

101 Over schuld, schulduitsluiting en aansprakelijkheid

Mr. M.E. Franke *

1. "Bekijk het eens van de andere kant!"

De bovenstaande uitroep vormt de allereerste zin van het proefschrift dat ik begin 2022 heb verdedigd.¹⁾ In het onderzoek stond de rechtvaardiging van – op het eerste gezicht – onrechtmatig optreden centraal. En van daaruit ging het onderzoek, de zojuist geciteerde aansporing indachtig, terug naar de onrechtmatige daad. Het leidde langs de scheidslijn van rechtmatige en onrechtmatige daad, de invloed van een voorafgaande gedraging op de onrechtmatigheid, de betekenis van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, overwegingen over de leer-Smits, tot beschouwingen over de invloed van een mogelijk gerechtvaardigde gedraging op het oordeel over de onrechtmatigheid en de omvang van de schadevergoedingsplicht. Bijna terloops kwam ook het begrip *schuld* aan de orde – eveneens mede bezien vanaf de "andere kant": daar waar de schuld niet (meer) aangenomen wordt, namelijk bij de aanwezigheid van schulduitsluitingsgronden. Bij de bespreking van dat thema ging ik na wat de beschouwing van de schulduitsluitingsgronden kon bijdragen aan het begrijpen van het leerstuk schuld. De redactie van *Verkeersrecht* verzocht mij om een van de thema's uit mijn proefschrift te bewerken tot een artikel.²⁾ Aan die wens voldoe ik graag en ik neem de kans te baat om nogmaals stil te staan bij het thema Schuld.³⁾

2. Wat is schuld?

Alle termen waarmee men kan proberen de onrechtmatige daad te omschrijven, zijn voor verschillende uitleggen vatbaar. En schuld is wel een heel lastig begrip – door Wolfsbergen in dit verband eens "de ergste zondares" genoemd.⁴⁾ Maar verreweg de meeste Nederlandse auteurs zijn van mening dat schuld wel goed te omschrijven is, en onderscheiden kan en moet worden van onrechtmatigheid. Onrechtmatigheid ziet op de gedraging; schuld ziet op de persoon, zo geeft Van Dam de heersende leer weer.⁵⁾

Schuld wordt vaak gedefinieerd als schuld in de zin van verwijtbaarheid: "De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor haar gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht"⁶⁾ aldus Asser-Sieburgh. Het schuldvereiste van artikel 6:162 BW ziet volgens Asser-Sieburgh op "de verwijtbaarheid van de concrete dader en moet in subjectieve zin worden opgevat".⁷⁾ De beschrijving van schuld op deze wijze is mijns inziens niet verhelderend. Dit om meerdere redenen, waarvan de belangrijkste is: verwijtbaarheid is niet de schuld zelf, maar het gevolg van de aanwezigheid van

onrechtmatigheid en schuld. Dat is eerder betoogd door Schut: "schuld is geen verwijtbaarheid, maar brengt slechts verwijtbaarheid mede".⁸⁾ Volgens Schut is de kern van het schuldbegrip gelegen in vermijdbaarheid: "Het eigenlijke van schuld bestaat uit het niet-vermijden van hetgeen rechtens kan worden vermeden; het begrip wordt dus (...) door de vermijdbaarheid bepaald".⁹⁾ Om iets te kunnen vermijden, moet men weten *wat* men dient te vermijden – en daarnaast moet men in staat zijn zich daarnaar te *gedragen*. Anders gezegd: om schuldig te (kunnen) zijn, moet men de norm kennen en zich dienovereenkomstig kunnen gedragen. Die welbekende "kennen en kunnen"-regel, uit het Joke Stapper-arrest,¹⁰⁾ is de door mij gebruikte omschrijving van het begrip schuld.¹¹⁾

3. Wat is "geen-schuld"?

Het hierboven aangehaalde motto indachtig sta ik na de omschrijving van het begrip schuld ook stil bij het spiegelbeeld van schuld: de niet-schuld; anders uitgedrukt: de redenen waarom wordt aangenomen dat schuld ontbreekt. In een dergelijk geval ontkent de handelende de normschending niet;

* Advocaat te Voorburg.

1. *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, diss. Leiden, Den Haag: Boom juridisch 2022.
2. In deze bijdrage zal ik dan ook regelmatig verwijzen naar de vindplaatsen in mijn proefschrift (hierna: diss.).
3. Daarbij grijp ik deze bijdrage meteen aan voor het herstel van een storende typografische fout in het hoofdstuk over Schuld. Bij het overzetten naar een ander lettertype bij de uiteindelijke layout van mijn diss. is de naam van de Praagse jood Josef Roubíček verbasterd, evenals de voornaam van de auteur van het boek over hem (*De ster van Josef Roubíček, Praag 1949*): Jiří Weil. Ik heb dat bij het nazien van de drukproeven spijtig genoeg niet opgemerkt.
4. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire pers 1946, p. 10.
5. Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, 309. In dezelfde zin Asser-Sieburgh 6-IV 2019/104.
6. Asser-Sieburgh 6-IV 2019/100, die schrijft dat in deze betekenis het begrip schuld in artikel 6:162 lid 3 BW wordt gebruikt. In haar *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2000) wijst Sieburgh er daarbij terecht op dat verwijtbaarheid niet een ethisch of moreel oordeel over de dader hoeft te impliceren, zie p. 170.

hij stelt alleen dat de normschending voor hem niet te vermijden was. De kennen en kunnen-regel kan dan negatief geformuleerd worden: schuld ontbreekt als het voor de handelende niet mogelijk is de norm te kennen of zich overeenkomstig de norm te gedragen.

