



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).

9.1 KONING OEDIPUS

‘Kom, mijn dodelijk noodlot,
 Kom, mijn meedogenloze vijand, met mij mee,
 je bent mijn enige vriend.
 Grauwe gedaanten, pest, ziekte, honger,
 blaas uw doodsreutel in mijn oren
 en waar ik ook ga, wanhoop, ga met mij mee,
 wanhoop, ik waggel naast je,
 toon mij de weg, ik volg je. Ik zie de weg.’¹

Toen hij zich realiseerde wat hij gedaan had, stak Oedipus zich de ogen uit. Beladen met schuld verliet hij vervolgens Thebe, in de stellige verwachting dat met zijn vertrek het kwaad van de stad werd afgekeerd:

‘Mensen van Thebe, ik verlaat u.
 Ziet gij mij gaan?
 Mijn lot, mijn schande, mijn vloek gaan met mij.
 Er is hoop voor u, gij kunt uw doden begraven,
 de lucht zal opklaren,
 verhef uw gezicht, alles zal veranderen.’¹

Geen eenentwintigste eeuwse westerse civilist zou menen dat Oedipus aansprakelijk is voor de gevolgen van zijn daden. De moord op Laios is een typisch geval van noodweer, wat een rechtvaardigingsgrond oplevert. En het gedoemde huwelijk met Iokaste stoelt op een dwaling in de feiten; een van de weinige ook in het civiele recht geaccepteerde schulduitsluitingsgronden.² Nog moeilijker is voor de hedendaagse jurist in te zien dat Oedipus schuld zou hebben aan het lot van Thebe, of door zijn boetedoening de schuld van de stad zou kunnen delgen.³

1 De geciteerde tekst is afkomstig uit de Oedipus van Seneca. Bew.: Hugo Claus, Amsterdam: De Bezige Bij 1971.

2 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/110.

3 Schuld in deze zin is te vergelijken met wat Jaspers ‘metaphysische Schuld’ heeft genoemd; ‘Es gibt eine *Solidarität* zwischen Menschen als Menschen, welche einen jeden mitverantwortlich macht für alles Unrecht und alle Ungerechtigkeit in der Welt, insbesondere für Verbrechen, die in seiner Gegenwart oder mit seinem Wissen geschehen’, K. Jaspers, *Hoffnung*

Duidelijk is dat ons huidige schuldbegrip een andere inhoud heeft dan dat van de oude Grieken. En *wat* wij tegenwoordig onder ‘schuld’ verstaan, is voor een onderzoek naar rechtvaardigingen een relevante vraag.

9.2 ENKELE GRENSPROBLEMEN

9.2.1 Rechtvaardiging en schulduitsluiting

De aanwezigheid van een volledige rechtvaardiging – een rechtvaardigingsgrond – leidt ertoe dat, hoewel in principe aan alle vereisten van artikel 6:162 is voldaan, de handelende niet aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van zijn daad. Tot hetzelfde resultaat leidt de aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond. Belangrijk verschil tussen beide is dat in het eerste geval de handelende de normschending ontkent. Hij stelt dat zijn daad niet onrechtmatig is en daarom niet tot schadevergoeding verplicht. In het tweede geval betwist de handelende de normschending niet. Hij meent alleen dat deze hem niet te verwijten of toe te rekenen valt. Hij zegt niet: ‘ik heb niets misdaan’, maar: ‘ik kon er niets aan doen’.

Zo geformuleerd, lijkt het alsof een duidelijk onderscheid bestaat tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. In rechtspraak en literatuur wordt dat onderscheid ook gemaakt. Zo bevatten alle civiel- en strafrechtelijke handboeken opsommingen van rechtvaardigingsgronden,⁴ als: noodtoestand, noodweer, bevoegd gegeven ambtelijk bevel en schulduitsluitingsgronden,⁵ als: noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, sommige vormen van dwaling.

Eén blik op het zojuist genoemde rijtje schulduitsluitingsgronden maakt echter duidelijk dat het begrip ‘schuld’ uiterst diffuus is. Bij noodweerexces is sprake van een verweerder, die onder invloed van een ‘hevige gemoedsbeweging’ de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt.⁶ Hier wordt verwezen naar de psychische gesteldheid van de handelende verweerder: omdat deze sterk geëmotioneerd is door de aanval, treft hem van zijn buitenproportionele reactie geen schuld. Van een geheel andere orde is de

und Sorge, Schriften zur deutschen Politik 1945-1965, München: Piper & Co 1965, p. 77-78. Zie ook p. 108-109. In het burgerlijke recht pleegt men met dergelijke noties geen rekening te houden.

4 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/ 88-97*.

5 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/108-113*.

6 Zie art. 41 lid 2 Sr: ‘Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt’. Vgl. voor het burgerlijk recht: *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/ 111*, waar anders dan in eerdere drukken (bijv. *Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/111* wordt opgemerkt: ‘Niet uitgesloten is dat de reden hiervan voor risico van de dader komt’ – zonder vermelding van de grond van dat toerekeningsrisico.

situatie waarin een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel wordt opgevolgd. Alleen een *bevoegd* gegeven ambtelijk bevel is een rechtvaardigingsgrond. Echter: wie te goeder trouw een *onbevoegd* gegeven ambtelijk bevel uitvoert, is naar geldend recht verontschuldigd.⁷ Deze schulduitsluitingsgrond verwijst op geen enkele manier naar de psyche van de dader/handelende. Hier wordt alleen het gerechtvaardigd vertrouwen van de ondergeschikte beschermd. De kwestie is dan: wat wordt bedoeld met ‘schuld’ wanneer we spreken van schulduitsluitingsgronden?

Een andere vraag dringt zich op als we stilstaan bij het zojuist genoemde noodweereces. Hoe hevig moeten de emoties van de verweerder zijn om van schulduitsluiting te spreken? Of, benaderd van de andere kant: Wanneer zijn de grenzen van de ‘noodzakelijke verdediging’ overschreden en kan niet meer worden gesproken van een rechtvaardigingsgrond? Met andere woorden: Waar ligt de grens tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgrond of tussen onrechtmatigheid en schuld? Het zal duidelijk zijn dat die vraag niet eenvoudig te beantwoorden is.

Het gebrek aan scherpte van de onderscheiding tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden wordt nog sterker voelbaar als men het fenomeen ‘overmacht’ in de beschouwing betreft.⁸ Strafrechtelijk wordt overmacht onderscheiden in rechtvaardigende overmacht (noodtoestand) en schulduitsluitende, psychische overmacht.⁹ Voor het civiele recht geldt volgens Asser/Sieburgh – en dat is mijns inziens juist – evenzeer het onderscheid tussen rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht.¹⁰ Althans voor de delictuele aansprakelijkheid. In contractuele relaties omvat overmacht volgens Asser/Sieburgh zowel rechtvaardigende als schulduitsluitende omstandigheden,¹¹ waardoor dit overmachtsbegrip niet samenvalt met ‘de rechtvaardig-

7 Zie artikel 43 lid 2 Sr: ‘Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen’. Vgl. voor het burgerlijk recht: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/111, waar het onbevoegd gegeven bevel wordt gekwalificeerd als schulduitsluitende verschoonbare dwaling ten aanzien van de bevoegdheid. Hierboven, in par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*), heb ik betoogd dat voor het civiele recht mijns inziens ook een onbevoegd gegeven bevel als volledige rechtvaardigingsgrond zou moeten gelden.

8 Het was hierboven, in het slot van par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*), al kort aan de orde.

9 Zie daarover par. 3.3.2 (*Verschillende typen overmacht*).

10 Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89, slot, waar overmacht expliciet als rechtvaardigingsgrond wordt bestempeld en psychische overmacht als schulduitsluitingsgrond.

11 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89, p. 104 onderaan. Het is overigens de vraag of deze kwalificatie juist is en overmacht in het contractenrecht niet veeleer als schuld- of toerekeningsuitsluitende omstandigheid moet worden gezien. Vgl. art. 6:75, hoewel in dat artikel de term overmacht niet voorkomt. Zie daarover: TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 263. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-I 2020/334 e.v., waar (in nr. 345) wordt gesteld dat de belemmering van de prestatie en afwezigheid van schuld niet zonder meer voldoende zijn om een beroep op overmacht te rechtvaardigen, en dat de aansprakelijkheid voor niet-nakomen mede op de

gende overmacht ten aanzien van de normschendende gedraging ex art. 6:162 BW'.¹² Contractueel geldt dus een ander overmachtsbegrip.

En zelfs wat de onrechtmatige daad betreft, is de stelling niet correct dat overmacht een rechtvaardigingsgrond is. In het verkeersrecht wordt overmacht namelijk weer gezien als grond die de schuld van de handelende uitsluit.¹³ Overmacht is als de badminton-shuttle waarmee Frank noodtoestand heeft verzeleken:

‘daß der unglückliche Notstand in der modernen Literatur nicht zur Ruhe kommen kann und wie ein Federball zwischen den Gründen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit und der ausgeschlossenen Schuld hin und her geworfen wird’.¹⁴

Voor een goed inzicht in het fenomeen rechtvaardigen is het van belang niet alleen stil te staan bij de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige daad,¹⁵ maar ook na te gaan waar de grens tussen onrechtmatigheid en schuld moet worden getrokken.¹⁶ Daarom is hier te onderzoeken wat het schuldbegrip precies inhoudt.

9.2.2 Burgerlijk recht en strafrecht

Van alle termen in artikel 1401 oud-BW – over de onrechtmatige daad – die tot spraakverwarring kunnen leiden, is *schuld* door Wolfsbergen eens ‘de ergste zondares’ genoemd.¹⁷ Het risico bestaat dat die spraakverwarring alleen maar groter wordt, als het onderzoek naar schuld zich niet beperkt tot het civiele recht, maar zich ook uitstrekt tot het strafrecht. De vraag is zelfs of de rechtsgebieden op dit punt te vergelijken zijn.

Sceptisch is Peters. De eerste stelling van zijn proefschrift over opzet en schuld in het strafrecht luidt:

‘Het civielrechtelijk schuldbegrip verschilt van het strafrechtelijk schuldbegrip in verband met de verschillende functies van de beide begrippen.’¹⁸

risico-gedachte berust.

12 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89, p. 105 bovenaan.

13 Zie: Klaassen, *Risicoaansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 183-191 en Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141-143.

14 R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen: Töpelmann (vormals Ricker), 1907, p. 6.

15 Vgl. daarover hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), m.n. par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) e.v.

16 Het is hierboven al aangekondigd, zie par. 1.6 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld*).

17 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10.

18 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss.) 1966, stellingen. Ook Langemeijer wijst erop dat het strafrechtelijk van civielrechtelijk schuldbegrip verschilt; al sinds de Romeinse tijd is voor een verplichting uit onrechtmatige daad de geringste mate van schuld voldoende,

Op sommige punten is het schuldbegrip volgens hem zelfs onvergelykbaar, getuige zijn tweede stelling: 'Het in het strafrecht ontwikkelde begrip ontoerekeningsvatbaarheid behoort geen toepassing te vinden bij vaststelling van schuld bij onrechtmatige daad.'¹⁹ Daarom is het zinnig na te gaan in welke betekenissen schuld voorkomt en welke rol voor het begrip is weggelegd in het strafrecht en in het burgerlijke recht.

Hierbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat het onderzoek naar schuld in dit boek slechts een beperkte functie heeft. Het wordt gebruikt voor een civielrechtelijke studie van rechtvaardigingsgronden; en dit deel van het onderzoek dient met name om na te gaan waar de grens ligt tussen rechtvaardiging en schulduitsluiting. Te vinden is slechts het antwoord op twee vragen: In welke zin wordt schuld gebruikt, en: wat leert ons dat over schulduitsluiting in het civiele recht? Waar dat nuttig en mogelijk is, wordt vergeleken met het strafrecht.

9.2.3 Schuld en toerekening

Tot 1992 gold op grond van artikel 1401 schuld als *noodzakelijke* voorwaarde voor toerekening van de daad aan de handelende. Volgens artikel 6:162, lid 3 is schuld slechts de eerste reden voor deze toerekening. Schuld is daarmee veranderd in een *voldoende* voorwaarde voor toerekening. Behalve op grond van schuld kan de daad voor rekening van de handelende komen op grond van de wet of verkeersopvattingen. Dit wordt ook wel toerekening genoemd, maar dan in enge zin.²⁰ Met de vaststelling dat iemand geen schuld heeft aan een bepaalde handeling is dus nog niet veel gezegd. Om aan aansprakelijkheid te ontkomen, zal bovendien vast moeten staan, dat de daad niet voor rekening van de handelende komt. Naar huidig recht zou men in plaats van over schulduitsluitingsgronden dan ook beter kunnen spreken van *toerekeningsuitsluitingsgronden*.

Juist deze toerekeningsuitsluitingsgronden zijn voor het uiteindelijke oordeel over de aansprakelijkheid van de handelende van groot belang. Goed denkbaar is namelijk dat de handelende zich terecht op een schulduitsluitingsgrond beroept, maar dat de daad niettemin 'via de achterdeur' voor zijn rekening komt op grond van de wet of verkeersopvattingen. Het geslaagde beroep op een schulduitsluitingsgrond blijkt als verweer tegen aansprakelijk-

terwijl het strafrecht een aanmerkelijke mate van schuld eist. Zie Langemeijer, *Gerechtigheid* 1984, p. 37.

19 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss.) 1966), stellingen.

20 Als tegenstelling van het eerstgenoemde (ruime) begrip toerekening, dat schuld van de handelende omvat, alsmede het feit dat de daad op grond van de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

heid dan illusoir. Dit botsende effect van schuld en toerekening in enge zin is één van de hierna te bespreken onderwerpen.²¹

9.3 METHODE

‘Es hält schon schwer, sich in der Vielzahl der Schuldtheorien zurechtzufinden, und wer den Versuch unternimmt, diese systematisch zu ordnen, wird bald vor dem Dilemma einer Vielzahl von Systeme kapitulieren. (...) Wie differenziert die Systeme sind und wie lebendig und ständigem Wechsel unterworfen die Theorien, zeigt sich allein schon im Wandel der Systeme einzelner Forscher. Der alte Beling ist ein anderer als der junge und Frank hat seine Schuldtheorie von einer Auflage zur anderen einer ständigen Korrektur unterzogen.’²²

Iedere onderzoeker die zich serieus met het schuldbegrip bezighoudt, voelt zich spoedig moedeloos worden: Het onderwerp is te groot en te vaag. Om er vat op te krijgen, worden grofweg twee methoden gebruikt, een historische en een semantische, die overigens meestal in een mengvorm voorkomen.

In de eerste benadering bestudeert men de verschillende betekenissen van het begrip schuld vanaf hun oorsprong door de eeuwen heen, om zo tot een verklaring van het huidige begrip te komen. Dat is stellig de meest interessante methode. Zij voert langs het schuldbegrip van de Sumeriërs en Babyloniers en stelt de lezer bijvoorbeeld in staat de calvinistische schuldnotie te vergelijken met de canonieke schuldopvatting en deze te plaatsen tegenover de bepalingen betreffende schuld en toerekening in het huidige burgerlijke wetboek. Een zo omvangrijke historische studie gaat echter het bestek van dit boek verre te buiten.²³ Daarbij moet het doel van het onderzoek in herinnering worden gebracht: nagaan in hoeverre schuld en onrechtmatigheid van elkaar verschillen en waar de grens ligt tussen schulduitsluitings- en rechtvaardigingsgronden. En daarvoor is het verrichten van een uitgebreid historisch onderzoek niet per se noodzakelijk.

Doelmatiger is de tweede methode. Daarbij wordt uitgegaan van het huidige begrip ‘schuld’ en bezien in welke betekenis de term precies wordt

21 Het komt in par. 9.8 (*Toerekening*) aan de orde.

22 Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs* 1963, p. 5.

23 Studies waarin het begrip schuld (overmacht) historisch wordt benaderd zijn die van Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs* 1963, H.J.A. Nolte, *De overmacht in het Nederlandse strafrecht*, preadvies voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland, Den Haag 1947, p. 41-92 en Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht* 1948, p. 141-236. Een beknopte civielrechtelijke historische beschouwing is te vinden bij Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 101-146.

gebruikt.²⁴ Zo'n benadering is gekozen door Wolfsbergen.²⁵ Hij onderscheidt vier betekenissen van schuld en gaat na welke daarvan is bedoeld in artikel 1401 (nu 6:162). Dat is ook een goede methode om het begrip schuldsluitingsgrond te analyseren: aan de hand van de verschillende betekenissen die het begrip schuld heeft, trachten na te gaan wat 'schuld' bij schuldsluitingsgronden inhoudt. De belangrijkste daarvoor te onderzoeken betekenissen zijn al door Wolfsbergen genoemd:

- schuld in de zin van onrechtmatigheid;
- *culpa*;
- verwijt(/vermijd)baarheid;
- toerekenbaarheid.²⁶

Hieraan voeg ik een vijfde toe:

- schuld in de zin van daderschap.

Met de bespreking van deze laatste begin ik, omdat daderschap een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van artikel 6:162: zonder dader/handelende geen (onrechtmatige) daad. Daarna worden de vier andere betekenissen van schuld behandeld. Beginnend met het meest omvattende schuldbegrip: onrechtmatigheid; eindigend bij het uitgeholde schuldbegrip van: schuld in de zin van toerekening.

