 1933, p. 918 (*Huizer Veearts)*	3.14.2 10.4.2
HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549, m.nt. E.M. Meijers (V*ernietiging tuberculeus vlees*)	1.5.8 3.4.5 3.7.2 12.2.2 12.2.6 12.4.2
HR (Strafkamer) 25 juni 1934, ECLI:NL:HR:1934:197, *NJ* 1934, p. 1261 (*Palingfuiken*), m.nt. B.M. Taverne	7.2.5 10.3.4.1 11.5.3
HR (Strafkamer) 31 mei 1937, *NJ* 1937, p. 130	10.4.5.1
HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, *NJ* 1941/189, m.nt W.P.J. Pompe (*Seinwachter*)	7.3.3 10.4.5.1 11.6.3

HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*) 4.4.6, 4.5.2, 7.5.3.3

HR 14 januari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1962, *NJ* 1949/557 (*Woonruimtevordening*) 10.4.1

HR (Strafkamer) 1 november 1949, ECLI:NL:HR:1949:80, *NJ* 1950/121 7.3.4

HR (Strafkamer) 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:303, *NJ* 1952/6, m.nt. W.P.J. Pompe (*Overtreding Deviezenbesluit*) 7.3.4

HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*) 4.3.3, 4.3.4, 4.5.2

HR (Strafkamer) 15 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:51, *NJ* 1957/187 7.3.5

HR (Strafkamer), 18 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:222, *NJ* 1957/446 7.3.5

HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandarts*) 6.6.7, 10.4.2, 11.5.5

HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AL1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*) 12.3.4

HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:19, *NJ* 1959/586, m.nt. L.E.H. Rutten 10.6.2

HR 9 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:166, *NJ* 1963/1, m.nt. D.J. Veegens (*Gestolen Jaguar*) 9.7.3.2

HR (Strafkamer) 6 april 1962, ECLI:NL:PHR:1962:AB5189, *NJ* 1965/115 (*Drefvelin/Wientjes*) 5.3.1

HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, *NJ* 1964/434, m.nt. G.J. Scholten (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken c.s.*) 3.9.3, 7.5.2.2

HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, *NJ* 1965/331 (*Snel c.s./Ter Steege*) 5.2.3

HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*) 2.2.4, 6.4.3, 6.6.2, 7.2.5, 7.4.2, 8.4.2.1, 9.6.1

HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, *NJ* 1967/69, m.nt. G.J. Scholten (*Joke Stapper*) 9.7.2, 9.7.3.2, 9.7.4.1

HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*) 8.4.2.2

HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*) 1.4.5, 7.5.3.4

HR 31 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4906, *NJ* 1969/241, m.nt. G.J. Scholten 3.12.3

HR (Strafkamer) 7 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AJ3856, *VR* 1972/25 m.nt. Besier (*Lastige Zwanenburgers*) 7.3.4, 11.6.3

HR (Strafkamer) 23 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5761, *VR* 1972/24 2.2.5

HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278, m.nt. G.J. Scholten (*Vermeulen/Lekkerkerker*) 1.4.3, 4.2.2, 10.1.4

HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, *NJ* 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*) 6.2.5, 8.3.5, 8.6.3

HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, *NJ* 1973/464, m.nt. P. Zonderland (*Boerenleenbank/Van de Reek*) 1.4.3, 4.2.2, 7.6.5, 7.6.6

HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5308, *NJ* 1975/74, m.nt. B. Wachter (*Stikke Trui*) 4.2.4

HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5307, *NJ* 1973/407 6.4.5

HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, *NJ* 1975/149 (*Struikelende bakker*) 7.6.8

HR (Strafkamer) 10 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4375, *NJ* 1975/490 7.3.2

HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*) 2.3.4.4, 6.7.2, 12.6.2.2

HR 25 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5755, *NJ* 1976/507 (*Cabbollet/Suylen*) 6.6.5, 11.6.2

HR 19 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7927, *NJ* 1979/216, m.nt. M.W. Scheltema (*Semper Crescendo*) 4.3.5

HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4832, *NJ* 1977/174 (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt I*) 7.2.6

HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4833, *NJ* 1977/175, m.nt. T.W. van Veen (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt II*) 7.2.6

HR (Strafkamer) 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6343, *NJ* 1979/50, m.nt. T.W. van Veen (*Vechtende gedetineerden*) 6.1, 11.6.2

HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*) 3.6.5

HR (Strafkamer) 9 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1036, *NJ* 1980/45 7.3.5

HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*) 7.7.4, 11.2.2.4

HR (Strafkamer) 4 december 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7429, *NJ* 1980/356, m.nt. T.W. van Veen 7.3.4

HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda/Nijs*) 11.2.1

HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, *NJ* 1982/567, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bloedprik*) 7.4.2

HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, *NJ* 1982/174, m.nt. W.H. Heemskerk (*Onzorgvuldige ontruiming*) 10.4.5.2, 10.6.2, 10.6.4

HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4264, *NJ* 1982/568, m.nt. C.J.H. Brunner 10.6.4

HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4304, *NJ* 1982/333, m.nt. W.M. Kleijn 10.6.2

HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*) 7.6.4, 7.6.8

HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, *NJ* 1983/468, m.nt. Th.W. van Veen (*Meta Hofman*) 1.4.3, 7.2.5, 7.2.7, 10.3.4.2

HR (Strafkamer) 28 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC8052, *NJ* 1984/53, m.nt. A.C. 't Hart (*Brandstichting tijdens alcoholroes*) 6.2.6

HR (Strafkamer) 1 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7774, *NJ* 1984/586, m.nt. G.E. Mulder 7.3.4

HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331 (*Meppelse ree*) 7.6.2, 9.8.5

HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, *NJ* 1984/536 (*Verstekeling in laadruimte*) 6.4.5

HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth; W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbraak*) 5.2.3 5.2.4

HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, *NJ* 1986/137 (*Renteneurose*), m.nt. C.J.H. Brunner 2.1.3 2.3.4.4

HR (Strafkamer) 4 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AB8793, *NJ* 1986/74 (*Noodrem*) 3.7.3 7.2.3

HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, *NJ* 1987/42, m.nt. A.C. 't Hart (*Haagse huismeester*) 3.6.5

HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, *NJ* 1986/780 (*Dollende collega´s*) 1.4.4 9.6.3

HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928, m.nt E.A. Alkema (*Edamse bijstandsvrouw*) 3.12.5 8.3.5 8.4.2.2

HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Gastel/Van den Heuvel*) 1.2.3 4.1.4 4.4.2 4.4.3 11.2.5

HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, *NJ* 1989/389, m.nt. A.L. Melai (*Verkiezingen op Aruba*) 3.4.1 6.6.3

HR 26 september 1987, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, *NJ* 1987/253 (*Staat/Hoffman-La Roche*) 2.3.6

HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1988:AD0018, *NJ* 1988/1017, m.nt. C.J.H. Brunner (*VSH/Shell*) 8.6.7

HR (Strafkamer) 17 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0042, *NJ* 1988/809, m.nt. G.E. Mulder 9.8.5

HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500, W.L. Haardt (*Timmer/Deutman*) 8.6.5

HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393, m.nt. W.C.L. van der Grinten. (*Bushalte*) 1.4.4 9.6.3

HR (Strafkamer) 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, NJ 1989/162 (*Noodrem-protest*) 7.5.2.2

HR (Strafkamer) 3 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8419, *NJ* 1989/391, m.nt. G.E. Mulder (*Levensberoving op verzoek*) 9.8.5

HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, *NJ* 1989/29, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Veenbroei*) 7.6.4

HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743, m.nt. J.H. Nieuwenhuis (*Kalimijnen*) 4.2.2

HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Circusezel*)	6.4.5 6.7.4 7.5.2.3 11.5.4 12.6.3.3
HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9285, *NJ* 1989/282 (*Norwegian Talc/Van Houwelingen*)	7.6.5
HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, *NJ* 1990/48 m.nt. A.C. ´t Hart (*Doodsteken ex-vriend*)	6.3.1 6.3.2 6.3.4 6.3.5
HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, *NJ* 1990/652, m.nt. C.J.H. Brunner (*Halcion*)	7.5.2.1 7.6.4 7.6.7
HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353, m.nt. A.C. 't Hart (*Wraak zoeken na caféruzie*)	6.2.3 10.3.4.1
HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8256, *NJ* 1990/239, m.nt. G.J.M. Corstens (*Pseudokoop van heroïne*)	7.3.4
HR 19 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1006, *NJ* 1990/780, m.nt. M.M. Mendel (*Westermij B.V./Zwolsche Algemeene Schade-verzekering NV*)	7.1.3
HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B, Politie-inval*)	4.3.4
HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:13795, *NJ* 1991/265, m.nt. C.J.H. Brunner (*Club 13*)	3.14.1
HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, *NJ* 1992/620, m.nt. C.J.H.Brunner en *AA* 1991, p. 338-343, m.nt. J. Hijma (*Geerts/Ten Dam*)	8.4.2.1
HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tennisbal*)	1.4.4 3.14.3 7.5.2.4 7.5.3.5
HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner onder *NJ* 1992/639 (*Varkensmester Leffers*)	4.3.5 4.5.2
HR (Strafkamer) 26 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1367, *NJ* 1991/614 (*Pseudokoop van horloges*)	7.3.4
HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, *NJ* 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbeth van Uitregt*)	7.2.5

HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622, m.nt C.J.H. Brunner (*Natrappen*) 2.1.2, 2.5.1, 3.9.2, 3.14.2, 6.4.6, 6.6.6, 7.5.3.5, 9.6.3, 12.4.4

HR (Strafkamer) 19 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8892, *NJ* 1992/250, m.nt. A.C. 't Hart (*Urker vissersboot*) 6.2.6

HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526, *NJ* 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner (*IZA/Vrerink*) 2.2.3

HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*) 4.1.3, 7.5.3.2, 7.6.3, 7.6.7, 12.5.4

HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, *NJ* 1992/681 (*Battered woman*) 9.8.5, 12.5.1

HR 17 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1775, *NJ* 1993/267, m.nt. Th.W. van Veen 2.2.5

HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347 (*Aidstest*), m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkemade 11.2.2.2

HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*) 7.6.8, 11.2.2.3

HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, *NJ* 1994/473, m.nt. D.W.F. Verkade (*Ferdi E.*) 11.2.3

HR 25 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1284, *NJ* 1996/362 (*Reinwater*) 2.2.1

HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608 (*Valkenhorst I*) 11.2.2.2

HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, *NJ* 1997/396, m.nt. M. Scheltema (*Gemeenschappelijk Eigendom/gemeente Den Haag*) 5.1.4

HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1355, *NJ* 1995/727, m.nt. C.J.H. Brunner; E.A. Alkema 5.1.2, 5.4.3

HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Goudsberg 2*) 11.2.2.4

HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, *NJ* 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*Judoworp*)	2.5.1 12.4.4
HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Zwiepende tak*)	1.4.4
HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*)	5.1.2 5.2.4
HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175 (*Patiënt op uitslaapbed*)	7.6.6
HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*)	6.6.8 6.7.4 10.3.4.3 11.5.3 12.5.3 12.6.3.2
HR 28 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1717, *NJ* 1995/513 (*Bijenspat*)	4.2.2
HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, *NJ* 1996/118, m.nt. J.E. de Boer (*'t Ruige Veld*)	7.6.6 7.6.8
HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1740, *NJ* 1997/700-702, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marloes de Vos*)	2.2.3
HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, *NJ* 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Disloque*)	7.6.7
HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, *NJ* 1997/24, m.nt. M.M. Mendel (*Delta Lloyd/Interlloyd*)	3.10.2 10.6.4
HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2167, *NJ* 1998/239, m.nt. M. Scheltema	10.6.4
HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249, *NJ* 1998/656, m.nt. A.R. Bloembergen	2.2.1
HR (Strafkamer) 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0152, *NJ* 1997/627 (*Steken met schaar*)	7.3.5
HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, *NJ* 1998/402, m.nt. Jac. Hijma (*Van Keulen/Trias II*)	2.2.3 2.3.4.4
HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, *NJ* 1999/69, m.nt. A.R. Bloembergen (*Bijenspat II*)	4.2.2
HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*)	2.4.3.3
HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2810, *NJ* 1999/342 (*Echtscheidingsconvenant*)	7.5.2.2

HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, *NJ* 1999/381, m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano/Remco Toys c.s.*) 5.2.3 5.4.2

HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, *NJ* 1999/367 (*Meewerken aan akte van verdeling*) 5.2.4

HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 (*Bigaam huwelijk*) 2.3.4.3

HR (Strafkamer) 7 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1569, *NJ* 2000/263, m.nt. J. de Hullu (*Oudejaarsavond in het Balkanrestaurant*) 4.1.2

HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*) 2.1.2 2.2.5 3.4.3 3.4.4 7.1.2 7.2.2 7.2.3 7.2.4 11.6.3 12.4.1 12.4.5

HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, *NJ* 2000/292, m.nt. T. Koopmans (*FNV c.s./Douwe Egberts c.s.*) 3.5.4

HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, *NJ* 2001/300, m.nt. J. Hijma (*Verhuizende zusters*) 1.4.4

HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, *NJ* 2000/603, m.nt. H.J. Snijders (*Strafvorderlijke inbeslagname kalveren*) 5.2.4

HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, *NJ* 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*Brandstichting*) 7.7.4

HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, *NJ* 2000/700 (*Brandbare loods*) 7.6.3

HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, *NJ* 2001/11 m.nt. J. de Hullu (*Doodsteken medewerker fietsenwinkel*) 6.3.4 6.3.6 11.6.2

HR (Strafkamer) 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD2062, *NJ* 2001/160, m.nt. J. de Hullu (*Bierglas*) 7.3.5

HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, m.nt. J.B.M. Vranken; F.C.B. van Wijmen (*Medisch protocol I*) 8.6.4 8.6.9 11.2.2.2

HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615, m.nt. M.W. Scheltema (*Staat/Lavrijsen*)	4.2.3 4.5.3 12.4.1
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, *NJ* 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*)	7.5.2.2
HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, *NJ* 2002/469, m.nt. E.A. Alkema; T. Koopmans (*Varkensmesters*)	10.4.4 11.6.4
HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Miljoenen zijn Tegen*)	2.2.1
HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589, m.nt. J.B.M. Vranken	8.4.2.2
HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, *NJ* 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*)	3.14.3 7.5.2.4
HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, *NJ* 2003/440 (*Hoda/Mondi Foods*)	5.2.1 5.2.3
HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, *NJ* 2003/512	3.4.3 6.3.7 6.6.3
HR 3 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0347, *NJ* 2004/557, m.nt. H.J. Snijders (*Ontvanger/Heelhorst*)	5.1.2
HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117 (*Aidstest II*)	11.2.2.2
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, *NJ* 2004/254	2.2.5
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, *NJ* 2004/238 (*Midgetgolfstick*)	7.5.2.4
HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483, *NJ* 2009/549, m.nt. P.B. Hugenholtz (*XS4ALL*)	8.4.2.2
HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*)	10.2.4 10.4.4
HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*)	7.6.4
HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4596, *JAR* 2004/287 (*Wit asbest*)	7.6.8
HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*)	4.2.3 4.5.3
HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/politiebeambte S*)	5.1.2 5.4.3

HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377, m.nt. H.J. Snijders; F.C.B. van Wijmen (*Medisch protocol II*) 8.6.4 8.6.9 11.2.2.2

HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, *NJ* 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*) 4.2.2 10.4.5.2

HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (*Onttrekking delfstoffen*) 8.3.3.3 8.6.6

HR (Strafkamer) 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123 6.3.7

HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, *NJ* 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeelerongeval*) 2.2.5

HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, *NJ* 2006/509, m.nt. Y Buruma (*Onbetaalde taxirit*) 6.3.6 6.3.7 6.6.3

HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432 (*Begaclaim*) 5.1.2 5.4.3

HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*AstraZeneca/Menzis*) 10.2.4 10.7.2

HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9749, *VR* 2007/22 (*Huijbers/NBM*) 4.2.2 10.4.5.2

HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2587, *NJ* 2007/103 (*Wessex/Itera*) 5.1.2

HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ* 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*) 3.14.3 6.2.5

HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, *NJ* 2008/225 5.2.3

HR (Strafkamer) 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. N. Keijzer (*Mishandeling door Sparta-voetballer*) 2.5.1 12.4.4

HR (Strafkamer) 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7938, *NJ* 2010/5 3.7.3

HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, *NJ* 2010/95, m.nt. C.E. du Perron 5.4.3

HR (Strafkamer) 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3874, *NJ* 2010/301, m.nt. M.J. Borgers (*Groep bij de bushalte*) 7.3.5

HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval*) 2.3.4.4

HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8725, *NJ* 2009/599 2.2.5

HR (Strafkamer) 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9243, *NJ* 2010/282, m.nt. N. Keijzer	6.2.6 6.6.3
HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*)	7.6.3
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, *NJ* 2011/139	12.6.2.4
HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, *NJ* 2011/307 (*Groen licht*)	4.1.3 4.2.2 10.4.5.2
HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, *NJ* 2011/309 (*Administratiekantoor/Huber c.s.*)	5.2.4
HR (Strafkamer) 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, *NJ* 2011/578, m.nt. P.A.M. Mevis (*Niet-geregistreerd diergeneesmiddel*)	3.7.2 3.7.3
HR (Strafkamer) 6 december 2011, ECLI:NL:HR:BR1146, *NJ* 2012/591 (*Piranha II*), m.nt. B.F. Keulen	9.8.5
HR (Strafkamer) 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6734, *NJ* 2012/594 (*Waanstoornis*)	9.8.5
HR (Strafkamer) 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4855, *NJ* 2013/395, m.nt. J.M. Reijntjes	6.6.3
HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Fotoboek Johan Cruijff*)	11.2.3
HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396, *NJ* 2014/467, m.nt. J.B.M. Vranken	4.5.3
HR (Strafkamer) 8 april 2014, ECLI:NL:HR2014:858, *NJ* 2014/228	7.3.5
HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel; H.B. Krans	7.4.1
HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77, m.nt. J.B.M. Vranken en *JA* 2015/76, m.nt. M.R. Hebly	2.2.5 2.3.4.3
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, *NJ* 2016/170, m.nt. M. Heemskerk	7.4.1
HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167, m.nt. S.D. Lindenbergh	9.8.3 9.8.6 9.8.7.3

HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316, m.nt. N. Rozemond (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*)	1.5.5 3.4.3 6.3.7 6.6.3 7.1.2 7.3.5
HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189 (*Oyster Pond*)	5.1.2 5.4.2
HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115	12.6.2.3 12.6.4.3
HR (Strafkamer) 28 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:319, *NJ* 2017/424, m.nt. H.D. Wolswijk	3.4.6
HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2015:2518, *NJ* 2018/306, m.nt. H.B. Krans	7.4.1
HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, *NJ* 2018/179, m.nt. J. Spier	4.2.3
HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053, *NJ* 2018/166, m.nt. J. Legemaate	7.4.1
HR (Strafkamer) 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3117, *NJ* 2018/217, .mnt. H.D. Wolswijk (*Zoeken dader vernieling*)	6.3.7
HR (Strafkamer) 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1124, *NJ* 2018/368, m.nt. T.M. Schalken (*Doodslag door politieambtenaar*)	12.6.3.2
HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724, *NJ* 2019/155, m.nt. J. Legemaate	7.4.1
HR (Strafkamer) 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, NJ 2019/453, m.nt. H.D. Wolswijk (*Mishandeling tijdens voetbalwedstrijd*)	2.5.1 12.4.4
HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. J. Hijma (*EnergyClaim*)	10.7.1
HR (Strafkamer) 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2094, *NJ* 2018/457	7.3.5
HR (Strafkamer) 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:110, *NJ* 2019/77	6.1
HR (Strafkamer) 12 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:209, *RvdW* 2019/275	2.2.5
HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Te streng detentieregime*)	11.2.3

HR (Strafkamer) 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schieten vanuit auto*) 6.3.7

HR (Strafkamer) 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, *NJ* 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichtsarrest vordering benadeelde partij*) 2.2.4

HR (Strafkamer) 25 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1035, *NJ* 2019/275 7.3.5

HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, *NJ* 2019/356 (*Mothers of Srebrenica*) 7.6.9

HR (Strafkamer) 10 september 2019, ECL:NL:HR:2019:1307, *RvdW* 2019/977 1.5.3

HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Schietdrama Alphen*) 10.2.4 10.4.2 10.7.1

HR (Strafkamer) 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1550, *NJB* 2019/2271 6.3.6 6.4.2

HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730, *NJ* 2020/19 (*Urgenda*) 2.2.1

HR (strafkamer) 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1054, *NJ* 2020/383, m.nt. N. Jörg (*Mislukte ripdeal*) 3.4.3

HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*). 5.4.3

HR (Strafkamer) 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, *NJ* 2020/385 (*Aanhoudingsvuur*) 7.1.1

HR (Strafkamer) 3 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1726, *NJ* 2020/439, m.nt. W.H. Vellinga (*vordering benadeelde partij en 6:166*) 2.5.1

HR (Strafkamer) 8 en 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020: 1955, 1956, 1967 en 2012, *NJ* 2021/65-68, m.nt. Lindenbergh onder nr. 68 2.5.1

HR (Strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2013, *NJ* 2021/247, m.nt. N. Jörg 3.4.3

HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, *NJ* 2021/130, m.nt. J.M. Reijntjes (*Nekklem*) 3.5.2 7.1.1

HR (Strafkamer) 6 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:502 en conclusie A-G Spronken, ECLI:NL:PHR:2021:147 (*Diefstal van Jip de kip*) 3.5.3

HR (Strafkamer) 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:634 (*Pettense campingmoord*) 2.2.4

HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:857 (*Sliding*), met conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:40) 7.5.2.4

HR (Strafkamer) 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:934 (*Noodweerexces; steken met mes*) 7.3.5

HR (Strafkamer) 7 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1226; *NJ* 2021/300 (*Noodweerexces*) 9.7.3.2

HOF

Hof Leeuwarden (Tweede Kamer) 3 mei 1934, *NJ* 1935, p. 1351 7.1.2

Hof Den Haag (Vierde Kamer) 3 februari 1941, ECLI:NL:GHSGR:1941:14, *NJ* 1941/253 7.3.5

Hof Arnhem (BRvC) 24 juni 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:36, *NJ* 1947/149 (*Overspannen verzetsman*) 3.7.3 9.8.5

Hof 's-Hertogenbosch (Strafkamer) 28 september 1949, ECLI:NL:GHSHE:1949:17, *NJ* 1951/53 (*Couperen van paardenstaart*) 7.2.3

Hof Arnhem 23 januari 1973, ECLI:NL:GHARN:1973:AC5290, *VR* 1973/90 (*meerijden met beschonken bestuurder*) 6.4.5

Hof Amsterdam 8 november 1973, ECLI:NL:GHAMS:1973:AC0572, *NJ* 1974/163 (*Lewin/Nak*). 1.5.4

Hof Arnhem 10 juni 1975, ECLI:NL:GHARN:1975:AJ4394, *VR* 1976/91 7.6.2

Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, *NJ* 1989/761 (*Patiënt in pyjama*) 10.5.4.1 10.5.4.2 11.6.4

Hof 's-Hertogenbosch 17 augustus 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AD1209, *NJ* 1991/259 12.6.3.2

Hof Amsterdam 20 februari 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AD1615, *NJ* 1993/37 (*Onrechtmatige ontruiming te Velsen*) 10.4.3

Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2309, *NJ* 1996/135 (*Schade aan geleende auto*) 12.6.4.4

Hof Amsterdam 21 december 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AD2457, *NJ* 1997/740 (*Simon Levelt*) 7.7.6

Hof Amsterdam 25 april 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AU5949, *NJ* 1998/179 (*Greenpeace-blokkade chloortransport*)	7.5.3.1
Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, *NJ* 1997/632	7.6.6
Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB9301, *NJ* 1998/788	2.2.5
Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJK* 1999/26 (*Karatetrap*)	10.3.3
Hof Den Haag 27 maart 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AK4492, *S&S* 2002/127	6.4.4
Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF5785, *NJ* 2003/144 (*Das en Boom*)	2.2.1
Hof Leeuwarden 19 juni 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE4420, *NJ* 2003/206	2.2.5
Hof Den Haag 12 december 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AG4070, *NJ* 2003/188	1.5.5
Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK2508, *JA* 2010/50, m.nt. P. Silakhori (*Vriendendienst met gebrekkige ladder*)	7.5.2.4
Hof Leeuwarden 15 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ7903	2.2.5
Hof Den Haag 29 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574	3.9.3
Hof Amsterdam 28 december 2010, *VR* 2012/75 (*Levende sjoelbak*)	7.5.2.4
Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, *JA* 2011/57, m.nt. M.E. Franke	2.2.5 9.8.7.2 9.8.7.3
Hof Leeuwarden 3 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5210, *JA* 2011/118 (*Paratoxine-gebruik*)	9.8.3
Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ4848	2.2.5
Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU3982, *NJF* 2011/511	2.2.5
Hof Leeuwarden 13 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8272	2.2.5
Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269	2.2.5 6.7.4 12.6.3.2