Langs deze lijnen zijn de algemeen aanvaarde schulduitsluitingsgronden (geestelijke of lichamelijke tekortkoming, hoge of lage leeftijd, verontschuldgbare dwaling in het recht of de feiten, noodweerexces, overmacht, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel)¹²⁾ te groeperen. “Kennen” zal kunnen ontbreken bij zeer jeugdige leeftijd van de handelende, een structurele of incidentele geestelijke tekortkoming, dwaling in de feiten of in het recht, noodweerexces en onbevoegd gegeven ambtelijk bevel waarop men redelijkerwijs mocht afgaan. “Kunnen” zal kunnen ontbreken bij een lichamelijke tekortkoming, zeer hoge of juist lage leeftijd, noodweerexces en overmacht, maar ook bij onervarenheid/onbekwaamheid. Bij al deze gronden sta ik nu kort stil.

4. De schulduitsluitingsgronden nader beschouwd

4.a. Geestelijke of lichamelijke tekortkoming en noodweerexces

Volgens artikel 6:165 lid 1 BW is een *geestelijke of lichamelijke tekortkoming* geen beletsel om de onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen. De handelende is in dit soort gevallen niet in staat zich conform de norm te gedragen (en heeft dus geen schuld), maar de daad wordt hem wel toegerekend. Daarbij geldt slechts één uitzondering: de schade moet zijn veroorzaakt door een als een doen te beschouwen gedraging.¹³⁾ Alleen als de handeling uit een zuiver nalaten bestaat, wordt de daad niet toegerekend. Al uit het door de wetsontwerper genoemde voorbeeld, van de dove voorbijganger die het roepen van een aan zijn zicht onttrokken drenkeling niet hoort, blijkt om welke hoogst uitzonderlijke situaties het gaat.¹⁴⁾

Overigens vraag ik me af of de dove die de drenkeling niet hoort, überhaupt uit onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. Handelt hij anders dan van hem mocht worden verwacht? Zou het oordeel over een niet-dove die vanwege een passerende vrachtwagen de drenkeling niet hoort schreeuwen anders luiden?¹⁵⁾ Zou in dat geval moeten worden geoordeeld dat onrechtmatig is gehandeld? Ik heb er sterke twijfels over.

De toerekeningsregel van artikel 6:165 lid 1 BW geldt ook in het geval de geestelijke of lichamelijke tekortkoming van tijdelijke aard

is.¹⁶⁾ Onder het bereik van de bepaling valt dan (civielrechtelijk) dus ook *noodweerexces* – een door een aanval veroorzaakte hevige gemoedsbeweging, die ervoor zorgt dat men de grenzen van de noodzakelijke verdediging te buiten gaat.¹⁷⁾ De uitzondering van artikel 6:165 BW dat aansprakelijkheid alleen ontbreekt bij een niet als een doen te beschouwen gedraging zal zich bij noodweerexces nooit kunnen voordoen; daar gaat het immers om een actieve (en te ver gaande) verdediging.

Buiten de heel kleine uitzondering, die een zeer bijzonder geval van nalaten betreft, wordt handelen op grond van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming en handelen uit noodweerexces dus altijd toegerekend aan de handelende, en vormt het gebrek aan schuld daarvoor geen belemmering.¹⁸⁾

4.b. Onervarenheid, hoge/lage leeftijd, dwaling in de feiten of het recht

Ook *onervarenheid* (van bijvoorbeeld artsen of automobilisten) en *dwaling in het recht of in een bevoegdheid* zouden kunnen meebrengen dat de handelende geen schuld heeft. Maar de wetsontwerper heeft, als bekend, al direct bij het ontwerp van artikel 6:162 lid 3 BW opgemerkt dat in deze gevallen de daad niettemin wordt toegerekend aan de handelende.¹⁹⁾

En voor *leeftijd* is een lijn getrokken die geheel los staat van overwegingen omtrent schuld: al is een gedraging niet te vermijden voor de handelende vanwege zijn (zeer hoge of juist zeer jeugdige) leeftijd, tot veertien jaar wordt een onrechtmatige gedraging op grond van artikel 6:164 BW nooit toegerekend, daarboven altijd.²⁰⁾ Maar ook al is toerekening aan jongeren onder veertien jaar uitgesloten, dat brengt niet mee dat geen *aansprakelijkheid* zou bestaan. Hier geldt immers de bijzondere toerekeningsregel van artikel 6:169 BW, dat de aansprakelijkheid naar de ouders van het kind verschuift.

Van *dwaling in de feiten* wordt wel gesteld dat deze als schulduitsluitingsgrond kan gelden, zoals in het geval van een bestuurder die niet kan vermoeden dat ter plaatse een zijweg is, of van iemand die een zaak beschadigt, waarvan hij zelf meent eigenaar te zijn.²¹⁾ Maar ook in deze gevallen zou ik geen reden zien om de handeling *niet* toe te rekenen aan de dwalende niet-voorrangsvrager of “zaaksbeschadiger”, en de schade dus te laten bij de voorrangsgerechtigde, of werkelijke eigenaar van de zaak. Ook in deze gevallen zal naar mijn overtuiging het beroep op een schulduitsluitingsgrond stranden en de handelende dus niet van aansprakelijkheid kunnen ontheffen.²²⁾ Bij onrechtmatig handelen veroorzaakt door onervarenheid, leeftijd, dwaling in de feiten of het recht kan

