

IV.100. De „schuld" in de leer der onrechtmatige daad

100. DE „SCHULD" IN DE LEER DER ONRECHTMATIGE
DAAD. *

I.

In den jaargang 1911 van dit Weekblad (W. P. N. R. nos. 2149 vlg.) heb ik eenige opmerkingen gemaakt over de leer der onrechtmatige daad¹⁾. Onder meer mocht ik er daar op wijzen, dat een scherpe tegenstelling bestaat tusschen de opzettelijke schending van eens anders recht en de zoogenaamde aan schuld te wijten inbreuk. Bij de eerste groep past de rechter eenvoudig de norm toe: „gij zult eens anders recht niet aanranden", bij de laatste zijn het andere regels, regels meest van ongeschreven recht, waaraan het gedrag van de aangesproken personen wordt getoetst²⁾. Op dat „objectieve" element in de leer der schuld — het anders handelen dan behoort — legde ik den nadruk. De zoogenaamde subjectieve zijde, het psychische element, het willen en weten van den handelende, liet ik ter zijde. Naar de beteekenis daarvan wil ik thans een onderzoek instellen. Tegelijkertijd heb ik dan gelegenheid het vroeger betoogde nog eens door beschouwing van andere reeksen van gevallen toe te lichten. Ik meen dat onderzoek het best te kunnen doen door de beteekenis der schuld bij verschillende groepen van gevallen van onrechtmatige daad in op zich zelf afgeronde besprekingen na te gaan. Aan het slot hoop ik dan eenige algemeene conclusies te kunnen stellen.

Ik begin met een eenvoudige vraag. Wat is de beteekenis der schuld bij de inbreuk op een recht op een immaterieel goed? met name op het merkenrecht, het eenige waarover ten onzent reeds een jurisprudentie van eenigen omvang bestaat. Juist op de beteekenis in de jurisprudentie, in de practijk komt het aan.

Hier schijnt ons vereischte al bijzonder weinig moeite te geven. Natuurlijk kan men zich hier als overal afvragen of de actie wel gaat tegen den niet-toerekenbare die eens anders merk gebruikt, maar met deze vraag heeft de practijk zich nog niet behoeven af te tobben. En denkt men het toerekenbaarheids-element weg, dan schijnt de schuld — zij moge dan hier evenmin als bij eenige onrechtmatige daad gemist kunnen worden — toch een vereischte dat rechtsbezorgers en rechters weinig moeite veroozaakt, Gij hebt mijn merk — of een op het mijne gelijkend — gebruikt en mij daardoor schade toegebracht, stelt de eischer, meer niet. Dat

* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2301 (31 Januari 1914). 2302, 2310. 2311, 2326. 2327, 2328. 2346-2352 (23 Januari 1915).

¹⁾ Zie Verz. Geschriften IV. p. 70 e.v.

²⁾ Zie ook Meijers. W. P. N. R. 2260. en mijn kritiek van de dissertatie van W. H. Drucker in R. M. 1913. 614.

is voldoende; dat het merkenrecht desbewust, opzettelijk is geschonden, is geen vereischte, leert men algemeen ¹⁾). Wordt dan ook door den gedaagde tegengeworpen, dat hij het recht van den ander niet kende, dat hij dus geen schuld had, het baat hem weinig. Geregeld wordt hem voorgehouden, dat hij het dan maar had moeten kennen. Daarvoor dient immers de publicatie in de Staatscourant, daarvoor kan men inlichtingen inwinnen bij het bureau van den industrieelen eigendom, „liggende — zoals het Hof te Arnhem ²⁾) het uitdrukt — indien zulks (d.i. de inbreuk op het merkenrecht) onbewust is geschied, zijn schuld in de nalatigheid van geïnt. om de officieele aankondigingen betreffende merken tot zijn tak van handel betrekkelijk na te gaan”.

Dit schijnt zeer plausibel. Toch gaat het niet altijd op. Onze wet geeft niet een recht op het merk enkel aan hem die het bij het bureau heeft laten inschrijven. Het recht komt toe aan den eersten gebruiker (art. 3 der Merkenwet) de inschrijving geeft slechts een vermoeden van eerste gebruik. Het kan dus voorkomen, dat iemand inbreuk maakt op een merk, dat niet uit de officieele publicatie was te kennen. Zal hem dan een verweer als boven aangeduid baten? Of kan hij zich van „schuld” vrij pleiten? De vraag is een enkele maal aan onzen rechter ter beantwoording voorgelegd. Het Hof te Arnhem ³⁾) schijnt het mogelijk te achten. In dit geval was een sommatie tot den ged. gericht om het gebruik van het merk na te laten en het merk hangende het proces ingeschreven. Daarna kan naar 's Hofs oordeel, van onbekendheid met het merk geen sprake meer zijn, maar voor wat daarvóór geschied is, acht het Hof nog een bewijsopneming noodig om dat dan in verband met eenige ten processe vaststaande feiten „voldoende zal blijken, dat geïnt. bekend is geweest met app.'s recht, toen zij vulkachels voorzien van het betwiste merk verkocht”. Die bekendheid acht het Hof dus hier blijkbaar noodzakelijk. In denzelfden geest ook een arrest van het Hof te 's-Gravenhage ⁴⁾) waarbij werd uitgemaakt, dat *niet* tot schadevergoeding veroordeeld kan worden degenen, die te goeder trouw een merk gebruikt waarop een ander door eerder gebruik recht heeft, zelfs niet als laatstgenoemde tijdens het gebruik van den eerste laat inschrijven.

Een tweede geval, waarin de schuldvraag te pas kwam, was dat waarin een sigarenfabrikant, aangesproken wegens gebruik van eens anders merk, dat gebruik zelf erkent, maar aanvoert dat hij het

1) Vgl. bv. Molengraaff, Handelsrecht, blz. 84.

2) 5 Maart 1902. W. 7796. Deze overweging komt ook voor in een arrest van hetzelfde Hof van 17 Juli 1908. W. 8717. Vgl. verder Zwolle. 4 Mei 1898. W. 7214, Amsterdam. 16 Oct. 1903. W. 8058. Hof Leeuwarden. 22 Juni 1910, W. 9078, Amsterdam, 18 Dec. 1909. W. 9091, Rotterdam. 23 Juni 1913, Ned. Jurispr. 1913, blz. 1005 enz.

3) O 7 December 1898, W. 7382.

4) 9 Mei 1910, W. 9052.

deed op bestelling van een derde firma, met bijvoeging van den naam van die firma en alleen voor deze —, in deze beteekenis ligt, zegt het Hof te Den Bosch¹⁾, geen schuld opgesloten, omdat de firma G. en B. een firma als W. & Co. (de derde) mocht vertrouwen.

Belangwekkender echter wordt de vraag naar de schuld als het proces niet wordt gevoerd tegen een fabrikant of handelaar, die zelf zijn waren van een merk voorziet, maar tegen een kleinhandelaar, een tusschenpersoon, die de waren verpakt en van een bepaald merk voorzien ontvangt en juist zoo ze weder aan zijne afnemers aflevert, kan ook van hem schadevergoeding gevorderd worden? Men zou kunnen vragen, of dit wel een kwestie van schuld is, of van zoo iemand wel gezegd kan worden dat hij inbreuk maakt op eens anders merkenrecht. Doet hij, wat de rechthebbende mag doen, gebruikt hij diens merk? Naar onze wet is echter het antwoord op deze vraag weinig twijfelachtig. Dat onze rechters de vraag wel als een schuldvraag moeten behandelen — en dit ook altijd gedaan hebben —, wordt duidelijk, als men de strafrechtelijke omschrijving van den inbreuk op het merkenrecht vergelijkt. Volgens art. 337 Wetb. v. Strafr. is strafbaar: hij die opzettelijk waren, welke... valschelijk voorzien zijn... van het merk, waarop een ander recht heeft... binnen het Rijk in Europa invoert, zonder klaarblijkelijke bestemming om weder te worden uitgevoerd, verkoopt, te koop aanbiedt, aflevert, uitdeelt of ten verkoop of ter uitdeeling in voorraad heeft." De materiele handeling, waarover dit art. spreekt, verricht ook de wederverkoper. Inbreuk op het merkenrecht is er, maar nu rijst de vraag: stel van de wetenschap, dat het merk aan een ander toekwam, blijkt niet, kan dan ook bij hem van schuld gesproken worden? Is hij dan tot schadevergoeding verplicht? Een der traditioneele vormen van de onrechtmatige daad is immers de aan schuld te wijten inbreuk? Het is merkwaardig de rechtspraak daarover na te gaan.

Het eenvoudigst lag het geval voor de Rechtbank te Rotterdam ²⁾. Wel beweerde de ged. enkel tusschenpersoon te zijn, maar de Rechtbank maakt uit, dat de ged. gebruik makend van de merken, geweten heeft, dat eischer daar recht op had, dat hij dus willens en wetens inbreuk heeft gemaakt, m.a.w. dat er opzet was. Ook in het geval aan de Rechtbank te 's-Hertogenbosch ³⁾ onderworpen, wordt iets dergelijks overwogen: „het beroep op goede trouw zou in ieder geval *dezen* ged. niet kunnen baten". Maar de Rechtbank laat aan deze beslissing eenige overwegingen van algemeene strekking voorafgaan. Eerst schijnt het, dat de Rechtbank de schuld in het geheel zonder belang acht. Door koffie niet van

1) 1 December 1908, W. 8818.

2) 20 November 1905, W. 8450.

•1) 17 Januari 1913, N. J. 1913, 255.

eischer afkomstig te verkoopen in papier, voorzien van eischers merk, heeft ged. *zonder meer* inbreuk gemaakt op eischers recht — heet het en de Rechtbank vindt die overweging zoo fraai, dat zij haar in de volgende nog eens met wat andere woorden herhaalt: „het beroep door ged. gedaan op het feit, dat hij de door hem „verkochte koffie van anderen afneemt in verpakking geheel ge-,lijk aan die waarin hij de koffie verkoopt, disculpeert hem niet, „vermits hij in ieder geval door die koffie te verkoopen, inbreuk „heeft gemaakt op het recht van eischeres." Maar dan volgt letterlijk deze overweging: „dat, zoude de Merkenwet ten aanzien van een onrechtmatig gebruik van een door een ander ingeschreven merk slechts een werkelijk vermoeden van schuld creëren ten laste van hem die dat gebruik uitoefent en zoude dat vermoeden door bewijs van volkomen goede trouw kunnen ontzenuwd worden, dit in ieder geval dezen ged. niet zou kunnen baten." Duidelijk is de gedachtengang der Rechtbank mij niet. Uit de laatste overwegingen valt op te maken, dat haar iets als een omkeering van bewijslast heeft voorgeweefd, de materiele daad zou ook bij den wederverkooper schuld insluiten, maar wellicht is hier tegenbewijs tegen mogelijk. Kan zoo haar systeem worden samengevat? Maar van waar dat vermoeden? en wat wordt vermoed? Opzet? Schuld in engeren zin?

Precieser op de zaak in gaan twee vonnissen der Rechtbank te Amsterdam en één arrest van het Hof aldaar. De Rechtbank stelt zich beide malen op het standpunt dat behalve de daad van het wederverkoopen. nog iets meer moet vaststaan voor toewijzing der vordering tot vergoeding. De eene maal neemt zij echter aan dat dat meerdere — de schuld — wel, de andere maal dat het niet aanwezig is. Uit de overwegingen van het eerste vonnis ⁵⁾ citeer ik:

„dat deze vraag (of ged.. die het merk heeft gebruikt, tot vergoeding verplicht is) bevestigend kan worden beantwoord, indien kan worden aangenomen dat ged., zool niet wist, dan toch had moeten weten en begrijpen dat door den verkoop der doosjes pillen inbreuk werd gemaakt op de rechten van eischeres,... dat ged. nu wel beweert, dat haar eenige schuld zou hebben bestaan daarin dat zij niet heeft onderzocht wie de rechthebbende op het merk was. maar dat haar daarvan geen verwijt kan worden gemaakt nu zij enkel wederverkooper was van een artikel waarop door een ander zeker merk was geplaatst;

dat echter dat verweer niet opgaat, daar de ged. zool niet eerder, in elk geval na de ontvangst van de circulaire van eischeres en nog meer na de sommatie van 14 Dec. 1905 verplicht geweest was om een dergelijk onderzoek in te stellen, in elk geval, indien zij tot dat onderzoek niet in staat was geweest, of haar dit geen zekerheid had gegeven, zij in deze voor haar bestaande onzeker-

i) 6 Maart 1908, M. v. H. XX, 165 vlg.

heid wie rechthebbende was, zich in elk geval na gezegde sommatie had moeten onthouden van eenigen verkoop, en zij, zulks doende, daarmede de risico te dragen had van willens en wetens het recht van een ander te schenden."

Geheel in denzelfden geest is het andere vonnis¹⁾, al komt dit tot andere conclusie:

„dat nu de schuld bij hem, die zelf eenige voor verkoop in den handel bestaande waar van een merk waarop een ander recht heeft voorziet, in die handeling zelf is gelegen;

dat dit echter anders is voor hem die als deze ged. alleen de reeds door een ander van een merk voorziene waren, juist zooals hij haar ontvangen heeft, wederverkoopt:

dat toch van hem niet als van evenbedoelde kan worden geëischt, dat hij onderzoekt of niet een ander recht op dat merk heeft of dus degeen, van wien hij een voor wederverkoop bestemde waar betreft wel de rechthebbende is op het merk dat hij op die waar heeft geplakt;

dat deze eisch zeker niet gesteld kan worden aan een winkelier in kruidenierswaren als deze ged. die honderden van merken voorziene artikelen in zijn winkel verkoopt;

dat wel ook de hier bedoelde kleinhandelaar aan een inbreuk op eens anders recht schuldig kan zijn, maar daarvoor zal moeten vaststaan dat hij heeft geweten, dat zijn leverancier geen recht had op het door hem gebezigde merk, of althans dat hij dat op grond van bijzondere of algemeene kennisgevingen van de zijde van den rechthebbende had kunnen en moeten weten."

Men ziet het: het eerste vonnis neemt verplichting tot schadevergoeding aan óm de sommatie, in het ontbreken van de sommatie ziet het tweede reden de verplichting te ontkennen.

Het laatste vonnis is echter vernietigd door het Hof te Amsterdam -). Opgemerkt moet worden, dat voor het eerst in appèl blijkt, dat de winkelier in kwestie aanvankelijk korenmeel in zijn winkel verkocht, afkomstig van app., dus voorzien van het echte merk. Dit zou wellicht ook voor de Rechtbank reden geweest zijn zijne aansprakelijkheid — immers zijne bekendheid met het echte merk — aan te nemen. Volgens het Hof vergroot het zijn fout, want dit college stelt zich principieel tegenover den eersten rechter, het overweegt:

„dat het gebruiken van eens anders merk, het te koop aanbieden, verkoopen, afleveren, van dezelfde handelswaar als de rechthebbende onder het merk, waarop deze uitsluitend recht heeft, is een onrechtmatige daad, zoodra het merk, gelijk in casu is ingeschreven en gepubliceerd op de wijze als bij de wet voorgeschreven en de schuld bij geïnt. hierin ligt, dat hij de officieele aankondigingen in

i) 18 Dec. 1909, W. 9098. ²⁾
30 Oct. 1911, W. 9381.

de Staatscourant niet heeft ingezien, de eenige en algemeene kennisgeving door de wet gevorderd, en in acht genomen, een fout, die geïnt, omdat de wet geen onderscheid maakt tusschen fabrikanten, grossiers en winkeliers met een beroep op het feit dat hij is winkelier in kruidenierswaren, niet van zich af kan wenden, te minder" (volgt een beroep op art. 17 Merkenwet, mogelijkheid van inlichtingen bij het Bureau van den Industr. eigendom).

