



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 III

Beginnelsen

6.1 HET PROBLEEM

Wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond, bevindt zich in een benarde situatie. Hij ziet zich bijvoorbeeld gedwongen een snelle keuze te maken tussen twee conflicterende belangen (noodtoestand), of is (het komt uiteindelijk op hetzelfde neer) genoodzaakt zich te verweren tegen een plotse linge aanval op zijn persoon of goed (noodweer). Wie in zulke omstandigheden verkeert, is niet te benijden. En voor wie in die omstandigheden schade toebrengt, is begrip op te brengen. Dat begrip zal echter aanmerkelijk afnemen, als blijkt dat de dader zelf mede de hand heeft gehad in de zojuist genoemde omstandigheden. Neem de volgende casus:

‘Een waard had ’s nachts op een toonbank langs het trottoir een lampje neergezet. De een of andere voorbijganger had dit meegenomen. De waard liep hem achterna, eiste het lampje terug en wilde de ander tegenhouden toen die er vandoor wilde gaan. Deze begon met een zweep die hij in de hand had en waaraan een scherpe punt zat, de waard te slaan, opdat deze hem zou laten gaan. Toen daardoor een ernstig handgemeen was ontstaan, had de waard degene die het lampje had meegenomen een oog uitgeslagen. De waard consulteerde mij over de vraag of hij eigenlijk wel geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht, aangezien hij eerst met de zweep was geslagen. Ik heb geantwoord dat hij, gesteld dat hij het oog niet opzettelijk had uitgeslagen, niet geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht; dat immers de schuld lag bij degene die als eerste met de zweep had geslagen; maar dat het, als hij niet eerst door hem was geslagen, maar begonnen was met vechten toen hij probeerde het lampje af te nemen, geacht moet worden te zijn geschied door de schuld van de waard.¹

Wie zelf begint te vechten, kan zich niet op noodweer beroepen als zijn slachtoffer terugvecht. Zo was het in de tijd van Alfenus.² En zo is het nog steeds, getuige de overweging van de rechtbank te Arnhem aan het einde van de twintigste eeuw:

1 Digesten 9,2,52,1.

2 De aangehaalde Digestentekst wordt toegeschreven aan P. Alfenus Varus, consul in 39 voor Chr. De tekst staat centraal in: Jansen, *Noodweer als rechtvaardigingsgrond* 2004.

'Zou verdachte als eerste geschoten hebben, dan komt hem een beroep op noodweer niet toe, aangezien dan niet voldaan is aan de eis dat verdachte gehandeld moet hebben ter verdediging tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'³

Dit is ook goed te verklaren. De *aanvaller* behoeft rechtens geen speciale bescherming. Integendeel: hij is juist de *oorzaak* van het gevaar waartegen de noodweerbevoegdheid bescherming beoogt te bieden. Dat kan ook anders worden geformuleerd: Wie begint te slaan heeft het aan zichzelf te wijten dat de ander teruglaat. Eigen schuld dikke bult. Het cliché verwoordt de in de samenleving diep gewortelde gedachte dat wie de schade (mede) aan zichzelf te wijten heeft, daar ook maar zelf voor moet opdraaien. Het is de vraag of een dergelijk gevolg *altijd* redelijk is. En dat is het centrale probleem in dit hoofdstuk. Gesteld dat de handelende zelf bijdroeg aan de te rechtvaardigen handeling, op welke wijze moet dat feit meewegen in het oordeel over de rechtvaardigingsgrond waarop hij zich beroept? Daarbij zijn altijd twee aspecten aan de orde. Enerzijds: de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, die op zichzelf meebrengt dat de daad rechtmatig is. Anderzijds: de bijdrage van de schade toebrengende handelende aan de te rechtvaardigen situatie, waardoor het niet altijd redelijk zal zijn de daad rechtmatig te verklaren.

Het zojuist omschreven vraagstuk speelt overigens niet alleen een rol bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Het reikt veel verder. In alle gevallen waarin de handelende meent dat hij niet aansprakelijk is voor de door hem aangerichte schade zal de vraag rijzen naar de oorzaak van de situatie waarin hij zich bevond.

De kwestie is bijvoorbeeld van belang bij een beroep op een schulditsluitingsgrond. Als de handelende stelt dat hij bij het begaan van zijn daad niet toerekeningsvatbaar was, zal de oorzaak van deze toestand een relevant gegeven zijn. Zo kan een vrijwillige drugs- of alcoholroes in de weg staan aan een geslaagd beroep op een schulditsluitingsgrond.⁴

Hetzelfde geldt in het geval de aansprakelijk gestelde meent dat hij niet eens *handelde* toen de schade werd aangericht. Hij beroept zich bijvoorbeeld op overmacht, omdat hij door de wind omver werd geblazen. Ook hier zal de oorzaak van de onmogelijkheid te handelen of anders te handelen van belang zijn voor de vraag of de 'handelende' aansprakelijk is voor de schade. Wie met zijn boot volstrekt onverwacht door een hevige windvlaag wordt omvergeblazen en zo schade veroorzaakt, bijvoorbeeld aan een andere boot, zal met een overmachtsverweer meer succes hebben dan wie zonder noodzaak

3 Rb. Arnhem (Strafkamer) 13 december 1991, ECLI:NL:RBARN:1991:AC3348, NJ 1992/256 (*Vechtpartij bij Club Joy*). Zie verder bijv. HR (Strafkamer) 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6343, NJ 1979/50 (*Vechtende gedetineerden*).

4 Voor het civiele recht: zie TM bij artikel 6.3.1.2a (6:101; 6.3.6. OM), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 647. Voor het strafrecht: MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 365. Recent (over schuld in de zin van art. 6 WvW, bij amfetaminegebruik): HR (Strafkamer) 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:110, NJ 2019/77.

tijdens een orkaan gaat zeilen en vervolgens schade toebrengt, doordat hij op een verankerd schip slaat.⁵

Wat is civielrechtelijk het gevolg van het feit dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie? Dat is de vraag waarop in dit hoofdstuk een antwoord wordt gezocht. Daarvoor moet het probleem echter eerst met de juiste termen worden aangeduid.

6.2 TERMINOLOGIE

6.2.1 Geen omschrijving in het Wetboek van Strafrecht

De strafwetsontwerper begint het deel van de Memorie van Toelichting over de uitsluiting der strafbaarheid (dat zowel schulduitsluitings- als rechtvaardigingsgronden betreft) met wat men een beginselverklaring zou kunnen noemen:

‘Geene strafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.’⁶

Geen straf zonder toerekenbaarheid, en geen toerekening zonder keuzevrijheid.

Die stelling leidt tot problemen als de dader zichzelf heeft gebracht in de situatie waarin hij de gevolgen van zijn handelen niet meer kan ‘berekenen’, zoals bij handelen in dronkenschap. Toerekenbaarheid ontbreekt dan en daarmee zou strafrechtelijke verantwoordelijkheid uitgesloten zijn. Zover wilde de wetgever uiteraard niet gaan. Integendeel:

‘dan is de schuld, vereischt tot strafbaarheid van het feit reeds aanwezig in de vrijwillige dronkenschap. Dit intusschen behoeft evenmin in de wet te worden uitgedrukt als dat hij die, nuchteren zijnde, reeds het opzet had om het feit te plegen dat hij, dronken zijnde, heeft volvoerd, en die dus wel degelijk heeft gehandeld met een aan de daad voorafgegaan opzet, niet kan beweren dat hij het misdrijf waarvan dit opzet een bestanddeel uitmaakt, geheel in bewusteloozen toestand heeft gepleegd.’⁷

‘De schuld is aanwezig in de vrijwillige dronkenschap.’ Daarom wordt de daad toegerekend aan de dader, ook als deze ten tijde van het begaan van de daad

5 Zie over het probleem van het ontbreken van een handeling in deze gevallen par. 9.4 (*Daderschap*), m.n. par. 9.4.5.3 (*Toepassing op schuldaansprakelijkheid*).

6 MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 364.

7 MvT bij artikel 37 Sr, *Smidt I* 1891, p. 365.

niet meer toerekeningsvatbaar is.⁸ De wetgever achtte dit zo evident, dat hij meende het probleem verder niet te hoeven behandelen. In het Wetboek van Strafrecht zoekt men daarom vergeefs naar een regeling van het geval de aansprakelijk gestelde zichzelf brengt in schulditsluitende of rechtvaardigende omstandigheden.⁹

6.2.2 *Actio libera in causa*

‘Aan hem wordt toegerekend als vrijwillig, wat hij door dronkenschap bedrijft.’ Dat is al te lezen bij Thomas van Aquino,¹⁰ volgens wie de reden van toerekening in zo’n geval de omstandigheid is dat de handeling ‘vrijwillig in haar oorzaak’ is: *quia est voluntarius in sua causa*.¹¹ Daarom verontschuldigt de eventuele willoosheid *ten tijde van het begaan* van het feit de dader niet.

Gebruikelijke benaming voor dit soort handelingen werd: *actiones liberae in causa*. Samen met de in zichzelf vrije handelingen (*actiones liberae in se*) werden zij aangemerkt als vrije en dus toe te rekenen handelingen.¹² *Actio libera in causa* is de term waarmee ook nu nog wel wordt aangeduid dat iemand zichzelf in een te rechtvaardigen situatie heeft gebracht.¹³ Hier zal ik die term echter verder niet hanteren. Het feit dat iemand vrij was in (de oorzaak van) zijn handelen, zegt op zichzelf nog niet veel over de reden

8 Bij onvrijwillige dronkenschap zou strafbaarheid van de dader ‘tastbaar onregtvaardig’ zijn, zo stelt Modderman tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp voor artikel 37, *Smidt I* 1891, p. 379/380.

9 Dat was in de ontwerp-wetboeken overigens anders. Zie daarover: Wemes, *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 89-91.

10 *Summa Theologiae* I-II, q77, a7 (gebr. uitg.: Taurini: Marietti, 1952).

11 *Summa Theologiae* I-II, q77 a7c (gebr. uitg.: Taurini: Marietti, 1952).

12 Hierbij moet worden gewezen op Hruschka, die de traditionele gelijkstelling tussen vrij en toerekenbaar als volgt relativeert: ‘Die Begriffe “liber” und “non liber” sind in dieser alten Einteilung zweideutig, weil die Praktische Philosophie bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts noch nicht zwischen den zwei verschiedenen Stufen der Zurechnung (der Zurechnung eines Vorgangs als Vohrnahme und der einer Untätigkeit als Unterlassung einer Handlung einerseits und der Zurechnung einer Begehungs- oder Unterlassungstat zur Schuld andererseits) unterschieden hat. Die Unterscheidung scheint (...) wirklich zum ersten Male erst bei *Daries* aufzutauchen (...). *Feuerbach* hat diese Unterscheidung von *imputatio facti* und *imputatio iuris* jedenfalls von *Daries*’. J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1988, p. 347, voetnoot 132.

13 Van de Duitse literatuur noem ik Claus Roxin, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in: W. Küper, I. Puppe, K. Lackner (red.), *Festschrift für Karl Lackner: zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin etc.: Walter de Gruyter 1987, p. 307-323. En Michael Hettinger, *Die ‘actio libera in causa’: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, Eine historisch-dogmatische Untersuchung (Schriften zum Strafrecht)*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH 1988, passim. Zie in Nederland: Wemes, bijv.: *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 85-104. Recent: Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 209-219, die de *actio libera in causa* onderscheidt van het Nederlandse model en het eigenschuld delict.

waarom de gevolgen van dat handelen hem moeten worden toegerekend.¹⁴ Die reden schuilt in het feit dat de handelende, voorafgaand aan de daad die hem wellicht niet valt toe te rekenen, iets *verwijtbaars* heeft gedaan, dat hem wèl valt toe te rekenen.

6.2.3 Eigen schuld

Een adequate omschrijving van het probleem geeft de uitdrukking 'eigen schuld'. In de strafrechtelijke literatuur wordt zij dan ook gehanteerd.¹⁵ Ik zal ik haar hier echter vermijden. In het burgerlijk recht wordt met de term eigen schuld bedoeld op de omstandigheid dat *de benadeelde* heeft bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij schade heeft *geleden* (vgl. artikel 6:101). De nu te behandelen kwestie betreft echter de omstandigheid dat de *handelende* heeft bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij schade heeft *toegebracht*. Om verwarring te voorkomen, zal ik de term eigen schuld alleen hanteren in de (civielrechtelijke) betekenis van de bijdrage van de benadeelde aan het ontstaan van zijn schade.

6.2.4 Anterieure verwijtbaarheid

Een andere benaming voor de situatie waarbij iemand zichzelf brengt in de toestand waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardigingsgrond is 'anterieure verwijtbaarheid'. In het strafrecht wordt deze term gehanteerd door Strijards.¹⁶ Hij wordt daarin voor het civiele recht nagevolgd door Sieburgh.¹⁷

Aan de omschrijving 'verwijtbaarheid' kleeft voor toepassing in het civiele recht echter het bezwaar dat de term dubbelzinnig is. Met de term verwijtbaarheid kan worden bedoeld op het verwijt dat de dader treft: de fout die hij maakte (in civielrechtelijke termen: een *onrechtmatige daad* in de zin van artikel 6:162 lid 2). Maar met de term 'verwijtbaarheid' kan ook worden bedoeld: de schuld aan die fout (civielrechtelijk: de *toerekening* van een onrechtmatige daad, in de zin van artikel 6:162 lid 3).¹⁸

14 Vergelijk in dit verband nogmaals Hruschka, die spreekt van de 'heute nicht selten zu einer sinnleeren Floskel erstarrten lateinischen Wortfolge "actio libera in causa"', *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* 1988, p. 343.

15 Bijv. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 609-617. En 't Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, NJ 1990/353 (*Wraak zoeken na caf eruzie*), die het begrip overigens steeds tussen aanhalingstekens plaatst.

16 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44 e.v.

17 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, par. 7.5.5, vgl. ook haar voetnoot 141 op p. 133.

18 Zie verder nog par. 9.7.1 (*Schuld in de zin van verwijtbaarheid?*).

Het verdient geen aanbeveling om bij het zoeken naar de juiste terminologie voor een bepaald probleem nieuwe dubbelzinnigheden te introduceren.¹⁹

6.2.5 *In pari delicto, clean hands* en dergelijke

Het probleem van degene die zich op een rechtvaardiging beroept, maar tevens verwijtbaar handelende, vertoont verwantschap met de situatie waarin de benadeelde *in pari delicto* verkeert. Die laatste aanduiding verwijst letterlijk genomen naar de eiser/benadeelde die een gelijk misdrijf – fout – heeft begaan als de gedaagde die hij aansprakelijk stelt.

De term wordt door Van der Kooij gebruikt om verschillende ‘gevaltypen’ aan te duiden die ertoe leiden dat de claim van de eiser niet of niet geheel slaagt. Hij schrijft:

‘In de literatuur bestaat (...) geen overvloedige belangstelling voor het scherp onder woorden brengen van de rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde. Doorgaans wordt naar uitdrukkingen verwezen zoals de pot verwijt de ketel dat hij zwart ziet, *he who comes to equity must come with clean hands* en diverse Latijnse adagia van de strekking dat degene die zelf fout zat niet een ander kan aanspreken. (...) Deze uitdrukkingen hebben een zekere zeggingskracht, maar onvoldoende verklarend vermogen.’²⁰

Ik zal deze termen niet hanteren, maar om een andere reden dan het gebrek aan verklarend vermogen.

