



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).

DEEL II

Ordering

3 | De volledige rechtvaardiging

3.1 INLEIDING

3.1.1 De volledige rechtvaardiging

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

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

3.1.2 De Toelichting Meijers

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

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

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

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

overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht en in het concrete geval “overmacht” of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter 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.²

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

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

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

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

3.1.3 Kritiek van de Raad van State

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.4 Verwerping van de kritiek door het driemanschap

In het Rapport aan de koningin volstaat het driemanschap inhoudelijk met de opmerking dat de toepassing van artikel 40 e.v. Sr op onrechtmatige daden die geen strafbare feiten zijn, ‘reeds betekent erkenning van op ongeschreven recht berustende rechtvaardigingsgronden’ en met een verwijzing naar de leer-Smits.¹¹ Op de hierboven aangehaalde zeer voorzichtige suggestie van de Raad van State een verwijzing naar de redelijkheid op te nemen, reageert het driemanschap met de volgende passage:

‘Verwezenlijking van dit voorstel zou het zeer wel duidelijk maken dat rechtvaardigingsgronden aan het ongeschreven recht mogen worden ontleend.’¹²

De bedoeling van de ontwerpers is helder. In de geciteerde passages is te lezen dat het driemanschap in elk geval geen reden ziet om zich de geventileerde kritiek aan te trekken en het wetsvoorstel nader uit te werken, of te preciseren waaraan te denken valt bij ‘andere’ rechtvaardigingsgronden. Kennelijk leest het driemanschap in de kritiek van de Raad van State juist steun voor zijn opvatting dat rechtvaardigingsgronden zeer wel buiten de wet gevonden kunnen worden. Het driemanschap blijft bij zijn idee dat de nadere bepaling van de inhoud van deze ‘andere’ rechtvaardigingsgronden maar moet komen van de rechter en de wetenschap.

3.1.5 Conclusie en overgang naar wat volgt

Als volledige rechtvaardigingen gelden voor het Nederlandse burgerlijk recht, zo blijkt uit het voorgaande, allereerst de uit het strafrecht afkomstige ‘klassieke’ rechtvaardigingsgronden.¹³

10 Advies R.v.S., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 623.

11 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 626.

12 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 627.

13 Het Nederlandse systeem is in dit opzicht vergelijkbaar met het Belgische en Franse. Bij gebreke van een wettelijke regeling in het civiele recht speelt men ‘leentjebuurt’ met het strafrecht (voor België: zie Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, p. 139, nr. 70; Voor Frankrijk: zie Flour & Aubert, *Les Obligations* 2 1997, nr. 112). In het Duitse recht zijn sommige rechtvaardigingsgronden equivalent van strafrechtelijke rechtvaardigingen. Zo: Notwehr (§ 227 BGB, vgl. § 32 StGB) en Notstand (§ 228/904 BGB, 34 StGB). Zie daarover *Münchener Kommentar* (Wagner) bij § 823 BGB, nr. 305.

Voor de civielrechtelijke begripsvorming is het daarom van belang eerst stil te staan bij de plaats die deze gronden innemen in het systeem van het Wetboek van Strafrecht. Nadat dit systeem is beschreven,¹⁴ worden de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden inhoudelijk en noodzakelijkerwijs summier¹⁵ besproken.¹⁶ Daarna wordt bezien of naast deze klassieke rechtvaardigingsgronden nog andere volledige rechtvaardigingen te onderscheiden zijn.

3.2 HET STRAFRECHTELIJK SYSTEEM

3.2.1 De Memorie van Toelichting

Rechtvaardigingsgronden zijn opgenomen in Boek 1, Titel III (artikel 39-44), over Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid.¹⁷ Ze vormen de kern van die titel (artikel 40-43), waarin ze worden voorafgegaan door de schuldsluitingsgrond ontoerekenbaarheid (artikel 39) en gevolgd door de strafverhogingsgrond schending bijzondere ambtsplicht (artikel 44), en de strafverminderinggronden van artikel 44a Sr.

Uitsluiting van strafbaarheid zal volgen wanneer het strafbare feit niet kan worden toegerekend aan de dader:

‘Geene strafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handelingen niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.’¹⁸

Volgens de toelichting zijn er twee redenen waarom die toerekenbaarheid kan ontbreken:

1. wegens oorzaken die in de deelnemer aan het feit zelf aanwezig zijn;
2. wegens ‘van buiten aangebragte oorzaken’.¹⁹

De inwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid worden eerst geregeld: in artikel 37 (nu 39) over de ontoerekenbaarheid en in artikel 38 en 39 (nu verval-

14 In par. 3.2 (*Het strafrechtelijk systeem*).

15 Voor een uitputtende beschrijving zij de lezer verwezen naar Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, Art. 162 lid 2, aant. 119-256.

16 In par. 3.3 tot en met 3.7.

17 Oorspronkelijk: ‘Uitsluiting, vermindering en verhooging der strafbaarheid’, *Smidt I* 1891, p. 364.

18 MvT, *Smidt I* 1891, p. 364.

19 MvT, *Smidt I* 1891, p. 364.

len)²⁰ over de jeugdige leeftijd; daarna worden de uitwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid behandeld (artikel 40 e.v.).

De indeling in innerlijke (psychische) en uiterlijke (fysieke) oorzaken verklaart waarom bijvoorbeeld noodweerexces (een schulditsluitingsgrond) wordt geregeld na noodweer (een rechtvaardigingsgrond) en niet na psychische stoornis (ook een schulditsluitingsgrond). Bij noodweer en noodweerexces wordt de 'ontoerekenbaarheid' veroorzaakt door een uitwendige factor; bij psychische stoornis door een inwendige oorzaak.²¹

3.2.2 Rechtvaardiging en schulditsluiting

Maar een indeling naar de *wijze van ontstaan* van de oorzaak van niet-toerekenbaarheid kan niet dienen ter verklaring van de *inhoud* en rechtsgevolgen van de ontoerekenbaarheidsgronden.²² Daarom is de gangbare, en hierboven reeds gehanteerde, indeling die in rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden, hoewel deze in de wet niet is terug te vinden.²³ Als rechtvaardigingsgronden worden strafrechtelijk aangemerkt noodtoestand (art. 40 Sr),²⁴ noodweer (art. 41 Sr), wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Daarnaast kent men de rechtvaardigingsgrond 'ontbreken van materiele wederrechtelijkheid', maar deze speelt geen rol van betekenis.²⁵ Als schulditsluitingsgronden gelden ontoerekenbaarheid (art. 39 Sr),²⁶ psychische overmacht (art. 40 Sr), noodweerexces (art. 41 lid 2 Sr), onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 lid 2 Sr), afwezigheid van alle schuld (avas).²⁷

De artikelen 40-43 beginnen alle met de zinsnede: 'Niet strafbaar is hij die' Daaruit valt af te leiden dat bedoeld is de strafbaarheid van de dader

20 Bijzondere bepalingen voor jeugdige personen zijn tegenwoordig opgenomen in artikel 77a e.v. Sr.

21 Het strikt hanteren van deze indeling leidde ertoe dat bijvoorbeeld gewetensdrang niet onder overmacht kon worden gebracht, omdat het hier niet een van buiten komende, maar juist een interne omstandigheid van de dader betreft (HR (Strafkamer) 26 juni 1916, *NJ* 1916, p. 703, *W* 9955). Zie over de gevolgen van de indeling verder: Van Veen, *Het stelsel der excepties* 1986, p. 351/352.

22 Vgl. Strijards, die zich naar aanleiding van de tweedeling inwendige/uitwendige oorzaken afvraagt waar in het systeem de strafrechtelijke *norm* blijft. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 34.

23 Over de ontwikkeling van de indeling zie nogmaals Van Veen, *Het stelsel der excepties* 1986.

24 Ook wel 'overmacht in de zin van noodtoestand'.

25 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, p. 343-351, die aan het slot van zijn bespreking concludeert: 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties' (p. 351).

26 Voluit: ontoerekenbaarheid vanwege een psychische stoornis (art. 39 Sr).

27 Erkend in HR (Strafkamer) 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 (*Melk en water*). Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.7, p. 351 e.v. Onder avas worden mede begrepen: verontschuldgbare dwaling in de feiten of in het recht, verontschuldgbare onmacht, en maximaal te vergen zorg.

op te heffen, niet van het feit. Dat komt ook overeen met de hierboven geschetste indeling die de wetgever beoogde: hij regelde de ontoerekenbaarheid van het feit *aan de dader*. Algemeen neemt men echter aan dat de in artikel 40-43 genoemde gronden ook de strafbaarheid *van het feit* wegnemen.²⁸ In die gevallen spreken we van rechtvaardigingsgronden. De andere gronden zijn schulduitsluitingsgronden; zij worden hierna, in hoofdstuk 9, besproken.

3.3 OVERMACHT: EEN CIVIELRECHTELIJKE KWALIFICATIEFOUT

3.3.1 Artikel 40 Sr

Alle Nederlandse hand- en studieboeken over het civiele aansprakelijkheidsrecht openen de behandeling van rechtvaardigingsgronden met een verwijzing naar overmacht,²⁹ neergelegd in artikel 40 Sr:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.’

3.3.2 Verschillende typen overmacht

In het strafrecht wordt onderscheiden tussen absolute en relatieve overmacht.³⁰

Bij absolute overmacht neemt men aan dat geen sprake is van een handeling.³¹ Aan een rechtvaardigingsgrond komt men dan niet meer toe, omdat daarvoor een – onrechtmatige – *daad* aanwezig moet zijn.³²

Relatieve overmacht wordt onderverdeeld in rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht. Met rechtvaardigende overmacht wordt bedoeld op noodtoestand.³³ Ook naar burgerlijk recht levert dat een rechtvaardigingsgrond op.³⁴ Voor de categorie overmacht in de zin van noodtoestand hanteer ik verder de term noodtoestand. Deze wordt hierna besproken, in paragraaf 3.7.

28 Hierover: Dolman, *Overmacht* 2006, bijv. p. 82 e.v.

29 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88 slot en 89; Brahn & Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* 2015/609; Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.2, p. 101.

30 Zie bijvoorbeeld: Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201 e.v.

31 Zie daarover verder par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

32 Voor het strafrecht in gelijke zin Ten Voorde, *T&C Sr*, aant. 4 op art. 40 Sr; De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.2, p. 290-291, die opmerkt dat in dit soort gevallen ‘geen strafrechtelijk relevante handeling is verricht’ (p. 290). Zie verder hierboven par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*) en hierna, over daderschap, par. 9.4 (*Daderschap*).

33 Zie bijv. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, hoofdstuk III.3, die ook van noodtoestand als ‘objectieve overmacht’ spreekt, zie bijv. p. 227.

34 Zie daarover hierna, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

Bij de tweede soort, de schulduitsluitende overmacht, gaat het om foutieve gedragingen die begaan zijn onder een dwang, waaraan de dader zich wel zou kunnen onttrekken, maar dat zou 'de weerstandskracht van een normaal mens te boven' gaan.³⁵ In zo'n geval, psychische overmacht genoemd,³⁶ kan men ook voor het civiele recht zeggen dat het voor de dader niet mogelijk is zich normconform te gedragen. Dan is dus sprake van een gebrek aan schuld.

De relatieve overmacht kan aldus worden samengevat. Zij bestaat enerzijds uit rechtvaardigende overmacht, die noodtoestand wordt genoemd. Dat is wel een rechtvaardigingsgrond, die in deze studie verder niet als overmacht zal worden aangeduid, maar als noodtoestand. Anderzijds bestaat relatieve overmacht uit schulduitsluitende, psychische, overmacht. Dat is dus wel overmacht, maar geen rechtvaardigingsgrond.

3.3.3 Civiel: geen rechtvaardiging, maar schulduitsluiting

De Toelichting op het ontwerp van artikel 6:162 noemt overmacht als voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond, ontleend aan het strafrecht. Opmerkelijk daarbij is dat het pas in de tweede opsomming van rechtvaardigingsgronden wordt genoemd,³⁷ en dat het begrip nergens in de passage zonder aanhalingstekens wordt gebruikt.

Voor dat laatste bestaat ook goede reden. In het strafrecht geldt dit type overmacht als strafuitsluitingsgrond, echter niet omdat zij een rechtvaardigingsgrond is,³⁸ maar omdat haar aanwezigheid een schulduitsluitingsgrond kan opleveren. De strafwetsontwerper licht het ontwerp voor artikel 40 Sr als volgt toe:

'Overmagt is elke lichamelijke (fysieke) of zedelijke (psychische) dwang. Was de dwang van dien aard, dat de dader daaraan geen weerstand kon bieden, zoodat hij *alleen ten gevolge daarvan* deed wat hij anders had nagelaten of naliet wat hij anders had gedaan, er is misdrijf noch overtreding gepleegd. Wanneer nu zoo algemeen mogelijk, zonder eenige nadere omschrijving, van overmagt wordt gesproken, dan is het ook duidelijk dat waar zij, niet de vrije wilsbepaling van de dader de drijfveer was van het feit, straffeloosheid evenzeer volgt in geval de dwang werd

35 De omschrijving is van *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 297.

36 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3.

37 En wel na de behandeling van de 'rechtstreeks op de wet gebaseerde' gronden: wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, ambtelijk bevel en zaakwaarneming. 'Overmacht' (noodtoestand) en noodweer worden gepresenteerd in een beperkt kader, als eveneens rechtstreeks op de wet gebaseerde gronden, 'indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht en in het concrete geval "overmacht" of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter ontnemt'. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

38 Zoals overmacht in de zin van noodtoestand. Zie daarover hierna, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

uitge oefend door derden met geweld, bedreiging of andere middelen, als in het geval hij gelegen was in de natuur der dingen.³⁹

Cruciaal is de zinsnede waarin wordt uitgelegd dat de overmacht de drijfveer van het feit was, en *niet de vrije wilsbepaling van de dader*. Met een beroep op overmacht zegt de dader niet: 'Wat ik deed, was het juiste'. Maar zijn stelling is deze: 'Wat ik deed, daar kon ik niets aan doen.'⁴⁰ Ook naar burgerlijk recht kan zo'n verweer niet slagen ter rechtvaardiging van de daad. Er wordt immers niets gerechtvaardigd; de dader excuseert zich alleen. Het verweer is daarom te rangschikken onder de in hoofdstuk 9 (*Schuld*) te bespreken schulduitsluitingsgronden.⁴¹

3.4 NOODWEER

3.4.1 Inleiding

De oudste rechtvaardigingsgrond, noodweer, vindt zijn oorsprong in het tijdperk der 'private wraak'.⁴² Oorspronkelijk gold het recht van de 'Privat-rache' niet tussen personen; het was intergentioneel recht – recht dat gold tussen bevolkingsgroepen. Ebert beschrijft haar werking zo:

'Wurde einem Mitglied ein Schaden zugefügt, so ist damit die Kraft dieser Gruppe geschwächt. Das Kräftegleichgewicht wird durch gleiche Schädigung der anderen Gruppe hergestellt.'⁴³

Door de ontwikkeling van een stamoverstijgend openbaar gezag, wordt de private wraak aan rechtsvoorschriften gebonden:

'Ziel ist, dem zu Willkür und Übermaß neigenden Rachetrieb im Interesse des öffentlichen Friedens Maß und Grenzen zu setzen.'⁴⁴

39 MvT, *Smidt I* 1891, p. 404 (cursivering in origineel).

40 Om deze reden wordt tegenwoordig in het strafrecht dan ook gesproken van *psychische overmacht*. Zie bijv. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3.

41 Zie over psychische overmacht m.n. par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*). Anders is de terminologie in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/89, slot, die overmacht wel als rechtvaardigingsgrond beschouwt, en psychische overmacht als schulduitsluitingsgrond. Dat laatste lijkt mij juist; het eerste kan verwarring geven.

42 *Van Hamel/Van Dijk* 1927, p. 225. Over de ontwikkeling van het instituut noodweer (als subcategorie van *Selbsthilfe*) vanuit de 'vorstaatliche Chaos': Jhering, *Geist des römischen Rechts* 1878, p. 118 e.v. Zie over de ontwikkeling van private wraak nog Ahsmann, *Van 'delictum' tot 'delict'* 1995, p. 12-13 en over de ontwikkelingen van en in 'civielrechtelijk strafrecht' en 'strafrechtelijk civielrecht' Zwolve, *De autonomie van strafrecht en civielrecht* 1995, p. 23-26.

43 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

44 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

Uiteindelijk wordt alle geweldsuitoefening in de rechtstaat als taak toegeedeeld aan de overheid. Dat geweldsmonopolie levert een probleem op voor de burger die plotseling door een andere burger wordt belaagd. Hij zou machteloos het verschijnen van de politie moeten afwachten. Daarom is hij gerechtigd zichzelf te verdedigen,

‘omdat de Staat niet bij machte is de op haar rustende plicht om zorg te dragen voor veiligheid en bescherming der burgers, na te leven op het ogenblik der aanranding. Wanneer de overheid met háár machtsmiddelen niet tijdig kan ingrijpen, mag den aangerande niet belet worden zich zelf te verdedigen.’⁴⁵

Noodweer is de rechtmatige verdediging tegen een onrechtmatige aanval. Mulder zegt erover:

‘Naar Nederlands recht is niemand gehouden een ogenblikkelijke – dus onmiddellijk dreigende – wederrechtelijke aanranding van zijn of andermans lijf, eerbaarheid of leven weerloos af te wachten en in haar gevolgen te ondergaan.’⁴⁶

Wie wordt aangevallen, hoeft zijn belager niet ook de andere wang toe te keren. De bevoegdheid terug te slaan, dat is noodweer. Alle Europese rechtstelsels kennen een noodweerbevoegdheid.⁴⁷ Alleen de precieze voorwaarden verschillen.⁴⁸

3.4.2 Artikel 41 lid 1 Sr

De burger vervangt in een noodweersituatie dus de overheid. Hij handelt ‘pro magistratu’.⁴⁹ Daarom wordt ook wel gezegd dat de noodweerbevoegdheid niet alleen zelfverdediging, maar ook *rechtsverdediging* is.⁵⁰ Zij is geregeld in artikel 41 lid 1 Sr:⁵¹

45 *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 359.

46 Annotatie bij HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, NJ 1989/389, m.nt. A.L. Melai (*Verkiezingen op Aruba*).

47 Over de geschiedenis van noodweer vanaf de Romeinse tijd zie: Jansen, *Noodweer als rechtvaardigingsgrond* 2004, n.a.v. de Digestentekst D. 9,2,52,1.

48 Ik verwijs naar de bespreking door Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 515-526. In het Amerikaanse recht onderscheidt men i.v.m. *self-defense* de twee varianten: *defense of others* en *defense of property*, zie bijv. Dobbs, *The Law of Torts* 2000, p. 159 e.v. en 170 e.v.

49 Daarover algemeen: Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 397 e.v. Vgl. ook *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996: ‘Deficiente magistratu populus est magistratus’, p. 313, noot 3.

50 *Van Hamel/Van Dijck* 1927, p. 226. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.1, p. 307 en V.3.4, p. 315. Ook Ter Haar wijst op de dubbele grondslag: zelfverdediging en rechtsordehandhaving, zie Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, m.n. p. 185-188.

51 In het artikel komt men de term ‘noodweer’ overigens niet tegen. Deze is wel te vinden in de Memorie van Toelichting, *Smidt I* 1891, p. 406.

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.’

3.4.3 Voorwaarden

Uit het artikel volgen vijf vereisten,⁵² die samen de grens aangeven tussen gerechtvaardigde eigenrichting (noodweer) en verboden eigenrichting (een strafbaar feit en onrechtmatige daad):⁵³

1. Er moet sprake zijn van een *wederrechtelijke aanranding*,
2. die *ogenblikkelijk gevaar* oplevert,
3. voor eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed.
4. De *verdediging* moet *noodzakelijk* zijn,
5. en het daartoe begane feit *geboden*.

