



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).

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 Koninkrijk 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, en 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 ophelderende 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 ontnemt. 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 invoeren 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 *WW* 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 rechtvaardigingsgronden.

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 transparait, 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 waarop 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 wetsonwerpers 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 karakterisering- en 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, waar naar 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 gezien 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 overheids-optreden 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 geschonken 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 *sanctierecht*.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 orderingsrecht 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 privaatrecht *aansprakelijkheidsrecht*.

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 hoeft te worden ervaren: ‘Misschien ziet een bepaalde delinquent zijn boete als een stukje bedrijfskosten, of de dader 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 maatregelen, 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/Rommelink 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:RBOE: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. Strafdooelen 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 andere 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 getroffen (...) , 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 materiele 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 wensen⁷⁶ 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 vergelende '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 Lindenberg (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 (*Involed op oordeel handeling*).

86 Zie daarover nogmaals de hoofdstukken 8 (*Onrechtmatigheid*) en 11 (*Involed 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/Rommelink* 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 Zwolve, *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 zijn 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 strafrechts-beoefenaren 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 privaatrecht en strafrecht.

101 Zie uitgebreid over het legaliteitsbeginsel: M.S. Groenhuisen, *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 delicts-omschrijving 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 onschuld-presumptie, 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 dit 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. 36^e 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 caf  ruzie*), 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 rechtsvervolgung, 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 dépens 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 grotverkenner (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 doel¹³⁶ en middel¹³⁷ 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 straf¹⁴⁰

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 Dijk* 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 Dijk* 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 moeten 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 (cursivering 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 Kreon-complex’, *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 wetsontworper 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. Genugdoening 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 Schmerzensgeldes – 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 bijv. *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 wetontwerper 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 reken,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 overheids handelen.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 verzeekerde, 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 gegronde¹⁹⁴ 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 zijn¹⁹⁵ 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 noodtoestandssituatie 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's¹⁹⁹ 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 genoegdoenende²⁰² 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. Zijderfeld, 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, niet 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 toegeëld 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 schuld-aansprakelijkheid 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 (*Civilrecht: 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 (*Civilrecht: 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 dynamische 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 (*Involed 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 Gemein-schädlichkeit 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 norm-schending. 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 caf  ruzie*), 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 ontnemt 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 delictsom-schrijving vervuld. De weg van vrijspraak is dus afgesneden.²³⁰ Als zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gehonoreerd, volgt ontslag van rechtsvervolg; 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 delictsom-schrijving 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 schuld aansprakelijkheid, 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 constatering 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 principiële 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. Rummelink, '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. Lindenberg. 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 partijen²⁴⁶ en de bewijslastverdeling²⁴⁷ 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 Crijs, *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 gezien 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.