

**EEN EVENWICHTIGE WERKING VAN
RECHTVAARDIGINGS- EN SCHULDUITSLUITINGSGRONDEN
IN HET BUITENCONTRACTUELE
AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT**

door

C.H. SIEBURGH(*)(**)

Buitencontractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag wordt niet aangenomen indien een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond aanwezig is. Het bestaan van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond berust volgens de heersende leer primair op de strafrechtelijke beoordeling. Dit is opmerkelijk omdat algemeen is aanvaard dat de achtergronden en doeleinden van het strafrecht en het burgerlijk recht van elkaar verschillen. Juist om deze reden wordt een inhoudelijk onderscheid gemaakt tussen de strafrechtelijke- en de civielrechtelijke fout. De civielrechtelijke fout wordt beschouwd als een onderdeel van het burgerlijk recht als samenhangend systeem. Mijns inziens moet het denken over rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht eveneens aansluiten bij in het burgerlijk recht bestaande leerstukken en de daarachter schuilgaande uitgangspunten.

*Door niet alleen de civielrechtelijke fout, maar ook haar rechtvaardiging of schuldeloosheid in verband te denken met andere in het burgerlijk recht geldende uitgangspunten, kunnen resultaten bereikt worden die passen in een consistent en samenhangend burgerlijk recht. Aan de hand van verschillende voorbeelden uit de jurisprudentie van België, Nederland en een enkel ander West-Europees land, wordt geïllustreerd dat de aanwezigheid van een buitencontractuele fout resp. de afwezigheid van rechtvaardiging of schuldeloosheid, kan berusten op argumenten die ontleend zijn aan leerstukken als wanprestatie en contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en aan uitgangspunten als *nemo auditur suam turpitudinem allegans, ex turpi causa non oritur actio* en in *pari delicto potior est conditio defendentis*.*

(*) Prof. mr. C.H. Sieburgh is hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

(**) Het onderzoek dat aan deze bijdrage ten grondslag ligt is onder meer verricht gedurende een verblijf in 2000 aan de K.U. Leuven in het kader van de T.P.R.-wisselleerstoel 1999-2000. De auteur dankt de TPR-redactie voor de haar geboden gelegenheid onderzoek te verrichten aan en onderwijs te verzorgen voor een Belgische universiteit. De vakgroep Verbintenissenrecht onder de toenmalige leiding van Prof. dr. W. van Gerven dankt zij voor de voortreffelijke begeleiding en hartelijke ontvangst. Gedurende de verdere totstandkoming van deze bijdrage was de auteur werkzaam bij het wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad der Nederlanden. Deze ervaring heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de wijze waarop het onderwerp is behandeld en veroorzaakte mede dat de afronding daarvan verscheidene keren is uitgesteld. Zij dankt het civiele Parket en zijn medewerkers voor de geboden inspiratie en betrokkenheid.

INHOUD

- I. INLEIDING (1)
- II. BENADERING VOLGENS DE HUIDIGE LEER (2-3)
- III. PROBLEEMSTELLING (4)
- IV. ACHTERGRONDEN EN DOELEINDEN VAN STRAFRECHT EN BURGERLIJK RECHT (5-7)
 - A. Achtergronden en doeleinden van strafrecht (6)
 - B. Achtergronden en doeleinden van burgerlijk recht (7)
- V. CONSEQUENTIES VAN DE ONDERSCHIEDEN ACHTERGRONDEN EN DOELEINDEN (8-9)
- VI. MECHANIEK VAN RECHTVAARDIGING EN SCHULDELOOSHEID IN HET STRAFRECHT EN BURGERLIJK RECHT (10-11)
 - A. Rechtvaardiging en schulduitsluiting in het strafrecht (10)
 - B. Rechtvaardiging en schulduitsluiting in het burgerlijk recht (11)
- VII. EEN ANDER VERTREKpunt VOOR HET BURGERLIJK RECHT (12-13)
- VIII. AANKNOPINGSPUNTEN IN HET CONTRACTENRECHT (14-16)
- IX. AANKNOPINGSPUNTEN IN OVERIGE CIVIELRECHTELIJKE LEERSTUKKEN EN UITGANGSPUNTEN (17-30)
 - A. Redding uit brandend huis (18)
 - B. Verduistering tapijten ten behoeve van onderduikers (19-20)
 - C. Ijswandelaars (21)
 - D. Uiteenjagen van relschoppers (22-23)
 - E. Huiszoeking door overheid (24-27)
 - F. Mishandeling ontuchtpleger (28-30)
- X. CONCLUSIE (31)

I. Inleiding

1. Voorafgaand aan een behandeling van de achtergronden en doeleinden van het strafrecht en het burgerlijk recht geef ik een aantal voorbeelden uit de Belgische en Nederlandse rechtspraak waarin ter afwijking van strafrechtelijke en/of burgerrechtelijke aansprakelijkheid een beroep is gedaan op een rechtvaardigings- en/of strafuitsluitingsgrond(1).

Het hoofd van een gezin treft midden in de nacht in zijn huis een inbreker aan en schiet hem dood(2). Een groep veroorzaakt in een disco een relletje en wordt daarop door de uitsmijter, bijgestaan door een te hulp schietende bezoeker, verwijderd. Vervolgens vechten enkele leden van de groep buiten met de bezoeker die de uitsmijter te hulp schoot. De uitsmijter probeert met behulp van een ijzeren staaf de groep uiteen te jagen en raakt daarbij een van haar leden, die letselschade lijdt(3). Iemand loopt over het ijs en zoekt op het moment dat hij er doorheen dreigt te zakken, houvast bij de dichtstbijzijnde persoon die op zijn beurt uitglijdt(4). Om tijdens de oorlog te kunnen bekostigen dat twee mensen onderduiken, verduistert iemand de kleden en een tapijt van een derde(5). De staat doet huiszoeking in het aan een varkensfokker verhuurde pand van een verdachte van overtreding van de Opiumwet. Daarbij blijft een deur openstaan. Als gevolg van de daardoor veroorzaakte tocht vertraagt de groei van de varkens(6). Een zeventienjarige jongen gaat de man te lijf die gedurende enige tijd ontucht met hem heeft gepleegd en die dreigt de

(1) In de tekst zal, voor zover het niet een citaat betreft, gebruik gemaakt worden van de volgende afkortingen: BBW (Belgisch Burgerlijk Wetboek), NIBW (Nederlands Burgerlijk Wetboek), Sw (Belgisch Strafwetboek), Sr (Nederlands Wetboek van Strafrecht), NIRv (Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering); BGW (Belgische Grondwet), NIGW (Nederlandse Grondwet).

(2) Voorbeeld van Lord Denning M.R. in *Murphy v. Culhane* [1977] *QB* 94, 98. Zie ook THE LAW COMMISSION, *The Illegality Defence in Tort*, Consultation Paper No 160, London, The Stationery Office, 2001, 26.

(3) HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 9: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afgewezen.

(4) Rb. Brugge 28 september 1988, *R.W.* 1990-1991, 441: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afgewezen.

(5) Rb. Groningen 14 november 1947, *NJ* 1947, 491: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afgewezen.

(6) HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 71 (Staat/Lavrijsen): aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aangenomen.

„verhouding” openbaar te maken, onder meer aan de ouders en het meisje van de jongen(7).

De weduwe van de dief, de gewonde relschopper, degene die op het ijs als houvast diende, de eigenaar van de kleden en het tapijt, de eigenares van de varkens en de ontuchtpleger stellen hun „belagers” aansprakelijk voor de veroorzaakte schade op grond van een toerekenbare onrechtmatige gedraging (fout). De schadeveroorzakers voeren op hun beurt aan dat hun gedraging gerechtvaardigd was en/of dat de gedraging niet aan hun schuld is te wijten. Bij het ontbreken van een fout, een toerekenbare onrechtmatige daad, ontbreekt aansprakelijkheid.

Deze voorbeelden roepen de vraag op hoe in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht met rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden moet worden omgegaan. Het antwoord hierop kan niet zonder meer gegeven worden. Allereerst moet worden nagegaan of een strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond op dezelfde wijze geldt voor het burgerlijke recht. Daarnaast is van belang of aan het burgerlijk recht zelf gronden ontleend kunnen worden die erop wijzen dat civielrechtelijk foutief gehandeld wordt zodat een schadevergoedingsplicht bestaat.

II. Benadering volgens de huidige leer

2. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat ter afwending van aansprakelijkheid voor een fout, een beroep gedaan kan worden op de strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden(8). Hierbij geldt dat de strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden op dezelfde wijze gelden voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en/of dat daarnaast niet wordt gezocht naar aan het burgerlijk recht ontleende aanknopingspunten voor rechtvaardiging en schulditsluiting.

(7) Rb. Rotterdam 3 april 1941, *NJ* 1941, 665: geen oordeel gegeven over de civielrechtelijke aansprakelijkheid.

(8) Vgl. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, München, Beck, 1999, Rnr. 493, noot 69.

In het Belgische strafrecht wordt, anders dan in het Belgische civiele recht(9), een scherp onderscheid gemaakt tussen rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden(10). Met betrekking tot hun belang voor het civiele recht nemen Dupont en Verstraeten de volgende stelling in: „Rechtvaardigingsgronden doen zowel de burgerlijke als de strafrechtelijke gevolgen van een gedraging teniet. Zij ontnemen elke rechtsgrond aan een vordering tot schadevergoeding.” Met betrekking tot de schulditsluitingsgronden volgens zij een enigszins genuanceerde benadering: „Schulditsluitingsgronden daarentegen hebben niet altijd voor gevolg dat de rechtsgrond voor de burgerlijke vordering verdwijnt omdat het burgerlijk recht ook de schuldloze aansprakelijkheid kent (art. 1386bis B.W.)”(11).

Blijkens een TPR-rechtspraakoverzicht uit 1980 sluit de in het burgerlijk recht gevolgde leer hierbij aan: „Het kan verwondering wekken dat het overmachtsbegrip(12) bij onrechtmatige daad wordt gekleurd met beginselen uit het verbintenissenrecht. Inderdaad zijn wellicht de beginselen uit het strafrecht de eerste aangewezen leidraad, gelet op de nauwe samenhang die bestaat tussen de strafrechtelijke en burgerlijke aansprakelijkheid (cfr. een zekere gelijklopendheid van het strafrechtelijk en het delictueel foutbegrip, en het gezag van gewijsde van de strafrechtelijke uitspraak voor de burgerlijke rechter). Net zoals in het strafrecht is de grondgedachte van de burgerlijke aansprakelijkheid dat de dader van een onrechtmatige handeling de gevolgen ervan kan ontlopen indien zijn handelen onvrij was, zodat hem geen schuld, geen verwijt treft.”(13). Deze lijn vindt navolging in latere overzichten: „Overmacht bij onrechtmatige daad sluit veeleer (dan bij het

(9) H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, „Overzicht van Rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *T.P.R.* 2000, 1695 en M.E. STORME, „Overeenkomsten en derden: De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid”, *Jeune Barreau* Brussel, 1995, onder 7.

(10) L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 212-214. Dit onderscheid sluit aan bij het voor het strafrecht gemaakte onderscheid tussen de wederrechtelijkheid van de gedraging en het moreel of zedelijk bestanddeel van het misdrijf (de schuld die betrekking heeft op de dader). Zie hierover L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.*, 207, 212-213, 238-239, 266-267 en D. DE CLERCK, *Beginselen van strafrecht en strafvordering*, Leuven, Acco, 1998, 57-60 en 79-80.

(11) L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.*, 213.

(12) In dit verband wordt „overmacht” gebruikt in ruime zin, namelijk als verzamelbegrip voor rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden. De rechtvaardigingsgrond „overmacht” is derhalve een onderdeel van dit ruime begrip „overmacht”.

(13) H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, „Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978”, *T.P.R.* 1980, 1203.

contractuele overmachtsbegrip, CS) aan bij het strafrechtelijk begrip van overmacht.”(14).

In het Nederlandse burgerlijk recht overheerst deze denkwijze eveneens. De Toelichting bij het ontwerp Meijers stelt: „Voorts zijn ook in het civiele recht „overmacht” (noodtoestand) en noodweer rechtstreeks op de wet gebaseerde rechtvaardigingsgronden, indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht(15) en in het concrete geval „overmacht” of noodweer krachtens de artikelen 40 v. W.v.Sr. aan de daad het wederrechtelijk karakter ontnemt”(16). Asser/Hartkamp leert: „Als rechtvaardigingsgronden worden in de eerste plaats erkend de vier in art. 40 e.v. Wetboek van Strafrecht genoemde strafuitsluitingsgronden, nl. overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel.”(17). Voor de uitleg van overmacht wordt wegens de verwantschap tussen de onrechtmatige daad en het strafbare feit steun gezocht bij de interpretatie van art. 40 Sr en wordt niet gezocht naar coördinatie met de redenen om het niet-nakomen van een verbintenis niet toe te rekenen. Bij de behandeling van de schulduitsluitingsgronden wordt eveneens verwezen naar de in het strafrecht geldende gronden(18).

