



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Franke, M.E.

Citation

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

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

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

DEEL V

Rechtsgevolgen

11 | Invloed op oordeel handeling

11.1 EEN ARGUMENTATIEMODEL

11.1.1 Naar een praktische benadering

In hoofdstuk 8 is besproken wat de functies van regels en hun uitzonderingen zijn, met name in verband met geschillenbeslechting. Daar is stilgestaan bij het theoretisch belang van het onderscheid tussen de analytische en synthetiserende benadering van regels en uitzonderingen.

In aansluiting hierop wordt nu gezien hoe regels en uitzonderingen praktisch functioneren, op welke wijze zij in het juridisch debat op elkaar inwerken. Hóe ontnemt de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter aan een daad? Daarmee kom ik terug op de behandeling van de vraag, gesteld in de inleiding van het achtste hoofdstuk, en resonerend door het hele onderzoek: 'Wat is precies de rol van de rechtvaardigingsgrond bij de vorming van het oordeel over een mogelijke normschending?'. De vraag is waarschijnlijk gemakkelijker te beantwoorden, wanneer men aan de hand van een model zou kunnen beschrijven hoe het proces van argumenteren, en uiteindelijk oordelen, precies verloopt.

11.1.2 Een 'nieuwe logische theorie van regeltoepassing'?, Hart en Toulmin

Door Verheij, Hage en Van Maanen is een theorie opgesteld voor het toepassen van regels. Zij verwerpen de klassieke, syllogistische benadering. Hiervoor in de plaats stellen zij een 'nieuwe logische theorie van regeltoepassing'. Zij vatten deze in zeven voorwaarden samen:

- Een regel is niet van toepassing als zich een uitzondering op de regel voordoet.
- Een regel is wel van toepassing als aan de regelvoorwaarden voldaan is en zich geen uitzondering op de regel voordoet.
- Als een regel van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, een reden voor het gevolg van de regel.
- Als een regel niet van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, geen reden voor het gevolg van de regel.
- Als er alleen redenen voor een bepaald rechtsgevolg zijn en geen redenen tegen, dan treedt het gevolg in.

- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg niet zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan volgt het gevolg niet.¹

Met deze theorie beogen de schrijvers ‘*expliciet* te maken, hoe regeltoepassing in de juridische praktijk al *impliciet* gebeurt’.²

Deze theorie laat zien dat een logische relatie bestaat tussen regel, uitzondering en gevolg. Het gevolg vloeit voort uit de regel, tenzij een uitzondering aanwezig is. Daarnaast zijn er redenen waardoor het gevolg uitblijft, hoewel de regel van toepassing is.

De theorie maakt niet duidelijk welke uitzonderingen een regel buiten werking kunnen stellen en waarom. Zij zegt, met andere woorden, niets over de *kracht* van regels en hun uitzonderingen. Terwijl juist in de kracht waarmee regel en uitzondering op elkaar inwerken, de verklaring schuilt waarom het rechtsgevolg intreedt, of niet.

Dat laatste is al zo’n vijftig jaar eerder ingezien door Hart. In zijn essay *The Ascription of Responsibility and Rights* beschrijft hij het ‘defeasible character of legal concepts’,³ en de werking van de uitzondering (‘what can follow on the word “unless”’).⁴ Loth vat het betoog van Hart over ‘de toepasselijkheidsvoorwaarden van een juridische term’ in dit verband als volgt samen:

‘Die toepasselijkheidsvoorwaarden zijn verdeeld over positieve en negatieve condities (excepties). De satisfactie van de positieve condities, te stellen en bewijzen door partij A, rechtvaardigt de *prima facie*-claim dat de uitdrukking van toepassing is. Die claim wordt echter vernietigd zodra een of meer excepties is vervuld, te stellen en bewijzen door partij B, zodat de uitdrukking *alles welbeschouwd* niet van toepassing is.’⁵

Hart beschrijft dat niet alle excepties daarbij een even sterk effect op de claim hebben:

‘Most of these defences are of general application (...). Some of them (...) destroy altogether the claim (...), others (...) have a weaker effect.’⁶

1 Verheij, Hage en Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 101.

2 Verheij, Hage en Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 101, cursivering in origineel.

3 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 154. Oorspronkelijk uitgebracht in 1948/49 in *The Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, OUP 1948-1949, p. 171-194; in 1951 opgenomen in de bundel *Logic and Language*. Hier wordt geciteerd uit de vijfde druk daarvan, 1963.

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

5 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 16. Cursiveringen in origineel.

6 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 149.

Tien jaar na Hart waagde Toulmin zich aan een verklaring van de werking van die verschillende verweren tegen een claim. Hij ontwikkelde een model dat aangeeft hoe regels worden gebruikt in debatten, wat daarbij de plaats is van voorbehouden en uitzonderingen op die regels, en wat de kracht is waarmee alle factoren inwerken op de uiteindelijke conclusie.⁷ Zijn model kan hulp bieden bij de beantwoording van de vraag welke rol de rechtvaardiging speelt bij het oordeel over een beweerde normschending.

11.1.3 Twee wijzen van argumenteren

Toulmin onderscheidt twee, functioneel verschillende, manieren van betogen: een theoretisch/formele en een praktisch/inhoudelijke. Deze noemt hij respectievelijk 'theoretical and practical arguments'. Het verschil is dit: 'Theoretical arguments are chains of proof, whereas practical arguments are methods for resolving problems.'⁸ Het redeneerpatroon als bewijsketen of als methode van probleemoplossing.

In de eerste – de bewijsketen – is de syllogistische redeneerwijze te herkennen. Een algemene regel leidt, voor dit speciale geval, tot een dwingende conclusie:

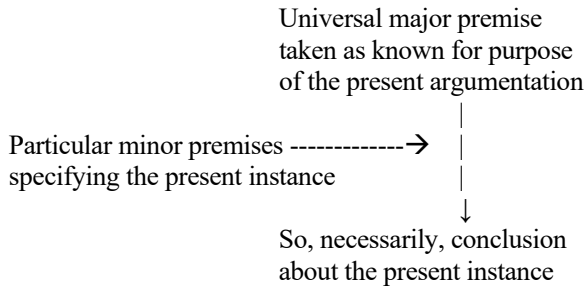
'In the first, formal sense, an *argument* is a "chain" of propositions, linked up so as to *guarantee* its conclusion. (...) Theoretical arguments are structured in ways that free them from any dependence on the circumstances of their presentation and ensure them a *validity* of a kind that is not affected by the practical context of use. In formal arguments particular conclusions are deduced from (...) the initial axioms or universal principals that are the apex of the argument. So the truth or certainty that attaches to those axioms *flows downward* to the specific instances to be "proved".'⁹

7 In: *The Uses of Argument*, Cambridge 1958. Inmiddels is een bijgewerkte editie van het werk verschenen: *The Uses of Argument. Updated Edition*, Cambridge University Press 2012 (online). Op de punten die hierna worden behandeld, is deze laatste versie niet gewijzigd. Daarom wordt het boek uit 1958 aangehaald.

8 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.

9 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.

Schematisch ziet het er, in de woorden van Toulmin (en Jonsen) zo uit:¹⁰



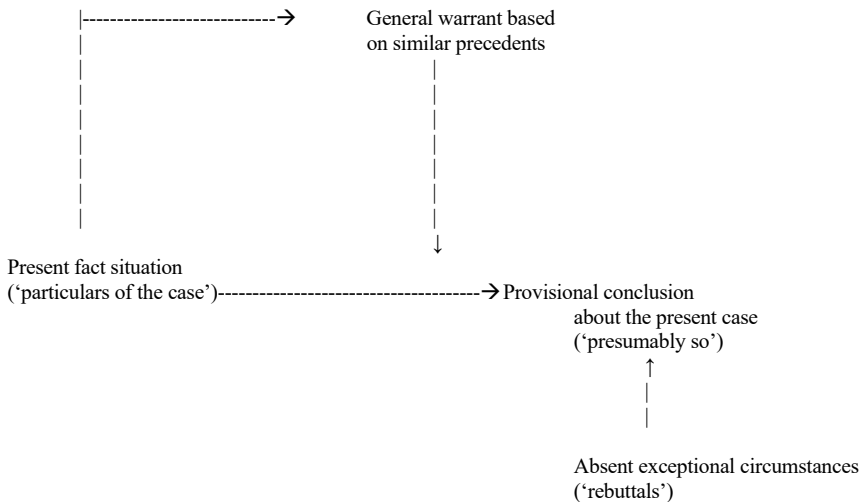
De tweede wijze van redeneren (methode van probleem oplossen) verloopt volgens een geheel ander patroon. Voor de oplossing in dit speciale geval wordt gezocht naar een vergelijkbaar, reeds beslist geval. Dat leidt tot een voorlopige conclusie voor het te beoordelen geval. Van de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden (afwijkingen, uitzonderingen) hangt of dit oordeel vervolgens ook het definitieve is:

'In the second, substantive sense, an *argument* is a network of considerations, presented so as to *resolve* a practical quandary. (...) Instead of aiming at strict entailments, they draw on the outcomes of previous experience, carrying over the procedures used to resolve earlier problems and reapplying them in new problematic situations. (...) So, in practical arguments, the truths and certitudes established in the precedent cases *pass sideways*, so as to provide "resolutions" of later problems.'¹¹

10 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34.

11 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 34-35.

Schematisch weergegeven verloopt zo'n betoog als volgt:¹²



11.1.4 Het model van Toulmin: aard van de methode

Uit het bovenstaande blijkt dat het model van Toulmin een heuristische methode biedt. Het geeft weer hoe oplossingen gevonden worden; niet hoe oplossingen gerechtvaardigd worden. Wie het model voor dat laatste hoopt te kunnen gebruiken, wordt teleurgesteld.¹³

Verder: het model geeft weer hoe het debat in een juridische procedure praktisch verloopt. Het is dus geen 'ideaalmodel' en geeft ook geen 'gedragscode voor redelijke discussianten'.¹⁴ Maar voor het onderzoek naar het functioneren van regels en uitzonderingen in een juridisch debat biedt het model verhelderende inzichten.¹⁵

12 Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry* 1989, p. 35.

13 Zo bijv.: Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994. Het boek draagt als ondertitel: 'Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van beslissingen'. Het model van Toulmin beschrijft hoe de besluitvorming werkt, maar geeft geen legitimatie van beslissingen.

14 Een dergelijk ideaalmodel is bijvoorbeeld opgesteld door: F.H. van Eemeren en R. Grootendorst, *Regels voor redelijke discussies*, diss. Amsterdam (UvA), 1982. Een samenvatting hiervan is te vinden bij Feteris, *Redelijke idealen in juridische discussies*, in: *Het redelijk debat* (1993), p. 110-123.

15 Voor een bespreking van de bruikbaarheid van het model: Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1983), p. 121-123. En: J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Band I), p. 46 e.v. Een analyse en verdediging van het model (vooral op het punt van de

11.1.5 De elementen van het model: feit, grond en claim

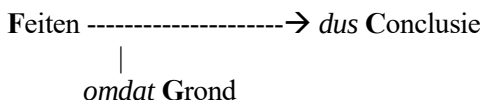
De basis van het model van Toulmin bestaat uit drie onderdelen.

Allereerst is er een 'claim': 'the conclusion whose merits we are seeking to establish'.¹⁶ Deze wordt hier verder aangeduid als *claim* of *conclusie* (C).

Verder zijn er uiteraard 'data': 'facts we appeal to as a foundation for the claim'.¹⁷ In een juridische procedure noemen we deze gegevens: de *feiten* (F).

Om de sprong van de feiten naar de conclusie te maken is het onvoldoende om extra feiten aan te dragen; daarvoor zijn proposities van een andere aard nodig. Toulmin noemt deze 'warrants': 'general, hypothetical statements, which can act as bridges and authorise the sort of step to which our particular argument commits us'.¹⁸ Als vertaling dient hier: rechtsgronden, kortweg: *gronden* (G).¹⁹

Ieder argumentatiemodel bevat een claim of conclusie en een aantal gegevens die uiteindelijk tot die conclusie moeten leiden. Daarnaast moet het de rechtvaardiging van de stap van de aangedragen gegevens naar de beoogde conclusie omvatten. In dit opzicht verschilt het model van Toulmin niet van het door hem bestreden klassieke syllogisme. De basis van het model kan als volgt worden weergegeven:



11.1.6 Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduiders

Toulmin onderscheidt van de 'warrant' (grond) nog de 'backing'. Deze laatste, de *ondersteuning* (O) van de aangevoerde grond, bepaalt voor een belangrijk deel de aanvechtbaarheid van deze grond en dus van de houdbaarheid van

hierna te bespreken *rebuttal*) is te vinden bij: Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments* 1991.

16 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 97.

17 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 97.

18 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 98.

19 Feteris vertaalt met: 'rechtvaardiging', *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994, p. 36. Deze term wordt hier niet gebruikt. Ten eerste om verwarring met het begrip rechtvaardigingsgronden te voorkomen. Maar bovendien lijkt het begrip rechtvaardiging mij te veelomvattend als vertaling voor *warrant*. Zoals we straks zullen zien, wordt aan de *warrant* nog een *backing* (ondersteuning van de *warrant*) toegevoegd. Deze twee *samen* vormen de rechtvaardiging van de stap van gegevens naar conclusie.

de conclusie; dat wil zeggen: de toewijsbaarheid van de claim. De ondersteuning wordt door Toulmin met omtrekkende bewegingen omschreven:

'Standing behind our warrants (...) there will normally be other assurances, without which the warrants themselves would possess neither authority nor currency – these other things we may refer to as the *backing* of the warrants.'²⁰

Zoals een grond kan worden bekrachtigd door de ondersteuning, zo kan de grond ook worden ontkracht. Immers: niet iedere aangevoerde grond of regel kan in iedere situatie probleemloos worden toegepast. Regels hebben een bepaald beschermingsbereik, kennen uitzonderingen, of gelden slechts onder bijzondere voorwaarden. In het model van Toulmin heten deze omstandigheden 'rebuttals':

'conditions of rebuttal, indicating circumstances in which the general authority of the warrant would have to be set aside'.²¹

Zij kunnen worden vertaald als *weerleggingen* (**W**) van de regel of zijn gevolg. Tegen een actie uit onrechtmatige daad kunnen als weerlegging dienen alle mogelijk te voeren verweren van de gedaagde. Aan het begin van deze studie zijn daarvan enkele voorbeelden gegeven: het beroep op onbevoegdheid van de rechter, niet ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering, verjaring van de vordering, rechtsverwerking door de eiser.²² Voor het in deze studie te onderzoeken onderwerp is uiteraard een speciaal type weerlegging van belang. Het is de weerlegging die zich richt tegen de kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig': de rechtvaardiging.