Bij de in dit hoofdstuk te bespreken kwestie gaat het om een gedaagde partij die een beroep doet op een rechtvaardiging, maar tevens iets laakbaars heeft gedaan waardoor hij zich in de te rechtvaardigen toestand bracht. Anders bij *in pari delicto* betreft het dus niet een eiser en een gedaagde aan wier beider handelen een smet kleeft, maar om één partij, de gedaagde, die een – op zichzelf beschouwd onrechtmatige – handeling heeft verricht waarvoor hij zich wil rechtvaardigen, maar die bovendien iets verwijtbaars heeft gedaan waardoor hij zich in de te rechtvaardigen toestand bracht. De twee smetten die bij *in pari delicto* over de beide partijen zijn verdeeld, zoals in de zaak

19 Daarom zal ik de omschrijving anterieure verwijtbaarheid in het betoog verder niet hanteren. Tenzij het uiteraard gaat om de weergave van de visie van een auteur die de term gebruikt, zoals bij de bespreking van de opvatting van Strijards en Sieburgh in par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*), respectievelijk 6.4.2 (*Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh*).

20 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/540, p. 378. In dezelfde zin Vranken, in zijn annotatie bij HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 (*Io Vivat*), m.nt. J.B.M. Vranken, die onder 6 de verschillende gangbare adagia benoemt en onder 7 beschrijft dat het niet nodig is deze omschrijvingen te hanteren, omdat het probleem beter met het relativiteitsbegrip kan worden beschreven. Mijns inziens is dat terecht.

Maas/Willems,²¹ kleven bij de zelf-veroorzaakte rechtvaardiging aan een en dezelfde partij.

Om een soortgelijke reden is een uitdrukking als *he who comes to equity must come with clean hands* niet bruikbaar in de context van rechtvaardigingen. In een geval van een beroep op een rechtvaardigingsgrond is immers per definitie geen sprake van 'clean hands': de gedaagde heeft een onrechtmatige daad gepleegd. Aan zijn handen kleeft – zoals in het geval van noodweer – soms letterlijk bloed.

6.2.6 *Culpa in causa*

Een in het strafrecht heel gebruikelijke aanduiding van het probleem is ten slotte *culpa in causa*.²² Dit begrip brengt goed tot uitdrukking welk verwijt de handelende treft: hij had *schuld aan de oorzaak* van de handeling waarvoor hij zich later moet verontschuldigen, of waarvoor hij zich op een rechtvaardigingsgrond beroept. Die term zal ik hier verder gebruiken. Naast *culpa in causa* onderscheidt men *dolus in causa*. In dit laatste geval heeft de dader zichzelf opzettelijk gebracht in een situatie waarin hij zich op een rechtvaardigingsgrond zou moeten beroepen. Hij voorzàg dat hij een daad zou plegen die hij zou moeten rechtvaardigen. In het eerste geval, bij *culpa in causa*, had de dader kunnen voorzien dat hij zo'n daad zou begaan.²³

Strafrechtelijk kan het onderscheid tussen *dolus* en *culpa in causa* van belang zijn in verband met het ten laste gelegde feit. Als iemand zich bijvoorbeeld bedrinkt *teneinde* een moord te begaan, kan doodslag ten laste worden gelegd (vgl. art. 287 Sr). Via de *dolus in causa*-constructie wordt dan voorkomen dat de dader zich erop zou kunnen beroepen dat hij ten tijde van het begaan van het delict vanwege zijn dronkenschap niet toerekeningsvatbaar was. Als de opzet om te doden tevoren niet aanwezig was, kan hooguit sprake zijn van dood door schuld (vgl. art. 307 Sr). Dan is *culpa in causa* de aangewezen weg om tot strafbaarheid van de dader te komen, mits deze tevoren de mogelijke gevolgen van zijn dronkenschap kon voorzien.²⁴ Overigens is deze constructie

21 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (*Maas/Willems*).

22 Zie bijvoorbeeld: Nijboer & Wemes, *Dogmatiek en dogmatisme* 1990, p. 43. De term is waarschijnlijk het eerst gebruikt door Pompe. Zie daarover Wemes, *Strafbaarheid en zelfintoxicatie* 1990, p. 7. Zij is in ieder geval terug te vinden in het handboek van Pompe, *Handboek Nederlands strafrecht* 1959, bijv. p. 180. Recent over de term: Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 213.

23 Zie Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 45. Zie over het onderscheid tussen *dolus* en *culpa in causa* ook Keijzer in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9243, NJ 2010/282, onder 8.

24 Vgl. Van Bemmelen & Van Hattum, *Nederlands strafrecht I* 1953, waar terecht wordt opgemerkt: 'ook voor het in volslagen dronkenschap begane culpose delict zal men de culpa niet in het enkele zich bedrinken kunnen vinden; culpa ten aanzien van het door de wet verboden gevolg moet eveneens aanwezig zijn', 1953, p. 330. Zie voor een aantal gevallen

ook de meest voorkomende, omdat het in het algemeen niet eenvoudig is aan te tonen dat de dader zich opzettelijk begaf in een toestand waarin hij zich op een strafuitsluitingsgrond zou moeten beroepen.

In het civiele recht speelt het onderscheid tussen opzet en schuld een veel minder belangrijke rol.²⁵ Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is schuld voldoende. Het ligt niet voor de hand andere criteria aan te leggen bij de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond, waarbij het uiteindelijk óók gaat om de vraag of onrechtmatig is gehandeld. Aan een onderscheiding tussen de gevallen dat iemand zich opzettelijk, dan wel door zijn schuld heeft gebracht in een situatie waarin hij zich op een rechtvaardigingsgrond moest beroepen, bestaat in het civiele recht dan ook geen behoefte. Overigens is het niet bezwaarlijk het begrip *culpa in causa* ruim op te vatten, zodat de doleuze variant eronder begrepen is. Zo wordt het begrip in het strafrecht ook wel uitgelegd.²⁶ En zo zal ik de term *culpa in causa* hier verder gebruiken: ter aanduiding van de situatie waarin de dader zich opzettelijk of onachtzaam in de te rechtvaardigen toestand heeft begeven.

6.3 TWEE BENADERINGEN IN HET STRAFRECHT

6.3.1 Ter inleiding

Nu de termen zijn gevonden om het probleem aan te duiden, keer ik terug naar de vraag: Op welke manier moet de aanwezigheid van *culpa in causa* meewegen in het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad, of (in het strafrecht:) de straffeloosheid van de dader?

In de strafrechtelijke literatuur worden als extremen meestal tegenover elkaar gesteld de visies van degenen die menen dat *culpa in causa* geen gevolg heeft voor de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond en van degenen die oordelen dat *culpa in causa* zo'n beroep kan frustreren.²⁷

waarin wel sprake is van vrijwillige dronkenschap, maar toerekening niettemin ontbreekt: 't Hart in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 28 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC8052, NJ 1984/53 (*Brandstichting tijdens alcoholroes*), m.n. onder 5 (p. 215, r.k.).

25 Voor aansprakelijkheid uit artikel 6:162 is immers schuld voldoende. Vgl. ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/101. En zie hierna uitgebreid par. 9.6.2 (*Culpa; Als tegenstelling tot dolus*). Wel kan het onderscheid van belang zijn voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.

26 Zie bijvoorbeeld: 't Hart in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 19 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8892, NJ 1992/250 (*Urker vissersboot*), onder 4.

27 Zevenbergen is een vertegenwoordiger van de eerste stroming: volgens hem is het van geen belang hoe bijv. een overmachtsituatie is ontstaan (*Nederlandsche strafrecht I, Algemene leerstukken*, Groningen: Wolters 1924, p. 118/119). Pompe is een vertegenwoordiger van de tweede. Volgens hem kan het voorafgaand handelen een beroep op een rechtvaardigingsgrond beletten, zie *Handboek Nederlands strafrecht* 1959, bijv. p. 136-138). Voor een overzicht van de verschillende standpunten: zie Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 609

Aangegeven wordt dan slechts wat het gevolg is van de aanwezigheid van *culpa in causa*. Hoe het verschijnsel moet worden ingebed in het dogmatisch systeem is daarbij geen punt van bespreking. Zo meent Van Rest:

‘dat het onmogelijk is om in theorie nader te omschrijven in welke gevallen mag worden aangenomen dat iemand zichzelf (...) in een bepaalde situatie heeft gebracht en de (strafrechtelijke) consequenties daarvan heeft aanvaard (...). Er valt niet veel meer over te zeggen dan dat de rechter in ieder concreet geval aan de hand van de genoemde algemene criteria zal moeten oordelen of het strafbare feit de dader moet worden toegerekend. Het gaat hier om een redelijkheidsoordeel’.²⁸

Deze zienswijze biedt te weinig houvast voor de beantwoording van de vraag welk gevolg de aanwezigheid van *culpa in causa* voor het civiele recht zou moeten hebben. Voor die beantwoording is immers cruciaal eerst vast te stellen of, en zo ja: hoe, *culpa in causa* kan worden ingepast in het civielrechtelijke systeem. De conclusie dat het uiteindelijk om een ‘redelijkheidsoordeel’ gaat, helpt ons daarbij niet verder.

Een onderscheiding niet naar *resultaat*, maar juist naar *uitgangspunt* is te vinden bij ‘t Hart. Hij ziet twee invalshoeken om de kwestie te benaderen.²⁹ De eerste is die waarbij men redeneert vanuit de aanwezigheid van *culpa in causa* en vervolgens nagaat of deze in de weg staat aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond. De tweede die waarbij men juist uitgaat van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, maar daarna onderzoekt of de hieruit voortvloeiende straffeloosheid van de dader wellicht (deels) wordt opgeheven door de aanwezigheid van *culpa in causa*.

Een onderscheiding naar uitgangspunt maakt vergelijking mogelijk met de uitgangspunten voor de beoordeling van een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering. Daarom worden in de volgende paragrafen de twee door ‘t Hart onderscheiden benaderingen uiteengezet en beoordeeld op hun nut voor toepassing in het civiele recht.

6.3.2 Uitgangspunt van Strijards: het verwijt

Centraal in de eerste visie staat de aanwezigheid van *culpa in causa*. De belangrijkste voorstander van deze benadering is in het strafrecht ongetwijfeld

e.v. en C.J. van Netburg, *Eigen schuld? ‘Culpa in causa’ bij wettelijke strafuitsluitingsgronden*, Den Haag: WODC 1994, p. 6-9. Een recent overzicht van de literatuur is te vinden bij Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld bij strafuitsluitingsgronden* 2020.

28 Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 151.

29 In zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, NJ 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), vanaf nr. 3.

Strijards.³⁰ Volgens hem snijdt de aanwezigheid van *culpa in causa* (Strijards spreekt als gezegd³¹ van: anterieure verwijtbaarheid) een beroep op een rechtvaardigingsgrond af. Hij stelt:

‘In het algemeen geldt, dat men zich pas met vrucht op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen als aan de normkrenkende gedraging *geen anterieure verwijtbaarheid* ten grondslag ligt.’³²

Onder anterieure verwijtbaarheid verstaat hij het geval dat iemand zich verwijtbaar begeeft in een situatie waarin hij later genoodzaakt is zich te beroepen op een rechtvaardigingsgrond.³³ Het verwijt is daarin gelegen dat de dader zich opzettelijk of onachtzaam in de te rechtvaardigen situatie begeeft.³⁴ Volgens Strijards kan de dader zich dan niet op een rechtvaardigingsgrond beroepen. De reden daarvoor is deze:

‘Het recht kan zich nooit aan de zijde stellen van hen (en daar gaat het om bij het toerekenen van rechtvaardigingsgronden), die nodeloos situaties provoceren waarin zij zich moeten verdedigen of rechtvaardigen. Het kan geen premies stellen op “jennen”, “sensatielust” (ha, de ME ontruimt daar een kraakpand, gauw kijken of er iets gebeurt) of machogedrag (met een AJAX-petje tussen supporters van de tegenpartij gaa[n] zitten).’³⁵

Daarbij gaat Strijards uit van een ‘verwijtbaarheidsveronderstelling’:

‘Er behoeft hier ook niets bewezen te worden (...). Voldoende is dat rechter de afwezigheid van de anterieure verwijtbaarheid niet aannemelijk acht.’³⁶

Strijards staat dus een strenge aanpak van de verdachte voor. Uitgangspunt is het verwijt dat de verdachte treft: het zich begeven hebben in een mogelijk gevaarlijke situatie. Dat feit ontnemt de verdachte zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond; de *verwijtbaarheid* van het ‘zich begeven’ wordt daarbij verondersteld. Ter geruststelling merkt Strijards op dat de verwijtbaarheidsveronderstelling niet onweerlegbaar mag worden. Onder verwijzing naar het schuldbeginsel relativeert hij de resultaten van zijn harde lijn:

30 Vgl. ‘t Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, NJ 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 211, r.k.

31 Zie par. 6.2.4 (*Anterieure verwijtbaarheid*).

32 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 45 (cursivering in origineel).

33 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44.

34 Dan is sprake van respectievelijk *dolus in causa* (Strijards, p. 45) en *culpa in causa* (Strijards, p. 46/47).

35 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 44/45.

36 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 46, zie ook p. 17.

‘Zo kan ik mij voorstellen dat een matig gebruiker, door een voor hem onkenbare constitutionele praedispositie, na één glaasje wijn volkomen onverwachts volstrekt van de kaart is en bijv. vrouwen in het openbaar ontuchtiglijk begint te betasten, hetgeen alsdan toch niet altijd toerekenbaar behoeft te zijn.’³⁷

In het algemeen geen beroep op een rechtvaardigingsgrond voor wie zichzelf in de noodsituatie heeft gebracht. Dat is in het kort de visie van Strijards.

6.3.3 Beoordeling visie-Strijards

Anterieure verwijtbaarheid heeft tot gevolg dat het recht zich te beroepen op een rechtvaardigingsgrond vervalt. En voor die ‘verwijtbaarheid’ is in de opvatting van Strijards nog niet eens zoveel nodig: een verboden of onrechtmatige gedraging is niet noodzakelijk; voldoende zijn al ‘sensatielust’ en ‘machogedrag’. Zoals Nijboer en Wemes bij hun bespreking van de theorie van Strijards opmerken, kan

‘nagenoeg elk voorafgaand gedrag waarop een smetje is aan te treffen door een culpa in causa-achtige redenering tot strafbaarheid leiden’.³⁸

Dat gaat mij, in elk geval voor het civiele recht, te ver. Het vervallen verklaren van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen is een ingrijpend gevolg. Zo’n gevolg kan acceptabel zijn als er ernstige aanmerkingen te maken zijn op het gedrag van de aansprakelijk gestelde.³⁹ Wat mij betreft valt bijvoorbeeld het tentoonspreiden van ‘machogedrag’ daar niet onder. En wie als toeschouwer aanwezig is bij een ontruiming, of met een Ajaxpetje tussen Feyenoordsupporters gaat zitten, maakt zichzelf daardoor nog niet rechteloos tegen geweld dat tijdens de ontruiming of de wedstrijd wordt gebruikt. Toepassing van de visie van Strijards leidt in gevallen als deze tot een sterke inperking van subjectieve rechten van mogelijke ‘daders’, zoals het recht van ieder om te gaan en te staan waar hij wil. Voor zo’n ingrijpend rechtsgevolg is datgene wat de handelende wordt verweten (het enkele opzoeken van een mogelijk gevaarlijke situatie) eenvoudig niet ernstig genoeg. Wel kan ik mij voorstellen dat de omstandigheid dat de handelende de problemen bepaald niet uit de weg is gegaan, meespeelt bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een rechtvaardigingsgrond de aansprakelijkheid (of straffeloosheid) van deze dader opheft. Ik kom daarop nog terug.⁴⁰

37 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 78/79.