9.4 DADERSCHAP

9.4.1 Causaliteit en schuld

'Zugerechnet kann mir das werden, was in meinem Vorsatz gelegen hat, und beim Verbrechen kommt es vornehmlich darauf an. Aber in der "Schuld" liegt nur noch die ganz äusserliche Beurteilung, ob ich etwas gethan habe oder nicht, und dass

24 Zie daarover: De Haan, *Rechtskundige signfica* (diss.) 1916. Zie ook zijn *Rechtskundige signfica*, uitgegeven in 1919. Uit het laatste werk verdient nog vermelding de weinig bemoedigende, maar juiste observatie: 'Hetzelfde woord heeft nooit dezelfde betekenis voor twee mensen (...). Hetzelfde woord heeft nooit tweemaal dezelfde betekenis voor denzelfden mensch (...). Bovendien heeft een woord meestal slechts een eenigszins bepaalde betekenis in een Zin'. Zie J.I. de Haan, *Rechtskundige signfica*, Amsterdam: Johannes Müller 1919, p. 21/22.

25 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10 e.v. De methode bleek succesvol. Vgl.: *Asser-Hartkamp III* 2002/70 e.v., *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/99 e.v. En voor het strafrecht: J.T. Bos, 'Het schuldordeel als machtswoord', *R&K* 1982, p. 5-42; S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991, m.n. p. 109 e.v., of: A.W.M. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie* (rede Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 8-9 die drie 'betekenisvelden' onderscheidt; oorzakschuld, faalschuld en vereveningsschuld.

26 Wolfsbergen noemt: onbetamelijkheid (objectieve onzorgvuldigheid), onbehoorlijkheid (subjectieve verwijtbaarheid), *culpa* en toerekeningsvatbaarheid. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 10-13 en 132-152.

ich Schuld an etwas bin, macht noch nicht dass mir die Sache imputiert werden könne.²⁷

Schuldig zijn in de hier bedoelde betekenis is niet veel anders dan: 'oorzaak zijn van'. Dat is een causaal schuldbegrip. Het geeft slechts aan dat er een verband bestaat tussen de daad en de dader, in die zin dat de dader de daad heeft begaan en de schade heeft veroorzaakt.

Met een zó neutrale opvatting van schuld kan het recht nauwelijks uit de voeten. Maar nader inzien leert dat het schuldbegrip, zelfs als het in de causale zin wordt gehanteerd, niet volstrekt neutraal is. Schuld is een niet ongekleurd begrip; men heeft altijd schuld aan een laakbare zaak; niet aan iets loffelijks.

9.4.2 Daderschap in het strafrecht

'Schuld hebben', opgevat als: oorzaak zijn van een afkeurenswaardig feit is strafrechtelijk een bekende betekenis van het begrip schuld. Het wordt in deze zin gebruikt in bijvoorbeeld artikel 27 Sv. lid 1:

Als verdachte wordt vóórdat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit.

Schuld in de zin van daderschap. Zo kan men het causale schuldbegrip het best omschrijven.

9.4.3 Daderschap in het civielrecht

Civielrechtelijk wordt schuld in deze zin als niet relevant terzijde geschoven.²⁸ Vergelijk bijvoorbeeld Schut in zijn studiepocket:

'Het *daderschap* pleegt niet als een zelfstandig element te worden beschouwd. Men laat het opgaan in de zwaardere schuldeis waaraan toch in ieder geval moet zijn voldaan. Dit is ook de reden waarom men, althans tot voor kort, zich niet verdiepte in de vraag wat onder een daad in de zin van art. 6:162 BW moet worden verstaan. Iemand die schade aanricht zonder zich daarvan bewust te zijn (...) had in die

27 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (uitg. Bolland) Leiden: Adriani, 1902, § 115, Zusatz. Een echo van de aangehaalde woorden klinkt bij Suijling. Deze onderscheidt tussen theoretisch (natuurwetenschappelijk) en psychisch causaal verband. Alleen het laatste is volgens hem van belang voor het vaststellen van aansprakelijkheid. Zie: Suijling, *Inleiding* 2/2 1936/517, m.n. p. 203.

28 Een uitzondering is te vinden bij Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* 1988, bijv. p. 252-260.

opvatting geen schuld. Of hij ook wel echt gehandeld heeft, is een vraag die onbeantwoord kan blijven.²⁹

De redenering heeft de charme van de eenvoud. Zij lijkt mij echter onjuist. Schuld is inderdaad een meer omvattend begrip dan daderschap. Maar daarmee is niets gezegd over (het nut van) het begrip daderschap zelf. Denkbaar is immers dat weliswaar schade is ontstaan, maar dat de aansprakelijk gestelde persoon niet heeft gehandeld. Hij zal dan ook geen schuld kunnen hebben aan die handeling. De afwezigheid van schuld is dan echter niet de doorslaggevende reden voor afwijzing van een eventuele schadevergoedingsvordering. De reden van die afwijzing schuilt hierin: er is geen daad. Aan de vereisten voor een actie uit *onrechtmatige* daad komt men dan niet meer toe.

Dit onderscheid tussen daderschap, of: handeling³⁰ en schuld zou men kunnen afdoen als van marginaal belang. Maar juist voor een bespreking van schulduitsluitingsgronden is het relevant. Bij een aantal situaties die nu gevat worden onder de noemer overmacht, dus beschouwd als rechtvaardigingsdan wel schulduitsluitingsgrond, zou men zich kunnen afvragen of er wel sprake is van een handeling. Ik denk dan vooral aan gevallen van absolute overmacht.³¹ Neem de volgende casus. A duwt B, voor B volkomen onverwacht, door een ruit. Of: door een plotselinge windstoot wordt fietser C tegen een auto geworpen. B en C kunnen in deze gevallen aanvoeren dat zij geen schuld hebben aan de schade aan de ruit, respectievelijk auto. Met dat verweer hebben zij bij de rechter zeer waarschijnlijk succes.³² Maar het debat over de schuldvraag zou kunnen worden voorkomen als de stelling juist zou zijn dat B en C in de geschetste gevallen niet eens hebben gehandeld. En mijns inziens is precies *dat* aan de orde.

Voordat omschreven kan worden wat precies schuld in de zin van daderschap inhoudt, dient dus eerst onderzocht te worden wat nu eigenlijk een handeling is.³³ Dat is in het burgerlijk recht bepaald geen *hot item*, getuige het feit dat nagenoeg geen enkel Nederlands handboek aandacht aan het

29 Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 96/97. De tussenvoeging 'tot voor kort' ontbrak in de voorgaande druk (1990, p. 105). Zie in dit verband ook Schut, *Terugred van het schuldvereiste* 1996, p. 147-162. Vgl. overigens nog de behandeling van daderschap in zijn proefschrift, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 45-63.

30 Handeling is een neutralere en algemenere term dan daderschap. Men kan immers handelen zonder daarmee 'dader' te zijn van een onrechtmatige daad of ander strafbaar feit. En juist van dit soort handelingen is in het navolgende sprake.

31 Daarop kom ik hierna terug in par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

32 Vergelijk de overweging van Rb. Zwolle 18 maart 1964, VR 1969/35, 'dat het eniger mate door een windstoot naar links gestuwd worden voor de wielrijder zeker overmacht zou opleveren, daar een dergelijk feit niet voorkomen kan worden'.

33 Zie daarvoor ook: Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, m.n. hoofdstuk 2.

onderwerp besteedt.³⁴ Gewezen wordt meestal slechts op het gegeven dat een daad ook een nalaten kan zijn.³⁵

9.4.4 Het handelingsbegrip

9.4.4.1 Inleiding

De handeling wordt, met name in de oudere literatuur, wel omschreven als een gewilde spierbeweging.³⁶ Probleem met deze definitie is dat voor bepaalde handelingen geen spierbeweging nodig is, zoals in die gevallen waarbij de onrechtmatige daad uit een nalaten bestaat. Dat probleem is verholpen als niet de lichamelijke beweging, maar de wil tot de handeling centraal wordt gesteld.

9.4.4.2 De wilshandeling

Schut, die in zijn proefschrift het fenomeen ouderschap bespreekt, gaat uit van het begrip wilshandeling. Hij zegt daarover: 'Er kan sprake zijn van wil zonder handeling, maar niet van handeling zonder wil.'³⁷ Die wilshandeling is gericht op een doel, dat aan de dader/handelende kenbaar moet zijn. 'Dit betekent dat alleen *voorzienbare* gevolgen tot de handeling als subjectieve verrichting kunnen worden herleid.'³⁸ Volgens Schut ontbreekt het ouderschap dan ook bij bijvoorbeeld kleine kinderen, die immers de gevolgen van hun daad niet kunnen overzien.³⁹

Als men het ouderschap op deze wijze omschrijft, haalt men elementen binnen die niet tot het terrein van het ouderschap, maar eerder tot dat van de schuld behoren. Zover wil ik niet gaan. Bovendien heeft de omschrijving het bezwaar dat de voorzienbaarheid, zoals Schut schrijft, een rol speelt bij de toets van bijna *alle* begrippen in artikel 162: zowel bij de vaststelling van het ouderschap als van de onrechtmatigheid, de schuld en de causaliteit.⁴⁰

34 Een positieve uitzondering vormen de oude handboeken van G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt* (Elfde deel), Groningen: J.B. Wolters 1869, p. 80 en 86-87, en Suijling *Inleiding* 2/2 1936, p. 201-203. In dit verband mag ook niet onvermeld blijven de zojuist al genoemde dissertatie van Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* 1988, passim. Van de buitenlandse literatuur kan met name de Angelsaksische worden genoemd, zie bijv. White, *Grounds of Liability* 1985, H. 3-6.

35 Zie bijv. Hofmann, Drion & Wiersma, *Nederlands verbintenissenrecht* 1959, p. 71-72; Asser/*Hartkamp* III 1998/27, Asser/Sieburgh 6-IV 2019/36.

36 Zie bijvoorbeeld Bruins, *Rechtsgrond van schadevergoeding* (diss.) 1906, p. 13.

37 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 50. Zie over wil en handeling in dit verband ook White, *Grounds of Liability* 1985, passim.

38 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 54.

39 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 58.

40 Zie nogmaals Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 54 e.v.

Dat is niet bevorderlijk voor het vinden van de kenmerkende *verschillen* tussen die elementen. Daderschap zal veel enger omschreven moeten worden, wil de term enig onderscheidend vermogen hebben.

9.4.4.3 De mogelijkheid om te willen

Zo'n omschrijving is te vinden bij Larenz. Volgens hem is een handeling 'im deliktsrechtlichen Sinne' iedere gedraging die 'als vom Willen beherrschbar gedacht (...) werden kann'. Over de handelende persoon zegt hij:

'Dieses wird dabei zwar als Willensträger betrachtet, doch ist ihm nicht nur ein willentlich auf einen von ihm bezweckten Erfolg gerichtetes, sondern jedes vom Menschen beherrschbaren Tun als Handlung zuzurechnen. Eine solche liegt daher z.B. auch dann vor, wenn jemand durch eine willkürliche, ihm gar nicht bewußte Bewegung während einer Unterhaltung eine Vase umstößt. Dagegegen sind Bewegungen unter dem Einfluß von absoluter Gewalt ("vis absoluta"), auf Grund eines unkontrollierbaren Reflexes, im Schlaf oder in einem sonstigen Zustand der Bewußtlosigkeit – z.B. nach einem Herzinfarkt – keine Handlungen im deliktsrechtlichen Sinne, eben weil hier keine Möglichkeit der Willenskontrolle gegeben ist; die Frage nach Tatbestandmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld stellt sich dann von vornherein nicht, da es schon an einer Handlung als Grundlage fehlt. Wohl aber können grundsätzlich auch Kleinkinder und Geistesranke im deliktsrechtlichen Sinne "handeln"; die Problematik ihrer Verantwortlichkeit gemäß §§ 827F. BGB gehört auf die Ebene des Verschuldens.'⁴¹

Hier wordt al enigszins geabstraheerd van de wil. Doorslaggevend is of de handeling in principe te beheersen/ te controleren is. Niet van belang is of de wil bestond, maar of de *mogelijkheid* om te willen aanwezig was.

Die definitie is in elk geval beperkter dan die van Schut. Toch schuilt ook hier een probleem. Waarom zou een onwillekeurige, niet bewuste beweging wel, en een reflexbeweging niet als handeling worden aangemerkt? Het antwoord zal zijn dat in het eerste geval in principe de 'Möglichkeit der Willenskontrolle' bestond. Maar dat is slechts een theoretische mogelijkheid. Niemand is in staat tot een zodanige controle over zijn bewegingen dat hij geen onwillekeurige bewegingen meer maakt. Hetzelfde geldt voor reflexen. De voor het eerste geval niettemin aangenomen 'Willenskontrolle' is in feite niet anders dan 'het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid', om de bekende woorden van Langemeijer te gebruiken.⁴² En daarmee is het eigenlijk een toerekeningskwestie. Immers: in beide gevallen zal de mogelijkheid om anders te willen of te handelen dan men deed, nagenoeg nihil zijn.

41 Larenz & Canaris, *Schuldrecht II.2* (1994), p. 361.

42 Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 35. Vgl. Langemeijer & Schrage, *De gerechtigheid* 1994, p. 38.

De moeilijkheid met de theorie van Larenz is dat zij voor de vraag of sprake is van een handeling nog steeds uitgaat van de handelende persoon en van diens wil, dan wel diens mogelijkheid om te willen of zijn handelen te beheersen.

9.4.4.4 De normatieve benadering

Dat bezwaar wordt ondervangen door theorieën die abstraheren van de persoon van de handelende en de handeling als een normatief begrip beschrijven. Zo'n benadering is te vinden bij Glastra van Loon:

'Als wij een handeling "begrijpen", dan is datgene, wat wij begrijpen, de bepaaldheid van de verhouding van die handeling tot andere handelingen, tezamen met welke hij aldus een betekenis-eenheid vormt. Deze bepaaldheid van de verhoudingen tussen handelingen is niet een objectief feitelijke, maar een *normatieve* (...). Het "gezichtspunt", van waaruit zij moeten worden beschouwd is m.a.w. nòch dat van een natuurwetenschappelijk onderzoeker (...), nòch een door de subjectieve intenties der individuele handelende subjecten, maar een door de normen, waaraan de desbetreffende handelingen hun betekenis ontlene, bepaald gezichtspunt.'⁴³

Niet de natuurwetenschappelijke causaliteit, niet de wil, maar een normatief gezichtspunt bepaalt de betekenis van een handeling. In de woorden van een modernere vertolker van deze visie: 'Uitleg van een (rechts)handeling is derhalve het *op grond van in casu geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen aan een handelende persoon*.'⁴⁴

Het probleem heeft zich daarmee verplaatst. Vraag is nu niet meer: wat is een handeling? Maar: wanneer rekenen we iemand zijn handelen wel of niet toe?

9.4.5 Object van externe krachten/instrument

9.4.5.1 De gedwongen handeling

Een klassiek uitgangspunt voor de bespreking van de zojuist opgeworpen vraag biedt de uiteenzetting van Aristoteles over het handelen.⁴⁵ Hij onder-

43 J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling*, diss. Leiden 1956, Haarlem 1956, p. 259.

44 J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1971, p. 208. Zie ook: J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 31. En voor het strafrecht: Peters, *Opzet en schuld* (diss.) 1966, p. 33.

45 *Ethica Nicomachea*, Boek III, over: Handelen en karakter. Deel III,1 draagt als titel: Handelen tegen zijn zin. In het volgende wordt geciteerd uit de vertaling van Pannier en Verhaeghe (2000).

scheidt tussen wat men uit eigen beweging doet en wat men tegen zijn zin doet. De laatste soort handelingen omschrijft hij zo:

‘Men neemt aan dat iemand iets tegen zijn zin doet wanneer hij het onder dwang of uit onwetendheid doet. Een handeling is gedwongen als de oorsprong ervan buiten de persoon ligt, en wel zo dat de handelende persoon – of beter gezegd, de persoon die de handeling ondergaat – er part noch deel aan heeft; als hij bijvoorbeeld ergens heen wordt gevoerd door de wind of door mensen die hem in hun macht hebben.’⁴⁶

Een gedwongen handeling is die waarbij de ‘actor’ slechts object is van externe krachten – ‘de oorsprong ervan ligt buiten de persoon’ – of instrument in de handen van anderen. In die gevallen heeft het geen zin iemand aansprakelijk te stellen voor zijn daden, want, om nog eenmaal Aristoteles aan te halen: ‘hij heeft er part noch deel aan’.⁴⁷

9.4.5.2 De Toelichting Meijers bij artikel 6:179

Handelend louter als object van van buiten komende krachten of instrument. Dat zijn categorieën die de hedendaagse civilist bekend in de oren klinken. Zij zijn nagenoeg letterlijk terug te vinden in de Toelichting Meijers op het ontwerp voor artikel 6.3.2.8 (6:179).