Ten slotte: het volledige model van Toulmin gaat verder dan het syllogisme, omdat het tot uitdrukking brengt dat er verschillende soorten gronden bestaan, die met verschillende kracht een conclusie (claim) kunnen ondersteunen. Sommige gronden maken de claim ondubbelzinnig toewijsbaar, gegeven de aangevoerde feiten. Deze gronden kwalificeren de conclusie als 'noodzakelijk'. Andere staan alleen een voorlopige stap van feiten naar conclusie toe. De claim is dan slechts onder bepaalde voorwaarden, of behoudens uitzonderingen, toewijsbaar. Hierbij passen voor de conclusie kwalificaties als 'vermoedelijk, waarschijnlijk'.²³

Daarom moet in het model worden opgenomen een verwijzing naar de kracht waarmee de gegevens krachtens deze rechtsgrond tot de conclusie

20 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 103.

21 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 101.

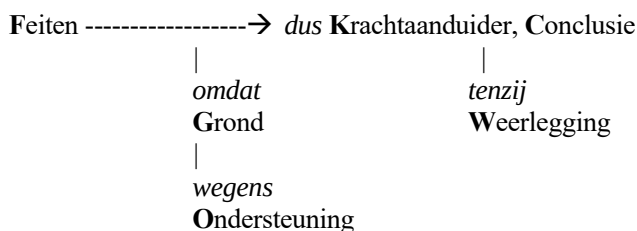
22 In hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), vgl. par. 1.2.5 (*De contouren komen in zicht*).

23 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 100.

leiden. Toulmin noemt dat de 'qualifier', hier vertaald als: *krachtaanduiders* (K).²⁴ Hij plaatst deze direct naast de conclusie, omdat de krachtaanduiders de conclusie rechtstreeks beïnvloedt.²⁵

Voor het model van Toulmin is het bovenstaande als volgt samen te vatten. De conclusie volgt logisch uit de aangevoerde grond. De grond is op zichzelf (wanneer hij althans voldoende ondersteuning heeft) dwingend voor de conclusie. De conclusie is alleen aan te tasten door de weerlegging. Deze is in het model geplaatst onder de krachtaanduiders. De weerlegging heeft immers een direct effect op de kracht waarmee de gekozen rechtsgrond tot de beoogde conclusie leidt.

Het volledige model van Toulmin ziet er zo uit:²⁶



11.1.7 Verfijning van het model: de contraweerlegging

De kracht waarmee de aangevoerde grond leidt tot een bepaalde conclusie kan veranderen door de aanwezigheid van een weerlegging. Maar die weerlegging is geen absoluut gegeven. Keren we nog eenmaal terug naar de in deze studie al vaker geciteerde beschrijving door Eggens van het zoeken naar een juridische oplossing:

'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op

24 *Qualifier* wordt ook wel vertaald als 'modale term', zie bijvoorbeeld: Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie* 1994, p. 37. Dat lijkt me een onnodig vage vertaling, omdat Toulmin's *qualifier* staat voor 'the force which the warrants lends to a conclusion' (*The Uses of Argument* 1958, p. 106). Krachtaanduiders is overigens een niet ongebruikelijke vertaling, zie bijvoorbeeld: Schellens en Verhoeven, *Argument en tegenargument*, p. 27, die de term omschrijven als de 'bepaling die aangeeft in welke mate de conclusie waarschijnlijk is of wat de kracht is van het uitgesproken standpunt'. P.J. Schellens en G. Verhoeven, m.m.v. P. van den Hoven & A. Rube, *Argument en tegenargument. Een inleiding in de analyse en beoordeling van betogende teksten*, Groningen: Martinus Nijhoff, 1994.

25 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 101.

26 Toulmin, *Uses of Argument* 1958, p. 103.

het feit dat deze handeling gepleegd werd door een soldaat op wacht of een politieagent in achtervolging (en nadat eventueel andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijkende omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.²⁷

Tegen de weerlegging dat sprake is van een rechtvaardiging kan een nieuwe weerlegging worden aangevoerd. Om bij de casus van Eggens te blijven: tegen de weerlegging dat sprake is van ambtelijk bevel kan bij voorbeeld worden ingebracht dat bij de uitvoering van het ambtelijk bevel disproportionele schade is toegebracht.

Deze verfijning binnen het model van Toulmin wordt door Freeman aangeduid als de ‘counterrebuttal’.²⁸ Ik vertaal het begrip met: de *contraweerlegging* (cW). Daarnaast – en dat blijkt niet expliciet uit het model – moet ook de weerlegging voldoende ondersteund worden. Alleen als aan alle voorwaarden voor het ambtelijk bevel is voldaan, kan deze rechtvaardiging als weerlegging dienen.

Het wordt tijd alle elementen in het model van een voorbeeld te voorzien en toe te passen in een juridisch kader.

11.1.8 Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers

Uitgangspunt is een eenvoudige casus. De *feiten* zijn deze: B rijdt met zijn fiets tegen het tuinhok van eigenaar A; het hekje raakt ernstig beschadigd. Met zijn handeling pleegt B een onrechtmatige daad jegens A. Dat is anders, wanneer B een goede reden voor zijn manoeuvre heeft. Die reden moet door B worden aangevoerd.²⁹

Voor de hier te bereiken *conclusie* (de handeling is onrechtmatig) kan A als rechtsgrond aanvoeren dat het beschadigen van zijn tuinhok een inbreuk op zijn eigendomsrecht betekent. Deze grond moet worden ondersteund. Ter *ondersteuning* moet A aanvoeren: 1. dat hij rechthebbende is op het hek (met andere woorden: dat hij het eigendomsrecht heeft);³⁰ 2. dat inbreuk op dat recht is gemaakt. Zo’n inbreuk is aanwezig, wanneer sprake is van een handeling (a) waartoe de rechthebbende exclusief bevoegd is, of (b) die de rechthebbende belemmert in zijn beschikkings- of genotsrechten.³¹

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

28 Freeman, *Dialectics and the Macrostructure of Arguments* 1991, p. 161-165.

29 Vgl. wat daarover hierboven is gesteld naar aanleiding van de domeinen der partijen bij het bewijs van regel en uitzondering. Zie paragraaf 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie: de domeinen der partijen*).

30 Vgl. Asser-Hartkamp III 1986/35.

31 Asser-Hartkamp III 1986/36 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/47, onderscheiden naast deze eerste groep inbreuken nog een andere: deze groep betreft ‘handelingen die de fysieke aantasting

In het geval van het beschadigen van een tuinhek is sprake van een eigendomsrecht van A, waarop een inbreuk is gepleegd, omdat alleen de eigenaar bevoegd is de zaak te beschadigen (vgl. a). Bovendien kan A nu niet meer volledig over de zaak beschikken of ervan genieten. Dus A wordt door de handeling van B gestoord in zijn beschikkings- en genotsrechten (vgl. b). De rechtsgrond 'inbreuk op een subjectief recht' wordt hier dan ook voldoende ondersteund.

Over het gevolg van de aanwezigheid van een rechtsinbreuk voor de conclusie over de rechtmatigheid van de daad zegt de Toelichting Meijers dit:

'Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is (...) de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.'³²

Dat betekent dat de aanwezigheid van de rechtsgrond 'inbreuk op een subjectief recht' dwingend leidt tot de conclusie dat de daad onrechtmatig is. Als *krachtaanduiding* geldt hier dus: noodzakelijk. Een bewezen rechtsinbreuk leidt noodzakelijk tot de conclusie dat de daad onrechtmatig is.

Deze conclusie kan veranderen, wanneer een toereikende *weerlegging* door B wordt aangevoerd. In de zojuist geciteerde passage uit de Parlementaire Geschiedenis staat op de plaats van de tweede reeks puntjes de tussenzin:

'behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'.³³

Als B bijvoorbeeld kan aantonen dat hij moest uitwijken voor een kind dat plotseling de straat overstak, zal de conclusie niet meer luiden dat de daad onrechtmatig is. De weerlegging verandert de *krachtaanduiding* van 'noodzakelijk' in: 'niet'.

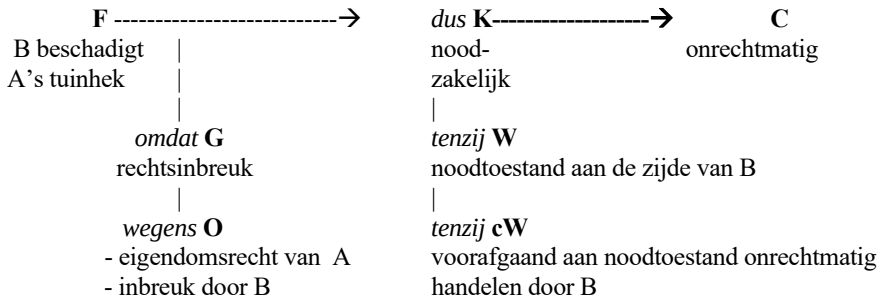
Ten slotte: de weerlegging door B kan worden ontzenuwd door een nieuwe weerlegging, die van de kant van A zal moeten komen. A kan bijvoorbeeld stellen en bewijzen dat B weliswaar moest uitwijken, maar dat B voorafgaand aan zijn manoeuvre veel te hard reed. Wanneer B met normale snelheid zou hebben gereden, zou hij nog ruim op tijd hebben kunnen remmen en niet A's tuinhek hebben hoeven rammen. In dat geval zal de *krachtaanduiding* door de weerlegging van de weerlegging – de contraweerlegging – opnieuw veranderen, ditmaal ten gunste van A, die tot de conclusie wenst te komen dat B's daad onrechtmatig is.

van het voorwerp van het recht tot gevolg hebben' (zoals letsel of zaaksbeschadiging). Maar die onderscheiding in tweeën wordt door hen niet als zinvol beschouwd: 'Het inbreukcriterium dient in beginsel gereserveerd te worden voor de eerste groep handelingen'.

32 TM op artikel 6.3.1.1 (6:162), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

33 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

In het schema van Toulmin is dit voorbeeld aldus weer te geven:



11.1.9 Tot slot

Met het model van Toulmin zijn de verschillende elementen die een rol spelen in de oordeelsvorming over een bepaalde claim beschreven. In de nu volgende paragraaf worden de onderscheiden elementen nader bezien, en met elkaar in verband gebracht.

11.2 NADERE BESCHOUWING

11.2.1 De samenhang tussen grond en ondersteuning

Zoals hierboven bleek, kan de sprong van feiten naar conclusie worden gemaakt, omdat de voor de conclusie aangevoerde (rechts)grond een brug tussen beide slaat. In het geval van een actie uit onrechtmatige daad, zal deze grond de onrechtmatigheidscategorie zijn, waarop de eiser zijn vordering baseert. Maar deze grond moet op zijn beurt worden ondersteund; de enkele *verwijzing* naar de gekozen onrechtmatigheidscategorie schiet tekort. De eiser zal duidelijk moeten maken *waarom* het in casu gerechtvaardigd is de vordering op deze grond te baseren. En daarvoor zal van belang zijn welke onrechtmatigheidscategorie hij heeft gekozen. Hiermee komen we op het verband tussen de grond en zijn ondersteuning.

We keren terug naar het model met een voorbeeld van Toulmin. De stap van het feit dat Harry geboren is in Bermuda naar de conclusie dat Harry Brits onderdaan is, wordt gebaseerd op de grond: 'Wie geboren is in Bermuda zal in het algemeen Brits onderdaan zijn.' Welke ondersteuning noodzakelijk is

voor deze bewering, hangt af van de gekozen grond. Toulmin geeft het voorbeeld van drie soortgelijke gronden:

‘A Bermudan will be a Briton’ (...); ‘A whale will be a mammal’ (...); ‘A Saudi Arabian will be a Muslim.’

Ook al zijn de uitspraken qua vorm identiek, ze behoeven alledrie een andere ondersteuning. De benodigde ondersteuning is, als gezegd, afhankelijk van het karakter van de bewering. En in *dat* opzicht verschillen de gronden; ze beogen alle iets anders te zeggen. Toulmin geeft aan hoe ze te lezen zijn:

‘A Bermudan will be (*in the eyes of the law*) a Briton’ (...); ‘A Saudi Arabian will be (*found to be*) a Muslim’ (...); ‘A whale will be (i.e. *is classifiable as*) a mammal.’

De genoemde gronden kunnen worden ondersteund door achtereenvolgens een beroep op de wet die de nationaliteit regelt van inwoners van Britse overzeese gebiedsdelen, statistieken met betrekking tot de verspreiding van religie over verschillende landen en een systeem van classificatie van zoogdieren.³⁴

Ook de ondersteuning van de grond van een onrechtmatige daadsactie verschilt met het karakter van de gekozen grond. Dat hangt samen met de specifieke toepassingsproblemen van de verschillende categorieën, zoals die hierboven zijn besproken.³⁵ Wie de stelling dat zijn wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld jegens hem, grondt op de bewering dat de wederpartij een rechtsinbreuk heeft gepleegd, moet ter ondersteuning aantonen dat dit bijzondere geval onder de algemene categorie rechtsinbreuk kan worden gebracht. In elk geval zal hij moeten stellen: 1. dat hijzelf subjectief gerechtigde is en 2. waaruit de inbreuk op het recht in casu bestaat. Wanneer is gekozen voor de grond dat hier onzorgvuldig is gehandeld, is een geheel andere ondersteuning noodzakelijk. In dat geval moet de eiser aangeven waarom gedaagde anders handelde dan in casu van hem mocht worden geëist, waarbij in principe alle relevante omstandigheden aan de orde kunnen komen.

Het belang van het verband tussen de gekozen rechtsgrond en zijn ondersteuning blijkt wanneer we een praktijkcasus tegen het licht houden. Gekozen is voor de zaak van de gemeente Breda en Nijs, die tot de klassiekers van het aansprakelijkheidsrecht behoort,³⁶ De zaak wordt wel beschouwd als toepassing van de leer-Smits door de Hoge Raad. Maar aan de hand van het model van Toulmin is te verdedigen dat ook een andere zienswijze mogelijk is. Daarom is de zaak interessant voor het betoog.