Hof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8288 — 6.7.4, 12.6.3

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9212, *NJF* 2014/114 — 2.2.5

Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, *JA* 2016/173, m.nt. M.E. Franke (*Hond in de lift*) — 7.5.2.5, 12.2.9, 12.3.4, 12.3.5

Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8366, *JA* 2017/6, m.nt. E.P.J. Verweij — 2.2.5

Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4396, m.nt M. Opdam, *TVP* 2019, p. 14-19 — 2.3.4.3

Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705 — 8.6.7

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*) — 2.2.5, 2.4.5, 3.4.4, 11.5.3

Hof Den Haag 9 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2464 — 1.5.5

Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, *JA* 2020/111 (*Val uit kerstboom*) — 7.5.2.4

Hof Den Haag 21 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1129 — 3.10.2

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:181, *NJF* 2021/101 (*Doodschieten doorgedraaide man*) — 3.4.4, 12.6.4.4

Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:338 (*Aansprakelijkheid politieambtenaar voor neerschieten verdachte*) — 9.8.7.2, 12.6.4.4

Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2699 — 2.3.4.4

RECHTBANK

Rb. Rotterdam 18 juli 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:4, *NJ* 1913, p. 1133 (*Fluitende merel*) — 7.3.6, 11.6.3

Rb. Amsterdam 7 december 1937, ECLI:NL:RBAMS:1937:54, *NJ* 1939/220 (*Loopduikspel*) — 7.5.2.4

Rb. Rotterdam 3 april 1941, ECLI:NL:RBROT:1941:18, *NJ* 1941/665 — 12.4.1

Rb. Groningen 14 november 1947, ECLI:NL:RBGRO:1946:16, *NJ* 1947/491 — 12.4.1, 12.4.3

Rb. Amersfoort (ktr.) 18 oktober 1956, ECLI:NL:KTGAMF:1956:1, *NJ* 1957/362 (*Vuurtje naar de achterbank*) — 6.6.2

Rb. Utrecht (Strafkamer) 1 februari 1957, ECLI:NL:RBUTR:1957:4, *NJ* 1957/521 (*Vuurtje naar de achterbank*) — 6.6.2, 11.6.2

Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, *NJ* 1958/354 (*Toeschouwers bij motorwedstrijd*) — 7.5.2.4

Rb. Rotterdam (Strafkamer) 24 januari 1958, ECLI:NL:RBROT:1958:10, *NJ* 1958/85 — 6.3.3

Rb. Den Haag 18 september 1961, ECLI:NL:RBSGR:1961:14, *NJ* 1961/538 — 10.5.4.1

Rb. Zwolle 18 maart 1964, *VR* 1969/35 — 9.4.3

Rb. Breda 8 maart 1966, ECLI:NL:RBBRE:1966:AC0236, *NJ* 1967/145 — 7.5.3.5

Rb. Maastricht (2e kamer) 4 december 1967, ECLI:NL:RBMAA:1967:AB3767, *NJ* 1969/126 — 9.7.3.2

Rb. Rotterdam 13 september 1974, ECLI:NL:RBROT:1974:AJ4256, *VR* 1975/48 — 6.4.2

Rb. 's-Hertogenbosch 17 november 1978, ECLI:NL:RBSHE:1978:AC6397, *NJ* 1980/15 — 12.6.2.3

Rb. Amsterdam 13 mei 1980, ECLI:NL:RBAMS:1980:AC3035, *NJ* 1980/403 (*Poortblokkade Mobil Oil*) — 10.5.4.1

Rb. Middelburg 1 oktober 1980 en 24 december 1980, ECLI:NL:RBMID:1980:AC7089, *NJ* 1981/374 — 10.5.4.1

Rb. Zwolle (pres.) 21 april 1981, ECLI:NL:RBZWO:1981:AG9448, *BIE* 1982/7 — 10.3.3

Rb. Haarlem (pres.) 17 juli 1981, ECLI:NL:RBHAA:1981:AG9499, *NJ* 1982/277 (*Medische gegevens in echtscheidingszaak*) — 10.5.3

Rb. Arnhem 22 oktober 1981, ECLI:NL:RBARN:1981:AL7622, *VR* 1984/54 (*Schade tijdens proefrit*) — 6.4.5

Rb. Utrecht (Strafkamer) 13 april 1984, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3000, *NJ* 1984/783 (*Op onrechtmatige wijze uitgevoerd ambtelijk bevel*) — 10.4.5.1

Rb. Breda 29 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AC9084, *NJ* 1987/70 (*Ver. van woonwagenvrouwen/Roosendaal en Nispen*)	4.3.2
Rb. Zwolle 26 november 1986, ECLI:NL:RBZWO:1986:AJ5424, *VR* 1988/44	7.5.3.5
Rb. Amsterdam, 4 november 1987 en 19 april 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AL7723, *VR* 1990/91	1.5.3
Rb. Dordrecht (pres.) 19 maart 1990, ECLI:NL:RBDOR:1990:AH3063, *KG* 1990/140	10.3.3
Rb. Arnhem (Strafkamer) 13 december 1991, ECLI:NL:RBARN:1991:AC3348, *NJ* 1992/256 (*Vechtpartij bij Club Joy*)	6.1 7.3.5
Rb. Amsterdam (ktr.) 9 oktober 1996 (*ongepubliceerd*)	8.6.7
Rb. Roermond 29 maart 1999, ECLI:NL:RBROE:1999:AD3037, *NJ* 1999/608	2.2.3
Rb. Haarlem 30 oktober 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AE7923, *NJ* 2002/423	7.3.3
Rb. Den Haag 6 augustus 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AI0834, *KG* 2003, 196 (*Fotografeerverbod De Horsten*)	7.1.2
Rb. Almelo 29 oktober 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AM7964, *NJ* 2004/32 (*Wegverharding met asbestcementafval*)	7.6.8
Rb. Arnhem 5 november 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6851, *NJF* 2004/144	2.2.5
Rb. Zwolle 28 mei 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AJ6881, *VR* 2005/100 (*Geen voorrang verlenen na oprijteken*)	10.4.5.1
Rb. Breda 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ0169, *JA* 2006/159	10.6.4
Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, *NJF* 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*)	3.10.2 10.6.4 12.3.5
Rb. Haarlem 15 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN7752, *JA* 2010/160 (*Medische kosten geredde, maar gestorven postduif*)	12.3.5
Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Toeschouwer mountainbikewedstrijd*)	7.5.2.4
Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, *JA* 2012/6 (*Duikongeval Egypte*)	12.3.5 12.6.3.3
Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 2011, ECLI:NL:RBGHE:2011:BU8967	2.2.5

Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8133	7.3.3
Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, *JA* 2012/124, m.nt. M.E. Franke (*Incident bij toegang metro*)	1.5.5 2.2.5 6.4.4 6.6.3 11.5.3
Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7564, *VR* 2013/109	2.2.5
Rb. Den Haag 19 december 2012, ECLI:RBSGR:2012:BZ2046 (*Passant geraakt door paintball*)	7.5.2.4
Rb. Amsterdam 2 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8384	8.4.2.2
Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:20137680, *NJF* 2014/185 (*Noodschot politieagent*)	3.11.1
Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973, *JA* 2014/91	12.2.9 12.3.5
Rb. Oost-Brabant 11 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6456, *JA* 2016/19, m.nt. L. 't Mannetje	7.5.2.4
Rb. Noord-Holland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6960, *JA* 2018/7, m.nt. M.E. Franke	5.3.3
Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7453	3.4.3
Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, *JA* 2019/5	3.10.2 10.6.1 10.6.4
Rb. Midden-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514	8.4.2.2
Rb. Midden-Nederland 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:957	8.4.2.2
Rb. Den Haag 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6864	8.4.2.2
Rb. Rotterdam 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6399	8.4.2.2
Rb. Noord-Holland 11 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7672, *JA* 2019/167	4.2.2
Rb. Den Haag 19 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9916	1.5.5
Rb. Amsterdam 6 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9087	2.2.5

Rb. Noord-Holland 27 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2834 — 2.2.5

Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*) — 7.1.1, 10.4.5.2, 12.6.4.4

Rb. Rotterdam 21 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4489 — 3.4.4

Rb. Gelderland 29 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5120 (*Klapband*) — 1.2.3

OVERIG

Hull v. Orynge, King's Bench (1466), Y.B. Mich. 6 Ed. 4, f.7, pl. 18 (*The case of the Thorns*) — 10.3.2, 12.4.5

R. v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273 (1884), https://cyber.harvard.edu/eon/ei/elabs/majesty/stephens.html (*Mignonette*) — 2.2.6, 3.7.4, 9.8.5

Hooggerechtshof Ned. Indië 14 september 1892, *W.* 6253 — 7.2.5

GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), *NJ* 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*) — 7.3.3, 10.5.4.2, 11.6.3

GiEA Curaçao 3 november 1971, *NJ* 1972/66 — 10.5.4.1

Arbitraal vonnis 6 februari 1987, ECLI:NL:XX:1987:AJ5572, *VR* 1989/92 (*Botsing tussen twee 'sjezen'*) — 6.4.5

Hof van Beroep Antwerpen 27 september 1989, *R.W.* 1990-1991, p. 299-300 — 5.2.3

RTS 6 februari 1995, *VR* 1995/177 — 1.4.4

Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 184-185 — 5.2.3, 5.3.1

GiEA Aruba 22 augustus 2018, ECLI:NL:OGEAA:2018:501 — 8.4.2.2

GiEA Curaçao 13 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:181, *NJF* 2020/321 (*Geit in de keuken*) — 3.4.3, 9.8.7.3

Verkort aangehaalde literatuur

Lijst van de belangrijkste werken waarnaar is verwezen, bijgewerkt tot 1 oktober 2021.

Abas, *Rechterlijke matiging* 2014
P. Abas, Rechterlijke matiging van schulden (Mon. BW A16), Deventer: Kluwer, 2014.

Ahsmann, *Van 'delictum' tot 'delict'* 1995
M.J.A.M. Ahsmann, 'Van "delictum" tot "delict"' in: *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht* 1995, p. 11-22.

Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 1983
R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (erste Auflage), Frankfurt: Suhrkamp Verlag 1983.

Ars Aequi-special 2013
Privatisering van het strafrecht, Bijzonder nummer Ars Aequi 2013.

Asser, *Salomo's wijheid* (oratie) 1992
W.H.D. Asser, *Salomo' wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Asser/Hartkamp 3-I 2019
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vermogensrecht algemeen. Deel I Europees recht en Nederlands vermogensrecht, vierde druk,* Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Hartkamp I 1996
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel I, De verbintenis in het algemeen, tiende druk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Asser/Hartkamp II 1993
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, negende druk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Asser/Hartkamp III 1998
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel III, De verbintenis uit de wet, tiende druk*, Deventer: Kluwer 1998.

*Asser/Hartkamp III** 1986
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel III, De verbintenis uit de wet volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, zevende druk* , Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Asser/Hartkamp 4-III 1994
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Rutten III 1983
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

*Asser/Scholten Algemeen deel** 1974
P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

Asser/Sieburgh 6-I 2020
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Sieburgh 6-II 2017
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-IV 2019
C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

*Asser/Vranken Algemeen deel*** 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995.

Asser Procesrecht/Asser 3 (Bewijs) 2017
W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht deel 3, Bewijs*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent
F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht deel 4, Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2018.

Bakels, *Schadevergoeding na een gestrande strafvervolging* 2006
F.B. Bakels, 'Schadevergoeding na een gestrande vervolging, HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 (Granaria)', in: A. van Duijvendijk-Brand e.a. (red.), *Variatie in cassatie, Opstellen aangeboden aan prof.mr. H.A. Groen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 23-35.
Bakker, *Toestemming als rechtvaardiging* 2017
S.R. Bakker, 'Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?', *AAe* 2017, p. 177-187.
Bakker, *(On)geschreven excepties* 2020
S. R. Bakker, '(On)geschreven excepties', *Strafblad* 2020, p. 225-231.
Bakker & Postma, *Volenti non fit iniuria* 2019
S.R. Bakker en L. Postma, 'Volenti non fit iniuria. Over de betekenis van de toestemming in het (medisch) strafrecht', *Strafblad* 2019/3, p. 20-29.
Von Bar, *European Law of Torts 1* 1998
C. von Bar, *The Common European Law of Torts (Volume One). The core areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its accommodation in the Legal System*, Oxford: Clarendon Press 1998.
Von Bar, *European Law of Torts 2* 2000
C. von Bar, *The Common European Law of Torts (Volume Two). Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defences*, Oxford: Clarendon Press 2000.
Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999
C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Zweiter Band, Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe*, München: C.H. Beck 1999.
Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.
Barkhuysen & Van Emmerik, *Zorgplichten volgens de HR en het EHRM* 2019
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneryildiz naar Urgenda?', RMThemis 2019, p. 43-54.
Van Bemmelen/Van Hattum I, 1953
J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, Deel I, Algemene leerstukken*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1953.
Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020
J. Bijlsma, 'Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden', *Strafblad* 2020, p. 176-184.
Bloembergen, *Schadevergoeding* (diss.) 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.
Bloembergen, *Toestemming* 1971
A.R. Bloembergen, *Toestemming: een eenzijdige rechtshandeling*, Deventer: Kluwer 1971.