Andere Europese landen kennen soortgelijke voorwaarden voor het beroep op noodweer.⁵⁴

Uit het eerste (wederrechtelijkheids)vereiste valt af te leiden dat geen noodweer is toegestaan tegen een gerechtvaardigde handeling. Dat betekent bijvoorbeeld dat tegen noodweer geen noodweer is toegelaten.⁵⁵ Ook de vraag in hoeverre het gebruik van vooraf gereedgelegde verweermiddelen onder de noodweerbevoegdheid valt, wordt in het strafrecht aan het aanrandingsvereiste getoetst. De vraag wordt verschillend beantwoord.⁵⁶

In het strafrecht is met verwijzing naar het wederrechtelijkheidsvereiste wel verdedigd dat tegen aanranding door een dier geen noodweer is toegelaten omdat een dier geen rechtsplichten heeft en dus niet wederrechtelijk kan

52 Waarover uitgebreid: het zo'n 750 pagina's tellende proefschrift van Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, met uitvoerige bespreking van het Duitse en Franse recht. Zie verder De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.3.

53 Daarover bijv.: L.E.H. Rutten, *Eigenrichting* (Rede Nijmegen), Zwolle: W,E,J, Tjeenk Willink 1961.

54 Frappant is de gelijkenis met de Duitse noodweerbevoegdheid, waarover Grothe schrijft: 'Notwehr ist diejenige Verteidigung welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden' (§ 227 Abs. 2 BGB). In België eist men acute vrees voor aanranding van een persoon of goed, waardoor een onrechtmatige reactie wordt uitgelokt die schade veroorzaakt, Cornelis, *Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht I* 1989, nr. 20, p. 29-30.

55 Het is hierboven al besproken in par. 1.5.3 (*Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging*). Zie ook De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.3.3, p. 310-311.

56 Zie *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 317.

handelen.⁵⁷ De Hullu schrift dat hij er in het algemeen weinig moeite mee zou hebben om noodweer ook mogelijk te achten tegen de aanval van bijvoorbeeld een hond.⁵⁸ Voor het civiele recht lijkt deze gedachte mij in elk geval volstrekt juist. De aanval van een dier is in zo'n geval 'door de eigen energie van het beest veroorzaakt' en dat leidt op grond van artikel 6:179 tot aansprakelijkheid van de bezitter van het dier.⁵⁹ Er bestaat geen enkele reden waarom men zich met een beroep op noodweer niet zou mogen verzetten tegen een dergelijke (aansprakelijkheid scheppende) aanval. Sterker: op grond van de schadebeperkingsplicht uit 6:101 zal men daartoe verplicht kunnen zijn.⁶⁰ En tegen aanval door een dier geleid door of in de macht van zijn baas, geldt dat het ervan afhangt of de bezitter (door wie het dier in dat geval 'als instrument' wordt gebruikt) gerechtvaardigd handelt of niet. Wanneer de baas gerechtvaardigd handelt (de politiehond die wordt ingezet bij een actie, of de waakhond die bescherming moet bieden tegen inbrekers), is geen noodweer toegelaten,⁶¹ wanneer de baas niet gerechtvaardigd handelde en de hond als instrument wordt gebruikt, is noodweer toegestaan.

Het tweede (ogenblikkelijkheids-)vereiste brengt mee dat noodweer alleen is toegelaten zolang de aanval, of de dreiging daarvan, voortduurt:

'niet meer zoodra zij heeft opgehouden en geene hervatting dreigt; b.v. de slag is toegebracht, de dader is door omstanders gevat'.⁶²

Noodweer is niet meer toegelaten als de aanval is afgelopen. En zij is in het algemeen ook niet toegelaten als de aanval nog niet is begonnen: bij 'geanticipeerde noodweer' is alle reden voor terughoudendheid bij de beoordeling van het noodweerberoep.⁶³ Men mag niet iemand alvast onschadelijk maken die voor de volgende dag met een pak slaag heeft gedreigd. Maar de enkele omstandigheid dat een verdachte zich tevoren ter verdediging tegen een mogelijke aanval van een illegaal vuurwapen had voorzien, staat aan een

57 Dat is volgens *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996 de (in 1996) heersende leer, verwijzend naar HR 11 mei 1903, *W. 7928 (Veghelse hond)*. Ook Kelk & De Jong nemen aan dat de verdediging tegen een dier geen noodweer oplevert (omdat volgens hen een dier geen rechtssubject is), mogelijk wel noodtoestand. Zie Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.1.1.

58 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3 (p. 310). Zie ook *Van Hamel/Van Dijk* 1927, p. 230.

59 GiEA Curaçao 13 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:181, *NJF* 2020/321 (*Geit in de keuken*).

60 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

61 In dat geval zou immers de tenzij-regel van artikel 6:179 opgaan. Voor een voorbeeld: Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7453, r.o. 4.1 (waar het beroep op noodweer overigens tekortschoot, omdat de bezitter van het dier de controle over het dier kwijt was).

62 *Van Hamel/Van Dijk* 1927, p. 231.

63 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3, p. 312.

beroep op noodweer niet in de weg.⁶⁴ En er moet meer zijn dan angst voor aanranding: naar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd moet een onmiddellijke dreiging voor een daadwerkelijke aanranding bestaan.⁶⁵

Overigens valt de ogenblikkelijkheidseis ook af te leiden uit de algemene subsidiariteitseis. Wanneer het gevaar niet ogenblikkelijk dreigt, zal het in het algemeen niet noodzakelijk zijn schade toe te brengen. Men heeft dan immers meestal de gelegenheid om andere, minder ingrijpende, maatregelen te treffen om het gevaar af te wenden.⁶⁶

Wat de derde voorwaarde (gevaar voor eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed) betreft, valt op dat het wetsartikel de te verdedigen zaken expliciet benoemt. Volgens De Hullu spreekt dat ook aan, vanwege de duidelijkheid en om het beperkte karakter van noodweer te benadrukken.⁶⁷

In de laatste twee voorwaarden (de noodzaak van de verdediging en de gebodenheid van het begane feit) tenslotte, zijn de proportionaliteits-⁶⁸ en subsidiariteitseis te herkennen,⁶⁹ die voor alle rechtvaardigingsgronden gelden. Ter Haar wijst erop, refererend aan het rechtsordeaspect, dat in geval van noodweer de proportionaliteitstoets niet al te strikt wordt toegepast,

‘als gevolg van het feit dat de verdachte zich verdedigt tegen een schuldige agressor die met zijn aanval een deel van zijn rechten inlevert. (...) Van een evenwicht tussen aanval en verdediging hoeft dan ook geen sprake te zijn’.⁷⁰

64 HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, NJ 2003/512, r.o. 3.2 en 3.3.

65 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2018, par. V.3.3 (p. 326). In de achtste druk (2021) staat: ‘het geval moet wel een zekere objectieve toetsing kunnen doorstaan’, zie p. 312. Zie ook HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.4.

66 Een en ander zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Zie over noodzakelijke verdediging, subsidiariteit en proportionaliteit nog De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.4. Over de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zie hierna, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

67 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.2 (p. 309). Zie over de gelimiteerde opsomming van te verdedigen goederen ook Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.1.3 en HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.3.

68 Recentelijk aldus door de Hoge Raad voor noodweer zo verwoord dat de ‘maatstaf luidt of de gedraging van het verdedigingsmiddel niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding’, HR (Strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2013, r.o. 2.3. Idem in HR (Strafkamer) 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1054, NJ 2020/383 (*Mislukte ripdeal*), r.o. 2.4.1.

69 Vgl. Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019, par. 7.4.1.4 (p. 376). Beide eisen komen in de MvT nog apart aan de orde. In verband met de proportionaliteit: ‘Het recht behoeft nooit te wijken voor het onrecht, maar dan toch onder de mits dat het ook zelf binnen de grenzen blijve’ (*Smidt I* 1891, p. 408). Zie ook HR (Strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2013; NJ 2021/247. Dat ook aan de subsidiariteitstoets voldaan moet zijn, is op te maken uit de voorwaarde dat de handeling moet dienen ter ‘wering van het door de aanranding ontstaan actueel en anders niet te keeren gevaar’ (*Smidt I* 1891, p. 406).

70 Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, p. 189.

Ook beschrijft Ter Haar de tendens in de rechtspraak om de subsidiariteitseis bij noodweer te verlichten.⁷¹

De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit worden hierna, in hoofdstuk 7, in een algemener verband besproken.

3.4.4 Een kortere omschrijving?

Men kan zich afvragen of het voor het civiele recht noodzakelijk is de noodweerbevoegdheid te binden aan zo gedetailleerde voorwaarden als zojuist opgesomd. Ook de commissie die zich moest buigen over het ontwerp van artikel 41 Sr meende dat het artikel gestroomlijnd kon worden. Maar zij legde zich bij de gekozen formulering neer:

‘De Commissie, ofschoon meenende dat de omschrijving van den Minister even goed vervangen kan worden door de bepaling “dat niemand strafbaar is wegens een feit waartoe hij door noodweer gedrongen is”, is van gevoelen dat in elk geval de vraag of er noodweer is geheel aan het gezond verstand en het oordeel des regters moet worden overgelaten, en dat de thans voorgestelde redactie den regter in die vrijheid niet belemmert.’⁷²

In de suggestie van de commissie blijft een érg summiere omschrijving over. Maar aan de commissie kan worden toegegeven dat de lijst met vereisten wel korter zou kunnen – in elk geval voor het burgerlijk recht.⁷³ Immers: van de hierboven besproken voorwaarden gelden de laatste twee, als gezegd, reeds op grond van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Ook het tweede vereiste is af te leiden uit de subsidiariteitstoets. Bovendien wordt in het civiele recht de beperking tot de onder 3 genoemde belangen niet gemaakt. De eis van de wederrechtelijkheid tenslotte (vereiste 1), volgt reeds uit de kwalificatie als rechtvaardigingsgrond: tegen een niet wederrechtelijke aanranding is geen rechtvaardigingsgrond in te roepen.⁷⁴ Het nut van de exacte omschrijving van de rechtvaardigingsgrond lijkt dus betrekkelijk gering.

Daar staat tegenover dat de omschrijving in de strafwet goed aangeeft wat de minimumvoorwaarden voor een beroep op noodweer zijn. Het probleem van de vaagheid (welke vaagheid kleeft aan het huidige overmachtsartikel,

71 Ter Haar, *Grondslag en grenzen van noodweer(exces)* 2020, p. 189-190, hoewel volgens hem het criterium van de Hoge Raad ‘nog iets te streng is’, zie p. 192.

72 MvT, *Smidt I* 1891, p. 408.

73 Zij wordt hier overigens wel letterlijk overgenomen. Zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 2 aant. 167.1.

74 Zie nogmaals par. 1.5.3 (*Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging*).

artikel 40 Sr⁷⁵ kent het artikel niet. Voor de praktijk geeft het artikel bruikbare aanknopingspunten voor het oordeel over de vraag of sprake is van noodweer. Zo blijkt ook de civiele rechter goed uit de voeten te kunnen met de omschrijving van artikel 41 Sr.⁷⁶ In de zaak tegen een portier (uitsmijter) van een disco, die een van de bezoekers te hulp kwam met een ijzeren staaf nam de Hoge Raad het artikel nagenoeg letterlijk over in de overweging:

‘dat het Hof het door hem bewezen geoordeelde handelen van P. gerechtvaardigd acht op de grond dat het geboden was door de noodzakelijke verdediging van Eren tegen de ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding van diens lijf’.⁷⁷

Alleen al om praktische redenen zie ik dan ook geen bezwaar tegen het overnemen in het civiele recht van de noodweer-omschrijving uit het Wetboek van Strafrecht.

3.4.5 Een extra vereiste: alleen tegen veroorzaker gevaar?

Door Meijers is in 1934 voorgesteld aan noodweer nog een extra eis te stellen. Hij meent dat:

‘het gevaar (moet) worden voortgebracht door het voorwerp van eigendom, dat men aantast’.⁷⁸

Volgens hem is een beroep op noodweer alleen mogelijk tegen de aanvaller. Tegen een onschuldige derde kan men zich niet op noodweer beroepen, en moet men de aan hem toegebrachte schade vergoeden:

75 Zoals hierboven is beschreven, worden onder het artikel twee soorten overmacht gebracht. Enerzijds de rechtvaardigende overmacht, die noodtoestand wordt genoemd. Dat is dus wel een rechtvaardigingsgrond, maar geen overmacht. Anderzijds de schulduitsluitende overmacht, die een schulduitsluitingsgrond oplevert. Dat is dus wel overmacht, maar geen rechtvaardigingsgrond. Zie par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*).

76 Het artikel wordt door de civiele rechter rechtstreeks overgenomen en toegepast. Zie bijv. enkele recente uitspraken, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:181, *NJF* 2021/101 (*Doodschieten doorgedraaide man*), r.o.3.23 en Rb. Rotterdam 21 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4489, r.o. 2.5. Al ouder is het hierna te bespreken standaardarrest HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2.

77 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2. Aan het arrest gaat een zeer uitgebreide conclusie m.b.t. noodweer en proportionaliteit van A-G Spier vooraf.

78 In zijn noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, *NJ* 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*) op p. 1553.

‘Wanneer daarentegen het goed van een ander gebruikt wordt om daarmee het gevaar dat uit een geheel andere oorzaak voortkomt af te weren (...), dan heeft men ook een geval van nood, waarin de handeling niet onrechtmatig genoemd worden, maar waarin niet als in het daarvóór genoemde geval de verplichting om aan den eigenaar de schade te vergoeden vervalt, een schade die vergoed moet worden door den gene, wiens belangen de handelende persoon heeft waargenomen.’⁷⁹

De gedachte van Meijers is ongetwijfeld ingegeven door zijn bewondering voor de regeling in het Duitse burgerlijk wetboek,⁸⁰ dat een gedetailleerde regeling van noodweer kent, en onderscheidt tussen het geval de bedreiging uitgaat van een mens,⁸¹ of een zaak of dier.⁸²

Ik deel de visie van Meijers dat een beroep op noodweer alleen gedaan kan worden jegens degene van wie, of het voorwerp waarvan het gevaar uitgaat. De gedachte dat noodweer daarom aan een extra vereiste zou zijn onderworpen, deel ik echter niet.

Mijns inziens kan hetgeen zojuist is besproken eenvoudig worden verklaard vanuit de *relativiteit* van de rechtvaardiging. Iedere rechtvaardiging(sgrond) kan alleen worden ingeroepen tegen bepaalde personen, bij bepaalde soorten schade en voor bepaalde wijze van schadetoebrenging. Het beroep op noodweer kan men derhalve alleen tegen de aanvaller succesvol doen; niet tegenover een toevallige passant die met de aanval niets te maken heeft; evenmin tegenover de eigenaar van de zaak waarmee de aanval toevallig wordt afgevoerd, maar die verder niets met de zaak van doen heeft. Deze relativiteitseis geldt, als gezegd, voor alle rechtvaardigingen. Het lijkt mij daarom niet nodig bij een willekeurige rechtvaardigingsgrond deze toepassing van het relativiteitsvereiste op te nemen als extra voorwaarde. Een uitgebreide bespreking van de relativiteitseis is in deze studie te vinden in hoofdstuk 10.⁸³

3.4.6 Tot slot: noodweerecces

Artikel 41 Sr kent nog een tweede lid. Het regelt het zogenaamde noodweerecces:

79 Zie nogmaals de noot van Meijers onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*), p. 1553.

80 Aan het eind van zijn betoog omschrijft Meijers deze regeling als de plaats waar het onderwerp ‘het beste’ is geregeld.

81 In welk geval van *Notwehr* wordt gesproken, zie § 227 BGB.

82 In welk geval men van *Notstand* spreekt, zie § 228 BGB. Notstand kent twee varianten, de defensieve (de *Verteidigungsnotstand*, van § 228 BGB) en agressieve (de *Angriffsnotstand*, geregeld in § 904 BGB).

83 Waar de gedachte van de relativiteit van de noodweerbevoegdheid wordt uitgewerkt in par. 10.3 (*Noodweer*).

‘Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.’

Wanneer de grenzen van de noodzakelijke verdediging worden overschreden, kan geen sprake zijn van noodweer.⁸⁴ Dat betekent dat noodweerexces geen rechtvaardigingsgrond is. In het strafrecht geldt het als schulditsluitingsgrond.⁸⁵ Volgens de heersende leer⁸⁶ moet noodweerexces ook in het civiele recht zo worden gekwalificeerd. Het wordt hierna besproken in het hoofdstuk over schuld en schulditsluitingsgronden.⁸⁷

3.5 WETTELIJK VOORSCHRIFT OF BEVOEGDHEID

3.5.1 Inleiding

Zo oud als de wet is de gedachte dat de wet bindt. Zij is zeer indringend verwoord in de epiloog van de codex van Hammuroebi. Over wie zich niet aan de wet houdt, wordt de vloek uitgesproken, die in de Engelse vertaling luidt:

‘If that man do not pay attention to my words which I have written upon my monument; if he forget my curse and do not fear the curse of god; if he abolish the judgments which I have formulated, overrule my words (...) as for that man, be he king or lord, or priest-king or commoner, whoever he may be, may the great god, the father of the gods, who has ordained my reign, take from him the glory of his sovereignty, may he break his sceptre and curse his fate!’⁸⁸

84 Zie par. 3.4.3 (Noodweer; *Voorwaarden*), en het daar besproken vierde en vijfde vereiste; de verdediging moet noodzakelijk zijn en het ertoe begane feit geboden. Dat de bevoegdheid tot noodweer moet worden uitgeoefend binnen de grens van de ‘noodzakelijke’ verdediging, volgt ook uit de subsidiariteitseis. Zie daarover uitgebreid in hoofdstuk 7.

85 De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.3.5 (p. 316 e.v.). Zie ook HR (Strafkamer) 28 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:319, NJ 2017/424.

86 Zie bijv. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht 2019*, p. 109. Zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/91, slot en nr. 111, waaraan tegenwoordig wordt toegevoegd: ‘Niet uitgesloten is dat de reden hiervan voor risico van de dader komt’. Deze heersende leer is naar mijn mening onjuist, zoals ik zal uiteenzetten in par. 9.8.7 (*Terug naar de besproken schulditsluitingsgronden*).

87 Hoofdstuk 9 (*Schuld*), over noodweerexces, zie par. 9.8.7 (*Terug naar de besproken schulditsluitingsgronden*).

88 *The code of Hammurabi*, gebr. vert.: Percy Handcock, London 1920, p. 43. Na de geciteerde passage volgen tot aan het einde van de epiloog nog vele alinea’s met zo’n veertig zeer poëtisch geformuleerde vervloekingen.

3.5.2 Artikel 42 Sr

Wie handelt op grond van de wet, misdoet niets. Dat beginsel liet een andere grote wetgever uitdrukkelijk in zijn wet opnemen.⁸⁹ Een probleem kan ontstaan wanneer iemand weliswaar volgens de wet handelt,⁹⁰ maar daarmee tegelijkertijd in strijd handelt met een andere wet, bijvoorbeeld omdat hij de voorwaarden van een delictsomschrijving vervult. Voor dat geval geeft artikel 42 Sr. de regel:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.’

De ontwerper van het artikel wilde daarmee deze ‘algemeene waarheid’ uitdrukken:

‘Hij die uitvoering geeft aan het eene, kan niet geacht worden te handelen in strijd met het andere wettelijke voorschrift; hij kan dus niet misdoen.’⁹¹

Houben schrijft over de tekst van artikel 42:

‘Hij appelleert als het ware aan een ingeboren oordeel; hij wordt spontaan als juist beamd.’⁹²

3.5.3 Voorschrift en bevoegdheid

In het strafrecht wordt het begrip ‘wettelijk voorschrift’ in het algemeen eng uitgelegd, als: wettelijke *verplichting*,⁹³ een gedraging die op gezag van de overheid wordt verricht.⁹⁴ In het burgerlijk recht wordt onder de rechtvaardigingsgrond van artikel 42 Sr ook de wettelijke *bevoegdheid* gebracht. Terecht schrijft Asser/Sieburgh:

89 Digesten 47.10.13.1: ‘*Iuris enim executio non habet iniuriam*’ (De uitvoering van de wet immers, draagt geen onrecht in zich).