Eerst de feiten van de zaak. Nijs is eigenaar van een pand in Breda. Het pand is gekraakt. De krakers verzoeken de gemeente gas, water en licht te

34 De voorbeelden zijn te vinden op p. 104 van *The Uses of Argument*.

35 In par. 8.5 (*Naar een beter begrip van het probleem. Recht vinden*) e.v.

36 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*).

leveren. Het verzoek wordt ingewilligd. En Nijs meent dat de gemeente door de leidingen in zijn huis te (blijven) gebruiken voor de levering van het gas etc., inbreuk pleegt op het eigendomsrecht van zijn leidingen.

In deze casus is sprake van een door Nijs gestelde rechtsinbreuk. Nijs wordt in deze stelling gevolgd door rechtbank en hof.³⁷ Door de Hoge Raad wordt echter getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm:

‘Niet elk gebruik – in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt – dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde.’³⁸

Getoetst wordt dus, ondanks de gestelde rechtsinbreuk, aan het zorgvuldigheids criterium. Daarom wordt vrij algemeen naar dit arrest gewezen als het bewijs voor de stelling dat de Hoge Raad de leer van Smits aanhangt.³⁹ Maar, als gezegd: een andere zienswijze is mogelijk. Het model van Toulmin biedt daarvoor een verklaring.

Als rechtsgrond (G) voor het beweerde onrechtmatige handelen door de gemeente stelt Nijs dat de gemeente inbreuk op zijn eigendomsrecht heeft gepleegd. De ondersteuning (O) van deze grond is echter zeer mager. Nijs kan slechts aanvoeren dat hij eigenaar van de leidingen is en dat de gemeente deze zonder zijn toestemming gebruikt.⁴⁰ Dat is niet veel om de kwalificatie ‘rechtsinbreuk’ te rechtvaardigen, want, zoals de Hoge Raad (r.o. 2) het uitdrukt:

‘Niet elk gebruik (...) dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd.’

Vereist is dat met het gebruik een *inbreuk* wordt gepleegd op het recht van Nijs. In de bespreking van de eenvoudige casus van B die het tuinhekje van A beschadigt,⁴¹ is aangegeven op welke wijze deze rechtsgrond moet worden

37 De Hoge Raad zegt in het arrest niet dat hier sprake is van een rechtsinbreuk.

38 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2.

39 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.1, p. 100; Hijma, *annotatie bij Geerts/Ten Dam*, AA 1991, p. 342, voetnoot 14.

40 Voor rechtbank en hof was dat overigens voldoende om het handelen van de gemeente als rechtsinbreuk te kwalificeren, zie r.o. 14 van de rechtbank en r.o. 30 van het hof, waarvan ik de laatste citeer: ‘dat van inbreuk door de gemeente op het eigendomsrecht van Nijs sprake is geweest, omdat de gemeente tegen de uitdrukkelijk haar kenbaar gemaakte wil van Nijs (*aan derden, toevoeging MF*) energie heeft geleverd met gebruikmaking van diens leidingennet’.

41 Vgl. par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

ondersteund: Nijs moet aantonen welk subjectief recht hij op de leidingen heeft, en op welke wijze de gemeente inbreuk op dat recht maakt.⁴²

En op het punt van de onderbouwing van de door hem gestelde inbreuk heeft Nijs een probleem. De gemeente verricht niet een handeling waartoe Nijs bij uitsluiting bevoegd is; de gemeente heeft juist zélf de exclusieve mogelijkheid de leidingen te gebruiken.⁴³ En de gemeente stoort Nijs ook niet in zijn beschikkings- of gebruiksrechten van de leidingen – er vindt geen beschadiging van de leidingen plaats en Nijs wordt niet gehinderd in zijn gebruik van de leidingen; als gezegd heeft juist niet Nijs, maar alleen de gemeente de mogelijkheid deze te gebruiken. Het gebruik waarin Nijs zich gestoord voelt, wordt gepleegd door de krakers. Aldus ook Streefkerk:

‘Het echte “gebruik” van de leidingen – in de zin van inbreukmakend gebruik – vindt dan ook slechts plaats door de bewoners (krakers) die door middel van de leidingen gas, water en electra afnemen van het nutsbedrijf. Alleen de krakers eigenen zich een stukje van Nijs’ eigendomsbevoegdheid toe, maar niet het nutsbedrijf. Hier is dan ook zelfs geen sprake van een “kale” inbreuk (...) door de gemeente op het recht van Nijs.’⁴⁴

Kortom: wat Nijs aandraagt ter staving van zijn stelling dat hier sprake is van een rechtsinbreuk, is een te zwakke ondersteuning van de grond rechtsinbreuk, om te kunnen komen tot de conclusie dat hier onrechtmatig jegens Nijs is gehandeld. En dat betekent dat de mate waarin déze grondslag dwingt tot de conclusie dat onrechtmatig is gehandeld, gering is. Het wekt dan ook geen verbazing dat de Hoge Raad een ontkennend antwoord geeft op de vraag

‘of het Hof terecht heeft aangenomen dat het enkele bovenomschreven gebruik dat de gemeente bij de voortzetting van de levering van energie (...) tegen de haar kenbaar gemaakte wil van Nijs heeft gemaakt van de aan Nijs toebehorende leidingen, reeds een onrechtmatige daad van de gemeente jegens Nijs opleverde’.⁴⁵

In de termen van het model van Toulmin: voor de conclusie ‘de gemeente heeft onrechtmatig gehandeld jegens Nijs’ staat, gezien de voor deze conclusie aangevoerde grond, een lage krachtaanduiders.

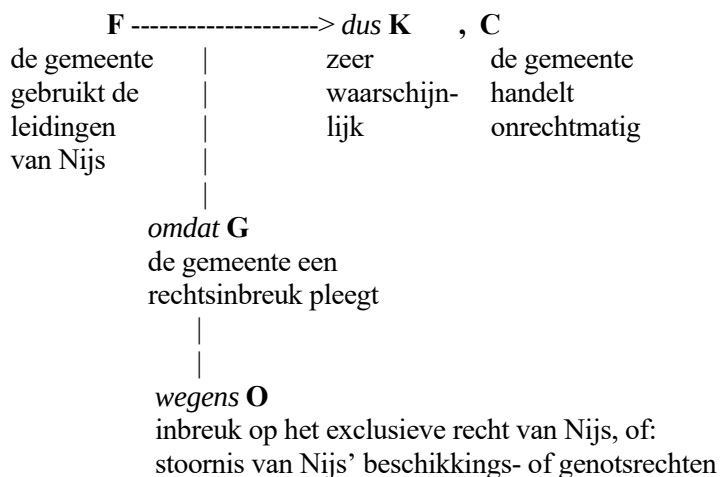
42 Vgl. nogmaals *Asser-Hartkamp III* 1986/35-36 en *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/46-47.

43 Zie HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*), overwegingen hof, r.o. 11.1.

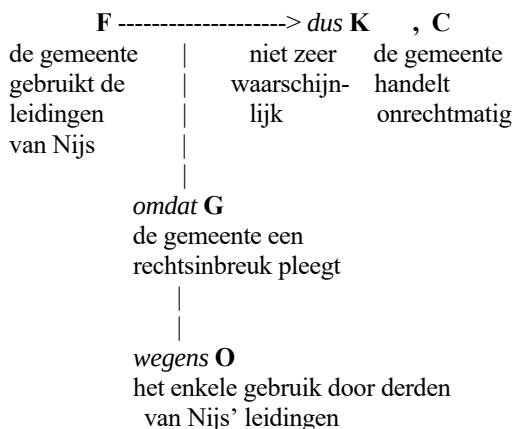
44 Streefkerk, *De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p. 78.

45 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2, begin.

De casus van Nijs en Breda is aldus weer te geven. Wat Nijs moet aantonen is dit:



Maar Nijs komt niet verder dan deze ondersteuning



Deze ondersteuning van de rechtsinbreuk is te zwak. Daarom kan de aan-gevoerde grond (rechtsinbreuk) de beoogde conclusie niet dragen. De kracht-

aanduiden voor de conclusie verandert van: ‘zeer waarschijnlijk’ in: ‘niet zeer waarschijnlijk’.

Omdat de gekozen rechtsgrond niet toereikend is, moet worden teruggeval-
len op een andere, algemenere rechtsgrond: de zorgvuldigheidsnorm. Niet
omdat de rechtsinbreuk als zelfstandige categorie heeft afgedaan, maar omdat
wat *in casu* voor de inbreuk is aangevoerd, onvoldoende is om de conclusie
te dragen dat onrechtmatig is gehandeld.⁴⁶

Het arrest dwingt derhalve niet tot het aanvaarden van de leer Smits;⁴⁷
het toont alleen aan dat niet iedere beweerde rechtsinbreuk leidt tot de slotsom
dat sprake is van een onrechtmatige daad. In dit geval betekent dit dat een
beroep moet worden gedaan op een andere aansprakelijkheidsgrond om tot
de beoogde conclusie te komen. Vergelijk de Hoge Raad:

‘Of het *onderhavige* gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een
zodanige inbreuk (bedoeld is: inbreuk op het eigendomsrecht van Nijs, toevoeging
MF) opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door
de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde’
(cursivering toegevoegd, MF).⁴⁸

Hetgeen Nijs aanvoert ten bewijze van zijn stelling dat hier onrechtmatig is
gehandeld, moet worden afgewogen tegen de redenen die de gemeente geeft
voor haar handelen.

11.2.2 De samenhang tussen grond en weerlegging

11.2.2.1 Inleiding

Een zwakke ondersteuning van de grond waarop de eiser zich baseert zal,
zo bleek in de vorige paragraaf, nadelige gevolgen hebben voor de toewijsbaar-
heid van de vordering van de eiser. Een sterke weerlegging door de gedaagde
heeft hetzelfde effect. De *rebuttal* is hierboven omschreven als een rechtstreekse
aanval op de *warrant*:

‘conditions of rebuttal, indicating circumstances in which the general authority
of the warrant would have to be set aside’.⁴⁹

46 Tot diezelfde conclusie komt Streefkerk in: *De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p 78.

47 In dezelfde zin reeds Brunner in zijn annotatie bij het arrest, HR 25 september 1981, ECLI: NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*) op p. 1166.

48 HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (*Breda/Nijs*), r.o. 2.

49 Toulmin, *Uses of Argument* (1958), p. 101. Vgl. ook par. 11.1.6 (*Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduiden*).

Deze definitie doet uitkomen dat een directe koppeling bestaat tussen enerzijds de rechtsgrond en anderzijds de mogelijk succesvolle verweren. Het lijkt mij het belangrijkste bezwaar tegen de in hoofdstuk 8 beschreven multifactorbenadering: de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel *is* niet een optellen van omstandigheden aan de kant van beide partijen. De kans van slagen van het verweer en ook de keuzemogelijkheden voor een bepaald verweer van de gedaagde zijn namelijk afhankelijk van de rechtsgrond waarop de eiser zijn vordering baseert.⁵⁰ Deze bepaalt welke weerleggingen succesvol zullen kunnen zijn.

De samenhang tussen grond en weerlegging wordt nu kort uitgewerkt voor verschillende typen weerleggingen: rechtvaardiging, kenbaarheid en relativiteit.

11.2.2.2 Grond en rechtvaardiging

Wanneer een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden, betrokken is bij een ongeval waardoor schade wordt toegebracht,⁵¹ is de eigenaar – of als er een houder is, de houder – verplicht die schade te vergoeden. Alleen de eigenaar die rechtens geen enkel verwijt treft, ontkomt aan die consequentie, zo bepaalt artikel 185 wvw. De rechtsgrond waarop de schadevergoedingsvordering gebaseerd is (artikel 185 wvw) kanaliseert dus de mogelijkheden van de verweerder om te ontkomen aan het slagen van de schadevergoedingsclaim.

Hetzelfde geldt in het geval van de aansprakelijkheid van de werkgever. Wie wordt geconfronteerd met een op artikel 7:658 gebaseerde claim, zal zich niet kunnen verweren met de stelling dat de toedracht of oorzaak van het ongeval niet is bewezen, of dat de schade hem niet toe te rekenen is. Als de eiser in een 658-procedure stelt, en zo nodig bewijst, dat hij schade heeft geleden in de uitvoering van zijn werkzaamheden, is de gedaagde werkgever aansprakelijk, tenzij deze kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

De keus voor de grond van 7:658 bepaalt dwingend welke verweren nog gevoerd kunnen worden.⁵² Dat geldt ook voor andere in het Burgerlijk Wetboek geregelde aansprakelijkheden, die als grond voor een bepaald claim worden aangevoerd. Zoals de aansprakelijkheid van ouders voor een handeling van hun kind,⁵³ bezitters van een opstal of dier voor schade aan derden,⁵⁴

50 Zie daarover ook par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

51 Aan niet door dat motorrijtuig vervoerde personen of zaken.

52 Een 'gewoon' eigen schuld-verweer (buiten opzet en bewuste roekeloosheid) zal bijvoorbeeld niet kunnen worden gevoerd.

53 Artikel 6:169 geeft de ouders slechts in bepaalde gevallen een disculpatiemogelijkheid, afhankelijk van de leeftijd van het kind, zie lid 2.

54 Zie resp. artikel 6:174 en 6:179, die beide een specifiek geformuleerde tenzij-clausule bevatten.

de producent voor schadelijke gevolgen van zijn product.⁵⁵ Tegen sommige aansprakelijkheden zijn zelfs in het geheel geen verweren toegelaten, zoals tegen het folterverbod van artikel 3 EVRM.

Nog op een andere wijze is de rechtsgrond – of de aard ervan – bepalend voor de kans op succes van de weerlegging. Wanneer een verkeers- of veiligheidsnorm wordt overtreden, is die enkele overtreding vaak bepalend voor het onrechtmatigheidsoordeel.⁵⁶ Anders gezegd: de verweermogelijkheden zijn geringer dan wanneer het andere normen betreft.