38 Nijboer & Wemes, *Dogmatiek en dogmatisme* 1990, p. 79.

39 Bijvoorbeeld als deze een onrechtmatige daad pleegt. Ik werk die gedachte uit in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

40 In par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

Anders is het geval waarbij de ‘anterieure verwijtbaarheid’ is gelegen in een handeling die op zichzelf reeds een onrechtmatige daad is. Denk aan de automobilist die veel te hard rijdt, daardoor in een bocht de macht over het stuur verliest en een botsing veroorzaakt. Dan kan de handelende een ernstig verwijt worden gemaakt van de uiteindelijke ontstane en te rechtvaardigen ‘overmacht’-situatie. Men zou weliswaar kunnen zeggen dat op het moment waarop de automobilist de macht over zijn stuur verliest er voor hem sprake is van overmacht. Maar dit is geen *rechtvaardigende* overmacht. Immers: zij is het rechtstreekse gevolg van de onzorgvuldige rijwijze van de bestuurder, voorafgaand aan de noodsituatie.⁴¹ In een geval als dit ben ik het met Strijards eens dat het verwijt dat de dader kan worden gemaakt fataal is voor een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Maar de term *culpa in causa*, of: anterieure verwijtbaarheid, in dit verband eigenlijk misleidend. Waar het in casus als deze namelijk in feite om gaat, is een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Ook hierop kom ik terug.⁴²

6.3.4 Uitgangspunt van ‘t Hart: de rechtvaardigingsgrond

‘t Hart wijst de methode van Strijards af, omdat deze de ruimte voor strafuitsluitingsgronden te ver inperkt. Hij kiest een andere benadering, namelijk:

‘die, waarbij de *dolus in causa* en de *culpa in causa* in alle duidelijkheid de plaats krijgen toegewezen van specifieke en beperkte juridische correcties op de straffeloosheid bij eenmaal reeds aangenomen aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden. Met andere woorden: bij een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet eerst beoordeeld worden of er inderdaad een strafuitsluitingsgrond – de aangevoerde, dan wel een andere – aanwezig is: is dat inderdaad het geval, dan kan niettemin in specifieke gevallen van “eigen schuld” de straffeloosheid toch weer gecorrigeerd en teniet gedaan worden via de constructie van *dolus/culpa in causa*’.⁴³

Als een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, is de dader in principe niet strafbaar. Van dat uitgangspunt kan vervolgens alleen worden afgeweken als sprake is van *dolus* of *culpa in causa*. Volgens ‘t Hart kan

‘de straffeloosheid op grond van de reeds als vaststaand aangenomen strafuitsluitingsgrond uitsluitend weer worden gecorrigeerd en opgeheven wanneer sprake

41 Vgl. Rb. Rotterdam (Strafkamer) 24 januari 1958, ECLI:NL:RBROT:1958:10, NJ 1958/85. Weliswaar wordt overmacht aangenomen, maar deze bevrijdt de bestuurder niet, omdat hij te hard reed.

42 Eveneens in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

43 Annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, NJ 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212, l.k. Dezelfde opvatting wordt verdedigd door De Hullu, annotatie bij HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, NJ 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietswinkel*), p. 72, l.k.

is van dolus in causa en culpa in causa, wat specifieke juridische – en daarmee beperkte – vormen zijn van datgene wat als een veel wijdere en meer algemene categorie de anterieure verwijtbaarheid kan worden genoemd'.⁴⁴

6.3.5 Beoordeling visie-'t Hart

Deze invalshoek biedt meer mogelijkheden tot nuance dan die van de anterieure verwijtbaarheid. De benadering van 't Hart mist het ongenadige karakter van de methode-Strijards, volgens welke een mogelijk licht verwijt aan de handelende fataal is voor zijn latere beroep op een rechtvaardigingsgrond. Uitgegaan wordt niet van het verwijt dat de verdachte (handelende) treft, maar juist van de niet-strafbare verdachte. Alleen als duidelijk sprake is van *culpa in causa* kan een correctie plaatsvinden op de niet-strafbaarheid.

Een moeilijkheid bij de visie-'t Hart is hoe zij moet worden ingepast in het dogmatische systeem. Als eenmaal een rechtvaardigingsgrond is aangenomen, is de handelende immers in principe straffeloos. Het is dan niet meteen evident hoe de aanwezigheid van *culpa in causa* vervolgens toch het oordeel over de strafbaarheid zou kunnen veranderen. Jansen schrijft daarover:

'Dat eigen schuld bij de beoordeling van de strafuitsluiting mag worden betrokken, is minder vanzelfsprekend dan het lijkt als wordt bedacht dat alle andere voorwaarden voor strafuitsluiting tamelijk strikt gebonden zijn aan het moment waarop de verdachte de delictsomschrijving vervult'.⁴⁵

Waarschijnlijk is de volgende passage, waarin 't Hart pleit voor een soepele hantering van de dogmatiek, mede door de gedachte aan dit soort bezwaren ingegeven:

'Het is niet de dogmatiek die de grenzen van het denken markeert, maar het kritisch denken dat de grenzen van de dogmatiek aftast. Het dogmatisch systeem is hier dan ook geen uitgangspunt van denken waarnaar zich de werkelijkheidservaring van onschuld maar moet schikken: het is het dogmatisch systeem dat zich moet schikken en zodanig moet worden geconstrueerd en bijgesteld dat het de maatschappelijke ervaring – in het bijzonder die van de onschuld – kan inpassen, zo goed of zo kwaad als dat mogelijk is. Lukt die inpassing uiteindelijk niet, dan kan dat niet betekenen dat hetgeen als niet (voldoende) schuldig wordt ervaren toch maar gestraft moet worden, maar hooguit dat hetgeen als strafwaardig wordt ervaren toch niet kan worden gestraft'.⁴⁶

44 Annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, NJ 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212.

45 Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld*, 2020, p. 210-211.

46 't Hart, annotatie bij HR (Strafkamer) 13 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3115, NJ 1990/48 (*Doodsteken ex-vriend*), p. 212.

Ook ik geloof niet dat het dogmatisch systeem onoverkomelijk bezwaren behoeft op te leveren voor gevallen waarin zowel een rechtvaardigingsgrond, als *culpa in causa* aanwezig wordt geacht. Voor het civiele recht werk ik dat punt nader uit bij de bespreking van de corrigerende werking van *culpa in causa*.⁴⁷

6.3.6 De middenweg: verwijt *en* rechtvaardiging

Aan beide juist behandelde visies kleeft het bezwaar dat ze teveel de nadruk leggen op één zijde van het probleem. Bij Strijards is dat het verwijt dat aan de handelende kan worden gemaakt. Bij 't Hart juist de rechtvaardigingsgrond waarop de handelende zich kan beroepen. Daardoor blijft in beide opvattingen de andere kant van het probleem onderbelicht. In de visie-Strijards bestaat mijns inziens te weinig aandacht voor het feit dat de handelende in beginsel een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond; in de theorie van 't Hart is daarentegen weinig ruimte rekening te houden met een ernstig verwijt dat de handelende eventueel te maken valt.

Een tussenweg, die overigens aansluit op de visie van 't Hart, wordt gewezen door De Hullu. Hij signaleert dat *culpa in causa* een erg absolute rol kan spelen bij de beoordeling van een rechtvaardigingsgrond als noodweer en beschrijft zijn opvatting:

'in het algemeen zou het mijns inziens de voorkeur verdienen in de eerste plaats te toetsen aan de wettelijke vereisten voor noodweer, en eigen schuld vervolgens als een mogelijke correctie, als een aanvullend vraagpunt te behandelen. Het is immers denkbaar dat iemand zich ondanks eigen schuld toch met succes op noodweer kan beroepen (...); dat hangt af van de mate van eigen schuld, de ernst van de aanranding en de beoordeling van subsidiariteit en de proportionaliteit. Door de eenduidige koppeling (...) van eigen schuld aan het ontbreken van een noodweersituatie dreigt *culpa in causa* te sterk en te gemakkelijk als drempel te fungeren. *Culpa in causa* verdient meer een eigen plaats in de uiteindelijke afweging van alle relevante gegevens ter beantwoording van de vraag of een beroep op noodweer al dan niet kan worden aanvaard.'⁴⁸

De Hoge Raad kiest, bijna zes jaar later – en met inmiddels De Hullu in zijn midden – voor een benadering in twee stappen: 1. is voldaan aan de vereisten voor het inroepen van de rechtvaardiging? 2. belet eigen schuld het beroep erop? Die keuze wordt gemaakt in de zaak van de taxichauffeur die een niet-betalende klant heeft. Na de rit gaan collega's van de chauffeur naar het huis van de klant, om hem alsnog te laten betalen. Ze weten dat de klant geweld-

⁴⁷ In par. 6.5 (*Corrigerende werking van culpa in causa in het burgerlijk recht, algemeen*) e.v.

⁴⁸ De Hullu, annotatie bij HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, NJ 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietswinkel*).

dadig kan zijn. En inderdaad: de klant staat klaar met een koevoet en slaat daarmee een van de collega's. Die vangt de klap echter op, grijpt de koevoet en slaat daar vervolgens de klant weer mee. De slaande collega beroept zich op noodweer. Het hof verwerpt dat beroep, omdat de collega wist dat de klant gewelddadig was, maar toch een regeling met hem wilde gaan bespreken. Hij heeft zich daardoor volgens het hof 'willens en wetens in een situatie begeven waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten was. (...) Door aldus te handelen is er geen sprake van een noodzakelijke verdediging en dus ook geen sprake van noodweer', zo oordeelt het hof.⁴⁹ De Hoge Raad casseert. Daarbij worden eerst de voorwaarden voor een geslaagd beroep op artikel 41 Sr op een rij gezet (r.o. 3.5.1), en wordt overwogen dat gedragingen van de verdachte voorafgaand aan de noodweersituatie onder omstandigheden in de weg kunnen staan aan het slagen van een beroep op noodweer, bijvoorbeeld in geval van uitlokking door provocatie (r.o. 3.5.2), om te komen tot het oordeel:

'Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte – terwijl hij en zijn collega's onderweg waren naar Z. (*de niet betalende klant, toevoeging MF*) voor het treffen van een regeling van de niet-betalende taxirit – meermalen was gewaarschuwd dat Z. gewelddadig zou kunnen worden, waaruit het Hof heeft afgeleid dat de verdachte "zich willens en wetens in een situatie [heeft] begeven waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten was." Die omstandigheid sluit, anders dan het Hof heeft geoordeeld, op zichzelf niet uit dat – in aanmerking genomen (...) de door het Hof vastgestelde (ernstige) agressie van Z. toen de verdachte en zijn collega's ter plaatse waren gekomen – ten aanzien van de ten laste van de verdachte bewezenverklarde gedragingen sprake was van noodzakelijke verdediging in de zin van art. 41 Sr. Hetgeen het Hof heeft overwogen (...) is evenmin voldoende om te kunnen aannemen dat hier sprake is van zodanige eigen schuld als onder 3.5.2 bedoeld dat dit een aanvaarding van het beroep op noodweer(exces) in de weg staat.⁵⁰

Het accent ligt bij *culpa in causa* niet voornamelijk op het verwijt dat de handelende treft (zijn 'eigen schuld').⁵¹ In de woorden van annotator Buruma: 'Nu wordt eerst gekeken of er aan de wettelijke voorwaarden voor een noodzakelijke verdediging is voldaan – en dat is niet uitgesloten als de dader zich willens en wetens begaf in een situatie waarin een agressieve reactie te verwachten

49 HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), r.o. 3.4.2.

50 HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), r.o. 3.6.

51 Dat blijkt nog sterker uit het recente HR (Strafkamer) 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1550, NJB 2019/2271, waarin de Hoge Raad overweegt dat de gedragingen van de verdachte die aan de wederrechtelijke aanval van het latere slachtoffer zijn voorafgegaan, in de weg kunnen staan aan het slagen van een beroep op noodweer of noodweereces op grond van culpa in causa, maar slechts onder bijzondere omstandigheden, zie r.o. 2.3.

was – en vervolgens of er zodanige eigen schuld was dat deze de aanvaarding van het beroep op noodweer in de weg staat.⁵²

Verwijt en rechtvaardiging. Bij culpa en causa gaat het om de wisselwerking tussen die twee.

6.3.7 Samenvattend over strafrecht

De harde lijn van Strijards is definitief verlaten. Dat blijkt ook uit het overzichtsarrest uit 2016 van de Hoge Raad over noodweer. Onder de kop ‘Culpa in causa’ vat de Hoge Raad de heersende leer aldus samen:

‘Gedragingen van de verdachte die aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer zijn voorafgaan, kunnen in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer of noodweereces, maar slechts onder bijzondere omstandigheden. Van zulke bijzondere omstandigheden kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de verdachte de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer en hij aldus uit was op een confrontatie, of wanneer hij willens en wetens de confrontatie met het slachtoffer heeft gezocht en een gewelddadige reactie van het slachtoffer heeft uitgelokt (*verwijzing 1, toevoeging MF*). De enkele omstandigheid dat een verdachte zich willens en wetens in een situatie heeft begeven waarin een agressieve reactie van het slachtoffer te verwachten viel (*verwijzing 2, toevoeging MF*), of dat een verdachte zich in verband met een mogelijke aanval van het slachtoffer als voorzorgsmaatregel van een illegaal vuurwapen had voorzien, is daartoe evenwel onvoldoende (*verwijzing 3, toevoeging MF*).⁵³

Een vrij milde benadering van de verdachte dus,⁵⁴ waarvoor minder reden bestaat als het gaat om opzettelijke provocatie of uitlokking. Daarbij moet worden bedacht dat *culpa in causa* door de Hoge Raad niet wordt behandeld

52 Buruma, annotatie bij HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), onder 2. Zie in dit verband nog de subsidiariteitseis hierna, par. 7.3.5 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten*) en par. 7.3.6 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten*).

53 HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316, r.o. 3.7.1 (*Overzichtsarrest noodweer*), met verwijzing in voetnoten naar resp. 1: HR (Strafkamer) 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, NJ 2006/123; 2: HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*), en 3: HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, NJ 2003/512. Zie i.v.m. het zoeken van de confrontatie nog HR (Strafkamer) 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3117, NJ 2018/217 (*Zoeken dader vernieling*). De overwegingen m.b.t. culpa in causa van het arrest uit 2016 zijn herhaald in HR (Strafkamer) 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, NJ 2019/218 (*Schieten vanuit auto*), r.o. 2.3 en 2.4.3.

54 De Hullu beschrijft de in de dogmatiek verdedigde en door hem onderschreven opvatting ‘dat eigen schuld slechts een beperkte correctie op het aanvaarden van strafuitsluitingsgronden kan en mag zijn, afhankelijk van de mate van eigen schuld en de bijzondere omstandigheden van het geval in kwestie’. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.5, p. 303.

als 'strafuitsluitingsgrond-overstijgend leerstuk';⁵⁵ de benadering is casuïstisch en verschilt per strafuitsluitingsgrond.⁵⁶

Nu hiermee het strafrecht beschreven is, wordt het tijd de blik te richten op het civiele recht en na te gaan op welke wijze de bijdrage van de handelende aan de te rechtvaardigen situatie een rol speelt bij de beoordeling van de handeling.

6.4 CIVIELRECHTELIJKE BENADERING

6.4.1 *Culpa in causa* in het civiele recht

Welk gevolg heeft de aanwezigheid van *culpa in causa* voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van de daad?

Dat is in het civiele recht geen brandend probleem. Asser/Sieburgh, bijvoorbeeld, wijdt er slechts een korte passage aan, die ook in de eerdere bewerkingen van dit deel van de Asser-serie al te vinden was. Over overmacht (alle andere uit het strafrecht overgenomen rechtvaardigingsgronden worden gezien als speciale vormen van overmacht) wordt geschreven:⁵⁷

'Een beroep op overmacht slaagt niet indien de oorzaak daarvan aan de dader kan worden toegerekend omdat hij de noodtoestand of andere overmachtssituatie aan zichzelf te wijten heeft of die voor zijn risico komt.'⁵⁸

Blijkbaar verhindert volgens Asser/Sieburgh de aanwezigheid van (wat ik noem:) *culpa in causa* een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond. Maar welke oorzaken aan de dader kunnen worden toegerekend en wat de reden is van het verlies van diens mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen, wordt niet duidelijk.