90 Juister (en minder ruim): een wettelijk voorschrift *uitvoert*.

91 MvT, *Smidt I* 1891, p. 409. Het artikel vormt de basis voor o.m. politieoptreden. Zie bijv. HR (Strafkamer) 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, NJ 2020/385 (*Aanhoudingsvuur*) en HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, NJ 2021/130 (*Nekkleem*).

92 Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 9. Hiermee bedoelt hij uiteraard niet te zeggen dat men aan de hand van de uitspraak van de wetgever altijd meteen tot de juiste oplossing komt, vgl. Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 13.

93 Waarbij een zekere noodzaak tot het gebruik van de bevoegdheid moet bestaan. Zie Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 54-55. A-G Spronken verwoordt het in haar conclusie voor HR (Strafkamer) 6 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:502, conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:147 (*Diefstal van Jip de kip*), onder 3.6 aldus dat het wettelijk voorschrift ‘een ‘taakstellende’ bevoegdheid moet geven tot uitvoering van op zichzelf strafbaar gesteld handelen’.

94 De Hullu, *Materieel Strafrecht* 2021, par. V.4.1 (p. 328).

‘Soms zal men erover kunnen twisten of een daad wordt verricht ter uitvoering van een wettelijk voorschrift, dan wel krachtens een wettelijke bevoegdheid. Met betrekking tot art. 6:162 BW zal het onverschillig zijn of de handeling onder de ene of de andere categorie wordt ingedeeld, omdat ook het handelen krachtens wettelijke bevoegdheid een onrechtmatigheidopheffende omstandigheid is.’⁹⁵

In de ruime zin van voorschrift en bevoegdheid vat ook ik de term ‘voorschrift’ op. Van deze grond zal een volledig rechtvaardigende werking uitgaan, als het voorschrift of de bevoegdheid de handeling volledig dekt. Niet altijd zal een bevoegdheid de strekking hebben de schade veroorzakende handeling inderdaad volledig te dekken.⁹⁶

Wanneer het voorschrift samenloopt met een andere wettelijke verplichting, zullen de bepalingen uitgelegd moeten worden. Eventueel kan een beroep op noodtoestand (zie hierna, onder 3.7) uitkomst bieden.

3.5.4 Het nut van de bepaling

Men kan zich afvragen wat dan de zin van de bepaling is. In Hazewinkel-Suringa/Rommelink wordt zij als ‘eigenlijk overbodig’ aangemerkt:

‘als een typisch voorbeeld (...) van het 19e-eeuwse legalisme, waarbij men minder op de geïsoleerde bepalingen, minder op de rechtsorde als één harmonisch geheel lette, en blijkbaar behoefte had aan een voorschrift, dat de rechter nog eens uitdrukkelijk legitimeerde, om van twee *schijnbaar* toepasselijke bepalingen één te laten voorgaan. Schijnbaar, want wat de wetgever veronderstelt – dat de burger hier met twee geldende doch tegenstrijdige regels te maken heeft – kan zich in een rechtsstaat in werkelijkheid niet voordoen. Zo’n schijnbare collisie wordt door de rechter altijd langs de weg der interpretatie weggewerkt. Hij zou dat ook hier zonder zo’n machtiging wel doen.’⁹⁷

95 Zie bijvoorbeeld: *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/92*. Volgens Houben, *Artikel 42 Sr* (diss.) 1959, p. 54, komt een bepaling die alleen een recht of bevoegdheid toekent niet als rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 42 Sr in aanmerking, omdat men dan tot niets verplicht is. Tegenwoordig wordt het iets minder strikt omschreven. Zo schrijven Kelk & De Jong dat het louter gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid ‘niet zonder meer’ onder de werking van art. 42 Sr valt (Kalk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht 2019/7.5*, p. 392). Volgens De Hullu moet het wel gaan ‘om meer dan een vrijblijvende bevoegdheid’, De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.4.2 (p. 330).

96 Daarop kom ik hierna in par. 3.5.5 (Wettelijk voorschrift of bevoegdheid; *Voorwaarden*) terug, en vervolgens in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en bij de bespreking van de strekking van de rechtvaardiging, bezien vanuit de relativiteitsgedachte in hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

97 *Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996*, p. 329/330 (cursivering in origineel). Ook volgens De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.4.2 (p. 332) is artikel 42 Sr niet echt noodzakelijk, maar biedt het wel ‘enige helderheid en houvast’.

Toch wordt het wettelijk voorschrift ook in het civiele recht tot de rechtvaardigingsgronden gerekend.⁹⁸ En dat lijkt mij zinvol, zoals ik nu zal uiteenzetten.

Het nut van artikel 42 Sr. ligt mijns inziens in haar richtinggevende functie.⁹⁹ Wanneer de dader een wettelijke plicht of bevoegdheid kan aanwijzen, waarop hij zijn handelen baseerde, zal dat een sterke indicatie zijn voor het oordeel dat de daad rechtmatig is. Een illustratie daarvan biedt het arrest inzake het stakingsconflict tussen de FNV en Douwe Egberts:

‘Het Hof heeft bij zijn beoordeling van de vraag of de onderhavige staking moet worden verboden, tot uitgangspunt genomen dat de staking wordt gedekt door art. 6, aanhef en onder 4, ESH. Voor de beoordeling van het principale beroep zal ook de Hoge Raad hiervan uitgaan. Dit uitgangspunt brengt mee dat deze staking, ondanks de met haar beoogde en op de koop toe genomen schadelijke gevolgen, in beginsel moet worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht.’¹⁰⁰

De staking die steunt op een wettelijke bevoegdheid is in principe rechtmatig. Daarmee is niet gezegd dat ook de uiteindelijke kwalificatie van de staking ‘rechtmatig’ zal luiden:

‘Voor het oordeel dat zij niettemin onrechtmatig is, is dan slechts plaats indien zwaarwegende procedureregels (“spelregels”) zijn veronachtzaamd dan wel (...) moet worden geoordeeld dat de Bonden in redelijkheid niet tot deze actie hadden kunnen komen.’¹⁰¹

Elke bevoegdheid moet op een zorgvuldige wijze worden uitgeoefend. Die voorwaarde komt voor de ‘gewone’ rechtvaardigingsgronden tot uitdrukking in de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁰² Deze eisen zijn voor het stakingsrecht neergelegd in de doel- en spelregeltoets waarnaar de Hoge Raad verwijst.

Overigens: In de zaak tussen de FNV en Douwe Egberts ging het om een bevoegdheid die de schadeveroorzakende handeling geheel dekte. Maar niet altijd zal een bevoegdheid die strekking hebben. Als een daad niet geheel door de bevoegdheid wordt gedekt, zal het feit dat er wel een bevoegdheid om te

98 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/92; Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* 2015/609, Lindenbergh, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18, Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.2, p. 101.

99 Zie over deze functie van rechtsregels in het algemeen: par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

100 HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, NJ 2000/292 (*FNV c.s./Douwe Egberts c.s.*), r.o. 3.3.

101 HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, NJ 2000/292 (*FNV c.s./Douwe Egberts c.s.*), r.o. 3.3.

102 Over het verband van deze eisen met (civielrechtelijke) zorgvuldigheid in het algemeen: zie par. 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

handelen bestaat – al schiet zij dan tekort om de daad geheel te rechtvaardigen – wel een rol kunnen spelen bij het uiteindelijk oordeel over de rechtmatigheid van de daad.¹⁰³ Maar van een volledige rechtvaardiging is dan geen sprake. Deze situatie wordt hierna besproken in het hoofdstuk over onvolledige rechtvaardigingen.¹⁰⁴

3.5.5 Voorwaarden

Een wettelijke bevoegdheid kan dienen als volledige rechtvaardiging, tenminste: als de bevoegdheid de gedraging waarvoor zij wordt ingeroepen volledig dekt (wanneer dus het voorschrift de strekking heeft de in concreto uitgevoerde handeling geheel te legitimeren), en deze niet strijdt met een ander voorschrift.¹⁰⁵

Bij deze rechtvaardiging zal het vaak gaan om uitleg van de wettelijke bepaling waarop de handelende zich baseert. Hiertoe moet worden nagegaan wat de precieze strekking is van de ingeroepen bevoegdheid. Hoewel deze kwestie juist bij wettelijke bepalingen een duidelijke rol speelt, is het in feite een probleem dat bij alle soorten rechtvaardigingen aan de orde is. Het is de vraag naar de relativiteit van de rechtvaardiging, aan welke vraag hierna aandacht wordt besteed in hoofdstuk 10.

3.6 AMBTELIJK BEVEL

3.6.1 Inleiding

De laatste in de strafwet geregelde rechtvaardiging roept de hoogst onaangename associatie op met de cultuur van het ‘*Befehl ist Befehl*’:

‘Een minuut voordat de wekker gaat, slaat Falk zijn ogen op. Meteen begint hij te zweten. Vandaag. Ontelbare keren heeft hij het zich gedurende die twee weken voorgesteld, maar nu het zo ver is, de laatste dag, is het heel anders. (...) Russisch offensief in het Memelgebied. Overal wordt sinds jaar en dag massaal gestorven. Sterven is onbeduidend geworden. *Führerbefehl hat Gesetzeskraft*. De onherroepelijk-

103 Zie daarover nader par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*) en uitgebreid hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*).

104 Hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), zie met name par. 4.3-4.5 (*Dogmatische onderbouwing e.v.*), zie ook hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*), zie m.n. par. 11.4 (*Focus op de weerlegging: de ingeroepen rechtvaardiging*). Zie tot slot nog par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

105 Zie over die laatste voorwaarde *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/92*, die eraan toevoegt dat ook geen misbruik mag worden gemaakt van de bevoegdheid. Dat is juist, maar het geldt voor elke bevoegdheid waarvan men gebruik maakt.

heid van die wet is harder dan het graniet van de Alpen. Over een paar uur moet er aan gehoorzaamd zijn.¹⁰⁶

Zo hard als graniet zal het gemiddelde ambtelijk bevel niet aankomen bij de (Nederlandse) burger. Maar dat aan een overheidsbevel gehoor moet worden gegeven, is duidelijk.

3.6.2 Verhouding tot wettelijke plicht

Een ambtelijk bevel moet worden opgevolgd. Dat is een logisch voortvloeisel van de gedachte dat de wet bindt. Zoals de wet moet worden opgevolgd, zo moet ook hetgeen de vertolker van die wet zegt, worden opgevolgd. Het ambtelijk bevel wordt in het burgerlijk recht dan ook wel gezien als een 'indirect wettelijk voorschrift'.¹⁰⁷ Dat een duidelijke samenhang bestaat tussen het wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en het ambtelijk bevel (art. 43 Sr), blijkt ook uit het feit dat de twee gronden in het oorspronkelijk ontwerp zelfs in één artikel geregeld waren.¹⁰⁸ In het Belgische recht worden de gronden onder één noemer gebracht: bevel van de wet of bevel van de overheid.¹⁰⁹

3.6.3 Artikel 43 lid 1 Sr

Een ambtelijk bevel moet worden opgevolgd. Daarom is het logisch dat het opvolgen van zo'n bevel niet tot aansprakelijkheid kan leiden. In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht is het in het eerste lid van artikel 43 zo verwoord:

'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.'

Voor het burgerlijk recht is de bepaling niet van groot gewicht, volgens Hartkamp (thans Sieburgh):

'Het ambtelijk bevel geldt slechts als rechtvaardigingsgrond ten aanzien van degene die het bevel uitvoert. Het is volstrekt niet uitgesloten dat de overheid door het geven van dat bevel onrechtmatig handelt. Deze rechtvaardigingsgrond is voor

106 Harry Mulisch, *Siegfried. Een zwarte idylle*, Amsterdam: De Bezige Bij 2001, p. 142.

107 Zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162 lid 2, aant. 152.2.

108 De Hullu behandelt de beide gronden tezamen onder de kop 'Handelen op gezag van de overheid (art. 42 en 43 Sr)', zie De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.4. Zie over de discussies rondom het ontwerp van artikel 42 en 43: Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, paragraaf 1.10. En Houben, *Artikel 42 Sr*. (diss.) 1959, paragraaf 1.6.

109 Cornelis, *Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht I* 1989, p. 31.

de praktijk dan ook niet van groot belang, omdat in de regel niet de handelende ambtenaar, maar het openbare lichaam wordt aangesproken.¹¹⁰

Waarom hier een beperking tot 'de handelende ambtenaar' wordt gemaakt, is niet duidelijk, en evenmin waarom deze rechtvaardiging voor de praktijk geen groot belang zou hebben. Het belang is gelijk aan dat van de andere rechtvaardigingen; ook een gewone burger zal immers een ambtelijk bevel kunnen uitvoeren. Als hij daarbij schade aanricht, zal hij worden aangesproken (en niet een handelende ambtenaar). Denk aan de situatie waarin iemand op een teken van een politieagent moet doorrijden, terwijl het verkeerslicht op rood staat, en daarbij botst op een verkeersdeelnemer uit een zijstraat. Hij kan dan aanvoeren dat hij weliswaar door rood reed, maar dat dit feit werd gerechtvaardigd door het ambtelijk bevel van de agent. Dat de schadelijgende derde vervolgens mogelijk een aanspraak heeft op de agent/ambtenaar/overheid doet niet af aan het belang van de rechtvaardigingsgrond voor degene die het bevel moet opvolgen – en dat kan in principe elke burger zijn.

3.6.4 Voorwaarden

Bij de voorwaarden van het ambtelijk bevel hoeft niet lang stilgestaan te worden. Om als rechtvaardigingsgrond te kunnen dienen, moet sprake zijn van een bevel (opdracht), gegeven door het daartoe bevoegde gezag.¹¹¹

3.6.5 Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel

'Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen',

zo luidt artikel 43 lid 2 Sr. Wie een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel uitvoert, begaat weliswaar een strafbaar feit, maar daarvan kan hem onder omstandigheden geen verwijt worden gemaakt. In het strafrecht geldt alleen het bevoegd gegeven ambtelijk bevel als rechtvaardigingsgrond; het onbevoegd gegeven bevel kan eventueel als schulditsluitingsgrond dienen.¹¹² Ook voor het burgerlijk recht wordt dat aangenomen.¹¹³ Deze onderscheiding lijkt mij, in elk geval voor het burgerlijk recht, onjuist.

110 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/93. Vgl. reeds Asser-Hartkamp III, nr. 64.

111 Van Rest wijdt in zijn dissertatie nog een hoofdstuk aan de bespreking van het begrip 'ambtelijk'. Zie *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 63-94.

112 Zie bijv.: Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 127-152.

113 Vgl. bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/93, slot.

Voor het burgerlijk recht moet mijns inziens ook het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel worden gezien als een *rechtvaardigingsgrond*, en niet als slechts een schulduitsluitingsgrond. Immers: of het bevel bevoegd of onbevoegd is gegeven, is een kwestie die degene die op grond van dat bevel handelt, niet raakt. Het gaat hem niet aan en hij hoeft zich er niet om te bekommeren. Sterker: het lijkt mij onwenselijk dat de burger tot wie het bevel gericht is, zich gaat afvragen of het bevel bevoegd is gegeven.¹¹⁴ In dit opzicht is een parallel te trekken met het wettelijk voorschrift. Instructief is het strafrechtelijk arrest van de Haagse huismeester.

Een huismeester van een flatgebouw had zelf, en onbevoegd daartoe, gele strepen langs de weg getrokken om ingangen van de flat vrij te houden van parkeerders. Op zekere dag parkeert één van de bewoners zijn auto naast de gele streep. Hij wordt vervolgens geverbaliseerd, omdat 'indien terzijde van de rijbaan een doorgetrokken gele streep is aangebracht, langs dit gedeelte niet geparkeerd mag worden'.¹¹⁵ De flatbewoner verweert zich met de stelling:

'Die gele streep die daar is, is niet rechtsgeldig, daar dit eigenhandig door de huismeester van de flat is gedaan.'¹¹⁶

De Hoge Raad maakt, evenals de rechtbank, korte metten met deze verdediging:

'Terecht heeft de Rb. overwogen dat het hier niet ter beoordeling staat van de weggebruiker of een verkeerstek conform de voorschriften en terecht is aangebracht. Immers het belang van de verkeersveiligheid staat aan een dergelijke toetsing in de weg.'¹¹⁷

Mij lijkt het eenzelfde belang van openbare orde dat de burger afgaat, en moet afgaan, op een bevel dat hem door een ambtenaar wordt gegeven. Van hem mag geen inzicht worden verwacht in de bevelsstructuur van het ambtenarenapparaat. Als het gaat om een bevel dat de burger redelijkerwijs mag aanzien als bevoegd gegeven, is de daad van de burger die het opvolgt, gerechtvaardigd. Als maatstaf kan aansluiting worden gezocht bij het criterium dat is neergelegd in het Kleuterschool Babbel-arrest: wanneer het bevel is gegeven door een ambtenaar die in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als

114 In dezelfde zin voor het strafrecht: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.4.3, p. 333. Het kan anders liggen als er goede redenen bestaan om aan de bevoegdheid tot het geven van bevelen te twijfelen.

115 Aldus artikel 126 RVV, weergegeven in de conclusie (onder A.2) van A-G Leijten voor HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, NJ 1987/42 (*Haagse huismeester*).

116 Eveneens in de conclusie van Luitjen, onder C.1.

117 HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, NJ 1987/42 (*Haagse huismeester*), r.o. 6.2.

bevoegd tot het geven van zo'n bevel, is het rechtmatig dat bevel op te volgen.¹¹⁸

3.7 NOODTOESTAND

3.7.1 Inleiding

Een belangrijke uitbreiding van het strafwettelijk systeem van rechtvaardigingsgronden brengt de rechter in de jaren twintig.

Het is 12 juni 1923. De bril van De Grooth is stuk, en 'zonder bril of lorgnet' kan De Grooth niet zien. Hij wendt zich, het is dan reeds na winkelsluitingstijd, tot een opticien. Deze verkoopt De Grooth een bril en daarmee overtreedt de opticien de Verordening op de Winkelsluiting te Amsterdam. Volgens de rechtbank is de opticien echter niet strafbaar, omdat

'het eene voor beklagde als opticien maatschappelijke verplichting was in de onderhavige omstandigheden alleen van hem te verwachten hulp te verleenen, eene verplichting, door welke beklagde-appellant geacht moet worden in zoo sterke mate te zijn gedrongen geworden, dat zij zijne strafbaarheid ten aanzien van de noodzakelijk daaruit volgende overtreding, gelijk deze aan hem is te laste gelegd, opheft'.¹¹⁹

Advocaat-Generaal Tak bestrijdt het klemmende karakter van de verplichting van de opticien. Hij is namelijk niet overtuigd van de nood waarin De Grooth zou verkeren:

'Waar nu zoo iemand zich de weelde kon veroorloven zich met een auto naar den gerequireerde te begeven om een bril of lorgnet uit te zoeken, had hij daarmede misschien kunnen wachten tot den volgenden morgen en wellicht rustig thuis kunnen blijven. Ook staat niet vast, dat hij niet in het bezit was van een reserve-lorgnet'.¹²⁰

En dat leidt onontkooftbaar tot zijn conclusie:

'Onmiddellijke drang en uitschakeling van de vrije wilsbepaling van den dader is dus vooralsnog niet gebleken, veeleer een toegeven van gerequireerde aan zijn goed hart. Dit laatste kan echter nimmer tot straffeloosheid leiden, wel het nut der vervolging of de strafmate beïnvloeden'.¹²¹

118 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babel*).

119 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, NJ 1923, p. 1329 (*Opticien*), overweging rechtbank weergegeven in conclusie A.-G.