Volgens artikel 6:179 is de bezitter van een dier aansprakelijk voor de door dat dier aangerichte schade. Die aansprakelijkheid is blijkens de Toelichting beperkt tot schade waarop de kans is verhoogd door de energie van het dier:

‘Het dier moet de schade hebben aangericht. Niet voldoende is causaal verband tussen het dier en de schade, in dier voege dat zonder het dier de schade niet zou zijn geleden. Grondslag voor de aansprakelijkheid voor dieren is immers het gevaar dat zoverre in ieder schuilt, dat de eigen energie van het dier een onberekenbaar element bevat. Alleen als dit gevaar zich verwezenlijkt behoort de bijzondere aansprakelijkheidsregel voor dieren te gelden. (...) Dit vereiste heeft twee consequenties. In de eerste plaats is het onderhavige artikel niet toepasselijk wanneer het lichaam van het dier louter object is van krachten die van buiten komen, zonder dat de eigen energie van het dier als levend wezen enige rol heeft gespeeld. In de tweede plaats mist het artikel toepassing in gevallen, waarin het dier als instrument handelt van de persoon, die hem berijdt of leidt.’⁴⁸

46 Aristoteles, *Ethica* III,1 1110 a. Vergelijk nog de slotpassage van hetzelfde hoofdstuk: ‘Een handeling is dus kennelijk gedwongen als zij een oorsprong heeft die van buiten komt en waaraan de persoon die gedwongen wordt part noch deel heeft’ (1110 b15).

47 Zie in dit verband ook White, *Grounds of Liability* 1985, p. 59-61, in zijn bespreking van de gedwongen handeling, eveneens met verwijzing naar Aristoteles.

48 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 763.

Wie bij een balspel zijn kat als bal gebruikt (het voorbeeld is niet aardig; wel duidelijk), en met het dier de bril van een medespeler verbrijzelt, is voor de schade aan de bril niet aansprakelijk ex 6:179. Dat is ook te verklaren vanuit het karakter van de in artikel 6:179 neergelegde aansprakelijkheid. Het is een risicoaansprakelijkheid, die beoogt te beschermen tegen de gevaren die een bepaalde risicovolle activiteit, als het bezit van dieren, met zich meebrengt. Tegen andere gevaren, waarop de kans niet wordt verhoogd *door dierenbezit*, hoeft de maatschappij niet te worden beschermd. Althans niet met een zwaardere bescherming dan het normale aansprakelijkheidsrecht.

9.4.5.3 Toepassing op schuldaansprakelijkheid

Dezelfde redenering gaat op bij een schuldaansprakelijkheid als die van artikel 6:162. Deze aansprakelijkheid beoogt bescherming te bieden tegen het gevaar dat (of juist: de schade die) wordt veroorzaakt door bepaalde normschendingen, als een rechtsinbreuk of onzorgvuldig gedrag. Een normschending is een handeling die achterwege had behoren te blijven. Als de 'handelende' persoon echter geen enkele invloed heeft kunnen uitoefenen op de loop der dingen, is schuldaansprakelijkheid misplaatst. Immers: het zich al dan niet verwezenlijken van het gevaar waartegen de norm bescherming biedt, kon hij tòch niet beïnvloeden; 'hij heeft er part noch deel aan'. Zo iemand valt niets te verwijten; de grens van de schuldaansprakelijkheid is hier bereikt. Uiteraard zou de handelende persoon in zo'n geval aansprakelijk kunnen zijn. Maar met schuld heeft dat niets te maken; zo'n aansprakelijkheid is een *risicoaansprakelijkheid*.

Het is in zo'n geval ook niet onredelijk de 'actor' niet aansprakelijk te laten zijn. Hij fungeert 'bloss als Mittel' in handen van een ander of is speelbal van natuurkrachten. In het eerste geval gaat het om een daad van die ander, waarvoor deze aansprakelijk is. In het tweede geval gaat het om 'acts of God', waarvoor niemand aansprakelijk is. Als de 'actor' in beide gevallen, behalve zijn lichamelijke aanwezigheid, niets heeft toegevoegd aan het gebeuren, kan dat niets ook moeilijk een reden zijn iets te veranderen aan deze aansprakelijkheidsverdeling. De schade heeft zich alleen *middels* hem verwezenlijkt. Toegepast op de hierboven ten tonele gevoerde Jan, die door Piet of door een plotse linge windstoot omver wordt geworpen en zo schade veroorzaakt:⁴⁹ Jan is voor de door hem veroorzaakte schade niet aansprakelijk, omdat hij niet handelde. Aan de bespreking van de vraag of Jan schuld in de zin van artikel 6:162 heeft aan het gebeurde komt men niet toe, omdat aan een van de basisvoorwaarden van het artikel niet is voldaan: Jan pleegde geen onrechtmatige daad.⁵⁰

Hieruit volgt, dat als de actor zelf, voorafgaand aan het ontstaan van de schade, wèl iets heeft gedaan waardoor hij bijdroeg aan het ontstaan van de

49 Zie par. 9.4.3 (*Daderschap in het civielrecht*).

50 Vgl. art. 6:162, lid 1, begin: 'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt'.

schade, er dus een gedraging is. Daarbij kan ook worden gedacht aan de situatie waarin voorzienbaar is dat men de controle over zijn handelen wellicht zal verliezen (door alcoholgebruik of hypnose) of niet opgewassen zal zijn tegen natuurgeweld (gaan zeilen bij orkaankracht). Of die gedraging vervolgens als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd, is een andere vraag, die ik in hoofdstuk 6 bevestigend heb beantwoord.⁵¹ In deze gevallen schuilt de onrechtmatigheid van het gedrag in het riskeren van voorzienbare en vermijdbare, mogelijk ernstige schade. Dat die schade zich pas later verwezenlijkt, bijvoorbeeld op een moment dat men tot handelen niet meer in staat is, doet aan de aanwezigheid van die (onrechtmatige) daad niet af.

9.4.5.4 Het verband met absolute overmacht

De zojuist besproken voorbeelden worden in het strafrecht beschouwd als gevallen van absolute overmacht:

‘Wat wij wel weten, is dus, dat art. 40 bedoelt, dat van iedere straf worde afgezien in de gevallen van absolute onmogelijkheid van gehoorzaamheid aan de wetten, van echte dwang dus, waarin van wilshandelingen geen sprake meer is.’⁵²

Voor deze groep gevallen, waarin de (wils)handeling ontbreekt, is geen plaats voor rechtvaardiging of schulduitsluiting, omdat

‘die groep, die beheerst wordt door het *impossibilium nulla obligatio* (...) als vallende buiten het wilsleven, daarmee tevens valt buiten be- en veroordeling’.⁵³

In de woorden van een moderner strafrechtelijk auteur:

‘Maar wie fysiek gedwongen wordt handelt niet (...). Daarom behoefde in de wet niet te worden uitgedrukt dat de gedwongene straffeloos blijft: hij is het werktuig van een ander. Hij wordt niet gestraft omdat niet kan worden gezegd dat hij handelde. Van toerekening kan reeds daarom geen sprake zijn. De wetgever was zich daarvan kennelijk niet bewust: strafuitsluitingsgronden veronderstellen een gedraging. Daarom hoeft in geval van absolute fysieke overmacht geen beroep te worden gedaan op art. 40 Sr.’⁵⁴

51 In hoofdstuk 6, bij de bespreking van *Culpa in causa*, zie par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*). Vgl. in dezelfde zin TM, *Parl Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 647 voor de onrechtmatige daad, gepleegd tijdens een zelf opgewekte alcoholroes. Sieburgh spreekt in deze situaties van anterieure verwijtbaarheid. Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, paragraaf 7.5.5.

52 Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 144.

53 Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201.

54 Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 141.

Naar mijn mening, dient dit ook te gelden voor het burgerlijk recht.⁵⁵ Waar geen daad is, is geen grond voor aansprakelijkheid.⁵⁶

9.4.6 Conclusie

Het is zinnig om te spreken over schuld, opgevat in causale zin, dus over schuld in de zin van ouderschap: voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 is *in elk geval een handeling* vereist.

Maar het verdient geen aanbeveling in verband daarmee de term schuld te gebruiken. De toets van het ouderschap kan worden omschreven als de beoordeling van de vraag *of sprake is van een daad*. De toetsing van schuld *vooronderstelt* de aanwezigheid van een daad; zij eist zelfs de aanwezigheid van een bijzondere soort: de *onrechtmatige* daad. Ouderschap en schuld zijn twee totaal verschillende fenomenen. Voor het onderzoek naar schulditsluitingsgronden moet het begrip ouderschap dus afvallen.

9.5 ONRECHTMATIGHEID

9.5.1 Algemeen

De meest omvattende betekenis van het begrip schuld is die van schuld in de zin van onrechtmatigheid.⁵⁷ Waarschijnlijk is die betekenis het meest bekend in de door Dostojewski gebruikte combinatie van Schuld en Boete, ook wel vertaald als Misdaad en Straf.

In het civiele recht wordt het begrip schuld in deze zin veel gebruikt in de woordcombinatie 'schuldaansprakelijkheid'. Met de term wordt meestal

55 Het is hierboven al betoogd in par. 9.4.5.3 (*Toepassing op schuldaansprakelijkheid*).

56 Gevallen van absolute overmacht worden in de civielrechtelijke literatuur overigens nauwelijks besproken, klaarblijkelijk omdat men het te zeer voor de hand vindt liggen dat het hier om overmacht gaat. Vgl. bijv. Asser//Sieburgh 6-IV 2019/89: 'Onder overmacht worden zowel in het kader van wanprestatie als in strafrechtelijke zin begrepen de objectieve en relatieve onmogelijkheid. Overmacht is een omstandigheid die de handelende belet zich te onthouden van het normschendende gedrag. (...) Volgens de gangbare interpretatie van art. 40 Sr wordt onder overmacht verstaan, niet alleen dwang waaraan men geen weerstand kán bieden (absolute of objectieve onmogelijkheid, *impossibilitas*), maar ook elke drang waaraan men geen weerstand behoeft te bieden (subjectieve onmogelijkheid, *difficultas*)'. Terzijde merk ik hierbij op dat het onjuist is overmacht aan te merken als de onmogelijkheid 'zich te onthouden van normschendend gedrag' en haar tegelijkertijd aan te merken als rechtvaardigingsgrond, zoals Asser/Sieburgh doet (in Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89, slot).

57 Over dit zeer ruime schuldbegrip zie ook Jansen, in zijn bespreking van de Romeinsrechtelijke begrippen onrechtmatigheid en schuld, C.J.H. Jansen, 'De lex Aquilia en de moderne onrechtmatige daad', *AAe* 2006, p. 91-100, m.n. 94-95.

bedoeld: aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen.⁵⁸ Vaak dient hij als spiegelbeeld van 'risicoaansprakelijkheid', een aansprakelijkheid die losgekoppeld is van een onrechtmatige daad van de handelende zelf.⁵⁹

9.5.2 Betekenis voor het onderzoek

Als schuld gelijk staat aan onrechtmatigheid, bestaat geen verschil tussen onrechtmatigheid-uitsluitende gronden en schuld-uitsluitende gronden. In deze opvatting kan dus geen antwoord worden gegeven op de vraag in welke gevallen de handelende zich tegen aansprakelijkheid kan verweren, *nadat* hij erkend heeft dat zijn handeling onrechtmatig was. Die vraag is immers met de beoordeling van de onrechtmatigheid – en van het eventuele beroep op een rechtvaardiging – beantwoord. Aan hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is besproken, behoeft dan niets te worden toegevoegd.

9.5.3 Conclusie

In verband met schulduitsluitingsgronden is de uitleg van het begrip schuld als: 'onrechtmatigheid' niet zinvol. In deze uitleg heeft een schulduitsluitingsgrond immers geen bestaansrecht naast een rechtvaardigingsgrond. Wil men over schulduitsluitingsgronden spreken, dan moet aan 'schuld' een andere betekenis worden gehecht.

9.6 CULPA

9.6.1 Als synoniem voor *iniuria*

Schuld wordt wel opgevat in de zin van *culpa*, zo is hierboven gesteld.⁶⁰ Maar evenmin als schuld is *culpa* een eenduidig begrip. Het wordt gebruikt in ruime zin, ter aanduiding van het feit dat een handeling *iniuria* was, maar ook in enge zin van 'schuld'. Ik begin met de bespreking van de ruime uitleg van *culpa*, waarin *culpa* gelijkstaat aan *iniuria*, dat wil zeggen: onrechtmatigheid.

Een beroemde Digestentekst bespreekt het geval van een snoeier die een tak naar beneden gooit en zo een passerende slaaf doodt. De snoeier wordt alleen dan aansprakelijk gehouden,

58 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/27 e.v.*, m.n. 28, tweede alinea.

59 De geschetste tegenstelling is overigens een misleidende, zoals wordt aangetoond door Nieuwenhuis, in: *De tuinman en de dood, RMTh 1989*, p. 193-201.

60 Zie par. 9.3 (*Methode*).

‘als de tak op de openbare weg is gevallen en hij niet “van onderen” heeft geroepen, zodat het ongeval dat die slaaf trof, voorkomen had kunnen worden’.⁶¹

De reden daarvoor is, dat er sprake is van schuld (*culpa*) van de snoeier, zo wordt verderop in de tekst uitgelegd:

‘Er is schuld (...) meent hij, als men iets niet heeft voorzien, terwijl het door een zorgvuldig man wel voorzien had kunnen worden, of als er pas gewaarschuwd is op een moment dat het gevaar niet meer vermeden kon worden.’⁶²

Deze schuldvorm komt overeen met ons begrip onrechtmatigheid. Vergelijk de overwegingen van de Hoge Raad in het Kelderluik-arrest waarin de voorzienbaarheid van de schade en de mogelijkheid voorzorgsmaatregelen te treffen de onzorgvuldigheid van een bepaalde gedraging (mede) bepalen.⁶³ De letterlijke gelijkstelling van *culpa* (schuld) en onrechtmatigheid (*iniuria*) is ook terug te vinden in de Romeinse bronnen:

‘Wij verstaan dus hier onder onrechtmatig handelen het toebrengen van schade met schuld.’⁶⁴

Culpa en onrechtmatigheid zijn in deze visie dus synoniemen.⁶⁵ Maar dit is niet een uitleg die verhelderend is voor een onderzoek naar schulduitsluiting. De redenen daarvoor zijn besproken in de voorgaande paragraaf: als schuld onrechtmatigheid is, heeft de categorie schuld geen bestaansrecht naast die van onrechtmatigheid.⁶⁶ En dan hebben schulduitsluitingsgronden geen bestaansrecht naast rechtvaardigingsgronden.

9.6.2 Als tegenstelling tot *dolus*

Schuld gebruikt in de zin van *culpa* opgevat als tegenstelling tot opzet, of juist als lichte vorm daarvan,⁶⁷ is een strafrechtelijk zeer belangrijke betekenis van

61 Digesten 9,2,31.

62 Digesten 9,2,31.

63 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (*Kelderluik*), m.n. de overwegingen aangaande onderdeel b.

64 Digesten 9,2,5,1 slot.

65 Vgl. Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 107: ‘In het Romeinse recht was *culpa* aanwezig wanneer iemand anders had gehandeld dan hij had moeten handelen’.

66 Par. 9.5 (*Schuld; Onrechtmatigheid*).

67 In het strafrecht is discussie gaande over de verhouding tussen opzet en schuld. Volgens De Hullu gaat het om ‘een glijdende schaal van meer gewild naar minder gewild gedrag’ (p. 274), en ‘van ernstig en doelgericht naar minder ernstig en minder doelgericht strafbaar handelen’ (p. 275). Het gaat in die visie dus niet om een tegenstelling, maar om een lichte vorm (‘minus’), zie De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, IV.7.2.

schuld. Sommige delicten worden alleen met straf bedreigd wanneer ze opzettelijk gepleegd zijn; voor andere is schuld voldoende. Dit laatste begrip werd door de strafwetgever zo omschreven:

‘Schuld is de zuivere tegenstelling van opzet aan de eene, van toeval (*casus*) aan de andere zijde.’⁶⁸

De definitie munt niet uit in scherpte.⁶⁹ Maar dat was ook precies de bedoeling,

‘ten einde de regter geheel vrij zij in de waardering van de bewezen omstandigheden ter beslissing van de bloot feitelijke vraag, of, bij gebreke van opzet, het feit aan des beklaagden schuld is te wijten’.⁷⁰

In plaats van de verschillende schuldvormen te bespreken,⁷¹ wordt volstaan met de eis dat de daad aan ‘schuld *te wijten is*’.⁷² Die omschrijving van schuld valt nagenoeg samen met de in het civiele recht gehanteerde uitleg van schuld in de zin van verwijtbaarheid.⁷³ Deze wordt hierna uitvoerig besproken.⁷⁴

Civielrechtelijk speelt het onderscheid tussen opzet en schuld geen voornaam rol: voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 is schuld voldoende.⁷⁵ Dat is waarschijnlijk altijd zo geweest. Voor een actie op grond van de *lex Aquilia* was vereist dat een handeling ‘*iniuria*’ was. Dat betekende niet

68 Schuld, MvT, *Smidt I* 1891, p. 84. Zie over de ‘zuivere tegenstelling’ de hierboven aangehaalde beschrijving van de discussie over deze kwestie door De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, IV.7.2.

69 Vgl. het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, over de zojuist geciteerde passage uit de MvT: ‘Het begrip schuld is te onbepaald om zonder nadere omschrijving als kenmerk van een misdrijf te worden gesteld’. *Smidt I* 1891, p. 85.

70 Schuld, MvT, *Smidt I* 1891, p. 84/85.

71 In de Parlementaire Geschiedenis zijn vele te vinden, zoals: verzuim, nalatigheid, onvoorzichtigheid, gebrek aan voorzorg. MvT, *Smidt I* 1891, p. 84.