7. Asser-Sieburgh 6-IV 2019/106.
8. G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss. Amsterdam VU, Zwolle: Tjeenk Willink 1963), p. 100.
9. Schut, *diss.*, p. 104.
10. HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC1120, NJ 1967/69 (*Joke Stapper*). Het arrest betrof de schuldvraag bij kleine kinderen, maar het criterium geldt voor alle handelenden; als de daad niet te vermijden is, is niet in te zien waarom zij de handelende als schuld kan worden aangerekend.
11. Zie mijn *diss.*, paragraaf 9.7.2 e.v. Van Dam kiest dezelfde benadering, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 302.
12. Zie Asser-Sieburgh 6-IV 2019/111, en Sieburgh *diss.*, p. 141.
13. Zie artikel 165 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft in HR 29 januari 2016, NJ 2016/167, r.o. 3.3.2 geoordeeld dat een als een doen te beschouwen gedraging ruim moet worden opgevat.
14. VV II Inv. en MvA II Inv., *Parl. Gesch. Inv.W. Boek 6*, p. 1349-1351.
15. Het voorbeeld ontleen ik aan M.A.B. Chao-Duivis, Boekbespreking monografie Vetter, *WPNR* 1992/6073, p. 940. Recenter over de materie: A. Kolder, Aansprakelijkheid voor schade door een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, *AV&S* 2022/1.
16. Zie bijv. *GS Onrechtmatige daad art.* 6:165 BW aant. 2.2 (Ft. Oldenhuis), met verwijzing naar o.m. Hof Leeuwarden 3 mei 2011, GHLE:2011:BQ5210, r.o. 9.
17. Vgl. artikel 41 lid 2 Sr.
18. Zie uitgebreid mijn *diss.*, paragraaf 9.8.7.3 onder f. Dat noodweerexces op grond van artikel 6:165 lid 1 BW wordt toegerekend aan de handelende is al in een breder verband beschreven door G.H.A. Schut, *Terugred van het schuldvereiste*, in: *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek 1996, p. 147-162, m.n. p. 159-160. Expliciet anders, maar zonder onderbouwing: Asser-Sieburgh 6-IV 2019/118.
19. *TM, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 618-619. In mijn *diss.* bespreek ik het beroep op dwaling in het recht in verband met de verschillende onrechtmatigheidscategorieën, zie p. 389-390.
20. Althans: boven veertien jaar is de afwezigheid van schuld (omdat de handelende, gezien zijn aan zijn leeftijd gerelateerde ontwikkeling de daad niet kon vermijden) geen reden om de daad niet toe te rekenen.
21. De voorbeelden zijn van Sieburgh, zie Asser-Sieburgh 6-IV 2019/110.
22. Daaraan voeg ik toe dat bij de beoordeling van de *omvang van de schadevergoedingsverplichting* uiteraard rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Zo kan het zijn dat degene die dacht eigenaar te zijn van een bepaalde zaak, en die zaak beschadigt, mede tot zijn onjuiste voorstelling is gekomen door het handelen of nalaten van de werkelijke eigenaar. Dat laatste zal dan van invloed kunnen zijn op de omvang van de vast te stellen vergoedingsplicht. Zie verder mijn *diss.*, p. 390-391 (en, algemener, hoofdstuk 12), en hierna onder 6.

schuld uitgesloten zijn, maar wordt het handelen toch toegerekend – waarbij in het geval van jonge kinderen aan een ander dan de handelende toegerekend wordt.

4.c. Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel

Dan blijven er twee te onderzoeken schulduitsluitingsgronden over: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel en overmacht. Ik begin met de eerste.

Van *onbevoegd gegeven ambtelijk bevel*, dat krachtens artikel 43 lid 2 Sr in het strafrecht als schulduitsluitingsgrond geldt, wordt ook voor het civiele recht aangenomen dat het schulduitsluitend kan werken.²³⁾ Naar mijn mening is dat voor het civiele recht niet juist. Het bevoegd gegeven ambtelijk bevel is civielrechtelijk een rechtvaardigingsgrond.²⁴⁾ En ook het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel is in mijn opvatting een rechtvaardigingsgrond. Immers: *“of het bevel bevoegd of onbevoegd gegeven is, is een kwestie die degene die op grond van dat bevel handelt, niet raakt. Het gaat hem niet aan en hij hoeft zich er ook niet om te bekommeren. Sterker: het lijkt mij onwenselijk dat de burger tot wie het bevel gericht is, zich gaat afvragen of het bevel wel bevoegd is gegeven.”*²⁵⁾ Ik verwijs daarbij naar het strafrechtelijke Haagse Huismeester-arrest,²⁶⁾ waarin de Hoge Raad overweegt dat het *“niet ter beoordeling staat van de weggebruiker of een verkeersteken conform de voorschriften en terecht is aangebracht”*. De Hoge Raad wijst in dat verband op het belang van de verkeersveiligheid, dat een dergelijke toetsing in de weg staat.²⁷⁾ Van eenzelfde orde is het belang dat de burger, die geen inzicht heeft in de gezagsstructuur van het ambtelijk apparaat, aangaat en ook mag aangaan op een bevel dat hij redelijkerwijs mag aanzien als bevoegd gegeven. Aansluiting kan worden gezocht bij het Kleuterschool Babel-arrest:²⁸⁾ Als het bevel is gegeven door een ambtenaar die in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als bevoegd tot het geven van zo'n bevel, is het *rechtmatig* dat bevel op te volgen.²⁹⁾ Er is dan dus sprake van een rechtvaardigingsgrond en geen schulduitsluitingsgrond.³⁰⁾ Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel dient in mijn opvatting dan ook te worden geschrapt uit de civielrechtelijke catalogus van schulduitsluitingsgronden.