120 Conclusie A.-G. Tak voor HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).

121 Conclusie A.-G. Tak voor HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).

De Hoge Raad echter, laat het vonnis van de rechtbank in stand en kwalificeert de grond waarop de straffeloosheid van de opticien rust, overwegend:

‘dat de Rechtbank den grond voor uitsluiting der strafbaarheid wel niet met zoveel woorden noemt, doch voormelde motiveering aantoonde, dat de Rechtbank hier een geval van *overmacht* in den zin der wet aanwezig heeft geacht; (...) dat de Rechtbank, onder voormelde als vaststaande aangenomen omstandigheden, aan het wettelijk begrip van overmacht, dat blijkens de geschiedenis der wet ook den toestand van nood omvat, geen geweld heeft aangedaan’.¹²²

3.7.2 Karakterisering

Overmacht in de zin van noodtoestand. Vanaf 1923¹²³ is zij in Nederland als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd.¹²⁴ Al ruim een kwart eeuw eerder omschreef Merkel haar kern:

‘Der allgemeine Charakter des Notstands besteht in einer Kollision von Interessen – das ist einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, daß die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des anderen – und zwar einer Kollision rechtmäßiger Interessen, solcher Interessen, welche von der Rechtsordnung anerkannt und regelmäßig, normaler Weise unter ihren Schutz gestellt sind, rechtlich legitimer Interessen.’¹²⁵

Noodtoestand is dus een *belangenconflict*.¹²⁶ Wanneer de handelende voor het hoogste belang kiest, is zijn handelen gerechtvaardigd. Of, zoals de civilist het zegt:

122 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243 (*Opticien*).

123 In het strafrecht, met het in dat jaar gewezen Opticien-arrest. In het burgerlijk recht wordt zij naar men aanneemt voor het eerst geaccepteerd in HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*). De Hoge Raad zelf noemt het begrip noodtoestand overigens niet expliciet. Zie echter de noot van Meijers (sub 2, l.k.) onder het arrest. Ook in andere rechtstelsels is noodtoestand als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd. Voor Europa zie Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* II 1999, p. 526-533. Voor Amerika: Dobbs, *The Law of Torts* 2000, p. 248-256.

124 Over de periode vóór 1923: zie Bronkhorst, *Overmacht* (diss.) 1952, p. 131-195. Zie ook 't Hart in zijn bespreking van De Amsterdamse straatmuzikant (HR (Strafkamer) 16 juni 1913, NJ 1913, p. 1080). Het arrest verhoudt zich tot het Opticien-arrest als de Zutphense juffrouw (HR 10 juni 1910, W 9038) tot Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161) in het burgerlijk recht.

125 Merkel, *Kollision rechtmäßigen Interessen* 1895, p. 14/15.

126 Vgl. HR (Strafkamer) 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, NJ 2011/578 (*Niet-geregistreerd diergeneesmiddel*), r.o. 3.3.

‘Noodtoestand is aanwezig, wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van hogere orde.’¹²⁷

In wezen is noodtoestand niets anders dan het maken van de juiste belangenafweging, zoals de zorgvuldigheidsnorm dat voorschrijft.¹²⁸

3.7.3 De weging van belangen: gekozen voor gelijk of geringer belang

Voor een geslaagd beroep op noodtoestand is vereist dat een ‘hogere’ belang dan het opgeofferde wordt nagestreefd.

In de Nederlandse civielrechtelijke literatuur wordt vaak het voorbeeld genoemd van de passant die een kind in het water ziet liggen en een tak van een boom scheurt om het kind te redden.¹²⁹ Met de inbreuk op het eigendomsrecht van de boomeigenaar wordt een hoger belang gediend. Daarom is de rechtsinbreuk gerechtvaardigd.

Moeilijker is het geval waarin een belang wordt opgeofferd dat even groot is als het geredde. Volgens de definitie is dan geen sprake van noodtoestand – het ‘hogere’ belang ontbreekt immers. Maar kan dan inderdaad van noodtoestand geen sprake zijn? Het meest tot de verbeelding sprekende en veel geciteerde voorbeeld van zo’n situatie is de hierboven al besproken oercasus van het vlot van Karneades:¹³⁰ de schipbreukeling die een andere drenkeling wegtrekt van het enige stuk drijfhout dat hen redden kan. De ‘andere’ drenkeling verdrinkt. Handelde de assertieve drenkeling rechtmatig?

De strafrechtelijke literatuur neigt naar een negatieve beantwoording van de vraag. De Hullu wijst erop dat het gedrag van de verdachte redelijk en aanvaardbaar moet zijn:

‘Het gediende belang moet daarvoor “meerderwaardig” zijn aan het geschonden strafrechtelijk belang, omdat anders moeilijk valt in te zien dat het strafrechtelijk belang moet wijken.’¹³¹

De Hoge Raad neemt aan dat slechts ‘uitzonderlijke omstandigheden’ in een bepaald geval kunnen meebrengen dat het strafbaar gestelde handelen gerechtvaardigd is. Het moet dan gaan om een situatie ‘dat de pleger van het feit,

127 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/90.

128 Vgl. hierboven, par. 1.4 (*Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie*).

129 Bijv. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, p. 101.

130 De casus is in par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*) uitgebreid weergegeven.

131 Zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.4.1, p. 296. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 240 meent dat van gelijkwaardige belangen bijna nooit sprake is, ‘want opoffering van het door de wet beschermde belang is strafbaar’.

staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren'.¹³²

Noodtoestand rechtvaardigt dus alleen de keus voor het grootste belang en dan nog alleen in uitzonderlijke omstandigheden. Dat criterium bepleit ik ook voor het burgerlijk recht. Onder rechtmatig handelen versta ik: zorgvuldig handelen; handelen volgens de normen.¹³³ Het gaat mij te ver in een casus als de door Karneades geschetste te spreken van zulk een handelen. 'Gij moogt een ander verdrinken om uzelf te redden', is de wijsheid waarnaar de schipbreukeling leefde. Dat is in de gegeven omstandigheden zeker begrijpelijk.¹³⁴ Pure doodsangst of blinde paniek kunnen zelfs de meest laakbare menselijke handeling verklaren. Zij verheffen haar daarmee echter niet tot een rechtsregel die ook in andere gevallen zou moeten worden nageleefd en daarmee dus niet tot norm. Ik voeg daaraan toe dat ik in noodgevallen als deze wel reden zie voor het honoreren van een beroep op psychische overmacht. Daarop kom ik later in deze studie terug.¹³⁵

Het zojuist opgemerkte geldt uiteraard in nog sterker mate voor de situatie waarin het nagestreefde belang geringer is dan het opgeofferde belang. Wie in een trein aan de noodrem trekt om eens rustig van het landschap te kunnen genieten, offert daarmee andere belangen op, zoals het algemene veiligheidsbelang dat de doorgang op de rails niet wordt geblokkeerd door stilstaande treinen, het belang van de andere treinreizigers om snel op de bestemming te komen, en het belang van de spoorwegexploitant en de gehele maatschappij bij een ongestoord verloop van de dienstregeling. Tegenover de behartiging van het particuliere eigenbelang staat de schending van vele, algemenere en hogere belangen. In de afweging van die belangen delft het geringe belang het onderspit.¹³⁶ Het nastreven van dit belang kan de daad niet rechtvaardigen, mogelijk kan een beroep op een schulduitsluitingsgrond baten.¹³⁷ Op de kwestie van de verhouding tussen de toegebrachte schade en het doel

132 HR (Strafkamer) 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, NJ 2011/578 (*Niet-geregistreerd diergeneesmiddel*), r.o. 3.3, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7938, NJ 2010/5. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/90*.

133 Vgl. par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

134 Een beroep op psychische overmacht lijkt mij hier daarom te honoreren. *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 355 geeft als extra reden voor verontschuldiging dat in deze situatie een van beide belangen toch verloren zou gaan. Vgl. ook p. 352.

135 In par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*).

136 Voor een dergelijke zaak zie HR (Strafkamer) 4 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AB8793, NJ 1986/74 (*Noodrem*).

137 Zoals ook in de schrijnende casus van de verzetsstrijder die een hele verzetsgroep verried om te voorkomen dat de armen en benen van twee joodse kinderen in het bijzijn van hun moeder zouden worden gebroken. Een beroep op overmacht werd hier aangenomen. Zie Hof Arnhem (BRvC) 24 juni 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:36, NJ 1947/149 (*Overspannen verzetsman*).

waarop de handelende zich beroept, ga ik verder in bij de bespreking van de proportionaliteitseis in hoofdstuk 7.¹³⁸

3.7.4 Beoordelingsmoment belangenafweging

Op deze plaats is het goed om nogmaals in herinnering te roepen het hiervóór geformuleerde uitgangspunt: de rechtvaardiging moet aanwezig zijn op het moment van de handeling.¹³⁹ Wat na de handeling gebeurt, heeft geen invloed op de beoordeling van de handeling zelf.

Dit betekent dat als de handelende, zoals in een geval van noodtoestand, de juiste belangenafweging maakte, zijn daad gerechtvaardigd is. Dat oordeel verandert niet als later blijkt dat zijn keuze desastreuze gevolgen heeft, bijvoorbeeld doordat de veroorzaakte schade veel groter is dan de afgeweerde.

Een voorbeeld om bovenstaande te verduidelijken ontleen ik aan Van Bemmelen/Van Hattum. Het is een betreft de casus van de baanwachter die op het moment dat een trein nadert een kind tussen de rails ziet lopen 'en het niet anders redden kan dan door de trein op verkeerd spoor te leiden, waardoor een treinramp ontstaat, waarbij velen de dood vinden'.¹⁴⁰ Wanneer de treinwachter op het moment van handelen mocht menen dat zijn keuze de juiste was, is zijn daad gerechtvaardigd, ook als later blijkt dat zijn keuze beter een andere zou zijn geweest. Dat kan anders liggen, wanneer de treinwachter op het moment van handelen kon *voorzien* dat de toegebrachte schade vele malen groter zou zijn dan de afgeweerde. In het gegeven voorbeeld: als de treinwachter (aangenomen dat dit praktisch mogelijk zou zijn) de trein moedwillig liet ontsporen om het kind te redden. In dat geval had hij de voorzienbare schade in zijn belangenafweging moeten betrekken, om een geslaagd beroep op noodtoestand te kunnen doen.

3.8 TERZIJDE

3.8.1 Parallel met PETL

In de Principles of European Tort Law is een aparte paragraaf gewijd aan de verweren tegen schuld- en risicoansprakelijkheden. De verweren die gebaseerd zijn op rechtvaardigingen (*'Defences based on justifications'*) komen in hoge

138 In par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

139 Zie nogmaals par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*).

140 *Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 365. Verschillende variaties op de trein-casus worden beschreven door Sandel, *Justice* 2010, p. 21-24. Hij geeft ook andere voorbeelden van hartverscheurende morele dilemma's zoals die van de schipbreukelingen in de Mignonette-casus (p. 31-33) en de Afghaanse geitenhoeders (p. 24-27).

mate overeen met de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden. Het eerste lid van artikel 7:101 PETL luidt aldus:

- ‘Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately:
- a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),
 - b) under necessity,
 - c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),
 - d) with the consent of the victim, or when the latter has assumed the risk of being harmed, or
 - e) by virtue of lawful authority, such as a licence.’

Noodweer, noodtoestand, bevoegdheid verkregen van de autoriteiten. Moeite-loos zijn de hierboven besproken rechtvaardigingen erin te herkennen. Alleen toestemming van/ risicoaanvaarding door het slachtoffer (sub d) kwam nog niet ter sprake. Deze grond komt in paragraaf 3.9 aan de orde.

Als verweer tegen *strict liability* (risicoaansprakelijkheid) beschrijft artikel 7:102 PETL tenslotte nog overmacht:

- ‘Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible
- a) force of nature (force majeure), or
 - b) conduct of a third party.’

De in de PETL neergelegde rechtvaardigingen zijn dus in wezen geen andere dan de hierboven behandelde, uit het strafrecht afkomstige, klassieke rechtvaardigingsgronden.¹⁴¹ De PETL-gronden worden nader besproken in paragraaf 3.13.6.

3.8.2 Artikel 6:162 gespiegeld

Dan nog een ander terzijde. De gelijkenis is te opmerkelijk om hier niet te signaleren: de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden zijn precies de spiegelbeelden van de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162:

Noodweer is de afweer tegen een inbreuk op iemands eigen of eens anders subjectieve recht. *Wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel*, dat wel als indirect wettelijk voorschrift wordt gezien,¹⁴² zijn de tegenhangers van het handelen in strijd met een wettelijke plicht. En *noodtoestand* is het maken van de juiste belangenafweging, dus: zorgvuldig handelen, en daarmee de volmaakte tegenhanger van een ‘handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’, kortweg: onzorgvuldig handelen.

141 Over de verweermogelijkheden in PETL in het algemeen, zie Sieburgh, *PETL: Defences* 2008.

142 Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 2, aant. 152.2.

Niet alleen de volgorde van de door 41-43 Sr en 6:162 lid 2 beschermde rechten is dezelfde (eerst het subjectieve recht, dan de wettelijke plicht, waaraan later de zorgvuldigheid werd toegevoegd). Ook de indeling in geschreven (41-43 Sr, respectievelijk rechtsinbreuk en plichtschending) en ongeschreven (noodtoestand en zorgvuldigheid) categorieën komt overeen.

Naar de oorzaak van deze parallel moeten we gissen. Een verklaring zou kunnen zijn dat er kennelijk enkele 'oer'-categorieën bestaan van gedrag dat bescherming of juist afkeuring verdient. Dit punt uit te werken, zou het bestek van dit onderzoek ver te buiten gaan.

Maar al wordt hier geen verklaring gezocht, de enkele constatering van de gelijkens tussen rechtvaardigings- en onrechtmatigheidsgronden is niet zonder zin. De gronden zijn niet alleen inhoudelijk elkaars spiegelbeeld; ook hun effect op de oordeelsvorming over de rechtmatigheid van een handeling is in hoge mate vergelijkbaar. Het is hierboven, bij de bespreking van de polariteit van normschending en rechtvaardiging al gesteld: 'Zij trekken beide van verschillende zijden aan de oordeelsvorming.'¹⁴³ De wijze waarop de verschillende rechtvaardigingen het oordeel over de onrechtmatigheid van een handeling beïnvloeden, bespreek ik hierna uitgebreid.¹⁴⁴ Maar in verband met de zojuist gesignaleerde spiegelbeeldige gelijkens met de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 162 nu reeds een korte bespreking van de werking van de genoemde rechtvaardigingen.

De aanwezigheid van bijvoorbeeld een rechtsinbreuk zal een bijna beslissende invloed hebben op het oordeel over de rechtmatigheid van de gedraging. Eenzelfde invloed zal uitgaan van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond als noodweer. Het aanvankelijk oordeel dat de daad onrechtmatig is, 'verkeert zich', zoals Eggens beschrijft:

'De "onrechtmatige daad" blijkt dan – achteraf – *gerechtvaardigd*. Dan geschiedt dus hetzelfde als bij de constatering van m.v.r. (misbruik van recht, MF), maar dan in *omgekeerde* richting; dan verkeert zich het oordeel (...) van onrechtmatige daad tot rechts(vrijheids)uitoefening. Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft.'¹⁴⁵

Uiteraard zijn omstandigheden denkbaar waarin ondanks de aanwezigheid van een rechtvaardiging de daad toch onrechtmatig is,¹⁴⁶ maar in principe

143 Vgl. par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

144 In hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*) en hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) dat het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging op het oordeel over de handeling behandelt.

145 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

146 Bijvoorbeeld omdat de dader zijn recht uitoefende in strijd met de regels van proportionaliteit en subsidiariteit (zie verder hoofdstuk 7), of omdat hij zichzelf in de situatie had gebracht waarin hij een beroep op een rechtvaardigingsgrond moest doen (zie verder hoofdstuk 6, over het leerstuk *culpa in causa*). Eggens spreekt in deze situatie over de

heeft de aanwezigheid van noodweer een doorslaggevende invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling. Hetzelfde geldt voor degene die zich op een ambtelijk bevel of (concrete) wettelijke plicht beroept.

Dat ligt anders bij noodtoestand. In die situatie is een afweging van belangen gemaakt, en luidt de stelling van de handelende dat hij voor het zwaarstwegende belang heeft gekozen. Om in dat geval een oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling te geven, moet de *belangenafweging* worden beoordeeld, waarbij alle omstandigheden van het geval meewegen. Precies als bij het handelen in strijd met de zorgvuldigheid/maatschappelijke betamelijkheid.

Nu is geïnventariseerd wat de belangrijkste rechtvaardigingsgronden zijn, en hun werking kort is beschreven,¹⁴⁷ ga ik na welke andere volledige rechtvaardigingen te vinden zijn buiten de pendanten van artikel 6:162. Ik begin met de gronden die in het Nederlandse burgerlijk recht in dit verband vaak worden genoemd: toestemming en zaakwaarneming.

3.9 TOESTEMMING: EVENEENS EEN CIVIELRECHTELIJKE KWALIFICATIEFOUT

3.9.1 Inleiding

De tot nu toe behandelde rechtvaardigingen noemt men de geschreven rechtvaardigingsgronden. Ze zijn alle direct of indirect (noodtoestand) terug te voeren op de (straf)wet. Men neemt aan dat hiernaast nog ongeschreven rechtvaardigingsgronden bestaan. De eerste die in dat verband meestal wordt genoemd is toestemming,¹⁴⁸ een rechtvaardiging gebaseerd op de afspraak tussen de (toekomstige) schadeveroorzaker en schadelijder.

*Volenti non fit iniuria.*¹⁴⁹ Wie handelt met toestemming, handelt niet onrechtmatig. Die gedachte is van alle tijden en van alle plaatsen. Maar bij vergelijking met de hierboven besproken rechtvaardigingen vallen twee zaken op.

‘dubbele “verkering” van oordeel’: wat aanvankelijk onrechtmatig leek en daarna gerechtvaardigd, kan uiteindelijk toch onrechtmatig blijken (*Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122).

147 Als gezegd: de wijze waarop onrechtmatigheid en rechtvaardiging zich verhouden, wordt uitgebreid beschreven in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

148 Voor het strafrecht: *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 354 e.v. *Van Bemmelen/Van Hattum* ziet toestemming als rechtvaardigingsgrond voor bepaalde delicten (*Van Bemmelen/Van Hattum I* 1953, p. 372/373). Zo ook *Van Hamel/Van Dijk* 1927 (p. 260-262). Voor het civiele recht: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94, Lindenbergh, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18; Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.2, p. 102, Hijma & Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* 2017/410, onder b en Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 213-3.

149 Over de geschiedenis van het adagium: A. Nijsingh, *Iets over de werking der toestemming in het strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: Doesburgh 1888.

3.9.2 Omstandigheid niet aan de zijde van de handelende

Ten eerste: de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden zijn niet verankerd in omstandigheden aan de zijde van de benadeelde, maar aan die van de handelende, de schadeveroorzaker. Hij bevindt zich in noodtoestand, of moet zijn of eens anders lijf of goed redden; of hij werd tot de handeling gedwongen door een derde (in het geval van wettelijke plicht en ambtelijk bevel).¹⁵⁰ Toestemming is daarentegen geheel afhankelijk van de (wens van de) benadeelde. In zoverre lijkt toestemming op risicoaanvaarding,¹⁵¹ die vroeger in het Nederlandse civiele recht werd gezien als rechtvaardigingsgrond, maar waarvan men sinds het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw aanneemt dat zij dat niet is.¹⁵²

In buitenlandse rechtstelsels komt de overeenkomst tussen toestemming en risicoaanvaarding beter tot uitdrukking. Zij worden hier gezien als twee onderdelen van één categorie, door Cane omschreven als: *Conduct of the claimant*.¹⁵³ In de meeste rechtstelsels worden toestemming en risicoaanvaarding zelfs niet los van elkaar besproken;¹⁵⁴ anders echter het Amerikaanse systeem, waar *consent* geldt als verweer in geval van opzettelijke schadeveroorzaking en *assumption of risk* wordt gereserveerd voor een actie gegrond op *negligence*.¹⁵⁵

3.9.3 Toestemming voorkomt *onrechtmatigheid*

Ten tweede: toestemming wordt gegeven *voorafgaand* aan de handeling. Dat is een fundamenteel verschil met de in de vorige paragrafen besproken gronden. In geval van een te rechtvaardigen situatie, moet de handelende (vaak plotseling) actie ondernemen en hij brengt daarbij schade toe. Zijn belangen worden beschermd door het stelsel van rechtvaardigingsgronden, waaruit volgt onder welke condities de handelende vrijuit gaat.