72 Vgl. nogmaals het Verslag van de Tweede Kamer, waarin het verzet tegen de voorgestelde ruime omschrijving wordt opgegeven en de conclusie volgt: ‘dat dus bij elke veroordeling wegens schuld zal moeten worden aangetoond waarom bij *ontstentenis van opzet de daad toerekenbaar is*, – een vereiste dat genoegzaam schijnt te worden uitgedrukt door de in dit ontwerp gemeenlijk gebezigde uitdrukking: hij aan wiens schuld *te wijten is*. Het overige zal wel geheel aan het voorzichtig oordeel van den regter moeten worden overgelaten’. Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, *Smidt I* 1891, p. 86.

73 Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/100: ‘In deze betekenis wordt het begrip schuld in art. 6:162 lid 3 BW gebruikt. De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor haar gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht. Om deze reden kan de daad aan hem worden *toegerekend*’.

74 In par. 9.7.1 e.v. (*Schuld in de zin van verwijtbaarheid?*).

75 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/101. Het onderscheid kan wel van belang zijn bijvoorbeeld voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding op grond van art. 6:98, waar de voorzienbaarheid een grote rol speelt, voor de matigingsmogelijkheid van art. 6:109, of voor de interne draagplicht (zie bijv. art. 6:170 lid 3).

veel meer dan dat zij zonder recht (*non iure*) was gepleegd, dus dat geen rechtvaardigingsgrond voor de handeling viel aan te wijzen:

‘Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, indien men zonder enig recht doodt. Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk.’⁷⁶

Een bepaalde schuldgraad werd voor *iniuria* vermoedelijk niet geëist; zij kon zowel opzet (*dolus*) als schuld (*culpa*) omvatten.⁷⁷ Van een belangrijk onderscheid tussen opzet en schuld in verband met een mogelijke vordering uit onrechtmatige daad was en is in het burgerlijk recht dus geen sprake.

Voor het burgerlijk recht wordt *culpa* dus voldoende geacht voor aansprakelijkheid. Maar hoe moet dit begrip *culpa* worden opgevat? De gangbare omschrijving is dat het gaat om onachtzaamheid.⁷⁸ Dat zou men kunnen opvatten als ‘verwijtbaarheid’. Die betekenis wordt in de volgende paragraaf (9.7) besproken. Men kan onachtzaamheid ook zien als synoniem voor: onvoorzichtigheid, onoplettendheid. Met die laatste termen wordt aangegeven dat de handelende anders handelde dan hij behoorde. Hij voldeed niet aan de zorgvuldigheidsnorm. En daarmee zijn we terug bij de betekenis van schuld in de zin van onrechtmatigheid. In het onderzoek naar schulduitsluiting brengt ook de betekenis van schuld in de zin van *culpa* ons niet verder.

9.6.3 Als tegenstelling tot *casus*

Aansprakelijkheid ontbrak in het Romeinse recht niet alleen wanneer een handeling ‘*iure*’ was verricht. Zij ontbrak eveneens in het geval van ‘*casus*’ (toeval). En daarmee komen we bij een begrip dat wèl interessant zou kunnen zijn voor het moderne civiele recht en met name voor een onderzoek naar van schulduitsluitingsgronden. *Casus* werd gezien als tegenstelling van *doleus* of *culpoos* handelen.⁷⁹ Het was schade, ontstaan door ‘toeval’, waarvoor de veroorzaker niet aansprakelijk was. De *Digesten* geven er het volgende voorbeeld van:

‘Terwijl verscheidene personen met een bal aan het spelen waren, heeft een van hen een slaafje een harde duw gegeven, toen het probeerde een bal te vangen. De slaaf kwam ten val en brak een been. De vraag werd opgeworpen of de eigenaar van het slaafje op grond van de *Lex Aquilia* kon procederen tegen degene door wiens duw het gevallen was. Ik heb geantwoord dat dit niet mogelijk was, omdat

76 Instituten Iustinianus 4.3.2. Het origineel zegt: ‘qui nullo iure occidit’.

77 Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* 1948, p. 354-355. Zo ook Lawson, *Negligence* 1950, p. 36-37.

78 Vgl. Asser/Stieburgh 6-IV 2019/101.

79 Vgl. de al besproken opvatting van de strafwetgever: *Smidt I* 1891, p. 84.

het ongeluk veeleer door toeval dan door schuld geacht moest worden te zijn gebeurd.⁸⁰

Culpa houdt op waar het toeval begint, zo zou men Houwing kunnen parafraseren.⁸¹

Vergelijkbaar met het slaafje uit de *Digesten* is hedentendage de onfortuinlijke mevrouw Guyt, die haar heup brak toen iemand bij de bushalte een stapje achteruit deed om een ander te laten passeren⁸² of de man, die stoeiend met zijn collega, deze laatste verwondde met een 'speels duwtje'.⁸³ 'Een ongelukkige samenloop van omstandigheden', dat is de kwalificatie die de Hoge Raad tegenwoordig hecht aan gevallen van *casus*. Aansprakelijkheid wordt dan niet aangenomen. Wat is daarvan de reden? Zou men *casus* kunnen omschrijven als een schulduitsluitingsgrond? Of zelfs als een rechtvaardigingsgrond?⁸⁴

Verhelderend is een terugblik op de wetsontwerpen die voorafgingen aan het BW van 1838. De wetsontwerper noemde toeval ('ongeluk') daarin uitdrukkelijk als grond die aan aansprakelijkheid in de weg stond. Het Ontwerp-Van der Linden bevatte de bepaling:

'Doodslag of kwetsing uit noodweer, of bij ongeluk, geven geen regt om vergoeding te vorderen.'⁸⁵

Een soortgelijke bepaling was te vinden in het Wetboek Napoleon van 1809 en het Ontwerp van 1820 – alleen heette ongeluk nu toeval.⁸⁶ Het laatstgenoemde ontwerp gaf zelfs een omschrijving van toeval:

'Voor toeval is niemand aansprakelijk, dan alleen in die gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaald heeft. (...) Alle schade wordt aan toeval toegeschreven, zoo lang niet bewezen wordt, dat dezelve aan schuld of verzuim toe te schrijven zij.'⁸⁷

80 *Digesten* 9,2,52,4. Het laatste zinsdeel luidt letterlijk: 'cum casu magis quam culpa videretur factum'.

81 Vgl. J.F. Houwing: 'De overmacht begint derhalve, zoodra de toerekening ophoudt', in: 'Overmacht of onmogelijkheid?', *R.M.* 1904, opgenomen in *Rechtsgeleerde opstellen van mr. J.F. Houwing*, Haarlem: de erven Bohn 1921, (p. 124-165), p. 132.

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

83 HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, NJ 1986/780 (*Dollende collega's*).

84 Roelvink suggereert dat dit de visie van Brunner is: 'De noot van Brunner (...) doet mij vermoeden dat hij in de figuur van de ongelukkige samenloop een rechtvaardigingsgrond ("toeval") ziet'. *Ongestoten wijnglazen* 1994, p. 329. In de door Roelvink aangehaalde passage (Brunners annotatie bij het Natrap-arrest, in NJ 1992/622) kan ik dit echter niet lezen. Op Brunners visie kom ik nog in deze paragraaf terug.

85 *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, Derde boek, dertiende titel, artikel 6 (gebruikte uitgave: De Smidt, Amsterdam 1967).

86 *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, 1809, art.1321. Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek 1820, art. 3024.

87 Ontwerp 1820, artikel 3048-3049.

Met deze bepaling wordt het juridische karakter van toeval (*casus*/ongelukkige samenloop van omstandigheden) in één klap duidelijk. Toeval is geen nieuwe schulduitsluitingsgrond. Evenmin een rechtvaardigingsgrond. Met de constatering dat sprake is van toeval wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen aansprakelijkheid scheppend feit is. De aanwezigheid van toeval leidt tot toepassing van de basisregel van het aansprakelijkheidsrecht: Ieder draagt zijn eigen schade. Voor vergoeding van die schade *door een ander* moet voldoende reden aanwezig zijn.⁸⁸ Toeval is daarvoor onvoldoende reden.

Een vergelijkbare redenering is te vinden in de noot van Van der Grinten onder het Bushalte-arrest:

‘De gedraging van een voetganger is niet reeds onrechtmatig, indien zij schade veroorzaakt aan een andere voetganger (...). De vergoedingsplicht voor aan een ander toegebrachte schade moet in beginsel berusten op verwijtbaar, onbehoorlijk gedrag. (...) Is niet echt onrechtmatig gehandeld, dan is voor overheveling van de schade van het slachtoffer naar de ander geen voldoende grond.’⁸⁹

Zie ook de noot van Brunner onder het Natrap-arrest:

‘Wanneer het spel volgens de regels is gespeeld en desondanks een speler wordt verwond is in letterlijke zin sprake van een ongeluk, van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, van toeval, waarvoor de feitelijke veroorzaker niet aansprakelijk is. (...) In ons recht is aan overmacht veel aandacht besteed, maar is de vraag wanneer van toeval sprake is onderbelicht gebleven. Toch gaat het bij sportletsel vaak om toeval, niet om overmacht. Geringe letsels, zoals kneuzingen en schavingen zijn bij veel contactsporten onvermijdelijk en de spelers nemen die op de koop toe. Wie die wil vermijden moet aan die sporten niet deelnemen.’⁹⁰

Met Brunner deel ik de visie dat onderscheiden dient te worden tussen overmacht (waarbij de stelling van de verweerder is: ‘Ik heb iets misdaan, maar daar werd ik toe gedwongen’)⁹¹ en toeval (waarbij de verweerder stelt: ‘Ik heb niets misdaan’).

Anders dan (kennelijk) Brunner twijfel ik over het nut stil te staan bij de vraag ‘wanneer van toeval sprake is’. Zoals ik in de *Begripsbepaling* al aangaf, is het juridisch niet zinnig te omschrijven welke gedragingen niet-onrechtmatig zijn.⁹² Aansprakelijkheidsrecht is sanctierecht. Het geeft aan waar de grens van het betamelijke ligt en het omschrijft de handelingen waarmee die grens wordt overschreden. Alle andere handelingen zijn rechtmatig.⁹³ Daaronder

88 Waarover uitgebreid: Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden) 1997.

89 Van der Grinten, annotatie bij HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (*Bushalte*).

90 Brunner, annotatie bij HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*).

91 Vgl. art. 40 Sr.

92 Zie par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*).

93 Vgl. nogmaals par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*).

vallen ook de handelingen waarbij per ongeluk, toevallig, schade wordt veroorzaakt. Weliswaar zijn de *gevolgen* van deze handelingen vervelend, maar waar het in het aansprakelijkheidsrecht om gaat, is of de handeling *zelf* door de beugel kan. En het verwijt dat de handelende in het geval van toeval gemaakt kan worden is, bezien vanuit het stelsel van normschendingen, niet ernstig genoeg.⁹⁴

Het voorgaande betekent dat over toeval en dergelijke juridisch wel zinvol kan worden gesproken in negatieve zin, dus wat het *niet* is en waarom: geen normschending, omdat niet aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Maar het is moeilijk aan te geven wat toeval dan *wel* is. Dat zou immers een omschrijving vergen van alle daden waarbij schade wordt toegebracht en die toch niet onrechtmatig zijn.⁹⁵ Toeval kan hooguit worden afgezet tegen een andere groep niet-onrechtmatige daden, waarbij schade is toegebracht: de gerechtvaardigde daden. Daarvan onderscheidt toeval zich doordat bij toeval de schade niet opzettelijk, maar per ongeluk wordt toegebracht. Bij gerechtvaardigde daden wordt de schade opzettelijk toegebracht, of het schaderisico willens en wetens genomen, ter bereiking van een hoger doel.⁹⁶

Toeval onderscheidt zich ten slotte van schulduitsluitingsgronden hierin, dat een beroep op een schulduitsluitingsgrond de aanwezigheid van een onrechtmatige daad *vooronderstelt*.⁹⁷ In geval van toeval wordt nu juist *geen* onrechtmatigheid aangenomen. Aan de bespreking van een beroep op een schulduitsluitingsgrond komt men dan in het geheel niet meer toe (en aangezien de onrechtmatigheid ontbreekt, komt men evenmin toe aan een beroep op een rechtvaardigingsgrond).

9.6.4 Conclusie

Culpa, opgevat als synoniem voor *iniuria* valt samen met onrechtmatigheid. In die betekenis is het voor de bespreking van schulduitsluitingen niet zinvol. Opgevat als tegenstelling van *dolus*, kan *culpa* worden gezien of als verwijtbaar-

94 Vgl. par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*).

95 Dat betekent niet dat binnen de groep rechtmatige daden in het geheel geen onderscheiding kan worden aangebracht. Zoals ik eveneens in de Begripsbepaling aangaf, kan worden onderscheiden tussen zuivere rechtmatige daden (waarop in het geheel niets is aan te merken), niet-onrechtmatige daden (waarbij per ongeluk schade is toegebracht, maar geen normschending heeft plaatsgevonden) en gerechtvaardigde daden (waarbij opzettelijk schade is toegebracht, ter bereiking van een hoger doel). Zie par. 1.4 (*Van rechtmatig naar onrechtmatig. Een typologie*).

96 Vgl. nogmaals par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*), slot.

97 Vgl. nogmaals de Begripsbepaling, par. 1.6.1 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld; Plaatsbepaling*), waar Loth is aangehaald: 'pragmatisch gezien impliceert het aanvoeren van een excuus de erkenning dat het handelen niet gerechtvaardigd is'. Zie Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 23.

heid (waarover de volgende paragraaf), of alweer als onrechtmatigheid. Vatten we *culpa* op als tegenstelling van *casus*, dan levert dat de vaststelling op dat er in elk geval sprake moet zijn van normschendend gedrag. In geval van *casus* ontbreekt zo'n normschending; bij *culpa* juist niet. Ook in deze tegenstelling komt *culpa* uiteindelijk overeen met onrechtmatigheid.

De conclusie luidt dat de term *culpa* ons enerzijds voor wat betreft het inzicht in schuld niet verder brengt dan de eerder getrokken conclusie met betrekking tot schuld in de zin van onrechtmatigheid. Het gaat dan om *culpa* als *iniuria*, of als onvoorzichtigheid, of als normschendend gedrag. *Culpa* kan echter ook worden opgevat als 'verwijtbaarheid'. Dat begrip is nu te onderzoeken.

9.7 VERMIJDBAARHEID

9.7.1 Schuld in de zin van verwijtbaarheid?

'De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor haar gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht.'

Dat is volgens Asser/Sieburgh de betekenis van het begrip schuld in artikel 6:162 lid 3.⁹⁸ Negatief geformuleerd: 'De onrechtmatige daad is te wijten aan de *schuld* van de dader als *hem* kan worden verweten dat hij de onrechtmatige daad niet heeft nagelaten.'⁹⁹ Schuld in de zin van verwijtbaarheid. Dat is de gangbare samenvatting van de hier gegeven betekenis van schuld. Tegen het gebruik van de term 'schuld' in deze zin is echter een aantal bezwaren in te brengen.

Allereerst maakt zij niet duidelijk wèlk verwijt de handelende precies treft. De handelende had de daad blijkbaar moeten nalaten. Maar waarom dat zo is en hoever die verplichting strekt, blijft het op te lossen probleem. Daarmee is het begrip verwijtbaarheid in feite een leeg etiket. Ten tweede, en dat bezwaar is eerder gemaakt door Schut, is verwijtbaarheid niet de schuld zelf, maar het *gevolg* van de aanwezigheid van onrechtmatigheid en schuld;¹⁰⁰ 'schuld is geen verwijtbaarheid, maar brengt slechts verwijtbaarheid mede'.¹⁰¹ Daar komt bij dat de term verwijtbaarheid een sterk normatieve lading heeft. Dat maakt het extra moeilijk te onderscheiden tussen verwijtbaarheid in de

98 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/100.

99 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.3, p. 109 (cursiveringen in origineel).

100 Vgl. Van Dam over verwijtbaarheid: 'Op zichzelf bevat deze term geen norm, maar een conclusie'. Zie Van Dam, *Zorgvuldighedsnorm* (diss.) 1989, nr. 109, p. 144.

101 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 100.

zin van *laakbaarheid* (onrechtmatigheid) en het verwijt dat iemand wordt gemaakt omdat hij die laakbare handeling *niet* heeft *nagelaten*.

9.7.2 Schuld in de zin van vermijdbaarheid

Duidelijker is de omschrijving van schuld zoals Schut haar heeft voorgesteld:

‘Het eigenlijke van schuld bestaat uit het niet-vermijden van hetgeen rechtens kan worden vermeden; het begrip wordt dus (...) door de *vermijdbaarheid* bepaald.’¹⁰²

Met het hier aangehaalde schuldbegrip wordt precies omschreven op welke wijze de handelende zich verweert als hij zich beroept op een schulduitsluitingsgrond. Hij ontkent de normschending niet. Hij stelt alleen dat deze (voor hem) niet te vermijden was.