Tot zoover de jurisprudentie. Wat hebben wij van dit alles te denken?

II

Over de inbreuk op het merkenrecht bevat de Merkenwet geene bijzondere bepalingen. Art. 3 kent het recht op uitsluitend gebruik van een merk aan bepaalde personen toe. Wie buiten die rechthebbenden een merk gebruikt, handelt onrechtmatig en is dus volgens art. 1401 B. W. tot schadevergoeding verplicht. Wat „gebruik" is vindt men nader uitgewerkt niet in de Merkenwet, maar in art. 337 W. v. Sr.: het verkoopen van waren, van zeker merk voorzien, maar evenzeer het te koop aanbieden, afleveren, invoeren, zonder klaarblijkelijke bestemming om weder te worden uitgevoerd enz. Voor de strafbaarheid is opzet vereischt, d.w.z. waar het verkoopen, te koop aanbieden wel haast altijd opzettelijk, bewust zal geschieden, zal tevens moeten vaststaan dat de dader wist, dat het merk op de verkochte waar aangebracht aan een ander toekwam. Gebruikt hij een merk, waarop een ander recht had, zonder dat hij met die omstandigheden bekend was, hij zal straffeloos uitgaan. Maar — zegt men — geldt dit voor de strafbaarheid, het gaat niet op voor de verplichting tot schadevergoeding. Daarvoor is „schuld" voldoende. Niet alleen hij die met de wetenschap handelt dat eens anders recht geschonden wordt door de handeling is aansprakelijk, ook hij die dit moest en kon weten. En — wordt verder geredeneerd — dank zij de publicaties van het bureau van den industrieelen eigendom kan een ieder die wetenschap bezitten. Bij iederen gebruiker is er dus — als we ten minste met een *ingeschreven* merk te doen hebben — schuld.

Volgt men een redeneering als deze, dan komt men tot beslissingen als die van het Hof te Amsterdam en de Rechtbank te 's-Hertogenbosch, boven aangehaald. Ook de kleinhandelaar verkoopt waren van zeker merk voorzien. Als alzoo art. 337 Sr. aangeeft, wie een merk gebruikt, dan valt hij er onder. Had hij opzet, hij zou gestraft worden. Ligt het niet voor de hand om bij gebreke van de daarvoor noodige wetenschap ook van hem te zeggen dat hij die wetenschap dan maar had *moeten* hebben, dat hij schuld heeft?

Toch schijnt mij een dergelijke conclusie onbillijk en door de wet

geenszins voorgeschreven¹⁾). Kan men inderdaad redelijkerwijze van een winkelier vergen — van een handelaar in comestibles bijv. — dat hij van al de blikjes, dozen en zakjes die hem geleverd worden, nagaat, of zijn leverancier — of wellicht weer de-geen van wien die zijn waren betreft — recht heeft op het merk dat er op is aangebracht? Legt men zoo niet een verplichting op hem, die hij niet kan nakomen en waaraan geen zijner vakgenooten voldoet?

Deze conclusie zou vermeden zijn, indien men beter tusschen opzettelijke inbreuk en de zoogenaamde culpose had onderscheiden. Men had dan gezien dat alleen hij zich aan schennis van eens anders recht schuldig maakt die dat recht opzettelijk aanrandt, opzettelijk datgene verricht wat alleen de ander mag doen, een merk gebruikt dus, wetende dat het merk van een ander is. Bij de aan schuld te wijten inbreuk heeft men altijd met overtreding van andere regels te doen, en wel hier zoo goed als altijd met den regel, dat van wie handel drijft een zekere bekendheid met de merken van zijn vakgenooten kan worden geëischt²⁾). In de erkenning van het recht op het merk als een uitsluitend, door een ieder te eerbiedigen, recht ligt ook deze regel opgesloten. Hoever men daarbij gaan moet, van wie de kennis wel, van wie niet gevraagd kan worden, aan welke omstandigheden waarde moet worden toegekend, is niet met één woord te zeggen, het zal telkens weer bepaald worden door eischen van billijkheid en verkeer. Naast den straffen wetsregel staan ook hier de zooveel soepeler regels van ongeschreven recht. Stellig zal men den eisch van wetenschap omtrent, en onderzoek naar, de merkenrechten van anderen niet aan ieder mogen stellen, die als hij opzet had, onder art. 337 Sr. valt. Als omschrijving van wat „gebruik" in art. 3 der Merken-wet omvat moge dat artikel zijn nut hebben, de conclusie dat van ieder die een der handelingen daarin opgesomd verricht, verlangd mag worden dat hij zich over de merken van anderen doet inlichten, steunt op niets. Als ik, niet rijwielandelaar, een tweedehands rijwiel per advertentie te koop aanbied, waarop ik zelf valschelijk het merk van een bekende rijwielafabriek heb aangebracht, ben ik strafbaar volgens art. 337 W. v. Sr., wil men daarom beweren dat ik tot schadevergoeding verplicht zal zijn, indien ik volkomen te goeder trouw mijn „Fongers"- of „Simplex"fiets te koop aanbied, indien later blijkt dat het merk op de fiets er door een derde ten onrechte op is aangebracht? Ziet men in dat met de vraag der schuld art. 337 niets te maken heeft, dat het de concrete omstandig-

¹⁾ Voor die onbillijkheid schijnt ook de Rechtbank te Den Bosch iets te voelen. Vandaar waarschijnlijk haar minder helder betoog.

-) Juist de omstandigheid dat men hier haast altijd met dezen zelfden regel te maken heeft, niet met den telkens varicrenden die bij de aanranding van eigendom te pas komt, maakt hier de verhoudingen eenvoudig, maar, dunkt mij, ook de toepassing der hier verdedigde opvattingen zooveel duidelijker.

heden, gebruik en billijkheid zijn die beslissen of de een of ander al dan niet vóór hij handelde als hij deed, een onderzoek naar het merk had moeten instellen, dan vindt men ook ruimte voor het onderscheid tusschen hem die zelf de waar van een merk voorziet en hem die eenvoudig wederverkoopt, het verschil tusschen fabrikant en kleinhandelaar, dat volgens het Amsterdamsche Hof de wet niet maakt. Dan ziet men ook de sommatie in het juiste licht, een sommatie die stellig de wet niet eischt, maar die daarom van belang kan zijn, omdat van hem die haar ontvangt een voorzichtigheid kan worden verlangd, die hem vóór dien niet kon worden opgelegd¹⁾, dan is er eindelijk reden om als het Hof in den Haag terecht doet, te onderscheiden tusschen hem die een merk gaat gebruiken en degenen die dat al lang doet.

De bepaling van art. 3 der Merkenwet heeft alzoo in onze jurisprudentie een dubbele beteekenis. Zij verbiedt het gebruik van eens anders merk in de eerste plaats, maar zij maakt bovendien dat merk tot een rechtsgoed, dat ieder in handel en wandel heeft te eerbiedigen. Het is merkwaardig in dat opzicht het merkenrecht te vergelijken met het recht op het octrooi. De nieuwe octrooiwet schijnt aan het recht op het octrooi die dubbele beteekenis *niet* te willen toekennen. Art. 43 der Octrooiwet bepaalt dat hij die *desbewust* zonder daartoe gerechtigd te zijn een der in het eerste lid van art. 30 genoemde handelingen verricht, tot schadevergoeding verplicht is. In het eerste lid van art. 30 worden de handelingen genoemd waartoe de octrooihouder met uitsluiting van ieder ander gerechtigd is. De bedoeling van dit voorschrift is blijkbaar de verplichting tot schadevergoeding te beperken tot de opzettelijke inbreuk, dit volgt uit het woord „desbewust”²⁾. Art. 1401 B. W. wordt dus door art. 43 Octrooiwet voor deze materie uitgesloten, neemt men dat niet aan³⁾ dan mist de beperking tot „desbewust” handelen eiken zin. Zoo moet althans de wet voor het oogenblik worden uitgelegd, of die uitlegging op den duur te handhaven zal zijn, hangt af van de beteekenis die het octrooi in ons rechtsleven krijgen zal. Wordt het eens door de rechtsovertuiging der betrokkenen algemeen als rechtsgoed erkend, dan is het niet onwaarschijnlijk, dat deze erkenning ook in de jurisprudentie weerklink zal vinden en dat ook daar de regel zal gelden dat men dat goed moet eerbiedigen, dat hij dus onbehoorlijk handelt, schuld heeft,

¹⁾ Zie ook Polak. Handelsrecht, blz. 164.

²⁾ Art. 43 loopt geheel parallel met art. 45, de strafbepaling. Dit art. is aldus geredigeerd: Hij die opzettelijk inbreuk maakt op het recht van den octrooihouder door het verrichten van een der in art. 30. eerste lid. genoemde handelingen, wordt gestraft. Vanwaar dit verschil in redactie? Volgens de Memorie van Toelichting (Handel. Staten-Generaal 1904'5. bijlagen 197. 3) worden voor de strafactie strengere cischen gesteld dan voor de civiele, dat is alleen in zooverre juist dat de fictie van het tweede lid en het vermoeden van het vierde lid van art. 43 bij de strafactie niet van kracht zijn.

³⁾ Aldus C. D. Salomonson in zijn commentaar, blz. 84.

die bij zijn handelen daarmee niet voldoende rekening houdt en dat ook zoo iemand tot schadevergoeding verplicht is¹⁾). Langs welken weg de jurisprudentie eventueel tot zulk een resultaat zou komen, valt voorloopig niet te voorspellen. Thans kan alleen gezegd worden, dat de wet voor het oogenblik deze interpretatie niet toelaat, dat de wetgever bij de invoering van dat nieuwe recht het blijkbaar nog niet dien verder strekkenden omvang heeft willen geven.

Wanneer wij nu vragen, waarin practisch de schuld bestaat, dan zien wij vrijwel op niets anders dan op het objectieve, onrecht-matigheids-element, het anders handelen dan behoorde. Gij hebt het onderzoek nagelaten dat ge had moeten instellen, gij hebt verkocht zonder u omtrent de merken van die waar te vergewissen zooals uw plicht geweest was, dit wordt den gedaagde voorgehouden. Met vragen van toerekening van gevolgen, van het al of niet voorzien zijn, of het kunnen voorzien — waarop het dan bij de schuld aan zou komen — breken degenen, die zulke zaken te bepleiten en te berechten hebben, zich het hoofd niet. En ik zie niet in hoe zij — als men de handelingen van ontoerekenbaren, gelijk ik mij in het begin van dit opstel voornam, voorloopig ter zijde laat — anders zouden kunnen handelen. Een onderzoek naar een bijzonderen wil, een wetenschap bij den gedaagde wordt niet ingesteld en kan moeielijk ingesteld worden.

Anders is dat bij de opzettelijke inbreuk. Het recht beschermt het merk algemeen tegen aanranding. Wie het recht schendt is tot vergoeding verplicht en het staat niet aan den rechter om te onderzoeken, of zijn handeling door de regels van verkeer die fatsoenlijke menschen tegenover elkaar in acht nemen, al dan niet wordt afgekeurd. De rechter heeft het recht eenvoudig te handhaven, tegen iedere schennis, tegen ieder die de norm gij zult eens anders merk niet gebruiken, overtreedt. Doch zulk een overtreding is alleen denkbaar bij hem, die weet dat hij met eens anders merk te doen heeft. Die wetenschap zal moeten worden aangetoond. Het mag waar zijn dat dit practisch dikwijls niet noodzakelijk is, omdat al ontbreekt de wetenschap, toch overtreding van een anderen regel, van den regel die onderzoek voorschrijft, tot vergoeding zal verplichten, uit het voorgaande volgt, en ook de jurisprudentie, die ik aanhaalde, leert dat dit niet *altijd* het geval is. Wetenschap alzoo omtrent het merk dat misbruikt wordt is vereischt. Maar moet zij zich nog tot andere omstandigheden uitstrekken? Het is hier de

¹⁾ Ik stip deze mogelijkheid aan, omdat mijns inziens het verschil tusschen merken- en octrooirecht in dezen weinig zin heeft. De beperking der schadeactie tot de bewuste inbreuk is onbekend in Engeland, Frankrijk, België, Duitsland. De Deutsche wet kent alleen schadevergoeding toe bij opzet en *grove nalatigheid*. Zij heeft echter denzelfden regel voor het merkenrecht. Bovendien kent de Duitsch-regeling de Unterlassungsklage toe tegen iedereen die op het octrooi inbreuk maakt, afgezien van eenige schuld.

plaats om te waarschuwen tegen een conclusie die men misschien voor ons onderwerp uit de criminalistische literatuur zou willen trekken.

Onze bedoeling kan duidelijk worden door even een parallel te trekken met het auteursrecht. Daar ligt de zaak precies als bij het merkenrecht. De civielrechtelijke bescherming van het recht moet worden gezocht in art. 1401 B. W. Alles wat wij boven voor het merkenrecht hebben betoogd, geldt ook hier¹⁾. Ook de Auteurswet kent alleen strafbaarheid bij opzettelijke schending, zij redigeert echter haar strafbepaling anders dan het Strafwetboek de bepaling over het merkenrecht. Zonder de handelingen, waarin de inbreuk bestaan kan te specialiseeren, zegt art. 31 Auteurswet algemeen: Hij die opzettelijk inbreuk maakt op eens anders auteursrecht, wordt gestraft. Volgens Simons²⁾ doet slechts hij dat „die weet dat het auteursrecht aan een ander toekomt en die weet dat zijn handeling als een inbreuk moet worden aangemerkt“, gevolg is dat „door dwaling omtrent het recht van den maker als omtrent de geoorlooftheid van de handeling het opzet wordt uitgesloten“.

Ik twijfel of deze uitspraak juist is, zelfs voor het strafrecht. Het komt me zonderling voor, dat het toch toevallige feit dat de wet de daden van inbreuk hier niet als bij het merkenrecht opsomt, maar in één term samenvat, het gevolg zou hebben dat hier wél, daar niet geëischt wordt dat de dader van het ongeoorloofde van zijn handelen bewust moet zijn geweest. Ik kan me voorstellen dat men als Binding en de zijnen dien eisch voor de strafbaarheid algemeen stelt, niet dat ze hier enkel zou gelden ten gevolge van een bijzondere techniek van den wetgever. Ik word in mijn twijfel versterkt door wat Simons zelf mededeelt over de Deutsche en Oosten-rijksche practijk over analoog geredigeerde bepalingen. Daar wordt het gebied van het opzet buiten zijne grenzen uitgebreid, klaagt de schrijver. Maar wijst dat er niet op dat deze grenzen, althans *hier*, niet juist zijn gesteld? En doet dat ook niet de enkele rechterlijke uitspraak die wij over het nieuwe artikel hebben, die van de Rechtbank te s-Gravenhage van 22 Mei 1913³⁾? Daarbij werd de secre-

!) Ook dus, dat niet ieder die handelingen verricht die hem aansprakelijk gemaakt zouden hebben, waren zij met kennis van het recht van den ander geschied, gezegd kan worden dat bij schuld heeft als de wetenschap ontbreekt. Merkwaardig genoeg om even te citeeren. schenen mij in dit verband de uitspraken van den Duitschen rechter, dat *niet* „Schuldhafter Fahrlässigkeit“ bestaat bij den boekhandelaar in het klein, die nalaat onderzoekingen naar het auteursrecht in te stellen van hem door uitgevers ten verkoop gezonden werken en evenmin bij den uitgever van een tijdschrift, die zijn copie van een redacteur toegezonden krijgt en daarover niet de minste zeggenschap heeft, in dien blijkt dat in dat tijdschrift nadruk heeft plaats gehad. Vgl. Lindemann, Gesetz Urheberrecht. blz. 94 en de daar geciteerde jurisprudentie.

2) W. v. h. R. 9346.