150 Over noodweer kan men twijfelen. Men kan het zien als een recht dat de laedens moet uitoefenen, omdat de gelaedeerde hem in die positie bracht.

151 Het is natuurlijk andersom: risicoaanvaarding is een soort toestemming van de gelaedeerde, afgeleid uit de feitelijke omstandigheden, niet uit de juridisch correct geformuleerde wil van de gelaedeerde.

152 Sinds HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*).

153 Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.5. Tot dezelfde categorie rekent hij *contributory negligence*, toestemming (*volenti non fit iniuria*) en *illegality*.

154 Voor België (toestemming en aanvaarding van het risico): Cornelis, *Beginselen Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* I 1989, p. 33/34. Voor Frankrijk (*volenti non fit iniuria* en *acceptation des risques*): Aubry et Rau, nr. 43. Voor Duitsland (*Einwilligung* en *Handeln auf eigene Gefahr*): *Münchener Kommentar* (Mertens), § 823, nr. 36-44. Voor het Anglo-Amerikaanse recht: Markesinis & Deakin, *Tort Law* 2013 (*consent and assumption of risk*), p. 495.

155 Zie Dobbs, *The Law of Torts* 2000, over *consent* bij '*intentional interference with person or property*' in H. 5, p. 216 e.v., en over *assumed risk* bij '*negligence*', in H. 11, p. 534 e.v.

Bij toestemming is sprake van een heel andere situatie. Hier wordt de handelende niet geconfronteerd met een onvoorziene situatie, maar brengt hij de schade toe, *nadat* hij met de (toekomstige) schadelijder daarover afspraken heeft gemaakt. In zo'n geval is niet in te zien welke onregelmatigheid nog aan de handeling van de schadeveroorzaker kleeft.

Het voorbeeld dat in dit verband meestal wordt genoemd, is dat van de patiënt die aan de chirurg toestemming verleent tot het verrichten van een operatie.¹⁵⁶ Maar de vraag is wat mis zou (kunnen) zijn met het handelen van de chirurg die volgens de daarvoor geldende regels toestemming (*informed consent*) vraagt en krijgt van de patiënt,¹⁵⁷ en vervolgens de overeenkomst tussen de patiënt en hem of haar uitvoert. Hier is geen onrechtmatige daad aanwezig die gerechtvaardigd moet worden. Zoals Prosser/Keeton stelt bij de bespreking van *consent*:

'It is not, strictly speaking, a privilege, or even a defense, but goes to negative the existence of any tort in the first instance.'¹⁵⁸

Hierboven is het al beschreven: aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond komt men pas toe na de vaststelling dat de handeling (in principe) onrechtmatig is – het gaat om een verweer tegen die onrechtmatigheid. Bij toestemming is onrechtmatigheid afwezig.¹⁵⁹

Wanneer de patiënt in het zojuist genoemde voorbeeld bewusteloos was op het moment dat de operatie moet worden uitgevoerd, is het niet anders. In dat geval wordt stilzwijgende toestemming van de patiënt aangenomen en is evenmin sprake van een onrechtmatige operatie die rechtvaardiging behoeft.¹⁶⁰ Als de patiënt, wanneer hij bijkomt uit de operatie, alsnog weigert zijn toestemming te geven, kan de arts zich op noodtoestand beroepen. In dat geval is uiteraard wel vereist dat er sprake was van een groot gevaar voor het leven van de patiënt, dat op een andere wijze dan door de operatie niet

156 *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/94*; Lindenberg, in: *Verbintenis uit de wet en Schadevergoeding 2018/18*.

157 Vgl. artikel 7:448-451 BW.

158 *Prosser and Keeton on the law of torts 1984*, p. 112. De herziene bewerking kiest als definitie; 'actual consent to an act is a subjective willingness for the act to occur', Dobbs, *The Law of Torts 2000*, p. 218. Ook in die definitie is niet in te zien wat vervolgens het onrechtmatige aan de nog komende handeling kan zijn.

159 Hieronder zullen de woorden van Schut worden aangehaald dat toestemming onrechtmatigheid voorkomt en niet opheft. Schut, *Onrechtmatige daad 1985* p. 74, vgl. ook de druk van 1997: 'Kenmerkend is steeds dat daarmee voorkomen wordt da[t] een onrechtmatige daad ontstaat' (p. 65). Dezelfde gedachte was al te vinden bij H. Drion in *Preadvoies NJV 1957*, p. 192.

160 Ook hier handelt de arts niet onrechtmatig. Niet omdat een eventueel achteraf gegeven toestemming met terugwerkende kracht de onrechtmatige daad zou rechtvaardigen, maar omdat de arts in zo'n geval in noodtoestand handelt en dus onmiddellijk gerechtvaardigd is.

kon worden afgewend, terwijl de toestemming van de patiënt in deze omstandigheden niet kon worden afgewacht.¹⁶¹

Dat toestemming geen rechtvaardigingsgrond is, is voor het Nederlandse strafrecht betoogd door Strijards.¹⁶² Hij beroept zich daartoe op het publiekrechtelijk karakter van de rechtsnormen:

‘Het strafrecht is *publiek* bevelsrecht. Het beschermt rechtsgoederen, die aan de rechtsgenoten *gemeen* zijn. (...) Er is ‘diefstal’ ook als achteraf de bestolene zegt, dat hij de wegneming niet erg vindt en de feitelijke vermogensovergang billijkt.’¹⁶³

In het strafrecht *kan* de handeling volgens Strijards dus niet door toestemming gerechtvaardigd worden. In het civiele recht *behoeft* zij dat niet. Dat laatste is al ingezien door Schut:

‘De toestemming *voorkomt* dat een *onrechtmatige daad* ontstaat. Ze kan dus niet als een rechtshandeling die op uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid (exoneratie) is gericht, worden getypeerd. Zulk een rechtshandeling veronderstelt immers een onrechtmatige daad of wanprestatie waaruit aansprakelijkheid zou voortvloeien indien ze niet was uitgesloten of beperkt. Om diezelfde reden mag men evenmin spreken van rechtsverwerking of een omstandigheid die de onrechtmatigheid van de handeling opheft (rechtvaardigingsgrond).’¹⁶⁴

Wie handelt met toestemming, handelt niet onrechtmatig. Niet omdat de handeling gerechtvaardigd wordt door de toestemming, maar omdat zij niet gerechtvaardigd *hóeft* te worden: er is geen sprake van een onrechtmatige daad. Om die reden verdient het geen aanbeveling toestemming te construeren

161 Anders is de ingreep onrechtmatig uitgevoerd. Zie bijv. Hof Den Haag 29 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574.

162 Genuanceerder is Bakker, *Toestemming als rechtvaardiging* 2017, p. 187 die strafbepalingen ziet als uitzondering op de regel van zelfbeschikking. Toestemming is daar weer een uitzondering op en de bevestiging van de regel.

163 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 68/69. Opgemerkt moet worden dat de algemene visie in de literatuur genuanceerder is. De Hullu schrijft bijvoorbeeld dat toestemming van het slachtoffer regelmatig aan aansprakelijkheid in de weg staat, zie De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.6.3, p. 347. Het zal mede afhangen van de aard van de handeling. Zo zal ‘sportieve mishandeling’, mits deze binnen de grenzen van de sport valt, niet snel strafbaar worden geacht.

164 Schut, *Onrechtmatige daad* 1985, p. 74, cursiveringen in origineel; vgl. ook de druk van 1997: ‘Kenmerkend is steeds dat daarmee voorkomen wordt da[t] een onrechtmatige daad ontstaat’ (p. 65). In *Rechterlijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963 p. 141, merkte hij toestemming nog als rechtsverwerking aan. Vgl. verder nog H. Drion (Drion & Solomonson, *Preadvies NJV* 1957, p. 192): ‘Wie op grond van toestemming van de rechthebbende een handeling verricht (...), schendt geen verplichting jegens degeen die toestemming gaf (...) en van beperking of ontheffing van aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht kan dan ook geen sprake zijn’.

als 'aanspraakbelemmerende grond'.¹⁶⁵ Toestemming *belemmert* de aanspraak niet; zij voorkomt dat een aanspraak *ontstaat*.¹⁶⁶ Dit geldt althans voor het geval waarin de toestemminggever bevoegd was toestemming tot de daad te verlenen. G.J. Scholten geeft in zijn noot onder Scholtens aardappelmeelfabrieken het voorbeeld van de inzittende die toestemming geeft voor te snel rijden.¹⁶⁷ Deze daad wordt niet gerechtvaardigd, aangezien de toestemminggever niet de bevoegdheid heeft om de chauffeur te hard te laten rijden. Ook in dit geval is dus geen sprake van een rechtvaardigingsgrond. Wanneer door het snelle rijden schade ontstaat, zal de aanspraak van de inzittende jegens de bestuurder door de gegeven toestemming belemmerd worden,¹⁶⁸ terwijl die aanspraak bij een bevoegdelijk gegeven toestemming, als gezegd, niet ontstaat.

3.9.4 Conclusie: toestemming is geen rechtvaardiging

Een van de voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond is dat de daad in beginsel onrechtmatig is.¹⁶⁹ Bij toestemming is dat niet het geval, daarom valt zij als rechtvaardigingsgrond af.

3.10 ZAAKWAARNEMING

3.10.1 Belangenbehartiging

Het burgerlijk recht kent verder nog een speciale rechtvaardigingsgrond voor bepaalde inbreuken in de levenssfeer van anderen. Het betreft de zaakwaarneming, door artikel 6:198 BW omschreven als:

165 Zo bijvoorbeeld Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978, p. 202. De term is ook te vinden bij Bloembergen (*Toestemming* 1971, p. 7), die haar als volgt uitlegt: 'de door de benadeelde gegeven toestemming tot een bepaald handelen heft de onrechtmatigheid van dat handelen jegens hem op'.

166 Vgl. ook *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984: 'As to intentional invasions of the plaintiff's interests, his consent negatives the wrongful element of the defendant's act, and prevents the existence of a tort' (1984), p. 112.

167 Zie G.J. Scholten in zijn annotatie bij HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, NJ 1964/434 (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken c.s.*). Hij spreekt van een aanspraakbelemmerende grond. In een geval als dit, waar de schadelijder niet de bevoegdheid had om toestemming te geven, lijkt mij deze term acceptabel.

168 Zoals Scholten stelt in zijn annotatie bij het zojuist aangehaalde arrest (NJ 1964/434): toestemming van de inzittende voor te snel rijden rechtvaardigt dat rijden niet, maar staat wel in de weg aan een aanspraak door de inzittende jegens de snelrijdende bestuurder.

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

‘het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen’.

In de Toelichting Meijers wordt de zaakwaarneming genoemd in de rij met de wettelijke rechtvaardigingsgronden:

‘Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming. Bij de regeling van dit instituut gaat immers de wet ervan uit, dat het zich opzettelijk inlaten met de behartiging van eens anders belang, mits op redelijke grond geschied, niet een onrechtmatige daad jegens die ander oplevert welke tot schadevergoeding verplicht, de ander is integendeel volgens de wet gehouden de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten en geleden schade te vergoeden.’¹⁷⁰

Zaakwaarneming heeft een lange geschiedenis. Reeds het Romeinse recht kende een dergelijk instituut.¹⁷¹ Zij dient tweeërlei doel:

‘Das besonderes gesetzliche Ausgleichsschuldverhältnis will fremdnütziges Handeln durch Begünstigung des rechtmäßig handelnden Fremdgeschäftsführers fördern, andererseits den Geschäftsherrn vor unbefugter und unerwünschter Einmischung in seine Angelegenheiten schützen.’¹⁷²

Twee belangen: het bevorderen van handelen ten behoeve van anderen en de belanghebbende beschermen tegen ongewenste inmenging in zijn zaken. Het eerste belang wordt beschermd door de zaakwaarnemer een deugdelijke juridische basis voor zijn handelen te bieden. Het tweede belang evenzeer. Voor de belanghebbende moet vaststaan dat de inbreuk op zijn recht alleen te tolereren is *voor zover* zij gerechtvaardigd is.

3.10.2 Redelijke grond

Doorslaggevend voor de rechtvaardiging van de handeling is de ‘redelijke grond’ tot het handelen. Dat is uitgedrukt in de zinsnede aan het slot van artikel 6:198 ‘zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen’. Bedoeld is de actie uit zaakwaarneming uit te sluiten voor de situatie waarin een uitdrukkelijke contractuele (opdracht, arbeidsovereenkomst) of wettelijke (voogdij, curatele)

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

171 Op grond van de *actio negotiorum gestorum* kon de zaakwaarnemer de bij de zaakwaarneming gemaakte kosten verhalen op de eigenaar van de zaak.

172 Jauernig, *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch* 2009 (Vollkommer), § 677, Vorbemerkung 1 b.

regeling van toepassing is. Maar het enkele bestaan van een wettelijke verplichting verhindert zaakwaarneming niet. Ook als een wettelijke verplichting tot ingrijpen aanwezig is, zoals de plicht tot hulp verlenen aan een persoon in nood (vgl. art. 450 Sr), is de handelende wel degelijk aan te merken als zaakwaarnemer, zo meldt de Toelichting op het ontwerp van het artikel.¹⁷³ Zonder de aanwezigheid van een redelijk grond tot ingrijpen is de handeling onrechtmatig.

Juist in gevallen waarin hulp is geboden aan iemand die in een noodsituatie verkeert, of wordt getracht te voorkomen dat iemand in nood komt of schade zal lijden, zal zaakwaarneming de grondslag zijn waarop de handelende van de belanghebbende vergoeding van de schade kan vorderen die de handelende zelf door het optreden heeft geleden.¹⁷⁴ Mij lijkt dan ook een misvatting te menen dat na bijvoorbeeld zelfopoffering in het verkeer geen vergoeding uit zaakwaarneming zou ontstaan voor de handelende, zoals in Asser/Sieburgh wordt gesteld.¹⁷⁵ Omdat het een voor rechtvaardigingen een belangrijke kwestie betreft, sta ik hier iets langer bij stil.

Asser/Sieburgh beschrijft de casus van een automobilist die een ruk aan zijn stuur geeft om een aanrijding met een plotseling op zijn weghelpt geraakte fietser te voorkomen en deze voor ernstig letsel te behoeden.¹⁷⁶ De automobilist belandt ten gevolge van de manoeuvre in de berm en lijdt daardoor schade. Volgens Asser/Sieburgh dient een vordering uit zaakwaarneming van de automobilist tegen de fietser niet te worden erkend. Er zal nauwelijks behoefte aan bestaan, omdat de automobilist een vordering uit onrechtmatige daad

173 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793. Zie in dat verband ook de bijzondere casus van verhaal van kosten van medische hulp na een poging tot zelfdoding: Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, NJF 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*), waarin de kosten op grond van zaakwaarneming konden worden verhaald.

174 Zoals in het dramatische geval van de automobilist die op een brug, ruim 15 meter boven de Lek, op het ander wegdeel een ongeval met een vrachtwagencombinatie ziet gebeuren. De man wil hulp bieden en stapt over de vangrail in de middenberm. Normaal ligt een rooster tussen de twee brugdelen, maar dat is verwijderd, waardoor de hulpverlener in het water stort en verdrinkt. De verzekeraar van de vrachtwagencombinatie vergoedt op grond van zaakwaarneming de schade die de nabestaanden van de hulpverlener door het ongeval hebben geleden. Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, JA 2019/5, r.o. 2.10 en 3.2. Zie over deze zaak ook hierna, in verband met de relativiteitseis, par. 10.6.1 (*Zaakwaarneming; Algemeen*) en verder par. 10.6.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*).

175 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413. De opvatting is kennelijk afkomstig van Hartkamp (zie Asser/Hartkamp III 1994/311; in Asser/Rutten III 1983, p. 3-17 is zij niet terug te vinden) en gehandhaafd door Sieburgh.

176 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, p. 410. De casus is afkomstig van Larenz (II, 1 par. 57 i b), die overigens tot een andere conclusie komt de hierna te beschrijven door Asser/Sieburgh voorgestane uitkomst. Larenz neemt in de casus van de fietser wel aansprakelijkheid uit zaakwaarneming aan, net als Schoordijk (VR 1985, p. 97 e.v.), eveneens door Asser/Sieburgh aangehaald.

tegen de fietser of diens ouders of ‘een derde die de onverwachte manoeuvre heeft veroorzaakt’.¹⁷⁷ Principiële is, zo voegt Asser/Sieburgh eraan toe,

‘het argument dat het onderhavige geval zeer nauw aan de onrechtmatige daad grenst; het ware ongerijmd dat terwijl niet aan alle vereisten voor die aansprakelijkheid is voldaan, hetzelfde resultaat via de zaakwaarneming zou kunnen worden bereikt.’¹⁷⁸

Beide argumenten lijken mij van weinig gewicht.

De mogelijkheid een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een derde die het ongeval veroorzaakte, doet niet af aan de wenselijkheid en juridische mogelijkheid om ook de fietser aan te kunnen spreken uit zaakwaarneming. Integendeel: mijns inziens moet de automobilist niet worden belast met verhaal op de – mogelijk onvindbare – derde. De automobilist heeft zijn actie uitgevoerd in het belang van de fietser, en deze laatste heeft ervan geprofiteerd. Het is in dat geval volstrekt redelijk dat de fietser de kosten daarvan draagt en de rechtsfiguur zaakwaarneming biedt daarvoor de grondslag.¹⁷⁹

En het ‘principiële’ bezwaar dat het geval nauw grenst aan de onrechtmatige daad, kan evenmin overtuigen. Alle in deze studie beschreven handelingen bevinden zich op het grensgebied van onrechtmatige en rechtmatige daad. Wanneer na beoordeling van de handeling blijkt dat de daad niet onrechtmatig, maar juist rechtmatig is,¹⁸⁰ moet vervolgens worden onderzocht wat de grondslag voor een eventuele vergoedingsplicht is. Zaakwaarneming is een dergelijke rechtmatige daad, waarvoor de wetgever in artikel 6:200 lid 1 een expliciete schadevergoedingsverplichting van de belanghebbende heeft opgenomen. Dat de handeling misschien ‘aan de onrechtmatige daad grenst’, maar dat juist niet is, past geheel binnen de tenzij-formulering van de verwijzing naar rechtvaardigingsgronden in het slot van artikel 6:162 lid 2. En voor dit type handelingen achtte de wetgever een vergoedingsplicht allerminst uitgesloten.¹⁸¹

Er is nog een andere reden waarom het mij onjuist, want onredelijk, lijkt de automobilist een vordering uit zaakwaarneming jegens de fietser te ontzeg-

177 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, p. 410.

178 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, p. 410.

179 Wanneer de fietser zelf onrechtmatig handelde, zal onrechtmatige daad en niet zaakwaarneming de grondslag van de vordering vormen. In dat geval is sprake van ‘een elders in de wet geregelde rechtsverhouding’, als bedoeld in artikel 6:198 slot. Maar goed denkbaar is dat de fietser niet onrechtmatig handelde, bijvoorbeeld omdat hij viel door een fout van een ander, zoals de motorrijder overkwam die langs een geparkeerde auto reed waarvan plots het portier werd geopend, in Hof Den Haag 21 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1129, r.o. 2.2. Dan biedt zaakwaarneming grond voor de ‘zelfopofferende’ automobilist om zijn schade op de fietser te verhalen.

180 In Asser/Rutten III 1983, p. 8 wordt zaakwaarneming uitdrukkelijk en terecht aldus gekwalificeerd.

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

gen. Het aanknopingspunt om te beoordelen of sprake is van een 'redelijke grond' is de vermoedelijke wil van de belanghebbende. Belangenbehartiging tegen diens wil kan in elk geval niet gelden als zaakwaarneming in de zin van de wet,¹⁸² in uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn.¹⁸³ In verband met dit aanknopingspunt lijkt het ongerijmd om in het geval van zaakwaarneming enerzijds wel uit te gaan van de – vermoedelijke – wens van de belanghebbende bij de belangenbehartiging, maar anderzijds de financiële lasten van de uitvoering van die wens voor rekening van de helper te laten.