En voor de inbreuk op een zeer gewichtig subjectief recht als het fundamentele recht om te weten van wie men afstamt, zal een sterke rechtvaardiging moeten worden aangevoerd. Het enkele beroep op het – met het recht op privacy samenhangende – recht van de moeder om die afstamming verborgen te houden, schiet dan bijvoorbeeld tekort.⁵⁷ Hetzelfde geldt voor wie de lichamelijke integriteit van een ander schendt. Hij zal onder omstandigheden zelfs gedwongen kunnen worden een schending van zijn eigen lichamelijke integriteit toe te laten, en moeten meewerken aan bijvoorbeeld een bloedonderzoek.⁵⁸ Aan de andere kant van het spectrum staan de zuiver financiële belangen, zoals dat van verzekeraars. Deze belangen rechtvaardigen niet de doorbreking van het recht op privacy, zoals het recht op bescherming van privacygevoelige gegevens. Anders gezegd: gronden die strekken ter bescherming van lichamelijke belangen, zijn sterker en dus minder gemakkelijk te weerleggen dan normen die strekken ter bescherming van zuiver vermogensrechtelijke belangen. De keus voor de rechtsgrond is dus niet alleen bepalend voor de – voorlopige – beoordeling van de onrechtmatigheid, maar ook de mogelijkheden van het verweer, dus van de weerlegging.

Tot slot: hoe strikter een bepaalde grond omschreven is, hoe lastiger het zal zijn deze te weerleggen. Zo hebben richtlijnen en protocollen, die voor heel specifieke situaties gelden, een sterke werking. Denk aan het niet toepassen van of handelen in strijd met een medisch protocol. Dat heeft aansprakelijkheid tot gevolg als door het handelen schade is ontstaan – tenzij door de handelende beargumenteerd wordt aangegeven waarom afwijken van de door het protocol voorgeschreven werkwijze in dit geval noodzakelijk was.⁵⁹

55 Zie artikel 6:185 lid 1, dat onder a-f limitatief de uitzonderingen op aansprakelijkheid opsomt voor het geval schade is veroorzaakt door een gebrek in het product.

56 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/58, p. 65.

57 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608 (*Valkenhorst I*), r.o. 3.4-3.5.

58 Zie bijv. HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, NJ 1994/347 (*Aidstest*). De verplichting deze aantasting toe te laten kan ook gelden in het geval de lichamelijke integriteit niet opzettelijk is geschonden, zie HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, NJ 2004/117 (*Aidstest II*).

59 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649 (*Medisch protocol I*) en HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377 (*Medisch protocol II*).

11.2.2.3 Grond en kenbaarheid

De onderlinge afhankelijkheid van de gekozen rechtsgrond en de weerlegging blijkt ook, wanneer men zich bezint op een bijzonder soort weerlegging: de stelling van de gedaagde dat de norm (of het gevaar) voor hem niet kenbaar was. Volgens Van Dam is de kenbaarheid een van de persoonselementen, die samen met vier gedrags-elementen de zorgvuldigheidsnorm vormen. Die kenbaarheid heeft betrekking op de feiten:

‘op het gevaar, op de kans dat schade van een zekere aard en omvang zal plaatsvinden’.⁶⁰

Maar zij betreft eveneens het recht:

‘Voor de veroorzaker moet ook de norm voor de omgang met het gevaar kenbaar zijn’.⁶¹

Voor de wijze waarop het kenbaarheidsverweer (de weerlegging) moet worden ingekleed, is opnieuw van belang op welke onrechtmatigheidscategorie (grond) de vordering steunt.

Zo zal een verweer als: ‘Ik wist niet dat wat ik deed schadelijk was voor de eiser’, in het algemeen niet slagen wanneer de gedaagde een inbreuk heeft gepleegd op bijvoorbeeld een geregistreerd merk van de eiser. Deurvorst schrijft dat

‘het schuldvereiste als voorwaarde voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten (...) in de regel wordt uitgehold. Op dit terrein van aansprakelijkheid groeit het subjectieve vereiste van verwijtbaarheid naar een objectief vereiste van toerekening op andere grond, dus zonder dat de aanwezigheid van verwijtbaarheid in subjectieve zin wordt vereist. De rechter stelt namelijk in feite zelden de eis dat de inbreukmaker de inbreuk moet kunnen worden verweten maar neemt in de regel aan dat met de inbreuk de toerekenbaarheid is gegeven: de omstandigheid dat het intellectuele eigendomsrecht waarop inbreuk is gemaakt, staat ingeschreven in openbare registers, vormt voor de meeste rechters aanleiding om toerekenbaarheid aan te nemen, ongeacht de vraag of juist de onderhavige inbreukmaker op grond van de omstandigheden van het geval een verwijt treft’.⁶²

Wanneer de gedaagde echter onzorgvuldig handelen wordt verweten, kan het verweer onder omstandigheden wel slagen. De werkgever bijvoorbeeld,

60 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 100, p. 134.

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

62 T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (verkort weergegeven titel), diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1994, p. 59.

die zijn werknemer met asbest liet werken en (nog) niet kon weten dat dit schadelijk was voor de gezondheid van de werknemer, zal niet aansprakelijk zijn voor diens schade. De verplichting van de werkgever maatregelen te nemen ter bescherming van zijn werknemer ontstaat in elk geval niet voordat in de medische wetenschap een verband tussen het werken met asbest en bepaalde ziekten is aangetoond.

Wanneer die verplichting wel ontstaat, hangt van de omstandigheden af;

‘daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek’.⁶³

De vraag of de gedaagde slaagt met een beroep op de niet-kenbaarheid, hangt dus samen met de door de eiser gekozen onrechtmatigheidscategorie. Dat gegeven blijft onverklaard in een benadering waarbij de normschending en de rechtvaardiging onderdelen (of factoren) zijn van één algemene, overkoepelende norm: die van de zorgvuldigheid.⁶⁴

11.2.2.4 Grond en relativiteit

Ook de kans van slagen van een weerlegging als een relativiteitsverweer hangt af van de door de eiser gekozen onrechtmatigheidscategorie. De gedaagde moet dan immers aantonen dat de overtreden norm, dat wil zeggen: de grond waarop de eiser zijn vordering baseert, niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde (eiser) die heeft geleden. In het geval de gedaagde bijvoorbeeld een wettelijke veiligheidsverplichting heeft overtreden, zal hij zijn verweer anders moeten inrichten dan wanneer hij een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.⁶⁵

De Hoge Raad laat er geen twijfel over bestaan: het verweer ‘dat de dader niet bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen’ is zinloos als het gaat om een handelen in strijd met geschreven rechtsregels:

‘In het kader van dit type onrechtmatige daad, het handelen in strijd met de wet, dient te worden vastgesteld of de wettelijke norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij (...) niet afzonderlijk behoeft te worden vastge-

63 HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686 (*Cijsouw/De Schelde I*), r.o. 3.8.4.

64 Zie daarover ook hierboven, par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

65 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77 (*Vader Versluis*). Zie over de relativiteit van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 65-73.

steld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.⁶⁶

Het verweer zou wel kans van slagen hebben wanneer sprake is van strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsregels, aldus de Hoge Raad.⁶⁷

11.2.3 Een bijzonder probleem: gelijkwaardigheid grond en weerlegging

Soms is de kracht van de weerlegging door de gedaagde nagenoeg even groot als die van de door eiser aangevoerde grond. In zo'n geval moeten de argumenten van de partijen tegen elkaar worden gewogen. Het model van Toulmin biedt daarvoor een kader. Het is, zoals Witteveen opmerkt, een voorbeeld van een topisch redeneerpatroon:

“Warrants” (gronden) fungeren daarbij als *topoi*; gedragsregels die door de meeste of de verstandigste mensen voor goed worden gehouden. Maar het zijn geen universele regels die men maar heeft toe te passen. Verstandige formules kunnen immers met elkaar strijdig zijn en meer of minder gewicht krijgen in de afweging.⁶⁸

Van een afweging als hier bedoeld zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer zowel de eiser als de gedaagde zich beroepen op een grondrecht, zoals gebeurde in de zaak van de moordenaar van G.J. Heijn: Ferdi E. Uitgeverij Spaarnestad plaatst zonder toestemming van E. diens foto in het weekblad Panorama (onder andere in een artikel over de zes beruchtste moordenaars na de Tweede Wereldoorlog). E. beroept zich op zijn recht op privacy (beschermd in artikel 21 Aw en 8 EVRM). Spaarnestad beroept zich daartegenover op de vrijheid van meningsuiting (beschermd in artikel 10 EVRM). De Hoge Raad gaat ervan uit dat ‘art. 21 AW (...) de geportretteerde een bescherming toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer’. Maar dat recht heeft geen ‘absoluut gewicht’. In dit geval wordt er een sterk recht tegenover gesteld, namelijk: de vrijheid van meningsuiting. Beide ingeroepen rechten zijn

‘vrijheden, die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden als waarvan het middel uitgaat’.⁶⁹

66 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, NJ 1996/199 (Goudsberg 2), r.o. 4.3.2.

67 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, NJ 1996/199 (Goudsberg 2), r.o. 4.3.2. Zie daarover verder Nieuwenhuis, die in de geciteerde passage een verwerping van de leer-Smits leest: *Wat is een onrechtmatige daad?*, RMTh 1998, p. 246.

68 W.J. Witteveen, *Argumenteren in de rechtsstaat*, in: *Het redelijke debat* 1993, p. 91.

69 HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, NJ 1994/473 (Ferdie E.), r.o. 3.5, eerste alinea.

Hier is sprake van een krachtige grond waarop de *eiser* zijn vordering baseert, maar een even krachtige weerlegging door de *gedaagde*. Het antwoord op de vraag of de claim van de eiser kan worden toegewezen, kan volgens de Hoge Raad dan slechts

‘worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt’.⁷⁰

In de gedaante van een zorgvuldigheidstoets worden hier de grond en zijn weerlegging tegen elkaar afgewogen. ‘In de gedaante’, omdat het hier naar mijn mening niet gaat om een toets van zorgvuldigheid op zichzelf, maar om het aftasten van de grenzen van een subjectief recht: het recht op privacy, dat hier in de vrijheid van meningsuiting een van zijn sterkste weerleggingen vindt.⁷¹ Het gaat hier dus om een zeer sterke weerlegging van een zeer sterke grond.⁷² Het model van Toulmin maakt dat duidelijk, juist omdat het grond en weerlegging uit elkaar haalt.

11.2.4 De samenhang tussen krachtaanduiding en weerlegging

Volgens het model bestaat een relatie tussen de krachtaanduiding voor de claim en de aangevoerde weerlegging. In termen van rechtvaardigingen: de ene rechtvaardiging heeft een grotere invloed op de krachtaanduiding – en daarmee op het succes van de claim – dan de andere.

Eerder in deze studie is besproken welke rechtvaardigingen op zichzelf slagen als verweer tegen een op onrechtmatigheid gegronde claim, en welke rechtvaardigingen daarin tekortschieten.⁷³ Daar bleek: de ene rechtvaardiging heeft een sterkere invloed op het succes van de claim dan de andere. Op de kracht van de verschillende rechtvaardigingen wordt hierna ingegaan, in paragraaf 11.4.

70 HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, NJ 1994/473 (*Ferdi E.*), r.o. 3.5, slot. Een moderne versie van de Ferdi E.-zaak is die van Johan Cruijff over de publicatie van een fotoboek, HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112 (*Fotoboek Johan Cruijff*).

71 Over de schending van fundamentele rechten en het privaatrecht zie de preadviezen VBR van Van Maanen en Lindenberg: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* 2011.

72 De aangevoerde grond bleek niet sterk genoeg in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 (*Te streng detentieregime*), met diepgravende conclusie van Hartlief en dito annotatie van Lindenberg over schending van fundamentele rechten en smartengeld. Over de verwantschap tussen zorgvuldigheidsnorm en verplichtingen uit het EVRM zie Barkhuysen & Van Emmerik, *Zorgplichten volgens de HR en het EHRM* 2019.

73 Zie hoofdstuk 3-5, over de volledige, de onvolledige en de voorwaardelijke rechtvaardiging.

11.2.5 De samenhang tussen grond, weerlegging en claim

Als laatste sta ik stil bij de relatie tussen grond en claim, in verband met de aangevoerde weerlegging.

Soms blijkt de aangevoerde rechtsgrond ontoereikend om te claim te kunnen dragen. Dan moet een andere rechtsgrond worden gekozen, zoals bleek in het hierboven besproken geval van Breda en Nijs.⁷⁴

Wanneer de grond de claim niet kan dragen, kan in sommige gevallen ook de claim (conclusie) worden veranderd. Een rechtsgrond die tekortschiet om te leiden tot conclusie A, kan wel toereikend zijn voor conclusie B. Dat is bijvoorbeeld het geval als de aangevoerde weerlegging alleen slaagt in verband met claim A (verbod) en niet voor claim B (schadevergoeding), zoals in de volgende zaak.

Van den Heuvel vordert omzetschade van Nomij, omdat zijn winkel minder goed bereikbaar is door schuttingen die Nomij heeft geplaatst. Nomij heeft een veiligheidsbelang bij het plaatsen van de schutting. De Hoge Raad wijst daarbij op het zwaarwegend maatschappelijk belang dat normale bouwactiviteiten doorgang kunnen vinden. Hij overweegt:

‘Weliswaar kan het zich voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van de schade verplicht, terwijl ze anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt.⁷⁵

De omstandigheid dat hier sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen kan dienen als weerlegging tegen een verbodsvordering van Van den Heuvel. Deze weerlegging staat toewijzing van de verbodsvordering in de weg. Wanneer de claim echter een schadevergoedingsvordering van Van den Heuvel is, zal het aangevoerde belang als weerlegging tekortschieten. Niettegenstaande het zwaarwegende belang van Nomij heeft Van den Heuvel recht op schadevergoeding: tegen *deze* claim is de aangevoerde weerlegging niet toereikend.

⁷⁴ Zie par. 11.2.1 (*De samenhang tussen grond en ondersteuning*).

⁷⁵ HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*), r.o. 3.

11.3 AANVULLING OP HET MODEL

11.3.1 Samenvatting van het voorgaande

In de paragrafen 11.1 en 11.2 is een model besproken dat beschrijft op welke wijze argumenteren in een juridische procedure en ook oordeelvormen werkt.