55 De term is van Jansen, *Drie modellen voor eigen schuld* 2020, p. 211.

56 De Hullu wijst erop dat bij noodtoestand de redelijkheid van de keus van de dader een prominente rol speelt; aan die redelijkheid van het gedrag behoeft eigen schuld weinig af te doen. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.5, p. 302. Bij noodweer zou het 'corrigerend bereik van eigen schuld' z.i. beperkt moeten zijn; het gaat om alle bijzonderheden van het geval, waarbij bijv. ook de ernst van de aanranding een rol speelt. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.6, p. 321-322. Over de 'vormgeving van eigen schuld per strafuitsluitingsgrond' zie nog Jansen, *Drie modellen van eigen schuld* 2020, p. 211.

57 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88. Vgl. reeds Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/88; Asser-Hartkamp III 1994/60 en Asser-Rutten III 1983, p. 77.

58 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/90.

6.4.2 Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh

Een uitgebreider behandeling van de kwestie is te vinden bij Sieburgh in haar proefschrift. Zij hangt de hierboven in 6.3.2 besproken opvatting van Strijards aan:

‘Iemand die zich zonder dwang of noodzaak in een situatie manoeuvreert die het begaan van een onrechtmatige gedraging in de hand werkt en dat weet of behoort te weten, handelt verwijtbaar. Wegens de manier waarop de laedens in de situatie is geraakt waarin hij onrechtmatig handelde, valt hem een verwijt te maken. Deze gedachte ligt ten grondslag aan de strafrechtelijke constructies ‘voorwaardelijk opzet’ en ‘culpa in causa’, die vallen onder de gemeenschappelijke noemer anterieure verwijtbaarheid. Toepassing van deze constructie brengt mee dat de dader zich niet kan beroepen op een omstandigheid die zijn strafbaarheid weg zou kunnen nemen, omdat hij deze omstandigheid zelf in de hand heeft gewerkt of niet uit de weg is gegaan. Uit de wijze waarop schuld in bepaalde civielrechtelijke casus wordt uitgelegd, blijkt dat deze gedachte in het burgerlijk recht eveneens een rol speelt.’⁵⁹

Uit de aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid leidt zij het bestaan van ‘persoonlijke, subjectieve schuld’ af, die de aansprakelijkheid van de dader voor zijn onrechtmatige daad verklaart.⁶⁰

Zo wordt volgens Sieburgh iemand die zich in een gevaarlijke situatie begeeft, verondersteld de kennis, kunde en ervaring te bezitten die daartoe vereist zijn. Zij beschrijft in dat verband de casus van de schrikkende automobilist.⁶¹

‘Beroept hij zich op een tekort in dezen, dan blijkt dat de schuld reeds bestond in het zich desondanks begeven in de betreffende situatie. Iemand die een auto bestuurt, wordt bijvoorbeeld geacht niet al te schrikachtig te zijn.’⁶²

59 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 132/133.

60 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, par. 7.5.5 en 8.5.

61 Sieburgh haalt nog andere voorbeelden aan. Ze betreffen mijns inziens alle de kern van de *onrechtmatigheid* van de besproken handelingen zelf. Het gaat om onrechtmatige daden waarvoor een tekortschietende rechtvaardiging (onverschoonbare dwaling wegens het niet hebben voldaan aan een onderzoeksplicht), of een slechts voorwaardelijke rechtvaardiging (executie van kort geding-vonnissen e.d.) wordt aangevoerd. Zie Sieburgh, *Toerekening* (diss.), p. 133/134. De grondslag voor de aansprakelijkheid is in deze gevallen naar mijn mening de (niet toereikend gerechtvaardigde) onrechtmatige daad zelf. Zie daarover hierboven reeds hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

62 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 135.

Zij haalt vervolgens de uitspraak van een rechtbank aan:

‘Van een claxonsignaal (...) hoort men in het verkeer niet zo te schrikken dat men daardoor (...) van de weg afrijdt.’⁶³

Sieburgh concludeert hierop dat de handelende een verwijt te maken valt omdat hij wist of behoorde te weten dat hij zich in een situatie begaf waarin hij mogelijk onrechtmatig zou handelen, of hoorde te weten dat hij niet over voldoende capaciteiten beschikte om op een juiste wijze te handelen.

6.4.3 Beoordeling visie-Sieburgh

Tegen deze opvatting kunnen dezelfde bezwaren worden ingebracht als hierboven zijn gemaakt tegen de visie van Strijards.⁶⁴ De benadering biedt voor bepaalde gevallen niet de juiste verklaring van aansprakelijkheid: Het beoogde gevolg van ‘anterieure verwijtbaarheid’ – ontzegging van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen – is weliswaar passend voor gevallen van anterieur onrechtmatig handelen, maar volgt dan reeds uit de (anterieure) onrechtmatige daad zelf. Bovendien is zij te eenzijdig, vanwege het zware accent op het verwijt aan de handelende. Voor gevallen van niet-onrechtmatig handelen voorafgaand aan de noodsituatie is het gevolg van anterieure verwijtbaarheid – verval van de bevoegdheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen – dan ook te grof in zijn uitwerking. Ik licht dit toe aan de hand van het zojuist weergegeven voorbeeld van Sieburgh van de schrikachtige automobilist Mijns inziens moet voor zo’n geval worden onderscheiden tussen twee situaties.

Ten eerste: de automobilist, die inderdaad weet (of behoort te weten) dat hij te schrikachtig is om een auto te besturen. Wie zó schrikachtig is, begaat een onrechtmatige daad door deel te nemen aan het verkeer. Dat blijkt uit toetsing van het gedrag van de automobilist aan de Kelderluik-factoren:⁶⁵ Gezien de psychische gesteldheid van de automobilist is de kans op schade zeer groot, en de mogelijkheid van ernstige schade eveneens. Als er dan geen

63 Rb. Rotterdam 13 september 1974, ECLI:NL:RBROT:1974:AJ4256, VR 1975/48, p. 120. Bij Sieburgh *Toerekening* (diss.) 2000, voetnoot 149 op p. 135.

64 Zie par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*). Ik zou het bij deze verwijzing kunnen laten. Omdat Sieburgh echter de enige Nederlandse civilist is die uitgebreid aandacht aan het probleem besteedt, verdient de bespreking van haar visie toch iets meer ruimte. Dat biedt mij bovendien de mogelijkheid het in het voorgaande betoogde toe te lichten aan de hand van civielrechtelijke voorbeelden.

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

uiterst dringende noodzaak bestaat om zelf te rijden,⁶⁶ mag hij dat niet doen. Daarbij speelt nog een rol dat mogelijke schade op eenvoudige wijze kan worden voorkomen door zich te *laten* vervoeren (toepassing van het criterium 'bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen'). Wat door Sieburgh wordt gepresenteerd als anterieure *verwijtbaarheid* is niets anders dan: anterieure *onrechtmatigheid*. Voor de automobilist die van zichzelf weet dat hij niet in staat is op verantwoorde wijze aan het verkeer deel te nemen en dat desondanks doet, schiet de theorie van anterieure verwijtbaarheid dus tekort als verklaring van zijn aansprakelijkheid; zijn aansprakelijkheid vloeit (gewoon) voort uit onrechtmatige daad.

Ik kom nu op de tweede te bespreken situatie: de automobilist die *niet* van zichzelf weet (of behoort te weten) dat hij te schrikachtig is om deel te nemen aan het verkeer. Wanneer deze schrikt en schade aanricht, zal de oorzaak van zijn schrik bepalend zijn voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van zijn handeling. Ik zou niet bij voorbaat willen uitgaan van onrechtmatigheid *omdat* iemand schrikt van (om bij de door Sieburgh aangehaalde uitspraak te blijven:) een claxonsignaal. Of de schrikreactie onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Denkbaar is dat het claxonneren in deze situatie een te verwachten schrikreactie uitlokte: iemand rijdt bijvoorbeeld in een open auto en wordt (bij wijze van 'grap') bijna van de weg geblazen door een claxon als een misthoorn, waarmee sommige vrachtwagens zijn uitgerust. Of de automobilist in een elektrische wagen nadert onhoorbaar een fietser van achteren en toetert plotseling en hard, waardoor de fietser een onverwachte manoeuvre maakt en ergens tegenaan rijdt. Ik ben er niet van overtuigd dat de schrikkende automobilist en fietser in deze twee voorbeelden onrechtmatig handelen als zij tijdens hun schrikreactie schade aanrichten. Of iemand voorkomt een ramp: hij kan juist remmen voor een overstekend kind. De bestuurder van de auto achter hem ziet het kind niet, moet plots remmen vanwege het remmen van zijn voorligger en drukt lang en agressief op de claxon. In zo'n geval, waarin de voorste bestuurder nog zit te bekomen van de schrik van het overstekende kind, kan ik mij voorstellen dat hij schrikt van de plotselinge claxon achter zich en verkeerd reageert. Ik zie dan geen reden om bij voorbaat aan te nemen dat zijn handeling onrechtmatig is, ook niet als het gaat om een van nature enigszins nerveuze bestuurder. Voor al deze gevallen is de theorie van de anterieure verwijtbaarheid te grof in haar gevolg en moet een genuanceerder benadering gevonden worden.

66 Wat niet ondenkbaar is. De schrikachtige kan op een afgelegen plek worden geconfronteerd met een automobilist die een hartaanval krijgt en die dringend naar het ziekenhuis moet worden vervoerd, terwijl hulp van anderen niet kan worden ingeroepen of afgewacht. In dat geval zou ik niet bij voorbaat willen aannemen dat de automobilist geen beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond (i.c.: noodtoestand).

6.4.4 *Culpa in causa* en risicoaanvaarding

Bij de bespreking van de opvattingen van Strijards en 't Hart concludeerde ik dat het uiteindelijk neerkomt op de wisselwerking tussen het verwijt dat de handelende treft en zijn beroep op een rechtvaardigingsgrond.⁶⁷ Naar ik meen, geldt dat ook voor het burgerlijk recht.

Verhelderend voor de rest van het betoog is op dit punt een excursie naar een fenomeen in het civiele recht waar het eveneens gaat om de verhouding tussen enerzijds een verwijtbare en anderzijds een gerechtvaardigde handeling: de omstreden figuur van de risicoaanvaarding.

Van risicoaanvaarding is sprake als iemand zich vrijwillig begeeft in een situatie waarvan hij weet of kan weten dat daaruit voor hem schade kan voortvloeien.⁶⁸ Wanneer het risico van schade zich inderdaad verwezenlijkt, kan er reden bestaan (een deel van) de schade voor rekening van de risiconemer te laten:

‘wie zich vrijwillig en bewust aan een bepaald gevaar blootstelt, moet er zelf de gevolgen van dragen’.⁶⁹

In het geval van *culpa in causa* is in feite hetzelfde aan de hand: iemand brengt zichzelf in een noodsituatie, dus een situatie waarvan hij weet dat daaruit schade kan voortvloeien. Hij wil zich vervolgens op een rechtvaardigingsgrond beroepen. De vraag is of dat beroep hem toekomt, gezien het feit dat hij zich nu juist zelf in de situatie heeft gemanoeuvreerd en het risico dat hij daarmee heeft genomen.

Zowel bij risicoaanvaarding als bij *culpa in causa* gaat het om een handeling waaraan door een andere (eerdere) handeling is bijgedragen. In beide gevallen gaat het om de vraag wat het juridische effect is van de ene (bijdragende) handeling op de beoordeling van de andere (schadeveroorzakende) handeling.⁷⁰ Hierna wordt beproefd of de civielrechtelijke benadering van risicoaanvaarding van nut kan zijn voor de bestudering van het leerstuk *culpa in causa*.⁷¹

67 In par. 6.3.6 (*De middenweg: verwijt en rechtvaardiging*).

68 Zie over risicoaanvaarding de klassieke opstellen van: Streefkerk, *Risico-aanvaarding* 1980 en Geelhand & Verbeek, *Risico-aanvaarding* 1981-1982.

69 Geelhand en Verbeek, *Risico-aanvaarding* 1981-1982, p. 1921, onder 2.

70 De vergelijking wordt hierna, in par. 6.4.4 (*Culpa in causa en risicoaanvaarding*) en 6.4.5 (*Parallel tussen leer-Strijards/Sieburgh en vroegere kijk op risicoaanvaarding*), uitgewerkt.

71 Eerder heb ik de parallel met risico-aanvaarding beschreven in verband met uitlokking, dat als een bepaald soort *culpa in causa* kan worden gezien. Zie annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, JA 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke, onder 4. Over uitlokking zie verder hierna, onder 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

Daarbij moet wel worden bedacht dat risicoaanvaarding en *culpa in causa* gedragingen van verschillende personen betreffen. Bij risicoaanvaarding gaat het om de gedraging van de *benadeelde* en de invloed daarvan op de onrechtmatigheid van een handeling van de handelende. Bij *culpa in causa* gaat het om een gedraging van de *handelende* en het gevolg dat deze heeft voor een latere, te rechtvaardigen, gedraging van dezelfde handelende.

Men zou kunnen zeggen dat bij *culpa in causa* de risicoaanvaardingsgedachte spiegelbeeldig wordt toegepast, namelijk op de handelende. Over deze 'risicoaanvaarding in spiegelbeeld' is geschreven door Van der Kwaak. Hij spreekt over risicoaanvaarding door de *handelende* (laedens), in plaats van door de benadeelde (gelaedeerde). Hij stelt:

'Juist hier lijkt (...) alle aanleiding te bestaan om voor risicoaanvaarding als afzonderlijk begrip een plaats in te ruimen.⁷²

Van der Kwaak bespreekt een aantal gevallen, zoals de executie van een vonnis waartegen nog een rechtsmiddel openstaat.⁷³ Mijns inziens gaat het daarbij echter steeds om een beroep op een onvolledige of voorwaardelijke *rechtvaardiging*. Zoals ik hierboven heb betoogd, schiet dit soort rechtvaardigingen tekort als verweer tegen een actie uit onrechtmatige daad.⁷⁴ Deze ontoereikende rechtvaardigingen zijn niet in staat het oordeel over de handeling van de handelende te veranderen in 'rechtmatig'. En om die reden is/blijft de handeling onrechtmatig.

Door zich op zo'n rechtvaardiging te baseren, aanvaardt de handelende inderdaad risico's. Maar daarmee is niet veel meer gezegd dan dat hij *in feitelijke* zin een risico neemt. Namelijk: het risico dat de executant de zaak in hoger beroep verliest.⁷⁵ Wat ik hier beoog, is te onderzoeken hoe het gegeven dat (in het geval van *culpa in causa*) risico's zijn genomen door de handelende, invloed heeft op de juridische beoordeling van het gedrag van die

72 Van der Kwaak, *Risicoaanvaarding in spiegelbeeld* 1999, p. 402, r.k.

73 Van der Kwaak noemt onder andere: het conservatoir beslag, de executie van een vonnis waartegen nog een rechtsmiddel kan worden ingesteld, de overdracht van een goed krachtens een aantastbare titel, en de feitelijke handeling waarvan op het moment dat zij wordt verricht nog niet vaststaat of zij rechtmatig is. Van der Kwaak, *Risicoaanvaarding in spiegelbeeld* 1999, p. 402, r.k. Sieburgh bespreekt deze gevallen in haar proefschrift bij haar behandeling van anterieure verwijtbaarheid, met verwijzing naar Van der Kwaak, zie Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 134.

74 Zie voor de bespreking van de ontoereikende rechtvaardigingen hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*). De theorie van Van der Kwaak is besproken (en verworpen) in par. 5.3.3 (*De variërende status van de rechtsbetrekking*).

75 Zie voor een ander strikt feitelijk gebruik van de term: Hof Den Haag 27 maart 2001, ECLI: NL:GHSGR:2001:AK4492, S&S 2002/127: omdat Esso bekend was met de voorlading furfural en er kennelijk rekening mee hield dat daarvan nog sporen zouden achterblijven, heeft Esso het risico aanvaard dat de lading gasolie sporen van (o.a.) furfural zou bevatten.

handelende. Met andere woorden: hoe *culpa in causa* voor het civiele recht moet worden ingepast in het juridische systeem.