3) „Het Auteursrecht“ no. 1.

taris van een onzer politieke partijen veroordeeld wegens nadruk van gegevens omtrent vorige kamerverkiezingen. Bekl. beweerde in de meening verkeerd te hebben, dat het auteursrecht enkel geschriften van litterairen en wetenschappelijken aard beschermd, dat zijn handeling dus geoorloofd was. In Simons' stelsel dat de Rechtbank ook volgt, was dat verweer, indien het feitelijk juist bleek, ook gegrond. Toch verwerpt de Rechtbank het. Zij acht het niet aannemelijk, dat iemand als beklaagde, journalist en algemeen secretaris van een politieke partij zoo onwetend zou geweest zijn op het gebied van het auteursrecht. Maakt de Rechtbank zich aldus het bewijs van het door haar gevorderd opzet niet bijzonder gemakkelijk? Ja, zal men tegenwerpen, dat moet wel, anders komt men tot ongewenschte vrijspraken. Maar is het dan niet beter om het artikel een rationeele uitlegging te geven, waardoor zulke gevolgen vermeden worden, liever dan met het bewijs de hand te lichten?

Wat echter van deze strafrechtelijke vraag zijn moge, civielrechtelijk mogen wij den eisch van bekendheid met het ongeoorloofde der handeling noch bij opzettelijke inbreuk op het auteursrecht noch bij diergelijke inbreuk op het merkenrecht stellen. De rechtspraak doet het ook nimmer. Stellig zal tegen hem, die eens anders merk navolgde, maar meende rechtmatig te handelen omdat het zijne genoegzaam afweek, een veroordeeling tot schadevergoeding worden uitgesproken, als de rechter de afwijking niet voldoende oordeelt. Hoe de rechtsdwaling hier geheel zonder belang is, blijkt ook uit de rechtspraak omtrent het woordmerk. Het is een punt van veel oneenigheid geweest, of een enkel woord een merk kan zijn in den zin der wet. De Hooge Raad heeft in twee kort op elkaar volgende arresten (14 Maart 1909, W. 8872 en 28 Maart 1911, W. 9172) een volkomen tegengesteld standpunt ingenomen, volgens het eerste was het woordmerk niet, volgens het tweede wel toegelaten. Stel nu, dat iemand *na* het eerste arrest eens anders woordmerk overnam, zou hij dan voor den rechter die de leer van het tweede arrest aanhing, zich op dwaling mogen beroepen en dus vrij van verplichting tot vergoeding blijven? Het tweede arrest in verband met de eindbeslissing (vgl. H. R. 6 Juni 1913, Ned. Jurispr. 1913, blz. 779) leert het tegendeel. Er is zelfs, meen ik, niet een beroep op gedaan. En men zegge nu niet als er geen opzet was, dan was er toch schuld. Want eenmaal aangenomen dat rechtsdwaling disculpeert, kan men er iemand moeilijk een verwijt van maken dat hij over een rechtsvraag — zij het dan ook ten onrechte — dacht als de Hooge Raad vroeger zelf¹⁾.

¹⁾ Vgl. ook arrest H.R. 8 Nov. 1912, Ned. Jurispr. 1913, blz. 4: vervoer van handelswaar hier te lande uit een pakhuis naar een zeeboot is inbreuk op het merkenrecht. Aan de aansprakelijkheid voor schade doet blijkbaar niet af, dat de aangesprokene meende — en in die mening steun vond bij het Hof te 's Graven-hage — tot zulk een handeling gerechtigd te zijn.

Voor het burgerlijke recht zullen wij èn bij de schennis van het merkenrecht èn bij de inbreuk op het auteursrecht wèl bekendheid eischen met het recht van den ander, met het feit dat die ander hetzelfde of een daarop gelijkend teeken als merk gebruikt, dat hij dezelfde gedachte al in denzelfden vorm heeft gepubliceerd. Dat vloeit uit het verbod inbreuk te maken op eens anders recht voort. Maar men mag niet uit de omstandigheid, dat bij de formuleering van dezen norm — in tegenstelling b.v. dus met het verbod van dooden of mishandelen — het woord „recht" gebruikt wordt, afleiden, dat hier wel en daar niet een bewustzijn van onrechtmatigheid, een bekendheid met den norm zou worden geëischt. Juist de erkenning van rechten als deze als absolute rechten, gevrijwaard tegen iedere niet uitdrukkelijk geoorloofd verklaarde schennis, maakt dien eisch onmogelijk. Wat men ook over de vraag van strafrecht, of voor strafbaarheid bewustzijn tegen het recht gezondigd te hebben, noodig is, denken moge, voor het civielrecht kan die eisch zeker niet worden gesteld. Niet op de geaardheid van den dader komt het hier allereerst aan, maar op het belang van den benadeelde. Dàt wil de wet beschermen. Dàt mag niet worden aangerand. Daartegen kan de bewering van onbekendheid met dien regel niet afdoen.

Alzoo: bekendheid met het merk van den ander (niet met de omstandigheid dat het in den zin der wet een merk is) bij de eigenlijke, opzettelijke inbreuk — bij de aan schuld te wijten schennis niet anders dan een handelen tegen den ongeschreven regel geen bijzondere wil of wetenschap, ziedaar het antwoord op de vraag, die we ons ditmaal stelden, welke de beteekenis was der schuld bij inbreuk op het merkenrecht.

III

Na den inbreuk op de rechten op een immaterieel goed de inbreuk op den eigendom. En wel eerst de opzettelijke inbreuk.

Uiterst eenvoudig is de vraag naar de aansprakelijkheid, indien men staat voor een inbreuk verricht met het bewustzijn eens anders recht aan te randen, met het bewustzijn ook van de ongeoorloofdheid van die handeling. Men mag wellicht aarzelen of de gewraakte handeling een „inbreuk" oplevert, of de aangesprokene inderdaad iets heeft verricht wat enkel de eigenaar mag doen, of wel den eigenaar in de uitoefening van diens bevoegdheden heeft belemmerd, maar, staat dit eenmaal vast, dan valt ook aan de aansprakelijkheid niet te twijfelen.

Minder eenvoudig is de oplossing, indien degeen die zich ziet aangesproken, te goeder trouw was, d.w.z. indien hij of meende met zijn eigen zaak te doen te hebben of althans dacht, dat hij tot het ingrijpen in eens anders recht om de een of andere reden bevoegd was, indien hij dus dwaalt hetzij omtrent het eigendomsrecht zelf. hetzij omtrent zijn eigen bevoegdheid tot aantasting van dat recht.

Beperken wij ons voorloopig tot de laatste mogelijkheid. Hiertoe behoort de veel besproken vraag van de schadevergoeding bij aanranding van het eigendomsrecht door middel van een beslag. Iemand legt conservatoir beslag, dit beslag wordt later opgeheven op het verzoek van den beslagene, of wel de in rechten gevraagde van waarde verklaring wordt geweigerd. Dan is de beslaglegger tot schadevergoeding verplicht, zegt art. 732 W. v. B. Rv. „indien daartoe gronden zijn“.

Vloeit deze schadevergoedingsplicht voort uit rechtmatige of uit onrechtmatige daad? Men heeft er bezwaar in gezien hier van onrechtmatige daad te spreken en het geval met de handeling in nood, de opzettelijke opoffering bij avarij-grosse en zoo tot de schadevergoeding uit rechtmatige daad in verband gebracht¹⁾. Immers: het recht veroorlooft de daad uitdrukkelijk, stelt slechts de inachtneming van eenige formaliteiten als voorwaarden: hoe kan men zoon handeling onrechtmatig heeten? Ik meen dat het antwoord op deze vraag moet worden gezocht door te onderscheiden naar het tijdstip, naar hetwelk de handeling beoordeeld wordt. Op het oogenblik dat de handeling verricht wordt is zij geoorloofd. Het recht eischt zekere waarborgen: een summier onderzoek door den President der Rechtbank, formaliteiten, termijnen, maar worden deze in acht genomen, dan laat het de handeling toe. Zij is dus rechtmatig, verzet er tegen niet geoorloofd, onttrekking aan het beslag strafbaar. Intusschen kan het karakter van rechtmatigheid slechts onder voorbehoud worden toegekend. De wet eischt naast het voorloopige onderzoek een definitief oordeel van den rechter over de handeling. Naast de beoordeeling a priori staat die a posteriori. Eerst bij de van waarde verklaring wordt definitief beslist of het beslag terecht is gelegd. En nu kan het blijken, dat de handeling die op het eerste gezicht geoorloofd scheen, toch eigenlijk niet rechtmatig was. Blijkt de vordering, waarvoor het beslag is gelegd, niet te bestaan, dan wordt de van waarde verklaring geweigerd. En daarmee valt de rechtmatigheid der handeling. De beslaglegger maakte inbreuk op eens anders eigendom, hij onttrok diens goederen aan zijn beschikking, hij deed dat opzettelijk en met volkomen bewustzijn van de gevolgen. Op het oogenblik dat hij dat deed, mocht hij dat doen, maar achteraf beschouwd, mocht hij het toch niet — de wet draagt den rechter op de voorloopige toelating der handeling achteraf te corrigeeren. Zoekt men den grond der schadevergoeding in een rechtmatige daad, dan blijft moeielijk te verklaren, waarom deze afhangt van de van waarde verklaring.

Zooals de Hooge Raad het uitdrukt²⁾, als beweerd wordt dat het leggen van een beslag overeenkomstig de wet niet kan zijn

*) Zie mijn proefschrift Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, blz. 60. 2) 4 April 1912. W. 9358.

een onrechtmatige daad: die stelling is ongegrond, „omdat door het leggen van zoodanig beslag — ook al geschiedt het met inachtneming van alle vormen door de wet daarvoor gesteld — den gearresteerde het vrije beschikkingsrecht over zijn eigendom wordt ontnomen en dit een onrechtmatige daad is die tot vergoeding der daardoor ontstane schade verplicht, ingeval blijkt dat het recht tot bewaring waarvan het beslag werd gelegd, niet bestaat."

Maar bestaat die verplichting tot vergoeding nu altijd? of hangt zij af van goede of kwade trouw? Is de beslaglegger enkel tot vergoeding verplicht, indien hij geweten heeft, dat hij tot het arresteren der goederen niet bevoegd was of dit althans gemakkelijk had kunnen weten, als hij dus lichtvaardig te werk is gegaan? Er zijn schrijvers die het beweren¹⁾. Zij beroepen zich op de woorden „indien daartoe gronden zijn" van de geciteerde artikelen van het Wetboek van Burg. Rechtsvordering. Nu zeggen deze woorden op zichzelf niets, zij bevatten een verwijzing naar de vereischten van de onrechtmatige daad-actie, maar kunnen evengoed betrekking hebben op het schadevereischte als op datgeen wat de hier bedoelde auteurs er in menen te vinden. In waarheid zat de grond van hun oordeel dan ook in iets anders. Het eigenaardige karakter van de handeling maakt het hun moeielijk van een onrechtmatigheid te spreken, indien niet minstens of kwade trouw of althans lichtvaardigheid in het spel was²⁾, zij zagen alleen naar de handeling op het oogenblik dat zij verricht werd en konden in deze handeling op zich zelf niets ongeoorloofds ontdekken. De onrechtmatigheid werd dan gezocht in het op onbehoorlijke wijze gebruiken van een door de wet gegeven rechtsmiddel. Men zocht dan eigenlijk den grond der verplichting tot schadevergoeding niet in beslag maar in de misleiding van den President bij de aanvraag of de lictzinnigheid bij beoordeeling van eigen schuldvorderingen of iets dergelijks. Voor wie de tegenstelling aannemelijk acht boven gemaakt tusschen beoordeeling a priori en beoordeeling a posteriori is deze argumentatie van weinig waarde, zij berust op niets meer dan een zuivere *petitio principii*: „er is geen onrechtmatige daad tenzij te kwader trouw of lichtvaardig is gehandeld".

Gaat men nu de jurisprudentie over dit punt na — en daarop komt het toch aan voor ons, die ons ten doel stellen de beteekenis van het schuldelement in de rechtstoepassing na te gaan — dan blijkt dat de tegenstelling tusschen goede trouw eenerzijds en kwade trouw of lichtvaardigheid anderzijds practisch zonder belang is. Dat blijkt vooreerst uit een reeks der rechterlijke beslissingen, die dit uitdrukkelijk verklaren of althans de vraag naar kwade trouw volkomen negeeren, maar stellig niet minder uit die von-

i) Faute. I. biz. 431: v. Rossem, II, blz. 324.

²⁾ Zoo bv. Faure. Het ware *contra rationem juti*s, teeds in de ongegronde beslaglegging alleen een onteebmatige daad te zien.

nissen, waar het vereischte wél wordt gesteld, maar... praktisch toch niet gehandhaafd. Verreweg het grootst is het getal der beslissingen, waar over het vereischte in het geheel niet wordt gesproken. Ieder practicus kent de figuur: in conventie eisch tot veroordeeling met van waarde verklaring van een beslag, in reconventie: vordering tot schadevergoeding voor het ten onrechte gelegde beslag. Partijen en rechters achten het oordeel over de reconventie afhankelijk van dat over conventie, over de reconventio-nee vordering wordt niet gestreden. Ieder beschouwt het als van zelf sprekend dat als de conventie wordt afgewezen, toewijzing der reconventioneele vordering volgt. Wordt een enkele maal door den beslaglegger beweerd dat hij toch niet anders kon handelen, dat er niets onrechtmatig in zijn daad was, dan zijn er twee mogelijkheden: of de rechter beduidt hem dat hij vergoeden moet enkel omdat hij (naar achteraf blijkt) ten onrechte beslag legde of het vonnis geeft inderdaad toe dat het beslag te kwader trouw of lichtvaardig gelegd moet zijn, maar neemt dan altijd aan dat dat ook geschied is. Voorbeelden van afwijzing van een vordering tot schadevergoeding vond ik in de jurisprudentie die ik doorzocht, niet¹⁾. Tot de eerste rubriek behoort het boven aangehaald arrest H. R. en de daarbij bevestigde beslissingen. Wel is daarin niet uitdrukkelijk sprake van het verweer van goede trouw, maar uit de motiveering van de beslissing, die ik citeerde, blijkt voldoende dat er geen waarde aan zou zijn gehecht. Uitdrukkelijk wordt dit geleerd in een vonnis van Middelburg van 30 November 1898²⁾. Ged. heeft wel beweerd, dat de daad van het leggen van het beslag eerst dan als onrechtmatig zou te beschouwen zijn, wanneer het lichtvaardig of te kwader trouw was gelegd, „doch dit beweren vindt geen steun in de wet... er moet worden aangenomen, dat altijd en tegen ieder een onrechtmatige daad wordt gepleegd, wanneer tusschen den beslaglegger en den beslagene geenerlei rechtsbetrekking bestaat". Even typeerend voor de rechtsopvattingen over dit onderwerp zijn de enkele beslissingen, waar de rechter wél kwade trouw of lichtvaardigheid eischt, en wel om de wijze waarop dit vooropgestelde vereischte praktisch wordt gehandhaafd. Men zie b.v. een vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 10 Mei 1907³⁾: kwade trouw is niet noodig, zegt de rechtbank, wel een lichtvaardig gebruik maken van het rechtsmiddel, maar als men nu zou verlangen dat uit de dagvaarding iets van die lichtvaardigheid zou blijken, dat er feiten werden gesteld en bewezen waaruit de on-

¹⁾ Behalve een enkele maal op grond van dwaling omtrent den eigendom der beslagen goederen (Rotterdam 24 November 1869, W. 3171). Daarover hieronder meer. Hier spreek ik over het geval dat de ged. dwaalde over zijn bevoegdheid tot beslaglegging.

²⁾ W. 7211.