Bloembergen, *Schadevergoeding* (Mon.) 1982
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografie Nieuw BW nr. B34), Deventer: Kluwer 1982.
Bloembergen, *Boekbespreking* 1991
A.R. Bloembergen, 'Boekbespreking diss. Van Dam', *WPNR* 1991/5994, p.128-132.
Bloembergen, *Centauren* 1992
A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden', in: A.R. Bloembergen (red.), *Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992.
Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964
C.D. van Boeschoten & V.A.D.M. van Haren, 'Preadviezen. In welke gevallen dient de wetgever de rechter te verplichten of hem de bevoegdheid te geven de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen?', Deventer: WoltersKluwer, 1964, p. 125-210.
Bolt & Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993
A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, Deventer: Kluwer 1993.
Van Boom, *Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid* 2002
W.H. van Boom, *Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid*, in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht,* Deventer: Kluwer 2002.
Boonekamp, *Dwingende bewijskracht* 2008
Boonekamp, '*Dwingende bewijskracht van strafvonnissen en tegenbewijs', TCR* 2008/4, p. 117-122.
Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* 2015
O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss.) 1927
M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: H.J. Paris 1927.
Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951
M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 Maart 1943 en 18 Februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RMThemis 1951*, p. 273-305.
Bronkhorst, *Overmacht* (diss.) 1952
C. Bronkhorst, *Overmacht in het strafrecht (De la force majeure en droit pénal)* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt, 1952.
Bruins, *Rechtsgrond van schadevergoeding* (diss.) 1906
G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar de rechtsgrond van schadevergoeding* (diss. Leiden), Den Haag 1906.

Cane, *Atiyah's Accidents* 2018
P. Cane & J. Goudkamp, *Atiyah's accidents, compensation and the law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (*online versie*).
Cardascia, *La place du talion* 1979
G. Cardascia, 'La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien', in: *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse: Centre d'histoire juridique meìridionale 1979.

Cornelis, *Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* I 1989
L. Cornelis, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, Deel I*, Antwerpen: Maklu 1989.
Cornelis & Van Ommeslaghe, *Les faits justificatifs* 1984
L. Cornelis & P. Van Ommeslaghe, 'Les 'faits justificatifs' dans le droit belge de la responsabilité aquilienne, in : *In memoriam Jean Limpens*, 1984, p. 265-287.
Corstens/Borgers & Kooijmans, *Nederlands strafprocesrecht* 2021
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, tiende druk, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
Crijns, *Strafrechtelijke overeenkomst* (diss.) 2010
J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak tussen publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.
Crijns, *Overeenkomsten binnen het strafrecht* 2013
J.H. Crijns, 'Overeenkomsten binnen het strafrecht', in: *Ars Aequi-special 2013*, p. 538-545.

Van Dam, *Zorvuldigheidsnorm* (diss.) 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer 1989.
Van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten* 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1995.
Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2000.
Van Dam, *Zinledige 'osvo-criterium'* 2001
C.C. van Dam, 'Het zinledige 'osvo-criterium. Pleidooi tegen het gebruik van de terminologie ongelukkige samenloop van omstandigheden', *Verkeersrecht* 2001/5, p. 139-142.
Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.
Van Damme, *Becommentarieerd Wetboek Gerechtelijk recht* 1999-2000
Becommentarieerd Wetboek Gerechtelijk recht, bijgewerkt door Kurt Van Damme, Gent: Mys & Breesch 1999-2000.
Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* 1996
E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* (2., völlig neugestaltete und erweiterte Auflage), Köln: Heymann 1996.
Deutsch, *Deliktsrecht* 2002
E. Deutsch & H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen. Schadenersatz. Schmerzensgeld*, (4., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage), Köln: Heymanns Verlag 2002.
Dias & Markesinis, *Tort Law* 1989
R.W.M. Dias & B.S. Markesinis, *Tort Law*, second edition, Oxford: Clarendon Press 1989.

Digesten
Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling, II, Digesten 1-10 (Boek 9 vertaling: R. Feenstra en J.E. Spruit), Zutphen/'s-Gravenhage 1994.
Van Dijk & Van Hoof, *European Convention on Human Rights* 2018
P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Fifth edition), Antwerpen: Intersentia 2018.
Dobbs, *The Law of Torts* 2000
D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minneapolis: West Group, 2000.
Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006
M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Doomen, *Hollende kleurling* 2009
J. Doomen, *De hollende kleurling. Het Nederlandse strafrecht in tien verhalen*, Amsterdam: Contact 2009.
Dreissen, *Het bewijs van excepties* 2020
W.H.B. Dreissen, *Het bewijs van excepties*, Strafblad 2020, p. 232-238.
H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973
H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, blz. 49-61.
H. Drion, in: *2000 weken rechtspraak* 1978
H. Drion, 'Noot onder HR 23 november 1956', in: C.R.C. Wijckerheld Bisdom, *2000 weken rechtspraak: Arresten van de Hoge Raad der Nederlanden gewezen in zaken, bepleit door mr. C. R. C. Wijckerheld Bisdom, advocaat : Vanuit het perspectief van het jaar 1977 geannoteerd door oorspronkelijke annotatoren, aanhoorders, tegenpleiters, compagnons en medewerkers, collega's en vrienden en hem aangeboden ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag op 31 januari 1978*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978.
H. Drion & Solomonson, *Preadvies NJV* 1957
H. Drion & L. Solomonson, 'Dient de wet regelen te bevatten omtrent bedingen tot beperking of opheffing van aansprakelijkheid, en zo ja, welke?', *Handelingen NJV* 1957 Nederlandse Juristenvereniging, Deventer: Wolters Kluwer, 1957.
J. Drion, *Een nieuwe koers* 1947
J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads Jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 1947/3992-3996, p. 245-280.
Van Dunneì, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss.) 1971
J.M. van Dunneì, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1971

Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987
U. Ebert, 'Talion und Spiegelung im Strafrecht', in: W. Küper, I. Puppe & K. Lackner, *Festschrift für Karl Lackner: Zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987,* Berlijn etc.: *Walter de Gruyter 1987*, p. 399-422.
Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947
J. Eggens, 'Over het wezen van het misbruik van recht', *WPNR* 1947/3989-3991 VPO deel 2, Alphen aan den Rijn 1959, p. 116-132.

Van Eikema Hommes, *Beschouwingen over juridische causaliteit* 1965
H.J. van Eikema Hommes, 'Enige beschouwingen over juridische causaliteit, toerekening, recht- en onrechtmatigheid, schuld en risico', *RMThemis* 1965/I-II.
Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983
H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie,* Deventer: Kluwer 1983.
Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986
B.J. Engelen, 'De rol van de wettelijke gedragsnorm bij het onrechtmatigheidsoordeel op grond van artikel 1401 BW', *RMThemis* 1986, p. 208-224.
Epstein, *Torts* 1999
R.A. Epstein, *Torts*, New York: Aspen Law & Business 1999.

Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen* 1990
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1990.
Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968
F.J.M. Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen. Recht als regels en recht als proces* (oratie Leiden), Leiden: Sijthoff 1968.
Felix & Schild, *Stelplicht, bewijslastverdeling en de civiele vordering* 2019
I. Felix & A. Schild, 'Stelplicht, bewijslastverdeling en de civiele vordering van de benadeelde partij in het strafproces', *NJB* 2019, p. 850-857.
Festschrift Karl Lackner 1987
W. Küper, I. Puppe & K. Lackner, *Festschrift für Karl Lackner: Zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987,* Berlijn etc.: Walter de Gruyter 1987.
Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994
E.T. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie. Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van juridische beslissingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Fikentscher & Heinemann, *Schuldrecht* 2006
W. Fikentscher & A. Heinemann, *Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage*, Berlin: De Gruyter Recht 2006.
Flour &Aubert, *Les Obligations 2* 1997
J. Flour & J. Aubert, *Les Obligations. Tome 2: Le fait juridique* (septième edition), Paris : Armand Colin 1997.
Franke, *Risico-aanvaarding of eigen schuld?* 1989
M.E. Franke, 'Risico-aanvaarding of eigen schuld?', *Kwartaalbericht NBW* 1989/3, p. 90-91.
Franke, *Schadevergoeding na binnentreden* 1991
M.E. Franke, 'Schadevergoeding na het binnentreden van woningen: een reactie', *AA* 1991/11, p. 1027-1032.
Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996
M.E. Franke, 'Het doel van het subjectieve recht', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 129-145.
Franke, *De rechtvaardigingsgrond* 2009
M.E. Franke, 'De rechtvaardigingsgrond in strafrecht en burgerlijk recht', *Nieuwenhuisbundel 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 507-522.

Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments* 1991
J.B. Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments. A Theory of Argument Structure,* Berlijn/New York: Foris 1991.
Fuchs, *Deliktsrecht* 2004
M. Fuchs, *Deliktsrecht*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2004.
Fuller, *De zaak van de grotverkenners* (vert.) 2021
L.L. Fuller, *De zaak van de grotverkenners. Een vertaling van The case of the Speluncean Explorers,* vertaald door J. van Laarhoven, beschouwd door B. van Roermund, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.

Geelhand & Verbeeck, *Risico-aanvaarding* 1981-1982
N. Geelhand & Ph. Verbeeck, 'Risico-aanvaarding, een nieuwe uitsluitingsgrond van extracontractuele aansprakelijkheid?', *RW* 1981-82, p. 1921-1954.
Gerards, Belangenafweging (oratie) 2006
J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.
Gerards, *Rechtsvinding door het EHRM* 2006
J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NJCM-bull.* (31) 2006/1.
Gerards, *Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen* 2008
J.H. Gerards, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination* (online versie) 2008.
Gerards & Senden, *Fundamental rights* 2009
J.H. Gerards & H.C.K. Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', *ICON* (7) 2009/4.
Van Gerven, *Verbintenissen uit de wet* 1996
W. van Gerven, *Verbintenissenrecht. Boekdeel 2: Verbintenissen uit de wet*, Leuven: Acco 1996.
Van Gerven, *Verbintenissenrecht* 2006
W. van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Tweede, herwerkte uitgave, Leuven/Voorburg: Acco 2006.
Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten* 2004
I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten* (Studiekring Offerhaus) 2004.
Glastra van Loon, *Norm en handeling* (diss.) 1956
J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen* (diss. Leiden), Haarlem: De Erven F. Bohn 1956.
Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998
A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.
Groenbundel 2006
A.van Duijvendijk-Brand e.a. (red.) , *Variatie in cassatie, Opstellen aangeboden aan prof.mr. H.A. Groen*, Deventer: Kluwer 2006.

Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss.) 2015
N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020
Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, 'Een rechtsvergelijkende analyse van de Belgische hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: enkele suggesties voor wetgever en rechter', *Revue Générale de Droit Civil Belge* (TBBR/RGDC) 2020/3, p. 122-141.

GS Onrechtmatige daad
Groene Serie Onrechtmatige daad, 'commentaar op artikel 6:162 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), Groene Serie Onrechtmatige daad, diverse auteurs, Deventer: Wolters Kluwer

De Haan, *Rechtskundige significa* (diss.) 1916
J. I. de Haan, *Rechtskundige significa en hare toepassing op de begrippen: "aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar"* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: W. Versluys 1916.

Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020
Ter Haar, 'Grondslag en grenzen van noodweer(exces)', *Strafblad* 2020, p. 185-192.

Van Haersolte, *De mens en het zijne* 1984
R.A.V. van Haersolte, *De mens en het zijne: Rechtsfilosofische bijdragen van Arent van Haersolte*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

Van Hamel/Van Dijck 1927
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht* (vierde druk, bijgewerkt door J.V. van Dijck), Haarlem;'s-Gravenhage: De Erven F. Bohn; Belinfante 1927.

Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963
H.L.A. Hart, 'The ascription of Responsibility and Rights', in: *Logic and Language* (first series), edited with an introduction by Antony Flew, Oxford: Basil Blackwell 1951, gebr. uitg.: (fifth imp.) 1963.

Hart, *Punishment and Responsibility* 1968
H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press1968.

Hart, *Concept of Law* 2012
H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (third edition, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green), Oxford: Clarendon Press 2012.

Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie) 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade. Enige opmerkingen over de fundamenten van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief, *Een vak apart* 2014
T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB 2014* 2014, p. 2108.