6.4.5 Parallel tussen leer-Strijards/Sieburgh en de vroegere kijk op risicoaanvaarding

Hierboven is de leer van de anterieure verwijtbaarheid besproken voor het strafrecht en het burgerlijk recht.⁷⁶ Toepassing van die leer heeft vergaande gevolgen. Aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid slaat de handelende een mogelijk beroep op een rechtvaardigingsgrond in één klap uit handen. En wanneer zij niet kan worden aangetoond, dan gaat de handelende juist vrijuit.

In dit opzicht doet de constructie denken aan het effect van risicoaanvaarding, dat in het civiele recht vroeger werd gezien als rechtvaardigingsgrond. Aangenomen werd dat de vergoedingsplicht van de handelende *geheel verviel* als sprake was van risicoaanvaarding door de benadeelde.⁷⁷ Was dat laatste niet het geval, dan ontbrak voor de handelende een rechtvaardigingsgrond en bleef de vergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad (in beginsel) *geheel in stand*.⁷⁸ Een rigide resultaat: alles-of-niets.⁷⁹ Zoals gezegd, leidt de aanwezigheid van anterieure verwijtbaarheid in de visie van Strijards en, voor het burgerlijk recht, van Sieburgh tot dezelfde uitkomst.

De parallel beperkt zich niet tot het resultaat van toepassing van beide rechtsfiguren. De figuren betreffen in zekere zin ook hetzelfde *probleem*: iemand verspeelt door een bepaalde gedraging een hem toekomend recht. Bij anterieure verwijtbaarheid is dat de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen. Bij risicoaanvaarding is dat het recht schadevergoeding te vorderen van de pleger van een onrechtmatige daad. In beide gevallen is de reden van dit rechtsverlies dezelfde: de handelende persoon heeft zelf bijgedragen aan het ontstaan van een situatie waarin hij kon verwachten dat er wellicht schade uit zou kunnen voortvloeien. Hij kon eveneens voorzien dat hij wellicht een

76 Par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*) en par. 6.4.2 (*Civielrechtelijke verdediging van de leer-Strijards: de visie van Sieburgh*).

77 Zie bijv. Hof Arnhem 23 januari 1973, ECLI:NL:GHARN:1973:AC5290, VR 1973/90 (*Meerijden met beschonken bestuurder*), Rb. Arnhem 22 oktober 1981, ECLI:NL:RBARN:1981:AL7622, VR 1984/54 (*Schade tijdens proefrit*), HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536 (*Verstekeling in laadruimte*).

78 Zie bijv. arbitraal vonnis 6 februari 1987, ECLI:NL:XX:1987:AJ5572, VR 1989/92 (*Botsing tussen twee 'sjezen'*), HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (*Circusezel*) en HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5307, NJ 1973/407. Zoals ook uit de laatste uitspraak blijkt, kon op de schadevergoedingsplicht nog wel vermindering volgen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding gaven.

79 Vgl. Franke, *Risico-aanvaarding of eigen schuld?* 1989, p. 90. Over risico-aanvaarding in het algemeen, zie nogmaals het opstel van Streefkerk, *Risico-aanvaarding* 1980.

beroep zou moeten doen op een recht. Maar uiteindelijk komt dat recht hem niet toe.⁸⁰

De gelijkenis gaat nog verder dan het feit dat rechtsverlies optreedt en de reden waarom dat gebeurt. Ook het *karakter* van het verspeelde recht is in beide situaties hetzelfde. Het gaat steeds om de mogelijkheid de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade niet zelf te hoeven dragen, maar te kunnen afwentelen op de andere partij. In het geval van anterieure verwijtbaarheid gaat het om de mogelijkheid van de handelende zich te verweren tegen een schadevergoedingsvordering en aldus te *ontkomen* aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bij risicoaanvaarding gaat het juist om de mogelijkheid diezelfde vordering *in te stellen*. Dat het in het eerste geval de handelende, in het tweede geval de benadeelde is aan wie dat zijn recht wordt ontnomen, doet wat dit betreft niet terzake. Het gaat om het vergoeden van schade die beiden normaal gesproken niet zouden hoeven te dragen.

Culpa in causa en risicoaanvaarding. Ze lijken op elkaar qua rechtsgevolg, reden van dat rechtsgevolg en karakter van het verloren recht. De hier gesignaleerde gelijkenis maakt het interessant te bezien hoe tegenwoordig in het civiele recht wordt omgegaan met de risicoaanvaardingsproblematiek.

6.4.6 Huidige visie op risicoaanvaarding

De Hoge Raad heeft in 1991 definitief een eind gemaakt aan de rol van risicoaanvaarding als fatale omstandigheid voor een schadevergoedingseis van de benadeelde. In het arrest Dekker/Van der Heide overweegt de Hoge Raad:

‘Onderdeel 3 betoogt dat naar geldend recht “aan ‘risico-aanvaarding’ een eigen plaats met eigen rechtsgevolgen toe(-komt), nl. als zijnde een omstandigheid, die

80 Hier is een overeenkomst zichtbaar met de figuur ‘rechtsverwerking’. Die vergelijking is met betrekking tot risico-aanvaarding gemaakt door Schut. Hij omschreef risico-aanvaarding als ‘rechtsverwerking-bij-voorbaat’ Schut, *Onrechtmatige daad* 1985, p. 76. Ik geloof echter niet dat die vergelijking ons iets verder brengt. Rechtsverwerking is, net als risicoaanvaarding, een begrip dat vooral goed aangeeft wat *feitelijk* aan de hand is: het beroep op een recht is verwerkt (in de zin van: verloren); een risico aanvaard. Maar wat de juridische consequenties van die constatering zijn, is voor beide rechtsfiguren niet eenvoudig aan te geven. Valk heeft moeite gedaan de verschillende soorten rechtsverwerking onder te brengen bij één van de drie categorieën: rechtshandeling, onrechtmatige daad/wanprestatie; verjaring. Zie W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss.) 1993, Deventer: Kluwer, 1993. Op zichzelf is het etiket ‘rechtsverwerking’ dus weinig zeggend. Het lijkt me daarom niet gewenst een niet eenvoudig te vatten categorie als risicoaanvaarding aan te duiden met een andere, evenzeer onduidelijke typering als rechtsverwerking. Kennelijk is dat uiteindelijk ook de visie van Schut geweest, want in de laatste druk komt men de karakterisering van risicoaanvaarding als ‘rechtsverwerking’ niet meer tegen, zie zijn *Onrechtmatige daad* 1997, p. 66-68.

de onrechtmatigheid van een gedraging opheft en algeheel verval van aansprakelijkheid meebrengt." Dit betoog faalt.⁸¹

Volgens de Hoge Raad bestaat aan een zodanige rechtsfiguur ook geen behoefte:

'Hetgeen men daarmee beoogt te bereiken gaat immers, naar gelang van de aard van het geval, volledig op in enerzijds de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt en anderzijds die of aan de benadeelde omstandigheden kunnen worden toegerekend die aanleiding kunnen zijn (niet alleen tot een vermindering maar ook) tot een vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 NBW.⁸²

Risicoaanvaarding brengt dus niet bij voorbaat verval van aansprakelijkheid mee. De aanwezigheid ervan kan wel een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de daad of bij de bepaling van de omvang van de te betalen schadevergoeding.

6.4.7 Toepassing op *culpa in causa*

Risicoaanvaarding is de bijdrage van de *benadeelde* aan een (onrechtmatige) daad. Het juridische effect daarvan is dat de daad minder snel als onrechtmatig zal worden gekwalificeerd en een eventuele schadevergoedingsplicht een kleinere omvang zal hebben.

Culpa in causa is de bijdrage van de *handelende* aan een (te rechtvaardigen) daad. Het juridische effect daarvan zal (omgekeerd) juist zijn, dat de daad minder snel als rechtmatig zal worden gekwalificeerd en een eventuele schadevergoedingsplicht een grotere omvang zal hebben.

6.4.8 Orde van het verdere betoog

De twee door de Hoge Raad genoemde wegen om rekening te houden met het gedrag voorafgaand aan een onrechtmatige daad zijn hierna uitgangspunt bij de inpassing van *culpa in causa* in het civielrechtelijk systeem. Ik zal ze in de volgende paragrafen bespreken als: correctie via het onrechtmatigheidsoordeel en correctie via de vergoedingsplicht. In de volgende paragraaf bespreek ik de beide correctiemethoden kort, waarna de uitwerking volgt in het laatste gedeelte van dit boek, in de hoofdstukken over het gevolg van de aanwezig-

81 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.4.

82 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*), r.o. 3.4.

heid van een rechtvaardiging op het oordeel over de daad (hoofdstuk 11) en het oordeel over de schadevergoedingseis (hoofdstuk 12).

6.5 CORRIGERENDE WERKING VAN *CULPA IN CAUSA* IN HET BURGERLIJK RECHT, ALGEMEEN

6.5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ben ik ervan uitgegaan dat op zichzelf aan alle voorwaarden van de in te roepen rechtvaardiging is voldaan. De aanwezigheid van *culpa in causa* is dan op twee momenten van belang voor de beoordeling van een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Ten eerste: het moment van de te rechtvaardigen handeling. Ten tweede: een eerder in de tijd gelegen moment, waarop de handelende heeft bijgedragen aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie.

In de volgende paragrafen wordt bezien wat het gevolg van het chronologisch *eerste moment* is voor het latere beroep op de rechtvaardigingsgrond. Zoals in het voorgaande is gesteld, zal die invloed tweemaal kunnen zijn. De voorafgaande gedraging kan een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de te rechtvaardigen handeling en van de eventuele schadevergoedingsverplichting. De aanwezigheid van *culpa in causa* zal daarbij een correctie kunnen meebrengen op het aanvankelijke oordeel over beide kwesties.

6.5.2 Over de methode: de verkering van het oordeel

Op het eerste gezicht is het moeilijk voorstelbaar dat nog een correctie kan plaatsvinden, wanneer eenmaal is vastgesteld dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is.⁸³ Immers: als alle voorwaarden voor het aannemen van zo'n grond zijn vervuld, is de daad rechtmatig. En er behoeft dan geen schadevergoeding te worden betaald. Het is niet makkelijk in te zien hoe de *culpa in causa*-constructie nog verandering in deze situatie zou kunnen brengen. Dat is *wel* denkbaar bij een onrechtmatige daad. Wanneer de onrechtmatigheid van de daad is vastgesteld, kan het gevolg ervan (de verplichting tot het betalen van schadevergoeding)⁸⁴ worden gecorrigeerd. De vergoedingsplicht van de dader kan worden verminderd of zij vervalt, waardoor een deel van, of de gehele schade voor rekening van de benadeelde blijft.⁸⁵

83 Vergelijk wat daarover is opgemerkt bij de bespreking van de visie van 't Hart in par. 6.3.5 (*Beoordeling visie-'t Hart*).

84 Vgl. artikel 6:162 lid 1.

85 Op grond van de bepalingen in afd. 6.1.10, met name uiteraard art. 6:101.

Maar wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, is de daad *rechtmatig*. En op grond van rechtmatige daad bestaat nu juist geen verplichting tot schadevergoeding.⁸⁶ Een niet bestaande verplichting is lastig te corrigeren.

Het zojuist geschetste probleem is echter alleen onoplosbaar als men aanneemt dat de kwalificatie 'rechtmatig' de definitieve is. Maar er is niets dat daartoe dwingt. Integendeel: ook in de normale situatie van een beroep op een rechtvaardigingsgrond gaat men uit van het voorlopige oordeel dat het handelen onrechtmatig is. Maar dat onrechtmatige karakter kan aan de daad ontvallen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Bij nader inzien kan de daad dan als rechtmatig bestempeld worden. Niets is erop tegen om, als daartoe redenen bestaan, dat oordeel opnieuw te bezien en aan te nemen dat de daad toch als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. Deze dubbele herwaardering van de omstandigheden van het geval heeft Eggens als volgt geschetst:

'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op het feit dat deze handeling werd gepleegd door een soldaat op wacht of een politieagent in achtervolging (en nadat eventuele andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijkende omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.'⁸⁷

De vraag is op welke manier de aanwezigheid van *culpa in causa* een rol kan spelen bij de tweede verkering van het oordeel over de rechtmatigheid van de daad.

6.5.3 De wisselwerking tussen verwijt en rechtvaardiging

Op dit punt in het betoog wordt de hierboven gemaakte vergelijking met risicoaanvaarding relevant. *Feitelijke* risicoaanvaarding door het slachtoffer kan als gezegd *juridisch* invloed hebben via het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad, of via de vergoedingsplicht van de dader. Nu ga ik na wat de juridische invloed van de aanwezigheid van *culpa in causa* is.

Eerst wordt bezien welk effect de aanwezigheid van *culpa in causa* heeft op het *onrechtmatigheidsoordeel*. Het gaat daarbij om de vraag of de daad in

86 Althans: in het algemeen. Over de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond voor de vergoedingsplicht: zie hoofdstuk 12 (*Involed op oordeel vergoedingsplicht*).

87 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122, hierboven al gedeeltelijk aangehaald in par. 3.8.2 (*Terzijde; Artikel 6:162 gespiegeld*).

casu gerechtvaardigd wordt, mede gezien het feit dat de handelende zichzelf in de te rechtvaardigen situatie bracht. Dit vergt een afweging van deze twee zaken: enerzijds het verwijt dat de handelende treft van het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie; anderzijds de omstandigheid dat hij in principe een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond. Wanneer het beroep op de rechtvaardigingsgrond in de gegeven omstandigheden de doorslag geeft, is de daad rechtmatig.⁸⁸ Aan de beoordeling van de schadevergoedingsvordering komt men dan in beginsel niet meer toe.⁸⁹

Wanneer het verwijt aan de handelende, dus de aanwezigheid van *culpa in causa*, bij de afweging het zwaarst weegt, wordt het beroep op de rechtvaardigingsgrond afgewezen. De daad is dan onrechtmatig en de handelende tot schadevergoeding verplicht. De omvang van die *schadevergoedingsverplichting* moet vervolgens worden vastgesteld. Dat gebeurt aan de hand van de bepalingen in afdeling 6.1.10. Daarbij kan de aanwezigheid zowel van *culpa in causa*, als van de rechtvaardiging opnieuw een rol spelen. Het zal ervan afhangen bij welke van de twee omstandigheden in de concrete casus het zwaartepunt ligt.

In de volgende paragrafen wordt bezien op welke wijzen het verwijt aan de handelende kan worden ingepast in het civielrechtelijk systeem. Daarbij wordt de invloed van de voorafgaande gedraging bezien voor achtereenvolgens het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling (in 6.6) en het oordeel over de omvang van de schadevergoedingsplicht (in 6.7).

6.6 CORRECTIE VIA HET ONRECHTMATIGHEIDSOORDEEL

6.6.1 Inleiding

De noodzaak zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen kan het gevolg zijn van een laakbaar handelen voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie. In die situatie zal het beroep op de rechtvaardigingsgrond kunnen worden verworpen, waarbij een aantal redeneringen kan worden gehanteerd om tot dat resultaat te komen.

6.6.2 Anterieure onrechtmatigheid

Allereerst is denkbaar dat de dader een onrechtmatige daad heeft gepleegd waardoor hij in de, te rechtvaardigen, noodsituatie is beland. Een mooi voorbeeld daarvan ontleen ik aan de rijke strafrechtelijke casuïstiek. Het zou overigens even goed afkomstig kunnen zijn uit het burgerlijk recht.

⁸⁸ Zie ook hierna, hoofdstuk 11 (*Inloed op oordeel handeling*).

⁸⁹ Voor uitzonderingen op deze regel: zie hoofdstuk 12 (*Inloed op oordeel vergoedingsplicht*).