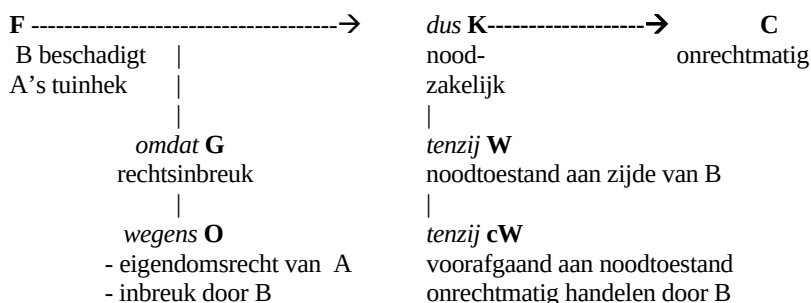
Het model doet uitkomen dat iedere grond zijn eigen ondersteuning behoeft om te kunnen leiden tot toewijzing van de claim en dat de ene grond een sterkere invloed op de houdbaarheid/toewijsbaarheid van de claim (een sterkere 'kracht') heeft dan de andere (11.2.1). Verder doet het uitkomen dat een relatie bestaat tussen de gekozen grond en de mogelijk daartegen aan te voeren weerlegging (11.2.2), en dat de ene weerlegging een sterker 'kerend' karakter heeft dan de andere (11.2.3 en 11.2.4). Uit het model blijkt verder dat er een samenhang is tussen de gekozen grondslag van de claim, de daartegen gevoerde weerlegging en het succes van de claim (11.2.5).

11.3.2 Wat aanvulling behoeft

Uit het model blijkt welke stap moet worden gemaakt om van de feiten via de grond naar de conclusie te komen. De aangevoerde grond en zijn ondersteuning leiden tot een bepaalde krachtaanduiding die aan de conclusie voorafgaat.

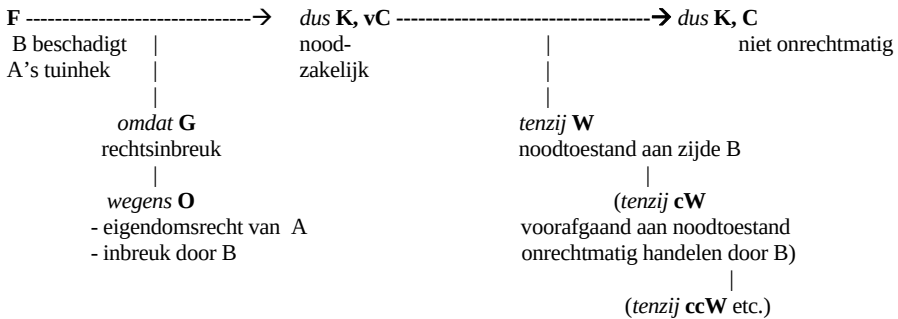
In het model van Toulmin wordt de weerlegging onder deze krachtaanduiding geplaatst. Dat is op zichzelf begrijpelijk, omdat de weerlegging op haar beurt invloed uitoefent – tegengesteld aan die van de aangevoerde grond – op de krachtaanduiding en daarmee op het eindoordeel. Maar de eigen invloed van de weerlegging op de krachtaanduiding, die immers volgt uit de grond en zijn ondersteuning, komt door deze plaatsing in het model niet goed naar voren.

Het volledige model ziet er, beschreven aan de hand van het eerder gekozen voorbeeld,⁷⁶ zo uit:



76 In par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

Maar juist zou zijn om de krachtaanduiding die volgt op de grond en haar ondersteuning te plaatsen voor een voorlopige conclusie (**vC**). Daarna kan de weerlegging (en eventueel contraweerlegging) tot een nieuwe krachtaanduiding leiden en daarmee tot de slotconclusie. Dat ziet er aldus uit:



Wanneer na de voorlopige conclusie geen weerlegging van de grond volgt, is de voorlopige conclusie gelijk aan de eindconclusie. En wanneer een contraweerlegging wordt ingebracht tegen de weerlegging, is na de weerlegging nog geen sprake van een eindconclusie, maar van een nieuwe tussenconclusie, die opzij kan worden gezet door de contraweerlegging.⁷⁷

Deze aanvulling is noodzakelijk, omdat niet iedere grond een even sterke richtinggevende werking heeft,⁷⁸ en niet iedere weerlegging een even sterke kerende werking.⁷⁹ Door de werking van beide op de krachtaanduiding en op de conclusie een eigen plaats in het schema te geven, wordt die werking beter inzichtelijk gemaakt.

11.3.3 De verschillende domeinen: processuele dimensie

Het model is tot slot nog te karakteriseren op een wijze die voor de civilist relevant is in verband met de bewijsposities van partijen.

Het linker deel van het schema geeft de stellingen van de eisende partij weer. Dat gedeelte gaat – als we het hebben over onrechtmatigheid en rechtvaardiging, zoals in deze studie – over de *constructie* van de onrechtmatigheid:

⁷⁷ In zoverre is een duidelijke parallel aanwezig met het in par. 8.3.1 (*van Rome...*) geschetste Romeinsrechtelijke systeem, waar tegen de vordering (*intentio*) een bevrijdend verweer (*exceptio*) ingebracht kon worden, waartegen weer een *replicatio* aangevoerd kon worden, vervolgens een *duplicatio*, *triplicatio* etc.

⁷⁸ Daarover eerder in algemene zin par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

⁷⁹ Zie par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*) en 11.2.4 (*De samenhang tussen krachtaanduiding en weerlegging*). Zie nogmaals Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 149.

wat is nodig om een handeling tot een onrechtmatige te kunnen bestempelen? Kort gezegd is dan aan de orde het eerste gedeelte van artikel 6:162 BW lid 2: 'Als een onrechtmatige daad worden aangemerkt' De eisende partij voert de feiten en de gronden aan die tot toewijzing van zijn vordering moeten leiden.

In het rechter deel van het model staat centraal datgene wat kan worden ingebracht tegen het gevolg van een geslaagd beroep van eiser op een bepaalde rechtsgrond: het (voorlopige) oordeel dat een handeling onrechtmatig is. Dit deel van het schema omvat dat wat tot het domein van verweerder behoort. Kort gezegd: het slot van artikel 6:162 lid 2: '... een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. Men kan dat de *deconstructie* van de onrechtmatigheid noemen, en het keerpunt van het aanvankelijke oordeel dat de handeling onrechtmatig is.⁸⁰

Aan de rechterzijde staan ook de contraweerleggingen, die (kunnen) opkomen als een weerlegging slaagt of dreigt te slagen. Processueel behoren deze juist weer tot het domein van de eisende partij. Nieuwenhuis heeft eens opgemerkt over de rechtsregel als agenda dat het voordeel van een goede agenda is dat duidelijk wordt aangegeven wie wat op welk moment ter sprake kan brengen.⁸¹ Het model van Toulmin maakt dat grafisch inzichtelijk.

11.3.4 Afronding en overgang naar wat volgt

Met de beschrijving van het schema van Toulmin is een weergave gegeven van de wijze waarop de oordeelsvorming over een beweerdelijk onrechtmatige handeling plaatsvindt. Nu het grote geheel is geschetst, wordt het tijd in te zoomen op de rol die het handelen op grond van een rechtvaardiging speelt bij de oordeelsvorming. Bij de beschrijving van die rol wordt opnieuw teruggegrepen op de onderscheidingen die eerder in deze studie zijn gemaakt en de begrippen die zijn geformuleerd. De in de voorgaande hoofdstukken uitgezette lijnen worden nu dus bijeengenomen en in de context van het beoordelingsmodel geplaatst.

80 De door mij beschreven constructie en deconstructie van onrechtmatigheid kan men ook omschrijven als positieve en negatieve condities voor aansprakelijkheid (uit onrechtmatige daad, in dit geval). Zo: Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, bijv. p. 16-17, met verwijzing naar Hart.

81 Nieuwenhuis, 'Hoe bestaat een recht?', in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 54. Daarover eerder hierboven in hoofdstuk 8 (zie par. 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen*)).

11.4 FOCUS OP DE WEERLEGGING: DE INGEROEPEN RECHTVAARDIGING

11.4.1 De samenhang tussen krachtaanduiding en weerlegging

Blijkens het model van Toulmin bestaat een relatie tussen de weerlegging en de krachtaanduiding die voor de claim wordt geplaatst en tegen de grond aangevoerde weerlegging. In termen van rechtvaardigingen: de ene rechtvaardiging heeft een sterkere invloed op de krachtaanduiding (en daarmee op het succes van de claim) dan de andere.⁸²

Op dit punt van het betoog wordt onderzocht wat de kracht van de weerlegging bepaalt. Daarvoor keren we terug naar het tweede gedeelte van dit boek, waar de verschillende typen rechtvaardigingen werden onderscheiden. In de hoofdstukken 3 tot en met 5 is een indeling gemaakt naar de verschillende typen rechtvaardigingen, die alle een ander rechtsgevolg hebben. Sommige rechtvaardigingen strekken ertoe dat de kwalificatie van de daad verandert in rechtmatig, in plaats van onrechtmatig. Andere ingeroepen rechtvaardigingen hebben deze strekking niet, maar zij kunnen op een andere wijze meewerken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling.

11.4.2 De volledige rechtvaardiging

Allereerst zijn onderscheiden: de volledige rechtvaardigingen, die op zichzelf in staat zijn het voorlopige oordeel dat een handeling onrechtmatig is te veranderen in het oordeel dat de handeling rechtmatig is.⁸³ Het gaat om de volgende, klassieke, rechtvaardigingsgronden.

Noodweer. Dit is de bevoegdheid die men heeft om een dreigende aanval af te weren van zichzelf of van een ander. Wie handelt in noodweer, vervangt in wezen de overheid bij haar taak burgers te beschermen. Handelen in noodweer is gerechtvaardigd, rechtmatig handelen.⁸⁴

Wettelijk voorschrift of bevoegdheid/ambtelijk bevel. Wettelijke voorschriften en ambtelijke bevelen moeten worden opgevolgd. Wie aan deze verplichting gehoor geeft, handelt rechtmatig. Wie zich kan beroepen op een wettelijke bevoegdheid, handelt eveneens rechtmatig. Uiteraard geldt een en ander alleen voorzover handelen blijft binnen de grenzen en strekking van het voorschrift/bevel/de bevoegdheid.⁸⁵

82 In dezelfde zin – en hierboven reeds aangehaald – Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 149, die over de verschillende door hem beschreven algemene verweren schrijft: ‘Most of these defences are of general application (...). Some of them (...) destroy altogether the claim (...), others (...) have a weaker effect.’

83 Over de volledige rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

84 Over noodweer zie verder par. 3.4 (*Noodweer*).

85 Over het wettelijk voorschrift zie par. 3.5 (*Wettelijk voorschrift of bevoegdheid*). Over het ambtelijk bevel zie par. 3.6 (*Ambtelijk bevel*).

Noodtoestand. Van noodtoestand is sprake als men schade toebrengt om een hogere plicht na te komen. Reeds uit het feit dat men geconfronteerd met twee conflicterende belangen, voor het hoogste heeft gekozen, volgt dat de handeling niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Handelen in noodtoestand is rechtmatig handelen.⁸⁶

Zaakwaarneming. Een belangrijke in het burgerlijk wetboek geregelde rechtvaardigingsgrond, is behoorlijke zaakwaarneming. Wie zich inlaat met het behartigen van het belang van een ander, op een redelijke grond, pleegt een door het recht gewenste en daarom rechtmatige handeling.⁸⁷

Wie beschikt over een zo sterke weerlegging – als een volledige rechtvaardiging – van de aangevoerde rechtsgrond, zal zich succesvol kunnen verweren tegen de claim waartoe de grond is aangevoerd. Een sterke weerlegging als de volledige rechtvaardiging laat de krachtaanduiders dus dalen naar nul.⁸⁸

11.4.3 De onvolledige rechtvaardiging

Een tweede type rechtvaardiging is de onvolledige rechtvaardiging,⁸⁹ die de handelende weliswaar de bevoegdheid tot handelen verleent, maar niet de strekking heeft de daad tot een rechtmatige te verklaren.⁹⁰ Een dergelijke rechtvaardiging is dan ook onvoldoende sterk om op zichzelf het succes van de claim aan te tasten. Een onvolledige rechtvaardiging alleen kan de krachtaanduiders dus nooit tot nul laten dalen. Maar samen met andere omstandigheden kan deze rechtvaardiging het succes van de claim mogelijk wel ondermijnen. Om een in hoofdstuk 4 gegeven voorbeeld aan te halen:⁹¹ wie op zijn eigen grond een opstal bouwt en daarmee schade toebrengt aan een belendend pand, zal zich tegen een schadevergoedingsactie van de buurman niet met succes kunnen verweren door zich te beroepen op zijn eigenaarsrecht. Maar wie daarnaast ook rekening heeft gehouden met de belangen van de ander – bijvoorbeeld heeft aangeboden om de schade te vergoeden, of heeft aangeboden maatregelen te treffen om schade aan het pand van de ander te voorkomen – kan ontkomen aan toewijzing van de schadevergoedingsclaim en heeft met zijn weerlegging de krachtaanduiders verder weten terug te brengen.

Bij de beoordeling van de kracht van de onvolledige rechtvaardiging zal het dus gaan om de weging van de overige omstandigheden van het geval.

⁸⁶ Over noodtoestand zie uitgebreid par. 3.7 (*Noodtoestand*).

⁸⁷ Over zaakwaarneming zie par. 3.10 (*Zaakwaarneming*).

⁸⁸ Althans: in principe, want een sterke contraweerlegging (bijvoorbeeld een beroep op de omstandigheid dat de handelende zich door zijn eigen onrechtmatige daad in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht), kan de krachtaanduiders weer doen stijgen.

⁸⁹ Over de onvolledige rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

⁹⁰ Zie daarover uitgebreid par. 4.1 (*Twee typen onvolledigheid*).

⁹¹ Zie par. 4.2.2 (*Bevoegdheden in de private sfeer*).