3. De verwijzing naar het strafrecht is niet of in mindere mate terug te vinden in Belgische en Nederlandse verhandelingen over de straf-

(14) H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, „Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1985-1993”, *T.P.R.* 1995, 1266. Zie ook H. VANDENBERGHE en M. VAN QUICKENBORNE, „Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1979-1984”, *T.P.R.* 1987, 1361; L. CORNELIS en P. VAN OMMESLAGHE, „Les 'faits justificatifs' dans le droit belge de la responsabilité aquilienne” in *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer, 1984, onder 1 en B. WEYTS, „Drie knelpunten bij een verkeersongeval door plotse ziekte achter het stuur: de informatieplicht van de arts, de lichaamsgeschiktheid van de bestuurder en overmacht”, *T. Gez.* 1998-99, 301.

(15) Op deze nuancering kom ik hierna in voetnoot 26 terug.

(16) Parl. Gesch. Boek 6, p. 617.

(17) ASSER/HARTKAMP 4-III, *De verbintenis uit de wet*, Deventer, Tjeenk Willink, 2002, nr. 58. Vgl. *Onrechtmatige Daad* (JANSEN), art. 162, aant. 144 (ambtelijk bevel), 152 (wettelijk voorschrift), 167 (noodweer), 171 (overmacht).

(18) L.C. HOFMANN, H. DRION en K. WIERSMA, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, Groningen, Wolters, 1959, 111 (noodweerecces, noodtoestandexces en onbevoegd gegeven ambtelijk bevel); *Onrechtmatige Daad* (JANSEN), art. 162, lid 3, aant. 63, 64 (noodweerecces), 63 (onbevoegd gegeven ambtelijk bevel); ASSER/HARTKAMP, 4-III, *a.w.*, nr. 80 (noodweerecces en onbevoegd gegeven ambtelijk bevel).

rechtelijke en de civielrechtelijke fout(19). Daarin wordt juist erop gewezen dat gezien de „geheel andere grondslagen” van het strafrecht en het burgerlijk recht de begrippen onrechtmatige daad en strafbaar feit goed onderscheiden moeten worden(20).

Daarnaast verdient opmerking dat het onderscheid dat wat betreft de inhoud van de rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden voor het terrein van de onrechtmatige daad en de wanprestatie in de zojuist genoemde bronnen wordt gemaakt, niet weerklinkt in de visie op de verhouding tussen onrechtmatige daad en wanprestatie: „tussen een

(19) In dit kader is van belang op te merken dat in België (op grond van art. 418 en 420 Sw) en Frankrijk wordt uitgegaan van een inhoudelijke uniformiteit van het strafrechtelijke en civielrechtelijke schuldbegrip (*identité entre faute pénale et faute civile*). Deze theorie vindt haar weerklank in de cassatierechtspraak die hieraan als consequentie onder meer heeft verbonden dat de uitspraak van de strafrechter met betrekking tot de strafrechtelijke fout gezag van gewijsde heeft met betrekking tot de civielrechtelijke schuldvraag. Op deze theorie is echter kritiek geuit. Op grond van de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht in de 20e eeuw, het onderscheid in de doelen van het straf- resp. het civiele recht en het verschil in context wordt door P.H. DELVAUX en G. SCHAMPS, „Les enjeux d’une dissociation des fautes pénale et civile”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 1994, 237-250, een divergerende evolutie waargenomen. Zij verdedigen dat het „principe de la dualité des fautes pénale et civile” moet worden aangenomen en dat op grond daarvan de begrippen „faute”, „dommage” en „lien de causalité” verschillende betekenissen hebben, afhankelijk van hun gebruik in het strafrecht of het civiele recht. Zie hierover voorts P.H. DELVAUX en G. SCHAMPS, „Unité ou dualité des fautes pénale et civile: les enjeux d’une controverse”, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* 1991, nr. 11.795; Y. HANNEQUART, „Faute civile Faute pénale”, *Annales de Droit de Louvain* 1983, 87-112 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenisrecht*, Leuven, Acco, 2001, 198-201. Zie voor de ontwikkeling in de Franse rechtspraak en rechtsleer C. BENAYOUN, „De l’autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère”, *Recueil Dalloz* 1999, nr. 42, p. 476-480; „Fin de l’unicité des fautes civile et pénale”, *Recueil Dalloz* 2001, nr. 8, 677-678; P. JOURDAIN, „Autorité au civil de la chose jugée au pénal et principe d’unicité des fautes: la rupture est consommée entre faute civile et faute pénale, mais l’est-elle totalement?”, *Recueil Dalloz* 2001, nr. 28, 2232-2234, waarin bovendien wordt aangegeven dat de contractuele fout reeds is ontsnapt aan het principe van inhoudelijke uniformiteit van de strafrechtelijke en de civielrechtelijke fout.

In Nederland wordt de theorie van de eenheid van het straf- en burgerrechtelijk schuldbegrip niet gehanteerd. ASSER/HARTKAMP 4-III, *a.w.*, nr. 6, wijst erop dat tussen het strafrechtelijke en het civielrechtelijke delict goed moet worden onderscheiden. Wat betreft de bewijskracht van een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, bepaalt art. 161 NIRv dat dit dwingend bewijs oplevert van dat feit. Met betrekking tot de uit een dergelijk feit afgeleide rechtsgevolgen is de burgerlijke rechter derhalve niet gebonden aan het oordeel van de strafrechter.

(20) Zie naast de verwijzingen in noot 19: R. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit Civil, Tome V, Traité de la responsabilité civile, Volume I*, 1967, nr. 8-11; A. TUNC, „Introduction” in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, 1, 1983, nr. 49-54; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, Clarendon, 1996, 902 en C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, München, Beck, 1996, Rnr. 600-602 en 624-628. Von Bar gaat in Rnr. 627 in op de „*identité de la faute pénale et de la faute civile d’imprudence*”. Zie voorts P. LE TOURNEAU en L. CADIEU, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, nr. 78, 79; G. VINEY, *Traité de Droit Civil, Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1995, 152-160; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1998, 707 en W. VAN GERVEN e.a. (ed.), *Tort Law, Casebook for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2000, 354.

onrechtmatige daad en een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis bestaat geen wezenlijk onderscheid.”(21).

Met het bestuderen van de rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt derhalve een terrein betreden waarop de verhoudingen tussen strafrecht en verbintenissenrecht en binnen het verbintenissenrecht tussen fout en wanprestatie niet steeds op dezelfde wijze worden bepaald.

III. Probleemstelling

4. In de voorbeelden beschreven in de inleiding, is degene die de schade heeft veroorzaakt door de aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond niet strafbaar. Of daaruit volgt dat buitencontractuele aansprakelijkheid niet bestaat, hangt ervan af of het strafrechtelijk oordeel over de strafbaarheid van het gepleegde feit en van de dader en daarmee over de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond, zonder meer overgebracht kan worden naar het burgerlijk recht.

Omdat onderscheid wordt gemaakt tussen een strafbaar feit en een fout, ligt dit niet voor de hand. De wijze waarop rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden in het strafrecht worden geïnterpreteerd zal evenmin als de beoordeling van de strafbaarheid van het feit en de dader, kunnen dienen als uitgangspunt voor het civiele recht. Uitgaande van de gedachte dat de verschillende civielrechtelijke leerstukken in onderling verband beschouwd moeten worden en dat zij tot samenhangende, elkaar niet tegensprekende resultaten moeten leiden(22), rijst vervolgens de vraag of bij de invulling van rechtvaardig-

(21) ASSER/HARTKAMP 4-III, *a.w.*, nr. 8; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, „Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978”, *T.P.R.* 1980, 1446-1453 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 103, 201. Ook buiten België en Nederland wordt uitgebreid aandacht besteed aan de subtiliteit van het onderscheid tussen een buitencontractuele fout en wanprestatie. Zie hierover: A. TUNC, *a.w.*, nr. 32-48; R. ZIMMERMANN, *a.w.*, 902-906 en C. VON BAR, Band I, *a.w.*, Rnr. 3 en 411-506.

(22) Zie over het belang van „consistency” R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap, 1995, 227-228: „Integrity (...) commands a horizontal rather than vertical consistency of principle across the range of the legal standards the community now enforces.” Zie voorts LAW COMMISSION, Consultation Paper No 160, *a.w.*, onder 60, 63. De eis van „consistency” wordt door de Engelse Law Commission als belangrijkste gegeven beschouwd bij de aanpak en uitleg van gevallen waarin de aangesprokene een beroep doet op *illegality*. De vordering tot schadevergoeding wordt niet toegewezen indien toewijzing de regel die het gedrag „illegal” maakt zou ondermijnen, of, met andere woorden indien toewijzing het recht inconsistent zou maken.

gings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet veeleer aansluiting gezocht moet worden bij de werking van overmacht in het contractenrecht en (daarmee(23)) bij andere uitgangspunten in het burgerlijk recht, zoals neergelegd in rechtsfiguren en leerstukken als zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, onverschuldigde betaling, misbruik van recht en uitgangspunten als *nemo auditur suam turpitudinem allegans, ex turpi causa non oritur actio* en *in pari delicto potior est condicio defendentis*.

Zoals dikwijls geldt in het recht, wordt dit probleem niet voor het eerst opgeworpen. Veel is gepeinsd over de vraag of en zo ja waarom schade die geleden wordt als gevolg van een handeling die plaatsvond onder invloed van een strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond, voor vergoeding in aanmerking komt. Het billijkheidsgevoel leidt in een aantal gevallen ertoe te neigen tot vergoeding van geleden schade. In het algemeen wordt daartoe gezocht naar een grond die buiten het onrechtmatigedaadsrecht is gelegen, zoals zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en van deze leerstukken afgeleide billijkheidsargumenten(24). In deze bijdrage wordt daarentegen onderzocht of er steeds reden is het gebied van de buitencontractuele fout te verlaten bij aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond.

IV. Achtergronden en doeleinden van strafrecht en burgerlijk recht

5. Of het juist is dat de strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden doorwerken in het burgerlijk recht, hangt af van de verhouding tussen de achtergronden en doeleinden van het strafrecht en het burgerlijk recht.

(23) Zie hierna onder 14-17.

(24) P. SCHOLTEN, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, Amsterdam, Scheltema en Holkema, 1899, 103-126; L. SALOMONSON, „De civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens handelingen in noodtoestand” in *Rechtskundige Opstellen aangeboden aan E.M. Meijers*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1935, 516-527; P. LE TOURNEAU en L. CADIET, *a.w.*, nr. 1054; G. VINEY en P. JOURDAIN, *a.w.*, 512-513; C. VON BAR, Band II, *a.w.*, 520, Rnr. 494, noot 80, 528-531, Rnr. 501/2 en 532, Rnr. 503, noot 148; W. VAN GERVEN e.a. (ed.), *Casebook, a.w.*, 356-357; § 829 BGB en *Principles of European Tort Law*, Study Group on a European Civil Code, art. 6:102 onder 3.

A. ACHTERGRONDEN EN DOELEINDEN VAN STRAFRECHT

6. Het strafrecht is erop gericht in het algemeen belang c.q. het staatsbelang de rechtsorde te handhaven en de rechtsgemeenschap te beschermen. De instrumenten waarmee deze doelen bereikt moeten worden, zijn gelegd in de handen van de overheid als vertegenwoordigster van het algemeen belang. Het strafrecht is publiekrecht waaraan de burgers door de staat „van bovenaf” worden blootgesteld om onrecht te bestrijden. Bestrafing vindt plaats indien het staatsbelang dit vergt. Beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging strafbaar is, is dan ook in belangrijke mate afhankelijk van hetgeen het staatsbelang eist. Een voorbeeld van gedrag dat strafbaar is zonder dat daarbij op enige wijze tevens een burgerrechtelijk belang geschonden wordt, is de strafbare poging.