Hartlief, *Vooruitgang in het recht* 2019
Hartlief, '*Vooruitgang in het recht*', RMThemis 2019, p. 18-25.

Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020
T. Hartlief, 'Toerekening naar redelijkheid', in: C. Breedveld-de Voogd e.a. (red.) *Sluitertijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer, 2020.
Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht* 1948
D. Hazewinkel-Suringa, 'Enige beschouwingen over de overmacht en de zin harer straffeloosheid', *Tijdschrift voor Strafrecht* (57) 1948, p. 141-236.
Hazewinkel-Suringa /Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (15e druk), Deventer: Gouda Quint 1996.
Hegel, *Grundlinien* 1820
G.W.F. Hegel's *Grundlinien der Philosophie des Rechts, mit einer Einleitung herausgegeben von G.J.P.J. Bolland,* Berlijn 1820, Leiden: A.H. Adriani 1902.
Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod* 2019
J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod* (BBP nr. 19), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
Hofmann, Drion & Wiersma, *Nederlands verbintenissenrecht* 1959
L.C. Hofmann, H. Drion & K. Wiersma, *Het Nederlands verbintenissenrecht. Deel 1, tweede gedeelte. De algemene leer der verbintenissen,* Groningen: Wolters 1959.
Hol, *Gewogen recht* (diss.) 1993
A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016
P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boomjuridisch 2016.
Hommes, *Beschouwingen* 1965
H.J. Hommes, 'Enige beschouwingen over juridische causaliteit, toerekening, recht- en onrechtmatigheid, schuld en risico' *RMThemis* 1965, p. 1-39 en 159-230.
't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925
D.M. 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss. Utrecht), Utrecht: P. Den Boer 1925.
Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999
R. Holtmaat, '*Seksuele intimidatie op de werkplek: een onuitroeibaar kwaad?', NJB* 1999, p. 1724-1728.
Houben, *Artikel 42 Sr.* (diss.) 1959
J.M. Houben, *Artikel 42 Wetboek van Strafrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1959.
De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

In memoriam Jean Limpens 1984
In memoriam Jean Limpens, Studiedagen aansprakelijkheidsrecht Gent 23-24 maart 1984, georganiseerd door het Interuniversitair centrum voor rechtsvergelijking, Erecomité H. Battifol.e.a., Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1984.
Instituten Gaius
De instituten van Gaius, vertaald door J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar (Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen 1), tweede herziene druk, Zutphen 1994.

Instituten Iustinianus
Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling, I, Instituten, vertaald door J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, Zutphen/'s-Gravenhage 1993.

Jansen, *Noodweer als rechtvaardigingsgrond* 2004
C.J.H. Jansen, 'Noodweer als rechtvaardigingsgrond', RM Themis 2004, p. 120-126.
Jansen, *Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief* 2019
C.J.H. Jansen, *'De bestrijding van oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20ste eeuw: Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief'*, *RMThemis* 2019, p. 3-10.
Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW
K.J.O. Jansen, Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW.
Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020
R.H. Jansen, 'Drie modellen voor eigen schuld bij strafuitsluitingsgronden', in: *Strafmaat* 2020/4, p. 209-219.
Jansen, *In dubio pro re bij strafuitsluitingsgronden?* 2020
R.H. Jansen, 'In dubio pro re bij strafuitsluitingsgronden?', *NJB* 2020/216, p. 127-129.
Jauernig, *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch* 2009
O. Jauernig & C. Berger, Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug): Kommentar (13., Aufl. ed.), München: Beck 2009.
Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996
H. Jescheck & T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (5. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage), Berlin: Dunker & Humblot 1996.
Jhering, *Geist des römischen Rechts I* 1878
R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Theil* (Vierte Auflage), Leipzig 1878.
Jironet, *De zitting als ritueel* 2020
D.F. Jironet, 'De zitting als ritueel, *Strafblad* 2020, p. 305-307.
Jocqué, *Naar een objectivering van de fout?* 2017
G. Jocqué, 'Naar een objectivering van de fout in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht?' In: *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht, Liber amicorum Aloïs van Oevelen,* Antwerpen – Cambridge: Intersentia 2017, p. 373-383.
Jolowicz, *Grounds of Justification* 1984
J.A. Jolowicz, 'Grounds of Justification – English Law', in: *In memoriam Jean Limpens*, 1984, p. 223-248.
Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1988
A. R. Jonsen & S.E. Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley [etc.]: University of California Press 1988.
Jordaans, *Risico-aanvaarding, normaanpassing en eigen schuld* 1992
P. Jordaans, 'Over risico-aanvaarding, normaanpassing en eigen schuld', in: J.J.A. Jetten, R.M.J.F. Timmers & T.M. Faut, Ius *novae curiae, lustrumbundel Meesterlijk*, Maastricht 1992, p. 37-44.
Jörg, Kelk & Klip, *Strafrecht met mate* 2019
N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996
M. Kaser & K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München: Beck 1996.
Kelk & De Jong, *Materieel strafrecht* 2019
C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2019.
Klaasen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991
C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding* (diss.) 1998
Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding. Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensich-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht* (diss. Leiden), Deventer: Gouda Quint 1998.
Kolder, *Personenschade en zaakwaarneming* 2020
A. Kolder, 'Personenschade en zaakwaarneming', *VR* 2020, p. 359-362.
Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019
D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), R&P CA 21, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss.) 2002
T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.
Koopmans, *Het beslissingsmodel* 2017
F.A.J. Koopmans e.a., *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006
C.N.J. Kortmann, Onrechtmatige overheidsbesluiten (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.
Kötz & Wagner, *Deliktsrecht* 2016
H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht* (13., neu bearbeitete Auflage. ed., Academia iuris), München: Verlag Franz Vahlen 2016.
Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss.) 1990
D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht: Een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.
Van der Kwaak, *De variërende status* 1997
D.J. van der Kwaak, 'De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht', *WPNR* 1997/6278, p. 481-486.
Van der Kwaak, *Risicoaanvaarding in spiegelbeeld* 1999
D.J. van der Kwaak, 'Risicoaanvaarding in spiegelbeeld. Nieuw perspectief voor risicoaanvaarding als rechtsbegrip ter fundering van toerekening van inbreukmakend gedrag dat achteraf onrechtmatig blijkt', *WPNR* 1999/6358, p. 402-406.
Kwakman, *Convergentie en divergentie* 2013
N.J.M. Kwakman, 'Convergentie en divergentie tussen strafrecht en civielrecht, in: Privatisering van het strafrecht', *AA* 2013/7, p. 528-537.

Laenens, *Handboek Gerechtelijk recht* 2016
J. Laenens e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, 4de ed. Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2016.

Langemeijer, *Gerechtigheid* 1985
G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (Studiepockets privaatrecht nr. 14), Zwolle: Tjeenk Willink 1985.
Langemeijer, *Veroorlovende normen* 1987
G.E. Langemeijer, 'De betekenis van veroorlovende normen in het strafrecht voor het privaatrecht', in: *Naar eer en geweten, Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint, 1987, p. 301-30.
Langemeijer & Schrage, *Gerechtigheid* 1994
G.E. Langemeijer & E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (Studiepockets privaatrecht nr. 14), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
Larenz, *Richtiges Recht* 1979
K. Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck 1979.
Larenz & Canaris, *Schuldrechts II/2* 1994
K. Larenz & C. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil* (13., völlig neuverfaßte Auflage), München: Beck 1994.
Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012
J. Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vormals bearbeitet von M. Wolf, fortgeführt von J. Neuner, 10., vollständig neu bearbeitete Auflage des von Karl Larenz begründeten Werkes, München: Beck 2012.
Lawson, *Negligence* 1950
F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, Oxford: Clarendon Press 1950.
Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965
T. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E 1962), Tübingen: Mohr1965.
Lindenbergh, *Smartengeld* (diss) 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh, *Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten* 2011
S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten 2011, in: EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?', *preadvies VBR* 2011 (deel 2).
Lindenbergh, *Schadevergoeding* (Mon.) 2020
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2020.
Loenen, *Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid* 1996
T. Loenen, 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid. Over verfijning van regelgeving, vage of open normen en concrete toetsing aan grondrechten', *RM Themis* 1996, p. 123-136.
Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988
M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

Van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss.) 1986
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad: aspekten van de ontwikkeling en struktuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986.

Van Maanen, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005
G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter* (Monografieën Privaatrecht nr. 3), Deventer: Kluwer 2005.

Van Maanen, *De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?* 2011
G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?, in: EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?', *preadvies VBR* 2011 (deel 1).

Maatmanbundel 2008
A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer: Kluwer, 2008.

Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986
A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.

't Mannetje, *Wie goed doet, goed ontmoet?* 2015
L. 't Mannetje, 'Wie goed doet, goed ontmoet? Over de aansprakelijkheid bij vriendendiensten', *AV&S* 2015, p. 210-217.

Markesinis & Deakin, *Tort Law* 2013
B.S. Markesinis, S.F. Deakin & A. Johnston, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford: Clarendon Press 2013.

Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* 1993
F. Matscher, 'Methods of Interpretation of the Convention', in: *The European system for the Protection of Human Rights,* Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993.

Meijers, *Algemene begrippen* 1948
E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1, De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Merkel, *Kollission rechtmäßiger Interessen* 1895
R. Merkel, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung*, Straßburg: Trübner 1895.

Mevis, *Capita strafrecht* 2013
P.A.M. Mevis, *Captita strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020
G.J.P. Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss. Utrecht), Zutphen: Paris 2020.

Molengraaff, *Oneerlijke concurrentie, R.M.* 1887
W.L.P.A. Molengraaff, 'De 'oneerlijke concurrentie' voor het forum van den Nederlandschen rechter. Tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 BW en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *R.M.* (6) 1887, p. 373-435.

Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs* 1963
G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, Neuwied: Luchterhand 1963.

Neleman, *Toerekening van schade, BWKJ* 1987
P. Neleman, 'Toerekening van schade', in: Schadeverhaal, *BWKJ* 1987, p. 43-53.

Netburg, *Eigen schuld?* 1994
C.J. van Netburg, *Eigen schuld? 'Culpa in causa' bij wettelijke strafuitsluitingsgronden*, Den Haag: WODC 1994.
Nieuwenhuis, *Legitimatie en heuristiek* 1976
J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RMThemis* 1976, p. 494-515.
Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss.) 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.
Nieuwenhuis, *Tuinman en de dood* 1989
J.H. Nieuwenhuis, 'De tuinman en de dood', *RMThemis* 1989, p. 193-201.
Nieuwenhuis, *Regel en uitzondering* 1995
J.H. Nieuwenhuis, 'Regel en uitzondering', *RMThemis* 1995, p. 125-126.
Nieuwenhuis, *Ramp op het Pikmeer* (oratie) 1997
J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer. Bezwaren tegen de geest van het postmoderne aansprakelijkheidsrecht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997.
Nieuwenhuis, *Wat is een onrechtmatige daad?* 1998
J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven', *RMThemis* 1998, p. 242-248.
Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis* 2007
J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer
2007.
Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019
J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht,* bewerkt door M.C.I.M. Duynstee & O. Nieuwenhuis, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
Nieuwenhuisbundel 1992
A.R. Bloembergen (red.), *Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992.
Nieuwenhuisbundel 2009
A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis, Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer, 2009.
Nijboer & Wemes, *Dogmatiek en dogmatisme* 1990
J.F. Nijboer & L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme. De analytische waarde van het onderscheid tussen materieel en formeel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978
L.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon.) 2018
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Monografieën BW nr. A11), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Oger, *De indirecte blik* 1999
E. Oger, 'De indirecte blik (interview), Decanoloog VI', *Filosofie Magazine* mei 1999, p. 17-18.

Onrechtmatige daad, BWKJ 1996
M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer: Gouda Quint 1996.
Van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld* 1932
J.C. van Oven, 'Onrechtmatigheid en schuld', *WPNR* 1932/3278-3280.
Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* 1945
J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: Brill 1945.
Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht 1995
A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995.

Parl. Gesch. BW Boek 5 1981
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. BW Boek 6 1981
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht,* Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. BW Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (eindred.), door W.H.M Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht,* Deventer: Kluwer 1990.
Parl. Gesch. Bewijsrecht 1988
G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.
Pelissier, *Faits justificatifs et action civile* 1963
J. Pelissier, '*Faits justificatifs et action civile*', *Recueil Dalloz* 1963, p. 121-126.
Peters, *Opzet en schuld* (diss.) 1966
A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.
Petzold, *The Principle of Subsidiarity* 1993
H. Petzold, 'The Convention and the principle of subsidiarity', in: R.St.J. Macdonald e.a. (red.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 41-62.
Van Peursen, *Na het postmodernisme* 1994
C.A. van Peursen, *Na het postmodernisme. Van metafysica tot filosofisch surrealisme*, Kampen: Kok Agora 1994.
Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traiteì de l'argumentation* 1983
C. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *Traiteì de l'argumentation. La nouvelle rheìtorique*, Brussel: Eìditions de l'Universiteì de Bruxelles 1983.
Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949
R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.
Ploeger, *Eigendom in het EVRM* 2000
H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM. Artikel 1 protocol No. 1 EVRM en het Nederlandse vermogensrecht', *WPNR* 2000/6419, p. 687-695.