Hoe de onrechtmatigheid van de handeling wordt beoordeeld, is afhankelijk van de wijze waarop is gehandeld, naast de aanwezigheid van de ingeroepen bevoegdheid. Van doorslaggevend belang daarbij zal zijn het antwoord op de vraag op welke wijze de handelende rekening heeft gehouden met de belangen van de benadeelde. Wanneer op een voldoende wijze rekening is gehouden met de belangen van anderen, is rechtmatig gehandeld. Er is in dat geval niets aan te merken op het handelen van de handelende. Hij had immers een bevoegdheid, daarnaast heeft hij zich zorgvuldig gedragen ten opzichte van derden. Wanneer onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van anderen, zal de daad als onrechtmatig worden aangemerkt. De handelende had in dat geval weliswaar een bevoegdheid de handeling te verrichten. Maar deze bevoegdheid is op zichzelf onvoldoende om te bewerkstelligen dat het oordeel over de handeling verandert van onrechtmatig naar rechtmatig. Daarnaast moet op een zorgvuldige wijze zijn omgesprongen met de belangen van anderen. Als dat onvoldoende is gebeurd, is de handeling als gezegd onrechtmatig, en de handelende tot schadevergoeding verplicht.

Hieraan moet worden toegevoegd dat een rechtvaardiging die niet toereikend is om de ene claim te weerleggen, krachtig genoeg kan zijn in verband met een andere claim. Dat is hierboven, bij de bespreking van het verband tussen de grond, zijn weerlegging en de gekozen vordering, al aan de orde geweest.⁹²

11.4.4 De voorwaardelijke rechtvaardiging

Als derde is onderscheiden de voorwaardelijke rechtvaardiging.⁹³ Deze rechtvaardiging is een succesvol verweer tegen de claim en brengt de krachtaanduiders dus terug tot nul, maar het voortbestaan van de rechtvaardiging is niet zeker op het moment dat de rechtvaardiging wordt ingeroepen. Dat betekent dat de claim weliswaar zal worden afgewezen, maar dat daarmee niet vaststaat dat latere omstandigheden die afwijzing niet 'omver' kunnen halen. De krachtaanduiders wordt dus gereduceerd, maar of dat zo blijft, is onzeker. De reductie van de krachtaanduiders is dus – met de rechtvaardiging – een voorwaardelijke.

11.4.5 Conclusie

Een belangrijke factor die de kracht van de weerlegging bepaalt, is de aard van de ingeroepen rechtvaardiging. Een volledige rechtvaardiging heeft een sterke 'kerende' kracht tegen de aanvankelijke beoordeling van een handeling

⁹² Zie par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*).

⁹³ Over de voorwaardelijke rechtvaardigingen: zie hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

als onrechtmatig. Bij een onvolledige rechtvaardiging hangt de kracht van de weerlegging af van de andere omstandigheden van het geval. Daarbij zal met name relevant zijn in hoeverre rekening is gehouden met de belangen van anderen (potentieel benadeelden) bij de uitoefening van de bevoegdheid waarop men zich beroept. Bij een voorwaardelijke rechtvaardiging is, net als bij een volledige rechtvaardiging, sprake van een sterke 'kerende' kracht. Maar die kracht is slechts voorwaardelijk. Het eindoordeel dat de handeling rechtmatig is, kan vervallen als de ingeroepen rechtvaardiging later vervalt.

11.5 BIJZONDERE OMSTANDIGHEDEN IN GEVAL VAN EEN BEROEP OP EEN RECHTVAARDIGING

11.5.1 Inleiding

Hierboven is het gegeven besproken dat de keuze voor een bepaalde grond van de claim mede bepalend is voor de keus van de te voeren verweren/weerleggingen.⁹⁴ De selectie van de grond voor de vordering impliceert dus welke verweren tegen die vordering nog mogelijk zijn.

Voordat de aandacht wordt gericht op die verweren, en de focus definitief op de weerlegging van de grond komt te liggen, is het goed nog stil te staan bij de factoren die naast de gekozen grond een rol kunnen spelen bij de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel in een situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging. Over die laatstbedoelde situatie en over de omstandigheden waarin een beroep op een rechtvaardiging moet worden gedaan, is in het voorgaande veel geschreven. Hoofdstuk 6 opende met de volgende tekst:

'Wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond, bevindt zich in een benarde situatie. Hij ziet zich bijvoorbeeld gedwongen een snelle keuze te maken tussen twee conflicterende belangen (noodtoestand), of is (het komt uiteindelijk op hetzelfde neer) genoodzaakt zich te verweren tegen een plotselinge aanval op zijn persoon of goed (noodweer). Wie in zulke omstandigheden verkeert, is niet te benijden. En voor wie in die omstandigheden schade toebrengt, is begrip op te brengen.'

Handelen op grond van een rechtvaardiging is dikwijls handelen in een noodsituatie. Dat betekent dat aan de handelende partij niet de allerhoogste eisen met betrekking tot zijn gedrag kunnen worden gesteld. Dikwijls mag men al blij zijn *dat* de handelende optreedt. Hij slaat bijvoorbeeld een ruit van een brandend huis in om een beklemd inwoner te redden (noodtoestand), of hij schopt een bedreiger van een derde het pistool uit handen (noodweer).

94 In par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*).

De omstandigheid dat wordt opgetreden op grond van een rechtvaardiging, kan op zichzelf een relevante omstandigheid zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen. Ook in situaties waarin het handelen niet geheel aan de daaraan te stellen normen voldeed, of een van de ingeroepen contraweerleggingen dreigt te slagen.

In dit verband kan worden teruggegrepen op een karakterisering die eerder in deze studie werd gegeven.⁹⁵ Nadat alle klassieke rechtvaardigingsgronden beschreven waren, is opgemerkt dat het in gevallen waarin een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan, vaak gaat om een situatie, die plotseling ingrijpen noodzakelijk maakt, terwijl die situatie niet door de handelende zelf veroorzaakt is en waarbij dikwijls wordt gehandeld ter behartiging van het belang van een derde. Precies deze aspecten zullen mijns inziens een belangrijke rol kunnen spelen bij beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Ze zullen daarbij meewegen in het voordeel van de handelende persoon. Ze worden nu besproken.

11.5.2 De noodzaak snel op te treden

Degene die zich moet beroepen op een rechtvaardiging, heeft vaak moeten handelen in een lastige situatie, die plotseling is ontstaan en snel ingrijpen vereiste. De noodzaak om een keuze te maken, terwijl voor het maken van die keuze en het overwegen van alternatieven maar weinig tijd beschikbaar is, brengt mee dat het handelen met een zekere mildheid moet worden beschouwd. Vooral bij noodweer en noodtoestand zal dit vaak een relevante factor zijn.

Weliswaar hoeft de handelende niet de allerbeste oplossing uit de penibele situatie te kiezen; slechts een redelijke, die een redelijk handelend mens zou hebben gekozen in dergelijke omstandigheden. Maar daarbij is het goed om oog te hebben en houden voor het gegeven dat ook de handelende door de situatie wordt overvallen, vaak buiten zijn schuld. De indringende documentaire 'Noodweer. Ik ben niet begonnen' van Hans Pool laat zien dat in veel spraakmakende noodweergevallen de gevolgen van de noodweer ook voor de noodweerder vaak dramatisch en traumatisch zijn – zozeer dat Pool politie en justitie oproept voorzichtiger om te gaan met mensen die uit noodweer handelen.⁹⁶ Met deze verwijzing wordt hier niet bedoeld een pleidooi te houden voor eigenrichting of voor een al te soepele houding tegenover de noodweerder. Maar ik bepleit wel begrip voor degene die door de omstandig-

⁹⁵ Zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten eigen belang*).

⁹⁶ Besproken in *Trouw* van 1 september 2020 (p. 16) door Renate van der Bas. De documentaire is te zien op 2doc.nl, waar ook een gesprek met regisseur Pool naar aanleiding van de documentaire te vinden is.

heden wordt gedwongen tot een snelle actie en dan een uitweg kiest waarop het een en ander aan te merken valt.

11.5.3 De niet zelf veroorzaakte situatie

Bij handelen op grond van een rechtvaardiging is vaak sprake van een van buiten komende oorzaak die tot het handelen dwingt.

Zo is bij noodweer per definitie sprake van een aanval door een ander. Ook bij noodtoestand gaat het dikwijls om een situatie aan het ontstaan waarvan de handelende geen deel had – zoals in Meijers' noodtoestand-casus van de deken die door iemand uit handen van een ander wordt gerukt om een brand te stoppen die een derde met de dood bedreigt.⁹⁷ Ook bij zaakwaarneming zal het meestal gaan om een situatie die niet is veroorzaakt door de handelende zelf, maar waar ingrijpen ten behoeve van de belanghebbende wel dringend geboden is – zoals in de zaak van het tussen de liftdeuren beklemd geraakte hondje, die in het volgende hoofdstuk zal worden besproken.⁹⁸

In deze omstandigheden meen ik dat reden bestaat om minder snel tot aansprakelijkheid van de handelende persoon te concluderen. Daartoe zal zeker reden bestaan als het ingrijpen wordt veroorzaakt door een oorzaak die niet alleen buiten de handelende persoon ligt, maar ook wordt veroorzaakt door degene tegen wie de rechtvaardiging wordt ingeroepen. Een aanknopingspunt voor die gedachte is te vinden in de rechtspraak over uitlokking. Een sprekend voorbeeld biedt de zaak van de getergde restauranthouder Boudeling, die zijn gast Taams een klap geeft nadat hij door diezelfde gast in het gezicht was gekrabd. Voorafgaand aan deze schermutseling had Taams samen met een andere bezoeker voortdurend kritiek gehad op het eten en de wijn, en wekten ze bij Boudeling de indruk te willen vertrekken zonder te betalen. De Hoge Raad overweegt over de onrechtmatigheid van het handelen van de restauranthouder:

'In de eerste plaats heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling – hoewel het geven van een klap in beginsel een onrechtmatige daad opleverde – zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was.'⁹⁹

97 In HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 (*Vernietiging tuberculeus vlees*), m.nt. E.M. Meijers op p. 1553.

98 In par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*) en 12.3.5 (*Zaakwaarneming*).

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

Vooral in situaties van noodweer zal nogal eens sprake kunnen zijn van uitlokking.¹⁰⁰

11.5.4 Dikwijls gehandeld ten behoeve van een derde

Handelen op grond van een rechtvaardiging is in een groot aantal gevallen handelen ten behoeve van een ander. Bij zaakwaarneming – het behartigen van eens anders belang – is dat per definitie zo. In geval van noodweer kan het gaan om de zelfverdediging, maar ook om de verdediging van ‘eens anders lijf, eerbaarheid of goed’ (artikel 41 lid 1 Sr).

De omstandigheid dat een handeling is gepleegd in het belang van een ander dient mijns inziens een belangrijke factor te zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Hierboven, in hoofdstuk 7, is aan de hand van de proportionaliteitstoets aangegeven waarom de zorgvuldigheidsnorm in bepaalde omstandigheden verlaagd of verhoogd is.¹⁰¹ Dat is in verband gebracht met het doel van de handeling, dat een verlichting dan wel aanscherping van de aan de handeling te stellen zorgvuldigheidseis kan meebrengen. Een schadeveroorzakende handeling waarmee een ongeoorloofd doel wordt nagestreefd, zal snel onrechtmatig zijn.¹⁰² En een handeling waarmee alleen het eigenbelang wordt nagestreefd,¹⁰³ zal eerder onrechtmatig zijn dan een handeling waarvan beide partijen profiteren,¹⁰⁴ of een handeling die uitsluitend in het belang van een ander wordt verricht.¹⁰⁵

Zo zal in het algemeen handelen uit altruïsme meebrengen dat minder strenge eisen aan het gedrag van de handelende persoon kunnen worden gesteld en dus minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen. Anders gezegd: altruïsme moet worden beloond. Wie bij een reddingsactie schade veroorzaakt, zal daarvoor niet snel aansprakelijk mogen worden gehouden.

100 Over uitlokking zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, JA 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke onder 4. Zie verder de verwerving van het beroep op uitlokking door Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2667 (*Letselschade na caféruzie*), r.o. 4.5.

101 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

102 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

103 Dat ervoer circusexploitant Mullens, die zich ‘ter opluistering van zijn voorstelling’ bediende van ‘onervaren lieden’ uit het publiek, door deze een gevaarlijke rit op een ongezadelde ezel door de piste te laten maken. Zie HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (*Circusezel*), r.o. 3.3. Daarover par. 7.5.2.3 (*Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang*).

104 Zoals in sport-en-spel-situaties, waar het scheppen van een zeker schaderisico is toegestaan. Zie daarover par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*), met verwijzing naar rechtspraak. De normverlichting geldt alleen tussen deelnemers, niet tegenover passanten, zie eveneens par. 7.5.2.4, met verwijzingen naar o.m. Digesten 9,2,9,4 en naar rechtspraak.

105 Zie daarover par. 7.5.2.5 (*Handeling in het belang van een ander: altruïsme*).

En wie bij zo'n actie zelf schade lijdt, zal deze – zo dat maar mogelijk is – vergoed moeten krijgen.¹⁰⁶

11.5.5 De correctie-Langemeijer

In het bovenstaande is gepleit voor het in acht nemen van een zekere mildheid bij de beoordeling van het gedrag van degene die actief moet optreden in een benarde situatie – zoals vaak het geval is bij een beroep op een rechtvaardiging.

Men zou die gedachte kunnen onderbouwen met de correctie-Langemeijer, of van een 'omgekeerde correctie-Langemeijer'; niet toegepast op de onrechtmatige daad, maar op haar rechtvaardiging. Die toepassing is hierboven – bij de bespreking van de relativiteit – uitgewerkt, en wordt nu nog kort herhaald.¹⁰⁷

Volgens Langemeijer kan de overtreding van een norm die in het te beoordelen geval geen onrechtmatigheid jegens de benadeelde meebrengt, een factor zijn bij het oordeel over de schending van een zorgvuldigheidsnorm die wellicht wel onrechtmatig jegens deze laatste meebrengt, omdat

'het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kán zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden, wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels'.¹⁰⁸

Evenzo zou mijns inziens moeten gelden in het omgekeerde geval waarin de dader een in principe rechtmatige daad begaat, waarbij hij ook iets laakbaars doet, bijvoorbeeld zichzelf in de te rechtvaardigen situatie brengen. Het feit dat hij zich in beginsel zou kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond, is een omstandigheid die meeweegt bij het oordeel over de zorgvuldigheid van zijn handelen.

Anders dan in het Tandartsen-geval, zal dit uiteraard een factor zijn die meeweegt in het *oordeel* van de aansprakelijk gestelde persoon.