³⁾ W. 8700.

behoorlijkheid van ged.'s gedrag zou voortvloeien, heet het, dat de eischer door te stellen dat het beslag was onrechtmatig en dat dit door den President was opgeheven, een der gevallen heeft gesteld, waarin art. 732 W. v. B. Rv. recht geeft op schadevergoeding. Vraag, waar blijft de lichtvaardigheid? Teekenender nog is een ander vonnis van diezelfde rechtbank van 14 Oct. 1908¹⁾. Het standpunt is hetzelfde, maar ook hier helpt het ged. weinig, dat hij zich op zijn onwetendheid en goede trouw beroept. De rechtbank maakt uit „dat eischeres dit beslag onrechtmatig noemende, implicite stelt dat ged.'s schuld gelegen is in het lichtvaardig gebruik maken van een rechtsmiddel dat inbreuk maakt op haar eigendomsrecht". De bewijslast van goede trouw wordt op den gedaagde gelegd. Dus: voor aansprakelijkheid is noodig kwade trouw of lichtvaardigheid. Maar daaromtrent behoeft in de dagvaarding niets te staan en de eischer behoeft er niets van te bewijzen, de ged. moet omgekeerd zijn goede trouw aantonen. Zeide ik te veel, toen ik beweerde dat uit de vonnissen, die dezen bijzonderen eisch van schuld wel stellen, minstens evenzeer als uit die welke hem verwerpen, mag worden afgeleid, dat naar onze rechtspraak op den enkelen grond dat het beslag achteraf beschouwd ten onrechte is gelegd, schadevergoeding wordt toegekend?

We mogen alzoo concludereen: naar onze rechtspraak geeft de opzettelijke aantasting van den eigendom door beslag recht op schadevergoeding, indien zij achteraf blijkt zonder recht te zijn geschied. Dwaling omtrent de rechtmatigheid disculpeert niet.

Nu is het volstrekt niet een eigenaardigheid alleen van de beslaglegging.

Volkomen parallel er mee loopt de vraag of de schadevergoeding verschuldigd is, indien iemand eens anders recht aanrandt, meenen-de daartoe bevoegd te zijn en daartoe verlot weet te verkrijgen in kort geding van den President der rechtbank. In kort geding wordt de eischer gemachtigd om een hek weg te breken, waardoor hij, naar hij beweert, in de uitoefening van zijn recht van erfdiensbaarheid wordt belemmerd. Heeft de ander recht op vergoeding als ten slotte blijkt dat het servituut niet bestaat of de gerechtigde door het hek niet wordt belemmerd? Neen, zegt de rechtbank te Arnhem, wat gij doet ter uitoefening van een presidiaal vonnis kan niet zijn een onrechtmatige daad. Ja. oordeelt het Hof aldaar²⁾, wel is men „formeel" bevoegd het hekwerk te verwijderen, maar of men al of niet het eigendomsrecht aantastte, wordt niet door het presidiaal vonnis uitgemaakt. Hier geldt weer dezelfde onderscheiding tusschen beoordeeling naar het tijdstip der handeling en naar dat van het hoofdgeding, de geoorloofdverklaring van de aantasting van het eigendomsrecht is ook hier een voorloopige. Van disculpatie

1) W. 8974.

-) 13 Februari 1912. W. 9326.

op grond van het ontbreken van kwade trouw of lichtvaardigheid wordt niet gesproken.

Wordt dus buiten beslag hetzelfde aangenomen als wij daar als regel vonden, omgekeerd is de jurisprudentie bij een anderen vorm van aanranding van eigendom door beslag veel minder vast dan bij die waar de van waarde verklaring achterwege blijft. Ik denk aan het geval, dat wèl bestaat recht tot beslaglegging, meest executoriaal, maar de goederen die in beslag genomen worden *niet* zijn het eigendom van den beslagene. Een derde komt in verzet tegen het beslag. Kan hij naast de actie tot nietigverklaring ook een actie tot schadevergoeding instellen, of is deze beperkt tot de gevallen van kwade trouw of lichtvaardigheid? De rechtspraak is verdeeld. In laatstbedoelden zin beantwoordden deze vraag Hof Arnhem 26 April 1911, W. 9220, Hof Amsterdam 11 Mei 1888, W. 5568, Hooft Raad 4 Januari 1889, W. 5665, Hof 's-Gravenhage 14 October 1907, W. 8619 — anders de proc.-gen. Polis in zijn conclusie bij het geciteerde arrest, Hof 's-Gravenhage 1 November 1886, W. 5384, Haarlem 5 December 1893, W. 6430, 's-Gravenhage 5 Januari 1886, W. 5271. Hoe in deze strijdvraag te oordeelen en vanwaar dit verschil? Om dat uit te maken is het noodig dat we de zaak nog wat breeder bezien.

IV

Men is van ouds gewoon te leeren, dat de eigendom tegen inbreuken wordt gehandhaafd door de „actio negatoria”. Wat onder deze uitspraak te verstaan is, wanneer men een dergelijke actie heeft en wat men nu eigenlijk mag vorderen, heeft Meijers in zijn artikelen in de nummers 2240—2243 van dit Weekblad duidelijk uiteengezet. Men kan vragen herstel in den vroegeren toestand, verbod van stoornis, verklaring van recht en ook schadevergoeding. Voor schadevergoeding is het echter noodzakelijk, dat de vereischten van art. 1401 B. W. aanwezig zijn, schade en ook schuld.

Tot zoover gaat alles goed, weinigen zullen het betwisten. Maar wat moet onder die „schuld” verstaan worden? Is het bij opzettelijk handelen voldoende dat de dader wist dat hij met eens anders eigendom te doen had of moest hij ook weten of althans kunnen weten, dat zijn handeling hem niet vrij stond? Met andere woorden: is hij niet tot vergoeding verbonden, indien hij te goeder trouw meende te mogen handelen als hij deed? Meijers schijnt het te meenen¹). Toch wordt het door de rechtspraak niet zoo opgevat. Integendeel, het is een constante jurisprudentie dat als eenmaal vast staat dat A is eigenaar en B zonder recht op dien eigendom opzettelijk inbreuk heeft gemaakt, B tot schadevergoeding verplicht

i) Zie W. P. N. R. 2242.

is. En dat geldt niet alleen voor de aantasting van den eigendom maar ook voor de inbreuk op de andere zakelijke rechten, op het recht van erfdienstbaarheid, op tiendrecht, jachtrecht en vischrecht. Nu is ook hier waar, wat ik boven omtrent het beslag opmerkte, dat *uitdrukkelijke* uitspraken, die leeren, dat rechtsdwaling niet bevrijdt van de verplichting tot schadevergoeding, zeldzaam zijn. Men vecht over den eigendom van den eischer, over het recht van den gedaagde de gewraakte handelingen te verrichten, over zijn servituut, over de schade somtijds, maar beschouwt het als vanzelf sprekend, dat als de eischer is eigenaar en de ged. zonder recht inbreuk op den eigendom heeft gemaakt, hij onafhankelijk van zijn goede trouw tot vergoeding verplicht is. De schade-actie is immers „sequeel" van de vordering tot verklaring van recht, zij is daaraan „verknocht", en staat of valt dus met deze. Toch ontbreken ook uitdrukkelijke beslissingen niet geheel. Men vergelijkte Rotterdam 3 Februari 1899¹⁾ (inbreuk op jachtrecht, ged. beroept zich op goede trouw): „O. dat ged. niet beweerd heeft, dat de daad van het bejagen der gelibelleerde perceelen... te zijnen aanzien iets anders zou zijn dan een geheel vrijwillige daad, zoodat een beroep op gemelde niet-wetenschap ter afwering zijner aansprakelijkheid voor de door hem toegebrachte schade is irrelevant", Dordrecht 20 September 1905²⁾ (inbreuk op vischrecht): „de verplichting om schade te vergoeden toegebracht door een onrechtmatige daad is niet afhankelijk gesteld van de wetenschap bij den dader dat hij eens anders recht schendt". Verder: Utrecht 12 November 1902. W. 7860, Hof Amsterdam 27 November 1911, W. 9388. Beslissingen in tegengestelden zin zijn niet te vinden. Met name kan als zoodanig niet dienst doen het vonnis van Rotterdam van 26 November 1906¹⁾, want wèl werd daarbij een vordering van een servituut-gerechtigde tot herstel in den vorigen toestand toegewezen, een vordering tot schadevergoeding daarentegen ontzegd, maar deze vordering ging tegen een eigenaar, die de stoornis van het recht door een derde niet belet had. Waar van een daad zijnerzijds geen sprake was, kon hem niet een opzettelijken inbreuk op het geschonden recht worden ten laste gelegd en moest dus ook de schade-actie worden afgewezen.

Maar, mag men vragen, is deze jurisprudentie niet in strijd zoo al niet met de woorden, dan toch met de strekking van de wet? Bepaalt deze niet bij de vordering tot teruggave (de revindicatie, de eenige eigendomsactie die zij regelt) dat schadevergoeding enkel verschuldigd is bij kwade trouw (art. 634, 2°. B. W.)?, dat hij dus, die meent eigenaar van een zaak te zijn en voor die meening goede gronden had, wel verplicht is de zaak terug te geven aan

->) W. 7260.
 -) W. 8946.
 :') W. 8566.

den waren eigenaar, maar tot schadevergoeding niet is gehouden? en bepalen ook niet de artt. 658 en 659 dat wèl van den bezitter te kwader trouw, niet van hem die te goeder trouw is, vergoeding gevraagd kan worden voor de schade door den eigenaar geleden doordat zonder recht op zijn grond is gebouwd?

Op het eerste gezicht schijnt er tegenspraak tusschen wet en jurisprudentie. Bij beter toezien is die er echter niet. Er is verschil in den aard van de dwaling in beide gevallen. De wetbepalingen hebben het oog op hem die zich zelf voor eigenaar hield, wij spreken over dengeen die weet dat hij niet eigenaar is, weet dat hij op eens anders eigendom inbreuk maakt, maar meent daartoe bevoegd te zijn. De eerste dwaalt over het eigendomsrecht zelf, de tweede over zijn eigen bevoegdheid om het ook door hem erkende recht aan te tasten. En *die* dwaling waarover de wet niet spreekt, laat de rechtspraak voor rekening van den dwalende. Dit komt ook duidelijk uit in hare weigering om de onderscheiding van art. 634 toe te passen op hen, die zich bewust zijn dat zij *niet* zijn eigenaars van het goed in quaestie, maar die meenen op grond hetzij van persoonlijk, hetzij van zakelijk recht, huur, erfpacht tot het houden der zaak bevoegd te zijn. Zonder onderzoek of zij die meening mochten koesteren, zonder vraag naar kwade of goede trouw worden zij tot schadevergoeding veroordeeld. Voor de huur geeft een voorbeeld het vonnis der Rb. Middelburg van 15 Februari 1899, W. 7377, voor de erfpacht dat van Tiel van 25 Juni 1909, W. 8963. En ook ten aanzien van artt. 658/9 wil de rechtspraak van de door sommige schrijvers verdedigde uitbreiding tot *houders* te goeder trouw niet weten.

De tegenstelling, die ik hier heb blootgelegd, werkt in deze ge-heele materie door. Met een recht op eenig goed krijgt men de bevoegdheid iedere inbreuk op dat recht, iedere uitoefening van eigendomsbevoegdheden door anderen af te weren. Er zijn uitzonderingen mogelijk, maar wie daaromtrent dwaalt, doet dit op eigen risico. Gij zult eens anders recht niet aantasten, wordt hem voorgehouden. Doet gij het toch, gij zult vergoeding moeten geven — tenzij *gij* aantoonde er recht toe te hebben. Maar juist omdat zulk een regel alleen opzettelijk kan worden overtreden, is alleen hij aansprakelijk die weet dat hij tegenover eens anders recht staat¹).

Het is in ons recht als in het Ontwerp 1820, waar in art. 3038 werd bepaald: „die eens anders zaak wederrechtelijk onder zich houdt, of dezelve in eenig ander reëel recht in het tweede boek vermeld, wederrechtelijk belemmert, is voor het daardoor veroorzaakte nadeel aansprakelijk, ook wanneer dit uit dwaling of onkunde, zonder of met zijne schuld [is toegebracht?] behoudens het-

1) Ook hier zal met hem die het niet weet hij die het niet kon en moest weten op een lijn staan. Deze schendt echter niet opzettelijk eens anders eigendom maar verzuimt datgene te doen wat ieder behoort te doen om zich van den eigendom op de hoogte te stellen, overtreedt dus een anderen regel.

geen hier boven omtrent bezitters ter goeder trouw in het tweede boek gezegd is".

Van direct verband tusschen dit artikel en onze jurisprudentie blijkt niet. Het is niet waarschijnlijk, dat onze rechters met deze bepaling bekend zijn geweest, het Ontwerp 1820 heeft voor zoover het niet door de wet is gevolgd, op de rechtspraak zoo goed als geen invloed gehad. Maar wel is het verband indirect aan te toonen. Het Ontwerp 1820 vat het oud-Hollandsch recht samen en de rechtspraak doet niet anders dan een traditie voortzetten die we al bij Huber¹⁾ vinden en die de schadevergoeding als vanzelf sprekend sequel van de vordering tot handhaving van eigendom beschouwde.

Een zelfde traditie leidde in het buitenland tot gelijksoortig resultaat.

In Frankrijk wordt het, als bij ons, als vanzelf sprekend beschouwd, dat wie zijn eigendom handhaaft tegen aanmatiging van een servituut naast verklaring van recht en verbod van verdere stoomis schadevergoeding kan vorderen. Men zie Baudry-Lacantinerie et Chauveau-, no. 265. De Pandectes Françaises merken op (sub voce Responsabilité no. 502): Il ne suffirait pas en effet pour être exempt de responsabilité que l'auteur du fait croie à l'existence du droit qui en réalité n'existe pas. L'erreur de celui qui a agi, fût elle de la plus entière bonne foi, ne serait pas une excuse suffisante pour l'exonérer du dommage. En Laurent²⁾, die soortgelijke opmerkingen maakt, voert als voorbeelden aan van aanranding te goeder trouw: het beslag en de executie van een vonnis bij voorraad, als achteraf blijkt dat zonder recht is gehandeld, voorbeelden die dus geheel overeenstemmen met wat onze rechtspraak leert. De aanranding van eens anders eigendom zonder recht daartoe (sans droit) is op zich zelf de faute, leert Toullier³⁾.

In Duitschland strijdt men over de vraag of de dwaling in het recht bevrijdend werkt. Von Liszt⁴⁾ ontkent het zoo algemeen en zoo uitdrukkelijk mogelijk. Die irrige Annahme der Berechtigung zu einem Eingriff in fremde Rechtsgüter muss durchaus einflusslos bleiben, zegt hij. Ongelukkig genoeg voor zijne opvatting bepaalt echter § 707 van het eerste Ontwerp B. G. B. het tegendeel. Ist die beschadigende Handlung von demjenigen welcher sie begangen hat aus entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehalten worden, so ist derselbe zum Ersatz nicht verpflichtet, staat daar. En dit artikel is enkel weggelaten omdat het overbodig heette, niet omdat men het tegendeel wilde. Hierop beroepen zich zijne bestrijders, die stellig in de meerderheid zijn tegenover zijn medestanders. Zoo

¹⁾ Hcdendaagsche Rechtsgeleerdheid, I; II; XI,IV, 15 en 16.

²⁾ Deel VI van de groote Baudry.

³⁾ XX. nos. 408 vlg.

⁴⁾ XI. n. 119.

⁵⁾ Deliktsobligationen, blz. 58.