Pompe, *Handboek Nederlandse strafrecht* 1959
W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.
Prosser & Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984
W.L. Prosser & W.P. Keeton, *Prosser and Keeton On the Law of Torts* (5th ed.), St. Paul, Minn.: West Pub 1984.

Van Rest, *Ambtelijk bevel* (diss.) 1991
P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1991.
Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes* 1994
H.L.J. Roelvink, 'Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes', in: T. Hartlief & C.J.H. Brunner, *CJHB: Brunner-bundel: Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag* Deventer: Kluwer 1994, p. 325-333.
Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990
A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen*, Deventer: Kluwer 1990.

Sandel, *Justice* 2010
M.J. Sandel, *Justice. What's the right thing to do?*, Londen: Penguin Books, 2010.
Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984
H.J. Scheltema, J. Nes, N. Pareau, *Mr H. J. Scheltema's inleiding tot het Romeinse recht,* Groningen: Stichting het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1984.
Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987
E. Schmidhäuser, 'Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht', in: W. Küper, I. Puppe & K. Lackner, *Festschrift für Karl Lackner: Zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987,* Berlijn etc.: Walter de Gruyter 1987, p. 77-94.
Scholten, *Matiging van schadevergoeding* 1964
G.J. Scholten, 'Matiging van schadevergoeding door de rechter', *NJB* 1964, p. 625-630.
Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema 1899.
Schoordijk, *Algemeen gedeelte* 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.
Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017
E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Monografieën BW nr. B53), Deventer: Kluwer 2017.
Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1963.
Schut, *Im Kampfe sollst du dein Recht finden* 1976
Schut, 'Im Kampfe sollst du dein Recht finden', RMThemis 1976, p. 1-4.

Schut, *Onrechtmatige daad* 1985
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad: volgens BW en NBW* (Studiepockets privaatrecht nr. 21), Zwolle: Tjeenk Willink 1985.
Schut, *Terugtred van het schuldvereiste* 1996
G.H.A. Schut, 'De terugtred van het schuldvereiste', in: *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 147-162.
Schut, *Onrechtmatige daad* 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad* (Studiepockets privaatrecht nr. 21), Deventer: Kluwer 1997.
Sieburgh, *Wat is rechtsinbreuk?* 1997
C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635.
Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.
Sieburgh, *Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?* 2002
C.H. Sieburgh, 'Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?' *WPNR* 2002/6473, p. 95-98.
Sieburgh, *Evenwichtige werking*, *TPR* 2003
C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003/40, p. 647-690.
Sieburgh, *PETL: Defences* 2008
C.H. Sieburgh, 'PETL: Defences, Defences in General en Contributory Conduct or Activity', *AV&S* 2008, p. 57-64.
Slagter, *Rechtsgrond van de schadevergoeding* (diss.) 1952
W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: 'Lucto et Emergo' 1952.
Sluyters, *Baliebundel* 1991
B. Sluyters, Beroepsaansprakelijkheid, Recht op een scheve schaats, Bundel t.g.v. het Jonge Balie Congres 1991, Zwolle: Tjeenk Willink 1991.
Smeehuijzen, *Hoe oordeelt de feitenrechter?* 2017
Smeehuijzen, 'Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?', *VR* 2017, p. 350-358.
Smidt I 1891
H. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (bijeengebracht en gerangschikt door H.J. Smidt, eerste deel, tweede druk, herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
Smits, *Good Samaritan in European Private law* (oratie) 2000
J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law. One the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2000.
Smits, *Bronnen van verbintenissen* 2003
J.M. Smits, Bronnen van verbintenissen (Mon. NBW A2), Deventer: Kluwer 2003.

Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938
P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen', *WPNR* 1938/3586-3591.
Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940
P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 1940/3688-3690.
Snijders, *Preadvies VASR* 2020
G. Snijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijhkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard, *Preadvies VASR* 2020, Deventer: Wolters Kluwer, 2021.
Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992
J. Spier, 'Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 1992/6074, p. 985-993.
Starck/Roland/Boyer, *Obligations 1* 1996
B. Starck, H. Roland & L. Boyer, *Obligations, Tome 1: Responsabilité délictuelle* (5e edition), Paris: Litec 1996.
Stein, *Nieuwe bewijsrecht* 1988
P.A. Stein, 'Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure', *NJB* 1988.
Stoll, *Grounds of Justification as a Defence to Liability* 1984
H. Stoll, 'Grounds of Justification as a Defence to Liability – German Law', in: *In memoriam Jean Limpens* 1984, p. 207-221.
Stolwijk, *Inleiding in het strafrecht* 2009
S.A.M. Stolwijk, *Een inleiding in het strafrecht in dertien hoofdstukken*, Deventer: Kluwer 2009.
Stone, *Human Law* 1965
J. Stone, *Human Law and Human Justice*, Stanford: Stanford University Press 1965.
Streefkerk, *Risicoaanvaarding* 1980
C.A. Streefkerk, 'Risico-aanvaarding' (deel I, II en III), *WPNR* 1980/5505, 5506 en 5508.
Streefkerk, *Onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996
C.A. Streefkerk, 'De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 67-86.
Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987
G.A.M. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* (Studiepocket strafrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
Suijling, *Inleiding 1/1* 1918
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, 1e stuk – 1e gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1918.
Suijling, *Inleiding 2/2* 1936
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk – 2e gedeelte* (tweede druk), Haarlem: De Erven F. Bohn 1936.

Toulmin, *Cosmopolis* 1990
S.E. Toulmin, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, New York: The Free Press 1990.

Toulmin, *Uses of Argument* 2003
S.E. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; online editie Cambridge University Press, juni 2012.
Toulmin & Jonsen, *The abuse of casuistry* 1992
A.R. Jonsen & S.E. Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A history of Moral reasoning*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press 1992.
Travaux Préparatoires
- Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the Convention on Human Rights, *Volume I*, Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly 11 May-8 September 1949, Den Haag: Martinus Nijhoff 1975.
- Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the Convention on Human Rights, *Volume II*, Consultative Assembly, Second Session of the Committee of Ministers, Standing Committee of the Assembly 10 August – 18 November 1949, Den Haag: Martinus Nijhoff 1975.
- Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the Convention on Human Rights, *Volume IV*, Committee of Experts – Committee of Ministers, Conference of Senior Officials 30 March – June 1950, Den Haag: Martinus Nijhoff 1977.

Valk, *Recht en billijkheid* 1992
W.L. Valk, 'Recht en billijkheid. De zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel', in: *Nieuwenhuisbundel 1992*, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-55.
Vansweevelt, *Jurisprudentiebundel Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2004
T. Vansweevelt, *Jurisprudentiebundel Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen/Apel-doorn: Maklu 2004.
Vansweevelt & Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009
T. Vansweevelt en B. Weyts, Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009.
Van Veen, *Het stelsel der excepties* 1986
Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema, *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.
Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013
G. Viney & P. Jourdain, avec la collaboration de S. Carval,, *Les conditions de la responsabilité*, in: Traité de droit civile, sous la direction de J. Ghestin, Paris: LGDJ, Lextenso éditions 2013.
Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding 2018
T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Kluwer 2018.
Verheij, *Ongelukkige samenloop* 2003
A. J. Verheij, 'Ongelukkige samenloop', *AV&S* 2003, p. 187-197.
Verheij, *Waarom de Hoge Raad in 1958…*, 2020
A.J. Verheij, 'Waarom de Hoge Raad in 1958 de correctie Langemeijer niet heeft erkend. Een correctie van de correctie Langemeijer', *NJB* 2020, p. 3368-3377.
Verheij, Hage & Van Maanen, *Logica van de onrechtmatige daad*, *NTBR* 1999/4
B. Verheij, J.C. Hage & G.E. van Maanen, 'De logica van de onrechtmatige daad', *NTBR* 1999/4, p. 95-102.

Vetter, *Geestelijke stoornis* 1992
H.J. Vetter, *Geestelijke stoornis* (Monografieën Nieuw BW nr. A9), Deventer: Kluwer 1992.
Ten Voorde, *Recht tot straffen* 2015
J.M. Ten Voorde, *Recht tot straffen*, Amsterdam: AUP 2015.
Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss.) 1978
J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1978.

Watson, *Roman Private Law* 1971
A. Watson, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh: Edingburg University Press 1971.
Wemes, *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990
L.T. Wemes, 'Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht. Een bundel opstellen geschreven door medewerkers van de afdeling straf(proces)recht, Rijksuniversiteit te Leiden*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
White, *Grounds of Liability* 1985
A.R. White, *Grounds of Liability. An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1985.
De Wijkerslooth, *Het weigeren van schadevergoeding bij rechtmatige daad*, *Bouwrecht* 1988
J.L. de Wijkerslooth, *Het weigeren van schadevergoeding bij rechtmatige daad*, *Bouwrecht* 1988.
Winfield, Jolowicz & Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* 2010
P.H. Winfield, J.A. Jolowicz & W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on tort* (18th ed.), Londen: Sweet & Maxwell 2010.
Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers 1946.

Zöller, *Zivilprozessordnung, Kommentar* 2010
R. Zöller (Begründer) e.a., *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 28. Neubearbeitete Auflage, Köln: Otto 2010.
Zwalve, *De autonomie van strafrecht en cielrecht* 1995
W.J. Zwalve, 'De autonomie van strafrecht en civielrecht', in: *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, 1995.
Zwalve, *Het toeschouwersrisico* 2008
W.J. Zwalve, 'Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard', in: *Maatmanbundel* 2008, p. 15-29.

Trefwoordenregister

Vetgedrukte aanduiding verwijst naar belangrijkste plaats van bespreking.

A

Aanvullen ontoereikende rechtvaardiging | **4.5**, zie ook Maatregelen om de schade te voorkomen

Aard van de aansprakelijkheid | 2.3.4.4; 6.7.2; 9.8.7.3; 12.6.2.1-2; 12.6.4.1-2

Aard en ernst van de schade | 6.6.7; 7.1.2; 7.2.5; 7.4.2; 7.5.2.1; 7.6.6-7; 7.6.9; 7.7.1-2; 10.4.4; 12.5.4; 12.6.2.4

Aard van de ingeroepen rechtvaardiging | 4.4.3; 7.2.7; 7.3.7; 7.7.2; 11.2; 11.2.2.2; 11.2.4; **11.4**; 11.4.5; 11.7.2; 12.5.1

Aard van de overtreden norm | 1.4.4; 7.7.2; 8.6.8; 10.7.2; 11.2.2.2; 12.6.2.3; 12.6.4.3

Absolute overmacht | 9.4.3; 9.4.5.4; 9.7.4.2; 9.8.5; 9.8.7.3

Actio libera in causa | 6.2.2

Afwezigheid van onzorgvuldigheid | 3.14.2; **8.6.4**; 10.4.2

Alternatief middel | 7.3.2
- Alternatief middel, minder schadelijk middel | 7.3.3
- Alternatief middel, mogelijkheid om te vluchten | 7.3.5
- Alternatief middel, mogelijkheid om te wachten | 7.3.6
- Alternatief middel, wettig middel | 7.3.4

Altruïsme | 3.11.1; 7.5.2.5; 7.7.4; 10.7.2; 11.5.4; 12.3.3.2; 12.6.2.3-4; 12.6.4.3-4

Ambtelijk bevel | **3.6**, verder door hele boek

Analyserende methode | **8.2.1**

Anterieure onrechtmatigheid | 6.6.2

Anterieure verwijtbaarheid |6.2.4
- Anterieure verwijtbaarheid, visie-'t Hart | 6.3.4; 6.3.5
- Anterieure verwijtbaarheid, visie-Sieburgh | 6.4.2-3; 6.4.5
- Anterieure verwijtbaarheid, visie-Strijards | 6.3.2-3, 6.4.2, 6.4.5

Argumentatiemodel | 11.1, zie ook Model van Toulmin

B

Battered woman | 9.8.5; 12.5.1

Begripsbepaling | **1**

Belangenafweging | 1.4.2-6; 2.2.4; 3.7.2; 3.7.4; 3.8.2; 4.4.7; 7.4.2-3; 7.5.1; 7.5.2.1; 7.5.3.1; 7.5.3.4; 7.5.3.6; 7.5.5; 7.6.1; 7.7.5; 8.3.3.1; 8.6.7; 9.6.3; 9.6.5; 10.2.5; 10.3.4.2; 10.5.1; 12.4.2