Tot slot: aan het einde van de zojuist besproken passage in Asser/Sieburgh wordt de handeling van de automobilist in de casus, het van de weg af rijden, een 'reflexbeweging' genoemd.¹⁸⁴ Die aanduiding lijkt mij in tegenspraak met de eerdere kwalificatie van 'zelfopoffering in het wegverkeer' en de beschrijving van het handelen van de automobilist die de manoeuvre maakt 'teneinde een aanrijding met een (...) fietser te voorkomen en deze voor ernstig letsel te behoeden'. Zowel de term zelfopoffering als de beschrijving van de handeling impliceren een keuze van de automobilist. Zo'n keus is ook vereist voor zaakwaarneming, omdat het moet gaan om het 'willens en wetens' behartigen van het belang van een ander, zie artikel 6:198. Wanneer inderdaad sprake zou zijn van een reflex, zou de fietser niet door de automobilist kunnen worden uit zaakwaarneming. Echter: niet om de redenen die Asser/Sieburgh geeft – ze zijn hierboven besproken – maar simpelweg omdat niet is voldaan aan een van de vereisten van zaakwaarneming.¹⁸⁵

3.10.3 Afronding

Als rechtvaardigingsgrond is de zaakwaarneming volgens Von Bar niet interessant:

'Sie ist nur für eine geringe Zahl von Delikten relevant und außerdem vielen Rechten (insbesonder dem Common Law) als eigenständiges Verteidigungsmittel unbekannt.'¹⁸⁶

182 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*).

183 Voorbeelden zijn te vinden bij Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/16 (o.a.: handelen tegen de wil van de ouders van een verwaarloosd kind, of tegen de wil van een geestelijk gestoorde).

184 Nader over de reflex in par. 9.4.4.3 (*De mogelijkheid om te willen*) en 9.8.3 (*Toerekening op grond van de wet*).

185 En ook in die situatie, van min of meer reflexmatig handelen, zou ik de automobilist de schadevergoedingsactie niet zonder meer willen ontzeggen. Als onrechtmatige daad en zaakwaarneming als grondslag zijn uitgesloten, kan de vordering in een dergelijk geval mogelijk worden gegrond op ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212). Zie daarover nader in par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*).

186 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* II 1999, p. 515, over 'berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag'.

In het Anglo-Amerikaanse recht komt men de zaakwaarneming inderdaad niet tegen in de gedaante waarin wij haar kennen.¹⁸⁷ Daar staat tegenover dat zij, behalve in Nederland, zowel in Frankrijk,¹⁸⁸ België,¹⁸⁹ en Duitsland¹⁹⁰ een lange geschiedenis heeft en wettelijk geregeld is.¹⁹¹

Voor het onderzoek naar rechtvaardigingen is de constatering dat de zaakwaarneming geldt als rechtvaardigingsgrond niet zonder belang. Wanneer de zaakwaarnemer zich op redelijke gronden heeft ingelaten met de behartiging van de zaak van een ander, is er sprake van een rechtmatige daad. De verplichtingen van de zaakwaarnemer¹⁹² en belanghebbende¹⁹³ zijn dus op de grondslag van rechtmatige daad gebaseerd. Bij de bespreking van de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond,¹⁹⁴ zal ik hierop nog terugkomen.

3.11 TUSSENTIJD CONCLUDEREND

3.11.1 Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang

In de hierboven gegeven beschrijving van de klassieke rechtvaardigingsgronden – die uit het strafrecht en zaakwaarneming – valt op dat bepaalde aspecten steeds weerkeren.

Zo is dikwijls een noodzaak om snel op te treden aanwezig. Dat is zeker het geval bij noodtoestand en noodweer;¹⁹⁵ bij zaakwaarneming zal het eveneens vaak aan de orde zijn. In het geval van een wettelijke plicht of ambtelijk bevel hangt het van de situatie, of van de plicht/het bevel, af of haast geboden is.

187 Maar men bereikt hier vergelijkbare resultaten via de figuur *necessity*, een met noodtoestand vergelijkbaar *privilege*. 'Its basis is a mixture of charity, the maintenance of the public good and self-protection', *Winfield & Jolowicz on tort* 2010, 25-33, p. 1169.

188 *Gestion d'affaires*, zie artt. 1372-1375 CC.

189 Zaakwaarneming, zie artt. 1372-1375 BW.

190 *Geschäftsführung ohne Auftrag*, zie § 677-687 BGB.

191 Zie voor een uitgebreide rechtshistorische uiteenzetting over de rechtsfiguur en een behandeling van de negentiende eeuwse Franse rechtspraak en literatuur: H. van Goudoever, *Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1905. Over (de ontwikkeling van zaakwaarneming in) het Franse en Duitse recht nog: G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 1949.

192 Zorg betrachten, waarneming zo nodig voortzetten, rekening en verantwoording doen, zie artikel 6:199.

193 Schade vergoeden, bij beroepsmatige waarneming: vergoeding voor verrichting betalen, zie artikel 6:200.

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

195 Voor een expliciete overweging omtrent het korte tijdsbestek waarin de keus voor alternatieven gemaakt moest worden zie Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:20137680, NJF 2014/185 (*Noodschot politieagent*), r.o. 4.26.

In veel situaties van optreden op grond van een rechtvaardiging is de noodzaak om op te treden van buiten afkomstig. Bij noodweer en ambtelijk bevel is dat per definitie zo, ook bij het uitvoeren van een wettelijk voorschrift wordt het handelen bepaald door het buiten de macht van de handelende liggende voorschrift. Bij zaakwaarneming hangt het van de situatie af, maar ook daar zal het meestal gaan om een niet-zelf veroorzaakte noodzaak tot optreden. Een plotselinge noodzaak om op te treden, door een van buiten komende oorzaak, kan ook aldus worden omschreven dat het bij rechtvaardigingsgronden vaak om onvoorziene omstandigheden gaat.¹⁹⁶

Tot slot valt op dat bij handelen op grond van een rechtvaardiging vaak wordt opgetreden om het belang van een ander te behartigen, of om dat mede te behartigen. Bij zaakwaarneming volgt dat reeds uit de wettelijke omschrijving van het begrip.¹⁹⁷ Noodweer kan gaan om het verdedigen van het eigen belang of dat van een ander. In het laatste geval is evident sprake van optreden in het belang van een ander. Maar ook het in het eerste geval – optreden ter bescherming van het eigen belang – is een algemeen belang betrokken: noodweer wordt wel gezien als verdediging van de rechtsstaat, als rechtsordehandhaving.¹⁹⁸ Bij wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel zal het belang van de handelende of belanghebbende in het algemeen niet op de voorgrond treden. Ook bij noodtoestand, dat om een conflict van plichten draait, zal het niet noodzakelijkerwijs om een keus voor het eigenbelang hoeven gaan – hoewel veel casus daar wel betrekking op hebben. Denk aan de oude voorbeelden als het Opticien-arrest,¹⁹⁹ of de zaak van de redder in de annotatie van Meijers uit 1934,²⁰⁰ of aan nieuwere voorbeelden als de euthanasiepraktijk.²⁰¹

In verband met de zojuist beschreven kenmerken verdient het Belgische recht aandacht, waar de rechtvaardigingsgrond als volgt wordt omschreven:

‘Een rechtvaardigingsgrond betreft een externe, onvoorziene en onoverkomelijke omstandigheid, die de vrije wil van de schadeverwekker uitschakelt.’²⁰²

196 In die zin ook Dolman in het liber amicorum Stolwijk: ‘typerend voor strafuitsluitingsgronden is dat zij onvoorziene omstandigheden betreffen’, M.M. Dolman, *‘De actio libera in causa: in hoeverre kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gegrond op verzuim van een voorzorgspflicht?’* (p. 39-60), in: *Geleerde lessen, Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 59.

197 Zie nogmaals artikel 6:198, waarover hierboven in par. 3.10.1 (*Belangenbehartiging*).

198 Vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.2 (p. 308).

199 HR (Strafkamer) 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, NJ 1923, p. 1329 (*Opticien*).

200 Annotatie bij HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 e.v. (*Vernietiging tuberculeus vlees*), op p. 1553, met het oervoorbeeld van de man die aan een ander een deken ontrukte om voor een derde dood door verbranding te voorkomen.

201 Waarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.4.2 (p. 298-302).

202 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300, die daarmee de ‘meerderheid in de rechtsleer’ weergeven. Het ontbreken van vrije wil van de veroorzaker verklaart waarom de rechtvaardigingsgrond wordt beschouwd als toerekeningsuitsluitingsgrond. Vansweevelt en Weyts wijzen daarbij ook op recentere Belgische literatuur waarin ervoor wordt gepleit om de rechtvaardigingsgrond, net als in het strafrecht,

Hoewel naar Nederlands recht niet wordt aangenomen dat de vrije wil van de veroorzaker bij handelen op grond van een rechtvaardiging afwezig is, biedt het eerste deel van de definitie een goede weergave van de kenmerken van de situatie waarin een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet worden gedaan. Het tweede deel van de definitie, over de uitgeschakelde vrije wil van degene die zich in zo'n situatie bevindt, maakt – terecht – duidelijk dat het bij handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond vaak gaat om handelen in een soort 'beklemde toestand', waar men zich probeert uit te redden.

Op dit aspect van de toestand waarin de handelende verkeert, wordt – voor de noodweersituatie – ook door Bijlsma gewezen:

'Van de burger die zich in een noodweersituatie bevindt, wordt veel gevergd. Hij (of zij) moet in zeer kort tijdsbestek de situatie correct inschatten als een situatie waarin hij wordt of dreigt te worden aangevallen, vervolgens moet hij beoordelen of hij nog kan ontkomen en, zo nee, beslissen hoe hij zich zal verdedigen en voorkomen dat hij naar een te zwaar middel grijpt. Tenslotte moet hij handelen overeenkomstig de voorgenomen gedragslijn en zich niet door zijn emoties laten meeslepen.'²⁰³

Op de handelende in deze situatie ligt een grote druk, terwijl voor hem de consequenties van het handelen vaak moeilijk te overzien zijn, aldus Bijlsma. Daarmee moet rekening worden gehouden bij de beoordeling van het handelen:

'Het noodweerrecht biedt daarom ook ruimte voor het maken van fouten. Het erkent dat juist in een nijpende en bedreigende situatie de vermogens van reflexieve zelfcontrole kunnen falen, hetzij door een verkeerde beoordeling (putatieve noodweer), hetzij door een gebrekkige zelfcontrole (noodweereces).'²⁰⁴

Begrip voor het lastige parket waarin de handelende zich bevindt, maar geen pleidooi voor eigenrichting,²⁰⁵ dat is kort samengevat het standpunt van Bijlsma over deze kwestie.

Ook ik meen dat bij de beoordeling van het handelen van wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond een zekere mildheid moet worden betracht. Daarop kom ik verderop in deze studie nog terug, waarbij ik zal

toe te passen op het 'objectieve element van de fout' en niet op het subjectieve, de schuld, derhalve (Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301. Over deze controverse in de Belgische literatuur zie hierna, par. 3.13.2 (België).

203 Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 182, l.k.

204 Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 182, r.k.

205 Bijlsma wijst er terecht op dat al te veel begrip voor de handelende kan uitmonden in relativisering van geweld en van wraakneming. Hij verwijst in dat verband naar uitspraken van Remkes, prins Bernhard, Opstelten en Teeven, tot Baudet en Trump. Zie Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 183.

refereren aan de in deze paragraaf besproken kenmerken van de situatie waarin de handelende zich bevindt.²⁰⁶

3.11.2 Terugblik op Parlementaire Geschiedenis en overgang naar wat volgt

In het voorgaande zijn de belangrijkste volledige rechtvaardigingen geïnventariseerd: Wettelijk voorschrift, wettelijk bevoegdheid, ambtelijk bevel, zaakwaarneming, 'overmacht' opgevat als noodtoestand, en noodweer. Het zijn precies de gronden die als voorbeelden van civielrechtelijke rechtvaardigingsgronden werden genoemd in de Toelichting Meijers.²⁰⁷ Deze gronden worden in de Nederlandse civiele doctrine ook meestal als voorbeeld gegeven van 'de' rechtvaardigingsgronden, die op grond van artikel 6:162 lid 2 de onrechtmatigheid opheffen.²⁰⁸

Voordat ik (in hoofdstuk 4) inga op de figuur van de onvolledige rechtvaardiging, moet de vraag beantwoord zijn of met de hierboven besproken gronden de inventarisatie compleet is.

Daartoe zal ik eerst (in de woorden van Schoordijk:)²⁰⁹ het Nederlandse en niet-Nederlandse civielrechtelijk systeem aftasten. Daarna onderzoek ik welke rechtvaardigingsgronden buiten de voorgaande beschreven zijn in het Nederlandse strafrecht, waarbij ik hun mogelijke relevantie voor het Nederlandse civielrecht bespreek.

3.12 ANDERE RECHTVAARDIGINGEN IN HET NEDERLANDSE CIVIELRECHT?

3.12.1 Verspreide rechtvaardigingen

In Asser/Sieburgh wordt na de bespreking van de verschillende (hierboven behandelde) rechtvaardigingsgronden gesteld:

206 Bij de bespreking van proportionaliteit en subsidiariteit in par. 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*), zie ook par. 7.7.3 (*Margin of appreciation*), bij de bespreking van de invloed van de rechtvaardiging op het oordeel over de handeling in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*) en op diverse plaatsen in hoofdstuk 12 (Invloed op oordeel vergoedingsplicht).

207 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617. Daarnaast wordt nog genoemd art. 25 WVV (tegenwoordig: art. 5 WVV), als algemene rechtvaardiging voor overtreding van de concrete verkeersregels in gevallen waarin het opvolgen van die regels de veiligheid van het verkeer in gevaar zou brengen.

208 Zie bijvoorbeeld Lindenberg, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18, die alle hierboven genoemde gronden noemt.

209 Schoordijk, *Algemeen gedeelte* 1979, p. 453. Recenter over deze methode: Smits, *Bronnen van verbintenissen* 2003, p.61

‘Afgezien van de vier genoemde rechtvaardigingsgronden kunnen ook andere omstandigheden een onrechtmatigheidopheffende werking hebben.’²¹⁰

Hierna worden deze ‘omstandigheden’ besproken en wordt nagegaan of ze inderdaad de onrechtmatigheid opheffen.

3.12.2 Argumenten ontleend aan het systeem van het burgerlijk recht?

Direct na de hierboven aangehaalde zinsnede dat naast de (wat ik maar noem: klassieke) rechtvaardigingsgronden nog andere omstandigheden de onrechtmatigheid kunnen opheffen, wordt in Asser/Sieburgh het volgende gesteld:

‘Argumenten ontleend aan het systeem van het burgerlijk recht kunnen meebrengen dat de civielrechtelijke rechtvaardiging niet steeds compleet is indien een publiekrechtelijke rechtvaardiging wordt aangevoerd resp. dat een publiekrechtelijke rechtvaardiging niet de civielrechtelijke onrechtmatigheid aan de gedraging ontnemt.’²¹¹

Deze passage is ongetwijfeld ingegeven door de gedachten die door Sieburgh zijn verwoord in haar opstel uit 2003 over rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden,²¹² maar wordt in Asser/Sieburgh niet uitgewerkt. Dat is ook niet verwonderlijk: een ‘argument ontleend aan het systeem’ lijkt op zichzelf een nogal vage grondslag om een handeling geheel of gedeeltelijk te rechtvaardigen. De gedachten van Sieburgh lijken vooral betrekking te hebben op de eventuele *vergoedingsplicht* van de handelende. In dat kader worden ze hierna dan ook besproken bij de behandeling van de vraag op welke grondslag de vergoedingsplicht berust bij een gerechtvaardigde daad.²¹³

3.12.3 Wettelijke bevoegdheid, toestemming en zaakwaarneming

Als voorbeeld van een niet uitdrukkelijk in de wet genoemde rechtvaardigingsgrond wijst Asser/Sieburgh vervolgens op de wettelijke bevoegdheid.²¹⁴ Die verwijzing is lastig te plaatsen. De grond is al in de Toelichting Meijers genoemd als voorbeeld van een rechtstreeks op de wet gebaseerde rechtvaardiging.

210 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/94.

211 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/94.

212 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003.

213 In par. 12.4 (*Andere grondslagen? De vijf casus van Sieburgh*), waar de door Sieburgh geschetste casus integraal worden besproken.

214 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/94.

gingsgrond.²¹⁵ En zoals bij de bespreking van het wettelijke voorschrift (in paragraaf 3.5) al bleek, wordt de wettelijke bevoegdheid in het algemeen begrepen onder de categorie van het wettelijk voorschrift. Ook door Asser/Sieburgh zelf wordt de wettelijke bevoegdheid tezamen met het wettelijk voorschrift besproken als een van de rechtstreeks uit het strafrecht (en uit de strafwet, zie artikel 42 Sr) afkomstige rechtvaardigingsgronden.²¹⁶ Dat kan dus niet worden aangemerkt als nieuwe categorie, naast de in de voorgaande paragrafen besproken gronden.

Daarna wordt toestemming van de benadeelde genoemd:

‘De bevoegdheid tot het maken van een op zichzelf ongeoorloofde inbreuk op eens anders recht kan ook ontleend worden aan toestemming van de gerechtigde, bijv. de toestemming van de patiënt aan de chirurg tot het verrichten van een operatie.’²¹⁷

Ook toestemming kwam hierboven (in 3.9) al aan de orde en werd als civielrechtelijke kwalificatiefout aangemerkt. Niet in te zien is welk handelen gerechtvaardigd zou moeten worden in het geval een chirurg na verkregen toestemming van de patiënt een operatie bij die patiënt uitvoert.²¹⁸

Dat zaakwaarneming in bepaalde gevallen als volledige rechtvaardigingsgrond geldt, is hierboven (in 3.10) al besproken, en werd in de Toelichting Meijers al geconstateerd.²¹⁹

3.12.4 Handelen in het algemeen belang en aanbieden van schadevergoeding

In het vervolg van de zoektocht naar andere volledige rechtvaardigingsgronden bespreekt Asser/Sieburgh de situatie dat de ter rechtvaardiging aangevoerde omstandigheden gelegen zijn in de behartiging van het straf- en/of publiekrecht beschermd belang (kortweg: handelen in het algemeen belang):

‘Hoezeer optreden van de overheid vanuit het door het strafrecht en/of bestuursrecht beschermde algemene belang ook noodzakelijk, wenselijk en gerechtvaardigd mag zijn, dit verklaart geenszins waarom de aantasting van het door het burgerlijk recht beschermde belang van een (beperkte) groep burgers civielrechtelijk gerechtvaardigd is.’²²⁰

215 Zie de in het begin van dit hoofdstuk al aangehaalde passage, TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

216 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/92.

217 Nog steeds Asser/Sieburgh 6-IV 2019/94.

218 Zie hierboven, par. 3.9.3 (*Toestemming voorkomt onrechtmatigheid*). Dat schrijft overigens ook Scholten in zijn annotatie bij het door Asser/Sieburgh (6-IV 2019/94) aangehaalde arrest HR 31 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4906, NJ 1969/241.

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

220 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/95.

Die observatie is juist. Eruit volgt dat dit type belangen dus niet kan gelden als complete rechtvaardiging en niets toevoegt aan de hierboven besproken volledige rechtvaardigingsgronden. Handelen in het algemeen belang wordt dan ook hierna, in hoofdstuk 4, bij de onvolledige rechtvaardigingen besproken. Mijns inziens geldt ook in de leer-Bregstein,²²¹ die met kennelijke instemming wordt aangehaald door Asser/Sieburgh.²²² Bregstein gaat uit van een rechtvaardigingsgrond in wording die kan worden gecompleteerd doordat 'de dader zich de belangen van de benadeelde heeft aangetrokken'²²³ door het betalen of aanbieden van schadevergoeding. Beide aspecten doen al uitkomen dat het niet om een volledige rechtvaardigingsgrond gaat. Het enkele beroep op het algemeen belang kan de handeling niet (geheel) rechtvaardigen en schiet dus tekort als rechtvaardigingsgrond. Wanneer daarnaast voorafgaand aan de handeling is aangeboden alle schade te vergoeden, is niet in te zien wat nog het onrechtmatig karakter van de handeling zou zijn. In dat geval behoeft er niets te worden gerechtvaardigd en komt men aan een rechtvaardigingsgrond niet toe. Wanneer voorafgaand aan de handeling geen of onvoldoende schade is aangeboden of betaald, heeft de handelende zich de belangen van de benadeelde onvoldoende aangetrokken. En dan is de daad dus niet (volledig) gerechtvaardigd.