4.d. Overmacht

Dan resteert *overmacht*. Dat is een voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht lastig te karakteriseren figuur.³¹⁾ In het strafrecht wordt overmacht omschreven als *“een van buiten komende drang, waaraan men geen weerstand kan en ook niet hoefde te bieden”*,³²⁾ vgl. art. 40 Sr. Strafrechtelijk wordt overmacht onderscheiden in rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht.³³⁾

Rechtvaardigende overmacht is noodtoestand: een rechtvaardigingsgrond die aan de handeling het onrechtmatig karakter ontnemt – dat wordt ook aangenomen in het burgerlijk recht.³⁴⁾ Deze noodtoestand is dus geen schulduitsluitingsgrond.

Met schulduitsluitende overmacht wordt bedoeld: *psychische overmacht*.³⁵⁾ Het gaat dan om foutieve gedragingen, waarbij de handelende geëxcuseerd is vanwege de psychische nood waarin hij zich bevond.³⁶⁾ Er is gehandeld onder invloed van een externe drang (dwang), waaraan de dader zich wel zou kunnen onttrekken, maar dat onttrekken zou *“de weerstandskracht van een normaal mens te boven gaan”*.³⁷⁾ Uit de omschrijving blijkt al dat het om zeer bijzondere omstandigheden moet gaan; De Hullu spreekt van *“exceptionele omstandigheden”*.³⁸⁾ Uit zijn voorbeeld van het arrest over het *battered woman syndrome* volgt hoe lastig het is een beroep op deze schulduitsluitingsgrond te laten slagen. De zaak ging over een vrouw die haar partner in zijn slaap had doodgeschoten, welke partner haar lange tijd had mishandeld, haar die avond had verkracht, en had aangekondigd met de dochter van de vrouw de volgende dag hetzelfde te zullen doen en de vrouw daarna te zullen doden. Aan de vrouw werd een beroep op psychische overmacht ontzegd. Het hof was wel van oordeel dat de vrouw handelde onder invloed van een hevige gemoedsbeweging, maar niet onder invloed van een zodanige drang dat ze niet anders kon of behoorde te handelen. De Hoge Raad liet dat oordeel in cassatie in stand: de hevige gemoedsbeweging staat er niet aan in de weg dat het inzicht in het volstrekt ongeoorloofde van het handelen aanwezig was.³⁹⁾ De afschuwelijke situatie waarin de vrouw zich bevond en de gevolgen die dat had op haar psychische gesteldheid (de *“hevige gemoedsbeweging”* die het hof aanneemt), golden dus niet als schulduitsluitingsgrond voor haar handelen. Dit strafrechtelijk oordeel klinkt hard in de oren. Maar het is de vraag of civielrechtelijk een andere uitkomst te verwachten zou zijn, gezien artikel 6:165 lid 1 BW, dat bepaalt dat een geestelijke tekortkoming (waaronder ook een incidentele tekortkoming is begrepen)⁴⁰⁾ toerekening van de daad aan de handelende niet belet.

Bij exceptionele gevallen denk ik ook aan andersoortige casus van handelen in paniek of wanhoop. Zoals de baanwachter die een trein laat ontsporen om een kind dat op de rails speelt te redden; de drenkeling die de andere drenkeling van het vlot stoot om zijn eigen leven te redden, of de overlevenden van een scheepsramp die – de hongerdood nabij – besluiten om de zwakste opvarende op te eten.⁴¹⁾ Het zijn de situaties waarin niemand wil belanden en waarover niemand zou willen oordelen. Zoals rechter Coleridge

23. Zie *Asser-Sieburgh 6-IV 2019/93*, slot, Sieburgh diss., p. 141.
24. Zie mijn diss., paragraaf 3.6, met verwijzing naar straf- en civielrechtelijke literatuur.
25. Zie mijn diss., p. 110.
26. Het arrest betreft een andere rechtvaardigingsgrond (het wettelijk voorschrift), maar de vergelijking met het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel kan zonder probleem worden getrokken.
27. HR (Strafkamer) 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1488, *NJ 1987/42 (Haagse huismeester)*, r.o. 6.2. In deze zaak had een flatbewoner een door een huismeester (die daartoe niet bevoegd was) getrokken gele streep genegeerd en zijn auto naast de streep geparkeerd. Als de bewoner wordt verbaliseerd, verweert hij zich met de stelling: *“Die gele streep die daar is, is niet rechtsgeldig, daar dit eigenhandig door de huismeester van de flat is gedaan”*. Dit verweer treft dus geen doel.
28. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ 1980/34 (Kleuterschool Babel)*.
29. Zie mijn diss., p. 110-111.
30. Voor de goede orde: aan een schulduitsluitingsgrond komt men niet toe als er sprake is van een rechtvaardigingsgrond en de daad dus rechtmatig is. Zie mijn diss., paragraaf 1.6.1, met verwijzing naar Loth, die opmerkt over schulduitsluiting (door hem 'excuus' genoemd): *“Logisch gezien gaat een rechtvaardiging aan een excuus vooraf, en pragmatisch gezien impliceert het aanvoeren van een excuus de erkenning dat het handelen niet gerechtvaardigd is”*, Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 23.
31. Voor een korte schets van de verschillende verschijningsvormen zie mijn diss., paragraaf 3.3, met name 3.3.2 met verdere verwijzingen.
32. Bijv. HR (Strafkamer) 6 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9394, *NJ 2013/12*, r.o. 3.4.2.
33. Zie bijv. M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, hoofdstuk III.3. Rechtvaardigende en schulduitsluitende overmacht zijn de twee vormen van zogenaamde *relatieve* overmacht. Daarnaast kent men *absolute* overmacht, waarbij het gaat om de volstrekte, vaak fysiek getinte onmogelijkheid anders te handelen. In het strafrecht wordt dan aangenomen dat niet wordt gehandeld, zie bijv. Dolman, a.w. p. 141. Civielrechtelijk kan men dan zeggen dat er geen (onrechtmatige) daad is en dus geen aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 lid 1 BW, zie mijn diss., p. 361 en paragraaf 9.4.5.4.
34. Zie bijv. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht 2020*, 213-1, *Asser-Sieburgh 6-IV 2019/90*.
35. Waarover mijn diss., paragraaf 9.8.5.
36. Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht 2019*, p. 347.
37. *Hazewinkel/Suringa/Remmelink 1996*, p. 297.
38. De Hullu, *Materieel strafrecht 2021*, par. V.2.3. Voor een korte schets van de verschillende verschijningsvormen zie mijn diss. paragraaf 3.3, met name 3.3.2 met verdere verwijzingen. Over psychische overmacht zie nog G.G.J. Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding* (diss. Leiden), Deventer: Gouda Quint 1998.
39. HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, *NJ 1992/681 (Battered woman)*, r.o. 5.1 en 5.2.
40. Dat stelde ik reeds in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011,