Om iets te kunnen vermijden, moet men weten *wat* men moet vermijden, en moet men bovendien *in staat zijn* zich daarnaar te gedragen. Die norm is bekend geworden als de ‘kennen en kunnen’-regel uit het Joke Stapper-arrest, dat de Hoge Raad drie jaar na het verschijnen van Schuts proefschrift wees. De Hoge Raad overwoog toen dat

‘de vraag of de overtreding van een rechtsnorm aan een jeugdig kind kan worden toegerekend, niet uitsluitend wordt bepaald door de kennis die bij dat kind t.a.v. het bestaan van die norm aanwezig is, maar ook door de mate waarin het hem mogelijk is zich overeenkomstig die kennis te gedragen’.¹⁰³

Deze norm is niet alleen bepalend voor de schuldvraag bij kleine kinderen, maar evenzeer voor die van alle andere handelenden: als de daad niet te vermijden is, is niet goed in te zien waarom zij de handelende kan worden aangerekend. Strafrechtelijk wordt dezelfde norm gehanteerd.¹⁰⁴

Hierbij verdient opmerking dat de zojuist genoemde norm niet altijd herkenbaar is als regel ter bepaling van de schuldvraag. Zij keert ook terug bij schrijvers die niet willen onderscheiden tussen onrechtmatigheid en schuld. Bij hen verschijnt ze bijvoorbeeld in de gedaante van ‘persoonselementen’ van de zorgvuldigheidsnorm.¹⁰⁵ Inhoudelijk maakt dat echter geen verschil. Waar het op aankomt, is dat naast een toets van de *daad*, ruimte is om rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden of mogelijkheden van de *dader/handelende*.

102 Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 104.

103 HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, NJ 1967/69, m.nt. GJS (*Joke Stapper*).

104 Strafrechtelijk wordt dezelfde norm gehanteerd. Zie daarover bijv. Bijlsma, *Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden* 2020, p. 177, l.k.

105 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nrs. 140-141 i.v.m. 99 e.v.

9.7.3 Kennen

9.7.3.1 Kenbaarheid van de norm

Normen moeten nageleefd worden. Om normen te *kunnen* naleven, moet men ze kennen. Bij een rechtsstelsel dat burgers aansprakelijk houdt voor normschendingen, terwijl die burgers de normen niet eens kennen of konden kennen, denken wij aan een kafkaëskse nachtmerrie. Wie aansprakelijk wordt gehouden maar niet wist of kon weten dat wat hij deed fout was, zal zich voelen als de Praagse jood Josef Roubíèek. Hij wordt tijdens de naziterreur gestraft voor zo ongeveer alles wat hij doet, terwijl hij niet kan achterhalen wat hij *misdoet*:

‘daar was nooit een politieverordening van gemaakt, nooit was die me overhandigd. Het gerucht ging alleen van mond tot mond, werd onderbouwd met voorbeelden. Lang wist ik niets van die wet, maar ik hoorde erover fluisteren’.¹⁰⁶

De gedachte dat men in staat moet zijn de normen te kennen die men dient na te leven, ligt ook ten grondslag aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.¹⁰⁷ Dat is neergelegd in artikel 1 lid 1 Sr en houdt in dat geen feit strafbaar is dan op grond van een daaraan voorafgegangene wettelijke bepaling. Sancties voor normovertredingen mogen alleen worden opgelegd als de normen ten tijde van de handeling duidelijk waren. In het privaatrecht is het niet anders.¹⁰⁸ Weliswaar gaat het hier niet alleen om wettelijke, zelfs niet alleen om geschreven normen. Maar ook in het burgerlijk recht zou het in strijd zijn met de rechtvaardigheid iemand aansprakelijk te houden voor de schendingen van een norm die hij niet kon kennen.

De kenbaarheidseis geldt overigens niet alleen bij de onrechtmatige daad, zij geldt evenzeer voor andere verbintenissen. Zo zal ook in het contractenrecht een beroep op overmacht (juister: niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming) slagen, wanneer de debiteur de norm (dus: de verbintenis) niet kende of kon kennen. Vergelijk de Toelichting Meijers op artikel 6.1.8.2 (6:75), waarin wordt gesteld:

106 Jiří Weil, *De ster van Josef Roubíèek*, Praag 1949 (gebr. uitg.: Amsterdam: Van Gennep 1989), p. 39.

107 Zie over het verband tussen de kenbaarheidseis en het legaliteitsbeginsel: H.L. Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a/M: Metzner 1976, bijv. p. 13.

108 Dat het legaliteitsbeginsel ook voor het privaatrecht geldt, is voorzichtig gesuggereerd door M.V. Polak. Hij betoogt dat het ex post facto-verbod (onderdeel van het legaliteitsbeginsel) meebrengt dat bijvoorbeeld in milieuvervuilingszaken de normen van nu niet zonder meer mogen worden toegepast op gedragingen van twintig jaar geleden. M.V. Polak, ‘Een begin(sel) van legaliteit in het privaatrecht?’, in: Beginselen van vermogensrecht, *BWKJ* 1993, p. 47-61.

‘dat de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (...) indien hij door een oorzaak welke hem niet kan worden toegerekend, het bestaan van de verbintenis niet kende of van de inhoud daarvan een verkeerde voorstelling had’.¹⁰⁹

Daarbij wordt het voorbeeld genoemd van de situatie dat iemand een schuld erft, maar deze niet nakomt, omdat het bericht van het overlijden van de erfflater hem niet tijdig heeft bereikt.

Kennis van de norm kan voor de dader worden belemmerd door twee soorten omstandigheden: interne en externe.

9.7.3.2 Interne belemmeringen voor kennis van de norm

De eerste groep personen bij wie schuld ontbreekt, wordt gevormd door diegenen die ten gevolge van een gebrek in hun geestelijke vermogens niet in staat zijn de norm te kennen. Tot deze categorie behoren, zoals hierboven al bleek, kleine kinderen, voor wie het niet altijd mogelijk is de norm of haar reikwijdte te bevatten.¹¹⁰ Hetzelfde geldt voor geestelijk gestoorden. Ook zij zullen niet altijd in staat zijn te beseffen wat de norm is. Schuld ontbreekt als ‘de dader tengevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling’.¹¹¹

De uitzonderingspositie van deze twee groepen is al oud, getuige de Digestentekst over de vraag of tegen *furiosi* een actie op grond van de *lex Aquilia* kan worden ingesteld:

‘Daarom stellen wij de vraag of er een actie op grond van de *Lex Aquilia* is als een geesteszieke schade heeft toegebracht. Pegasus heeft dit ontkend: wat is er immers bij zo iemand aan schuld, wanneer hij niet bij zinnen is? En dit is beslist juist. De actie op grond van de *Lex Aquilia* is dus niet van toepassing, net zomin als in het geval dat een viervoetig dier schade heeft toegebracht of dat een dakpan naar beneden is gevallen. Maar zelfs als een kind onder de zeven jaar schade heeft toegebracht, moet hetzelfde worden gezegd. Als echter een onvolwassene dat gedaan heeft, is deze – zo zegt Labeo –, omdat hij wegens diefstal aansprakelijk is, ook aansprakelijk op grond van de *Lex Aquilia*. Ik acht dit juist als de onvolwassene reeds in staat is om te begrijpen wat onrecht is.’¹¹²

Tegen een geesteszieke (*cum suae mentis non sit*) of een kind is geen actie uit onrechtmatige daad mogelijk, tenzij *si sit iam iniuriae capax*.¹¹³ Met een verwijzing naar dit fragment stelt Lawson: ‘Roman law exempted from liability

109 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 263.

110 Zie nogmaals HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, NJ 1967/69 (*Joke Stapper*).

111 HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1960:166, NJ 1963/1, m.nt. D.J.V. (*Gestolen Jaguar*).

112 Digesten 9,2,5,2 (vert. Feenstra & Spruit 1994).

113 Digesten 9,2,5,2 slot.

madmen and children who were too young to be capable of *iniuria*¹¹⁴ In staat tot (capable of) '*iniuria*'; dat is een tekstgetrouwe vertaling van *iniuriae capax*. Capax komt van: capere, wat letterlijk grijpen of vatten betekent. En dat is precies waar het om draait: de mogelijkheid om de normschending – *iniuria* – te (be)grijpen of (be)vatten.¹¹⁵

Wie niet in staat is de norm te kennen en er dus niet naar kán leven, heeft geen schuld als hij de norm niet nakomt. Die mogelijkheid om normconform te handelen ontbreekt ook bij hen wier geestelijke vermogens *tijdelijk* niet of minder goed functioneren. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan het noodweerexces. Wie plotseling wordt aangevallen en zich daartegen moet verweren, kan zo geëmotioneerd raken door de gebeurtenis, dat hij niet meer in staat is de grenzen van de noodzakelijke verdediging in het oog te houden.¹¹⁶ Het staat in artikel 41 lid 2 Sr zo beschreven:

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

Ook in het civiele recht wordt algemeen aangenomen dat dit noodweerexces een schulduitsluitingsgrond oplevert.¹¹⁷ Schuld ontbreekt bij de noodweerder die in zijn paniek de grenzen van het betamelijke overschrijdt evenzeer als schuld bij een klein kind of schuld bij iemand met een structurele geestelijke tekortkoming.

9.7.3.3 Externe belemmeringen voor kennis van de norm

De tweede categorie van het ontbreken van kenbaarheid van de norm wordt gevormd door gevallen waarin de norm niet te kennen was, niet door oorzaken gelegen in de persoon van de handelende, maar door oorzaken gelegen buiten hem. Ook hier heeft het aansprakelijkheidsrecht zijn grens bereikt. Zoals Van Dam het uitdrukt: 'op onbekend gevaar kan niemand zijn gedrag afstemmen'.¹¹⁸ Men kan het nog verdergaand formuleren: op onbekende *normen*

114 Lawson, *Negligence* 1950, p. 41. Hij beroept zich daartoe op Digesten 9,2,5,2.

115 Vgl. nogmaals de geciteerde vertaling van Feenstra en Spruit: 'in staat om te begrijpen wat onrecht is'. Een mooie, vrijere, vertaling van het tekstdeel is te vinden bij Watson: 'provided they were able to distinguish between right and wrong'. In: *The Digest of Justinian*, Translation edited by A. Watson, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998 (online versie).

116 Zie bijv.: Rb. Maastricht (2e kamer) 4 december 1967, ECLI:NL:RBMAA:1967:AB3767, NJ 1969/126 en recentelijk HR (Strafkamer) 7 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1226, NJ 2021/300.

117 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/111, waar nog wordt opgemerkt dat niet uitgesloten is dat de reden van het psychisch defect voor risico van de dader komt. En: Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, p. 109.

118 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 133.

kan niemand zijn gedrag afstemmen. De handelende moet in staat zijn geweest de norm die hij geschonden heeft te kennen. De zojuist onderscheiden situaties (onbekende gevaren en onbekende normen) kunnen worden benoemd als: dwaling in de feiten en dwaling in het recht. In deze situaties neemt men aan dat de handelende zich kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond.¹¹⁹

Hetzelfde geldt voor het opvolgen van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, in artikel 43 lid 2 Sr als volgt omschreven:

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

Wie een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel opvolgt, begaat weliswaar een strafbaar feit, maar daarvan kan hem onder omstandigheden geen verwijt worden gemaakt. Dat is de heersende leer, in straf- en civielrecht.¹²⁰

9.7.3.4 *Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*

Samenvattend: in deze paragraaf is besproken in welke gevallen schuld ontbreekt, omdat *kennis* van de norm ontbreekt. Tot deze groep behoren naar de heersende civielrechtelijke leer de volgende schulduitsluitingsgronden:

- een (zeer) jeugdige leeftijd, die kennis van de norm verhindert;
- een structurele geestelijke tekortkoming, die kennis van de norm in de weg staat;
- een incidentele geestelijke tekortkoming die kennis van de norm in de weg staat (noodweerecces);
- dwaling in de feiten;
- dwaling in het recht;
- onbevoegd gegeven ambtelijk bevel.

119 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/109* en 110; *Sieburgh, Toerekening* (diss.) 2000, p. 141.

120 Voor het strafrecht: zie Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p.127-152. Voor het burgerlijk recht: zie bijvoorbeeld *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/111* (waar het opvolgen van een onbevoegd gegeven bevel niet wordt gezien als afzonderlijke schulduitsluitingsgrond, maar als voorbeeld van verschoonbare dwaling t.a.v. de bevoegdheid tot handelen). Zie ook *Sieburgh, Toerekening* (diss.) 2000, p. 141. Tegen de heersende leer heb ik betoogd dat voor het burgerlijk recht het opvolgen van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel net als een bevoegd gegeven ambtelijk bevel een *rechtvaardigingsgrond* zou moeten opleveren. Of het bevel bevoegd dan wel onbevoegd is gegeven, is een kwestie die de opvolger niet raakt. Het gaat hem niet aan en hij hoeft zich er ook niet om te bekommeren. Zie par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*).

9.7.4 Kunnen

9.7.4.1 De mogelijkheid zich normconform te gedragen

Als iemand de norm kent, zal hij zich overeenkomstig die kennis moeten gedragen. Maar soms zal het onmogelijk zijn zich te houden aan de norm.

De eerste reden daarvoor kan zijn een lichamelijk gebrek. Wie bijvoorbeeld door een zware ziekte aan zijn bed is gekluisterd, kan niet opspringen en een in nood verkerende passant te hulp schieten (vgl. art. 450 Sr). Dan kan men niet spreken van schuld in de zin van vermijdbaarheid; hier is sprake van een schulditsluitingsgrond.

Een geheel andere reden waarom de handelende niet in staat is de norm na te leven, kan gelegen zijn in de leeftijd van de handelende. Zo is het voor kleine kinderen niet altijd mogelijk zich te gedragen als een zorgvuldig burger betaamt.¹²¹ Hetzelfde kan het geval zijn bij heel oude mensen. Voor hen kan het bijvoorbeeld moeilijker zijn om in het verkeer snel en accuraat te reageren. In deze gevallen kan men stellen dat de handelende, gezien zijn leeftijd, geen verwijt van het gebeurde te maken valt. Van schuld kan men dan moeilijk spreken.

Een andere categorie gevallen is die waarin de schuldenaar niet in staat is de norm na te leven op grond van wat in het contractenrecht genoemd worden 'de debiteur persoonlijk betreffende omstandigheden'. Daarbij valt te denken aan bijvoorbeeld onbekwaamheid of onervarenheid; de Parlementaire Geschiedenis noemt de voorbeelden van de onervaren arts of automobilist.¹²² In die gevallen zal de daad voor de handelende wellicht niet te vermijden zijn en kan zijn schuld ontbreken.

9.7.4.2 Een bijzonder probleem: overmacht

Onder *overmacht* wordt verstaan: elke van buiten komende¹²³ drang waaraan men geen weerstand kan bieden. Zo gedefinieerd, behoort overmacht tot de categorie gevallen waarin de handelende de norm niet kon naleven.

121 Vgl. nogmaals HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, NJ 1967/69 (Joke Stapper).

122 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.

123 Toerekenbaarheid van het feit aan de dader kon volgens de strafwetgever ontbreken door inwendige en uitwendige oorzaken. De eerste waren oorzaken 'die in den deelnemer aan het strafbare feit zelven aanwezig zijn'. Hieronder vielen abnormale geestesgesteldheid en jeugdige leeftijd van de dader (art. 37-39). In het tweede geval ontbrak toerekenbaarheid 'wegens van buiten aangebrachte oorzaken'. Dat waren de gronden van artikel 40-43, waaronder dus overmacht. Zie *Smidt I* 1891, p. 364 e.v. en 404 e.v.

In Asser/Sieburgh wordt overmacht beschouwd als rechtvaardigingsgrond,¹²⁴ – waar alle andere rechtvaardigingsgronden onder vallen.¹²⁵ Goedmakers spreekt van een niet-toerekenbare vreemde oorzaak.¹²⁶

In het voorgaande bleek reeds, dat in het strafrecht het bestaan van verschillende typen overmacht wordt aangenomen.¹²⁷ Onderscheiden wordt tussen absolute en relatieve overmacht.¹²⁸ Voor absolute overmacht neemt men aan dat geen sprake is van een handeling, zoals hierboven reeds is uiteengezet.¹²⁹ Dan ontbreekt het voor de onrechtmatige handeling noodzakelijke daderschap. In plaats van over overmacht spreek ik in deze gevallen van een ontbreken van daderschap. Relatieve overmacht wordt onderverdeeld in rechtvaardigende en schulduitsluitende (psychische) overmacht. Met rechtvaardigende overmacht wordt bedoeld op noodtoestand.¹³⁰ Ter voorkoming van verwarring verdient het de voorkeur in deze gevallen niet van overmacht te spreken, maar alleen van noodtoestand. Ook naar burgerlijk recht levert dat een rechtvaardigingsgrond op.¹³¹ Bij de tweede soort relatieve overmacht – de psychische – gaat het om foutieve gedragingen, begaan onder een dwang. De handelende zou zich daaraan wel kunnen onttrekken, maar dat zou ‘de weerstandskracht van een normaal mens te boven’ gaan.¹³² Het moet daarbij gaan om ‘een drang waaraan door de dader geen weerstand *kon* worden geboden én waaraan geen weerstand *behoefde* te worden geboden’, zo verwoordt De Hullu de rechtspraak.¹³³ In zo’n geval kan men ook voor het civiele recht zeggen dat het voor de handelende niet mogelijk is zich normconform te gedragen. Dan is dus sprake van een gebrek aan schuld.¹³⁴ Ook naar burgerlijk recht dient overmacht derhalve als schulduitsluitingsgrond te worden beschouwd.

124 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89, slot.

125 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88, slot.

126 Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, passim.

127 Zie par. 3.3 (*Overmacht: een civielrechtelijke kwalificatiefout*).

128 De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, V.2.1, p. 290. Zie verder bijv.: Hazewinkel-Suringa, *Enige beschouwingen over overmacht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1948, p. 201 e.v.