Het is in strijd met de rechtszekerheid een rechtssubject te straffen voor gedrag waarvan hem niet bekend kon zijn dat het strafbaar is. Daarom vindt bestrafing slechts plaats indien de gedraging voldoet aan een duidelijke en concrete delictsomschrijving. Juist in het strafrecht is dit legaliteitsbeginsel (art. 11 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, art. 7 lid 1 EVRM, art. 7 BGW, art. 2 lid 2 Sw, art. 16 NIGW, art. 1 lid 1 Sr) zo gewichtig, omdat de sancties die het stelt op gepleegd onrecht zwaar kunnen ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Uit het feit dat moet vaststaan wat op een bepaald moment in een bepaalde samenleving strafbaar wordt geacht, volgt een beperking van de bevoegdheden van de overheid en een bescherming van rechtssubjecten tegen te ingrijpend overheidsop treden. Het vereiste dat de strafbaarheid van een feit slechts kan voortvloeien uit een daaraan voorafgaande wettelijke bepaling, beperkt de werking van het strafrecht tot in de wet omschreven grenzen⁽²⁵⁾. Tegen deze achtergrond is het begrijpelijk dat het strafrecht niet een allesomvattende bescherming van rechtsgoederen en regeling van rechtsbetrekkingen biedt.

(25) J. REMMELINK, „‘Disharmonieën’ tussen civiel- en strafrecht”, *RM Themis* 1959, 262-263; A.C. 'T HART en M.J.H.J. DE VRIES-LEEMANS, „Voeging van de civiele partij in strafzaken Enige materieel-rechtelijke aspecten”, *Delikt en Delinkwent* 1981, 643; H.A. DEMEERSSEMAN, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, 611-612, 615; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.*, 74, 77 en 101-105; D. HAZEWINKEL-SURINGA / J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 9, 10, 18; J. DE HULLU, *Materieel strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 2000, 12, 13 en G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 13.

B. ACHTERGRONDEN EN DOELEINDEN VAN BURGERLIJK RECHT

7. In de Westerse maatschappij zijn burgers in beginsel vrij om te handelen zoals zij willen. Door aan deze handelingsvrijheid bepaalde grenzen te stellen, beschermt het burgerlijk recht de belangen van de medeburgers. Op deze wijze creëert het voor eenieder de mogelijkheid zijn handelingsvrijheid te effectueren.

Tussen beide facetten van het burgerlijk recht bestaat een zekere spanning. Waar het de verschaffing van handelingsvrijheid paart aan het stellen van grenzen daaraan, is het burgerlijk recht gericht op het bewaken en zo nodig herstellen van het evenwicht tussen burgers onderling. Het bepaalt welke verbanden tussen burgers bestaan en ontstaan. Anders dan het strafrecht wordt het burgerlijk recht niet „van bovenaf” aangewend om in de wet omschreven onrecht te bestrijden. Het algemeen belang speelt een andere en minder prominente rol dan in het strafrecht.

Uit de grenzen die het burgerlijk recht aan de handelingsvrijheid stelt, volgt wat betreft het overeenkomstenrecht onder meer dat iemand die een overeenkomst sluit, niet de vrijheid heeft van nakoming af te zien. Als regel moet een eenmaal gesloten overeenkomst worden nagekomen. Buiten het overeenkomstenrecht brengt de begrenzing mee dat iemand zich jegens derden niet onzorgvuldig mag gedragen, geen inbreuk mag maken op hun subjectieve rechten en niet in strijd mag handelen met de wet. Overschrijdt hij deze door het burgerlijk recht gestelde grenzen dan pleegt hij wanprestatie (een toerekenbare tekortkoming in de nakoming; art. 1134, 1147 en 1148 BBW; art. 6:74 NIBW) of maakt hij een fout (een toerekenbare onrechtmatige daad; art. 1382 en 1383 BBW; art. 6:162 NIBW). Daarnaast kan aansprakelijkheid onder andere voortvloeien uit zaakwaarneming (art. 1372 BBW; art. 6:198 NIBW) of ongerechtvaardigde verrijking (voor België op grond van rechtspraak; art. 6:212 NIBW). Ook met de in deze leerstukken vervatte regels wordt getracht een evenwicht te creëren en te handhaven tussen burgers die met elkaars handelen worden geconfronteerd.

Wat in het verkeer tussen burgers onderling rechtens wel of niet is geoorloofd en hoe omvangrijk de daaraan verbonden bescherming van rechtsgoederen is, blijkt niet uit een limitatief bedoelde verzameling wettelijke bepalingen. Het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis, de onrechtmatige daad, zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking kunnen in een onbegrensd aantal variaties voorkomen.

V. Consequenties van de onderscheiden achtergronden en doeleinden

8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het strafrecht en het burgerlijk recht op twee voor het onderhavige onderwerp belangrijke punten verschillen. Het eerste is een verschil in perspectief. Terwijl het strafrecht door de overheid op min of meer omschreven gedragingen van rechtssubjecten wordt toegepast, vormt het burgerlijk recht een net dat iedere burger omgeeft en dat de rechtssubjecten onderling verbindt.

Daarnaast dienen het strafrecht en het civiele recht andere doelen. Doordat het strafrecht ziet op het handhaven en zo nodig herstellen van de rechtsorde, valt gedrag dat de rechtsorde niet verstoort buiten zijn bereik. Het strafrecht staat tegenover dit gedrag neutraal. Hier staat tegenover dat het strafrecht gedragingen bestrijkt die de openbare orde bedreigen maar die burgerrechtelijk gezien indifferent zijn. Het burgerlijk recht reikt verder dan bewaking en herstel van de rechtsorde aan de hand van toetsing aan welomschreven wettelijke bepalingen. Het beschermt met minder vergaande middelen meer persoonlijke belangen van de burger. Dit brengt mee dat een civielrechtelijke belangenafweging een andere inhoud en uitkomst kan hebben dan een strafrechtelijke. Een gedraging kan de grenzen die het burgerlijk recht stelt, overschrijden zonder dat zij strafbaar is. Illustratief hiervoor is het algemeen aanvaarde gegeven dat een onrechtmatige daad niet altijd strafbaar is en een strafbaar feit niet steeds onrechtmatig is jegens de benadeelde(26).

9. Het is opmerkelijk dat het verschil in dimensie en reikwijdte tussen het strafrecht en het burgerlijk recht wel naar voren komt in de gedachte dat een strafbaar feit en een civielrechtelijke fout niet hetzelfde terrein bestrijken(27), terwijl hieraan niet of in veel mindere mate de consequentie wordt verbonden dat een feit dat niet strafbaar is wegens strafrechtelijke rechtvaardiging of schuldeloosheid, vanuit het burgerrechtelijke gezichtspunt niet in al zijn aspecten gerechtvaardigd

(26) Hierop ziet de bij voetnoot 15 geciteerde nuancering in de Parlementaire Geschiedenis van het Nederlandse BW, die inhoudt dat de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden rechtstreeks werken in het burgerlijk recht indien de daad slechts onrechtmatig zou zijn wegens overtreding van een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde wettelijke plicht.

(27) Zie voor verwijzingen noot 19 en 20.

of niet-verwijtbaar behoeft te zijn(28). Met andere woorden, er wordt vanuit gegaan dat de reikwijdte van de rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht min of meer samenvalt met de reikwijdte van deze gronden in het strafrecht.

Voor een aantal van de hierboven gegeven voorbeelden waarin strafrechtelijke bestraffing achterwege zal blijven, valt te betwijfelen of het strafrechtelijk oordeel over rechtvaardiging of schulduitsluiting de juiste leidraad is voor het oplossen van het burgerrechtelijke vraagstuk.

VI. Mechaniek van rechtvaardiging en schuldeloosheid in het strafrecht en burgerlijk recht

A. RECHTVAARDIGING EN SCHULDUITSLUITING IN HET STRAFRECHT

10. Uit de achtergronden van het strafrecht vloeit voort dat bestraffing kan plaatsvinden indien zowel het feit als de dader strafwaardig zijn. De strafwaardigheid wordt ontleend aan de noodzaak om in het algemeen belang de rechtsorde te handhaven en de rechtsgemeenschap voor de toekomst te beschermen tegen schending daarvan. Dit kan ertoe leiden dat een feit dat voldoet aan een delictsomschrijving niet strafwaardig is wegens het ontbreken van wederrechtelijkheid of schuld. Indien het feit gezien de omstandigheden niet in strijd is met het recht en de rechtsorde omdat de inbreuk op het door de strafwet beschermde rechtsgoed gerechtvaardigd is, ontbreekt de wederrechtelijkheid(29). Als de dader gezien zijn persoonlijke kenmerken niet een verwijt van zijn wederrechtelijk optreden gemaakt kan worden, ontbreekt een negatieve dispositie van de dader ten opzichte van zijn

(28) Zie ook G. VINEY en P. JOURDAIN, *a.w.*, 493, waar wordt geconstateerd dat de „*faute civile*” ten opzichte van de „*faute pénale*” een volledig autonoom begrip is, welk uitgangspunt echter niet consequent wordt doorgevoerd bij de uitleg van de rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden.

(29) J.M. VAN BEMMELLEN, Th.W. VAN VEEN, D.H. DE JONG en G. KNIGGE, *Het materiële strafrecht, Algemeen deel*, Deventer, Gouda Quint, 1998, 120; D. DE CLERCK, *a.w.*, 57 en L. DUPONT, „De constitutieve elementen van het misdrijf” in *Liber Amicorum Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 218-219.

Rechtvaardigingsgronden worden ook wel aangeduid als veroorlopende (tegen-)normen. Zie L. DUPONT, *a.w.*, 219; G.E. LANGEMEIJER, „De betekenis van veroorlopende normen in het strafrecht voor het privaatrecht” in *Naar eer en geweten, Bundel Remmelink*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 301-302.

daad. Van strafrechtswege mocht niet een andere dispositie verwacht of gevegd worden om welke reden de rechtvaardiging voor de bestraffing ontbreekt(30).

Deze gedachten vinden uitdrukking in de verschillende rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden die het strafrecht kent. Een rechtvaardigend beroep op noodweer gaat bijvoorbeeld op omdat iemand die zichzelf verdedigt tegen een zware bedreiging objectief beschouwd doet waarop hij recht heeft en niet onaanvaardbaar handelt(31). Iemand die verduistering doet plegen om met de daardoor verkregen gelden twee mensen te laten onderduiken is niet strafbaar. Nu hij in de gegeven omstandigheden niet anders had kunnen en mogen handelen, slaagt zijn beroep op noodtoestand c.q. rechtvaardigende overmacht(32).

Een ander aspect van bestraffing is aan de orde indien de dader geen verwijt gemaakt kan worden van zijn normschendende gedraging wegens de afwezigheid van strafrechtelijk relevante schuld. Strafrechtelijk relevante schuld ontbreekt bijvoorbeeld indien iemand gedwongen doordat een pistool op hem is gericht, een zaak die hij van een ander in bewaring heeft, afgeeft aan zijn bedreiger. De overmachtsituatie maakt dat redelijkerwijze niet verlangd kon worden dat de bedreigde niet wederrechtelijk zou handelen door de zaak af te geven. Bestrafing van het wederrechtelijk handelen wordt niet geboden door het staatsbelang terwijl zij jegens het individu dat in overmacht handelde, onrechtvaardig is.

Bij de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond(33) ontvalt aan bestraffing het doel van handhaving en herstel,

(30) L. DUPONT, *a.w.*, 219.

(31) Vgl. D. HAZEWINKEL-SURINGA / J. REMMELINK, *a.w.*, 313 en D. DE CLERCK, *a.w.*, 64, 65. Het verbod op eigenrichting geldt in zo'n geval niet omdat degene die in noodweer handelt daarmee de taak van de overheid om hem te beschermen waarneemt.

(32) D. HAZEWINKEL-SURINGA / J. REMMELINK, *a.w.*, 301-302.