Slechts bij hoge uitzondering lukt het om overmacht aannemelijk te maken.

verzuchtte in zo'n kwestie: *"Who is to be the judge of this sort of necessity?"*.⁴²⁾ In deze gevallen kan men stellen dat schuld (in de zin van verwijt- of vermijdbaarheid) wel aanwezig is en dat op grond van artikel 6:165 lid 1 BW de geestelijke gesteldheid van de handelende niet aan toerekening in de weg staat. Maar evenzeer is duidelijk dat de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht hier bereikt worden.

Uit het voorgaande volgt niet dat de aanwezigheid van psychische overmacht nooit tot het ontbreken van aansprakelijkheid kan leiden – dat blijkt al uit de verwijzing van de verdrietige casus die hierboven aan de orde kwamen. Maar de civiele rechtspraak toont een gevarieerd beeld, waarin soms wel en soms geen aansprakelijkheid wordt aangenomen en de overwegingen niet zozeer ontleend zijn aan schuld als wel aan toerekening. De last van de schade wordt daarbij op een der partijen – meestal de handelende – gelegd.⁴³⁾ Goedmakers stelt: *"Het ontbreken van schuld kan geen overmacht zijn, slechts een vreemde oorzaak kan dat zijn, wanneer zij niet door risiconeming voor eigen rekening is genomen"*.⁴⁴⁾ Overmacht is dan een kwestie van toedeling van risico's geworden, van toerekening dus, en niet van schuld.

Voor de lezers van dit tijdschrift is mogelijk nog een ander type overmacht interessant: artikel 185 WVV. Het sluit de verplichting van de eigenaar of houder van het motorrijtuig om schade, bij een verkeersongeval toegebracht aan (niet met het rijtuig vervoerde) personen of zaken, uit als aannemelijk is dat sprake is van overmacht. Een beroep op overmacht in de zin van dit artikel kan slechts slagen als de aangesproken partij aannemelijk maakt dat de bestuurder van het voertuig *"rechtens geen enkel verwijt kan worden gemaakt"*.⁴⁵⁾ De regel brengt mee dat de bestuurder zijn rijgedrag moet aanpassen aan de omstandigheden en rekening moet houden met de mogelijkheid dat anderen fouten maken. Als hij dat niet of onvolgende doet, is hij aansprakelijk.

Naar mijn mening is dat niet zozeer een norm waarmee schuld wordt omschreven, maar is het de strenge norm waarmee zorgvuldig rijgedrag in het verkeer wordt omschreven. Wie zich op overmacht in de zin van artikel 185 WVV beroept, stelt eigenlijk: *"Ik maakte geen verkeersfout"*. Hij stelt niet: *"Ik maakte wel een verkeersfout, maar ik heb daaraan geen schuld"* – wat bij een risico-aansprakelijkheid, zoals artikel 185 WVV wel wordt gekarakteriseerd,⁴⁶⁾ ook geen sterk verweer zou zijn. Ook hier lijkt het erop dat overmacht in de zin van artikel 185 WVV geen kwestie is van schuld, maar meer van toerekening van de gevolgen van een ongeval aan verkeersdeelnemers. Jonge kinderen krijgen altijd hun schade vergoed⁴⁷⁾; gemoto-

riseerde verkeersdeelnemers moeten bijna altijd betalen; het lukt namelijk slechts bij hoge uitzondering om overmacht aannemelijk te maken.⁴⁸⁾

4.e. Conclusie

Wanneer de zojuist besproken schulduitsluitingsgronden worden bezien in verband met het gehele systeem van afdeling 6.3.1 BW, valt op dat er weinig overblijft van deze – als gezegd: algemeen aanvaarde – schulduitsluitingsgronden. Schuld is in bepaalde gevallen weliswaar uitgesloten, maar dat staat aan toerekening niet in de weg.⁴⁹⁾ Ook als schuld ontbreekt, wordt (in de terminologie van artikel 6:162 lid 3 BW) de *"daad aan de dader toegerekend"*, omdat de wet dat gebiedt (artikel 6:165 lid 1 BW, dat een beroep op een lichamelijke of geestelijke tekortkoming, noodweerexces of psychische overmacht blokkeert en artikel 169 lid 1 BW, waar de aansprakelijkheid van de ouders in de plaats treedt van die van het jonge kind), of omdat de verkeersopvattingen dat meebrengen (onervarenheid, onbekwaamheid, dwaling in de feiten of in het recht).