Een automobilist rijdt met een snelheid van bijna tachtig kilometer per uur. Hij wil een passagiere op de achterbank een vuurtje geven. Hij houdt tijdens het rijden zijn elektrische aansteker een eindje achter zich, brandt zijn vingers en laat de brandende aansteker vallen. Dan kijkt hij opzij, om te zien waar de aansteker terecht is gekomen. Tijdens deze manoeuvre verliest de automobilist de macht over het stuur; zijn auto raakt van de weg en hij veroorzaakt een botsing.⁹⁰ De kantonrechter aanvaardt het beroep op overmacht van de bestuurder, overwegende:

‘dat verd. derhalve terecht zich heeft beroepen op overmacht, n.l., dat door een dusdanig volkomen onverwacht gebeuren het hem niet mogelijk was een zijwaartse blik te bedwingen, immers op dat moment van hem niet kon worden gevorderd, dat hij eerst rustig zijn motorrijtuig tot stilstand bracht’.⁹¹

Op deze wijze is de overmachtssituatie volkomen geïsoleerd van de overige omstandigheden van het geval bekeken. De rechtbank pakt de zaak anders aan en vernietigt het vonnis, overwegend

‘dat, daargelaten of verd., toen hij in de positie verkeerde, dat hij zijn vinger had gebrand aan zijn electrischen cigarettenaansteker en dat hij die brandenden aansteker naast zich neer zag vallen, zich had mogen laten afleiden, dit in ieder geval geen overmacht voor hem oplevert, aangezien hij – door tijdens het chaufferen met een snelheid van 70 à 80 km per uur over genoemden weg een brandenden electrischen aansteker achterwaarts te brengen in de richting van een achter in den auto gezeten passagiere – zich zelf vrijwillig in die positie heeft gebracht’.⁹²

In deze casus is sprake van een onrechtmatige daad, die bestaat uit het zeer gevaarlijke handelen van de automobilist: rijdend met een flinke snelheid, proberen iemand op de achterbank een vuurtje te geven en daarna op de grond van de wagen te speuren naar de gevallen aansteker. Als de voorzienbare gevolgen van deze daad zich verwezenlijken, is het voor een beroep op een rechtvaardigingsgrond te laat. Dit is de toepassing van een van de onrechtmatigheidscriteria: de grootte van de kans op en de ernst van de mogelijke schade.⁹³ Een voltooide onrechtmatige daad heeft zich voorgedaan.

Hieraan doet niet af dat de onrechtmatige daad (mede) een noodsituatie ten gevolge kan hebben. Zoals in de bovenstaande casus: als iemand zijn vingers brandt, is het verklaarbaar en wellicht zelfs verontschuldigbaar dat

90 De man botste op een boom. Voor de civilist is het voorbeeld wellicht niet zo aansprekend als er geen schade is toegebracht aan een ander. De civilist kan denken aan een botsing met een geparkeerd staande auto.

91 Rb. Amersfoort (ktr.) 18 oktober 1956, ECLI:NL:KTGAMF:1956:1, NJ 1957/362 (*Vuurtje naar de achterbank*).

92 Rb. Utrecht (Strafkamer) 1 februari 1957, ECLI:NL:RBUTR:1957:4, NJ 1957/521 (*Vuurtje naar de achterbank*).

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

hij de macht over het stuur verliest. De reactie op de *gevolgen* van de onrechtmatige daad is dus misschien te rechtvaardigen. Maar wat gerechtvaardigd dient te worden, is de *onrechtmatige daad* zelf. Deze schept aansprakelijkheid voor de voorzienbare gevolgen die eruit voortvloeien. Maar zij kan niet door haar eigen gevolgen worden gerechtvaardigd. Dat toch aan te nemen, zou wel akelig dicht in de buurt komen van het huzarenstukje van de legendarische baron die zich aan zijn eigen pruikje uit het moeras trok. Of, zoals Meijers heeft opgemerkt naar aanleiding van de Voorste Stroom-constructies:

‘Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben.’⁹⁴

6.6.3 Geen voorafgaande onrechtmatige daad

Wanneer geen sprake is van een voltooide onrechtmatige daad voorafgaand aan de noodsituatie, is er mijns inziens onvoldoende reden de handelende bij voorbaat een beroep op een rechtvaardiging te ontzeggen. Ik licht deze stelling toe aan de hand van een strafrechtelijke noodweercasus, waarin hof en Hoge Raad aannemen dat niet is voldaan aan de eisen van artikel 41 Sr.

De zaak speelt op Aruba. Victor Jesus Y. begeeft zich op verkiezingsdag per auto in het kamp van aanhangers van een andere politieke partij. Hij is er niet welkom. Er wordt tegen de auto geslagen en geschopt. In het tumult dat ontstaat, schiet Victor Jesus Y. ene Tromp dood. Y. beroept zich op noodweer, respectievelijk noodweerexces. Hof en Hoge Raad verwerpen dit beroep. Onder verwijzing naar de omstandigheden voorafgaand aan de ruzie, oordeelt de Hoge Raad dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een beroep op noodweer(exces). Het hof heeft vastgesteld, aldus de Hoge Raad,

‘dat de beklaagde (...) door zich op een verkiezingsdag – en nog wel later op de dag – op Aruba met een auto die duidelijk was voorzien van aanduidingen van een politieke partij te begeven naar een plaats die bekend staat als een bolwerk van een rivaliserende partij, en de auto aldaar te doen stilhouden met geopende ramen, agressie bij de aanhangers van die andere politieke partij, bestaande in het slaan en schoppen tegen die auto, willens en wetens hebben opgewekt, en te hebben geoordeeld dat onder deze omstandigheden het bewezen verklaarde niet kan worden aangemerkt als een feit geboden door noodzakelijke verdediging tegen zo een aanranding’.⁹⁵

94 Meijers, *Algemene Begrippen* 1948, p. 308. Zie hierboven, par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*).

95 HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, NJ 1989/389 (*Verkiezingen op Aruba*), r.o. 5.2.

Als iemand zelf een moeilijke situatie heeft opgezocht, kan niet worden gezegd dat er sprake is van een 'feit geboden door noodzakelijke verdediging', zo legt de Hoge Raad artikel 41 Sr in 1987 uit. Daarom heeft de dader geen beroep op noodweer.⁹⁶

De mogelijkheden om een noodweerberoep te verwerpen met een *culpa in causa*-redenering zijn inmiddels beperkter, omdat de Hoge Raad milder oordeelt over *culpa in causa*-situaties. Het enkele feit dat iemand een gevaarlijke situatie opzoekt waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten viel, en zelfs het bij zich hebben van een illegaal vuurwapen als voorzorgsmaatregel, zijn onvoldoende om via een *culpa in causa*-redenering een noodweerberoep te verwerpen.⁹⁷

Terughoudendheid bij toepassing van een *culpa in causa*-redenering zou ik ook willen bepleiten voor het civiele recht, gezien het vergaande gevolg: geheel verval van de mogelijkheid zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen (zoals al in de vorige paragraaf is besproken). Evenmin als bij de onrechtmatigheids- en subsidiariteitstoets mag de methode van uitleg dienen om de dader een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontzeggen wanneer de gedraging niet reeds op zichzelf onzorgvuldig is.⁹⁸

Maar het enkele feit dat iemand gevaren niet uit de weg gaat of ze wellicht zelfs opzoekt, brengt nog niet per se mee dat hij zich daardoor niet tegen (mogelijk zware) bedreigingen zou mogen verweren of dat het redelijk zou zijn hem alle schade die hem in die situatie wordt toegebracht zelf te laten dragen.⁹⁹ Mijns inziens kan de handelende zijn recht op zelfverdediging alleen dan bij voorbaat worden ontzegd, als hij zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad.¹⁰⁰ Is dat laatste niet het geval, dan heeft de handelende in principe een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Zijn gedragingen die voorafgingen aan dat beroep op een rechtvaardigingsgrond (zoals de omstandigheid dat iemand op pad gaat met een vuurwapen, en dat vervolgens ook daadwer-

96 Vgl. hierboven, par. 3.4.3 (*Noodweer; Voorwaarden*).

97 Zie HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.7.1, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509 (*Onbetaalde taxirit*) en HR (Strafkamer) 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, NJ 2003/512.

98 Zie daarover ook mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, JA 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke, onder 4.

99 Zoals ik hierboven reeds betoogde: het dragen van een Ajaxpetje in het Feyenoordvak maakt de voetbalfan nog niet rechteloos wanneer geweld tegen hem wordt gericht. Zie de bespreking van de visie van Strijards in par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*). In gelijke zin: Keijzer in zijn annotatie bij HR (Strafkamer) 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9243, NJ 2010/282, onder 8. Vgl. ook Reijntjes, annotatie bij HR (Strafkamer) 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4855, NJ 2013/395, onder 5.

100 Zoals in de hierna te bespreken zaken, van de stekende man in de fietswinkel in par. 6.6.4 (*Uitleg rechtvaardigingsgrond*), en van Cabbollet die schietend naar buiten komt wanneer hij onraad bespeurt in par. 6.6.5 (*Subsidiariteit*).

kelijk gebruikt), kunnen uiteraard wel meewegen bij de beoordeling of het beroep in casu slaagt.

6.6.4 Uitleg rechtvaardigingsgrond

Hierboven is de anterieure onrechtmatigheid besproken als fundering van *culpa in causa* in het burgerlijk recht. Nog een andere methode kan worden gebruikt om te beredeneren dat een handeling voorafgaand aan een noodsituatie een beroep op een rechtvaardigingsgrond blokkeert. Aangenomen wordt dan dat de gedragingen van de handelende meebrengen dat niet is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor het aannemen van een bepaalde rechtvaardigingsgrond. De handeling blijft dus onrechtmatig, omdat geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Bij deze methode gaat het om de *uitleg* van de rechtvaardigingsgrond. Ik zal haar bespreken aan de hand van de rechtvaardigingsgrond noodweer.

Artikel 41 Sr, over noodweer, luidt:

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

Er zijn uiteraard situaties denkbaar waarin moet worden aangenomen dat, gezien de voorafgaande gedragingen van de dader, van een noodweersituatie geen sprake is. Artikel 41 kan dan geen toepassing vinden. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de (strafrechtelijke) casus van A, die de eigenaar van een fietsenwinkel (Hol) met een mes steekt, omdat hij ‘geïrriteerd was geraakt door het gedrag’ van Hol. Na het steken blijft A. voor de winkel staan, met zijn gezicht richting werkplaats. Drie personeelsleden stormen uit die werkplaats Hol te hulp. Eén van hen (W.) wordt door A. doodgestoken. A. beroept zich op noodweer; hij voelde zich bedreigd door de reactie van de medewerkers van Hol. Het hof oordeelt

‘dat van een noodweersituatie geen sprake was (...) omdat hij door Hol met een mes te steken en daarna voor de winkel te blijven staan met het mes in zijn hand en met het gezicht naar de toegangsdeur van de werkplaats, zich willens en wetens in een situatie heeft gebracht waarin de dreigende reactie van W. te verwachten was’.¹⁰¹

Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

101 HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, NJ 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietsenwinkel*), r.o. 3.4.

In de hier besproken zaak is goed verdedigbaar dat het handelen van A., voorafgaand aan de uiteindelijke noodsituatie, prohibitief is voor zijn beroep op noodweer. Voordat A belandde in de 'noodweer'-situatie pleegde hij een onrechtmatige daad: het neersteken van de eigenaar van de fietswinkel. Wat door A. nu wordt omschreven als de 'noodweer'-situatie is echter niets anders dan het voorzienbare gevolg van zijn die onrechtmatige daad: de medewerkers schieten de belaagde (en gewonde) Hol te hulp. Uiteraard gaat van hun optreden dreiging uit. Maar die dreiging wordt opgeroepen en gerechtvaardigd door het optreden van A. zelf. A's eigen onrechtmatige daad is fataal voor zijn beroep op noodweer.

6.6.5 Subsidiariteit

Een *culpa in causa*-redenering kan zijn verborgen in een verwijzing naar het feit dat niet is voldaan aan de subsidiariteits eis. Dit vereiste brengt mee, dat geen beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond, als een minder schadelijke uitweg uit de te rechtvaardigen situatie mogelijk was.¹⁰² Ditmaal een casus uit het civiele recht.

Suylen begeeft zich 's nachts op het erf van Cabbollet, van wie hij weet dat deze een pistool heeft. Cabbollet hoort voetstappen, gaat met geladen pistool naar buiten en lost een waarschuwingsschot in de lucht. Dan springt Suylen op Cabbollet en probeert hem te wurgen. Tijdens de worsteling die volgt, vallen opnieuw schoten en Suylen wordt in zijn been getroffen. Cabbollet beroept zich op noodweer. Het hof verwerpt dit beroep met een redenering, die er op neerkomt dat het handelen van Cabbollet niet voldeed aan de subsidiariteits eis. De Hoge Raad neemt dat oordeel als volgt over:

'dat het Hof (...) de onrechtmatige gedraging van Cabbollet hierin heeft gezien dat hij, menende onraad te bespeuren, in plaats van telefonisch de politie te waarschuwen, met een geladen pistool naar buiten is gegaan en een schot heeft gelost, van welk optreden (...) de (...) verdere gevolgen – daaronder begrepen Suylens reactie op het waarschuwingsschot – te duchten waren en zich hebben verwezenlijkt; dat hieruit volgt, dat zonder belang is de vraag of Cabbollet zich ten aanzien van de schoten, volgende op het waarschuwingsschot, op noodweer zou kunnen beroepen, immers de door het Hof aangenomen onrechtmatige gedraging van Cabbollet zich reeds tevoren had voorgedaan'.¹⁰³

Het onrechtmatige gedrag van Cabbollet heeft 'zich reeds tevoren' voorgedaan. De onrechtmatigheid schuilt in het feit dat hij met geladen pistool afgaat op een onbekende en begint te schieten. Dit terwijl een veel minder gevaarlijke

102 Zie over het subsidiariteitsbeginsel: hoofdstuk 7, m.n. par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*).

103 HR 25 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5755, NJ 1976/507 (*Cabbollet/Suylen*).

mogelijkheid bestond om op het onraad te reageren: telefonisch de politie waarschuwen. Dan is niet aan de subsidiariteitseis voldaan; het beroep op noodweer wordt verworpen. De onrechtmatige gedraging is hier dus vastgesteld en de voorzienbare gevolgen ervan hebben zich al voorgedaan. Dan hoeft niet te worden nagegaan of de dader zich ten aanzien van een van die *gevolgen* kan rechtvaardigen, zolang hij de onrechtmatige daad *zélf* niet kan rechtvaardigen.

Overigens geldt hier hetzelfde als eerder is opgemerkt ten aanzien van onrechtmatig handelen en *culpa in causa*.¹⁰⁴ Met de subsidiariteitseis wordt uitgedrukt dat de dader nog andere mogelijkheden ter beschikking had om uit de problemen te komen. Wanneer het niet-gebruiken van deze mogelijkheden *op zichzelf* onvoldoende is om de daad als onrechtmatig aan te merken, mag de subsidiariteitsredenering mijns inziens niet dienen om een beroep op een rechtvaardigingsgrond *bij voorbaat* illusoir te maken. Het feit dat geen gebruik is gemaakt van een minder schadelijke uitweg uit de noodsituatie, kan dan wel meewegen in de uiteindelijke beoordeling van het beroep op een rechtvaardigingsgrond. Dat vloeit voort uit het subsidiariteitsvereiste bij noodweer.¹⁰⁵

6.6.6 Relativiteit

Ten slotte: nog op een andere wijze kan worden beredeneerd dat in geval van *culpa in causa* de rechtvaardigingsgrond niet kan worden ingeroepen door de handelende. Zij hangt samen met de hierboven besproken beoordeling van de onrechtmatigheid, en betreft hierna nog uitgebreider te bespreken vraag naar de beschermingsomvang van de met de onrechtmatige daad overtreden norm.¹⁰⁶

Niet elke normschending is tegenover iedereen onrechtmatig. Of de benadeelde op grond van een normschending schadevergoeding kan vorderen, hangt ervan af of zijn belang door de overtreden norm wordt beschermd. Deze zogenaamde relativiteitseis is neergelegd in artikel 6:163, luidend:

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

104 Zie de bespreking van de visie Strijards in par. 6.3.3 (*Beoordeling visie-Strijards*) en van de civielrechtelijke variant van deze visie in par. 6.4.3 (*Beoordeling visie-Sieburgh*).