11.5.6 *Margin of appreciation*

Uit de zojuist besproken omstandigheden blijkt dat degene die handelt op grond van een rechtvaardiging vaak vanuit een moeilijke positie moet optre-

106 Op de grondslag van de vergoedingsplicht, zowel in het geval de handelende schade veroorzaakt, als wanneer hij schade lijdt, wordt ingegaan in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

107 Zie daarover ook par. 10.7.2 (*Toepassing in geval van rechtvaardigingen*).

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

den. Een positie waarop hij niet was voorbereid en die hij niet zelf heeft veroorzaakt. En waarbij zijn optreden handelen gunstig kan zijn voor anderen. Aan de handelende zal in zo'n geval een zekere beoordelingsruimte – *margin of appreciation* – toekomen om een uitweg te kiezen uit de lastige situatie.¹⁰⁹

Voor het oordeel over de onrechtmatigheid van het handelen zouden de genoemde factoren – zeker als ze tezamen aanwezig zijn – er mijns inziens toe moeten leiden dat minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen, ook als het handelen niet aan de hoogste normen voldoet. Anders gezegd: voor de beoordeling van het optreden van wie zich op een rechtvaardiging moet beroepen, geldt een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel.

11.6 FOCUS OP DE CONTRAWEERLEGGING VAN DE RECHTVAARDIGING

11.6.1 De toets van het gehanteerde middel

Wanneer de door de eiser aangevoerde grond – onrechtmatige daad – van de zijde van de gedaagde is weerlegd met een geslaagd beroep op een rechtvaardiging, heeft de eiser nog de mogelijkheid om de redenen aan te voeren waarom in dit geval het beroep op de rechtvaardiging niet kan slagen. Het gaat dan om de contraweerleggingen, die in deze laatste paragrafen worden belicht.

Zo zal een rol kunnen spelen het gedrag van de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling. Als iemand de te rechtvaardigen situatie (mede) zelf in het leven heeft geroepen, zal met die omstandigheid rekening kunnen worden gehouden bij het oordeel of de ingeroepen rechtvaardiging slaagt. Dat vloeit voort uit de *culpa in causa*-gedachte.¹¹⁰

Ook zal een rol kunnen spelen het doel van de te rechtvaardigen handeling, de schadelijkheid van het daartoe gehanteerde middel, het bestaan van alternatieven om de schade te voorkomen en de aard en de ernst van de toegebrachte schade. Dat alles berust op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹¹¹

Daarnaast zal ook de strekking van de ingeroepen rechtvaardiging een rol kunnen spelen. Niet iedere rechtvaardiging strekt tot bescherming van de handelende, bijvoorbeeld omdat de rechtvaardiging slechts strekt tot het toebrengen van schade aan een bepaalde kring van personen, een bepaald type schade of een bepaalde wijze van schadetoebrenging. Dit berust op het beginsel van de relativiteit van de rechtvaardiging.¹¹²

109 Zie daarover reeds par. 7.7.3 (*Margin of appreciation*), 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*).

110 Het leerstuk is uitgebreid besproken in hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

111 Die in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*) behandeld zijn.

112 Zie daarover hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

Met al deze contraweerleggingen beoogt de eiser een nadere toets van de door de gedaagde ingeroepen rechtvaardiging. Het bij de te rechtvaardigen handeling gebruikte middel wordt daarbij bezien, en ook de wijze waarop de gedaagde zich bij de uitvoering van zijn te rechtvaardigen handeling heeft gedragen. Deze kwesties zijn uitvoerig besproken in de eerdere delen van deze studie, en worden verkort weergegeven in de nu volgende paragrafen.

11.6.2 De rol van het voorafgaand handelen

In hoofdstuk 6 is het beginsel van *culpa in causa* besproken: wie zichzelf in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht, heeft mogelijk geen beroep op een rechtvaardiging. De toepassing van het beginsel wordt nu nader bezien. Welk effect de aanwezigheid van *culpa in causa* heeft op het succes van een beroep op een rechtvaardiging, hangt af van hetgeen is voorgevallen voorafgaand aan de te rechtvaardigen handeling.

Daarbij gaat het om de wisselwerking tussen verwijt en rechtvaardiging van de handelende persoon.¹¹³ Naarmate het verwijt aan de handelende – de omstandigheid dat en de mate waarin hij heeft bijgedragen aan de te rechtvaardigen situatie – ernstiger is, zal minder reden bestaan zijn beroep op een rechtvaardiging te honoreren. Doorslaggevend is dus de ernst van het verwijt dat de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie is te maken.

Wanneer aan de te rechtvaardigen handeling een onrechtmatige daad voorafgaat, en de te rechtvaardigen handeling als gevolg van de onrechtmatige daad te beschouwen is, komt men aan een beoordeling van de rechtvaardiging niet meer toe.¹¹⁴ In hoofdstuk 6 is het voorbeeld gegeven van de automobilist die met een snelheid van zo'n 70 km/u over de weg rijdt en een brandende aansteker naar de achterbank reikt, om daar iemand een vuurtje te geven. Wanneer de automobilist zich brandt en daardoor de macht over het stuur verliest en een ander aanrijdt, kan hij zich om die reden niet op overmacht of andere rechtvaardiging beroepen.¹¹⁵ Andere voorbeelden van onrechtmatig handelen, voorafgaand aan de te rechtvaardigen gedraging zijn: het schietend naar buiten gaan, wanneer men weet dat zich daar iemand bevindt.¹¹⁶ Of de casus van de klant die de eigenaar van de fietswinkel neersteekt, vervolgens in de fietswinkel blijft staan, waarna hij wordt belaagd door personeels-

113 Zie par. 6.3.6 (*De middenweg: verwijt en rechtvaardiging*).

114 Zie par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*).

115 Rb. Utrecht (Strafkamer) 1 februari 1957, ECLI:NL:RBUTR:1957:4, NJ 1957/521 (*Vuurtje naar de achterbank*), waarover uitgebreider in par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*).

116 HR 25 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5755, NJ 1976/507 (*Cabbollet/Suylen*), besproken in paragraaf 6.6.5 (*Subsidiariteit*).

leden.¹¹⁷ Dat de medewerkers de eigenaar van de winkel te hulp zullen komen is te verwachten, wanneer men deze eigenaar neersteekt. Als de klant vervolgens een van deze medewerkers doodsteekt, kan de klant zich niet op noodweer beroepen. Deze 'noodweer'-situatie is immers een rechtstreeks en voorzienbaar gevolg van de onrechtmatige daad van de klant: het neersteken van de eigenaar.

Het oordeel over de onrechtmatigheid in dit soort situaties kan worden beredeneerd via een redenering gebaseerd op anterieure onrechtmatigheid, door uitleg van de vereisten van de ingeroepen rechtvaardigingsgrond, of via toepassing van de subsidiariteitseis. Deze redeneringen hoeven elkaar niet uit te sluiten. In de casus van de vechtende gedetineerden zijn ze allemaal te herkennen. Van Veen geeft ze kernachtig weer in zijn noot onder het arrest:

'Het beroep op noodweer is door het Hof verworpen omdat de verdachte de eerste klap heeft uitgedeeld, het trekken van een mes niet noodzakelijk was ter verdediging in de door hem uitgelokte vechtpartij en de verdachte de hulp van bewakers had kunnen inroepen.'¹¹⁸

De ontzegging van het beroep op noodweer wordt gegrond op achtereenvolgens: anterieure onrechtmatigheid, uitleg van artikel 41 Sr, uitlokking (*culpa in causa*) en toetsing aan de subsidiariteitseis. De redeneringen leiden tot dezelfde uitkomst: het handelen van de verdachte voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 41 Sr. Hem komt geen beroep op noodweer toe. Civielrechtelijk zou het oordeel, naar aan te nemen valt, niet anders luiden.¹¹⁹ In de hier besproken gevallen is een onrechtmatige daad gepleegd voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie. De contraweerlegging zal in dat geval slagen.¹²⁰

Buiten dit type situaties, dus buiten het geval van een duidelijk onrechtmatig handelen dat uiteindelijk leidt tot de noodzaak een beroep op een

117 De casus is ontleend aan HR (Strafkamer) 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7960, NJ 2001/11 (*Doodsteken medewerker fietswinkel*), besproken in par. 6.6.4 (*Uitleg rechtvaardigingsgrond*).

118 Van Veen, annotatie bij HR (Strafkamer) 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6343, NJ 1979/50 (*Vechtende gedetineerden*), p. 129, r.k.

119 Zie daarover par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*). Civielrechtelijk zou het oordeel ook vanuit de relativiteitsgedachte beredeneerd kunnen worden, in die zin dat de handelende zich door zijn eigen bijdrage aan de te rechtvaardigen situatie aan de bescherming van de rechtvaardiging heeft onttrokken, zie par. 6.6.6 (*Relativiteit*) e.v. Hierna, in par. 11.6.4, komt het beroep op het relativiteitsbeginsel als contraweerlegging apart aan de orde.

120 De daad is dan onrechtmatig. Bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting kan de omstandigheid dat gehandeld is op grond van een rechtvaardiging vervolgens nog een rol spelen. Dat komt aan de orde in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

rechtvaardiging te doen, zal laakbaar gedrag van de handelende mijns inziens niet snel prohibitief mogen zijn voor het beroep op de rechtvaardiging. Dat is hierboven al betoogd.¹²¹ In een dergelijke situatie zullen de omstandigheden waaronder de handeling plaatsvond van belang zijn. Bij het oordeel over de onrechtmatigheid zullen het aan de handelende te maken verwijt en de rechtvaardigende omstandigheden tegen elkaar worden afgewogen.

In veel gevallen heeft de handelende voorafgaand aan de te rechtvaardigen situatie onhandig of ongelukkig gehandeld, maar is dit handelen onvoldoende ernstig om op zichzelf al een beroep op een rechtvaardiging te blokkeren. Zoals de Ajaxsupporter die met een Ajaxpetje in het Feyenoordvak gaat zitten. Het dragen van een Ajaxpetje is op zichzelf niet onrechtmatig. Het is wellicht niet erg verstandig om met een Ajaxpetje tussen de Feyenoordsupporters te gaan zitten. Maar het maakt de voetbalfan nog niet rechteloos wanneer hij door supporters van de tegenpartij belaagd wordt. Mijns inziens komt hem een beroep op noodweer in principe toe.¹²²

In dezelfde sfeer ligt het geval van de aanhanger van de politieke partij die zich als zodanig herkenbaar begeeft in het kamp van de rivaliserende politieke partij. Wanneer hij daar wordt belaagd door aanhangers van de andere partij, komt hem in principe een beroep op noodweer toe.¹²³ Ook de schrikachtige en niet geheel juiste reactie van de automobilist, acht ik niet voldoende ernstig om de automobilist een beroep op een rechtvaardigingsgrond te ontfeggen.¹²⁴

In de zojuist besproken gevallen zou ik de handelende derhalve een beroep op een rechtvaardiging toestaan. Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat de omstandigheid dat de handelende in dit geval niet geheel *comme il faut* heeft gehandeld, uiteraard meeweegt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van zijn gedraging.¹²⁵ Wanneer de handelende daarnaast niet geheel in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit heeft gehandeld, is het goed voorstelbaar dat om deze redenen de handeling alsnog onrechtmatig moet worden geacht. In dat geval slaagt de contraweerlegging.

121 Zie par. 6.6.3 (*Geen voorafgaande onrechtmatige daad*).

122 Anders: Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* (1987), p. 45. De visie van Strijards is uitgebreid besproken in par. 6.3.2 (*Uitgangspunt van Strijards: het verwijt*).

123 Anders: HR (Strafkamer) 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, NJ 1989/389 (*Verkiezingen op Aruba*). De zaak is hierboven besproken in par. 6.6.3 (*Geen voorafgaande onrechtmatige daad*).

124 Anders: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 135.

125 Zie daarover hierboven in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

11.6.3 Proportionaliteit en subsidiariteit

In hoofdstuk 7 zijn de beginselen van de proportionaliteit en subsidiariteit besproken. Ook al heeft iemand in principe een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een andere bevoegdheid, dan zal de daad alleen als rechtmatig kunnen worden aangemerkt, wanneer de bevoegdheid op een zorgvuldige wijze is uitgeoefend.

Dat betekent dat de handelende bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid niet bovenmatig veel schade mag toebrengen,¹²⁶ en zich bovendien moet bezinnen op minder schadelijke alternatieven voor zijn handeling.¹²⁷ Wanneer aan deze eisen niet is voldaan, zal de handeling alsnog als onrechtmatig worden aangemerkt. Van dat laatste zal sprake kunnen zijn als een te zwaar middel is ingezet om het dreigende gevaar te bezweren,¹²⁸ of juist een veel te licht middel.¹²⁹

Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vloeit verder voort dat een bepalende factor voor het onrechtmatigheidsoordeel is het doel van de handeling waarbij de schade is toegebracht. Wanneer het gaat om een handeling zonder rechtvaardigend doel, of een handeling waarbij uitsluitend het belang van de handelende is nagestreefd,¹³⁰ zal de handeling snel als onrechtmatig worden aangemerkt. Als de schade is toegebracht bij een handeling waarbij beide partijen betrokken waren en zij er beiden profijt van hadden,¹³¹ zal dat een reden zijn om minder snel aansprakelijkheid aan te nemen, zoals in sport en spelsituaties. Wanneer een handeling (nagenoeg) geheel uit altruïstische motieven is begaan,¹³² zal niet snel tot aansprakelijkheid van de handelende kunnen worden geconcludeerd.

Ook is het mogelijk dat de handelende weliswaar een beroep had op een rechtvaardiging, maar gebruik had kunnen maken van een veel beter middel dan hij in de gegeven situatie heeft gedaan. Te denken valt aan de aanwezigheid van een minder schadelijk middel, zoals in het geval van de seinwachter, die een automobilist gevangen hield tussen de spoorbomen, om de naam van de automobilist te achterhalen, terwijl hij had kunnen volstaan met het op-

126 Dit is de in par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*) besproken proportionaliteitseis.

127 Dit is de in par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*) besproken subsidiariteitseis.

128 Zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

129 Zie par. 7.2.6 (*Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel*).

130 Zie daarover par. 7.5.2.2 (*Handeling zonder rechtvaardigend doel*) en par. 7.5.2.3 (*Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang*).