Mijn conclusie luidt dan ook dat een beroep op geen van de klassieke schulduitsluitingsgronden ertoe kan leiden dat de handeling niet voor rekening van de handelende komt. Er is een heel kleine uitzondering: het nalaten door iemand met een geestelijke of lichamelijke beperking, zoals de dove die de drenkeling niet hoort. Is dat een reden om de conclusie dat toerekening in de plaats treedt van schulduitsluitingsgronden te verwerpen? Ik meen van niet: de uitzondering geeft aan dat in een dergelijk geval (waarin de "handelende" zelfs geen idee heeft of kan hebben dat hij een onrechtmatige daad pleegt, of voor wie het om een andere reden onmogelijk is te handelen) niet alleen de grens van de schuld is bereikt, maar ook die van de toerekening.

5. Schuld en aansprakelijkheid

Van de schulduitsluitingsgronden terug naar schuld en aansprakelijkheid. Wanneer schuld nooit uit te sluiten is, en de handeling altijd wordt toegerekend, is het de vraag in welk opzicht schuld nog een toegevoegde waarde heeft bij het vaststellen van aansprakelijkheid. Wanneer de handeling als onrechtmatig wordt beoordeeld, volgt immers altijd aansprakelijkheid omdat er ofwel schuld is, ofwel wordt toegerekend.⁵⁰⁾ Anders gezegd: schuld is aanwezig; dan volgt aansprakelijkheid. Of schuld is afwezig; dan volgt ook aansprakelijkheid. Schuld heeft, zo bezien, zijn functie als een van de *"coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht"* verloren.⁵¹⁾ Dit bracht mij tot de stelling dat de aanwezigheid van een schulduitsluitings-

- ECLI:NL:HHSHE:2011:BP2546, JA 2011/57.
41. De rij van verschrikkelijke zaken is moeiteloos aan te vullen. De dilemma's worden door mij besproken in diss., paragraaf 2.2.6, 3.7.4 en 9.8.5. De geïnteresseerde lezer zij verder verwezen naar M.J. Sandel, *Justice. What's the right thing to do?* Londen: Penguin Books, 2010, en het vertaalde boek van L.L. Fuller, *De zaak van de grotverkeners* (vertaald door J. van Laarhoven, beschouwd door B. van Roermund), Nijmegen: Ars Aequi 2021.
 42. R. v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273, 1884 (*Mignonette*).
 43. Zoals bestuurder Vos al moest ervaren in HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, NJ 1984/331 (*Meppelse ree*), naar aanleiding van welk arrest Langemeijer concludeerde: *"dat veel van wat het recht met 'schuld' heeft bedoeld aan te duiden niet is 'schuld' in de zin van verwijtbaarheid, maar slechts het risico van onze algemene menselijke feilbaarheid"*, G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 39.
 44. A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 245.
 45. Bijv. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8737, NJ 2001/260, r.o. 3.3.2, waar de Hoge Raad ook overweegt dat fouten van anderen daarbij alleen van belang zijn als die voor de bestuurder zo onwaarschijnlijk waren dat hij met die mogelijkheid bij het bepalen van zijn verkeersgedrag geen rekening hoefde te houden.
 46. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 603-2.
 47. Het is de bekende rechtspraak van de Hoge Raad sinds HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, NJ 1991/721 (*Marbeth van Uitregt*).
 48. Zie Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 606 en *Asser-Sieburgh* 6-IV 2019/283.
 49. Buiten de besproken kleine uitzondering van het niet-handelen in de zin van artikel 6:165 lid 1 BW, waarin toerekening te pijnlijk wordt gevonden.
 50. Nogmaals: buiten de besproken kleine uitzondering van artikel 6:165 lid 1 BW.
 51. De term is van J.H. Nieuwenhuis, *De tuinman en de dood. Het misleidend karakter van schuld en risico als coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht*, *RMT* 1989, p. 193-201.

grond voor de beoordeling van civielrechtelijke aansprakelijkheid zonder betekenis is,⁵²⁾ en tot de conclusie dat het begrip schuld zijn betekenis heeft verloren als noodzakelijke voorwaarde voor het vaststellen van aansprakelijkheid – en in dat opzicht “zinledig” is.⁵³⁾ Net als koning Oedipus moet de Nederlandse burger soms “opdraaien” voor gebeurtenissen waaraan hij niets kan doen en waarbij het voor hem ook niet mogelijk was om in te grijpen in de loop der dingen.