Oertmann, Kohier en de Reichsgerichtrate in hun commentaren op § 823 B. G. B. Hier schijnt het resultaat dus een ander dan bij ons. Bedenkt men echter, dat het Reichsgericht § 1004 (de actio negatoria) zoo ruim uitlegt dat het haar bij niet opzettelijk handelen toepasselijk acht zelfs buiten eenige schuld, dat verder algemeen en door rechtspraak en door litteratuur wordt geleerd, dat rechtsdwaling slechts onder zeer bijzondere omstandigheden te verontschuldigen is en dat de voorbeelden die aangehaald worden als zij op eigendomsaantasting betrekking hebben altijd dwaling in den eigendom zelf betreffen, niet het ten onrechte aannemen van eigen bevoegdheid tot ingrijpen¹⁾, dan is de conclusie niet gewaagd dat ten slotte ook naar Duitsch recht niet veel anders geldt als bij ons.

Geheel zóó als wij deden, wordt door de beide commentatoren van het nieuwe Zwitsersche recht, Gmür²⁾ en Oser³⁾, over onze vraag geoordeeld. Nicht nötig ist zum Begriff der Absicht das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit, leert de laatste. Doch muss der Tater das Bewusstsein gehabt haben, dass die Tatbestand Merkmale vorliegen an den das Gesetz das Verbot der Handlung knüpft. Also ist vorsätzliche Sachbeschädigung nicht vorhanden, wenn der Schädigende glaubte, es handle sich um seine eigene Sache.

Eindelijk het Engelsche recht. Bij Pollock⁴⁾ lees ik: We touch the property of others at our peril, and honest mistake in acting for our own interest, or even an honest intention to act for the benefit of the true owner will avail us nothing if we transgress. Er zijn uitzonderingen, maar deze zijn zeldzaam en betreffen altijd weer het geval dat over den eigendom zelf wordt gedwaald⁵⁾.

Overal dus eenzelfde opvatting.

Is dus het resultaat waartoe onze rechtspraak kwam, niet iets specifiek-Hollandsch, maar in overeenstemming met de opvatting van de handhaving van het zakelijk recht elders, ook met verwante verhoudingen in ons eigen recht is het volkomen in overeenstemming.

Ik wijs in de eerste plaats op art. 615 B. W. Als strekking van de bezitsactie wordt daar aangegeven de handhaving van het bezit met vergoeding van kosten, schaden en interessen. Ook hier dus een schade-actie, zonder onderzoek naar goede of kwade trouw. Ook dit voorschrift is overeenkomstig de traditie. En het past geheel bij de opvatting, die we boven weergaven. Immers zelfs al wil men de artt. 630—634 hier toepasselijk achten, dan kan men het alleen doen voor de actie tot herstel die dan in art. 618 B. W. zou geschreven zijn. Voor de handhaving in het bezit bij lichtere stoornis is de toepasselijkheid van art. 615 B. W. niet te betwisten en deze

*) Zie ten bewijze van een en ander de geciteerde commentaren ter aangehaalde plaatse en de jurisprudentie daar vermeld. ²⁾ Obl.recht, blz. 630.

³⁾ Deel V van de commentaar van Egger c.s., blz. 180. *) The Law of torts, blz. 293. ⁴⁾ Zie Pollock t. a. p. blz. 295.

is voor het bezit wat de actio negatoria voor den eigendom is¹). De tekst over het bezit komt zoo de nergens uitdrukkelijk uitgesproken leer omtrent de stoornis in den eigendom bevestigen.

In de tweede plaats is er overeenstemming tusschen de schadevergoeding bij handhaving in rechten op immaterieel goed en die bij eigendomsstoornis. Ook daar vinden wij dat voor den op-zettelijken inbreuk wel werd verlangd bekendheid met het recht van den ander niet met het karakter van de eigen daad als een onrechtmatige -).

Eindelijk wordt ook de beslagregeling van uit dit oogpunt volkomen verklaarbaar. Ook daar aansprakelijkheid, al meende de beslaglegger tot zijn ingrijpen gerechtigd te zijn. En begrijpelijk wordt ook, waarom de rechtspraak ten aanzien der vergoeding bij beslag gelegd op goederen van een ander dan den debiteur, zoo aarzelend optreedt. Er is daar een opzettelijke eigendomsaanranding, de aanrander dwaalt, maar niet over zijn bevoegdheid tot be-slagleggen. Die bezit hij. Ook niet over den eigendom, in dien zin dat hij dezen zich zelf toeschrijft. Maar hij meent dat degeen eigenaar is tegen wien hij ageert en in werkelijkheid is het een derde. De dwaling betreft dus den eigendom en zou als zoodanig relevant zijn. maar aan den anderen kant is er toch een opzettelijke inbreuk op eens anders eigendomsrecht, waartoe de dader niet bevoegd was, er zou dus aansprakelijkheid moeten bestaan. Men ziet: beide meeningen zijn van uit de leer die de rechtspraak zich over de eigendomsaantasting in het algemeen vormde, verdedigbaar. Voert men het denkbeeld, dat het individueel recht van den aangerande vóór alles moet worden beschermd — denkbeeld dat aan de geheele leer ten grondslag ligt — consequent door, dan moet de laatste meening worden gekozen. Voelt men daarentegen voor een rekening houden ook met de inzichten van den dader, meent men dat wel dwaling omtrent eigen bevoegdheid tot ingrijpen tot zijn last komt, maar dwaling omtrent het recht op het object naar analogie met art. 630 aanleiding kan geven tot uitsluiting der aansprakelijkheid, dan kiest men partij voor de eerste meening. Wat mij betreft, ik meen dat deze tegenstelling reeds doet zien, dat enkel de leer die de aansprakelijkheid wèl aanneemt, consequent is. Gij zult eens anders eigendom eerbiedigen, is een regel die terecht door de jurisprudentie wordt hoog gehouden. Voert men dien regel door, dan komt men hier zonder eenigen twijfel tot een aansprakelijkheid. En ik geloof, dat daartegen weinig bezwaar zou zijn ingebracht, als niet hier juist degeen die vergoeding vraagt, zelf zoo dikwijls aanleiding is geweest voor de dwaling. Hij heeft de goederen die in beslag genomen zijn aan den beslagene uitgeleend, hij duldde dat

i) Vgl. Meijers. W. P. N. R. 2242. Bij de opvatting van de artt. 606 en 618 als een actie, wordt ook het houden der zaak als stoornis van het bezit opgevat, de parallel met den eigendom ontbreekt dan.

-) W. P. N. R. 2302.

deze als eigenaar zich voordeed en het is dikwijls in overleg met hem dat deze eerst met de bewijzen dat de goederen hem niet toe-behooren, aankomt nadat het beslag gelegd is. De gevolgen van zulk een gedrag wil men hem doen gevoelen. Ik heb er niets tegen, maar men bedenke dat het een andere vraag is of hem op deze gronden, ter wille van eigen schuld als het ware, een vordering tot schadevergoeding moet worden ontzegd, of dat men de mogelijkheid van zulk een vergoeding in het algemeen ontkent. Ik zou dus de vraag of de derde wiens goederen voor de schulden van een ander in beslag genomen zijn, vergoeding kan vragen, in het algemeen bevestigend willen beantwoorden, maar ik zou bij de toepassing stellig met de boven aangenomen restrictie rekening houden. Resumeeren we, dan zien wij ook hier, dat is eenmaal een opzettelijke inbreuk op den eigendom (of eenig analoog recht) geconstateerd, naar goede of kwade trouw, naar dwaling of schuld verder niet wordt gevraagd. Op dit resultaat kom ik later nog terug. Voorloopig knoop ik er nog slechts één opmerking aan vast. Vraagt men of de aansprakelijke persoon „schuld" heeft, dan kan geantwoord worden dat reeds door den eisch van „opzet" verder onderzoek van deze vraag overbodig is. Opzet is immers een vorm van schuld. Maar men bedenke daarnaast dat deze „schuld" niet beteekent dat zijn handelen op de een of andere wijze ethisch afkeurenswaardig behoort te zijn. Men kan niet zeggen dat een fatsoenlijk man, iemand die zich gedraagt naar de moraal van het verkeer of zelfs van hoogstaande menschen, nimmer ten onrechte beslag legt of zich nooit te goeder trouw aan inbreuk op eens anders eigendomsrecht schuldig maakt. De opmerking van Pollock¹⁾ dat „moral blame" niet een element is van iedere onrechtmatige daad, geldt ook voor ons. We hopen later aan te toonen, welk belang deze opmerking voor onze leer van de schuld in het algemeen heeft.

V

Wij zijn genaderd tot de eigenlijke schuld. Na de opzettelijke aantasting van eens anders rechtsgoed die welke aan schuld te wijten is. Schuld, niet in de ruime beteekenis die ook opzet omvat, maar in den zin van nalatigheid, onvoorzichtigheid, culpa. Iemands eigendom is beschadigd, hij is gewond of verminkt, die beschadiging of verwonding is gevolg van eens anders daad. Is er recht op schadevergoeding? Ja, luidt het antwoord dat onze rechtspraak op de artt. HOI, 1402, 1406, 1407 B. W. geeft, mits die beschadiging of verwonding aan schuld is te wijten. Wat wil dit nu zeggen? In de eerste plaats moet de schade gevolg zijn van een handeling van den aansprakelijk gestelde, het moet zijn daad zijn, waardoor

i) T. a. p. blz. 9.

de aanranding van eigendom of lijf is veroorzaakt. Dan moet die daad een ongeoorloofde, verbodene zijn, zulk eene waarvan de rechter hem een verwijt maakt. Dat die daad uitdrukkelijk door de wet is verboden, is niet vereischt, ook niet naar de rechtspraak, de plicht die geschonden is, kan evenzeer opgelegd zijn door contract, of door die regels van ongeschreven recht, die men in een concreet geval naar 's rechters oordeel behoort te volgen. De leer van den Hoogen Raad, dat wettelijke sanctie van dien plicht voor de schadevergoedingsactie noodzakelijk is, heeft enkel beteekenis wanneer niet een als subjectief recht beschermd belang is aangerand, niet een inbreuk op zulk een recht of de daarmee gelijk te stellen aantasting van lijf of leven heeft plaats gehad. Zij doet zich gelden, wanneer men staat voor een benadeeling van het vermogen in het algemeen (oneerlijke concurrentie) of wanneer niet een daad, maar een enkel laten den aangesprokene tot verwijt wordt gemaakt. Hierover zoo straks meer, ook over den aard der normen die de rechter toepast. Eerst hebben wij te zien, of er nog andere ver-eischten dan daad, oorzakelijk verband, ongeoorloofdheid der daad worden gesteld. Veelal leert men van wel, men stelt naast de objectieve zijde van het schuldbegrip de subjectieve. Het is niet voldoende dat de dader onbehoorlijk heeft gehandeld, hem wordt een gevolg toegerekend. Tusschen dat gevolg en hem moet bestaan een zeker psychisch verband (het schuldverband) niet enkel van de daad, ook van het gevolg wordt hem een verwijt gemaakt, van de beschadiging, van de verwonding, heet het: „dat is uw schuld". Vraagt men wat dat verband dan precies is, dan luidt het antwoord dat hij dat gevolg had kunnen en moeten voorzien en kunnen en moeten vermijden. Voorzover daarbij op het „moeten" den nadruk wordt gelegd, komen wij weder bij het element van het normatieve terecht, in het „kunnen voorzien" echter schijnt een bijzonder psychisch bestanddeel der onrechtmatige daad opgesloten te liggen. Daarmee wordt de eisch gesteld van een bijzonder inzicht in het gevolg bij den dader — of althans van de mogelijkheid van zulk een inzicht.

Over dezen eisch wil ik een enkele opmerking maken. Voor zoover hij het vereischte van toerekenbaarheid insluit, bewaar ik de bespreking ook nu nog tot later, thans vragen we: kan en moet die eisch in het algemeen worden gesteld? Bij de oudere schrijvers (Diephuis, Opzoomer, Land e.a.) vindt men er niets over. Uit hun stilzwijgen mag worden afgeleid, dat zij, zoo zij het al niet afwijzen, aan het punt in ieder geval geen gewicht hechten. Met Diephuis' schuldleer is het stellig niet te vereenigen. Bij nieuwere auteurs daarentegen¹⁾ wordt de eisch haast altijd gesteld. Ongetwijfeld mede onder criminalistischen invloed. Voor de culpose misdrijven schijnt men het niet dubieus te vinden, dat het „kunnen en moeten

1) Vgl. Mr. Bruins, diss., blz. 17.

voorzien" een element vormt van het delict en de criminalisten, die over de onrechtmatige daad naar civiel recht hebben geschreven, brachten daar die strafrechtelijke beschouwing over, zoo b.v. Simons¹⁾, von Listz²⁾.

Ook thans wil ik allereerst nagaan, hoe de rechtspraak tegenover de vraag staat. Oppervlakkige beschouwing daarvan leert ons wel, dat in talrijke uitspraken de gedaagde er op wordt gewezen dat hij de ingetreden schade had kunnen voorzien, maar de vonnissen, waarin overwegingen van dien aard ontbreken, zijn evenmin zeldzaam³⁾. Een conclusie kan niet zonder meer uit het voorhanden materiaal worden getrokken. Bezien we daarom liever enkele gevallen meer in het bijzonder.

In de eerste plaats vestig ik de aandacht op de volgende zaak. Een vischhandelaar heeft vischkaren liggen in de Wijnhaven te Rotterdam, de gemeente, exploitante van de gasfabriek, doet vergiftige stoffen vloeien in het Boerengat. vandaar komen deze in de Wijnhaven, tengevolge daarvan sterft de paling in de vischkaren. De eigenaar spreekt de gemeente aan. Zijn eisch wordt hem in drie instanties ontzegd. Wat toch is het geval? Het blijkt dat jaren lang ammoniakwater („met erkend giftige bestanddeelen") op het Boerengat is uitgepompt, zonder dat de eischer daarvan eenig nadeel had ondervonden, sinds 1903 is nu ook watergaswater uitgepompt, wat dan, naar eischer wil aantonen, de dood van zijn paling heeft veroorzaakt. Rechtbank en Hof laten dat bewijs echter niet toe, omdat niet blijkt dat de gemeente het vermoeden had kunnen hebben dat watergaswater voor visch schadelijker zou zijn dan ammoniakwater. Uit het vonnis⁴⁾ citeeren wij: „dat toch, als bewezen aangenomen, wat te bewijzen aangeboden is, we] zou vaststaan dat des eischers visch tengevolge van uitloozing door de gemeente van schadelijk vocht op het publieke water is bedorven, doch *geenszins dat het bederf als gevolg der geïncrimineerde handeling had kunnen en moeten worden voorzien, hetgeen noodig zou zijn om de voor de gegrondheid der voeding uit onrechtmatige daad vereischte schuld van ged. te kunnen aannemen*". En het Hof overweegt⁵⁾: „dat uit de gestelde feiten niet voortvloeit dat de ged. naar zijn plicht nadenkend en voorzichtig handelend *had kunnen en moeten voorzien* dat het doen uitvloeien van bedoelde stoffen onder de gegeven omstandigheden schadelijke gevolgen voor eischers paling zoude hebben". Volgt cassatie, de vischhandelaar meent dat door den eisch van het kunnen en moeten voorzien „ofschoon de wet in de aanwezigheid van schuld in den zin van art.

i) Themis. 1902. blz. 80. ²⁾

Deliktobligationcn, blz. 55.

³⁾ Zie b.v. het vonnis Amsterdam, W. 8879, in de bekende zaak van het tramongeluk.

⁴⁾ Rotterdam, 18 Februari 1907, W. 8680 (cursiveering van mij).

⁵⁾ Hof den Haag, 20 Juni 1908, W. 8714 (cursiveering van mij).