(33) Rechtvaardigingsgronden zijn voor België wettelijk voorschrift en overheidsbevel (art. 70 Sw), wettige verdediging of noodweer (art. 416 en 417 Sw), noodtoestand (analogie) en wettig verzet (analogie). Ter discussie staat of toestemming van de benadeelde als rechtvaardigingsgrond kan gelden. Schulduitsluitingsgronden zijn minderjarigheid (art. 36 lid 4 Sw), krankzinnigheid (art. 71 Sw), dwang of overmacht (art. 71 Sw), dwaling en onwetendheid (rechtspraak). Het Nederlandse strafrecht kent als rechtvaardigingsgronden overmacht (art. 40 Sr), noodweer (art. 41 Sr), wettelijk voorschrift of wettelijke bevoegdheid (art. 42 Sr) en ambtelijk bevel (art. 43 Sr) en ontbreken van materiële wederrechtelijkheid (rechtspraak). Schulduitsluitingsgronden zijn gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens (art. 39 Sr), psychische overmacht (art. 40 Sr), noodweereces (art. 41 Sr) en afwezigheid van alle schuld (rechtspraak).

hetgeen in het strafrecht ertoe leidt dat de dader niet bestraft wordt omdat hetzij het feit hetzij hijzelf niet strafbaar is. Degene die door het ijs zakte en daarbij houvast zocht bij de dichtstbijzijnde persoon, gedroeg zich niet op een wijze die het staatsbelang aantastte of de rechtsorde verstoort. Hij behoeft derhalve niet gestraft te worden, ook niet om als afschrikwekkend voorbeeld te dienen voor de toekomst. Om vergelijkbare redenen behoeft de jongen die in paniek is door de dreiging van bekendmaking van de ontucht die met hem gepleegd is en de ontuchtpleger te lijf gaat, niet gestraft te worden.

B. RECHTVAARDIGING EN SCHULDUITSLUITING IN HET BURGERLIJK RECHT

11. Dikwijls vertoont de afweging die kan leiden tot het aannemen van een burgerrechtelijke rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond overeenkomsten met de afweging die leidt tot het aannemen van een strafrechtelijke rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond. Het opofferen van een lager belang ter bescherming van een hoger belang is in het strafrecht een rechtvaardigingsgrond en in het burgerlijk recht een sterke aanwijzing voor de aanwezigheid daarvan. Zoals reeds aangegeven, is het de vraag of voor de hierboven gegeven voorbeelden waarin in het strafrecht bestraffing achterwege zal blijven, het strafrechtelijk oordeel over rechtvaardiging of schuldloosheid de enige leidraad is voor het oplossen van het burgerrechtelijke vraagstuk.

In het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat het immers om normen die de ene burger jegens de andere met het oog op diens door het burgerlijk recht beschermde belangen in acht moet nemen. Aan deze normen ligt een van het strafrecht te onderscheiden belangenafweging ten grondslag. Dat een gedraging niet strafbaar is, betekent geenszins dat zij niet onrechtmatig is. De gedachte dat het vanuit strafrechtelijk oogpunt niet opportuun is om iemand die valt en in een schrikreactie een ander vastgrijpt of die in paniek degene te lijf gaat die ontucht met hem pleegde en dreigt dit bekend te maken, te bestraffen omdat zijn gedraging vanuit het gezichtspunt van het algemeen belang niet behoeft te worden bestreden, is niet zonder meer inpasbaar in het burgerlijk recht. Waarom degene die door het ijs zakt niet verplicht is de schade te vergoeden van hem die als steun werd vastgegrepen, valt bijvoorbeeld niet dadelijk in te zien. Evenmin is het enkele feit dat de overheid strafrechtelijk gerechtvaardigd een huiszoeking verricht reden voor het ontbreken van civielrechtelijke onrechtmatigheid. En

ook in het geval waarin de jongen de man te lijf ging die ontucht met hem had gepleegd, valt de afwezigheid van strafbaarheid niet samen met de burgerrechtelijke beoordeling van de onrechtmatigheid en toerekening(34).

VII. Een ander vertrekpunt voor het burgerlijk recht

12. De idee dat het voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht meer voor de hand ligt om bij de uitleg van de rechtvaardigings- en strafuitsluitingsgronden aan te sluiten bij het strafrecht dan bij het contractenrecht en overige aan het burgerlijke recht ten grondslag liggende uitgangspunten, veronachtzaamt het eigen karakter van het burgerlijk recht.

Zoals de contractuele en de buitencontractuele fout met elkaar in verband worden gedacht, zouden ook de omstandigheden die het foutieve aan een contractuele of buitencontractuele gedraging ontnemen, op elkaar moeten aansluiten(35). Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen buitencontractuele aansprakelijkheid en leerstukken als zaakwaarneming(36), ongerechtvaardigde verrijking(37), onver-

(34) Later zal worden ingegaan op de aanknopingspunten voor deze concrete gevallen.

(35) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 655, verwoordt hiervan een aspect: „De aan een rechtvaardigingsgrond toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis uit wet of rechtsregel sluit tevens uit dat de schuldenaar een fout beging, zodat evenmin een beroep op de (buitencontractuele) aansprakelijkheid van de schuldenaar is te doen om vergoeding van de gebeurlijk erdoor berokkende schade te bekomen.” Hiermee wijst hij de leer van de eenheid van het straf- en burgerrechtelijk schuldbegrip impliciet af.

(36) H.C.F. SCHOORDIJK, *De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 1987, 231-291, gaat in op de verschillende dogmatische mogelijkheden om een verplichting tot vergoeding van schade die het gevolg is van altruïstisch handelen mogelijk te maken. Wat betreft noodtoestand knoopt hij aan bij zaakwaarneming, in relatie gedacht tot ongerechtvaardigde verrijking. Zie in vergelijkbare zin L. VÆL, „Altruïsme tot recht gekomen”, *T.P.R.* 1999, 80-114, i.h.bijz. 85, 91, 104, 106 en 111. Hij baseert de schadevergoedingsverplichting op zaakwaarneming.

De in het onderhavige artikel gevolgde redenering betreft deels andere gevallen omdat het uitgangspunt is dat sprake is van een strafrechtelijke rechtvaardigings- en/of schulduitsluitingsgrond. Voorts verschildt de redenering omdat de door het burgerlijk recht verstrekte bescherming mijns inziens meebrengt dat het terrein van de onrechtmatige daad minder snel verlaten behoeft te worden. Vgl. P. SCHLECHTRIEB, C. COEN en R. HORNUNG, „Restitution and Unjust Enrichment in Europe”, *European Review of Private Law* 2001, 398.

(37) Vgl. A. BURROWS, *The Law of Restitution*, London, Butterworths, 2002, 44, die voor het Engelse recht het volgende betoogt: „The factors which the law regards rendering the enrichment unjust — the ‘unjust factors’ — can be regarded as the grounds for restitution roughly analogous to the different torts in the law of tort.”

schuldigde betaling, misbruik van recht en uitgangspunten als *nemo auditur, ex turpi causa* en *in pari delicto*(38)(39).

Indien in het licht van het voorgaande zoveel mogelijk wordt gestreefd naar een samenhangend burgerlijk recht dat leidt tot resultaten die niet innerlijk tegenstrijdig zijn, kan strafrechtelijk gerechtvaardigd of schuldeloos handelen onrechtmatig zijn om (een van) de volgende redenen. De benadeelde derde heeft niet zelf de aanleiding gegeven tot de handeling en is in vergelijking met andere derden onevenredig in zijn belang geschaad. Jegens de benadeelde is in burgerrechtelijk opzicht misbruik gemaakt van recht. De door de benadeelde geleden schade valt te vergelijken met schade aangericht door iemand die het belang van de belanghebbende naar behoren behartigt, zodat zij op grond van de uitgangspunten van zaakwaarneming voor vergoeding in aanmerking komt. De dader is verrijkt of ten gunste van hem is een verarming afgewend, zonder dat daarvoor ten opzichte van de benadeelde een redelijke oorzaak of grond aanwezig is(40).

13. Aldus wordt het verschil in karakter van het strafrecht en het burgerlijk recht onderkend. Vergelijkbaar hiermee is de wijze waarop de zogenoemde klassieke grondrechten doorwerken in het civiele recht. Deze grondrechten zijn van oudsher bedoeld om een rol te spelen in rechtsverhoudingen tussen burgers en de overheid. Zij zijn echter zo wezenlijk dat zij doorwerken in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. Omdat de achtergronden van deze grondrechten en het burgerlijk recht verschillen, worden zij niet in hun abstractie naar

(38) Zie over deze uitgangspunten H. J. VAN KOOTEN, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2002, 1, 2, 201-203, 251-252 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 92.

(39) Vgl. A.-G. BAKELS, Conclusie voor HR 1 maart 2002, C00/060, onder 2.7-2.11, waaraan het volgende is ontleend: „In al deze zaken is de samenhang tussen de verbintenissen van partijen en/of de feitelijke situatie blijkbaar een zo dominante omstandigheid, dat zij in de rechterlijke beslissing een rol speelt ongeacht of de rechtsgrond voor de beoordeling een overeenkomst is, een onrechtmatige daad of het leerstuk der ongerechtvaardigde verrijking. Dit past in een vloeiend verbintenissenrecht en geeft samenhang aan het verbintenissenrecht als geheel. Die samenhang beïnvloedt ook naar de vorm de beslissing omdat zij in de regel structuur geeft aan de motivering daarvan.”

(40) Hoewel volgens de in de tekst ontwikkelde gedachte in beginsel ook de aan het leerstuk van onverschuldigde betaling ten grondslag liggende uitgangspunten een rol spelen, wordt dit leerstuk hier niet met name genoemd. De reden hiervoor is dat gevallen waarin de doorwerking van strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden een rol speelt meestal niet draaien om de nakoming van een verbintenis ofwel het geven van een goed (zaken, vermogensrechten).

het burgerlijk recht overgebracht(41). Zij komen langs privaatrechtelijke begrippen als redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap in het civiele recht tot gelding, zodat rekening wordt gehouden met de tussen de betrokken personen bestaande burgerrechtelijke verhouding(42).

VIII. Aanknopingspunten in het contractenrecht

14. Iemand die zijn verplichtingen uit overeenkomst niet nakomt, schiet in beginsel toerekenbaar tekort. Verondersteld wordt dat degene die niet nakomt daarmee een gedragsnorm heeft geschonden en dat hem daarvan een verwijt gemaakt kan worden, omdat hij anders had kunnen handelen of dat de omstandigheid ook buiten schuld voor zijn risico is. Evenals de toerekenbare onrechtmatige daad kent de toerekenbare tekortkoming derhalve een objectieve component, een algemeen geldende gedragsnorm die is geschonden(43), en een subjectieve component, de omstandigheid dat de dader daarvan een verwijt gemaakt kan worden, dan wel dat de normschending voor zijn rekening komt. Overigens wordt de beschreven tweedeling in het algemeen niet met zoveel woorden onderkend. De niet-toerekenbaarheid van een tekortkoming wordt dientengevolge gebracht onder de noemer „overmacht” zowel als zij berust op een rechtvaardigingsgrond

(41) Dit geldt uiteraard niet voor grondrechten als het recht op lichamelijke integriteit die van oudsher door het privaatrecht en het strafrecht zijn beschermd en pas later als grondrecht in de grondwet beschermd zijn. Zie hierover A-G KOOPMANS onder 14 voor HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (HIV-test).

(42) ASSER/HARTKAMP 4-II, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, nr. 45a-b en W. VAN GERVEN, „Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst”, in *In het nu, wat worden zal (Schoordijk-bundel)*, Deventer, Kluwer, 1991, 83: „Indirecte werking verdient mijns inziens de voorkeur omdat zij toelaat rekening te houden met de omstandigheid dat in het privaatrecht de verhouding tussen particulieren aan de orde is, en dat het daar dus gaat over personen die zich eventueel elk op een grondrecht of althans op een fundamentele vrijheid (...) kunnen beroepen. In de verhouding tussen overheid en particulieren ligt dat totaal anders.”. Zie in vergelijkbare zin A.-G. KOOPMANS onder 13 voor HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (HIV-test).

(43) De term tekortschieten geeft aan dat aan de objectieve component is voldaan. Het onderscheid met het begrip niet-nakomen is daarin gelegen dat de term tekortschieten aangeeft dat wel had moeten worden nagekomen. In het oordeel dat is tekortgeschoten ligt derhalve besloten dat een rechtvaardigingsgrond voor het niet-nakomen afwezig is. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, Toelichting Ontwerp Meijers, p. 258, waar wordt betoogd dat de begrippen „tekortschieten in de nakoming” en „tekortkoming” alle gevallen omvatten waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis *vergt*. (curs. CS)

als op een schulduitsluitingsgrond(44). Bij de behandeling van omstandigheden die overmacht opleveren c.q. die meebrengen dat het niet nakomen van een verbintenis niet een toerekenbare tekortkoming oplevert, wordt veel minder dan in het geval van een buitencontractuele fout gelet op strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. De aandacht is gericht op hetgeen in het licht van de verhouding tussen partijen onder de omstandigheden van het concrete geval binnen de kaders van de overeenkomst gevegd kan worden(45). Als iemand die zich heeft verbonden varkens te vervoeren, daarin belemmerd wordt door een na het sluiten van de overeenkomst uitgevaardigd wettelijk vervoersverbod, kan dit gezien de tussen partijen bestaande overeenkomst voor zijn rekening komen. Dat het wettelijk verbod een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond is, brengt niet zonder meer mee dat het niet-nakomen van de verbintenis verschoonbaar is. Strafrechtelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden worden bij de toerekening naar burgerlijk recht in aanmerking genomen. Hun aanwezigheid is echter niet beslissend voor het bestaan van overmacht. Een tussen partijen van belang zijnde omstandigheid kan meebrengen dat een gedraging die strafrechtelijk gerechtvaardigd of schuldloos is, een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst oplevert(46).