129 Zie par. 9.4.5.4 (*Daderschap; Het verband met absolute overmacht*).

130 Het begrip rechtvaardigende overmacht hanteer ik in dit boek niet, ter voorkoming van misverstanden. Ik gebruik alleen de term noodtoestand.

131 Vgl. hierboven hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*), par. 3.7 (*Noodtoestand*).

132 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 297.

133 De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, V.2.3, p. 292. Hij voegt eraan toe dat het dus ‘zeker geen puur psychologisch, maar mede een juridisch, normatief begrip’ is.

134 Voor overmacht als schulduitsluitingsgrond in het strafrecht zie bijv. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 89-95.

9.7.4.3 *Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*

Samenvattend: in deze paragraaf is gezien in welke gevallen schuld ontbreekt, omdat voor de handelende de mogelijkheid ontbreekt zich conform de norm te gedragen. Schulduitsluitingsgronden uit deze groep zijn:

- een lichamelijke tekortkoming;
- een zeer hoge of lage leeftijd;
- onervarenheid/onbekwaamheid;
- overmacht.

9.7.5 Conclusie

Met het begrip schuld in de zin van verwijtbaarheid/vermijdbaarheid stuiten we op een betekenis van schuld die niet samenvalt met onrechtmatigheid. Onrechtmatigheid is handelen tegen de norm. Soms kan de handelende van zulk handelen echter geen verwijt worden gemaakt, omdat het voor hem niet te vermijden was dat hij onrechtmatig handelde. In dat geval, zo wordt algemeen aangenomen, is er wel sprake van onrechtmatigheid, maar niet van schuld. Schuld in deze zin kan dus bestaan naast het onrechtmatigheidsvereiste. Schulduitsluitingsgronden hebben in deze opvatting, ook civielrechtelijk, in principe bestaansrecht. In deze paragraaf kwam een groot aantal van de gronden aan de orde, die zijn onder te verdelen in twee hoofdgroepen. Ten eerste ontbreekt schuld, wanneer het voor de handelende niet mogelijk is de norm te kennen.¹³⁵ Ten tweede ontbreekt schuld, wanneer het voor de handelende niet mogelijk is zich overeenkomstig de norm te gedragen.¹³⁶ Tot beide groepen behoort een aantal schulduitsluitingsgronden, die steeds aan het slot van de bespreking van elke groep zijn opgesomd. Met deze gronden is tevens omschreven wat in de heersende leer als schulduitsluitingsgronden worden beschouwd in het burgerlijk recht.¹³⁷

9.7.6 Overgang naar wat volgt: waar de wegen van strafrecht en burgerlijk recht scheiden

In de laatste alinea van de vorige paragraaf schreef ik dat in de besproken opvatting schulduitsluitingsgronden ook voor het civiele recht 'in principe'

135 Voor voorbeelden: zie par. 9.7.3.4 (*Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*).

136 Voor voorbeelden: zie par. 9.7.4.3 (*Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*).

137 Zie: *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/108* (geestelijke tekortkoming), 109 en 110 (verontschuldgbare dwaling), 111 (noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel en automobilist die door een ander wordt gedwongen tot een plotselinge – minder juiste – beslissing). Dezelfde gronden zijn te vinden bij Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 140-144, m.n. p. 141.

bestaansrecht hebben. Daarmee bedoel ik dit. Voor de genoemde gevallen is geconstateerd dat schuld in de zin van verwijtbaarheid ontbreekt.

Voor het strafrecht brengt de aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond mee dat geen straf volgt. Een schulduitsluitingsgrond valt immers onder de strafuitsluitingsgronden.¹³⁸ En zoals eerder in deze studie is opgemerkt bij de aanwezigheid van het andere type strafuitsluitingsgrond, de rechtvaardigingsgrond: *'De werking van het strafrecht houdt hier halt.'*¹³⁹ Strafrechtelijke aansprakelijkheid blijft uit bij de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond, zoals een schulduitsluitingsgrond.

Civielrechtelijk brengt de kwalificatie van een handeling als 'schuldeloos' echter niet mee dat geen aansprakelijkheid kan bestaan. Zoals het burgerlijk recht (anders dan het strafrecht) aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid kent, kent het ook (en eveneens anders dan het strafrecht) aansprakelijkheid buiten schuld. Artikel 6:162 lid 3 bepaalt:

'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.'

Wanneer zou blijken dat de handelende zich weliswaar kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond, maar de daad op grond van wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt, is het (geslaagde) beroep op de schulduitsluiting uiteindelijk illusoir, zo is aan het begin van dit hoofdstuk gesteld.¹⁴⁰ In dat geval zou immers alsnog aansprakelijkheid volgen omdat de handeling buiten schuld aan de handelende wordt toegerekend. Daarom wordt in de volgende paragraaf onderzocht hoe de gevonden schulduitsluitingsgronden zich verhouden tot de toerekeningsfactoren van artikel 6:162 lid 3.

9.8 TOEREKENING

9.8.1 De noodzakelijke laatste toets

In de vorige paragraaf is nagegaan in welke gevallen schuld ontbreekt. In die gevallen neemt de civielrechtelijke literatuur een schulduitsluitingsgrond aan. Dat zou betekenen dat aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 zou ontbreken.

Maar die conclusie is voorbarig. Een daad kan volgens artikel 6:162 lid 3 aan de handelende worden toegerekend, als zij te wijten is aan schuld van de handelende. Als schuld ontbreekt, kan de daad immers nog voor rekening

138 Zie bijv. Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, H. 2.

139 Zie par. 2.3.8 (*Tussenconclusie II*), slot.

140 Zie par. 9.2.3 (*Schuld en toerekening*).

van de handelende komen als zij te wijten is 'aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt', zo leert artikel 6:162 lid 3, slot.

Alvorens te kunnen vaststellen dat het beroep op een schulduitsluitingsgrond de handelende ontheft van aansprakelijkheid, moet dus worden vastgesteld of de daad niet (buiten schuld) aan de handelende wordt toegerekend. Aan die toerekeningsvraag is deze laatste paragraaf van het hoofdstuk over schuld gewijd.

9.8.2 De dialectiek van onrechtmatigheid, schuld en toerekening

Met een beroep op een schulduitsluitingsgrond verzet de handelende zich ertegen aansprakelijk te worden gehouden voor schade die hij aan een ander toebracht. Als zou blijken dat de handelende toch aansprakelijk is voor de schade, omdat de daad hem, ondanks de afwezigheid van schuld wordt toegerekend, is het nuttige effect van de schulduitsluiting nihil. Zij mist dan immers het beoogde doel: uitsluiting van aansprakelijkheid.

De wijze waarop onrechtmatigheid, schuld en toerekening zich tot elkaar verhouden, kan worden beschreven in dezelfde termen als de verhouding tussen onrechtmatigheid en rechtvaardiging: zij vormen punt en keerpunt. Wanneer een handelende erkent dat hij onrechtmatig heeft gehandeld, staat daarmee in principe zijn aansprakelijkheid vast. Dat oordeel kan veranderen ('verkeren', zo is het hierboven al vaker met een woord van Eggens aangeduid),¹⁴¹ wanneer de handelende een geslaagd beroep doet op een schulduitsluitingsgrond. Hij is dan in principe niet aansprakelijk. Maar ook dit oordeel kan verkeren in zijn tegendeel, wanneer blijkt dat de daad niettemin aan de handelende wordt toegerekend. Dit laatste keerpunt, de toerekening, moet dus uitdrukkelijk in de beschouwing van schulduitsluiting worden betrokken.

9.8.3 Toerekening op grond van de wet

In het Burgerlijk Wetboek volgen op de regeling van de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad (de schuldaansprakelijkheid, dus) twee bijzondere toerekeningsbepalingen. De eerste is artikel 6:164:

'Een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet als een onrechtmatige daad worden toegerekend.'

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

De tweede is neergelegd in het eerste lid van artikel 6:165:

‘De omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaar of ouder is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen.’

Het artikel wordt toegepast zowel bij tijdelijke als bij blijvende geestelijke tekortkomingen.¹⁴²

Uit de artikelen 6:164 en 165 volgt dat voor twee belangrijke groepen mogelijk ‘schuldelozen’ het begrip schuld is losgelaten als inhoudelijk criterium ter bepaling van aansprakelijkheid en vervangen door toerekening: jonge kinderen en personen met een gebrek.

Aan een *kind jonger dan veertien* jaar wordt zijn daad nooit toegerekend. Maar dat betekent niet dat geen aansprakelijkheid volgt op het schadeveroorzakend handelen van het jonge kind. In plaats van het kind wordt zijn ouder of voogd aansprakelijk gehouden op grond van artikel 6:169 lid 1.

Aan *personen met een gebrek* wordt de handeling juist altijd toegerekend, behoudens een kleine uitzondering.¹⁴³ Dat het slechts om een kleine uitzonderingsmogelijkheid ging, was de bedoeling van de wetgever.¹⁴⁴ De Hoge Raad past de uitzondering dan ook in deze zin toe; een ‘als een doen te beschouwen gedraging’ wordt ruim opgevat,¹⁴⁵ eronder valt ook een gedraging als een onwillekeurige reflexbeweging, of ‘een val als gevolg van bewusteloos raken’. Alleen zuiver nalaten valt buiten het toepassingsbereik van de bepaling.¹⁴⁶

In beide situaties is er dus geen schuld, maar wel aansprakelijkheid, zij het dat die van het jonge kind is vervangen door die van diens ouder/voogd.

Naast de twee genoemde kent het wetboek overigens nog andere toerekeningsbepalingen: de zogenaamde *kwalitatieve aansprakelijkheden*.¹⁴⁷ Daarbij wordt iemand die niet zelf een onrechtmatige daad heeft gepleegd, toch aansprakelijk gehouden omdat hij een bepaalde kwaliteit bezit, zoals ouder/werkgever/bezitter van een bepaalde zaak. Deze toerekeningskwesaties blijven hier buiten beschouwing. Te onderzoeken is immers de deugdelijkheid van het schuldverweer, waarbij de aansprakelijk gestelde toegeeft dat hij zelf onrechtmatig heeft gehandeld. Bij kwalitatieve aansprakelijkheden is dat nu juist niet het geval.

142 Zie bijv. Hof Leeuwarden 3 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5210, JA 2011/118 (*Paratoxine-gebruik*), r.o. 8 en GS *Onrechtmatige daad* 2.2 bij art. 6:165 (Oldenhuis).

143 Deze worden besproken in par. 9.8.6 (*Het royale karakter van toerekening*).

144 MvA I, *Parl. Gesch. BW Inv.Wet Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1351.

145 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167.

146 Aldus Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/312.

147 Neergelegd in afd. 6.2 en 6.3.

9.8.4 Toerekening op grond van de verkeersopvattingen

In de Parlementaire Geschiedenis wordt een drietal voorbeelden genoemd van gedragingen die aan de handelende buiten zijn schuld worden toegerekend.

Bij twee ervan betreft het gevallen van *onervarenheid* van de handelende, namelijk:

‘de kort tevoren afgestudeerde arts die door gebrek aan ervaring een kunstfout maakt, die een ervaren arts zou hebben vermeden’,

en:

‘degene die kort na het verkrijgen van zijn rijbewijs met zijn auto een ongeluk maakt, dat een ervaren automobilist niet zou zijn overkomen’.¹⁴⁸

In beide gevallen staat onervarenheid niet in de weg aan toerekening.¹⁴⁹

Het derde voorbeeld uit de Parlementaire Geschiedenis betreft de *dwaling in het recht, of in de bevoegdheid tot handelen*:

‘Voorts wordt ook vaak gesteld dat hij die dwaalt omtrent de rechtmatigheid van zijn gedraging, omdat hij zich vergist in het objectieve recht of in zijn bevoegdheid tot handelen, reeds aansprakelijk is, ook al kon en mocht hij redelijkerwijs menen dat zijn gedraging niet onrechtmatig was.’¹⁵⁰

In deze gevallen kan niet worden gesproken van schuld; de handelende wordt niettemin aansprakelijk geacht:

‘Steeds meer (...) gaat het besef doordringen dat men in deze gevallen de dader voor zijn onrechtmatige gedragingen (...) aansprakelijk wil stellen, hoewel hem geen schuld treft. Het ontwerp sluit zich bij deze (...) opvatting aan.’¹⁵¹

De wetgever laat de *mogelijkheid* van een dwalingsberoep nog wel open. Zo zal bijvoorbeeld

‘degene die, afgaande op deskundig advies of op vroegere jurisprudentie van de Hoge Raad, meent dat zekere gedragingen niet rechtens verboden zijn, wanneer de rechter deze gedragingen toch onrechtmatig oordeelt, slechts dan uit hoofde van het onderhavige artikel aansprakelijk zijn, indien zijn verschoonbare dwaling in het objectieve recht krachtens wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt’.¹⁵²

148 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.

149 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 618/619.

150 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.

151 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.

152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 619.

Inmiddels is vaste jurisprudentie dat de overheid zich in zo'n geval niet op dwaling in het recht kan beroepen.¹⁵³ De schuld wordt haar eenvoudig toegerekend. Of een particulier zich in een geval als dit een beroep op rechtsdwaling heeft, is de vraag. Blijkens de zojuist geciteerde passages uit de Toelichting Meijers, is de kans aanwezig, maar niet groot. Mij lijkt het dwalingsberoep afhankelijk van de vraag of de handelende voldaan heeft aan zijn onderzoeksplicht.

In verband met deze onderzoeksplicht is het van belang stil te staan bij de verschillende onrechtmatigheidsrubrieken van artikel 6:162. De normen in dat artikel zijn immers ongelijksoortig van aard, wat van invloed kan zijn op de kenbaarheid (de mogelijkheid van onderzoek), en dus op het mogelijkheid zich op dwaling te beroepen.

Als eerste wordt genoemd in artikel 6:162 de *inbreuk op een recht*. Disculpeert onwetendheid van een subjectief recht waarop inbreuk is gepleegd? Dat lijkt – alweer – afhankelijk van de aard van het geschonden recht.

Voor de zeer belangrijke groep geregistreerde rechten (auteursrecht e.d., maar ook geregistreerde eigendomsrechten) geldt dat kennis eenvoudig wordt toegerekend: dat vloeit voort uit het systeem van registratie. Bij inbreuk op deze rechten is het schuldverweer dus uitgesloten.

Voor niet-geregistreerde rechten zal uit de omstandigheden van het geval voortvloeien of de handelende kennis behoorde te hebben van het recht. Ook dan zal kennis bijna altijd worden toegerekend. Ook al weet de handelende niet wie de rechthebbende is, hij weet wel dat hij het niet zelf is en dat hij zich dus van inbreuk dient te onthouden.¹⁵⁴ Een uitzondering is denkbaar in het geval de zaak een *res nullius* of *res derelicta* schijnt. Wanneer degene die zich zo'n zaak toeëigent of beschadigt, geen reden heeft aan te nemen dat er toch een rechthebbende op de zaak is, zal zijn dwalingsberoep kans van slagen hebben.

De tweede onrechtmatigheidscategorie in artikel 6:162 is *strijd met een wettelijke plicht*. Wie met betrekking tot deze rubriek het dwalingsverweer voert, heeft slechts een zeer kleine kans op succes:

‘De rechtspraak gaat op dit punt uit van het beginsel dat ieder wordt geacht de wet en het recht te kennen. Iemand die zich op een bepaald gebied beweegt moet kennis hebben van het toepasselijke recht: de verkeersdeelnemer moet de verkeersregels kennen, de werkgever de veiligheidsvoorschriften, enzovoort.’¹⁵⁵

153 Zie daarover bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/109*.

154 Vgl. Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 lid 3 BW, aant. 16.3: ‘Gaat het om de aantasting van exclusieve rechten, dan doet het (...) criterium zich aldus gelden, dat wie zich als rechthebbende gedraagt in de wetenschap dit niet te zijn, er vrijwel steeds van dient uit te gaan dat een ander rechthebbende is’.

155 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 102, p. 136.

Kennis van wettelijke plichten wordt in principe toegerekend. Zijn er geen uitzonderingen denkbaar op die regel? Waarschijnlijk wel, maar we moeten dan denken aan hoogst uitzonderlijke situaties, zoals de kafkaëske situatie waarin de hierboven opgevoerde Josef Roubiëek zich bevond.¹⁵⁶ de naziwetten die hij overtrad, waren geheim of bestonden gewoon niet.

Daarnaast kan worden gedacht aan de situatie dat de wet wordt gewijzigd, zonder dat de wetsovertreder dat (al) kan weten. In die gevallen geldt wat hierboven over dwaling in het recht in het algemeen is opgemerkt. Kennis van de wetwijziging zal aan overheidsorganen worden toegerekend. Voor particulieren zou dat wellicht anders kunnen zijn.

De *zorgvuldigheidsnorm* tenslotte, is de meest op het concrete geval toegesneden norm van de drie in artikel 6:162 genoemde. Zij geeft aan welk schade-risico de handelende mocht nemen, gezien de aard van de mogelijke schade, de kans erop en de mogelijkheid voorzorgsmaatregelen te treffen. Het is moeilijk in te zien dat dat de handelende die niet aan deze norm voldoet, nog een succesvol beroep zou kunnen doen op dwaling. Het dwalingsverweer is hier in de norm verdisconteerd. Ofwel de handelende wist bijvoorbeeld niet van de kans op schade, of van de mogelijkheid maatregelen ter voorkoming van de schade te treffen. Maar dan is niet goed te beredeneren waarom zijn handeling dan als 'onzorgvuldig' moet worden aangemerkt. Ofwel, de handeling is, gezien de schadekans bijvoorbeeld, in deze omstandigheden onzorgvuldig. Maar dan is moeilijk te accepteren dat de handelende vervolgens slaagt in het verweer schadekans voor hem niet kenbaar was.