Belangenafweging en gevaarzetting | **7.4.2**

Belanghebbende | 1.5.8; **12.2.6**

Benadeelde | 1.5.8; **12.2.6**

Benadeelde partij (strafrecht) | 2.2.4; 2.5.1

Beoordelingsmoment | 3.7.4

Betrokken partijen | 1.5.8; **12.2**

Bevoegdheden in de (semi)- publieke sfeer | 4.2.3

Bevoegdheden in de private sfeer | 4.2.2

Bevoegdheid en onzekerheid | 5.1.1

Bewijslast | 2.2.5; 2.2.7; 2.4.6; 2.5.2; 4.4.3; 8.6.2; 8.6.4; 8.6.5

Bewijsrechtelijke functie | 8.6.5
Billijkheid | 5.4.3; 6.7.3-4; 7.2.5; 8.5; 8.6.7; 12.3.1-2; 12.5.3; 12.6.3.2-4; 12.6.4.4

C
Casus | 9.6.3, zie ook Toeval
Chronologie | **1.2.3**; 1.5.3
Clean hands | 6.2.5, zie ook In pari delicto
Correctie-Langemeijer | 3.5.4; 6.6.7; 6.8; 7.3.5; **10.7**; 11.5.5; 12.5.5; 12.6.2.4
Corrigerende werking culpa in causa | 6.6; 6.7
Culpa | 9.6
Culpa in causa | 3.16.6; **6**; 10.2.6; 11.6.1-2; 11.7.2; 12.4.4; 12.5.2-3; 12.5.6; 12.6.1; 12.6.2.2; 12.6.3.1; 12.6.3.3; 12.7
Culpa in causa en risicoaanvaarding | 6.4.4; 6.4.6

D
Daderschap | 9.4
- Daderschap in het civiel recht | 9.4.3
- Daderschap in het strafrecht | 9.4.2

Debatstructuur | 2.2.1; 2.2.5
Definitie rechtvaardigingsgrond | **1.4.8**; 1.5
Dialectische functie | 8.6.8
Dienstbetoon | 10.6.1, zie ook Hulpbetoon; Vriendendienst
Doel-/middeltoets | **7.2**; 7.5.2
- Doeltoets, nagestreefde belang | 7.2.3
- Doeltoets, noodzaak tot ingrijpen; ernst van gevaar | 7.2.4

Dolus | 9.6.2
Domeinen der partijen | 8.6.5; 11.1.8; 11.3.3
Duale structuur | 8.3.3, 8.3.3.1
Dwaling in de feiten of het recht | 3.13.2; 3.13.5; 8.4.2.1; 9.1; 9.2.1; 9.7.3.3-4; 9.8.4; 9.8.5; 9.8.7.2-3; 9.9; 12.6.3.2
Dynamiek van de methode | 8.6.8

E
Egalité | 2.3.5; 4.4.6; 12.3.6
Eigen gedrag voorafgaand aan rechtvaardiging 12.5.3, zie ook Culpa in causa
Eigen schuld | 6.2.3
Eigen schuld in de zin van 6:101 | 2.3.4.4; 6.7.3; 6.7.4; **12.6.3**
Exceptie | 2.2.5; 3.2.2; 3.14.1-2; 8.3.1; 8.6.5; 11.1.2; 12.5.1
Exceptio | 8.3.1; 8.3.4
Excuus | 1.6.1; 8.6.6; 9.6.3
Externe belemmeringen tot kennis van de norm | 9.7.3.3

F
Functie civiel aansprakelijkheidsrecht |
- Functie civielrecht: bestraffing | 2.3.4.4
- Functie civielrecht: compensatie | 2.3.4.1
- Functie civielrecht: genoegdoening | 2.3.4.3
- Functie civielrecht: preventie | 2.3.4.1
- Functie civielrecht: risicoallocatie | 2.3.4.2
- Functie civielrecht: schadespreiding | 2.3.4.1

Functie van schadevergoeding **2.3.4**
- Functie van schadevergoeding bij rechtmatige daad | 2.3.5
- Functie van schadevergoeding bij risicoaansprakelijkheid | 2.3.6
- Functie van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid | 2.3.7

Functie van rechtsregels | **8.6**
- Functie van rechtsregels, bewijsrechtelijke functie | 8.6.5
- Functie van rechtsregels, dialectische functie | 8.6.8

- Functie van rechtsregels, kapstokfunctie | 8.6.7
- Functie van rechtsregels, richtinggevende functie | 8.6.6
- Functie van rechtsregels, situeringsfunctie, legitimerende kracht | 8.6.3
- Functie van rechtsregels, traagheidsbeginsel | 8.6.4
- Functie van rechtsregels, voorspellingsfunctie | 8.6.4

Functies van strafrecht | 2.3.1; **2.3.2**; 2.3.3

G

Gediende en geschonden belang | 12.5.4, zie ook Proportionaliteit
Gedragsbeïnvloeding | 8.6.1
Gedwongen handeling | 9.4.5.1
Gehandeld ten behoeve van derde | 3.11.1; 11.5.4
Geschillenbeslechting | 8.6.1; **8.6.2**; 11.7.1
Groen licht | 4.1.3; 4.2.2; 10.4.5.2
Grotverkenners | 2.2.6

H

Halcion-arrest | **7.5.2.1**
Handelen in algemeen belang 3.12.4, zie ook: Zwaarwegende maatschappelijke belangen
Handelen zonder recht of titel | 5.3.2
Handelende | 1.5.8; **12.2.4**
Handeling in het belang van beide partijen, sport en spel | 7.5.2.4; 7.5.3.5; 12.6.2.4, zie ook Sport en spel
Handeling in het belang van een ander, altruïsme | 3.11.1; 7.5.2.5, 7.7.4; 10.7.2; **11.5.4**; 12.3.3.2; 12.6.2.3-4; 12.6.4.3-4
Handeling in het belang van een der partijen, eigenbelang | 7.5.2.3; 7.5.3.4; 12.3.4; 12.6.2.4
Handeling zonder rechtvaardigend doel | 3.7.3; 7.2.3; 7.5.2.2
Handelingsbegrip | 9.4.4
Hart, olifant van- | 1.2
Heuristische kracht | 8.6.7
Hulpbetoon | 3.10.2; 7.5.2.5; 10.6.5

I

In pari delicto | 6.2.5; 12.4.1; 12.4.4; 12.4.7
Iniuria | 9.6.1
Instrument | 9.4.5
Intentio obliqua | 1.1.2
Intentio recta | 1.1.2
Interne belemmeringen tot kennis van de norm | 9.7.3.2
Invloed op oordeel handeling | **11**
Invloed op oordeel vergoedingsplicht | **12**

K

Kans op schade | 7.6.8
Kapstokfunctie | 8.6.7
Karneades, vlot van - | **2.2.6**; 3.7.3; 9.8.5
Kenbaarheid van de norm | 9.7.3.1; 9.7.3.4; 9.8.7.2
Kenmerken van rechtvaardigingen | **3.11.1**; 7.7.4
Koning Oedipus | 9.1
Koning Salomo | 8.3.4

L

Leer-Bloembergen c.s. | 4.3.4
Leer-Bregstein | 3.12.4; **4.3.2**; 4.3.3-4; 4.4.7
Leer-Drion | 4.3.3
Leer-Smits | 3.1.4; 3.14.2; 8.4; **8.4.1**; 8.6.3; 11.2.2.4; 11.7.1
Leer-Wolfsbergen | 4.3.3

M

Maatregelen om schade te voorkomen | 1.4.3; 4.4.6; 4.5.2; 6.4.3; 7.2.4; 7.4.3; 7.5.3.3; 7.6.3; **7.6.6**; 7.6.7; 7.7.3-4; 11.4.3; 11.6.1; 11.6.3; 12.5.4; 12.6.2.4
Margin of Appreciation | **7.7.3**; 11.5.6
Matiging op grond van art 6:109 | 2.3.4.4; 6.7.5; **12.6.4**; 12.7

Meppelse ree | **7.6.2**
Middeltoets | 7.2; 7.3; 7.5.3
- Middeltoets, geschiktheid van het gebruikte middel | 7.2.6
- Middeltoets, gevaarlijkheid of schadelijkheid van het gebruikte middel | 7.2.5; 7.5.3.2-3
- Middeltoets: onbehoorlijk middel | 7.5.3.4

Mignonette-casus | 2.2.6; 3.7.4; 9.8.5
Misbruik van bevoegdheid | 5.2.1; 7.5.4; 10.4.5.3; 12.3.7; 12.4.7
Model van Toulmin | 11.1; **11.1.3**, **11.1.4**
- Model van Toulmin, conclusie of claim/ 11.1.5; 11.2.5
- Model van Toulmin, contraweerlegging | 11.1.7; **11.6**
- Model van Toulmin, elementen algemeen | 11.1.4
- Model van Toulmin, feit | 11.1.5
- Model van Toulmin, grond | 11.1.5; 11.2.1; 11.2.2;
- Model van Toulmin, krachtaanduider | 11.1.6; 11.2.4
- Model van Toulmin, ondersteuning | 11.1.6; 11.2.1
- Model van Toulmin, weerlegging | 11.1.6; 11.2.2; 11.2.3; 11.2.4; 11.2.5; **11.4**

Mogelijkheid om te willen | 9.4.4.3
Mogelijkheid zich normconform te gedragen | 9.7.4.1; 9.7.4.3; 9.8.7.3

N

Nachtoog | 1.1.2; 7.4.1
Nalaten | 7.6.9
Niet zelf veroorzaakte situatie | 1.5.5; 3.11.1; 7.7.4; **11.5.3**; 11.7.2; 12.6.4.2
Noodtoestand | **3.7**; 10.3, verder door hele boek
Noodweer | **3.4**; 10.5, verder door hele boek
Noodweerexces | 1.1.2; 3.2.1; 3.2.2; **3.4.6**; 3.11.1; 6.3.7; 9.2.1; 9.7.3.2; 9.7.3.4; **9.8.7.3**; 9.9; 12.4.1; 12.6.3.2
Noodzaak snel op te treden | 3.11.1; 7.2.7; 7.3.6; 7.7.4; 10.7.2; **11.5.2**; 11.7.2; 12.6.4.2; 12.6.4.4
Normconform gedrag | 1.2.3; 1.3; 1.4.3; 2.4.7; 3.3.2; 9.7.4.1-3; 9.8.5; 9.8.7.2-4; 9.8.8; 12.6.1
Normschending in abstracto | 1.2.2
Normschending in concreto | 1.2.2
Normvormende werking | 1.6.2; 8.6.6; 8.6.8; 8.7
Nut van rechtsregels | **8.6**

O

Object van externe krachten | 9.4.5
Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel | 3.2.2; **3.6.5**; 9.7.3.3; 9.8.7.2; 9.9
Onderzoeksplichten | 7.6.5
Ongelukkige samenloop van omstandigheden | 1.4.4; 1.4.8; 2.2.3; 7.5.2.4; 7.7.2; 9.6.3
Ongerechtvaardigde verrijking | 10.6.4; 12.1.2; 12.3.1; **12.3.4**; 12.4.1-5; 12.4.7; 12.7
Onrechtmatigheid | **8**
Ontbreken materiële wederrechtelijkheid | **3.14.2**
Ontheffing | 3.14.5, zie ook Vergunning
Onvolledige rechtvaardiging | **4**
Open toets | 8.4.2; 8.4.2.2
Openbare en particuliere belangen | 2.2.1
Overkoepelende toets | 8.4.2; 8.4.2.1
Overmacht |2.1.1-2; 3.1.2; **3.3**; 3.13.6-8; 6.1; 6.3.3; 6.4.1; 6.6.2; 7.3.6; 9.2.1; 9.4.3; 9.6.3; **9.7.4.2**; 9.7.4.3; 9.8.5; 9.8.7.3; 11.6.2; 12.4.1-4; 12.4.7, zie ook Absolute en Psychische overmacht

P

Passant | 1.5.5; 3.4.5; 3.7.3; **7.5.2.4**; 9.8.4; 10.5.1; 12.2.9; 12.3.3.2; 12.3.5
Pech, toeval, onhandigheid | **1.4.4**; 9.6.3; 12.6.4.4
Persoonlijke hoedanigheden | 3.14.3
PETL | 3.8.1; **3.13.6**; 11.7.1