(44) Af te leiden uit ASSER/HARTKAMP 4-I, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, nr. 309, 316, 321, 326; G. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Deventer, Kluwer, 1993, 95-98 en F.B. BAKELS, *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer, Kluwer, 1994, 32-34. Zie in rechtsvergelijkend perspectief D. TALLON in H. BEALE e.a. (ed.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2002, 595.

Dat de werking van overmacht in het contractenrecht inzichtelijker zou worden indien evenals voor de buitencontractuele fout onderscheid wordt gemaakt tussen de normschending en de toerekenbaarheid daarvan aan de dader, is een onderwerp dat ik hier laat rusten. Zie over dit onderwerp Ph.A.N. HOUWING, „De inhoud van de verbintenis en de overmacht”, *WPNR* 1953, te kennen uit *Geschriften van Houwing*, Deventer, Kluwer, 1972, 371-372; HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84 en de noot van RUTTEN bij dit arrest onder 2; ASSER/RUTTEN 4-I, *De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1978, 244.

(45) W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *a.w.*, 108 en R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van Rechtspraak 1981-1992, Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, 519-524. Vgl. ASSER/HARTKAMP 4-I, *a.w.*, nr. 307, 321.

(46) Zie over overmacht bij het tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst in de *Principles of European Contract Law* J.M. SMITS in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, 341-343; G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, Deventer, Kluwer, 2001, 166-168 en 179 en D. TALLON, *a.w.*, 625-626. In deze werken wordt erop gewezen dat in art. 8:108 PECL duidelijk wordt omschreven wanneer niet nakoming „excused” is. Hoewel de tekst van art. 8:108 PECL niet zo ruim is als die van art. 6:75 NIBW, wordt ervan uitgegaan dat niet nakoming ook op grond van risicofactoren voor rekening van de schuldenaar kan komen. Vergelijk voor de Franse benadering van overmacht TALLON, *a.w.*, 592-602, in het bijzonder p. 595 waar hij onder verwijzing naar art. 6:75 NIBW stelt: „According to prevailing opinion, failure to fulfil obligations is not imputed to the defendant if it is not his fault, or if he is not liable under a law legal act.”

15. Daarnaast is het tegen de achtergrond van art. 6:258 NIBW mogelijk dat de schuldenaar een beroep op de omstandigheid die op zichzelf bezien overmacht zou opleveren, niet toekomt omdat de overeenkomst op een bevredigende wijze gewijzigd kan worden(47). Ook in zo'n geval behoeft degene die als gevolg van de niet-nakoming schade lijdt, deze niet geheel te dragen.

In het Belgische burgerlijk recht bestaat niet een wettelijke grondslag voor het wijzigen van een overeenkomst. Bovendien staat de rechtsleer kritisch tegenover deze manier om hetgeen voortvloeit uit een overeenkomst te herzien omdat zij „meteen in moeilijkheden komt met de „bindende kracht” van de verbintenis, fundamentele peiler van het maatschappelijk en het handelsverkeer.”(48). Wel wordt erop gewezen dat „de imprevisieleer in de rechtspraak vaak toepassing vindt onder het mom van andere concepten (o.m. door in de overmachtsleer het begrip onmogelijkheid van uitvoering soepel te verstaan of via de toepassing van de goede trouw) en dat tegen de leer, naar blijkt uit buitenlandse voorbeelden, niet kan worden ingeroepen dat zij de rechtszekerheid op de helling zet.”(49).

Voor het in dit verband bedoelde geval waarin de wijziging van de overeenkomst niet strekt ten behoeve van de partij die zich beroept op niet-onoverkomelijke onmogelijkheid (overmacht) maar ten behoeve van de wederpartij van degene die zich op overmacht beroept, lijkt ook voor het Belgische contractenrecht geen bezwaar te bestaan tegen de, in plaats van niet-nakoming gestelde, wijziging van de overeenkomst(50). Daarmee is ruimte voor de gedachte dat schade die het gevolg is van onvoorziene omstandigheden niet onder alle omstan-

(47) Parl. Gesch. Boek 6, M.v.A. II, p. 975: „Tevens kan worden gezegd dat artikel 6.5.3.11 (6:258 NIBW, CS) de regels betreffende overmacht, waar daaraan behoefte is, aanvult. (...) En evenzeer zal de wederpartij van degene die zich op overmacht beroept, soms een wijziging van de overeenkomst kunnen verkrijgen, die tot gevolg heeft dat de onmogelijke prestatie door een andere wordt vervangen, die nog wel mogelijk is. De vraag of er een relevante verhindering van nakoming is, kan dus mede afhangen van de vraag welke invloed de toepassing van artikel 6.5.3.11 (art. 6:258 NIBW, CS) op de inhoud van de na te komen overeenkomst heeft.” Zie voorts ASSER/HARTKAMP 4-I, *a.w.*, nr. 321.

(48) L. CORNELIS, *a.w.*, 663.

(49) W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 111.

(50) Onder deze omstandigheden is het immers in strijd met de goede trouw, zo nodig afgeleid uit de leer van het rechtsmisbruik, om zich te beroepen op overmacht. Zie over de verhouding tussen de matigende functie van de goede trouw en rechtsmisbruik W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 59, 60; L. CORNELIS, *a.w.*, 334-338.

digheden geheel voor rekening behoeft te blijven van de schuldeiser(51).

16. Evenals de rechtsgevolgen die voortvloeien uit een contract (art. 1135 BBW, art. 6:2, 6:248 en 6:258 NIBW), worden ook de rechtsgevolgen van contractuele overmacht mede bepaald aan de hand van de objectieve goede trouw c.q. de redelijkheid en billijkheid(52). Bij de vaststelling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen wordt krachtens art. 3:12 NIBW rekening gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Hoewel het Belgische civiele recht niet een wettelijke bepaling kent waarin de inhoud van de redelijkheid en billijkheid wordt uitgewerkt, zal de benadering vergelijkbaar zijn. Dit betekent dat het oordeel over contractuele overmacht wordt gevormd tegen de achtergrond van de aan het burgerlijk recht als geheel ten grondslag liggende, hiervoor reeds genoemde, leerstukken en uitgangspunten.

IX. Aanknopingspunten in overige civielrechtelijke leerstukken en uitgangspunten

17. De leerstukken en uitgangspunten die aan het burgerlijk recht als geheel ten grondslag liggen krijgen in het contractenrecht gestalte met

(51) Zie voor het wijzigen van een overeenkomst conform de Principles of European Contract Law art. 6:111 (2:117 oude nummering) PECL en conform de UNIDROIT-Principles art. 6.2.3. Zie hieromtrent M.E.M.G. PELETIER, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, Den Haag, Boom, 1999, 127-129; M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 346-352; G.J.P. DE VRIES, *a.w.*, 155-160 en D. BUSCH in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, a.w.*, 285-289.

(52) R. KRUIHOF, „Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering”, in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 302, 303, 308-310; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van Rechtspraak (1981-1992), Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, nr. 221-224; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 107-108; Parl. Gesch. Boek 6, V.V.II, p. 266; ASSER/HARTKAMP 4-I, *a.w.*, nr. 324; G.T. DE JONG, „Artikel 6:75: een merkwaardige bepaling”, in *CJHB (bundel-Brunner)*, Deventer, Kluwer, 1994, 205-207 en H.J. ROSSEL, „De verkeersopvatting”, in *CJHB (bundel-Brunner)*, Deventer, Kluwer, 1994, 343-344.

behulp van de redelijkheid en billijkheid⁽⁵³⁾. Door de contractuele en buitencontractuele fout in verband te denken, hebben deze leerstukken en uitgangspunten indirect invloed op de invulling van de buitencontractuele fout en de daarmee samenhangende rechtvaardiging of schuldloosheid. Daarnaast dienen zij uiteraard ook rechtstreeks als inspiratiebron voor het denken over de buitencontractuele fout en haar rechtvaardiging en schulduitsluiting. Deze gedachte zal aan de hand van enkele voorbeelden worden uitgewerkt.

A. REDDING UIT BRANDEND HUIS

18. Indien iemand het raam van een huis waarbinnen brand woedt, kapot slaat om daaruit de eigenaar van het huis te redden, zal als vanzelfsprekend worden opgemerkt dat het kapotmaken van het raam gerechtvaardigd was. Als de casus een weinig wordt veranderd en niet de eigenaar uit het huis wordt gered maar een voor hem onbekende derde, bijvoorbeeld een dief, kan niet zonder meer geconcludeerd worden dat de eigenaar degene is die de schade van het kapot gemaakte raam moet dragen. In het eerste geval verklaart de verhouding tussen de geredde eigenaar en zijn redder waarom de redder zich jegens de eigenaar op overmacht kan beroepen. Het hogere belang van het geredde leven van de eigenaar is gediend met het opofferen van het eveneens bij hem berustende, geschade belang. Hij is niet verarmd en evenmin is hij een willekeurige burger die, anders dan zijn buurman, onevenredig is benadeeld. Als de redder schade zou hebben geleden, zou deze een vordering op grond van zaakwaarneming hebben op de eigenaar. De civielrechtelijke uitgangspunten wijzen derhalve erop dat het inslaan van het raam jegens de geredde eigenaar gerechtvaardigd was en dat deze zijn eigen schade moet dragen.

Als de redder een dief redt uit het huis van de eigenaar, vloeit uit de verhouding die met de reddingsactie tussen partijen is ontstaan, niet zonder meer hetzelfde voort. In deze situatie rijzen meteen vragen als: waarom moet de eigenaar van het huis de schade van de reddingsactie

(53) Zie voor een vergelijkbare redenering met betrekking tot hetgeen in de weg staat aan de (in Nederland in beginsel mogelijke) toewijzing van een restitutievordering bij ongerechtvaardigde verrijking W.J. ZWALVE, „Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie, Boekbespreking Van den Brink en Van Kooten”, *WPNR* 2002, 609-611. Zwalve wijst erop dat in de *ob turpem causa*, de *in pari delicto* en *nemo auditur* regels billijkheidsoverwegingen besloten liggen die langs de weg van art. 3:12 NIBW en art. 6:2 NIBW doorwerken en door moeten werken in een oordeel over hetgeen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

dragen en om welke reden dient hij het nadeel te dragen dat samenhangt met het aan de zijde van de dief gevallen voordeel van de redding? Indien de redder schade zou hebben geleden, kan hij deze niet wegens zaakwaarneming op de eigenaar van het huis verhalen, maar op de dief. De aan ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming ontleende aanknopingspunten wijzen dan ook in de richting van de dief.

Met de opgeroepen vragen kan de vraag waarom het draait worden gesteld: waarom is deze gedraging niet onrechtmatig jegens de eigenaar van het huis? Vanuit het civielrechtelijke perspectief is immers wel degelijk sprake van onrechtmatigheid. De reddingsactie heeft niet geleid tot een verhouding tussen de eigenaar van het huis en de redder die verklaart waarom de gedraging jegens de eigenaar gerechtvaardigd is. Behalve de dief handelde ook de redder onrechtmatig jegens de eigenaar. Indien de redder wordt aangesproken de schade te vergoeden kan hij deze verhalen op de dief op grond van zaakwaarneming.

B. VERDUISTERING TAPIJEN TEN BEHOEVE VAN ONDERDUIKERS

19. Hoe wordt een geval benaderd waarin een lager geacht financieel of op geld waardeerbaar belang wordt opgeofferd ter bescherming van een hoger belang, te weten leven? Iemand die in de oorlog Perzische kleden en een tapijt van een derde doet verduisteren om met het geld twee mensen te laten onderduiken, kan zich in het strafrecht met succes beroepen op overmacht (noodtoestand): „... dat verdachte bij de keuze, waarvoor hij zich geplaatst zag, het redden van twee mensenlevens of het (niet-) aantasten van den eigendom van getuige v.G., terecht het eerste heeft gekozen en dat verdachte in de gegeven omstandigheden niet anders heeft kunnen en mogen handelen, dan hij gedaan heeft, zoodat de bewezen geachte handeling van verdachte geacht moet worden uit nood te zijn gepleegd en verdachte van alle rechtsvervolging te dier zake moet worden ontslagen.”(54).