HOI B. W. niet eischt, dat het intreden van schade, veelmin van de bepaalde toegebrachte schade had moeten en kunnen zijn voorzien", het aangehaalde wetsartikel is geschonden. De Hooge Raad wordt dus vierkant voor de vraag die ons bezighoudt gesteld. Heeft hij haar ook beslist? Schijnbaar wel. Hij overweegt¹⁾: „dat, nu alzoo feitelijk is beslist en vaststaat, dat de ged. niet het vermoeden had *kunnen* hebben, dat het invloeiën van bedoeld afvoerwater schadelijke gevolgen voor de paling van eischer zoude hebben en dat ged. onder de gegeven omstandigheden die schadelijke gevolgen niet had *kunnen* voorzien, uit hetgeen bij dagvaarding is gesteld geene schuld bij den ged. konde worden afgeleid". De uitspraak kan een principieele zijn, maar het kan ook, dat zij kracht zoekt in het verband met wat feitelijk vaststaat, dat zij dus niet mag worden gegeneraliseerd. In de latere rechtspraak van den H. R. vind ik hieromtrent geen uitsluitel. Voor ik eigen meening uiteenzet, schijnt het mij het beste onze casuïstiek met nog eenige gevallen te vermeerderen. Ik wensch twee uitspraken van het Hof te 's-Gravenhage tegenover elkaar te stellen, misschien kan deze tegenstelling ons den weg wijzen, dien we hebben te gaan.

Het zeeschip *Hellas* ligt in de Rotterdamsche haven, langs zijde ligt een lichter om gerst uit de *Hellas* in te nemen. Op een gegeven oogenblik spuit het zeeschip faecaliën en andere onreine stoffen, deze komen in de lichter terecht en bederven daar de gerst. De eigenaar spreekt kapitein en reederij van de *Hellas* om vergoeding aan. Maar op gelijksoortige gronden als in de zoo even bepaalde zaak, wordt de vordering afgewezen. In het in de dagvaarding gestelde ligt geen schuld opgesloten, zegt de rechter²⁾, „schade door het ontijdig gebruik der scheepsinrichtingen veroorzaakt, mag slechts dan aan de schuld van kapitein en equipage worden geweten, *indien zij die schade redelijkerwijze konden en moesten voorzien.*” En dat is hier niet het geval, aangenomen al dat voor de lichter geen andere plaats beschikbaar was dan juist onder de uitmonding van het privaat, mochten kapitein en bemanning met reden verwachten, dat de gezagvoerder van de lichter door luiken of anderzins de gerst zou beveiligen, nu die uitmonding uitwendig zichtbaar was.

Ook hier dus de eisch van het kunnen en moeten voorzien. Maar leg daarnaast nu een andere uitspraak van hetzelfde Hof van een jaar vroeger. Daar vindt men een overweging die geheel anders klinkt. Een houtfirma te Middelburg vervoerde geregeld houtwaren per lorrie van haar losplaats over de openbare straat naar hare opslagterreinen, die lorrie kreeg een duw van een werkman en vloog dan door het eenigszins hellend terrein los over haar baan, zij werd niet door een arbeider begeleid en er was ook daar

i) H. R. 28 Mei 1909. W. 8876 (cursiveering van den H. R.). -) Hof den Haag, 9 Dec. 1910, W. 9114.

waar de lorrie over de straat ging, niemand geplaatst om toezicht te houden of het publiek te waarschuwen. Op een dag in Juli 1906 wordt een meisje van 2 jaar door de lorrie aangereden. De vader spreekt de houtfirma om schadevergoeding aan en ziet zijn vordering door de rechtbank te Middelburg toegewezen. De firma gaat in appèl en voert aan, dat zij niet kon en niet behoefde te voorzien dat een tweejarig kind dat op het oogenblik dat de lorrie werd afgeduwd, nergens te zien was, op eens te voorschijn zou komen en zich plotseling op de rails zou begeven. Het baat haar niet. Het Hof ¹⁾ beslist: „dat de vraag of appellant het ongeval zooals het zich heeft voorgedaan, kon voorzien of behoefde te voorzien, buiten iedere bespreking kan worden gelaten, zijnde dat een eisch, die door de wet niet wordt gesteld”.

Vanwaar dit verschil? Is de grond er van wellicht in de redactie der wet, met name in artt. 1406 en 1407 B. W. te zoeken? Het Hof zelf heeft daar stellig niet aan gedacht, in de overweging waaruit ik bovenstaand zinnetje overnam, beroept het zich op de artt. 1406 en 1407, maar in verband met de artt. 1401 en 1402 en de zinsnede die op de geciteerde volgt: „waar deze (d. i. de wet) immers niets anders vordert dan dat de kwetsing of verminking door onvoorzichtigheid is veroorzaakt, met andere woorden dat tusschen het onvoorzichtig handelen en de kwetsing of verminking oorzakelijk verband bestaat”, zou met verandering van „kwetsing of verminking” door „beschadiging”, evenzeer in een betoog over eigendomsaanranding passen en dan in art. 1402 voldoende rechtvaardiging vinden. Bovendien, de moeilijkheid wordt zoo niet opgelost: waaróm zou de wet hier verschil maken? En eindelijk, er blijkt niets van dat zulk een verschil door den wetgever is beoogd.

Wij zullen dus de verklaring der tegenstrijdigheid elders hebben te zoeken. Of zullen we eenvoudig hebben te constateeren dat hetzelfde Hof over een vraag nu eens zóó, dan weer anders oordeelde? Ik geloof het niet, maar hierover een volgende maal.

VI

Aan het slot van ons vorig artikel stelden wij de vraag, of wij hier niet eenvoudig met twee tegenstrijdige uitspraken van hetzelfde college te doen hebben. Dat zou toch niet zóó'n zeldzaamheid in onze jurisprudentie zijn. Toch geloof ik dat niet. En dat reeds hierom, omdat ik, als de uitspraken met elkaar in strijd waren, tusschen hen zou moeten kiezen. En daartoe voel ik mij geenszins geneigd, *beide* uitspraken schijnen mij juist. Beider resultaat bevredigt mij, ik vind het volkomen in den haak, dat de houtfirma wèl en de scheepskapitein niet tot vergoeding gehouden is en toch

i) Hof den Haag, 29 Maart 1909, W. 8874. (Cursiveering van mij).

wil ik wel aannemen dat zij ten aanzien van het „kunnen voorzien“ van het ongeval op één lijn zijn te plaatsen.

Waar zit dit nu in? Mij dunkt wij kunnen het antwoord op die vraag vinden, door te ontleden, waarin eigenlijk de onbehoorlijke handeling bestaat, die den aansprakelijke als schuld wordt aangerekend. Overal waar de rechter schuld aanneemt, toetst hij het gedrag van den gedaagde aan regels, constateert hij dat deze tegen de normen die hij had behooren te volgen, heeft gezondigd. Ik heb dat vroeger betoogd en kom daar nu niet op terug. Deze regels, die in overeenkomst of wettelijk voorschrift neergelegd kunnen zijn, maar meest door den rechter zullen worden opgesteld, afgeleid uit het ongeschreven recht, zijn oneindig gedifferentieerd naar de omstandigheden. En die omstandigheden bepalen ook in dezen zin den regel, dat, wat plicht is te doen bij zekere toedracht van zaken kan ophouden zulks te zijn, indien slechts een geringe verandering in den feitelijken toestand is ingetreden. Een enkele maal min of meer algemeen, abstract, zullen zij gewoonlijk zoozeer in bijzonderheden afdalen, dat zij reeds daardoor zich aan een neerlegging in bepaalde formules onttrekken. Vandaar dan ook, dat hier ieder recht — hoe men overigens over de verhouding van den rechter tot de wet moge denken — het vinden van den regel aan den rechter overlaat en moet overlaten. Let men nu hierop, dan zal men zien dat de regel, die in het geval van het overreden kind is toegepast, van veel algemeener aard is, dan die, welke in het proces van de Hellas ter sprake kwam. Het is reeds op zich zelf — meende de rechter — onbehoorlijk en ongeoorloofd een lorrie met eenige vaart over de openbare straat te doen voortbewegen zonder daarbij maatregelen te nemen ter voorkoming van ongelukken voor het passerend publiek. Deze regel heeft een zekere algemeenheid, ze geldt ook als op een bepaald oogenblik geen kinderen op straat spelen, als de straat leeg is. Stel daartegenover het andere geval. Op zich zelf ligt in het spuien van faecaliën uit een zeeschip op de rivier niets onrechtmatig, afkeurenswaardigs. Dat is eerst anders, indien een lichter naast het zeeschip ligt, en wel vlak onder de afvoerpijp en met open dek. Bedenkt men nu, dat overtreding van de norm alleen opzettelijk kan geschieden — ook dat is door Meijers ¹⁾ en door mij vroeger betoogd en ook daarop kom ik niet terug — dan is het duidelijk, hoe hier in het eene geval wél in het andere niet een voorzien zijn kan worden geëischt. Om den norm te overtreden, zijn plicht te schenden moet men datgene verrichten, wat de norm te doen verbiedt. Bekendheid dus met de feiten, die elementen van den norm vormen bij den dader is noodig, het is duidelijk dat die wetenschap aanwezig was bij den werkmans die de lorrie afduwde. ook al wist hij niets van het spelende kind. maar niet bij den kapitein, die de scheepsinrichting liet gebruiken.

i) W. P. N. R. 2260.

Maar als de schipper al die omstandigheden nu eens niet kende, doch ze *kon* weten, is hij dan niet aansprakelijk? Het hangt er van af. Het kunnen voorzien, het kunnen weten op zich zelf doet er niets toe, immers had de kapitein even buiten boord gekeken, hij *had* geweten, van niet kunnen kan moeielijk sprake zijn. Maar de vraag is: behoorde hij te weten. Hier nam de rechter dit niet aan, had hij er anders over geoordeeld, hij had weer een andere norm toegepast, den regel, dat wie van de bedoelde scheepsinrichting in die bepaalde omstandigheden gebruik maakt, zich vooraf moet overtuigen, waar de uitgelooosde stoffen terecht zullen komen. En dan had ook van dezen regel weder gegolden dat bekendheid met zijn feitelijke elementen voor aansprakelijkheid noodzakelijk is.

Door onderzoek naar de normen in beide gevallen door den rechter toegepast, vinden wij dus een bevredigende verklaring van de schijnbare tegenspraak tusschen de beide beslissingen van het Haagsche Hof. Van een bijzonder „psychisch“ element, van voorzienbaarheid bleek niets. Ditzelfde resultaat zal men bij ontleding van iedere aansprakelijkheid vinden, men eischt een opzettelijk onrechtmatig handelen, een aantasting van eens anders rechtsgoed en causaal verband tusschen beide, maar met deze drie zaken zijn dan ook de elementen der schadeactie uitgeput. Een bijzonder inzicht omtrent het gevolg eischt het recht niet. Dat dit somtijds anders schijnt, komt daar vandaan, dat de eerbiediging van eens anders lijf of goed, welke door de hier bedoelde regels wordt afgedwongen, herhaaldelijk juist medebrenget dat men alvorens te handelen, zich van zekere feiten, zekere waarschijnlijke gevolgen van zijn handelen op de hoogte stelt. Wie dat nalaat voorziet niet, wat hij had moeten voorzien. Met andere woorden de voorzienbaarheid kan ter beoordeeling van de rechtmatigheid der handeling van belang zijn, zij is niet een nieuw vereischte *naast* de onrechtmatigheid. De aansprakelijkheid berust op niets anders dan op plichtsovertreding. Ontkenning van de aansprakelijkheid bij erkend onrechtmatig handelen op grond van de niet voorzienbaarheid van het gevolg komt niet voor. Ontleding der rechtspraak leidt altijd tot hetzelfde resultaat, waartoe ik ten aanzien van beide beslissingen van het Haagsche Hof kwam.

Laat ik dit nog duidelijk maken aan het derde door mij geciteerde geval. Ik heb dit mede hierom gekozen, omdat zoo ergens dan hier door de rechtspraak het bijzonder vereischte, waarvan ik het bestaan ontken, wordt gesteld. Stellig hebben gedachten hieraan den auteurs der uitspraken door het hoofd gespeeld, en ik ben zelfs niet zeker of de beslissing ware wellicht anders uitgevallen, had men een goed inzicht gehad in de theoretische vraag, waarom het hier gaat. Maar toch meen ik dat althans het arrest van het Hof niet hierop berust, maar wel degelijk op de overweging dat de gemeente geenerlei plichtverzuim is te wijten. Wat is de norm, die hier is overtreden? Men zou zich kunnen denken

dat deze reeds ligt in het verbod, vergiftigde stoffen in het openbaar vaarwater te laten vloeien. Het bestaan van zulk een verbod neemt de rechter echter blijkbaar niet aan. Met de omstandigheid dat het is neergelegd in een Rotterdamsche gemeente-verordening weigert hij rekening te houden, nu dit niet in de dagvaarding is gesteld. Terecht of ten onrechte, dat doet er voor het oogenblik niet toe. Was hij van oordeel geweest, dat die handeling reeds op zich zelf, afgezien van de verordening onrechtmatig was, nalatigheid in zich sloot, hij had dit zwakke beroep op deze leemte niet behoeven te doen, en niet kunnen doen, daar dan een uitdrukkelijke verwijzing in de dagvaarding stellig onnoodig was. De rechter neemt dus blijkbaar aan, dat eerst dan het doen afvloeien van giftige stoffen in een openbaar water onbehoorlijk is, indien dit voor de visch in dat water schadelijk is. Wetenschap omtrent die mogelijkheid van schade is dan noodig. Deze bestond hier niet, ged. wist niet dat watergaswater zooveel schadelijker was dan am-moniakwater. Maar de rechter gaat verder, hij neemt ook aan, dat diegeen onbehoorlijk handelt, die zich omtrent de schadelijkheid van de stoffen die hij laat afvloeien, niet op de hoogte stelt. Doch ook deze norm is naar 's rechters meening niet door de gemeente overschreden, de gemeente heeft zich ook te dien aanzien niets te verwijten. Dat dit de gedachtengang van het Hof was is duidelijk. Immers aan het zinnetje dat niet bleek dat ged. de schadelijke gevolgen had kunnen en moeten voorzien zijn toegevoegd de woorden: *naar zijn plicht nadenkend en voorzichtig handelend*. Of iemand zooveel nadenkt, als zijn plicht hem oplegt, of hij naar zijn plicht handelt, zijn vragen waarop het antwoord wordt gegeven door na te gaan wat hij *behoorde* te doen, niet door een onderzoek naar zijn inzicht in zekere gevolgen. Laat men uit het citaat het woordje „kunnen" weg, de zin wordt er geen andere door ¹⁾. Maar dan blijkt ook dat de H. R. zijn beslissing dat het Hof door deze uitspraak art. 1401 B. W. niet had geschonden, weinig gelukkig inkleedde, door juist op dit niet-kunnen den nadruk te leggen. Of de burgemeester van Rotterdam iets omtrent de gevolgen van de handelingen der gemeente *kon* voorzien hangt af van zijn chemische kennis — of wil men van die van zijn ambtenaren — en daarnaar is vermoed ik ten processe geen onderzoek ingesteld.

Ook hier past een citaat van Pollock²⁾: The question for judges is not what a man was thinking or not thinking about, expecting or not expecting, but whether his behaviour was or was not such as we demand of a prudent man under the given circumstances.

!) Ik bedoel hiermede niet dat de uitspraak juist is, ook niet dat zij volkomen gemotiveerd is — enkel maar dat die motieven bestaan in een goedkeuring (niet onrechtmatig verklaring) van het gedrag van de gemeente, niet in ecnig psychisch onderzoek.

2) T. a. p. blz. 386.