105 Zie par. 3.4.3 (*Noodweer; Voorwaarden*).

106 Over relativiteit en rechtvaardiging zie verder hoofdstuk 10. In verband met de nu te bespreken relativiteit en de eerder gesignaleerde overeenkomst tussen culpa en causa en risicoaanvaarding, moet worden gewezen op een opstel van Jordaans. Voor risicoaanvaarding verdedigt hij dat de normaanpassing waarop de Hoge Raad in het arrest Dekker/Van der Heide (*Natrappen*) wijst, moet worden bereikt via de relativiteitseis van artikel 6:163. Zie Jordaans, *Over risicoaanvaarding, normaanpassing en eigen schuld* 1992, m.n. p. 39-42.

Bescherming van de gelaedeerde kan ontbreken om verschillende redenen. De wetsonwerper noemt er drie: de norm beoogt slechts bescherming te bieden: 1. aan bepaalde personen, 2. tegen bepaalde soorten schade, of 3. tegen bepaalde wijzen waarop de schade werd geleden.¹⁰⁷ Verderop in deze studie zal worden betoogd dat niet alleen normschendingen (onrechtmatige daden) relatief zijn, maar ook hun spiegelbeelden: de *gerechtvaardigde* normschendingen (rechtvaardigingsgronden).¹⁰⁸ Ook rechtvaardigingsgronden beschermen alleen bepaalde personen, tegen bepaalde soorten schade, bij bepaalde wijzen van schadeveroorzaking.¹⁰⁹

En nu kom ik terug op het in dit hoofdstuk te behandelen onderwerp: bij *culpa in causa* brengt de handelende zichzelf in de situatie waarin hij een (te rechtvaardigen) onrechtmatige daad pleegt. Voor deze situatie is met name de laatste relativiteitsrubriek van belang: Gezien de wijze waarop de schade is geleden (de noodsituatie is door de handelende zelf veroorzaakt; de noodzaak zich op een rechtvaardigingsgrond te beroepen, is door de handelende zelf in het leven geroepen), kan het redelijk zijn de handelende een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontzeggen. Om die reden meen ik dat onder omstandigheden bijvoorbeeld een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden onthouden aan de 'uitlokker', zoals ik hieronder, in paragraaf 6.6.8, nog zal toelichten.

Anderzijds zal de omstandigheid dat gehandeld is op grond van een rechtvaardiging, bijvoorbeeld om een hoger belang te redden, ook een belangrijke factor kunnen zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. De inpassing van dat aspect in het civielrechtelijk systeem eist nog enige nadere aandacht.

6.6.7 De rol van de rechtvaardiging; correctie-Langemeijer

De omstandigheid dat de handelende zich begeeft in de situatie waarin hij een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet doen, en aldus heeft bijgedragen aan het ontstaan van de te rechtvaardigen situatie zal een rol spelen bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de daad. Dat feit zal meewegen in het nadeel van de handelende. Maar het is slechts één van de relevante factoren voor de beoordeling van zijn handeling. Ertegenover staat de omstandigheid dat de handelende uiteindelijk heeft gehandeld op grond van een rechtvaardigingsgrond.¹¹⁰ Die omstandigheid weegt in zijn voordeel.¹¹¹

Ter verduidelijking het voorbeeld dat iemand een kind uit het water redt en daarbij schade toebrengt aan een ander; hij rukt een tak van de boom van die ander af, waarbij de boom beschadigd raakt. Men spreekt dan van noodtoestand, wat een rechtvaardigingsgrond oplevert. Stel dat de redder zelf heeft meegewerkt aan het ontstaan van de noodsituatie; hij liet het kind bijvoorbeeld schrikken, waardoor het in het water

107 TM op artikel 6.3.1.2 (art. 6.3.2 OM), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633/634. Daarover uitgebreid: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 101-111.

108 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

109 Zie par. 10.3-10.6, waarin voor alle rechtvaardigingsgronden wordt nagegaan wat de werking is van de drie genoemde relativiteitsrubrieken.

110 Daarnaast zullen van belang kunnen zijn: de voorzienbaarheid van de schade, de ernst van de schade, de aard van het (door een beroep op een rechtvaardigingsgrond) te redden belang. Zie daarover verder hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*).

111 Zie daarover eveneens nader hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*).

viel. De handelende heeft dan mede schuld aan het feit dat hij de tak moest afbreken. In dat geval is het evenwel mogelijk dat zijn handelen niettemin gerechtvaardigd zou zijn. Of dat oordeel uiteindelijk ook zo zal uitvallen, is als gezegd afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals juist aangegeven: de voorzienbaarheid en ernst van de schade, en de aard van het geredde belang.

Uit het voorgaande volgt dat ik aanneem dat de daad in het algemeen gerechtvaardigd is, wanneer het verwijt dat de dader kan worden gemaakt, gering is. In het zojuist gegeven voorbeeld: wanneer de redder niet de bedoeling had het kind te laten schrikken, zal de omstandigheid dat hij de schade toebrengt op grond van een rechtvaardigingsgrond zwaarder kunnen wegen dan de omstandigheid dat hij zelf de noodtoestand heeft veroorzaakt. De daad zou ik dan uiteindelijk als rechtmatig aanmerken.

In de casus van de redder dient mijns inziens dus in het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling te worden betrokken het feit dat de dader weliswaar bijdroeg aan het ontstaan van de noodsituatie, maar dat hij niettemin handelde op grond van een rechtvaardigingsgrond. Het gegeven dat de schade wordt toegebracht om een groot belang te redden, zal een belangrijke factor moeten zijn bij het bepalen van de zorgvuldigheid van de daad van de handelende.

In deze zin zou men kunnen spreken van een toepassing van de correctie-Langemeijer, zij het niet op de onrechtmatigheid, maar op de rechtvaardiging. Volgens Langemeijer kan de overtreding van een norm die in casu geen onrechtmatigheid jegens de benadeelde meebrengt, een factor zijn bij het oordeel over de schending van een norm die wellicht wel onrechtmatig jegens deze laatste is, omdat

‘het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kan zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden, wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels’.¹¹²

Evenzo zou mijns inziens moeten gelden in het omgekeerde geval waarin de dader een in principe rechtmatige daad begaat, waarbij hij ook iets laakbaars doet (zichzelf in die situatie brengen). Het feit dat hij zich in beginsel zou kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond, is een omstandigheid die (zwaar) meeweegt bij het oordeel over de zorgvuldigheid van zijn handelen. Anders dan in het Tandartsen-geval, zal dit uiteraard een factor zijn die meeweegt in het *voordeel* van de aansprakelijk gestelde persoon.¹¹³

6.6.8 Relativiteit en uitlokking

Toepassing van de relativiteitsgedachte kan ook meebrengen dat het beroep op de rechtvaardiging niet wordt gehonoreerd, gezien de wijze van het ont-

112 Conclusie P-G Langemeijer voor HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandarts*), p. 1206, r.k.

113 In hoofdstuk 10 (*Relativiteit*) komt deze kwestie opnieuw en uitgebreider aan de orde, zie par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*).

staan van de schade. Dat werd hierboven gesteld bij de bespreking van de relativiteit in 6.6.6 en wordt nu uitgewerkt.

Wie een ander uitlokt tot bijvoorbeeld een vechtpartij, heeft geen beroep op noodweer. Noodweer beoogt iemand die plotseling wordt aangevallen te beschermen tegen de gevolgen van die aanval. Op die bescherming kan geen beroep worden gedaan door degene die de aanval uitlokte. Daarbij is te denken aan iemand die er op uit is om geslagen te worden, zodat hij daarna eens 'ongestraft kon terug meppen'.¹¹⁴ In *culpa in causa*-bewoordingen: de uitlokker heeft schuld aan het ontstaan van de situatie waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardigingsgrond (zoals noodweer). In relativiteitstermen: de uitlokker heeft zich door zijn eigen handelen onttrokken aan de bescherming die hij normaal gesproken aan een rechtvaardigingsgrond (zoals noodweer) zou kunnen ontlenuen.

Datzelfde geldt voor de uitlokker die een ander zodanig tergt, dat hij kan verwachten dat die ander zich niet langer kan inhouden. Ook in dat geval brengt toepassing van de relativiteitseis mee dat de uitlokker geen bescherming kan ontlenuen aan de norm, die hem normaal gesproken zou beschermen tegen onrechtmatig handelen van de ander. Een voorbeeld van dat laatste is te vinden in de civielrechtelijke jurisprudentie: het geval van Boudeling en Taams.

Boudeling drijft een sterrenrestaurant, dat wordt bezocht voor een lunch door Taams en De Brey. Zij blijken kritische gasten. Drie verschillende flessen dure wijn worden afgekeurd en teruggestuurd; de laatste zelfs nadat deze voor tweederde is leeggedronken. Ook sommige van de geserveerde gerechten voldoen niet aan de verwachtingen van de heren. Boudeling vraagt na de koffie met cognac zijn sommelier 'het verder af te handelen', en gaat de tuin in, omdat hij zich ergert aan het optreden van zijn gasten. Hij wordt echter teruggeroepen als de gasten bezwaar maken tegen de hoogte van de rekening. Er ontstaat een meningsverschil en Boudeling maakt uit het gezegde op dat Taams en De Brey willen vertrekken zonder te betalen. Om dat laatste te verhinderen, pakt Boudeling Taams bij zijn jasje als de heren aanstalten maken het restaurant te verlaten. Taams draait zich om en krabt daarbij Boudeling over zijn gezicht. Deze slaat vervolgens Taams, die tegen een deur valt. Taams loopt ernstig letsel op aan zijn hoofd. Tot vergoeding van de schade die hij hierdoor lijdt, spreekt hij Boudeling aan. De rechtbank wijst de vordering toe. Het hof vernietigt dat vonnis, oordelend:

'dat de veronderstelling van Boudeling dat Taams en De Brey van plan waren zonder te betalen weg te gaan, door hun gedrag gerechtvaardigd werd; dat Boudeling niet euvel is te duiden dat hij heeft geprobeerd dit te verhinderen door Taams bij de kraag van diens jasje te pakken; dat Boudeling de armbeweging van Taams,

114 Vgl. over de geprovoceerde aanranding bijv. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 612/613.

die zijn gezicht raakte, heeft mogen opvatten als een bedreiging door Taams; dat de door Boudeling als reactie daarop gegeven klap niet buiten proportie was'.¹¹⁵

Dit brengt het hof tot een dubbele slotsom, die wordt overgenomen door de Hoge Raad en in nagenoeg gelijke bewoordingen wordt weergegeven. Het eerste gedeelte van de overweging luidt:

'In de eerste plaats heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling – hoewel het geven van een klap in beginsel een onrechtmatige daad opleverde – zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was.'¹¹⁶

Boudeling pleegt weliswaar een onrechtmatige daad, maar deze is zozeer uitgelokt door Taams, dat de daad *tegenover Taams* niet onrechtmatig is. De hier gecursiveerde woorden verdienen de aandacht, omdat de Hoge Raad de woorden van het hof bijna letterlijk overneemt, maar in de zinsnede 'dat het gedrag van Boudeling in casu niet onrechtmatig is tegenover Taams',¹¹⁷ de woorden: 'tegenover Taams' plaatst voor: 'niet onrechtmatig is', waardoor ze een extra accent krijgen. Ik acht het niet onaannemelijk dat ook de Hoge Raad de uitlokking als een relativiteitskwestie opvat: in principe is de gedraging van Boudeling onrechtmatig. Tegenover *Taams* is zij dat echter niet, gezien de wijze waarop de schade werd geleden: door de uitlokking door Taams zelf.

De aanval is jegens uitlokker Taams niet onrechtmatig. Dat betekent dat Taams zich bij het verweer tegen die aanval niet op een rechtvaardigingsgrond als noodweer kan beroepen: noodweer vooronderstelt een onrechtmatige aanval.¹¹⁸ De uitlokking snijdt dus (via de relativiteitseis) een beroep op noodweer af. En die vaststelling is fataal voor de schadevergoedingsvordering van Taams.

Nog met een tweede redenering komen hof en Hoge Raad tot de conclusie dat Taams geen recht op schadevergoeding heeft: via een correctie van een eventueel op Boudeling rustende vergoedingsplicht.¹¹⁹ Daarmee raken we aan de tweede manier waarop de aanwezigheid van *culpa in causa* invloed kan hebben op de beoordeling van een civielrechtelijke schadevergoedings-

115 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder iv.

116 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder v.

117 Vgl. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), weergave van de overwegingen van het hof, onder 10.

118 Art. 41 Sr spreekt van een 'wederrechtelijke aanranding'. Vgl. over de vereisten voor een beroep op noodweer: par. 3.4.3 (*Voorwaarden*).

119 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot. Dit gedeelte van de redenering van hof en Hoge Raad wordt hierna besproken. Zie par. 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

vordering: correctie via de vergoedingsplicht. Dat wordt behandeld in de nu volgende paragraaf.¹²⁰

6.7 CORRECTIE VIA DE VERGOEDINGSPLICHT

6.7.1 Inleiding

Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de handelende bij *culpa in causa* en een beroep op een rechtvaardigingsgrond staan twee zaken tegenover elkaar. Enerzijds: het feit dat alle voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond vervuld zijn. Anderzijds: het feit dat de handelende er zelf aan heeft meegewerkt dat een beroep op zo'n grond noodzakelijk was. In de afweging tussen beide kan blijken dat de laatste omstandigheid de doorslag geeft. De aanwezigheid van *culpa in causa* weegt dan zwaarder dan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De daad wordt dan als onrechtmatig beoordeeld.

De rol van beide hoeft dan echter nog niet uitgespeeld te zijn. De omstandigheid dat is gehandeld op grond van een rechtvaardigingsgrond, kan namelijk vervolgens meewegen bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding die de handelende moet betalen. Dat kan ertoe leiden dat deze niet de volledige schade hoeft te vergoeden. Maar ook de omstandigheid dat de handelende de noodsituatie zelf veroorzaakte, kan weer meewegen. Die factor zal ertoe leiden dat niet snel een vermindering van de vergoedingsplicht plaatsvindt.

Beide factoren zijn op verschillende plaatsen binnen afdeling 6.1.10 in te passen. Ik bespreek deze nu.

6.7.2 Causaal verband

Een mogelijkheid om rekening te houden met de aanwezigheid van zowel een rechtvaardigingsgrond als *culpa in causa* biedt artikel 6:98, waarin de causaliteitseis is beschreven:

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.’

¹²⁰ Zie ook hoofdstuk 12 (*Involed op oordeel vergoedingsplicht*), m.n. par. 12.5.3 (*Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling*) en 12.6.3 (*Eigen schuld in de zin van artikel 6:101*).

Bepalend voor het causale verband tussen daad en schade is een aantal factoren.¹²¹ Evenals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling,¹²² zal het afhangen van de ernst van het verwijt dat de handelende treft, of de nadruk ligt op de aanwezigheid van *culpa in causa*, dan wel van de rechtvaardigingsgrond.

Artikel 6:98 noemt als eerste de *aard van de aansprakelijkheid*. Aangenomen wordt dat in geval van schuldaansprakelijkheid de schade eerder kan worden toegerekend dan bij risicoaansprakelijkheid. Zo overweegt de Hoge Raad in het Amercentrale-arrest dat het uitzonderlijke karakter van aansprakelijkheid voor zonder schuld veroorzaakte schade

‘grond geeft een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf (...) te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 (nu 6:162, MF) kan worden geëist’.¹²³

De reden daarvoor is, dat wanneer de aansprakelijk gestelde een verwijt treft van zijn handelen, toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan bij een aansprakelijkheid geheel buiten schuld van de handelende.