Met de opoffering van een lager belang wordt een hoger belang beschermd. Daarmee valt echter niet dadelijk in te zien waarom de benadeelde die de verduisteraar op grond van onrechtmatige daad aanspreekt tot vergoeding van de geleden schade geen beroep kan doen op de civielrechtelijke bescherming van zijn opgeofferde, lagere

(54) Rb. Groningen 14 november 1947, *NJ* 1947, 491.

belang. Uiteraard zal ook in het burgerlijk recht het levensbelang voorgaan ten opzichte van financiële belangen. Op het eerste gezicht ligt het dan ook voor de hand dat de verduisteraar zich met succes op overmacht kan beroepen. Anderzijds is denkbaar dat het optreden slechts ten dele gerechtvaardigd is. Of de gedraging echt niet onrechtmatig is jegens de benadeelde, hangt namelijk af van de richting waarin andere in het burgerlijk recht bestaande aanknopingspunten wijzen. Daaruit kan blijken dat een bepaald element van de gedraging onrechtmatig is en dat daaruit een verplichting tot vergoeding van schade voortvloeit. Eerst indien dergelijke aanknopingspunten ontbreken, zal wegens de afwezigheid van onrechtmatigheid de schade blijven waar zij is gevallen.

20. In dit verduisteringsgeval moet de oplossing van de aansprakelijkheidsvraag aansluiten bij de uitgangspunten op grond waarvan onevenredige benadeling en ongerechtvaardigde verrijking wordt vermeden en schade, veroorzaakt door zaakwaarneming, voor vergoeding vatbaar is. Door onder te kunnen duiken is voor de onderduikers schade afgewend, hetgeen ten koste is gegaan van de eigendommen van een derde die daardoor schade heeft geleden. De gedraging van de verduisteraar heeft tot gevolg gehad dat de eigenaar van de kleden en het tapijt is verarmd. Met het aldus verkregen geld konden derden onderduiken. Voor hen is nadeel afgewend, hetgeen als verrijking kan worden aangemerkt(55). In de verhouding tussen de eigenaar van de kleden en het tapijt en de onderduikers is niet een redelijke grond gelegen die verklaart waarom de onderduikers verrijkt worden ten koste van de eigenaar. Voor het afwenden van het nadeel is derhalve niet een redelijke grond aanwezig. Evenmin valt in te zien waarom de derde anders dan andere burgers en derhalve onevenredig in zijn belang getroffen mag blijven(56). In de lijn van de gedachte van zaakwaarneming zou liggen dat de schade die de zaakwaarnemer (i.c. de verduisteraar) met de zaakwaarneming (het verduisteren) heeft veroorzaakt, voor rekening komt van de belanghebbende(57). De

(55) Deze verwijzing naar de profijtgedachte wordt door THE LAW COMMISSION, Consultation Paper No 160, *a.w.*, onder 60, beschouwd als onderdeel van het vereiste van „consistency”.

(56) Zie in ander verband over de zogenoemde indirecte verrijking H.C.F. SCHOORDIJK, „Indirecte verrijking”, *WPNR* 1970, nr. 5093, 5094, 5095.

(57) Zie over de toepassing van de figuur van zaakwaarneming in hulpverleningssituaties H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, „Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978”, *T.P.R.* 1980, 1199-1201 en H.C.F. SCHOORDIJK, „De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme”, *a.w.*, 13-15, 35-38; L. VAEL, *a.w.*, 85, 91, 104.

samenvoeging van deze gezichtspunten leidt ertoe dat de gedraging van de verduisteraar, ondanks inachtneming van de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond, onrechtmatig is jegens de eigenaar van de kleden en het tapijt. De schade die hij op grond hiervan moet vergoeden kan hij op zijn beurt terugvorderen van de geredde personen (de onderduikers).

C. IJSWANDELAARS

21. Voor het eerder genoemde geval waarin iemand (A) door het ijs zakt en daarbij de meest nabije persoon (B) bij de arm grijpt, kan een vergelijkbare gedachte gevolgd worden. Voor de gedraging van A bestaat een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond. Ervan uitgaand dat hij zijn leven probeerde te redden en daartoe een minder zwaarwegend belang van B opofferde, geldt deze rechtvaardigingsgrond in zoverre ook in de burgerrechtelijke situatie. Toch is daarmee niet gezegd dat B geen vordering tot vergoeding van zijn schade uit onrechtmatige daad heeft.

Mogelijk is dat A en B voorafgaand aan het ongeval reeds in een verhouding stonden die relevant is voor de kwalificatie van de gedraging die tot de schade leidde en die meebrengt dat de gedraging van A jegens B niet onrechtmatig is(58). Dit kan zich voordoen indien schade wordt geleden in het kader van of naar aanleiding van een sport en/of spel waarbij zowel dader als benadeelde zijn betrokken en de schade het gevolg is van een gedraging die zij gezien de omstandigheden waarin zij zich begaven in redelijkheid over en weer in even grote mate van elkaar te verwachten hadden. Ook gedragingen die plaatsvinden gedurende het leven van alledag en die leiden tot de zogenoemde huis-, tuin- en keukenongevallen zijn in de verhouding tussen dader en benadeelde dikwijls normaal zodat zij die over en weer van elkaar moeten verwachten en accepteren(59). De situatie

(58) Hiervan onderscheiden dient te worden het geval waarin de gedraging van A jegens B wel toerekenbaar onrechtmatig is en aansprakelijkheid van A dus bestaat, maar waarin de vergoedingsplicht van A wordt beperkt omdat B eigen schuld heeft aan zijn schade.

(59) Zie C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000, 14-17. Dat ook in België niet iedere schade samenvalt met een vergoedingsplicht, blijkt uit een voorbeeld ontleend aan Brussel 30 juni 1998, Kluwer Editions Juridiques Belgique, N8 98/88, 378-379: iemand die bij het verlaten van het zwembad niet de trap neemt maar op de rand steunt en met zijn benen beweegt om op de kant te geraken, maakt een gebruikelijke beweging. De schade die deze beweging tot gevolg heeft, komt niet voor vergoeding in aanmerking omdat de veroorzakende gedraging niet onrechtmatig was. Zie voorts H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, „Overzicht van Rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *T.P.R.* 2000, 1624-25 en 1680-1688.

waarin in zo'n geval schade wordt geleden laat zich omschrijven als risicoaanvaarding(60) c.q. een ongelukkige samenloop van omstandigheden(61). De verhouding tussen dader en benadeelde verklaart waarom de gedraging niet een normschending inhield en waarom het terrein van de onrechtmatigheid niet is betreden. Zowel in Nederland als in België geldt dat in een dergelijk geval de schade daar rust waar zij is gevallen.

Afhankelijk van de op grond van de concrete omstandigheden tussen de persoon die door het ijs zakt en degene bij wie hij houvast zoekt bestaande verhouding, zal de situatie waarin het vastgrijpen plaatsvindt worden aangemerkt als aanvaarding van risico c.q. een ongelukkige samenloop van omstandigheden of als een onrechtmatige daad. Ervan uitgaande dat in het geval van de Belgische rijen-lopers tussen dader en benadeelde een voor de kwalificatie van de gedraging relevante verhouding ontbreekt, is het vastgrijpen in beginsel onrechtmatig. Als zij strafrechtelijk gerechtvaardigd is, kan als enige reden voor de gedachte dat de benadeelde zijn eigen schade moet dragen, aangevoerd worden dat hij op het moment van het incident dichtbij was. Deze grond verklaart voor het burgerlijk recht niet of onvoldoende dat de afwending van schade voor A, hetgeen schade heeft veroorzaakt bij B, voor rekening van B moet blijven. Wederom kunnen in de gedraging van A burgerrechtelijke aspecten worden onderscheiden die losstaan van de strafrechtelijke aspecten. De verhouding tussen A en B rechtvaardigt niet dat B in sterkere mate dan andere burgers getroffen wordt. Daarnaast heeft A met zijn gedraging zijn eigen belang gediend en daarbij het belang van B opgeofferd. In zoverre is A ten koste van B verrijkt, zonder dat tussen hen een verhouding bestaat waaruit een redelijke grond voor deze verrijking voortvloeit. Ten slotte zou nog verdedigd kunnen worden dat B door

(60) Deze figuur wordt in België, Nederland, Frankrijk, Duitsland en Engeland niet erkend als afzonderlijke rechtsfiguur in de zin van een rechtvaardigingsgrond van eigen aard die de onrechtmatigheid van een gedraging en daarmee ook de aansprakelijkheid opheft. Wel wordt zij voor het Belgische recht gebruikt om de gedraging in kwestie te omschrijven in het licht van het gedrag van het slachtoffer. Zie H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, „Overzicht van Rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *T.P.R.* 2000, 1673-1680. Vergelijkbaar hiermee wordt mede aan de hand van de gedachte van de risicoaanvaarding in het Nederlandse recht beoordeeld of een (gevaarlijke) gedraging in het concrete geval onrechtmatig is jegens de benadeelde. Zie C.J.H. BRUNNER, noot onder HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 (natrap) en noot onder HR 12 oktober 1990, *NJ* 1992, 620 (meerijden met dronken bestuurder).

(61) Zie over deze door de Hoge Raad gehanteerde formulering om te verklaren waarom iemand zijn eigen schade draagt C.H. SIEBURGH, „Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?”, *WPNR* 2001, 581, noot 7; ASSER/HARTKAMP 4-III, *a.w.*, nr. 14 en HR 28 maart 2003, *RvdW* 2003, 63 (hindernisbaan) en *RvdW* 2003, 64 (schaatsongeval) met Conclusie P.-G. HARTKAMP voor beide arresten (C 01/273 resp. C01/285).

de gedraging van A is gemaakt tot behartiger van A's belang en in die zin A's zaken heeft waargenomen. Deze uitgangspunten wijzen erop dat de in beginsel aanwezige civielrechtelijke onrechtmatigheid van A's gedraging daaraan niet is komen te ontvallen.

D. UITEENJAGEN VAN RELSCHOPPERS

22. Een groep die in een disco een relletje heeft veroorzaakt, wordt door de uitsmijter (A) van de discotheek op straat gezet. Een aantal leden van de groep belaagt degene die de uitsmijter te hulp is geschoten (B). De uitsmijter die in de tussentijd gewaarschuwd is dat een van de leden van de groep een pistool bij zich heeft, probeert degene die hem hielp te ontzetten door, met gebruik van een ijzeren staaf, de groep uiteen te jagen. Daarbij wordt een van de leden van de groep (C) geraakt⁽⁶²⁾. De burgerlijke rechter heeft geoordeeld dat A in noodweer handelde, waaruit voortvloeit dat C zijn schade zelf draagt omdat jegens hem niet onrechtmatig is gehandeld. Daarbij is echter geen aandacht besteed aan de verhouding die tussen A en C resp. B en C bestond. A-G Spier heeft dit in zijn conclusie voor het arrest wel gedaan. Hij verdedigt dat het wel of niet aanwezig zijn van noodweer mede beoordeeld moet worden aan de hand van de rol van het slachtoffer. Indien deze onschuldig is en in het geheel geen rol speelt (bijvoorbeeld omdat hij een toevallige passant of een „ramptoerist” was), acht hij het voor twijfel vatbaar of ook jegens (de nabestaanden van) het slachtoffer een geslaagd beroep op noodweer gerechtvaardigd is. Naarmate als gevolg van een handeling het risico van schade voor een groot aantal onschuldigen groter is, wordt de kans op een geslaagd beroep op noodweer jegens deze onschuldigen zijns inziens kleiner.

Volgens deze redenering is de verhouding tussen dader en slachtoffer van belang bij de waardering van de onrechtmatigheid en de daarmee in direct verband staande rechtvaardigingsgrond. In dit concrete geval zou het feit dat het slachtoffer zelf lid is van een groep die zowel in de disco als daarbuiten relletjes en onrust veroorzaakt, mijns inziens ertoe leiden dat jegens hem in ruimere mate een beroep op noodweer mogelijk is dan jegens een toevallige voorbijganger. C is niet een willekeurige voorbijganger. Hij heeft met zijn lidmaatschap van de groep mede bijgedragen aan het ontstaan en in stand houden van de situatie waarin de uitsmijter zich geroepen voelde in te grijpen. Als

(62) HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 9.

gevolg van zijn eigen gedragingen ontbreekt niet een redelijke grond voor het door hem geleden nadeel. Noodweer kan dan ook in de civielrechtelijke verhouding als rechtvaardigingsgrond ingeroepen worden.