Hoe komt men er nu toe die voorzienbaarheid, dat psychische verband tusschen dader en het gevolg dat hem wordt toegerekend, als afzonderlijken eisch der schadeactie te stellen? Gelijk al gezegd, ik zie hier invloed van het strafrecht in. Het ligt voor de hand verband te zoeken tusschen de aan schuld te wijten inbreuk op eens anders recht, de onvoorzichtige kwetsing, verminking of doodslag in het civiele recht en de culpose misdrijven. Dâar meent men dien eisch van het schuldverband te moeten stellen, omdat men anders vreest de gedachte dat iedere straf op schuld moet berusten, los te laten. Schuld dan gebruikt in den zin van moreele toerekening, in de beteekenis die het heeft in „schuldbesef". Het gevolg moet in eenig verband worden gebracht tot een wil ten kwade in den mensch. Immers zonder dien, wil men niet straffen. Dat verband meenden de Duitsche criminalisten en in navolging van hen ook de onze dan voor de culpose misdrijven gevonden te hebben door den eisch van het „kunnen en moeten voorzien van het gevolg". In den laatsten tijd twijfelt men echter of dat resultaat wel houdbaar is. Wat is dat voor een verband tusschen den wil van den handelende en het gevolg als hij dat gevolg niet heeft gewild, niet heeft voorzien, zelfs enkel maar *kon* voorzien? En verder: is het kunnen voorzien, het psychische element van schuld, wel verschillend bij den automobilist die te hard rijdt, maar het geluk heeft niet te botsen tegen een van de andere zijde aankomend rijtuig, omdat de koetsier daarvan met bijzondere inspanning door een handige manoeuvre zijn paarden opzij weet te trekken, en dien ander, die ook te hard rijdt, juist evenveel, maar een niet zóó bekwamen koetsier tegenover zich vindt en botst? Toch krijgt de eerste een geldboete en gaat de tweede, als de koetsier er bij omgekomen is, voor eenige maanden in de gevangenis. Waarom anders wordt de tweede zwaarder gestraft als om het gevolg van zijn daad? En toch wil men dat niet, want waar blijft dan de regel dat de schuld de straf bepaalt? Opgelost is het probleem nog niet, de Duitschers houden er zich nog geregeld mee bezig¹).

Wij kunnen ons er hier niet in verdiepen. Voor ons was het alleen van belang dit alles hier te releveeren, omdat het ons voorzichtig kan maken om wat in het strafrecht nog bestreden is, in het schadevergoedingsrecht te importeeren. En een importeeren zou het zijn, want van ouds heeft in de schadevergoedingsleer niet de regel gegolden dat het gevolg dat men toerekent op een of andere wijze met den wil van den aansprakelijke in verband moet staan. Daar gold als afdoende voor schuld, dat de dader anders handelde dan hij behoorde en dat het feit dat hem werd toegerekend, daarvan gevolg was. Niet met de culpose misdrijven in de eerste plaats, maar met

¹) Enkel al in de 32ste band van het Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, zijn niet minder dan drie artikelen aan de vraag gewijd (Graf zu Dohna, Mittermaier. Hold von Ferneck).

de schuld in het contractenrecht is de „schuld" uit de leer der onrechtmatige daad verwant. Reden principieel verschil tusschen het eene en het andere begrip te maken, bestaat niet. Bovendien het is voor het burgerlijk recht zooveel gemakkelijker dan voor het strafrecht, zich los te maken van den eisch van eenig verband tusschen gevolg en wil van den handelende, omdat de reactie van het burgerlijk recht van de mate van schuld geheel onafhankelijk is. Niet de schuld, maar de schade bepaalt of de handelende door het recht met een hem zwaar drukkende verplichting wordt belast, dan wel met een lichte genoegdoening kan uitgaan. Eindelijk, hebben wij niet reeds van Celsus geleerd, etiam imperitiam culpa adnumeranda m¹)? En waar blijft de moreele schuld indien de dader niet in goeden wil, enkel in technische bekwaamheid te kort schiet? Ja men kan nog zeggen dat als iemand een auto bestuurt, terwijl hij de technische vaardigheid mist, het ook moreel niet te verantwoorden is dat hij zich aan dat gevaarlijke werk zet. Maar het is zeer goed mogelijk dat de bekwaamheid in het algemeen niet ontbreekt, maar de man op een oogenblik door zenuwachtigheid te kort is geschoten. En wat te zeggen van den medicus, die een grove kunst-fout heeft begaan en wien toch niet verweten kan worden dat hij zich niet genoeg moeite heeft gegeven om van zijn vak op de hoogte te blijven? Hem kan toch niet worden toegevoegd dat hij, als hij de noodige bekwaamheid mist, het vak maar niet moest uitoefenen. Hij is door een officieel daartoe aangewezen commissie tot die uitoefening toegelaten²). Genoeg dunkt mij om te doen zien dat in het burgerlijk recht van een moreele „schuld aan het gevolg" niet altijd sprake is, ook niet waar de aansprakelijkheid door niemand wordt ontkend.

In de wet zelf ligt dit verband zeker niet. Het is zuivere *petitio principii* het in de woorden van art. HOI B. W., „schade door schuld veroorzaakt" te lezen. Met onze opvatting van schuld is deze redactie volkomen vereenigbaar, trouwens zij is een vertaling van die van art. 1382 Code en naar Fransch recht heeft men nimmer iets anders geëischt dan *faute* in den zin van onbehoorlijke handeling en schade als gevolg daarvan.

VII

Wanneer oordeelt de rechter nu een gedrag onbehoorlijk, welke maatstaf legt hij daarbij aan? Fransche schrijvers geven meest een opsomming van de gevallen der „*faute*", Planiol³) meent, dat de verplichtingen die men in acht heeft te nemen, kunnen worden

i) D. 19, 2, 9, 5.

²) Het voorbeeld is van Rümclin, *Das Verschulden in Sraf- und Civilrecht*, blz. 37.

³) *Traite II*, no. 865.

samengevat in een vierledige reeks: zich onthouden van geweld, van bedrog, van iedere handeling die kracht of bekwaamheid eischt, als men deze niet in behoorlijke mate bezit, en het uitoefenen van een voldoende zorg over gevaarlijke zaken en personen. Voor ons is deze optelling reeds daarom onbruikbaar, omdat bij ons altijd een als subjectief recht beschermd rechtsgoed moet zijn aangetast, wil de rechtspraak aansprakelijkheid aannemen. Wij kunnen dus b.v. niet algemeen zeggen dat men zich van bedrog onthouden moet. Ik heb daarop reeds herhaaldelijk gewezen, maar het kan geen kwaad er nog eens aan te herinneren. Doch ook afgezien hiervan, brengen zulke opsommingen ons weinig verder, het is juist de vraag, *welke* bekwaamheid men moet bezitten, om een handeling te mogen verrichten, *hoeveel* zorg men voor gevaarlijke zaken moet hebben, *wanneer* men zoozeer te kort is geschoten, dat een schadevergoeding op haar plaats schijnt, enz.

Algemeene regels daarvoor zijn niet te geven. De rechter zal van geval tot geval oordeelen. Hij zal daarbij juist zoo te werk gaan als hij altijd doet als hij ongeschreven recht toepast, dien regel gebruikt die hij — om een uitdrukking aan het bekende art. 1 van het Zwitsersche Wetboek te ontleenen, — ware hij wetgever, zou opgesteld hebben. Welke factoren hem daarbij behooren te leiden, kunnen wij hier niet nagaan, dat zou ons te diep brengen in de vraag der rechtsvorming in het algemeen. Ook een ontleding van wat onze rechter daarbij *doet*, welke factoren hem werkelijk leiden, is niet goed mogelijk. Daarvoor zou men moeten nagaan, welke regels de rechter in den loop der tijden op dit gebied heeft gevormd. Het materiaal der schadevergoedingsactie is te groot, het betreft ook te zeer uiteenlopende verhoudingen van belangen en verkeer, dan dat zulk een ontleding eenigszins vruchtbaar zou kunnen zijn. Alleen waar voor een bepaald gebied voldoende materiaal aanwezig is, kan zij interessant worden, maar voor onze studie van het oogenblik is dat toch te speciaal. Bovendien, ook voor zoover zich omtrent eenig punt een vaste jurisprudentie heeft gevormd, en een nieuwe regel is ontstaan van rechterlijk recht, blijft hier toch vóór alles gelden dat van geval tot geval moet worden geoordeeld, en dat de regel, die altijd scheen op te gaan, toch weer uitzonderingen kan hebben. Dit blijkt zelfs als de regels worden gecodificeerd, van rechterlijk tot wettelijk recht worden. Een aardig voorbeeld daarvan geeft het aanvaringsrecht. Talrijk zijn de voorschriften ter voorkoming van aanvaring, de bevelen aan de zeelieden, wat zij in dit en dat geval moeten doen, maar boven al die tot in bijzonderheden afdalende reglementaire bepalingen staat toch de regel dat goede zeemanschap moet worden betracht, en die goede zeemanschap kan meebrengen, dat het geheele stel van reglementen en voorschriften op zij wordt gezet.

Een uitvoerige beschouwing over hetgeen onze rechter te dezen aanzien doet en behoort te doen, mag men dus niet van mij ver-

wachten. Ik bepaal mij tot enkele opmerkingen. Vooreerst: in hoeverre is hetgeen men gewoonlijk doet, voor de aansprakelijkheid van belang, in hoeverre hangt deze af van het normale, gebruikelijke? Men onderscheide. In hoeverre wij allen, en dus ook de rechter, bij ons oordeel omtrent hetgeen behoort te geschieden, worden bepaald door wat wij waarnemen dat gewoonlijk geschiedt, is thans niet aan de orde. Ook spreekt het van zelf, dat er een schuld in gelegen kan zijn, dat men niet rekening heeft gehouden met wat het gebruik meebrengt. Alle regels, waar het hier om gaat, zijn uitwerkingen van dien ééne: eerbiedig het rechtsgoed van uw medemensch. Ter vermijding van krenking daarvan zal men zeker moeten beginnen met zich aan gewoonte en gebruik te houden, de ander rekent daar bij zijn handelen zijnerzijds op. Maar men hoede zich voor de voorstelling, dat de normen, die men behoort te volgen, door de gewoonte worden bepaald, dat enkel de gewoonte beslissend is. Reeds bij de Romeinen waren er, die beter wisten, al kan men niet zeggen dat het Romeinsche recht, als geheel beschouwd, tot klaarheid op dit punt is gekomen, toch werd de eisch te handelen als een *diligens pater familias*, blijkbaar opgesteld met het doel niet de doorsnee van wat de gemiddelde burger deed tot maatstaf te nemen, maar wel datgene wat een goed burger in zulke omstandigheden behoorde te doen. Dit is door Litten *) m. i. overtuigend aangetoond. Ook in Duitschland heeft men bij de definitie die § 276 van het Wetboek van de Fahrlassigkeit geeft, niet bij toeval 'niet van het nalaten van de übliche, maar van de erforderliche Sorgfalt' gesproken. Onze rechter eischt niets anders. Als hij onderzoeken wil of een gemeente die een trambedrijf exploiteert al of niet te kort geschoten is in haar plicht tot beveiliging van passagiers tegen ongelukken-), dan gaat hij niet onderzoeken, of andere tramondernemingen misschien andere afsluitingen aan haai' wagens hebben, maar hij maakt uit dat *deze* onderneming andere inrichtingen *behoorde* te hebben; het is bij een auto-ongeluk niet de vraag of het bij auto's gebruik is met een vaart te rijden als deze op dat bepaalde oogenblik had, maar of de auto de vaart mocht hebben. Niet het gebruikelijke alleen beslist, tegen klaarblijkelijke misbruiken moet de rechter ingaan en gaat hij ook in.

De maatstaf die aangelegd wordt is — dat is de tweede opmerking die ik maken wilde — niet een subjectieve. Het is niet de vraag wat *deze* mensch op dat bepaalde oogenblik had behooren te laten, maar hoe „iemand in zijn positie" behoorde te handelen, met bijzondere eigenschappen van de personen wordt geen rekening gehouden. Was hij op het oogenblik dat hij handelde zenuwachtig, moe, miste hij om verklaarbare redenen zijn tegenwoordigheid van geest,

1) Ueber „lo Codi" und seine Stellung in der Entwicklungsgeschichte des culpa-Problem.

2) Zie W. P. N. R. 2267. arrest Hof Amsterdam.

voor de aansprakelijkheid is het onverschillig. Dit volgt reeds hieruit dat ook onbekwaamheid als schuld kan worden aangerekend. Het gaat hier altijd over rechtsnormen, regels, deze kunnen nog zoozeer van het geval afhangen en door het geval worden bepaald, zij richten zich ten slotte niet tot een individu, zij zijn altijd van een algemeene strekking. Het recht eischt een bepaald handelen, het eischt dat van iedereen¹⁾. Maar moet dan geen rekening gehouden worden met de omstandigheden waarin de aansprakelijke verkeert, met zijn opleiding, beroep, positie? Men zal hooger eischen stellen aan den medicus dan aan hem die in geval van nood een verband aanlegt, hooger aan dengeen die met een machine dagelijks verkeert dan aan hem die er toevallig mee in aanraking komt. Tenzij deze laatste reeds van die aanraking zelf een verwijt gemaakt kan worden, zal hij vrij uitgaan in een geval waarin de ander aansprakelijk is. Ik betwist het niet, maar zie daarin toch eigenlijk niet het aanleggen van verschillenden maatstaf aan verschillende personen²⁾, wie een verband legt zal dat moeten doen zooals een goed medicus dat doet. Dat desniettemin wie hier tegen handelt vrij kan blijven van eenige aansprakelijkheid zit hierin dat hij *in nood* handelde. Beter een gebrekkig verband dan geen verband, mocht hij denken. Maar hiermee zijn we op ander gebied, niet meer op dat van de vraag of de handeling op zich zelf beschouwd onrechtmatig was, maar op die of deze ondanks de onrechtmatigheid niet door *nood* is geïchtvaardigd. En hetzelfde geldt b.v. van den machinist, die door een onveilig sein rijdt, maar een dienst van 24 uur (meen ik) achter den rug had³⁾. Voor de maatschappij was hier geen, voor den ondergeschikte wel een rechtvaardigingsgrond in zijn beroepspligt gelegen. Van een andere maatstaf aan vermoeide dan aan frissche machinisten kan echter, dunkt mij, voor de aansprakelijkheid ten civiele geen kwestie zijn. Ook in onze rechtspraak zijn geen voorbeelden aan te wijzen dat buiten het gebied, waar ik hier even op wees (en later nog op terug kom), persoonlijke eigenschappen de aansprakelijkheid ophieven. Ook onze rechter legt in het algemeen objectieve maatstaf aan. Slechts tegen een enkele uitspraak kan uit dit oogpunt bezwaar gemaakt worden. Hier ligt, dunkt mij, het zwakke punt in de beslissing in het paling-geval. De gemeente Rotterdam wordt niet aansprakelijk geacht, omdat zij zelve vroeger andere schadelijke stoffen heeft doen afvloeien, die eischers visch niet heeft gedeerd. Mijns inziens had hierin geen grond gevonden mogen worden om de aansprakelijkheid te ontkennen. Vooreerst schijnt het mij reeds op zich zelf onbehoorlijk

¹⁾ Ook hierbij laat ik de vraag, hoever dit ook opgaat tegen ontcrekenbaren, nog tot later rusten.

²⁾ In zooverre wijk ik af van de schrijvers die overigens het subjectieve criterium bestrijdend er m.i. toch weer te veel naar terugkeeren, door aan deze differentiatie gewicht te hechten. Zoo Rumelin, t. a. p. blz. 45 vlg.

³⁾ Het voorbeeld is uit de Engelsche jurisprudentie.

vergiftige stoffen in een openbaar water te brengen. Maar stel dat men dezen regel beperkt tot voor de visch in dat water schadelijke stoffen, wetenschap omtrent die schade eischt en in verband daarmee de gemeente aansprakelijk houdt als zij nalaat maatregelen te nemen om zich van die voor visch schadelijke eigenschappen van haar afvoerwater te overtuigen, dan wil het me nog voorkomen, dat een onderneming *niet* buiten schuld is enkel omdat zij vroeger andere, ook vergiftige stoffen zonder schade heeft afgevoerd. Stel dat naast deze gasfabriek een andere stond die vroeger niet ammo-niakwater in de gemeentewateren had laten vloeien en nu er ook watergaswater in bracht. Die zou wèl tot schadevergoeding gehouden zijn naar 's rechters oordeel. Dat is dunkt mij uiterst onbillijk. Mij schijnt deze beslissing rechtsongelijkheid te brengen. En juist daarom veroordeel ik de subjectieve maatstaf.