Tegen de gedachte dat schuld als belangrijkste richtinggevendende factor voor het vaststellen van aansprakelijkheid een achterhaald dogma is, is tijdens de verdediging van mijn proefschrift krachtig oppositie gevoerd door Breedveld-de Voogd. Zij wierp mij het artikel van mijn eerste, helaas te vroeg overleden, promotor Nieuwenhuis voor de voeten: “Weet het recht nog raad met de zonde?”⁵⁴⁾ Nieuwenhuis beschrijft daarin het postulaat van de vrije wil, aan de hand van de zeven deugden en zeven hoofdzonden; “De vrije wil als noodzakelijke voorwaarde voor de rechtvaardiging van beloning en bestraffing. Het postulaat van de wilsvrijheid is daarmee tevens hoeksteen van het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. De rechtvaardiging van het opleggen van straf en veroordeling tot schadevergoeding veronderstelt dat de dader niet alleen anders had moeten, maar ook anders had kunnen handelen dan hij deed.”⁵⁵⁾ Hij legt dat uit aan de hand van, onder veel meer, het voorbeeld van Cohen die Lindenbaum bestal:

“Waaruit bestaat de zonde van Cohen? Zij was niet reeds gelegen in het feit dat zijn begeerte uitging naar de klanten van Lindenbaum, zijn concurrent. Deze begeerte is het fundament van ons constitutioneel verankerde stelsel van vrije mededinging. Lindenbaum kon geen recht doen gelden op het behoud van zijn klanten. Waaruit bestond de zonde van Cohen dan wél? Dat wordt hem voorgehouden door de Hoge Raad. Cohen had onbetamelijk gehandeld door tot eigen baat, door giften en beloften de bediende van een concurrent over te halen de beroepsgeheimen van zijn meester afhandig te maken en aan hemzelf (Cohen) te openbaren. Zijn beroepsgeheimen behoorden wel tot het suum van Lindenbaum; zij mochten hem niet listiglijk worden ontnomen.”⁵⁶⁾

Het is schitterend verwoord. En helemaal waar. Het schiet alleen tekort als sluitende verklaring van civiele aansprakelijkheid. Immers: ook als Cohen niet zou zijn gedreven door begeerte, maar door een ziekte, kleptomanie,⁵⁷⁾ en daardoor niet anders kon handelen dan hij deed, zou Cohen aansprakelijk zijn. Zie artikel 6:165 lid 1 BW dat aan Cohen in dat geval zijn handelen – ondanks Cohens geestelijke tekortkoming op dit vlak – zou

toerekenen. Het postulaat van de vrije wil is vervangen door dat van de toerekening, en dat is precies waarin het burgerlijk recht verschilt van het strafrecht.⁵⁸⁾ Men kan het betreuren vanuit een moralistisch, ethisch standpunt, maar het is de keuze die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt.

6. Schuld en schadevergoeding

Heeft het schuldbegrip dan al zijn kleur verloren voor het aansprakelijkheidsrecht? Ik meen stellig van niet. Mijs inziens komt het nut van het vaststellen van de aan- of afwezigheid van schuld vooral aan het licht bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding. Binnen afdeling 6.1.10 wordt op allerlei plaatsen gerefereerd aan en rekening gehouden met de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de normschendende gedraging.⁵⁹⁾

Zo verwijst artikel 6:98 BW expliciet naar de aard van de aansprakelijkheid, waarbij toerekening buiten schuld minder snel zal plaatsvinden.⁶⁰⁾ En grove schuld zal een ruimere toerekening rechtvaardigen dan minder verwijtbaar handelen.⁶¹⁾ In gevallen van schulduitsluiting zal dus alle redenen kunnen bestaan om te oordelen dat (de daad dan wel, maar) de schade niet wordt toegerekend aan de handelende.

Artikel 6:101 BW biedt ruimte om rekening te houden met de schuldgraad in die gevallen waarin een beroep op een schulduitsluitingsgrond faalt, omdat de handeling weliswaar wordt toegerekend aan de handelende, maar die handeling tevens veroorzaakt/uitgelokt is door de andere betrokkene: de schadelijgende partij. Dat zal aan de orde zijn bij noodweerexces of in gevallen van psychische overmacht, zoals bij het *battered woman syndrom*. Noodweerexces is de verdediging tegen een aanval van een ander. De noodweerder “slaat door” ten gevolge van de hevige gemoedsbeweging die de aanval bij hem teweegbracht en verdedigt zich met (veel) te zware middelen. De geestelijke toestand waarin hij ten tijde van de verdediging verkeert, zal blijken artikel 6:165 lid 1 BW toerekening van de handeling niet belemmeren. Maar de omstandigheid dat die toestand werd veroorzaakt door de onrechtmatige aanval waartegen de aangevallene zich moest verweren,⁶²⁾ zal een belangrijke factor zijn om de schade deels of geheel bij de schadelijgende veroorzaker van het noodweerexces te laten. Hetzelfde geldt bij psychische overmacht. Wie jarenlang wordt mishandeld en misbruikt, en ten einde raad een daad begaat waarmee de misbruiker/mishandelaar ernstig wordt verwond, zal schuld aan die verwonding hebben, of (als de daad in een moment van razernij, blinde wanhoop, wordt gepleegd) de daad op grond van arti-

Nut van vaststellen van aan- of afwezigheid van schuld komt vooral aan het licht bij het bepalen van de omvang van de schade.