3.12.5 Andere rechtvaardigingsgronden?

In de slotparagraaf van de zoektocht naar andere volledige rechtvaardigingsgronden stelt Asser/Sieburgh dat het in de lijn der ontwikkeling ligt dat 'nog andere omstandigheden als rechtvaardigingsgrond zullen worden erkend'. In dat verband noemt zij het hebben getroffen van maatregelen ter voorkoming van de schade,²²⁴ wat mijns inziens geen andere kwestie is dan het (zojuist besproken) zich aantrekken van de belangen van de benadeelde.

Daarnaast wordt gewezen op 'sommige theorieën in verband met (...) kosteloos meerijden'. Ook hier zie ik geen volledige rechtvaardiging. Wanneer in een situatie van kosteloos meerijden schade ontstaat, wil dat niet zeggen dat er geen aansprakelijkheid zou kunnen zijn, zoals ook Asser/Sieburgh zelf (aan de hand van de rechtspraak) beschrijft in nr. 278.²²⁵

221 Deze leer komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), zie met name par. 4.3.2 (*Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording*).

222 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/95 slot en 96.

223 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/96.

224 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/97.

225 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/278. Hier wordt de rechtspraak van de Hoge Raad besproken, waaruit blijkt dat de afspraak om kosteloos met een ander mee te rijden de aansprakelijkheid niet opheft, maar wel een reden kan zijn om een eventuele vergoedingsplicht te verminderen. Die rechtspraak wordt hierna, in par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*), in een breder kader geplaatst.

Tot slot wordt gewezen op het arrest van de Edamse bijstandsvrouw.²²⁶ Het betreft de zaak van de door haar buurman (tevens adjunct-directeur van de GSD) bespiede bijstandsmoeder, waarbij door de rechter twee grondrechten moesten worden afgewogen: het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van het privéleven.²²⁷

De Hoge Raad gaat in rechtsoverweging 4.5 er vanuit – ‘de (...) weergeven feiten laten geen andere conclusie toe dan’ – dat de buurman inbreuk op het recht van zijn buurvrouw op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer heeft gemaakt, zie artikel 8 lid 1 EVRM. Daarmee staat de onrechtmatigheid van het gedrag van de spiedende buurman in principe vast. De Hoge Raad volgt daarmee het klassieke schema van artikel 6:162 lid 1. Vervolgens wordt (in r.o. 4.6) bezien wat in dit geval als rechtvaardiging van de inbreuk wordt aangevoerd. Het aangevoerde recht moet sterk genoeg zijn om het oordeel over de vastgestelde onrechtmatige daad te veranderen.²²⁸ Daarvoor is ‘de enkele (...) vrijheid van meningsuiting onvoldoende’, zo stelt de Hoge Raad voorop. Maar dat betekent nog niet dat de buurman onrechtmatig handelde. In aansluiting op artikel 8 lid 2 EVRM (waar geregeld is onder welke omstandigheden op het recht van lid 1 een inbreuk toelaatbaar is) ‘kan (...) uit geschreven of ongeschreven recht een rechtvaardigingsgrond voortvloeien’, zo overweegt de Hoge Raad. Hij voegt eraan toe dat hier in het bijzonder een verband kan worden gelegd met de inmenging van het openbaar gezag met het oog op de controle op de naleving van de ABW.²²⁹

Asser/Sieburgh stelt dat de Hoge Raad met dit arrest het subjectieve recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer erkende, en tevens de mogelijkheid aanvaardt ‘dat een inbreuk op dit recht wordt gerechtvaardigd door “de belangen die door het verzamelen en aan de (bijstand verlenende) overheid doorgeven van gegevens ... worden gediend”’.²³⁰ Ik zou het anders omschrijven. Mijns inziens is in een geval als dit geen sprake van een bijzondere rechtvaardigingsgrond, of van een ‘omstandigheid’ die als een rechtvaardigingsgrond zou gelden. In dit geval gaat het om een inbreuk op een recht (van artikel 8 lid 1 EVRM) die gerechtvaardigd moet worden. De rechtvaardiging wordt hier gevonden in de toepassing van de wet, en wel het tweede lid van het geschonden wetsartikel, welk lid omschrijft in welke gevallen de inbreuk toelaatbaar kan zijn. De rechtvaardigingsgrond is dan niets anders dan het beroep op een wettelijke bevoegdheid. En of die bevoegdheid voldoende rechtvaardiging biedt, is een vraag die alleen in het licht van de omstandig-

226 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/97.

227 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928, m.nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsvrouw*).

228 Zie hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), met name par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

229 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928, m.nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsvrouw*), r.o. 4.5 en 46.

230 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/97.

heden, en van de verschillende wetsbepalingen beantwoord kan worden, waarbij gewogen worden de ernst van de inbreuk tegenover de belangen die aan de zijde van de inbreukmaker speelden, zoals de Hoge Raad in r.o. 4.7 uitdrukkelijk overweegt. Dat is in principe een feitelijke kwestie – die de Raad dan ook overlaat aan het hof na verwijzing.

3.12.6 Conclusie

Buiten de klassieke rechtvaardigingsgronden zijn in het Nederlands burgerlijk recht op het gebied van de onrechtmatige daad geen andere volledige rechtvaardigingsgronden te vinden dan hierboven, in paragraaf 3.3-3.10 besproken; de strafrechtelijke gronden plus zaakwaarneming.

3.13 ANDERE RECHTVAARDIGINGEN IN HET NIET-NEDERLANDSE CIVIELRECHT?

3.13.1 Inleiding

Bij het onderzoek van de verschillende soorten rechtvaardigingsgronden is het goed om te bezien of in het buitenlands burgerlijk recht andere volledige rechtvaardigingsgronden dan de Nederlandse te vinden zijn. In dat kader kan worden volstaan met een korte beschouwing.

3.13.2 België

Door Vansweevelt en Weyts wordt een rechtvaardigingsgrond beschreven als

‘een bevrijdingsgrond waarbij een bepaald schadeverwekkend gedrag gerechtvaardigd wordt door een ander feit of gedrag en aldus niet tot aansprakelijkheid aanleiding geeft’.²³¹

Zij stellen vast dat de situering van rechtvaardigingsgronden in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in de Belgische rechtsleer tot een controversie heeft geleid. Een meerderheid in de rechtsleer situeert deze gronden ‘op het

231 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300.

vlak van de toerekenbaarheid',²³² en hanteert de volgende omschrijving van rechtvaardigingsgronden:

'Een rechtvaardigingsgrond betreft een externe, onvoorzienbare en onoverkomelijke omstandigheid, die de vrije wil van de schadeverwekker uitschakelt. Bij ontstentenis van wil, is zijn gedrag hem niet toerekenbaar. Hij begaat aldus geen fout. Als rechtvaardigingsgronden komen in aanmerking: de wettige verdediging, het bevel van de overheid, de noodtoestand, de dwang en de onoverkomelijke dwaling.'²³³

Vansweevelt en Weyts wijzen er echter op dat 'recenter' een aantal auteurs ervoor heeft gepleit om in het aansprakelijkheidsrecht deze theorie te verlaten en aansluiting te zoeken bij het strafrecht, dat onderscheidt tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden;²³⁴

'Rechtvaardigingsgronden zijn omstandigheden die een strafbaar feit zijn onrechtmatig karakter doen verliezen. Zij "rechtvaardigen" a.h.w. een strafbaar feit, doordat een ontoelaatbare gedraging als gevolg van die omstandigheid niet meer als strijdig met het recht wordt beschouwd. Als rechtvaardigingsgronden worden aanvaard: de wettige verdediging (art. 416 Sw.), het wettelijk voorschrift en het hoger bevel (art. 70 Sw.), en de noodtoestand. Schulduitsluitingsgronden of schuldontheftingsgronden, daarentegen, hebben betrekking op de schuld van de dader. Zij heffen

232 Tot deze meerderheid rekenen Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300, voetnoot 1459 ook Cornelis. Zie Cornelis, *Beginselen Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* 1989, nr. 18 en 19, die ervan uitgaat dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond de *toerekeningsvatbaarheid* van de aangesprokene opheft. Over het onderscheid met schulduitsluitingsgronden wordt gediscussieerd, mede i.v.m. de aanstaande hervorming van het aansprakelijkheidsrecht, zie Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, 67-74.

233 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 300. Ook het Hof van Cassatie hanteert deze indeling, aldus Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301, met verwijzing naar rechtspraak. In de jurisprudentiebundel van Vansweevelt is van deze rechtspraak per grond een voorbeeld gegeven, *Jurisprudentiebundel Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2004, p. 151-159.

234 Vansweevelt en Weyts verwijzen (*Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301, voetnoot 1462) onder anderen naar Jocqué, en zijn publicatie uit 2007. In diens nadien verschenen *Naar een objectivering van de fout?* bepleit Jocqué een meer 'objectieve' benadering van het subjectief element van de fout, waaraan een wettelijke omschrijving van rechtvaardigingsgronden volgens hem zou kunnen bijdragen (*Naar een objectivering van de fout in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht?* 2017, p. 383). Zie in dit verband ook het werk van Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 67-74, met een uiteenzetting van de keuzes die op dit terrein voorliggen in het voorontwerp van Wet van 6 augustus 2018 houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek. Recent over het nieuwe Belgische privaatrecht het themanummer van WPNR 2021/7738 met de bijdrage van H. Bocken en G. Jocqué: *Het ontwerp van nieuw Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op p. 666-673. Hierin wordt gesteld dat het ontwerp niet langer het subjectief element als voorwaarde van de fout hanteert, maar dat dit subjectief element nog wel een rol speelt bij de hierboven genoemde rechtvaardigingsgronden ('gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid'), zie p. 669-670.

de schuld van de dader op. Het gedrag van de dader blijft ontoelaatbaar, maar dit gedrag kan hem niet worden verweten. Als schulduitsluitingsgronden komen in aanmerking: dwang (art. 71 Sw.) en dwaling. Kortom, toegepast op het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: een rechtvaardigingsgrond neemt het objectieve element van de fout weg, terwijl een schulduitsluitingsgrond het subjectieve element van de fout uitschakelt.²³⁵

Ook al is de indeling van de gronden – volgens de heersende Belgische literatuur – een andere dan in Nederland,²³⁶ omdat zij uitgaat van een uitschakeling van de vrije wil; het Belgische recht kent geen andere rechtvaardigingsgronden dan de Nederlandse die hierboven besproken zijn. Wettige verdediging, noodtoestand, bevel of toelating van de wet of van de overheid zijn te herkennen als noodweer, noodtoestand en wettelijk voorschrift of bevoegdheid en ambtelijk bevel.²³⁷ De gronden dwang (in de zin van overmacht)²³⁸ en dwaling zijn in het Nederlands burgerlijk recht te kwalificeren als schulduitsluitingsgronden.²³⁹

3.13.3 Frankrijk

Het Franse recht kent geen nieuwe rechtvaardigingsgronden ten opzichte van die hierboven voor Nederland en België zijn beschreven, zij het dat in Frankrijk ook risicoaanvaarding/toestemming als rechtvaardigingsgrond wordt geaccepteerd. Anders dan in België is er geen discussie over de aard van de rechtvaardigingsgrond: deze ontnemt het onrechtmatig karakter aan de handeling.²⁴⁰

235 Vansweevelt en Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/442, p. 301. De controverse over de indeling in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden wordt uitgewerkt op p. 301-306.

236 En anders dan in de meeste andere Europese landen, zie de volgende paragrafen.

237 In Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 71 wordt ook toestemming in de reeks rechtvaardigingsgronden genoemd. Toestemming is hierboven al gediskwalificeerd als rechtvaardigingsgrond. Vgl. Voor het Belgische recht nog Cornelis en Van Ommeslaghe, *Les faits justificatifs* 1984, p. 287, Van Gerven, *Verbintenissenrecht* 2006, p. 376. En over het bewijs bij rechtvaardigingen: W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia, 2017, p. 149-171 en 727-733.

238 In welke zin ook Vansweevelt en Weyts dwang opvatten, zie *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/458, p. 314-315.

239 Dat hoeft toerekening echter niet uit te sluiten, zie over dwaling en overmacht als schulduitsluitingsgrond resp. par. 9.7.3 (*Kennen*) en 9.7.4 (*Kunnen*). En zie i.v.m. toerekening: par. 9.8 (*Toerekening*), m.n. 9.8.7.2 en 9.8.7.3.

240 Zie Flour & Aubert, *Les Obligations* 2 1997, nr. 112, p. 105: 'Le fait justificatif s'entend d'une circonstance particulière qui abolit le caractère fautif que revêt apparemment une conduite dommageable'. Door de Grotius Pothier Onderzoeksgroep worden de verschillen op dit punt tussen het Belgische, Franse en Nederlandse recht beschreven, zie In Grotius-Pothier Onderzoeksgroep, *Een rechtsvergelijkende analyse* 2020, nr. 68-72.

Verwezen kan worden naar Viney en Jourdain, die als ‘faits justificatifs’ noemen:

1. l’ordre ou la permission de la loi,²⁴¹
2. le commandement de l’autorité légitime,²⁴²
3. la légitime défense,²⁴³
4. l’état de nécessité,²⁴⁴ en
5. le consentement de la victime et l’acceptation des risques.²⁴⁵

Overeenkomend met de Nederlandse gronden zijn de eerstgenoemde: wettelijke plicht of bevoegdheid, ambtelijk bevel, noodweer en noodtoestand. Toestemming van het slachtoffer kan voor Nederland echter niet gelden als rechtvaardigingsgrond,²⁴⁶ risicoaanvaarding evenmin.²⁴⁷

3.13.4 Duitsland

Bij Fuchs is een wel zeer bondige beschrijving van de Duitse rechtvaardigingsgronden te vinden:

‘Die Rechtswidrigkeit ist zu verneinen, wenn dem Schädiger ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Als Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere Notwehr, rechtfertigender Notstand, rechtfertigender Einwilligung des Verletzten sowie Wahrnehmung berechtigter Interessen in Betracht.’²⁴⁸

Opvallend in de omschrijving is dat deze – behalve de ook in het Belgische en Franse recht aangenomen toestemming van de benadeelde – evenals in het Nederlandse recht ook uitgaat van zaakwaarneming, naast de bekende rechtvaardigingsgronden noodweer en noodtoestand, maar dat daarin een verwijzing naar de algemeen aanvaarde wettelijke plicht of bevoegdheid en ambtelijk bevel ontbreekt. Deze is wel te vinden bij Fikentscher.²⁴⁹

241 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/558, p. 647 e.v.

242 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/562, p. 655 e.v.

243 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/563, p. 658 e.v.

244 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/566, p. 663 e.v.

245 Viney & Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* 2013/572, p. 671 e.v.

246 Zie daarover hierboven, par. 3.9 (Toestemming: eveneens een civielrechtelijke kwalificatiefout) en hierna, par. 6.4.6 (Huidige visie op risicoaanvaarding).

247 In welke zin ook Vansweevelt en Weyts dwang opvatten, zie *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* 2009/458, p. 314-315.

248 Fuchs, *Deliktsrecht* 2004, p. 75. Zie nog Stoll, *Grounds of Justification as a Defence to Liability* 1984. Zie verder vooral ook Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, p. 44-56 en Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, § 21, p. 238-258.

249 Fikentscher & Heinemann, *Schuldrecht* 2006, p. 319, waar *Handeln aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnisse*, naast *Handeln aufgrund privatrechtlicher Befugnisse*, wordt genoemd.

3.13.5 Anglo-Amerikaanse systemen

In het Engelse recht en Amerikaanse recht is een ruime plaats ingeruimd voor de bespreking van toestemming,²⁵⁰ dat naar Nederlands recht niet als rechtvaardiging kan worden gezien. Deze stelsels kennen verder in grote lijnen dezelfde rechtvaardigingen als de Nederlandse; Private defence (noodweer), Necessity (noodtoestand) en Public Policy/Statutory Authority (bevoegdheden ontleend aan de wet).²⁵¹ Winfield en Jolowicz beschrijven daarnaast Mistake (dwaling) dat bij ons tot de schulduitsluitingsgronden wordt gerekend, Inevitable Accident en Acts of God, welke categorieën in Nederland onder overmacht geschaard zouden worden en Duress (dwang, bedreiging) wat naar Nederlands recht niet als rechtvaardiging, maar mogelijk als schulduitsluiting (overmacht) geldt.²⁵²

3.13.6 PETL

De vierde titel van PETL betreft de verweren ('Defences') tegen een onrechtmatige daadsactie.²⁵³ De rechtvaardigingsgronden worden besproken in artikel 7:101:

'7:101: Defences based on justifications:

- (1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately
 - a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),
 - b) under necessity,
 - c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),
 - d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or
 - e) by virtue of lawful authority.
- (2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.
- (3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.'

250 Voor het Engelse recht zie *Winfield and Jolowicz on Tort* 2010, dat maar liefst 9 paragrafen wijdt aan de verschillende problemen bij Consent, zie hoofdstuk 25, par. 1 A-I. Zie ook Markesinis & Deakin's *Tort Law* 2013, p. 513-515. Voor het Amerikaanse recht zie Epstein, *Torts* 1999, p. 40 e.v. en Dobbs, *The Law of Torts* 2000, hoofdstuk 5, p. 216 e.v.

251 *Winfield and Jolowicz on Tort* 2010, hoofdstuk 25, resp. par. 6, 7, 2 en 9. Zie ook Jolowicz, *Grounds of Justification* 1984, p. 223-248, die verder een onderscheid maakt tussen General en Specific Defences. Zie i.v.m. het Anglo-Amerikaanse recht nog de bespreking van White, *Grounds of Liability* 1985, die veel de beschreven situaties aanmerkt als 'involuntary acts', zie p. 59-60.

252 *Winfield and Jolowicz on Tort* 2010, hoofdstuk 25, Mistake par. 3, Inevitable Accident par. 4, Act of God par. 5, Duress par. 8.

253 De verweren kwamen hierboven al kort ter sprake, toen de parallel werd gesignaleerd tussen de in Nederland erkende rechtvaardigingsgronden en de 'defences' genoemd in PETL, in par. 3.8.1 (*Parallel met PETL*). Zie over de algemene norm bij schuldaansprakelijkheid: T. Hartlief, PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault, *AV&S* 2007, 2, p. 49-54.

Aansprakelijkheid is uitgesloten in de hierboven besproken situaties van noodweer (self-defence en self-help), noodtoestand (necessity), en ambtelijk bevel/wettelijke bevoegdheid (virtue of lawful authority). De ook genoemde toestemming en risicoaanvaarding (consent of the victim; where the victim has assumed the risk of being harmed) kunnen naar Nederlands burgerlijk recht niet gelden als volledige rechtvaardigingen.

Opmerkelijk is de in het tweede lid gegeven beperking, dat het voor de vraag of aansprakelijkheid is uitgesloten, aankomt op het gewicht van de ingeroepen rechtvaardiging aan de ene kant en de voorwaarden voor aansprakelijkheid aan de andere. Ik kom daarop hierna nog terug.²⁵⁴

Het volgende artikel betreft de verweren tegen risicoaansprakelijkheid:

'7:102. Defences against strict liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

- a) force of nature (force majeure), or
- b) conduct of a third party.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).'

Hier wordt de overmacht geregeld, die hierboven als volledige rechtvaardiging is uitgesloten, maar als schulduitsluitingsgrond een rol kan spelen. Daarover nader in hoofdstuk 9 (Schuld).

En ook is in het tweede lid, evenals in artikel 7:101 lid 2, de verwijzing naar de weging tussen de aansprakelijkheid en de ingeroepen rechtvaardiging opgenomen.