Wat betreft *dwaling in de feiten*, zal het naar mijn mening sterk van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of gesproken kan worden van een toerekeningsuitsluiting. Asser/Sieburgh noemt als voorbeelden de bestuurder die rechts geen voorrang geeft, omdat hij niet kon vermoeden dat ter plaatse een zijweg was, en degene die een zaak beschadigt in de veronderstelling dat hij zelf eigenaar is.¹⁵⁷

In beide gevallen ben ik er niet van overtuigd dat de bestuurder die van rechts komt en geen voorrang krijgt, of de werkelijke eigenaar van de beschadigde zaak, met hun schade moeten blijven zitten. Integendeel: mij lijkt het redelijker degene die een verkeerd beeld had van de feiten, met het schade-risico te belasten en zijn onjuiste inschatting (zijn 'menselijke feilbaarheid')¹⁵⁸ voor zijn rekening te laten komen. Hij heeft (anders dan de voorrangsgerechtigde en eigenaar) in elk geval bijgedragen aan het ontstaan van de schade.

Ik zou anders oordelen in een situatie waarin de verkeerde veronderstelling is toe te rekenen aan de benadeelde, zoals in het geval dat in het begin van deze studie is aangehaald bij de bespreking van de putatieve rechtvaardiging.

156 Vgl. par. 9.7.3.1 (*Kenbaarheid van de norm*).

157 Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/110.

158 Het woord is van Langemeijer, en hierboven al aangehaald, in par. 9.4.4.3 (*De mogelijkheid om te willen*).

Daar haalde ik het voorbeeld van Strijards aan, van de voorbijganger die ‘hulpgeschrei’ uit een woning hoort alsof iemand vermoord wordt, een ruit inslaat om te hulp te komen, en dan in de woonkamer een papegaai aantreft die hulpgeroep nabootst.¹⁵⁹ In zo’n situatie lijkt het mij onredelijk de dwaling in de feiten toe te rekenen aan de hulpvaardige passant. Niet alleen omdat diens hulpvaardigheid in mijn visie niet bestraft dient te worden, maar ook omdat het redelijker is de eigenaar van de vogel te belasten met de gevolgen van de imiteer kwaliteiten van het dier dan een nietsvermoedende derde. Ook als de dwalende tot zijn onjuiste voorstelling is gebracht door een derde, geheel buiten de risicosfeer van hemzelf of van de benadeelde, zou ik een dwalingsberoep toewijsbaar achten. Maar het zal dan steeds om uitzonderlijke gevallen gaan, zoals bijvoorbeeld een van – naar later blijkt onjuist – advies van overheidswegen waarop de dwalende mocht en moest afgaan. Een advies van een door de dwalende zelf ingehuurde deskundige zou ik voor rekening van de dwalende laten komen. Kortom: op grond van de verkeersopvattingen wordt de handeling buiten schuld toch toegerekend in het geval van onervarenheid, dwaling in het recht of in de feiten. Dat laatste kan in uitzonderingsgevallen anders zijn.

9.8.5 Een speciale rubriek: psychische overmacht

In de vorige paragraaf zijn twee vormen van toerekening op grond van de verkeersopvatting (onbekwaamheid en dwaling) besproken. Als laatste wordt nu stilgestaan bij een groep gevallen waarin civielrechtelijk van schulduitsluitingsgronden wordt gesproken, maar eveneens toerekening aan de handelende plaatsvindt. Ik doel op overmacht. Voor het juiste begrip begin ik met een korte herhaling van de verschillende soorten overmacht.

Onder overmacht worden allereerst de gevallen van *absolute* overmacht gerekend. Zoals hierboven is betoogd, is in die gevallen geen sprake van een gedraging. Aan de beoordeling van de schuldvraag komt men dan niet meer toe.¹⁶⁰ Bij dit type overmacht kan men dus niet spreken van een schulduitsluitingsgrond.

Naast de absolute onderscheidt men strafrechtelijk de zogenaamde *relatieve* overmacht. Waar absolute overmacht de volstreekte, vaak fysiek getinte onmogelijkheid anders te kunnen handelen betreft, gaat het bij relatieve overmacht om de situatie waarin het anders handelen ‘redelijkerwijs niet (kon) worden gevraagd’.¹⁶¹ Deze relatieve overmacht manifesteert zich in twee

159 Zie par. 1.5.5 (*Geen putatieve rechtvaardiging*). Het voorbeeld is te vinden bij Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 53.

160 Zie par. 9.4.5 (*Object van externe krachten/instrument*), m.n. par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

161 Aldus De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.1 (p. 290).

vormen: de rechtvaardigende en de schulduitsluitende, psychische, overmacht.¹⁶² Zoals hierboven al is besproken,¹⁶³ is *rechtvaardigende* overmacht hetzelfde als noodtoestand, dus een rechtvaardigingsgrond. Dat wordt algemeen zo gezien in het burgerlijk recht.¹⁶⁴

De tweede groep die in het strafrecht onder relatieve overmacht gebracht, betreft de *schulduitsluitende* variant van overmacht: psychische overmacht. Het gaat daarbij om een handeling gepleegd in strijd met de norm, terwijl mogelijk wel anders zou kunnen worden gehandeld, maar de handelende dat niet deed vanwege een drang waaraan hij geen weerstand kon,¹⁶⁵ en ook niet behoefde te bieden.¹⁶⁶ De drang moet van buiten afkomstig zijn.¹⁶⁷ In het burgerlijk recht gelden dezelfde voorwaarden voor een beroep op psychische overmacht.¹⁶⁸

De Hullu wijst erop dat het bij psychische overmacht gaat om exceptionele omstandigheden.¹⁶⁹ Dat blijkt al uit het verschrikkelijke voorbeeld waarmee hij zijn bespreking van psychische overmacht opent: dat van de geruime tijd door haar partner mishandelde, en de bewuste nacht nog door hem verkrachte, vrouw die deze partner in zijn slaap doodschiet, nadat hij had aangekondigd de volgende dag haar te zullen vermoorden en haar dochtertje te zullen verkrachten.¹⁷⁰ Overmachts casus zijn de zaken van de niet-benijdenswaardigen. Zo slaagde bijvoorbeeld het overmachtsberoep van de verzetsman die zijn mede-verzetslieden verried, nadat hij zelf mishandeld was en er gedreigd werd om van twee Joodse kinderen, die eveneens mishandeld waren, hun

162 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.1 (p. 290). Zie ook hierboven, par. 9.7.4.2 (*Een bijzonder probleem: overmacht*).

163 Zie par. 3.7 (*Noodtoestand*).

164 Bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89* en 90, Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/18.

165 Zie bijv. HR (Strafkamer) 3 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8419, NJ 1989/391 (*Levensberoving op verzoek*), r.o. 7.1. Zie ook Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 319.

166 Zie bijv. HR (Strafkamer) 17 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0042, NJ 1988/809, r.o. 5.2, en HR (Strafkamer) 6 december 2011, ECLI:NL:HR:BR1146, NJ 2012/591 (*Piranha II*), r.o. 3.3.

167 Zie bijv. HR (Strafkamer) 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6734, NJ 2012/594 (*Waanstoornis*), r.o. 2.6 en 2.7.

168 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89*. Goedmakers omschrijft het aldus: 'overmacht bij de regeling van de onrechtmatige daad is een niet-toerekenbare vreemde oorzaak van de schade', Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, p. 247. Vgl. verder nogmaals par. 9.7.4.2 (*Een bijzonder probleem: overmacht*).

169 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3 (p. 291).

170 HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, NJ 1992/681 (*Battered woman*). Overigens wordt het beroep van de vrouw op psychische overmacht afgewezen, zie r.o. 5.1 en 5.2. Over het Battered Woman Syndrome zie nog Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvindings* (diss.) 1998, hoofdstuk IX.C. En De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3 (p. 291-293).

armen en benen te breken in het bijzijn van hun moeder.¹⁷¹ Door Dolman wordt de overmachtstoestand helder samengevat:

‘De wetgever stelde zich de strafuitsluitingsgrond overmacht voor als een concessie aan de menselijke zwakte. Hij voorzag dat de mens in zo prangende omstandigheden kan komen te verkeren, dat van hem niet gevergd kan worden dat hij nalaat zich te redden door een strafbaar feit te begaan. De wet mag van de burger geen heldendom of dwaasheid eisen; zij is voor de gemiddelde mens geschreven. Dat betekent dat de overmacht begrepen moet kunnen worden als een normale reactie op een abnormale situatie.’¹⁷²

Een normale reactie op een abnormale situatie. Uit die omschrijving blijkt wel dat dit overmachtsberoep alleen in bijzondere situaties kans van slagen zal hebben. Dat geldt ook voor deze bijzondere gevallen ook in het civiele recht, ik kom daarop zo dadelijk nog terug. Maar groter in getal zijn de ‘overmacht’-situaties waarin weliswaar niet van schuld in de zin van verwijt- of vermijdbaarheid gesproken kan worden, maar toch wordt toegerekend. Die toerekening hangt samen met de eerder in deze studie besproken functies van het civiele recht. In hoofdstuk twee is betoogd dat de functies in straf- en civielrecht op het punt van de schuldaansprakelijkheid sterk overeenkomen.¹⁷³ Vanuit het oogpunt van preventie en vergelding zal in het civiele recht evenmin als in het strafrecht reden bestaan de handelende aansprakelijk te houden. Men zou kunnen zeggen dat ook civielrechtelijk de handelende niet voor ‘schuldig’ wordt gehouden. Maar het civiele recht heeft nog één functie, die in het strafrecht ontbreekt: het toedelen van risico’s.¹⁷⁴ En juist deze functie treedt op de voorgrond als het gaat om schade die voor zowel slachtoffer als handelende niet goed te voorkomen was, zoals in het geval van overmacht.

De rechtspraak laat zien dat het schuldvereiste in die gevallen wordt losgelaten, en de last van de schade op een der partijen – meestal de handelende – wordt gelegd. Dat heeft Vos ervaren, die met een ongelukkige manoeuvre een ree trachtte te ontwijken en daarbij frontaal op een tegenligger botst. De Hoge Raad houdt Vos aansprakelijk, ‘hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn’. Vos treft schuld, omdat hem ‘*rechtens* een verwijt valt te maken’ (cursivering toegevoegd).¹⁷⁵ In dit verband kan worden herinnerd aan de observatie van Langemeijer,

171 Hof Arnhem (BRvC) 24 juni 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:36, NJ 1947/149 (*Overspannen verzetsman*).

172 Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, p. 318.

173 Zie paragraaf 2.3.8 (*Tussenconclusie II*).

174 Vgl. paragraaf 2.3.7 (*Functies van schadevergoeding bij schuldaansprakelijkheid*) en 2.3.8 (*Tussenconclusie II*).

175 HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, NJ 1984/331 (*Meppelse ree*).

‘dat veel van wat het recht met “schuld” heeft bedoeld aan te duiden niet is “schuld” in de zin van verwijtbaarheid, maar slechts het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid’.¹⁷⁶

De civielrechtelijke rechtspraak laat een zeer gevarieerd beeld zien, waarbij soms wel en soms niet wordt toegerekend.¹⁷⁷ Daarbij geldt dat overmacht niet reeds aanwezig is als er geen sprake is van schuld. Goedmakers verwoordt het zo:

‘Het ontbreken van schuld kan geen overmacht zijn, slechts een vreemde oorzaak kan dat zijn, wanneer zij niet door risiconeming voor eigen rekening is genomen.’¹⁷⁸

Daarmee is de conclusie gerechtvaardigd dat relatieve, psychische, overmacht geen schulditsluitingsgrond is,¹⁷⁹ maar moet worden geherformuleerd als toerekeningskwestie. Daarbij is niet altijd tevoren duidelijk of de overmacht wordt toegerekend aan de handelende. Hiermee lijkt Van Dams vrees bewaardheid:

‘De toerekening dreigt (...) een soort vergaarbak te worden voor allerlei rechtelijke overwegingen.’¹⁸⁰

Naar ik meen, houdt de toerekening in ieder geval daar op waar het op zichzelf wel mogelijk is normconform te handelen, maar dat redelijkerwijs niet van de handelende kan worden gevraagd. Het betreft de noodgevallen,¹⁸¹ de verdrietige en moeilijke zaken die in de voorgaande hoofdstukken al voorbijkwamen. Van de baanwachter die een trein laat ontsporen om een kind dat op de rails speelt te redden,¹⁸² de drenkeling die de andere drenkeling van het vlot stoot om zijn eigen leven te redden,¹⁸³ de overlevenden na een scheepsongeval die – de dood nabij – besluiten om de zwakste opvarende te doden, opdat de sterkeren een grotere kans krijgen om te overleven, en de zojuist genoemde mishandelde en bedreigde vrouw en de verzetsstrijder die

176 Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 39. In de bewerking van Schrage wordt het iets anders en uitgebreider geformuleerd, maar de kern die in het slot van het citaat staat, is onveranderd gebleven. Zie Langemeijer & Schrage, *Gerechtigheid* 1994, p. 37-38.

177 Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 lid 3 (Jansen). Voor tijdnood: zie aant. 67 en 68. Vermelding van rechtspraak waarin een beroep op schrik of verkeerde reactie wordt aangenomen: aant. 69 en 70, en afgewezen: aant. 72.

178 Goedmakers, *Overmacht* (diss.) 1998, p. 245.

179 Zoals zij in *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89*, slot wordt omschreven.

180 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 66, p. 87.

181 Waarover De Hullu opmerkt: ‘Naarmate de noodsituatie ten tijde van de delictsgedraging minder acuut is, wordt het beroep (op psychische overmacht, toevoeging MF) minder kansrijk’. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.3 (p. 292).

182 Zie daarover: par. 3.7.4 (*Beoordelingsmoment belangenafweging*).

183 Zie daarover o.m.: par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*).

voor een verschrikkelijke keuze staat. Het zijn de zaken waarin rechter Coleridge in de *Mignonette*-zaak verzuchtte:

‘Who is to be the judge of this sort of necessity?’¹⁸⁴

Psychische overmacht: niemand wil in de situatie belanden er een beroep op te moeten doen, of erover oordelen. Het is waar wat Van Dam schreef:¹⁸⁵ toerekening is een soort vergaarbak geworden. Maar buiten die bak moeten mijns inziens de gevallen van psychische overmacht vallen; daar is de grens van de toerekening bereikt.

Concluderend: overmacht is een schulduitsluitingsgrond, maar sluit toerekening in het algemeen niet uit. Voor psychische overmacht moet een uitzondering worden gemaakt; psychische overmacht kan, in uitzonderingssituaties, toerekening van de daad aan de handelende in de weg staan.

9.8.6 Het royale karakter van toerekening

Uit de wet en de toelichting erop blijkt dat in het algemeen ruim wordt toegerekend.

Kinderen jonger dan veertien zijn weliswaar nooit aansprakelijk, maar in hun plaats zijn hun ouders/voogden aansprakelijk.¹⁸⁶ Voor personen met een geestelijk of lichamelijk gebrek geldt het gebrek nooit als disculpatiegrond. In beide gevallen geldt maar één uitzondering: de schade moet zijn veroorzaakt door een als een doen te beschouwen gedraging.

Dat het hier om zeer uitzonderlijke situaties gaat, blijkt wel uit het feit dat de wetgever er oorspronkelijk niet eens aan had gedacht. Door een scherpzinnig jurist werd hij gewezen op de consequentie dat een dove die op het hulpgeroep van een voor hem onzichtbare drenkeling niet reageert, toch aansprakelijk zou zijn.¹⁸⁷ De toevoeging van ‘als een doen te beschouwen gedraging’ moest dienen om dit soort pijnlijke consequenties te vermijden.¹⁸⁸ De Hoge Raad vat de uitzonderingsmogelijkheid dan ook eng op.¹⁸⁹ Onwillekeurige

184 R. v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273, 1884 (*Mignonette*), waarnaar al is verwezen in par. 2.2.6 (*Nadere bezinning op het doel van het recht: het vlot van Karneades*) en par. 3.7.4 (*Beoordelingsmoment belangenaftweging*).

185 Van Dam, *Zorgvuldigheidnorm* (diss.) 1989, nr. 66, p. 87.

186 Zie art. 6: 169, lid 1.

187 J.B.M. Vranken in *De Gelderlander/ de Nieuwe Krant*, van 28 april 1984.

188 Volgens Schut is de toevoeging ‘als een doen te beschouwen gedraging’ overbodig en verwarrend. Hij betoogt dat de dove uit het voorbeeld redelijkerwijs vrijuit gaat, omdat hij geen zorgvuldigheidnorm overtreedt. Zie Schut, *Terugtrek van het schuldvereiste* 1996, p. 157.