Polaire verhouding | 1.2.4
Postmoderne tijdgeest | 8.4.3
Proportionaliteit en rechtvaardiging | **7.2**;
Proportionaliteit en subsidiariteit | 1.4.2; 2.1.2; 2.4.5; 3.4.3; 3.5.4; 3.8.2; 3.11.1; 3.14.3; **7**; 10.2.6; 10.3.1; 10.3.4.2; 10.4.5.2; 11.6.1-3; 11.7.2; 12.3.3.2; 12.4.2; 12.4.4-5; 12.5.2; 12.5.4-6; 12.6.2.3-4; 12.7
Proportionaliteit en zorgvuldigheid | 7.4; **7.5**; 7.7
Psychische overmacht | 3.2.2; 3.3.2; 3.3.3; 3.7.3; 9.2.1; **9.8.5**; 9.8.7.3; 9.8.7.4; 9.8.8; 12.5.1
Putatieve grond | **1.5.5**; 9.8.4; 12.6.3.2

R
Rechtmatige daad | 1.1.2; 1.2.6; **1.3**; **1.4**; 1.5.3; 1.5.6-7; 2.3.5; 2.3.8; 2.4.2; 2.5.2; 3.5.4; 3.7.3; 3.10.2; 4.4; 5.1.2; 5.2.2; 5.3.4; 6.5.3; 6.6.7; 8.6.8; 9.6.3; 10.4.1; 11.4.2; 12.3.4
Rechtsregels, zie Functie rechtsregels
Rechtsverhouding tussen partijen | 7.5.2.3-5; 7.6; 12.6.4
Rechtsverwerking | 3.9.3; 6.4.5
Rechtvaardiging | **1.5.7**
Rechtvaardiging en schulduitsluiting | 1.6.2; 1.6.3; **9.2.1**
Rechtvaardigingen Anglo-Amerikaanse systemen | **3.13.5**, en door hele boek
Rechtvaardigingen België | 2.1.2; 3.1.5; 3.4.3; 3.6.2; 3.9.2; 3.10.3; 3.11.1; **3.13.2**; 5.2.3
Rechtvaardigingen DCFR | **3.13.7**
Rechtvaardigingen Duitsland | 1.2.1; 3.1.5; 3.4.3; 3.4.5; 3.9.2; 3.10.3; **3.13.4**; 5.2.3; 6.2.2; 7.2.1; 11.6.4; 12.3.2
Rechtvaardigingen Frankrijk | 2.2.6; 2.5.2; 3.1.5; 3.4.3; 3.9.2; 3.10.3; **3.13.3**;
Rechtvaardigingen PETL | **3.13.6**, zie ook PETL
Rechtvaardigingsgrond | 1.2.5; **1.4**; 1.4.8; **1.5**; 1.5.7
Rechtvaardigingsgrond in wording | 4.3.2
Redelijk vermoeden van schuld | 4.2.3; 5.1.2; 5.4.3; 9.4.2
Relativiteit | 6.6.6; 6.6.8; 8.3.5; **10**; 12.5.5
- Relativiteit en beschermingsbereik | 10.2.4
- Relativiteit en noodtoestand | 10.5
- Relativiteit en noodweer | 10.3
- Relativiteit en wettelijk voorschrift of bevoegdheid | 10.4
- Relativiteit en zaakwaarneming | 10.6

Relativiteit, twee typen | 10.2.2
Richtinggevende functie | 8.6.6; 8.6.9
Risicoaansprakelijkheid en rechtvaardiging | 1.5.2
Risicoaanvaarding | 3.8.1; 3.9.2; 3.13.3; 3.13.6-8; 6.4.4-5; **6.4.6**; 6.4.7; 6.5.3; 6.7.3; 6.8; 12.4.4
Rol voorafgaand handelen | 1.5.5; 6.3.1; **11.6.2**; 12.6.1; 12.6.2.1, zie ook Culpa in causa
Rover bij Iustinianus | 7.3.1

S
Schadevergoeding en bestraffing | 2.3.4.4
Schuld | **9**
Schuld en toerekening | 9.2.3
Schuld in de zin van vermijdbaarheid | 9.7.2
Schuld in de zin van verwijtbaarheid | 9.7.1
Schulduitsluiting | 1.6; 9.2.1; **9.9**
Schulduitsluitingsgrond | 9.8.7; 9.9
Spiegel | 1.2.4; 3.8.2; 6.4.4; 6.6.6; 7.7.2; 8.6.8; 9.5.1; 10.1.1-2; 10.2.5; 12.6.1
Sporrong en Lönroth | **4.2.5**; 4.4.6
Sport en spel | 2.5.1; 3.14.3; 7.5.2.4; 7.5.3.5; 11.5.5; 11.6.3; 12.3.5; 12.4.4
Strafrecht en burgerlijk recht | **2**
Strafvonnis, werking | 2.2.5

Strafvorderlijk optreden | 4.5.3; 5.4.3
· Strafvorderlijk optreden, gevolgen voor derden | 4.2.3; **4.5.3**
· Strafvorderlijk optreden, gevolgen voor (gewezen) verdachte | 4.5.2; **5.4.3**
Sturende kracht | 8.6.6; 8.6.9
Sturende norm | 8.3.3; **8.3.3.2**
Subsidiariteit | 6.6.5; **7**
Subsidiariteit en proportionaliteit | **7**, zie verder Proportionaliteit en subsidiariteit
Subsidiariteit en rechtvaardiging | **7.3**
Subsidiariteit en zorgvuldigheid | 7.4; **7.6**; 7.7
Synthetiserende methode | **8.2.2**

T
Talio-beginsel | 7.2.1
Toelichting Meijers | **2.1.1**; 3.1.2; 3.2.1
Toerekening | **9.8**; 9.8.7.4; **12.6.2**
· Toerekening op grond van art. 6:98 | 2.3.4.4; **12.6.2**
· Toerekening op grond van verkeersopvattingen | 9.8.4
· Toerekening op grond van wet | 9.8.3
Toeschouwer | 6.3.3; 6.7.4; **7.5.2.4**; 12.6.3.3
Toestemming | **3.9**; 3.12.3;
Toeval | 1.4.4; 1.4.7; 2.1.1; 9.6.2; **9.6.3**; 12.6.4.4
Traagheidsbeginsel | 8.6.4
Typen onvolledigheid | **4.1**
Typologie van rechtmatig naar onrechtmatig | **1.4**

U
Uitleg | 2.5.1; 3.5.5; 3.13.6; 5.4.3; 6.6.3; 6.6.4; 10.2.6; 10.4.2; 11.6.2
Uitlokking |1.5.5; 6.3.6-7; 6.4.4; 6.6.8; 6.7.4; 11.5.3; 11.6.2; 12.5.3; 12.6.3.2

V
Variërende status van de rechtsbetrekking | **5.3.3**
Verbod | 1.5.6; 2.4.6; **4.1.4**; 4.3.3; 10.2.3; **11.2.5**; 12.1.2
Vergeldende rechtvaardigheid | 2.2.2; 2.2.3
Vergunning | 1.4.3; **3.14.5**; 4.1.3; 4.2.2; 5.1.4; 10.1.4-5; 10.2.3
Vermijdbaarheid | 9.7
Veroorzaker | 1.5.8; **12.2.3**
Verschil rechtvaardiging en rechtvaardigingsgrond | 1.1.1; **1.5.7**
Verzetsrecht | 3.14.4
Vijf casus van Sieburgh | **12.4**
· Vijf casus van Sieburgh, ijswandelaar | 12.4.4
· Vijf casus van Sieburgh, redding uit een brandend huis | 12.4.2
· Vijf casus van Sieburgh, schade door huiszoeking | 12.4.6
· Vijf casus van Sieburgh, uitsmijter | 12.4.5
· Vijf casus van Sieburgh, verduistering tapijt | 12.4.3
Volledige rechtvaardiging | **3**
Voorlopig oordeel | 8.3.4
Voorspellingsfunctie | 8.6.4
Voorwaardelijke bevoegdheid | 5.3.4; 5.4
Voorwaardelijke rechtvaardiging | **5**
Vriendendienst | **7.5.2.4**; 11.5.4; 11.6.3; 12.3.5; 12.6.2.3; 12.6.4.4

W
Waarschuwings- en informatieplichten | 7.6.4
Wettelijk voorschrift en wettelijke bevoegdheid | **3.5**; 3.12.3; 10.4, verder door hele boek
Wilshandeling | 9.4.4.2

Z
Zaakwaarneming | **3.10**; 3.12.3; 10.6; **12.3.5**, verder door hele boek
Zelfopoffering, zie Altruïsme
Zwaarwegende maatschappelijke belangen | 1.5.6; 2.4.6; **4.1.4**; 4.2.3; 7.3.4; 7.5.3.3; 10.2.3; **11.2.5**; 12.3.6

Curriculum vitae

Mirjam Esther Franke ('s-Gravenhage, 1960) behaalde haar eindexamen VWO (atheneum-A) aan CSV 't Loo te Voorburg in 1978. Daarna studeerde zij rechten aan de Universiteit Leiden, waarbij zij aanvankelijk de Staatkundige studierichting volgde en daarna overstapte naar Nederlands recht. Tijdens haar studie was zij als vrijwillig begeleidster werkzaam bij de Huiswerkklas Leiden-Noord. Verder was zij jarenlang als vrijwilligster werkzaam in de Leidse rechtswinkel (afdeling Werken en afdeling Vrouw en Recht). Tijdens haar studie liep zij stage bij een advocatenkantoor in Tilburg. Zij studeerde (in 1986) af in het vak gezondheidsrecht, op welk terrein ook haar eerste publicaties lagen. Na afronding van haar studie rechten heeft zij nog enige tijd theologie gestudeerd.

Van 1987 tot 2001 was Mirjam werkzaam bij de afdeling Burgerlijk recht van de Leidse universiteit. Het eerste jaar als docent, daarna kreeg zij een aanstelling als universitair docent. In die functie gaf zij onderwijs in het burgerlijk recht aan studenten in alle onderdelen van het curriculum. Daarnaast verrichtte zij wetenschappelijk onderzoek, bestaand uit het schrijven van artikelen en annotaties, het medeschrijven van een preadvies en het voorbereiden van haar proefschrift. Verder was zij geruime actief in de faculteitsraad van de juridische faculteit. Zij heeft gedurende een half jaar tijd een onderzoeksverlof gekregen, dat zij mocht doorbrengen bij het onderzoeksinstituut van de faculteit, destijds genaamd Recht en Beleid.

Begin 2002 werd Mirjam advocaat, later ook cassatieadvocaat, te Voorburg. Daarbij bleef zij (vanaf 2002) als buitenpromovendus verbonden aan de Leidse faculteit. Als advocaat procedeert zij in zaken over verzekerings- en schadevergoedingskwesties, en in geschillen over aansprakelijkheid, vooral bij bedrijfsongevallen en medische aansprakelijkheid. Zij treedt op aan de zijde van verzekeraars. De door haar gevoerde cassatieprocedures liggen op hetzelfde vlak; zij procedeerde onder meer in zaken over verzekeringstechnische kwesties, (shock)schade, medische aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen. Zij geeft lezingen en publiceert regelmatig over aansprakelijkheidsrechtelijke onderwerpen, onder andere als medeauteur van een handboek over personenschade en als annotator van rechterlijke uitspraken.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2020 en 2021 verschenen:

MI-346 J.V.O.R. Doekhie e.a., *Invoering jeugdstrafrecht in Caribisch Nederland: een verkenning naar een jeugdstrafrechtmonitor*, Den Haag: Boom criminologie 2020, ISBN 978-94-6236-151-5

MI-347 A. Varga, *Establishing State Responsibility in the Absence of Effective Government*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-348 M. Darouei, *Managing a Sustainable Career in the Contemporary World of Work: Personal Choices and Contextual Challenges*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020

MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7

MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-356 N. Sánchez, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4

MI-358 J. Reef, M. Jeltes & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7

MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 8710

MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the Case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5

MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmis-*

drijven in internationaal perspectief, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4

MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier 2021, ISBN 978 90 8216 072 7

MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021

MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 2723

MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism – Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: – A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5

MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978-94-6290-965-6

MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk,* (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2

MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6

MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik,* Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven 2021, ISBN 978 94 6236 250 5

MI-378 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht. Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten,* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 998 4, ISBN 978 90 5189 194 2 (e-book)

MI-379 M. Gkliati, *Systemic Accountability of the European Border and Coast Guard. The legal responsibility of Frontex for human rights violations,* (diss. Leiden), Alblasserdam: Ridderprint 2021

MI-380 C.-I. Grigorieff, *The Regime for International Air Carrier Liability. To what Extent has the Envisaged Uniformity of the 1999 Montreal Convention been Achieved?,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-381 M. Stam, *Essays on Welfare Benefits, Employment, and Crime,* (diss. Leiden)

MI-382 C.M.F. Mommers, *Voluntary return and the limits of individual responsibility in the EU Returns Directive,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 583 0

MI-383 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN ISBN 978 94 6290 152 0