Het achtste hoofdstuk (Contributory conduct or activity of the victim) regelt de eigen schuld van de benadeelde (of diens hulppersoon). Dat is in het kader van rechtvaardigingsgronden minder relevant, maar kan wel een rol spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoeding.²⁵⁵

Het systeem van de PETL voegt aan het Nederlandse recht geen andere gronden toe dan de reeds bekende.

Wel voegt het (in lid 2 en 3 van 7:101 en lid 2 van 7:102) een bijzondere regel toe, in die zin dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet per se tot een verval van aansprakelijkheid hoeft te leiden, waarmee in principe alle gevolgen open blijven. Uit de toelichting valt op te maken dat uitsluiting van aansprakelijkheid bij de aangevoerde gronden van artikel 7:101 regel is:

254 In hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*), bijv. bij de bespreking tussen de grondslag van aansprakelijkheid en het verweer ertegen, in par. 11.2 (*Nadere beschouwing*).

255 Daarover: hoofdstuk 12 (*Involed op oordeel vergoedingsplicht*).

'As the rule reads now, any such reason leads to the exclusion of liability, whereas a mere reduction should be only considered in "extraordinary cases" (para 3).'²⁵⁶

Een voorbeeld dat aanleiding voor de regeling vormde, was het probleem van de 'wrongful selfdefence'- iemand valt een ander aan omdat hij abusievelijk denkt dat hij wordt aangevallen door die persoon. Een ander voorbeeld is dat van degene die zichzelf onvoorzichtig in gevaar brengt en dan schade aan anderen toebrengt om hem te redden. In dat soort gevallen is beperking van aansprakelijkheid beter dan volledige uitsluiting, aldus de toelichting.²⁵⁷

Mijns inziens kunnen de besproken gevallen beter worden opgelost vanuit een uitleg van de voorwaarden van bijvoorbeeld noodweer, of een culpa in causa (of eigen schuld) redenering.²⁵⁸ Met Sieburgh ben ik het eens als zij over de regeling concludeert: 'Als rechtsonzekerheid onwenselijk is, geef dan onverknijpte zekerheid door aan een gelimiteerd aantal rechtvaardigingsgronden een duidelijk rechtsgevolg te verbinden.'²⁵⁹ Het leidt Sieburgh tot deze kritiek op de regeling:

'Wat redenen voor aansprakelijkheid kunnen zijn die opwegen tegen een aangetoonde grond voor rechtvaardiging is in de toelichting op geen enkele wijze aangegeven. Het enige wat op verschillende plaatsen wordt herhaald, is dat het gaat om een "flexible approach". Een flexible approach is naar mijn mening een grote verworvenheid, maar de vraag is of de instrumenten die daartoe moeten leiden ook "flexible" moeten zijn. In veel gevallen geldt dat met een "flexible instrument" überhaupt geen "approach" valt te bewerkstelligen.'²⁶⁰

Het is waar dat de PETL geen uitsluitsel geven over de vraag in welke situatie een ingeroepen rechtvaardiging niet tot verval van aansprakelijkheid leidt. Hierna, in hoofdstuk 11 en 12, zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de vraag hoe de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond doorwerkt in het oordeel over de onrechtmatigheid en over de schadevergoedingsverplichting.²⁶¹ Maar op dit punt van het betoog volstaat (een herhaling van) de constatering dat de PETL geen nieuwe rechtvaardigingsgronden toevoegen aan de klassieke in het Nederlandse recht gehanteerde gronden.

256 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, p. 123 (Koch).

257 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, eveneens p. 123 (Koch).

258 Daarover hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*), waar de route via de onrechtmatigheid of eigen schuld wordt besproken.

259 Sieburgh, *PETL: Defences 2008*, onder 34, p. 63.

260 Sieburgh, *PETL: Defences 2008*, onder 20, p. 60.

261 Zie met name ook par. 11.7.1 (*Geschillenbeslechting, Toulmin en PETL*).

3.13.7 DCFR

In de Draft Common Frame of Reference (DCFR) dat 'Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law' geeft, komt men geen andere verweren tegen.

Het DCFR regelt in de artikelen VI-5:101 en 102 de toestemming en risico-aanvaarding (Consent and acting at own risk), respectievelijk eigen schuld (Contributory fault and accountability). In IV-2:101 volgt wettelijke bevoegdheid (Authority conferred by the law); in VI-5:202 noodweer, zaakwaarneming en noodtoestand (Self-defence, benevolent intervention and necessity); en tot slot een bijzondere rechtvaardiging gelegen in de bescherming van algemene belangen (Protection of public interest). Daarna worden enkele gevallen van 'Inability to control' geregeld: 'mental incompetence' (dat in Nederland onder de schulduitsluitingsgronden zou worden gerangschikt), en 'event beyond control' (overmacht, dat in Nederland als schulduitsluitingsgrond wordt aangemerkt).

Ook aan de DCFR zijn dus geen andere (volledige) rechtvaardigingsgronden te ontleen dan in dit hoofdstuk besproken.

3.13.8 Conclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat in de buitenlandse rechtssystemen weliswaar andere gronden tot de rechtvaardigingen worden gerekend, zoals toestemming, eigen schuld, risicoaanvaarding, en overmachtsfiguren. Maar naar Nederlands recht worden deze als schadebeperkende omstandigheid of schulduitsluiting gekwalificeerd; er zijn daarmee geen nieuwe rechtvaardigingsgronden opgespoord.

3.14 ANDERE RECHTVAARDIGINGEN IN HET STRAFRECHT

3.14.1 Inleiding

Behalve de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden, wordt in het strafrecht nog genoemd: het ontbreken van materiele wederrechtelijkheid. Deze wordt algemeen in het strafrecht erkend, maar nauwelijks toegepast.²⁶² Verder onderscheidt Strijards nog drie rechtvaardigingsgronden: persoonlijke hoeda-

²⁶² Voor een uitgebreide weergave van de discussie over de grond: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, die zijn bespreking op p. 351 besluit met de conclusie: 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties'.

nigheden, verzetsrecht, en vergunningen/ontheffingen.²⁶³ Hij geeft daarmee de heersende leer weer.²⁶⁴ Van alle genoemde gronden geef ik aan hoe ze naar mijn mening in het civielrechtelijk systeem moeten worden ingepast.

3.14.2 Ontbreken materiële wederrechtelijkheid/ zorgvuldigheid als rechtvaardiging

Interessant, ook voor het burgerlijk recht, is de situatie die zich zou voordoen, 'indien de strafrechtelijke zorgplichtschending het door de delictsomschrijving beschermde rechtsbelang dient. Door de strafwet te overtreden, zou de achter de wet liggende norm *beter* opgevolgd worden dan door onthouding van wetsschennis'.²⁶⁵ In zo'n geval spreekt men van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, door de Hoge Raad eenmaal als exceptie aanvaard, in het Huizer veearts-arrest van 1933.²⁶⁶ Of deze grond *in het strafrecht* als rechtvaardigingsgrond zou (moeten) gelden, is een vraag die in een civielrechtelijke studie als deze niet beantwoord kan en hoeft te worden.²⁶⁷

Voor het burgerlijk recht is bepleit als rechtvaardigingsgrond aan te nemen de evenknie van afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid, namelijk: het

263 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 70-76. *Hazewinkel-Suringa/Remmeling* 1996 onderscheidt naast afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid (p. 343-353) en het verzetsrecht (p. 374) nog de hierboven al besproken toestemming, en het tucht- en beroepsrecht (p. 357-373, te beschouwen als bijzondere persoonlijke hoedanigheden) en voegt eraan toe: 'desuetudo of non usus': de theoretische mogelijkheid, 'dat een geheel of ten dele obsoleete strafbepaling (...) door een uit de rechtsorde af te leiden contrariërende norm van gewoonterechtelijke aard zou worden opzij gezet' (p. 373). Voor het civiele recht (waar het trouwens niet een zuiver theoretische kwestie betreft, zie HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:13795, NJ 1991/265 (*Club 13*)), lijkt mij het argument als rechtvaardigingsgrond op zichzelf niet sterk genoeg. De in *Hazewinkel-Suringa/Remmeling* opgesomde gronden worden ook genoemd door Bakker, (*On*)*geschreven excepties* 2020, die verder wetenschap en kunst noemt (p. 225).

264 Een recent overzicht van ongeschreven strafuitsluitingsgronden is te vinden bij Bakker, die in dit verband ook spreekt van 'contextgebonden excepties': Bakker, (*On*)*geschreven excepties* 2020, p. 225-231.

265 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 72.

266 HR (Strafkamer) 20 februari 1933, ECLI:NL:HR:1933:229, NJ 1933, p. 918 (*Huizer veearts*). Daarna is de exceptie nooit meer aanvaard.

267 Strijards zegt erover: 'Ik denk dat een dergelijke exceptie naar Nederlands strafrecht geen bestaansrecht heeft' (*Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 74). Broekman en 't Hart daarentegen, bepleiten erkenning en wettiging van de exceptie (*Normverlegend gedrag en justitieel beleid*, p. 87). De conclusie van De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.6, p. 351, is zojuist al aangehaald; 'De algemene exceptie heeft geen toegevoegde waarde naast de reeds bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden en excepties'.

ontbreken van onzorgvuldigheid.²⁶⁸ Die visie zal ik hierna bestrijden.²⁶⁹ Nu reeds kan ik er het volgende over zeggen.

Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt de aanwezigheid van een normschending.²⁷⁰ Wanneer een dergelijke normschending eenmaal is aangenomen, is moeilijk in te zien hoe het feit dat de handelende zorgvuldig te werk ging bij het plegen van de normschending alsnog zou kunnen voorkomen dat aansprakelijkheid ontstaat.

Naar ik meen, moet voor de beoordeling van het verweer dat onzorgvuldigheid ontbreekt, worden onderscheiden naar de aard van de onrechtmatige handeling die aan de gedaagde wordt verweten.

Wanneer de vordering van eiser is gegrond op diens stelling dat gedaagde jegens hem onzorgvuldig heeft gehandeld, is het beroep van gedaagde op het ontbreken van onzorgvuldigheid niets anders dan een betwisting van de stellingen van eiser. In die situatie voert de verweerder geen exceptief verweer, maar is zijn verweer ten principale gericht tegen de stelling dat aan alle voorwaarden van artikel 6:162 zou zijn voldaan. Wanneer dat verweer slaagt, is inderdaad sprake van afwezigheid van onzorgvuldigheid, waarmee dan wordt bedoeld dat de handeling niet onrechtmatig is. Maar in die situatie is geen sprake van een onrechtmatige daad die wordt gerechtvaardigd. In dit geval namelijk, haalt de daad de kwalificatie 'onrechtmatig' niet eens. De eiser heeft dan één van de voorwaarden van artikel 6:162 (de schending van de zorgvuldigheidsnorm waarop hij zich beriep) niet kunnen aantonen.

Wanneer de vordering van eiser is gegrond op één van de andere onrechtmatigheidscategorieën, inbreuk en recht en strijd met een wettelijke plicht, kan de gedaagde het verweer voeren dat hij weliswaar een rechtsinbreuk maakte of een plicht schond, maar dat hij toch niet onzorgvuldig handelde en dat de daad daarom niet als onrechtmatig is aan te merken.²⁷¹ In die situatie kan men zeggen dat sprake is van een verweer dat de onzorgvuldigheid ontbreekt. Maar wie zich praktisch probeert voort te stellen hoe zo'n verweer vorm moet krijgen, bemerkt meteen de tekortkomingen van het verweer. De heel algemene stelling dat er weliswaar sprake is van bijvoorbeeld inbreuk op een auteursrecht, maar dat dit zorgvuldig is gedaan, zal uiteraard geen kans van slagen hebben. De verweerder zal zich, als eenmaal een rechtsinbreuk vaststaat, niet kunnen verschansen achter een vaag zorgvuldighedsverweer, hij zal concreet moeten aangeven waarom zijn handelen niet onzorgvuldig was. Daartoe zal hij zich op een ander of beter recht dan eiser moeten beroepen. Op een rechtvaardigingsgrond, derhalve.

268 Zie: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. Zie ook Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 208-224.

269 Zie par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

270 Zie nogmaals hierboven, par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

271 In wezen gaat het dan om een toepassing van de leer-Smits. Daarop kom ik zeer uitgebreid terug in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

Ook voor een verweer als het ontbreken van onzorgvuldigheid zie ik dan ook geen mogelijkheid dit te kwalificeren als volledige rechtvaardiging. Het is te vaag en algemeen.²⁷²

3.14.3 Persoonlijke hoedanigheden

De hoedanigheid van de dader kan leiden tot een verzwaring van de straf. Zie bijvoorbeeld artikel 140 lid 3 Sr over deelname aan een criminele organisatie: 'Ten aanzien van de oprichters, leiders of bestuurders kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.' In zo'n geval *bepaalt* volgens Strijards de persoonlijke hoedanigheid van de dader de wederrechtelijkheid van de gedraging. 'De keerzijde hiervan is, dat persoonlijke omstandigheden de wederrechtelijkheid ook kunnen *opheffen*', aldus Strijards.²⁷³ Als voorbeelden noemt hij het ouderlijk tuchtigingsrecht en verder de situaties die in Hazewinkel-Suringa/Remmelink worden besproken onder de kop: 'Sport/Seks/Studentenkorps'.²⁷⁴

Voor het burgerlijk recht zullen de genoemde hoedanigheden onvoldoende zijn om op zichzelf als volledige rechtvaardiging van een onrechtmatige daad in de genoemde omstandigheden te kunnen gelden. De omstandigheden waaronder een schade toebrengende gedraging plaatsvond (sport en spel, verenigingsleven, gezinssituaties) kunnen meebrengen dat de gedraging minder snel als onrechtmatig wordt bestempeld.²⁷⁵ Die omstandigheden (en daarmee dus de hoedanigheid van de dader) kunnen relevant zijn als factor bij de vorming van het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel over de gedraging, maar zij vormen geen zelfstandige civielrechtelijke rechtvaardigingsgronden. Toen Nijgh een tennisbal in het oog van Heck sloeg, kon het enkele verweer dat de schade werd toegebracht door hem als (mede)speler tijdens een tenniswedstrijd, hem niet baten tegen de schadevergoedingsactie die Heck jegens hem instelde op grond van onrechtmatige daad. Wel oordeelde de Hoge Raad dat in een situatie als die van het tennisspel voor het aannemen van onrechtmatigheid zwaardere eisen gelden dan buiten die spelsituatie.²⁷⁶ Het feit dat de schade is ontstaan in een spelsituatie, is dus een *factor* die van belang is bij de oordeelsvorming. Daarnaast kan bijvoorbeeld een rol spelen of spelregels

272 Deze stelling werk ik uit in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

273 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 70.

274 *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 356/357, die deze ziet als situaties waarin toestemming een grote rol speelt.

275 Hierna, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), worden dit soort omstandigheden die samenhangen met het belang van de betrokken partijen en het doel van de activiteit, in verband gebracht met de eisen van proportionaliteit en zorgvuldigheid, zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

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

overtreden zijn,²⁷⁷ wat de aard van de activiteit is,²⁷⁸ hoe het slachtoffer zelf handelde.²⁷⁹

Verderop in deze studie zullen de genoemde omstandigheden of hoedanigheden worden gezien in het licht van de proportionaliteitseis voor het civiele recht, bij de bespreking van de vraag naar het doel van de handeling en de bij de handeling betrokken belangen.²⁸⁰

3.14.4 Verzetsrecht

Als bijzondere ongeschreven rechtvaardigingsgrond wordt in het strafrecht verder wel het *verzetsrecht* genoemd. Strijards geeft als voorbeeld: ‘degenen die in de Tweede Wereldoorlog als verzetsstrijders delicten begingen, die ook naar Nederlands commune strafrecht wederrechtelijk waren’.²⁸¹ Hij noemt de exceptie vergelijkbaar met (staats)noodweer. Naar burgerlijk recht kan een verzetsdaad mijns inziens ook onder die rechtvaardigingsgrond, of, beter nog: onder noodtoestand, worden gevat. Het nut van een *aparte* rechtvaardigingsgrond ‘verzetsrecht’ lijkt me, mede gezien het uitzonderlijke karakter ervan, nihil.

3.14.5 Vergunningen/ontheffingen

Nog één ongeschreven rechtvaardigingsgrond wordt door Strijards besproken:

‘In de ordeningssector komen we veel strafbaarstellingen tegen, die dubbelgeleed zijn. *Eerst* wordt een verbodsnorm gegeven; vervolgens wordt de toepasselijkheid van die norm uitgesloten als de dader een vergunning of ontheffing heeft van de administratie. Zijn vergunningen of ontheffingen als strafuitsluitingsgronden te rubriceren? Hierover bestaat veel meningsverschil. Dogmatisch lijkt het mij het niet juist. *Als* de dader van de overheid een rechtsgrond krijgt aangereikt om te doen wat hij doet, kan er (...) niet gesproken worden van een zorgplichtschending.’²⁸²

Naar burgerlijk recht wordt uiteraard eveneens aangenomen dat de vergunning de handelende de bevoegdheid geeft te handelen conform de vergunningsvoorwaarden. In zoverre is het handelen niet onrechtmatig. De grond daarvoor is naar mijn mening deze: evenals toestemming voorkomt de vergunning dat

277 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*).

278 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718 (*Witmarsumer Merke*).

279 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 (*Io Vivat*).

280 In par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

281 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 71.

282 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 75.

de handeling als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Hetzelfde rechtsgevolg heeft een ontheffing.

Maar dikwijls gaat het in het burgerlijk recht om derden die hinder onder vinden van de activiteit waarvoor de dader de vergunning heeft verkregen. *Jegens deze benadeelden* zal het verweer dat is gehandeld overeenkomstig de vergunningsvoorwaarden, de handelende op zichzelf niet kunnen vrijwaren van een schadevergoedingsplicht uit onrechtmatige daad. De vergunning verleent de gerechtigde weliswaar een bevoegdheid tot handelen; een volledige rechtvaardigingsgrond is zij niet als het gaat om de beoordeling van hinder aan anderen. Bij de bespreking van onvolledige rechtvaardigingen (in hoofdstuk 4) ga ik verder op deze kwestie in.

3.14.6 Conclusie

Aan het strafrecht zijn voor het burgerlijk recht geen andere volledige rechtvaardigingsgronden te ontleen dan de klassieke rechtvaardigingsgronden van artikel 40-43 Sr.

3.15 CONCLUSIE

Het civiele recht kent vier volledige rechtvaardigingsgronden. Het zijn: noodweer, wettelijk voorschrift/ ambtelijk bevel, noodtoestand en zaakwaarneming.

In het eerste deel van dit hoofdstuk is de scepsis van de Raad van State over de driemanschapstoelichting uitgebreid aan de orde geweest.²⁸³ De Raad van State verschilde met het driemanschap onder andere van mening over de vraag of er nog andere rechtvaardigingen zouden kunnen bestaan dan de wettelijke rechtvaardigingsgronden (de in de toelichting genoemde strafrechtelijke gronden en zaakwaarneming). Of daarnaast nog andere gronden zouden kunnen bestaan, diende volgens de Raad, 'al wordt er wel eens anders over gedacht, voorshands te worden ontkend'.

Uit het voorgaande blijkt dat de Raad van State het mijns inziens bij het juiste eind had. Naast de in de Toelichting Meijers reeds genoemde rechtvaardigingsgronden heb ik geen andere volledige rechtvaardigingen kunnen ontdekken in het Nederlandse burgerlijk recht.

Buiten de in dit hoofdstuk besproken *volledige* rechtvaardigingen, die de handeling rechtmatig maken, zijn nog wel andere rechtvaardigingen te vinden. Het gaat om rechtvaardigingen die tekortschieten voor de kwalificatie 'volledig', en die dus op een of andere manier onvolledig zijn. Deze rechtvaardigingen kunnen wel gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling van de door

283 Zie par. 3.1.3 (*Kritiek van de Raad van State*).

de eiser gestelde onrechtmatigheid van de handeling. Maar het zijn geen volledige bevoegdheden in die zin dat zij de beoordeling van onrechtmatig op zichzelf kunnen veranderen in rechtmatig. Ze worden – als ‘onvolledige rechtvaardigingen’ – in het nu volgende hoofdstuk besproken.