189 En vat de zinsnede ‘als een doen te beschouwen gedraging’ dus ruim op, zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, *NJ* 2016/167. Alleen zuiver nalaten valt er niet onder.

reflexbewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken, worden niet onder de uitzondering van artikel 165 lid 1 gebracht.¹⁹⁰

9.8.7 Terug naar de besproken schulduitsluitingsgronden

9.8.7.1 Inleiding

In de paragrafen 9.7.3.4 en 9.7.4.3 zijn de gevallen opgesomd waarin schuld ontbreekt. Het gaat om situaties waarin kennis van de norm ontbreekt, of de mogelijkheid ontbreekt zich overeenkomstig de norm te gedragen. Kortweg gaat het om de in het burgerlijk recht erkende schulduitsluitingsgronden. Het is nu het moment om samen te vatten welke daarvan overblijven na confrontatie (in de paragrafen 9.8.3 en 9.8.4) met de toerekeningsbeginselen.

9.8.7.2 In verband met de kennis van de norm

In verband met de eis dat de handelende van kennis van de norm moet hebben, is schuld uitgesloten in de volgende gevallen,¹⁹¹ maar bleek dat niet-temin wordt toegerekend:

a. Kinderen die vanwege hun leeftijd de norm niet kunnen kennen

Toerekening van de daad aan kinderen onder de veertien jaar is uitgesloten (artikel 6:164). Maar daarmee is geen 'toerekeningsuitsluitingsgrond' opgespoord, omdat de daad van het jonge kind rechtstreeks wordt toegerekend aan zijn ouders/voogden (artikel 6:169-1), althans voor zover de daad als een doen te beschouwen is.

b. Personen die door een geestelijke tekortkoming de norm niet kunnen kennen

Artikel 6:165 lid 1 rekent aan personen die een gedraging verrichten onder invloed van een geestelijke tekortkoming, deze gedraging als onrechtmatige daad toe.¹⁹² Het gebrek staat aan schuld staat dus niet in de weg aan toerekening, althans voor zover het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging.

190 Zie MvA II, *Parl. Gesch. BW InvW Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1351, zie ook HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167.

191 Vgl. nogmaals par. 9.7.3.4 (*Gevalen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*).

192 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, JA 2011/57, r.o. 4.8.5.

c. *Dwaling in de feiten of in het recht*

In het algemeen zal de dwaling op grond van de verkeersopvattingen aan de dwalende toegerekend worden.¹⁹³

d. *Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*

In een eerder hoofdstuk is reeds betoogd dat voor het civiele recht het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, net zoals het bevoegd gegeven ambtelijk bevel, als rechtvaardigingsgrond zou moeten gelden.¹⁹⁴ Doel van ambtelijke bevelen is dat ze worden opgevolgd. En dat wordt dus verwacht van de burger tot wie het bevel gericht is: wie het bevel opvolgt, handelt dus normconform. Dat het bevel onbevoegdelijk is gegeven, is een kwestie waar de burger buiten staat (mits hij het te goeder trouw als bevoegd gegeven mag beschouwen).

9.8.7.3 *In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen*

In sommige situaties is het voor de handelende niet mogelijk zich overeenkomstig de norm te gedragen, waardoor schuld kan zijn uitgesloten,¹⁹⁵ maar niettemin wordt toegerekend:

e. *Een lichamelijke tekortkoming*

Op grond van artikel 6:165 lid 1 wordt de daad aan de handelende toegerekend, althans wanneer het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging. Ook al is er geen schuld, er wordt wel toegerekend.

f. *Een geestelijke tekortkoming, mede in verband met noodweerexces*

Op grond van artikel 6:165 lid 1 wordt de daad die is gepleegd onder invloed van een blijvende of tijdelijke geestelijke tekortkoming toegerekend aan de handelende; alleen een zuiver nalaten is daarvan uitgesloten.

De bepaling is ook van belang in verband met noodweerexces, de situatie waarin iemand door een 'hevige gemoedsbeweging' de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt.¹⁹⁶ Zo'n gemoedsbeweging kan bestaan uit drift of paniek, of andere hevige emotie.¹⁹⁷ Als die emotie een blokkade voor redelijk handelen vormt (en bij noodweerexces is dat het geval), zou men

193 Vgl. nogmaals Schut, *Terugtrek van het schuldvereiste* 1996, p. 159/160. Recent: Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:338 (*Aansprakelijkheid politieambtenaar voor neerschieten verdachte*), waar de onjuiste veronderstelling wordt toegerekend aan de politieagent, zie r.o. 2.7 (rechtbank) en 3.5 (hof).

194 Zie par. 3.6.5 (*Tot slot: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*).

195 Vgl. nogmaals par. 9.7.4.3 (*GevalLEN waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*).

196 Art. 41 lid 2 Sr, zie daarover hierboven, par. 9.7.3.2 (*Interne belemmeringen voor kennis van de norm*).

197 Vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.5, p. 318.

kunnen spreken van een tijdelijke geestelijke tekortkoming.¹⁹⁸ En die wordt toegerekend aan de handelende, zo volgt uit artikel 6:165. Om die reden meen ik dat noodweereces niet kan gelden als schulduitsluitingsgrond en toerekening van de daad aan de handelende niet in de weg staat.¹⁹⁹

De noodweerder is naar mijn mening dus aansprakelijk voor de schade die hij toebrengt tijdens het noodweereces.²⁰⁰ Dat lijkt wellicht onbillijk, omdat de noodweerder immers wordt *aangevallen* door zijn belager. Maar daar staat tegenover dat degene die tijdens een plotselinge bewusteloosheid valt en daarbij schade aanricht eveneens ex artikel 6:165 aansprakelijk is,²⁰¹ terwijl hij – anders dan de noodweerder die bij zijn verdediging ‘door het lint gaat’ – helemaal niets doet dat hem te verwijten valt. Schut beschrijft dat zo:

‘als een plotseling optredende beroerte (...) niet meer van aansprakelijkheid vrijstelt (...), lijkt ook noodweereces niet meer relevant te zijn. Voor de verschoonbare dwaling geldt hetzelfde.’²⁰²

Overigens kan bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht rekening worden gehouden met de specifieke situatie waarin de excessief handelende noodweerder zich bevond. Nu de belager in elk geval een aanval heeft gedaan, en in die zin mede bijdroeg aan het ontstaan van de schade, zal de schade op grond van artikel 6:101 over aanvallers en excessief noodweerder verdeeld kunnen worden. En de omstandigheid dat de belager als eerste de aanval startte, zal in diens nadeel meewegen – en de vergoedingsplicht van de excessief handelende noodweerder mogelijk zelfs tot nul kunnen reduceren. Daarnaast heeft de rechter de bevoegdheid om bij iedere toepassing van artikel 6:165, gezien de aard van de aansprakelijkheid,²⁰³ artikel 6:109

198 Die kwestie sneed ik al aan in mijn annotatie bij Hof ‘s-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, JA 2011/57, m.nt. Franke, onder 4, waarover hierna meer.

199 Expliciet anders, maar zonder onderbouwing: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/118: ‘Noodweereces (...) levert geen tekortkoming in de zin van deze bepaling op.’ Eveneens anders GiEA Curaçao 13 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:181, NJF 2020/321 (*Geit in de keuken*), r.o. 4.4, waar werd geoordeeld dat de onrechtmatige daad wegens noodweereces niet werd toegerekend.

200 Evenzo Schut, *Terugtrek van het schuldvereiste* 1996, p. 159/160. Anders: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 141 en 230. Eerder heb ik gesteld dat noodweereces niets anders is dan een tijdelijk psychisch defect, en daarbij de retorische vraag opgeworpen of het onderscheid dat in de literatuur wordt gemaakt tussen noodweereces (dat een schuld- en toerekeningsuitsluiting oplevert) en psychische tekortkoming (die geen belemmering voor toerekening vormt) gerechtvaardigd is. Zie mijn annotatie bij Hof ‘s-Hertogenbosch 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2546, JA 2011/57, m.nt. M.E. Franke, onder 4. Zoals uit het bovenstaande blijkt, meen ik dat het antwoord op de vraag ontkennend moet luiden.

201 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167.

202 Schut, *Terugtrek van het schuldvereiste* 1996, p. 159-160.

203 Over matigingsbevoegdheid in de situatie ‘wanneer iemand krachtens de wet geheel buiten zijn schuld wordt aansprakelijk gesteld’ (zoals in artikel 6:165): bijv. *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 404.

toe te passen en de schadevergoedingsverplichting te matigen.²⁰⁴ Dat artikel zal ook bij de excessief handelende noodweerder toegepast kunnen worden.

g. Een zeer hoge of lage leeftijd

Leeftijd is als inhoudelijk criterium voor aansprakelijkheid losgelaten. Onder de veertien jaar wordt een onrechtmatige daad niet toegerekend aan het kind (artikel 6:164), maar wel aan de ouder (artikel 6:169 lid 1), als het gaat om een als een doen te beschouwen gedraging. Boven de veertien jaar wordt iedere daad aan de handelende toegerekend.

h. Onervarenheid/onbekwaamheid

Zoals volgt uit het voorgaande, is onervarenheid of onbekwaamheid geen beletsel de daad op grond van de verkeersopvattingen aan de handelende toe te rekenen.

i. Overmacht

Op grond van de verkeersopvattingen komen de meeste overmachtssituaties in het burgerlijk recht voor rekening van de handelende. In geval van absolute overmacht moet de vraag worden gesteld of de 'handelende' wel handelde. Deze vraag is hierboven ontkennd beantwoord.²⁰⁵ Relatieve, psychische overmacht (buiten noodtoestand) betreft uitzonderlijke situaties, waar buiten schuld op grond van de verkeersopvattingen aan de handelende kan worden toegerekend, maar grote terughoudendheid geboden is als het gaat om een situatie waarin de handelende redelijkerwijs niet anders kon dan hij deed.

9.8.7.4 Samenvattend: geen schuld, toch toerekening

Kortom: geen van de besproken klassieke schulduitsluitingsgronden brengt mee dat niet wordt toegerekend. Weliswaar wordt bij schulduitsluitingsgronden de handeling niet aan de handelende toegerekend op grond van schuld. Maar in veruit de meeste gevallen van 'schulduitsluiting' wordt de handeling vervolgens toch aan de handelende toegerekend, omdat zij krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Alleen in zeer uitzonderlijke situaties blijft toerekening achterwege bij aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond. Dan gaat het met name om het handelen van kinderen jonger dan 14 jaar (maar in dat geval wordt de daad aan de ouders toegerekend), of het bijzondere geval van schade door een niet als een doen te beschouwen gedraging van een persoon met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming. *Alleen in deze laatste categorie gevallen*, het nalaten onder invloed van een geestelijk of lichamenlijk gebrek, ontbreekt dus schuld en wordt ook niet toegerekend. Het gaat daarbij volgens wetgever

204 Vgl. ook Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/312-3.

205 In par. 9.4.5.4 (*Het verband met absolute overmacht*).

en Hoge Raad om zeer zeldzame gevallen. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de bijzonder ernstige gevallen van psychische overmacht, waar normconform handelen wel mogelijk, maar redelijkerwijs niet te vergen is.

In de grote meerderheid van de gevallen waarin ondanks de aanwezigheid van een schulduitsluiting wel wordt toegerekend, kan met de omstandigheid waaronder de handeling plaatsvond, rekening worden gehouden bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoeding. Daarop kom ik later in deze studie terug.²⁰⁶

9.8.8 Conclusie

Van de in paragraaf 9.7 gevonden *schulduitsluitingsgronden* blijft uiteindelijk geen enkele overeind.

Weliswaar zijn er twee gevallen waarin schuld in de zin van vermijdbaarheid kan ontbreken en toerekening eveneens uitgesloten is.

Het eerste betreft jonge kinderen. Wanneer zij de norm niet kennen of zich niet normconform kunnen gedragen, hebben zij geen schuld. Hun daad wordt hen evenmin toegerekend. Maar deze niet-toerekening staat geheel los van overwegingen met betrekking tot schuld. Een kind, jonger dan veertien, dat de norm begrijpt en zich overeenkomstig de norm kan gedragen, heeft schuld als hij de norm overtreedt. Toch wordt de daad hemzelf niet – en zijn ouders wel – toegerekend. En een kind van veertien jaar of ouder dat is achtergebleven in zijn ontwikkeling en daardoor de norm niet begrijpt, wordt een normschending toegerekend, ook al heeft hij daaraan geen schuld.

Ook in het geval van de persoon met een geestelijk of lichamelijk gebrek kan schuld in de zin van vermijdbaarheid uitgesloten zijn wanneer de onrechtmatige daad niet bestaat uit een als een doen te beschouwen gedraging. Hetzelfde geldt voor uitzonderlijke situaties van psychische overmacht. De uitsluiting van toerekening in dat geval heeft niets te maken met inhoudelijke overwegingen van schuld. Uitsluiting van toerekening geschiedt om, in heel zeldzame situaties van niet-handelen ten gevolge van een gebrek, de zuurste gevolgen van toerekening te voorkomen.

Wanneer schulduitsluitingsgronden niet meer bestaan, heeft dat ook gevolg voor het begrip schuld zelf. Immers: als schuld niet kan worden uitgesloten, is de aan- of afwezigheid van schuld kennelijk niet relevant voor het bestaan van aansprakelijkheid. Schuld heeft als onderscheidende categorie dan dus afgedaan. Kennis van de norm *en* de mogelijkheid zich normconform te gedragen, worden aan de handelende toegerekend, ook als beide afwezig zijn. Schuld in de zin van verwijtbaarheid blijkt een achterhaald begrip. Het ant-

206 In hoofdstuk 12, bijvoorbeeld bij de bespreking van artikel 6:101, zie par. 12.6.3.2 (*De schadevergoedingseis tegen de handelende*), of bij de bespreking van matiging in par. 12.6.4 (*Matiging op grond van artikel 6:109*).

woord op de vraag of een handelende schuld heeft, is niet beslissend voor een vordering gegrond op artikel 6:162. In de toerekening alleen blijkt het uiteindelijke antwoord te liggen op de vraag of een handelende aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn onrechtmatige daad.²⁰⁷ En daarmee verschilt het burgerlijk recht van het strafrecht, waar schuld een noodzakelijke voorwaarde voor een het toepassen van een sanctie is. Het verschil tussen beide rechtsgebieden wordt geschilderd door Langemeijer. Met zijn beschrijving (waaruit hierboven al een deel werd geciteerd) wordt dit deel van het onderzoek over schuld afgerond:

‘De praktijk van ons burgerlijk recht (...) onderzoekt niet iemands werkelijke gezindheid – wat het strafrecht *eigenlijk* wèl zou moeten doen maar in de praktijk ook maar tot op zekere hoogte kan doen – het vergenoegt zich met de vaststelling dat het verwezenlijkte gevaar, achteraf bezien, zich als voorzienbaar voor de “schuldige” voordoet en neemt dit laatste zeer spoedig aan. *We don’t really think this man is guilty; we only call it guilt to give compensation*, zei de ook in ons land veel gelezen Engelse auteur Atiyah.’²⁰⁸

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het naar Nederlands burgerlijk recht zelfs niet meer nodig om van ‘schuld’ te spreken. Toerekening volstaat om tot aansprakelijkheid te komen.

9.9 HET ZINLEDIGE BEGRIIP SCHULDUITSLUITING

Zelfs wanneer alle voorwaarden voor het aannemen van een van de ‘klassieke’ schulduitsluitingsgronden (geestelijke of lichamelijke tekortkoming, dwaling in de feiten of het recht, noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) zijn vervuld, blijkt dat de daad via de achterdeur van wet of verkeersopvattingen toch aan de handelende wordt toegerekend.

Het heeft dan weinig zin om te blijven vasthouden aan het begrip schuld-uitsluitingsgrond: dat is een lege huls geworden. Alle schulduitsluitingsgronden blijken uiteindelijk kansloos als verweer tegen een actie uit onrechtmatige daad. De enige reden waarom een handelende niet aansprakelijk is voor zijn onrechtmatige daad blijkt te schuilen in overwegingen van redelijkheid met betrekking tot de toerekening.

Het blijkt verder zinloos over schuld (in de zin van vermijdbaarheid) te spreken. Kennis van de norm en de mogelijkheid zich normconform te gedragen, worden immers toegerekend. Het schuldvereiste moet voor het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht worden beschouwd als een achterhaald dogma.

207 Schut concludeert: ‘Het begrip schuld is daarmee (...) uitgerangeerd’, zie Schut, *Terugtrek van het schuldvereiste* 1996, p. 162.

208 Langemeijer & Schrage, *De gerechtigheid* 1994, p. 38. Vgl. Langemeijer, *De gerechtigheid* 1985, p. 35.

Daarmee zijn we in het Nederlandse recht dicht genaderd tot het Griekse schuldbegrip waarvan aan het begin van dit hoofdstuk is gesproken. Net als koning Oedipus moet de Nederlandse burger soms opdraaien voor de schadelijke gevolgen van gebeurtenissen waaraan hij niets kan doen, of waarvan hij de onrechtmatigheid niet kan inzien. Alleen is de boetedoening van die Nederlandse burger heel wat minder gruwelijk dan de boete die Oedipus deed; zij bestaat – meestal – uit het betalen van een schadevergoeding, bij de bepaling van de hoogte waarvan ‘verontschuldigende omstandigheden’ een rol kunnen spelen. In dat laatste opzicht hebben verontschuldigende omstandigheden hetzelfde effect op vaststelling van de omvang van de schadevergoeding als rechtvaardigende omstandigheden. Daarover gaat het slothoofdstuk van dit boek, in deel V. Voordat we aan dat gedeelte toekomen, moet nog worden stilgestaan bij de derde eis van artikel 162: de relativiteit. Dat is het onderwerp van het nu volgende hoofdstuk.