23. Met Spier(63) ben ik van mening dat dit anders is als C wel een willekeurige derde zou zijn. Zijn (afwezige) verhouding tot de uit-smijter A en de ontzette B verklaart niet waarom juist zijn civielrechtelijke belang door het handelen van A kan worden opgeofferd ten behoeve van het belang van B. De keerzijde van deze eenzijdige benadeling wordt gevormd door het daarmee gepaard gaande gediende belang van B (verrijking) zonder dat daarvoor een grond in de verhouding tussen B en C aanwezig is. Over het hoofd van C zijn de zaken van B waargenomen. In deze constellatie ontdoet de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond de gedraging dan ook niet van haar onrechtmatigheid.

E. HUISZOEKING DOOR OVERHEID

24. Dat het verschil in belangen die door het strafrecht en het civiele recht wordt gediend gevolgen heeft, blijkt eveneens in gevallen waarin de overheid strafrechtelijk optreedt, bijvoorbeeld door het verrichten van een huiszoeking(64). In het in HR 30 maart 2001(65) berechte geval is volgens de daarvoor geldende strafrechtelijke regels huiszoeking ter inbeslagneming verricht in het pand en de zich daarbij bevindende opstallen en aanhorigheden van een van overtreding van de Opiumwet verdachte. Daarbij is ook gezocht in de stallen die door Lavrijsen van de verdachte werden gehuurd en waarin Lavrijsen varkens hield. Lavrijsen werd niet als verdachte aangemerkt. Zij heeft als gevolg van de huiszoeking schade geleden. Bij de doorzoeking zijn namelijk deuren open blijven staan waardoor het ventilatiesysteem niet goed functioneerde met als gevolg dat bij de varkens groeivertraging is opgetreden en problemen met de voedselconversie zijn ontstaan. In de door het verrichten van de huiszoeking ontstane burger-

(63) A-G SPIER, Conclusie voor HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 9, onder 3.11 die, voor het geval noodweer wel zou worden aangenomen, betoogt dat een vordering gebaseerd zou kunnen worden op ongerechtvaardigde verrijking.

(64) Zie voor een overzicht Conclusie A.-G. LANGEMEIJER onder 2.9-2.12 voor HR 21 maart 2003, *RvdW* 2003, 53 C01/196 (S/Staat).

(65) HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 71.

rechtelijke verhouding tussen degene bij wie de huiszoeking is verricht en de overheid is niet een prioriteit te geven aan ofwel het door het civiele recht beschermde belang van degene wiens recht is opgeofferd ten behoeve van het algemene belang ofwel het door het strafrecht beschermde algemeen belang. Het bezwaar dat is verbonden aan het geven van prioriteit uit zich als we ons afvragen waarom het belang van juist deze willekeurige, niet betrokken burger moest worden opgeofferd en niet dat van zijn buurman en de overige eveneens willekeurige en niet betrokken burgers(66).

25. Het zoeken van aansluiting bij de idee van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 NIBW) kan naar mijn mening verhelderen waarom in dit geval onrechtmatig is gehandeld(67). Iemand die een bepaalde bevoegdheid heeft, ontleent daaraan het recht om zijn eigen en/of andermans levenssfeer te beïnvloeden terwijl die ander de plicht heeft de uitwerking van deze bevoegdheid te dulden(68). Op de veronderstelling dat het gebruik van een bevoegdheid rechtmatig is, worden uitzonderingen gemaakt. De bevoegdheid mag bijvoorbeeld niet worden uitgeoefend indien de dader daarbij geen redelijk belang heeft. Een redelijk belang ontbreekt als wordt gehandeld met geen ander doel dan de ander te schaden en eveneens indien onevenredigheid bestaat tussen het belang bij uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad. Aldus wordt misbruik van een bevoegdheid beoordeeld aan de hand van een afweging van het belang van de dader en de benadeelde.

(66) In het algemeen wordt aangenomen dat de onrechtmatigheid van het gedrag is gelegen in het toebrengen van onevenredige schade. In HR 21 maart 2003, *RvdW* 2003, 53 (S/Staat) is gebruik gemaakt van de volgende redenering: „Onevenredig nadelige dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende gevolgen van een overheidshandeling of een overheidsbesluit, behoren immers niet ten laste van die beperkte groep te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld (HR 30 maart 2001, nr. C00/083, *RvdW* 2001, 71 (Staat Lavrijzen, CS)). Uit deze regel volgt dat *het toebrengen van onevenredige schade* bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige inbeslagname, gevolgd door vernietiging van de inbeslaggenomen voorwerpen jegens de daardoor getroffen *onrechtmatig is* (curs. CS).” Deze redenering is herhaald in HR 20 juni 2003, C02/033. In de kern genomen is de reden die de Hoge Raad voor de onrechtmatigheid aanvoert het veroorzaken van schade. Algemeen aanvaard is echter dat niet het enkele veroorzaken van schade een grond is voor onrechtmatigheid. Mijns inziens dient dan ook gezocht te worden naar een andere grond voor de onrechtmatigheid, c.q. dient te worden aangegeven welke burgerrechtelijke uitgangspunten ertoe leiden dat onevenredig nadelige gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van een beperkte groep burgers behoort te komen.

(67) Zie hierover reeds C.H. Sieburgh, „Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheids-optreden onrechtmatig?“, *WPNR* 2002, 95-98.

(68) W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, 1973, 168.

Het misbruiken van bevoegdheid is echter niet noodzakelijk beperkt tot deze, in de wet genoemde, gevallen. Dat volgt uit de formulering van art. 3:13 NIBW, waar kort gezegd wordt bepaald dat een bevoegdheid *onder meer* wordt misbruikt indien de dader geen redelijk belang heeft bij de uitoefening van zijn bevoegdheid. Waaraan bij dat „meer” kan worden gedacht, volgt uit de Memorie van Toelichting bij het artikel: „Een volgend punt van overweging is geweest dat de grens tussen rechtsverhoudingen die worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en die waarbij dit niet of niet zonder meer het geval is, moeilijk is te trekken. In de eerste groep van gevallen kan met de maatstaf (...) „naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar” ongeveer hetzelfde worden bereikt als daarbuiten met misbruik van recht. In de tweede groep van gevallen kan ter beperking van een bevoegdheid slechts het onderhavige artikel worden gehanteerd. Ook dit is een reden om tussen beide groepen van gevallen geen onnodig scherp onderscheid te maken, en aan de rechtspraak over te laten een vloeiende overgang te vinden.”(69)

Deze passage geeft aan dat de gedachte van misbruik van bevoegdheid niet uitsluitend gereserveerd is voor de in art. 3:13 NIBW beschreven krasse gevallen. Zij kan eveneens worden aangewend ter relativering van bevoegdheden en wordt dan verstaan als verkeerd gebruik van de bevoegdheid(70).

26. Een wijze waarop vorm kan worden gegeven aan de door de wetgever beschreven vloeiende overgang, is aanvaarding van de gedachte dat misbruik van een bevoegdheid niet noodzakelijk is gelegen in het ontbreken van een redelijk belang van de dader en de daaruit voortvloeiende afweging van de belangen van de dader en de be-

(69) Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1049.

(70) Zie over de relativering van bevoegdheden die voortvloeien uit een subjectief recht W. VAN GERVEN, *a.w.*, 182: „De formele grenzen van het subjectieve recht, zoals die bijv. door de wet zijn vastgelegd, wekken namelijk de schijn, dat al wat binnen die grenzen blijft rechtmatig is. De leer van misbruik van recht vernietigt die schijn door ook naar binnen grenzen te trekken (...)” en J. LIMPENS en R. KRUIHOF, „Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in *Recht in beweging, Bundel Ridder R. Victor*, Deventer, Kluwer, 1973, 671.

Een vergelijkbare redenering wordt voor het contractenrecht voorgestaan door M.M. STOLP, „Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?” in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER, *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 501 e.v. Zij betoogt dat in art. 3:13 NIBW (dat betrekking heeft op zowel buitencontractuele als contractuele relaties) op dezelfde wijze als in art. 6:248 lid 2 NIBW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor contractuele relaties) het uitgangspunt ligt besloten dat een bevoegdheid is misbruikt als een weldenkend mens in redelijkheid niet tot de bevoegdheids-uitoefening had kunnen komen.

nadeelde(71). Het belang van de benadeelde verdient aandacht, ook buiten een afweging met het belang van de rechthebbende. Indien de dader een rechtmatig belang dient dat zich niet leent voor een afweging tegen het geschade belang van een derde, kunnen er gezichtspunten zijn op grond waarvan de belangen van de derde zelfstandig bescherming verdienen. Deze gezichtspunten dienen te worden betrokken in de beantwoording van de vraag of de strafrechtelijk gerechtvaardigde uitoefening van een bevoegdheid in al haar dimensies rechtmatig is in het burgerlijk recht. In dit kader spelen andere omstandigheden een rol dan die zijn betrokken in de afweging die heeft geleid tot het verrichten van een huiszoeking. Het feit dat de derde strafrechtelijk gezien dient te dulden dat zijn huis wordt doorzocht, impliceert niet dat hij geheel buiten de burgerrechtelijke bescherming van zijn belangen wordt gesteld. Het gelijkheidsbeginsel brengt mee dat hij recht heeft op dezelfde bescherming als zijn buurman wiens huis niet wordt doorzocht. De overheid, die door haar strafrechtelijk gerechtvaardigde optreden in een burgerrechtelijke verhouding tot de burger komt te staan en het respecteren van zijn burgerrechtelijke belangen niet kan verenigen met bijvoorbeeld de doorzoeking van zijn woning, maakt civielrechtelijk misbruik van haar bevoegdheid en handelt om die reden onrechtmatig(72). Dat van dit gedrag geen verbod kan worden verkregen staat niet aan de onrechtmatigheid ervan in de weg en evenmin aan de daaruit voortvloeiende verplichting tot het vergoeden van schade (zie art. 6:168 NIBW).

27. De behandelde voorbeelden illustreren dat de aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond niet noodzakelijk meebrengt dat ook de civielrechtelijke onrechtmatigheid afwezig is. De

(71) Zie ook W. VAN GERVEN, *a.w.*, 191: „Uit het voorgaande zou men de indruk kunnen overhouden dat misbruik van recht uitsluitend een kwestie van belangenafweging is. Dit is onjuist. Misbruik van recht betekent in de eerste plaats foutieve rechtsuitoefening (...)” en Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1040: „(...) het invoeren van de door de wet toegekende bevoegdheid geeft geen absolute vrijbrief om te schaden.”

(72) Vergelijkbaar hiermee is de in HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m.nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker) gevolgde redenering. Geoordeeld werd dat het verkregen zijn van een hinderwetvergunning degenen die overeenkomstig die vergunning handelt niet vrijwaart voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De op een administratiefrechtelijke belangenafweging berustende vergunning en het conform deze vergunning dempen met vuilnis van een plas, ontnam niet de onrechtmatigheid aan de demping in de burgerrechtelijke verhouding van de dader met de eigenaar van een nabijgelegen boomgaard die door, als gevolg van het vuilnis aangetrokken, vogels werd verwoest.

reden hiervoor is dat de achtergronden die in het privaatrecht van belang zijn, niet noodzakelijk in het strafrechtelijk oordeel zijn verweven. Indien de strafrechtelijke rechtvaardiging de handeling haar strijd met in het civiele recht geldende uitgangspunten niet ontnemt, blijft de desbetreffende handeling burgerrechtelijk onrechtmatig.

F. MISHANDELING ONTUCHTPLEGER

28. Ook bij de beantwoording van de vraag naar de werking van strafrechtelijke schulditsluitingsgronden in het burgerlijk recht, moet aansluiting gezocht worden bij de aan het civiele recht als geheel ten grondslag liggende uitgangspunten. In beginsel geldt dat iemand die bedreigd werd en die aanvoert dat hij in noodweerexces zijn belager naar de keel heeft gegrepen, niet strafbaar is omdat hij zich kan beroepen op een schulditsluitingsgrond. Zo is niet strafbaar de jongen die de man te lijf gaat die gedurende enige tijd ontucht met hem heeft gepleegd en die dreigt de „verhouding” openbaar te maken, onder meer aan de ouders en het meisje van de jongen. Hiermee is echter niet zonder meer gezegd dat zijn slachtoffer niet een vordering heeft of zou moeten hebben op grond van een toerekenbare onrechtmatige daad. Opnieuw wordt het belang van het maken van onderscheid in werking van de schulditsluitingsgrond voor het strafrecht en het civiele recht inzichtelijker als de casus aldus wordt veranderd dat de jongen in noodweerexces zich vergist en een willekeurige derde naar de keel vliegt. Dat deze gedraging niet strafbaar is, zegt niet dat zij bij gebreke aan schuld niet foutief was en om die reden niet een verplichting tot vergoeding van schade tot gevolg heeft.