52. Stelling 9 bij mijn proefschrift.
53. Zie mijn diss., paragraaf 9.9.
54. J.H. Nieuwenhuis, *Weet het recht nog raad met de zonde?* TPR 2003, p. 53-72.
55. Nieuwenhuis, *Weet het recht nog raad met de zonde?*, p. 56.
56. Nieuwenhuis, *Weet het recht nog raad met de zonde?*, p. 64.
57. Volgens psychologie.nl: “Stoornis in de impulsbeheersing waarbij iemand de drang om te stelen niet kan weerstaan”.
58. Over het verschil tussen burgerlijk recht en strafrecht zie mijn diss., hoofdstuk 2, met name paragraaf 2.4.2 e.v., en in verband met de functie van risicoallocatie in het civiele aansprakelijkheidsrecht paragraaf 2.3.4.
59. De nu te bespreken bepalingen heb ik in mijn proefschrift (hoofdstuk 12) behandeld in verband met een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Ze zijn evenzeer van toepassing in geval van een beroep op een schulduitsluitingsgrond.
60. Als bekend: HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509 (Amercentrale). Toerekening aan de ouders in plaats van aan het jonge kind op grond van artikel 6:169 jo 164 BW is in feite een verplaatste schuldaansprakelijkheid, en zal om die reden niet snel tot vermindering van de schadevergoeding leiden, zie ook HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262.
61. Bijv. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, NJ 2011/139.
62. Noodweer is de rechtmatige verdediging tegen een onrechtmatige aanval. Zie mijn diss., paragraaf 3.4.1: het is “de bevoegdheid terug te slaan”. Bij noodweerexces slaat de aangevallene te hard terug en is de verdediging niet meer rechtmatig.

Zwaarte van de schuld is een omstandigheid die tot matiging kan leiden.

kel 6:165 lid 1 BW toegerekend krijgen. Maar bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsplicht zullen de mishandeling en het misbruik van doorslaggevende betekenis kunnen zijn. Ook bij uitlokking, waarbij de uitgelokte in zijn reactie te ver gaat (en de daad dus wordt toegerekend), zal artikel 6:101 BW een bruikbaar instrument zijn om de schade te verdelen over de uitlokker en de uitgelokte, dan wel de vergoedingsplicht geheel te laten vervallen. Zie in dat verband het Noenmaal-arrest, over de getergde restauranthouder (Boudeling) die zijn treiterende gast (Taams) op ongelukkige wijze duwt, waardoor de gast valt. De Hoge Raad overweegt dat:

“zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist”.⁶³⁾

Tot slot biedt artikel 6:109 BW, over matiging, de mogelijkheid om rekening te houden met de omstandigheid dat een handeling die wel wordt toegerekend, buiten schuld is verricht. Het artikel noemt de aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als mogelijke factoren op grond waarvan een volledige schadevergoeding tot “kennelijk onaanvaardbare gevolgen” zou leiden. Ook de zwaarte van de schuld is een van de omstandigheden die tot matiging zou kunnen leiden.⁶⁴⁾ Alle hierboven besproken voorbeelden waarin schuld afwezig is, maar de handeling toch wordt toegerekend, zijn daarin naadloos te passen.

7. Besluit

Bij de voorbereiding van mijn proefschrift kwam mij vaak een uitroep voor de geest van Modderman, grondlegger van het Wetboek van Strafrecht. Hij maakte een vergelijking tussen civielrecht en strafrecht:

“Ongetwijfeld zijn er op het gebied van het privaatrecht tal van onderwerpen die in schoonheid, diepte en belangrijkheid met het strafrecht gelijk staan – die namelijk waarbij (...) de goede zeden en de openbare orde rechtstreeks betrokken zijn. (...) Maar overigens! Overigens is het publiek recht, bovenal het strafrecht, even ver verheven boven het privaatrecht als de ideële goederen der mensheid zijn boven de materiele belangen van het menschdom”.⁶⁵⁾

Het is waar: het strafrecht wordt voltrokken aan de dader, om wat hij heeft misdaan.⁶⁶⁾ In het burgerlijk recht hoeft de aansprakelijke

nagenoeg nooit in persoon te boeten (dat boeten – betalen – doet meestal de verzekeraar), waarbij het recht met zijn toerekeningsnoties is losgezongen van het schuldprincipe. Dat kan men immoreel noemen.

Maar men kan het ook van de andere kant bekijken.... Het slachtoffer van een handeling waarbij de handelende zich op een schulduitsluitingsgrond beroept, wordt niet al onmiddellijk bij de beoordeling van de aansprakelijkheid de deur gewezen. Zijn claim strandt niet als schuld bij de handelende ontbreekt, omdat de daad ook kan worden toegerekend aan de “schuldeloze”. Maar bij de beoordeling van zijn schadevergoedingsclaim worden vervolgens alle omstandigheden meegewogen, waarbij niet alleen het gebrek aan schuld van de handelende relevant is, maar ook de eigen bijdrage aan het ontstaan van de schade door de benadeelde. Afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek biedt daarvoor een fijnmazig, elegant systeem.

Geen schuld, wel toerekening. Immoreel? Ik vind het civielrechtelijk systeem zo slecht nog niet.

63. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (Taams/Boudeling), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof door de HR. (Overigens stond in het hofarrest (zie r.o. 11) in de laatste zin: “de gemaakte fouten” i.p.v. fout.) Het arrest en de kwestie van uitlokking bespreek ik in mijn diss. op diverse plaatsen; bij *culpa in causa* (in paragraaf 6.6.8, in verband met relativiteit en uitlokking), bij de beoordeling van de onrechtmatigheid (in paragraaf 11.5.3, over de niet zelf veroorzaakte situatie) en bij de beoordeling van de vergoedingsplicht (in paragraaf 12.6.3.2, over eigen schuld en de schadevergoedingseis tegen de handelende). Deze besprekingen gaan (uiteraard) over rechtvaardigingen, maar zijn evenzeer van toepassing op schulduitsluiting.

64. P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Mon. BW A16), Deventer: Kluwer, 2014, p. 17.

65. *Smidt* 1891, p. 23, t.k.

66. Daarover mijn diss., paragraaf 2.2.3, waar ook het citaat van Modderman te vinden is (met volledige vindplaatsvermelding).