131 Zie daarover par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*).

132 Zie daarover par. 7.5.2.5 (*Handeling in het belang van een ander: altruïsme*).

nemen van het kenteken.¹³³ Of de politieauto die dwars op de weg wordt geplaatst om een voortvluchtige de vluchtweg te versperren.¹³⁴

Het kan ook zijn omdat in plaats van een wettig een onwettig middel gekozen is, zoals in het geval van de lastige Zwanenburger, die in plaats van op een legale wijze te protesteren, de gang van het verkeer belemmert op een rijksweg.¹³⁵

Andere redenen waarom de handeling toch onrechtmatig kan zijn, is dat van vluchtmogelijkheden geen gebruik is gemaakt,¹³⁶ of dat in het geheel geen sprake was van een bedreigende acute situatie. Een bijzonder voorbeeld van dit laatste is de zaak van de man die de merel van zijn buurman met loog bespoot, omdat het dier door zijn gefluit hinder op zou leveren. In dit geval floot de merel echter reeds twee jaar. In zo'n situatie moeten er mogelijkheden bestaan om op een andere wijze de hinder te beëindigen dan door de merel het leven te benemen.¹³⁷

Kortom: wie een bevoegdheid heeft, moet deze op een zorgvuldige wijze – in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit – uitoefenen. Anders kan de handeling alsnog als onrechtmatig worden gekwalificeerd. In dat laatste geval slaagt de contraweerlegging.

Van de zijde van de handelende persoon die zich op de rechtvaardiging heeft beroepen, zal in het debat over de wijze waarop is gehandeld, in het kader van proportionaliteit en subsidiariteit uiteraard steeds de andere zijde van de zojuist besproken factoren worden benadrukt.

Zo zal om ernstig letsel te voorkomen, of een groot gevaar af te wenden ook een schadelijk middel mogen worden gehanteerd. Dat aspect wordt door Advocaat-Generaal Spier besproken in zijn conclusie voor het Uitsmijter-arrest,¹³⁸ waarin de portier van een disco probeert door het zwaaien met een ijzeren staaf probeert een bezoeker te ontzetten uit een groep waarvan gevaar uitgaat. Het zwaaien met die staaf is op zichzelf gevaarlijk, en zal (in de woorden van Spier) 'waarschijnlijk tot zeer ernstig letsel (...) leiden, zeker wanneer deze staaf – zoals blijktbaar in casu – op gezichtshoogte wordt rond-

133 Zie par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*). De casus is afkomstig uit HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, NJ 1941/189 (*Seinwachter*).

134 Zie eveneens par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*), en verder par. 10.4.5.1 (*Gevaarlijke wijze van uitvoering*). De casus is afkomstig van GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), NJ 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

135 Zie par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig middel*). De casus is terug te vinden in HR (Strafkamer) 7 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AJ3856, VR 1972/25 (*Lastige Zwanenburger*).

136 Zie daarover par. 7.3.5 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten*).

137 Anders: Rb. Rotterdam 18 juli 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:4, NJ 1913, p. 1133 (*Fluitende merel*), waarover in par. 7.3.6 (*Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten*).

138 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*), conclusie A-G Spier onder 3.24.

gezwaaid'. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid is dan onder meer van belang de ernst van het af te wenden gevaar:¹³⁹

'Opmerking verdient nog dat Eren heeft aangevoerd dat een pistool op korte afstand op hem was gericht en dat hij met de dood werd bedreigd (...). Die omstandigheid zou het grijpen naar een gevaarlijk wapen m.i. kunnen rechtvaardigen.'¹⁴⁰

Bij de beoordeling van proportionaliteit en subsidiariteit worden het doel van de handeling en het daartoe gebruikte middel dus betrokken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling. Afhankelijk van de weging van de verschillende omstandigheden zal een contraweerlegging op dit punt dus kunnen slagen.

11.6.4 Relativiteit

In het tiende hoofdstuk is het leerstuk van de relativiteit besproken. Zoals voor een actie uit onrechtmatige daad vereist is dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden,¹⁴¹ zo geldt omgekeerd voor een beroep op een rechtvaardiging dat deze moet dienen tot bescherming van handelende tegen een schadevergoedingseis vanwege de schade die hij heeft toegebracht.

Aan dit vereiste is niet voldaan, wanneer de ingeroepen rechtvaardiging in het geheel niet de strekking heeft het toebrengen van schade te rechtvaardigen. Dit is de kwestie van het beschermingsdoel van de rechtvaardiging, zoals hierboven besproken is in verband met verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden.¹⁴²

Relativiteit kan ook ontbreken als de toegebrachte schade buiten het beschermingsbereik van de rechtvaardiging valt. Dat kan zijn, omdat de rechtvaardiging niet kan worden ingeroepen tegen bepaalde personen; bepaalde soorten schade, of bepaalde wijze van intreden van schade. Van elk van deze beperkingen een korte aanduiding.

Een goed voorbeeld van de relativiteit van de rechtvaardiging in verband met de *personen* tegen wie men zich op deze rechtvaardiging kan beroepen is te vinden bij noodweer. Een beroep op noodweer kan men doen jegens de aanvaller. Ten opzichte van buitenstaanders kan men zich niet op noodweer beroepen. In het voorgaande is besproken de Duitse casus van de waard die

139 Onder meer. Het moet worden afgewogen tegen de kans dat door het zwaaien van de staaf iemand ietsel zou oplopen (concl. A-G Spier voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*), onder 3.25-3.26).

140 Conclusie van A-G Spier voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*) onder 3.27.

141 Zie artikel 6:163.

142 Zie par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*).

zich jegens een indringer moet verdedigen met een schietwapen. Jegens de onschuldige hotelgasten is het gebruik van een dergelijk gevaarlijk middel niet gerechtvaardigd.¹⁴³

Een voorbeeld van schade die gezien de *aard* buiten de rechtvaardiging valt, is te vinden bij de wettelijke bevoegdheid. De Wet Herstructurering varkenshouderij beoogt de productie van varkensmest te reguleren. Die regulering kan schade met zich meebrengen, maar dat wordt gerechtvaardigd door het algemene belang. Niet gerechtvaardigd wordt echter het toebrengen van ‘individuele en buitensporige’ schade aan enkele betrokken varkenshouders. Tegen dit soort schade biedt de ingeroepen rechtvaardiging geen bescherming.¹⁴⁴

Ten slotte kan de relativiteit van de rechtvaardiging ontbreken, gezien de *wijze van toebrenging* van de schade. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een ongeoorloofd middel bij schadetoebrenging is gebruikt. Zo’n middel werd aanwezig geacht toen een inrichting een psychiatrische patiënt op wie een separeermaatregel werd toegepast, dwong overdag zijn pyjama aan te houden. Juist voor deze patiënt was dit een heel pijnlijke maatregel omdat hij er zo graag netjes uitzag. Om die reden werd de wijze van schadetoebrenging aan de patiënt niet gerechtvaardigd door een beroep op noodtoestand.¹⁴⁵

11.7 TERUGBLIK, SAMENVATTING EN OVERGANG NAAR WAT VOLGT

11.7.1 Geschilbeslechting, Toulmin en PETL

In het achtste hoofdstuk van deze studie is onderzocht hoe de verschillende wijzen van rechtvaardigen (de analyserende en synthetiserende methode) theoretisch te plaatsen zijn. Daarbij is bezien wat hun waarde is bij het beslechten van geschillen (probleemoplossing) zoals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid en rechtvaardiging van een handeling in een procedure. De conclusie luidde dat de analyserende methode, waarbij normschending en rechtvaardiging uit elkaar werden getrokken, de voorkeur verdient.¹⁴⁶

In dit elfde hoofdstuk is bezien hoe de oordeelsvorming over onrechtmatigheid en rechtvaardiging praktisch plaatsvindt. Het argumentatiemodel van Toulmin biedt daartoe een belangrijk handvat, omdat het beschrijft op welke wijze juridische problemen in de praktijk worden opgelost. Aan de hand van dit model zijn alle elementen die bij de oordeelsvorming van belang zijn, en

143 Het voorbeeld is besproken in par. 10.3.2 (*Kring van personen*).

144 Zie par. 10.4.4 (*Soort schade*), het voorbeeld is ontleend aan HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Varkensmesters*).

145 Omtrent de wijze van schadetoebrenging bij noodtoestand uitgebreid in par. 10.5.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*). Het aangehaalde voorbeeld is ontleend aan Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, NJ 1989/761 (*Patiënt in pyjama*).

146 Zie par. 8.7 (*Conclusie en overgang naar wat volgt*).

die eerder in deze studie zijn beschreven, in een kader geplaatst. Daarmee werden de eerder beschreven onderwerpen in een processuele context gevat.

Uit het aldus ingevulde model volgt een nadere onderbouwing van de eerder geventileerde voorkeur voor de analyserende methode. Het model geeft aan waarom normschending en rechtvaardiging apart van elkaar moeten worden beschouwd: de keus voor een bepaalde grondslag van de vordering bepaalt dwingend welke verweren nog mogelijk zijn – wat onzichtbaar blijft als men uitgaat van een ‘overall-toets’. Het model doet ook helder uitkomen dat er in de praktijk geen sprake kan zijn van een overkoepelend criterium, omdat het op de weg van verschillende partijen ligt om zich te beroepen op de verschillende onderdelen van het model. Er is wel sprake van een uiteindelijk oordeel, maar dat is opgebouwd uit elementen die door verschillende partijen moeten worden aangedragen. Ook dat blijft onbelicht in de synthetiserende methode. Uit het model blijkt verder dat rechtspraak die werd gezien als bevestiging van de juistheid van de leer-Smits (als belangrijkste weergave van de synthetiserende methode) op een andere wijze kan worden benaderd. In de zaak Breda/Nijs bijvoorbeeld, was sprake van een specifieke, maar zwakke aangevoerde rechtsgrond, waardoor op de algemene zorgvuldigheidsnorm moest worden teruggevallen.¹⁴⁷

Het model is nog op een andere manier van belang. Bij de bespreking van de volledige rechtvaardigingen is ook de regeling in PETL aangehaald.¹⁴⁸ In PETL wordt in verschillende artikelen een opsomming gegeven van de mogelijke verweren tegen aansprakelijkheid. Daaraan is steeds de zinsnede toegevoegd:

‘Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.’

Dat leidde Sieburgh tot de kritiek:

‘Wat redenen voor aansprakelijkheid kunnen zijn die opwegen tegen een aangetoonde grond voor rechtvaardiging is in de toelichting op geen enkele wijze aangegeven. Het enige wat op verschillende plaatsen wordt herhaald, is dat het gaat om een “flexible approach”. (...) In veel gevallen geldt dat met een “flexible instrument” überhaupt geen “approach” valt te bewerkstelligen.’¹⁴⁹

Met deze kritiek ben ik het eens. Wanneer niets is gezegd is over de onderlinge krachtsverhouding van normschending en rechtvaardiging, valt er niet veel te ‘wegen’, zoals PETL suggereert. Het model van Toulmin geeft, men zijn

147 Zie par. 11.2.1 (*De samenhang tussen grond en ondersteuning*). Een ander arrest dat (m.i. ten onrechte) wel wordt beschouwd als bevestiging van de leer-Smits (Maas/Willems), kwam hierboven al aan de orde, zie par. 8.6.3 (*Situeringfunctie; De legitimerende kracht*).

148 Zie par. 3.13.6 (PETL).

149 Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, p. 60. Zie par. 3.13.6 (PETL).

onderscheiding van ondersteuningen en krachtaanduiders aan waarom een bepaalde aangevoerde normschending een dwingende kracht heeft, en waarom een aangevoerde rechtvaardiging een sterke 'kerende' kracht heeft. Het model maakt, anders gezegd, de in PETL beschreven weg inzichtelijk.

11.7.2 Samenvattend

In dit hoofdstuk is gezien wat het effect is van een ingeroepen rechtvaardiging op het oordeel over de gestelde onrechtmatigheid van de handeling. Dat effect werd gezien aan de hand van het argumentatiemodel van Toulmin. Uit het model blijkt het volgende.

De keus voor de grond bepaalt welke weerleggingen mogelijk zijn. En de omstandigheid dat in een niet zelf veroorzaakte situatie, plotseling en snel moet worden opgetreden, brengt mee dat niet snel aansprakelijkheid mag worden aangenomen, zeker niet als is gehandeld ten behoeve van een derde.

Tegen een geslaagd beroep op een grond kan door de gedaagde een weerlegging worden aangevoerd. Wanneer die weerlegging een beroep op een rechtvaardiging is, hangt het van de aard van de ingeroepen rechtvaardiging af hoe groot de kerende kracht op het oordeel over de handeling zal zijn. De kracht van een volledige rechtvaardiging is het grootst, evenals de kracht van een voorwaardelijke rechtvaardiging tenzij de voorwaarde wordt vervuld. Bij de beoordeling van de ingeroepen rechtvaardiging zal ook rekening moeten worden gehouden met de bijzondere omstandigheden waarin de handelende verkeerde.

Na een op zichzelf geslaagd beroep op een weerlegging, zal nog een contraweerlegging kunnen worden ingeroepen. De eiser betwist in dat geval dat de gedaagde bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid zorgvuldig heeft gehandeld. Hij kan die betwisting baseren op een *culpa in causa*-redenering, op de stelling dat gehandeld is in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit of op de afwezigheid van relativiteit.

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging uiteindelijk slaagt, zal het oordeel luiden dat de handeling niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Tegen de handelende zal in die situatie de actie uit artikel 6:162 niet worden toegewezen; de handelende is niet tot het betalen van schadevergoeding verplicht – althans: niet op grond van artikel 6:162.

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt, of wanneer het verweer tegen de aangevoerde rechtvaardiging slaagt, zal de handeling als onrechtmatig worden beoordeeld. Op grond van artikel 6:162 is de handelende dan verplicht de schade te vergoeden die uit zijn handelen voortvloeit. De omvang van die verplichting wordt vastgesteld aan de hand van afdeling 6.1.10.

Maar ook in dat laatste geval, als het verweer *tegen* de rechtvaardiging dus slaagt, hoeft de rol van de rechtvaardiging nog niet te zijn uitgespeeld.

De omstandigheid dat op grond van een rechtvaardiging is gehandeld, kan namelijk nog een rol spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Het oordeel over de vergoedingsplicht is het thema van het volgende en laatste hoofdstuk van deze studie.