Voor het Nederlandse recht geldt in zo'n geval dat de onrechtmatige daad ondanks afwezigheid van schuld aan de dader kan worden toegerekend indien zij te wijten is aan een oorzaak die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Evenals in art. 6:75 NIBW kunnen de in art. 6:162 lid 3 NIBW bedoelde verkeersopvattingen beschouwd worden als een middel om aansluiting te zoeken bij hetgeen de maatschappelijke verhoudingen eisen⁽⁷³⁾. Zij vertegenwoordigen wat betreft de toerekenbaarheid voor niet-contractueel geregelde verhoudingen hetgeen de redelijkheid en

(73) C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, a.w., 207-210.

billijkheid vertegenwoordigt voor de contractueel geregelde verhoudingen(74).

Evenals de inhoud van de redelijkheid en billijkheid kan de inhoud van deze verkeersopvattingen worden ontleend aan de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in een bepaalde samenleving levende rechtsovertuiging en de maatschappelijke en persoonlijke belangen. Hierbij zal in de eerste plaats aansluiting gezocht moeten worden bij hetgeen wel in de wet is geregeld. Aldus zijn de gronden voor de toerekening van eigen onrechtmatig gedrag krachtens verkeersopvattingen te vinden in de redenen om aansprakelijkheid voor verwijtbaar onrechtmatig gedrag aan te nemen en in de redenen om aansprakelijkheid voor de fouten van een ander en voor gebrekkige zaken aan te nemen. Voor beide vormen van buitencontractuele aansprakelijkheid zijn van belang de aard van de gedraging resp. de verhoging van de kans op schade en de hoedanigheid van de aansprakelijke persoon(75).

Bovendien kan met behulp van de verkeersopvattingen aansluiting gezocht worden bij de in het burgerlijk recht verankerde, eerder genoemde, leerstukken en uitgangspunten. Aldus wordt met de toerekening van een onrechtmatige daad krachtens verkeersopvattingen een met het overige burgerlijk recht samenhangend buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht verkregen.

Het Belgische recht kent de toerekening buiten schuld krachtens verkeersopvattingen niet. Wel kunnen de in art. 1386bis BBW genoemde geesteszieken buiten hun schuld voor hun contractuele en buitencontractuele fout worden aangesproken. Daarnaast wordt de zorgvuldigheid die op grond van art. 1382 en 1383 BBW wordt verlangd en met behulp waarvan wordt vastgesteld of de dader anders had kunnen en moeten handelen, bepaald aan de hand van de objectief vaststelbare hoedanigheid van de dader en de mate van risico die met

(74) Parl. Gesch. Boek 6, Toelichting Ontwerp Meijers, p. 265 bij art. 6:75 NIBW: „Bij verbintenissen die niet uit rechtshandeling (overeenkomst) voortvloeien, zou deze weg (om de vraag of een bepaald risico voor rekening van de schuldenaar komt, als een vraag van uitlegging te behandelen, CS) trouwens niet openstaan. Het artikel verwijst daarom, behalve naar de rechtshandeling (overeenkomst) ook naar de in het verkeer geldende opvattingen.” ASSER/HARTKAMP 4-II, *a.w.*, nr. 293 betoogt dat de maatstaf van de in het verkeer geldende opvattingen in het verbintenissenrecht is te beschouwen als een verbijzondering van de „in Nederland levende rechtsovertuigingen”, waarnaar art. 3:12 NIBW verwijst in verband met de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert. Ook hieruit blijkt het verband tussen de rol van de contractuele redelijkheid en billijkheid en de, ten aanzien van de uit andere bronnen voortvloeiende verbintenissen geldende, verkeersopvattingen.

(75) C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad, a.w.*, 219-242.

de gedraging in het leven is geroepen(76). Deze op schending van de geobjectiveerde zorgvuldigheid berustende fout is derhalve vergelijkbaar met de op grond van verkeersopvattingen toerekenbare onrechtmatige daad.

29. In het geval van de jongen die zijn belager naar de keel vliegt, is natuurlijk in de eerste plaats van belang dat zijn in noodweerexces verrichte handeling gevaarlijk is. Geabstraheerd van zijn persoonlijke omstandigheden handelde hij onzorgvuldig. Uitgaand van een geobjectiveerd foutbegrip handelde hij foutief. Vergelijkbaar is de redenering volgens welke een fout aanwezig is omdat de onrechtmatige daad buiten schuld krachtens verkeersopvattingen aan de dader wordt toegerekend omdat hij gezien de aard van zijn gedraging ook buiten schuld daarvoor aansprakelijk behoort te zijn.

Naast het door de gedraging in het leven geroepen gevaar, spelen andere omstandigheden een rol, bijvoorbeeld de verhouding waarin de benadeelde en de dader staan. De willekeurige voorbijganger en de bedreigde die hem aanvliegt, staan niet in een voor het voorliggende probleem relevante verhouding. De benadeelde heeft niet bijgedragen aan de situatie die tot het handelen in noodweerexces aanleiding gaf. Hij heeft geen enkel voordeel van het feit dat hij wordt aangevlogen en is dan ook in vergelijking tot iedere andere willekeurige burger die voorbijganger had kunnen zijn, onevenredig geschaad in zijn door het burgerlijk recht beschermde belang. Aanknopingspunten die erop wijzen dat de onrechtmatig veroorzaakte schade voor zijn risico moet blijven ontbreken.

Als degene die in noodweerexces wordt aangevallen de oorspronkelijke agressor is, ligt het anders. Het „slachtoffer” is niet een toevallige of willekeurige benadeelde die buiten zijn eigen toedoen of medewerking is betrokken in een situatie waarin hij als aangrijpingspunt diende voor het afwenden van schade. Hij was zelf degene die veroorzaakte dat schade afgewend diende te worden(77). In het zojuist

(76) Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *a.w.*, 239-241. Deze benadering is vergelijkbaar met de voor Nederland onder het oude BW gekozen benadering. Zie hierover C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad, a.w.*, 116-140.

(77) Vgl. het geval berecht in HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 m.nt. EAA en CJHB (HIV-test) waarin is geoordeeld dat het aan art. 11 NIGW ontleende grondrecht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Een zodanige beperking kan in elk geval tussen burgers onderling in beginsel worden gegrond op art. 1401 (6:162 NIBW, CS), zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen. Vgl. voorts HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647, m.nt. JdB (DNA-onderzoek) waar de specifieke relatie tussen de man en de vrouw, inhoudende dat zij in het conceptietijdvak seksuele gemeenschap hebben gehad, meebracht dat de man jegens de vrouw de verplichting had mee te werken aan een vaderschapstest.

behandelde geval heeft de ontuchtpleger een verhouding in het leven geroepen die de zeventienjarige aanleiding gaf om schade af te wenden. Het vermijden van ongerechtvaardigde verrijking in de vorm van het afwenden van nadeel biedt in dit geval geen grond voor schadevergoeding. Omdat het „slachtoffer” zelf als eerste onrechtmatig handelde, kan hij geen recht ontlenen aan gedrag dat daarvan het gevolg is en dat daarmee in een voor het geval relevant verband staat. Het desbetreffende gedrag is in het algemeen toerekenbaar onrechtmatig. De toerekenbaarheid valt echter weg gezien de door het „slachtoffer” geschapen *in pari delicto*-verhouding. In het verlengde van deze redenering kan de zeventienjarige belager zich erop beroepen dat de door de oorspronkelijke agressor ingestelde vordering in strijd is met de goede zeden(78). Volgens de *nemo auditur- c.q. ex turpi causa* gedachte wordt de laatste niet gehoord omdat hij zelf als eerste schandelijk handelde. Ten slotte zou toewijzing van de vordering impliceren dat het oorspronkelijk agressieve gedrag wordt getolereerd en dat de regel die dat gedrag onrechtmatig maakt niet wordt ondersteund(79).

30. Overigens houdt het voorgaande niet in dat een agressor zich door zijn handelen volledig onttrekt aan de door het burgerlijk recht geboden bescherming(80). Of hij zich onder de concrete omstandigheden op deze bescherming kan beroepen, hangt af van de aard van zijn eigen optreden en van de aard en intensiteit van de op basis daarvan tegen hem gerichte gedraging. Indien een ander middel om de initiële agressie af te wenden meer voor de hand ligt of indien het ingezette middel disproportioneel is aangewend zal dit ook jegens de oorspronkelijke agressor onrechtmatig zijn. Wel bestaat de mogelijkheid om bij de toerekening van deze onrechtmatige daad te oordelen dat schuld ontbreekt en dat gezien de *nemo auditur-*, *ex turpi causa-* en *in pari delicto* gedachte evenmin reden is de gedraging toe te rekenen op grond van de verkeersopvattingen. De schade blijft dan voor risico van de initiële agressor.

(78) In het Engelse recht kan de verweerder (i.c. de 17 jarige belager) zich in dergelijke gevallen met succes beroepen op *illegality*. Zie hierover LAW COMMISSION, Consultation Paper No 160, *a.w.*, onder 6.

(79) Vgl. LAW COMMISSION, Consultation Paper No 160, *a.w.*, onder 58 en 60 en W.V. HORTON ROGERS, „Ex Turpi Causa Non Oritur Actio”, in H. KOZIOL en J. SPIER (eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien, Springer, 2003, 305-306.

(80) Vgl. W.V. HORTON ROGERS, „Ex Turpi Causa Non Oritur Actio”, *a.w.*, 305.

X. Conclusie

31. Uit de hierboven uitgewerkte theoretische achtergrond en voorbeelden blijkt het volgende. De beantwoording van de vraag of de schade vergoed moet worden als zij het gevolg is van een strafrechtelijk gerechtvaardigde of schuldloze gedraging, staat in verband met het gewicht dat moet worden toegekend aan de voor het burgerlijk recht geldende uitgangspunten.

Voor de invulling van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht dient derhalve niet uitsluitend te rade gegaan te worden bij het strafrecht. De omstandigheden waarin de veroorzaker van schade niet aansprakelijk is voor zijn gedraging moeten worden ontleend aan de achtergronden van het burgerlijk recht zelf. Daartoe is het interessant te bezien hoe in het contractenrecht wordt omgegaan met omstandigheden die eraan in de weg staan dat het niet-nakomen van een verbintenis een toerekenbare tekortkoming oplevert en in het overige burgerlijke recht met omstandigheden die leiden tot een schadevergoedingsplicht.

Wat betreft het onderhavige onderwerp kan worden aangesloten bij de uitgangspunten waarop de leerstukken van de contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en de *nemo auditur, ex turpi causa* en *in pari delicto* gedachte berusten.

Omdat de buitencontractuele fout meer facetten heeft dan de strafrechtelijke wederrechtelijkheid en toerekenbaarheid, neemt de strafrechtelijke rechtvaardiging of schuldloosheid niet automatisch het burgerrechtelijk foutieve aspect weg. De beschermende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag reikt verder. Als de buitencontractuele fout mede bestaat uit het schenden van voor het burgerlijk recht van belang zijnde uitgangspunten, kan daaraan ontleend worden dat de gedraging ondanks de strafrechtelijke rechtvaardiging of schuldloosheid toerekenbaar onrechtmatig is. Ten behoeve van de rechtsvinding wordt het geval in verschillende juridische constructies geschoven⁽⁸¹⁾, waardoor het mogelijk is te bezien welke de reikwijdte is van de door het burgerlijk recht geboden bescherming op grond van aangrenzende leerstukken. Indien de verschillende uitgangspunten ertoe aanleiding geven dat het in een consistent burgerlijk recht past om het geschonden belang te beschermen,

(81) H.C.F. SCHOORDIJK, „Rechtsvragen”, *AA* 1978, 86.

bestaat geen reden om aan te nemen dat het ontbreken van civielrechtelijke onrechtmatigheid en toerekening volgt uit de strafrechtelijke rechtvaardiging of schuldeloosheid. De buitencontractuele fout is aldus zowel in haar bestaansvoorwaarden als in de gronden voor de uitsluiting daarvan autonoom ten opzichte van het strafrecht. Gedacht in de context waarin zij thuis hoort, het civiele recht, is zij in staat de evenwichtige bescherming te bieden die past bij een samenhangend burgerlijk recht.