Deze factor kan dienen als aanknopingspunt wanneer bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de nadruk wordt gelegd op de aanwezigheid van *culpa in causa*. De factor zal dan meewegen in het nadeel van de aansprakelijke.

Bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond gaat het om een schuldaansprakelijkheid; geen risicoaansprakelijkheid. Dat pleit voor een ruime toerekening van de schade aan de aansprakelijk gestelde. Het royale karakter van die toerekening zal niet veranderen door het feit dat sprake is van *culpa in causa*. Integendeel: bij *culpa in causa* gaat het om schade, veroorzaakt door een (kennelijk niet te rechtvaardigen) onrechtmatige daad van de handelende, waarbij die toestand nota bene door de handelende zelf in het leven is geroepen.

Ook wanneer in een bepaald geval het zwaartepunt juist ligt bij de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond, kan aansluiting worden gezocht bij de factoren van artikel 6:98. Zo wordt de *aard van de normschendende gedraging*

121 Een uitgebreide bespreking van de in de civielrechtelijke literatuur verdedigde opvattingen is te vinden bij Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 259-287. Recenter (en zeer kritisch over de heersende leer: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, met name in hoofdstuk 4, waarin hij de heersende opvattingen over toerekening bestrijdt. Een verklaring van de heersende leer is te vinden bij Hartlief, *Een vak apart* 2014, waar een klein beslisschema wordt gepresenteerd en een verdediging van die heersende leer (ook tegen de kritiek van Van der Kooij) in Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p. 151-167.

122 Zie daarover par. 6.6 (*Correctie via onrechtmatigheidsoordeel*).

123 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509 (*Amercentrale*), O. omtrent middel I, onderdeel 5. Vgl. ook MvAII, *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 344/345.

wel genoemd als factor die bepalend is voor de causaliteit.¹²⁴ In het geval een normschending die heeft plaatsgevonden om (bijvoorbeeld) een hoger belang te redden (noodtoestand), zal het daarom redelijk kunnen zijn dat minder schade wordt toegerekend aan de handelende. Ook in geval van andere rechtvaardigingen kan er, juist gezien de rechtvaardiging, reden bestaan om minder schade toe te rekenen aan de handelende dan in het geval van een 'normale' schuldaansprakelijkheid.

6.7.3 Eigen schuld

Bij de bespreking van risicoaanvaarding bleek dat het feit dat de benadeelde risico's heeft genomen, van invloed kan zijn op de verplichting schade te vergoeden via artikel 6:101 lid 1, dat stelt:

'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.'

Daaraan voegt het artikellid toe:

'met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

Volgens de Toelichting Meijers is eigen schuld in de zin van artikel 6:101 'aanwezig, wanneer iemand zich anders gedraagt dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan'.¹²⁵ De factoren die daarbij van belang zijn voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding van de benadeelde, kunnen relevant zijn bij *culpa in causa*. Zo stelt de Toelichting:

'De aangesprokene zal zich dus o.m. op dit artikel kunnen beroepen: 1. als het feit waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt mede aan de benadeelde te wijten is; 2. als de benadeelde op een ogenblik voorafgaande aan dat feit, een onvoorzichtigheid heeft begaan waardoor de schadelijke gevolgen van het feit zijn verzwaaard; 3. als de benadeelde, nadat het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk wordt

124 Vgl. bijv. P. Neleman, *Toerekening van schade* BWKJ 1987, p. 50. Asser/Sieburgh 6-II 2017/65, sub c, spreekt van de aard van de activiteit waarbij de schade is toegebracht. In dat verband wordt gewezen op bedrijfsmatige tegenover particuliere activiteiten.

125 TM bij artikel 6.1.9.6, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

gesteld, heeft plaats gevonden, heeft verzuimd het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.¹²⁶

Met name de eerste twee factoren bieden de mogelijkheid om bij de bepaling van de vergoedingsplicht rekening te houden met de aanwezigheid van *culpa in causa*. Om de werking van eigen schuld in culpa causa-situaties te illustreren, zal ik uitgaan van de hierboven (in 6.6.8) al besproken uitlokkings situatie.

6.7.4 Eigen schuld en uitlokking

Stel dat iemand bij een worsteling schade aan een ander toebrengt, maar zich door zijn eigen schuld in de noodsituatie had gebracht en onvoldoende kan aanvoeren om zijn daad te rechtvaardigen – zoals de uitgelokte die niet slaagt in zijn noodweerberoep. Hij is dan in principe op grond van artikel 6:162 tot schadevergoeding verplicht jegens degene aan wie hij schade heeft toegebracht. De uitlokker kan van hem dus vergoeding van zijn schade eisen. In veel gevallen zal het echter niet redelijk zijn dat de uitlokker zijn schade geheel vergoed krijgt, omdat ook hij het ontstaan van die schade immers zelf mede in de hand heeft gewerkt. Het in de vorige paragraaf geciteerde slot van artikel 6:101 lid 1 kan dan de basis zijn waarop dit oordeel juridisch gegrond wordt: gezien het feit dat (het ontstaan van) de schade door de benadeelde zelf is uitgelokt, kan de billijkheid eisen dat geen of geen volledige schadevergoeding plaatsvindt. Vooral in het geval van ernstige uitlokking (tergen, sarren totdat de ander te ver gaat) kan dat een redelijk middel zijn.

Zo'n toepassing van artikel 6:101 lid 1, slot is te vinden in de hierboven besproken casus van Taams en Boudeling. En daarmee kom ik op het tweede onderdeel van de slotsom van hof en Hoge Raad, die hierboven al is aangehaald.¹²⁷ De uitlokking brengt mee dat het gedrag van restauranthouder Boudeling tegenover gast Taams niet onrechtmatig was. Aan die conclusie wordt de overweging toegevoegd, dat

'zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist'.¹²⁸

In het geval van Taams en Boudeling heeft de *uitlokker* schade geleden. Het feit dat deze zelf de hand had in het ontstaan van zijn schade, zou volgens

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

127 Bij de bespreking van de invloed van uitlokking op de beoordeling van de onrechtmatigheid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

128 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

de Hoge Raad leiden tot volledig verval van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij. Ook een gedeeltelijk verval van de vergoedingsplicht is denkbaar. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een zaak waar de appelland zwaar was mishandeld door de geïntimeerde (wiens beroep op noodweer was afgewezen):

‘Indien in dit geding komt vast te staan dat appelland geïntimeerde als eerste sloeg (...), bestaat aanleiding om de verplichting van geïntimeerde tot schadevergoeding te verminderen in verband met eigen schuld van appelland. Komt dat niet vast te staan, dan is het enkele feit dat appelland geïntimeerde heeft uitgescholden onvoldoende om tot een rechtens relevante mate van eigen schuld aan de onderhavige onrechtmatige daad te kunnen concluderen.’¹²⁹

In deze gevallen ging het om de situatie dat de uitlokker schade lijdt door toedoen van de uitgelokte.

Wanneer de *uitgelokte* schade lijdt en de uitlokker daarvoor aansprakelijk is, kan eveneens een verdeling van de schade op grond van artikel 6:101 plaatsvinden.¹³⁰ Bij die verdeling zal het feit dat de schade door uitlokking is ontstaan, zwaar wegen. Aanknopingspunt is in dat geval het begin van artikel 6:101 lid 1, dat stelt dat de vergoedingsplicht wordt verminderd, ‘wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend’. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het Circusezel-arrest. Daarin wordt aangenomen dat het onrechtmatig is iemand uit te lokken gevaarlijke dingen te doen (het ging in casu om een circusexploitant die een toeschouwer ter opluistering van de voorstelling een ongezadelde ezel liet berijden). Daarbij laat de Hoge Raad niet zwaar wegen dat ook de uitgelokte toeschouwer (het latere slachtoffer) aan het ontstaan van de schade had meegewerkt door vrijwillig plaats te nemen op de ezel. Bij de bespreking van de schadevergoedingseis van de uitgelokte overweegt de Hoge Raad:

‘Ten hoogste is (...) plaats voor een vermindering van de vergoedingsplicht indien de rechter op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de schade mede aan de bezoeker is toe te rekenen’ (cursivering toegevoegd, MF).¹³¹

Er zal weinig redenen bestaan om de schade voor rekening van de uitgelokte te laten, wanneer de uitgelokte geen zwaar verwijt treft en ernstige schade heeft. In het geval van de circusezel zal mogelijk ook een rol hebben gespeeld

129 Hof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8288, r.o. 3.5. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.7.

130 Daarvoor is uiteraard vereist dat de uitlokker onrechtmatig handelt. Maar omdat het bij uitlokking gaat om het veroorzaken van voorzienbare schade, zal deze onrechtmatigheid, zeker wanneer de te verwachten schade ernstig is, snel worden aangenomen. Vgl. wat daarover is opgemerkt in par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*) en 6.6.6 (*Relativiteit*) en 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

131 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (*Circusezel*).

dat juist de circusexploitant – de uitlokker – profijt had van de onbezonnenheid van een van de toeschouwers, die zich liet verleiden tot een gevaarlijke ronde op de ezel, en zijn onbezonnenheid met een gecompliceerde heupbreuk moest bekopen.¹³²

6.7.5 Matiging

Wanneer bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de handelende de aanwezigheid van *culpa in causa* een doorslaggevende rol heeft gespeeld, kan de omstandigheid dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond nog een rol spelen in het kader van het matigingsrecht van de rechter ex artikel 6:109. Steun voor die gedachte is te vinden in de Parlementaire Geschiedenis:

‘Een volgend geval waarin matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats kan zijn, is dat van schade, ontstaan bij belangeloze dienstverlening. Men mag aannemen dat het oorspronkelijke artikel 6.4.2.1 lid 2 betreffende zaakwaarneming op deze gedachte steunde. Bijv. bij kosteloos meerijden lijkt dit de ondergetekende een redelijker oplossing dan het te zoeken in de constructie van een tussen partijen stilzwijgend overeengekomen exoneratie (...). Ook is van belang dat het huidige recht in sommige gevallen van belangeloze dienstverlening een verzachting van de aansprakelijkheid kent (...), die in het ontwerp niet is overgenomen (...).’¹³³

Zaakwaarneming wordt hier expliciet genoemd, maar ook een rechtvaardigingsgrond als noodtoestand zal in veel gevallen moeiteloos onder de categorie ‘belangeloze dienstverlening’ te brengen zijn.¹³⁴ Het feit dat de handelende in noodtoestand (mede) zijn eigen belang heeft behartigd of willen behartigen, lijkt mij niet in de weg staan aan de mogelijkheid van de rechter de vergoedingsplicht te matigen. Ook in het geval van andere ingeroepen rechtvaardigingen zal mijns inziens gelden dat, wanneer de handelende zich door zijn eigen schuld niet op zo’n grond kan beroepen, de rechter de vergoedingsplicht die hierdoor op hem rust, kan matigen.¹³⁵

132 Daarop wees ik naar aanleiding van het arrest al, zie Franke, *Risico-aanvaarding of eigen schuld?* 1989, p. 90. Aan de factor ‘profijt’ zal in het volgende hoofdstuk nog uitgebreid aandacht worden besteed bij de bespreking van de proportionaliteitseis en het doel van de handeling, in par. 7.5.2 (*Variatie met het doel van de activiteit*).

133 MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449-450.

134 De term noodtoestand kan in dit verband overigens voor verwarring zorgen. In het Ontwerp Meijers werd de matigingsbevoegdheid gegeven voor het geval van ‘noodtoestand’. Daarmee werd echter niet bedoeld op de rechtvaardigingsgrond, maar op de financiële noodsituatie waarin de debiteur kon geraken door de toekenning van volledige schadevergoeding (OM art. 6.1.9.7). Deze matigingsgrond keerde in het G.O. niet terug (zie MvAII, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 451/452).

135 Vgl. bijv. Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 180-181, en G.J. Scholten, *Matiging van schadevergoeding door de rechter*, *NJB* 1964, p.630.

6.8 CONCLUSIE

Wie een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond, heeft zich in een nood-situatie bevonden. Gesteld dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van die nood-situatie. Wat is van deze bijdrage civielrechtelijk het effect op de beoordeling van het beroep op de rechtvaardigingsgrond? Dat is de vraag waarop in dit hoofdstuk een antwoord is gezocht. Bij dat zoeken moest steeds een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het verwijt dat de handelende treft – het feit dat hij zelf heeft bijgedragen aan de te rechtvaardigen situatie – en anderzijds het feit dat de handelende in principe een beroep heeft op een rechtvaardigingsgrond, wanneer aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan.

Voor de beantwoording van de opgeworpen vraag is in dit hoofdstuk aansluiting gezocht bij het fenomeen risicoaanvaarding. Daarbij gaat het om de kwestie wat het gevolg is van het handelen van het *benadeelde* voor de beoordeling van een handeling van de handelende. In het geval van *culpa in causa* gaat het om de vraag welk gevolg het handelen van de *handelende* heeft op de beoordeling van een latere handeling van hemzelf.

Bij risicoaanvaarding kan de bijdrage van de benadeelde op twee manieren invloed hebben: 1. op de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling van de handelende, of 2. op de omvang van diens schadevergoedingsplicht. Van beide aspecten is onderzocht in hoeverre zij een rol kunnen spelen bij het inpassen van het begrip *culpa in causa* in het civielrechtelijke systeem.

Wat betreft het eerste aspect, de mogelijke invloed van de aanwezigheid van *culpa in causa* op de *beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling*, heb ik onderscheiden tussen twee verschillende situaties. Allereerst die waarin de bijdrage aan de te rechtvaardigen nood-situatie bestaat uit een onrechtmatige daad van de handelende, waarvan de nood-situatie het voorzienbare gevolg is. De handelende schept dan *door* zijn onrechtmatige daad de te rechtvaardigen situatie. Hij heeft in die omstandigheden geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. De te rechtvaardigen toestand is immers het voorzienbare gevolg van zijn onrechtmatige daad. Wat onrechtmatig is, kan niet door zijn eigen gevolgen worden gerechtvaardigd. Aan de hand van jurisprudentie is uiteengezet op welke wijze het onrechtmatigheidsoordeel in dit type gevallen kan worden gemotiveerd: omdat sprake is van anterieure onrechtmatigheid, via uitleg van de rechtvaardigingsgrond, omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis of via toepassing van de relativiteitseis. Volledige aansprakelijkheid is mijns inziens alleen acceptabel in het geval er sprake is van voorafgaand onrechtmatig handelen. En dan is de onrechtmatige daad zelf en niet *culpa in causa*, de oorzaak van aansprakelijkheid. De besproken redeneringen bleken te zwaar in hun gevolg als het gaat om een voorafgaand niet-onrechtmatig handelen. Wanneer het handelen voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie niet op zichzelf onrechtmatig is, kan de omstandigheid dat de handelende de nood-situatie zelf in de hand werkte, bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de handeling toch een rol spelen. In de afweging tussen verwijt

en rechtvaardiging kan de laatste de doorslag geven. Dan is de daad rechtmatig. Het verwijt aan de handelende kan echter ook zo zwaar wegen, dat de handeling als onrechtmatig wordt beoordeeld en het beroep op de rechtvaardigingsgrond wordt verworpen. De wijze waarop deze afweging tot stand komt, is mede aangeduid aan de hand van de relativiteitstoets en de correctie-Langemeijer.

Vervolgens kan, en dat is het volgende aspect, de omstandigheid dat de handelende medeoorzaak van de te rechtvaardigen situatie was, ook een rol spelen in het kader van de *vaststelling van de schadevergoedingsplicht*. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat die handelende in principe wel handelde op grond van een rechtvaardiging. Ook hier dus: verwijt *en* rechtvaardiging. Afhankelijk van de vraag welke factor in de gegeven omstandigheden de doorslag geeft, kan ervoor worden gekozen de vergoedingsplicht in stand te laten, of te verminderen. Het civielrechtelijk instrumentarium om die keuze vorm te geven is te vinden in afdeling 6.1.10, met name in de artikelen 6:98, 6:101 en 6:109.