Tot zoover over deze twee punten. Meer in het bijzonder wil ik nog stilstaan bij de groote tegenstelling die, dunkt mij, hier gemaakt moet worden tusschen laten en doen, maar daarover een volgende maal.

VIII

„Niet de schade verplicht tot vergoeding, maar de schuld" — het is het beginsel van elk schade-recht, dat den primitieven toestand van zijn kindsheid is ontgroeid. Niet ieder die een schade veroorzaakt heeft is tot vergoeding gehouden, enkel hij wiens schade veroorzakend gedrag hem als schuld valt toe te rekenen, die anders heeft gehandeld dan hij *behoorde* te doen. Daarop ligt de nadruk in het geheele moderne schadevergoedingsrecht. En tóch, het is of het recht zijn vroegere primitieve opvatting dat het op de handeling aankwam, dat hij die de schade door zijn daad veroorzaakte, *altijd* voor de gevolgen moest instaan, niet kàn vergeten. Zij bleef niet zonder invloed op de nieuwere stroomingen tot verkrijging van een schadevergoedingsplicht buiten schuld, maar ook *in* de leer der onrechtmatige daad kunnen wij haar nawerking aantoonen. In tweeërlei opzicht, in de eerste plaats in de aarzeling, de voorzichtigheid, waarmee de rechtscheppende factoren te werk gaan, wanneer zij voor een geval van aansprakelijkheid voor *laten* staan, in de tweede plaats in de wijze waarop zij het zich gemakkelijk maken met het schuldvereischte, zodra het causaal verband tusschen een positieve daad en een schade nauw is, zóó nauw, dat beide elementen in tijd niet zijn te scheiden, dat de handeling van den een en de schade voor den ander, zich voor den beschouwer als één gebeurtenis voordoen.

Over deze beide verschijnselen enkele opmerkingen.

Eerst het laten.

Ik moet beginnen te waarschuwen voor een mogelijk misverstand. Ik spreek over laten, niet over nalatigheid.

Bij verreweg de meeste gevallen, waar iemand voor aan zijn schuld te wijten schade aansprakelijk wordt gesteld, is het een verzuim, niet een handeling, waarvan hem een verwijt wordt gemaakt, maar het is een verzuim bij een handelen, tusschen zijn handeling en de aantasting van eens anders rechtsgoed bestaat causaal verband, *bij* dat handelen heeft hij niet gedaan wat hij behoorde te doen: hij is nalatig geweest. Daarover spreek ik nu niet. Hier heb ik het over de gevallen, waar de aangesprokene enkel wordt verweten, dat hij *niet* gehandeld heeft op het oogenblik dat hij behoorde te handelen¹⁾.

Het is bekend, dat de vraag van het oorzakelijk verband bij het laten moeielijkheden heeft veroorzaakt. Moeielijkheden die echter meer bestaan in de bezwaren, die ons denken heeft om handeling en laten onder één categorie te brengen — om dus evenzeer van hem, die den doodsteek toebrecht als van dengeen die den ander zijn voedsel onthield, te verklaren dat hij den dood heeft veroorzaakt — dan in de practische toepassing van het begrip van „oorzaak“, ook bij enkel laten. Dit blijkt wel daaruit, dat niemand aarzelt dit begrip te hanteeren, waar vast staat, dat hij, die aansprakelijk wordt gesteld, wettelijk tot handelen verplicht is. De moeder die met den wil om te dooden haar kind het noodige voedsel onthoudt, zal, indien de dood daarop volgt, als moordenares worden gestraft, zij heeft dien dood veroorzaakt! En wie zich contractueel tot het verrichten van eenige handeling verplicht, zal bij niet nakomen dier verplichting aansprakelijk worden gesteld voor de schade die daarvan het gevolg is: ook van hem zegt men dat hij die schade veroorzaakt heeft. Of nu die term juist is, of het wellicht beter zou zijn van een „niet verhinderen“ in plaats van een „veroorzaken“ van het gevolg te spreken, kunnen we hier niet onderzoeken. Hoofdzaak voor ons is, dat voor het gebruik dat de rechtstoepassing van het begrip maakt, alles neerkomt op de vraag, of hij die liet, tot handelen rechtens verplicht was. Eerst als dit onzeker is, gaat men er bezwaar in vinden om hier het gewone oorzaakbegrip toe te passen en worden alle problemen van de causaliteit van het laten aan de orde gesteld. Maar juist omdat men dat eerst dan doet, is het duidelijk dat niet in de causaliteitsleer, maar in de vraag, wanneer men rechtens tot handelen verplicht is en wanneer dan niet-handelen door straf of schadevergoeding wordt gesanctionneerd, de moeielijkheid zit. Is deze opgelost, dan geeft het aannemen van een causaal verband geen bezwaar meer. In het bekende arrest²⁾ over de Zutphensche juffrouw, die weigerde de hoofdkraan van de waterleiding dicht te draaien, terwijl de pijp van haar onderbuurman was stukgevroren en het

1) Scherp worden beide begrippen tegenover elkaar gesteld in het Voorl. Verslag over het Wetsontwerp betreffende de onr. daad. blz. 11. -) 10 Juni 1910, W. 9038. W. P. N. R. 2151.

water over zijn vloer liep, overwoog de H. R., dat „zelfs al konde uit dit weigeren, volgehouden ook na kennisgeving van zijn gevolgen, afgeleid worden, dat eischeres de oorzaak was van het voortduren en daardoor toenemen van Nijhoff's schade, hiermede geenszins enz." Dit zinnetje ware beter weggelaten. Indien de juffrouw zich contractueel verbonden had de kraan bij vorst dicht te draaien, zou de H. R. stellig haar aansprakelijkheid voor de schade hebben aangenomen, de twijfel aan het causaal verband, die nu bij hem opkwam, ware niet gerezen.

Wanneer bestaat nu een rechtsplicht tot handelen? Het aangehaalde arrest geeft het antwoord. Alleen indien deze jegens den benadeelde uitdrukkelijk is aanvaard of hij door de wet is opgelegd. Of het „verzuim" naar zedelijken of maatschappelijken maatstaf zou moeten worden veroordeeld, is onverschillig, de aangesprokene gaat vrij uit nu zij niet in strijd met de wet is gekomen. Hier zien wij een scherpe tegenstelling tusschen laten en doen. Stel, de juffrouw had, terwijl de hoofdkraan was afgesloten of er om andere reden geen toevoer was, een waterleidingkraan opengezet, zij had later, toen het water weer wel toevloede, verzuimd die te sluiten, het water stroomt over de daaronder geplaatste emmer en bederft goederen van den onderhuur. Zou dan de H. R. de aansprakelijkheid ook ontkend hebben? Het komt mij uiterst twijfelachtig voor. Allicht had men dan in het complex van haar handelingen een aan schuld te wijten „inbreuk" op het eigendomsrecht van den ander gezien, een inbreuk die thans, zegt het arrest „deze bloot passieve houding voorzeker niet uitmaakt". En kan ik het van den H. R. slechts vermoeden, dat hij in zulk een geval een aansprakelijkheid zou hebben aangenomen, van twee andere college's kan ik het met zekerheid verklaren. Soortgelijke casuspositie werd toevalligerwijze èn aan het Hof te Amsterdam¹⁾ èn aan dat te 's-Gravenhage²⁾ in de laatste jaren voorgelegd. Beiden beaamden de aansprakelijkheid, en deze arresten werden gewezen nadat het arrest van 6 Januari 1905³⁾ aan de zoogenaamd ruime uitlegging van art. 1401 een eind had gemaakt, terwijl uit niets blijkt dat de lagere college's hier tegen 's Hoogen Raad's gevestigde leer willen ingaan. Toch was in geen van beide gevallen van een aanvaarden van een verplichting tot sluiten van de kraan sprake en ontbreekt hier evenzeer ieder wettelijk voorschrift als in het geval van de Zutphensche juffrouw. Het is de tegenstelling tusschen doen en laten die zich doet voelen. Zoodra slechts de aantasting van het goed van den een in oorzakelijk verband staat met een handeling van den ander, worden hem verzuimen en nalatigheden aangerekend, vindt men daarin voldoende grond voor een verplichting tot vergoeding, ook al is

i) 24 December 1908, W. 8820.

2) 14 October 1912, W. P. N. R. **2241**.

3) W. 8163, W. P. N. R. 184'.

het niet de wet, enkel ongeschreven recht of verkeersmoraal die het gedrag afkeurt. *Bij* zijn handelen zal men het rechtsgoed van een ander eerbiedigen. Maar zich ter wille van eens anders belang in beweging stellen, een „bloot passieve houding" laten varen, daartoe bestaat naar onze rechtspraak de verplichting alleen, indien zij in de wet is neergeschreven.

Het is merkwaardig dat men deze tegenstelling: „het doen getoetst ook aan ongeschreven recht, aan verkeersmoraal, het laten enkel aan de wet", niet alleen in ons recht vindt, maar ook elders. Merkwaardig vooral, dat zij ook wordt erkend in landen waar men de schadevergoedingsplicht in het algemeen „ruim" pleegt op te vatten, al zal men haar daar allicht niet zóó star doorvoeren als ten onzent. Ziehier hoe de *Pandectes françaises* de Fransche jurisprudentie en doctrine samenvatten: „Mais qu'il faut indemniser autrui parce que l'on s'est abstenu d'empêcher le dommage qu'il a souffert, il semble plus difficile de justifier cette obligation . . . Aussi n'est-ce pas dans des termes absolus qu'il faut chercher le principe d'une action en responsabilité fondée sur l'abstention. Pour qu'une omission soit légalement imputable il est nécessaire qu'elle soit illicite, c'est à dire qu'elle soit en opposition avec une obligation légale ou conventionnelle"¹⁾. Frankrijk is zeker wel *het* land van den „ruimen" schadevergoedingsplicht. Daarnaast Engeland. Bij Pollock -) lees ik: „For acts and their results the actor is, generally speaking, held answerable by law. For mere omission a man is not, generally speaking, held answerable. Not that the consequences or the moral gravity of an omission are necessarily less. One who refrains from stirring to help another may be, according to the circumstances, a man of common though no more than common good will and courage, a foot, a churl, a coward or little better than a murderer. But unless he is under some specific duty of action, his omission will not in any case be either an offence or a civil wrong." Eindelijk Zwitserland. Art. 41 van het tegenwoordige verbintenissenrecht bepaalt zonder tusschen doen en laten te onderscheiden in het algemeen: „Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zu Ersatze ver-pflichtet. Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem Andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt." Maar ook daar leert de doctrine en beslist de rechtspraak, dat „eine Rechtspflicht im Interesse anderer tätig zu sein nur ausnahmsweise besteht . . .", in den regel alleen daar „wo die Unterlassung gegen ein Gebot der Rechtsordnung verstösst" ³⁾.

Overall dus dezelfde ingetogenheid in het aannemen van een vergoedingsplicht bij laten. Overall de regel dat alleen dan laten

1) Sub voce Responsabilité civile no. 214.

2) T. a. p. blz. 382.

3) Oser, Kommentar., V, blz. 173.

aansprakelijk maakt, als doen naar de wet uitdrukkelijk geboden was. Een regel echter, die elders dan ten onzent niet geheel zonder uitzondering is. Hij geldt, zooals Pollock het uitdrukt, „generally speaking". Tot zulke onbevredigende resultaten als de beslissing van den H. R. in het Zutphensche geval was een Fransch rechter allicht niet gekomen. Het arrest weet van uitzonderingen niets. Toch is het de vraag, of zij ook naar ons recht niet bestaan, althans niet *behoorden* te worden erkend.

IX

Bij onze vergelijking met het buitenland, lieten we tot nog toe het Duitsche recht buiten beschouwing. Het is de moeite waard er even op te letten. Dezelfde verschijnselen die we elders constateerden, vinden we ook hier. „Es ist nach der Anschauung des Lebens wie der Rechtsordnung, zegt Oertmann¹⁾, keineswegs all-gemein gleichwertig, ob man eine Erfolgsbedingung positiv selbst setzt, oder nur in das Walten des anderweit gesetzten nicht hin-dernd eingreift. Man erklart die Unterlassung gemeinhin nur dann für erheblich, wenn dabei eine *Tatigkeitspflicht* verletzt war." En zulk een plicht neemt men in den regel slechts aan, wanneer hij door de wet of door overeenkomst is opgelegd. Het schijnt, dat de wet deze opvatting door hare regeling nog in het bijzonder sanction-neert. Het eerste lid van § 823 B. G. B. verplicht hem tot schadevergoeding die opzettelijk of door schuld leven, gezondheid, vrijheid, eigendom of een dergelijk recht van een ander wederrechtelijk aanrandt. Daarnaast schrijft dan het tweede lid voor: „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst". Wat ligt meer voor de hand, dan juist in dat tweede lid de aansprakelijkheid voor een laten te lezen? Heeft men in strijd met de wet een positieve handeling verricht, allicht valt zij onder het eerste lid van § 823, bij een laten vindt het tweede lid toepassing. Zoo leert ook de rechtspraak. Talrijk zijn de gevallen, waarin bij een laten in strijd met de wet aansprakelijkheid werd aangenomen, vooral verordeningen waarbij het strooien van zand of asch bij vriezend weer wordt voorgeschreven, vormden dikwijls den grondslag van een met succes gevoerde procedure om vergoeding voor hem die tengevolge van de gladde straten zijn evenwicht verloor. Zoo schijnt dus ook hier de aansprakelijkheid bij laten beperkt tot die gevallen, waar handelen niet alleen fatsoenshalve geboden, maar door wettelijk voorschrift uitdrukkelijk bevolen is. Wel bepaalt § 826 dat ook het tegen de goede zeden strijdende gedrag tot schadevergoeding verplicht, en wel is deze bepaling niet tot een doen beperkt, omvat zij stellig ook

^{a)} Kommentar Schuldverhältnisse, blz. 37.

een laten, maar waar het voorschrift eischt dat ook op de schade het opzet moet zijn gericht, is juist bij laten zijn toepassing uiterst zeldzaam. Als we deze als te onbelangrijk ter zijde laten, schijnt de regeling in Duitschland op hetzelfde neer te komen als die welke de H. R. ten onzent aanneemt.

Toch leert de rechtspraak anders. Een vermolmd boom valt om. tengevolge daarvan wordt een gebouw beschadigd. Is de eigenaar van den boom aansprakelijk? Overtreding van een bijzonder „Schutzgesetz" in den zin van het tweede lid van § 823 is niet te constateeren. Van toepassing van § 826 is geen sprake, de schade is niet opzettelijk toegebracht. Toch neemt het Reichsgericht de aansprakelijkheid aan⁽¹⁾, de eigenaar of bezitter van een boom is verplicht zorg te dragen, dat de boom niet aan een ander schade toebrengt. Doet hij dat niet en ontstaat er schade, dan heeft hij door schuld op den eigendom van een ander inbreuk gemaakt en volgt de verplichting tot vergoeding uit het eerste lid van § 823. Hetzelfde wordt beslist in het volgende geval: iemand valt op een avond in Februari, als hij over een voor het publiek toegankelijke steenen trap gaat, die twee straten verbindt, en wordt daarbij verwond. Hij stelt de gemeente aansprakelijk. Deze had de trap van sneeuw behoren te reinigen, en haar met zand moeten bestrooien, en dat te meer waar ze in vervallen toestand verkeerde en niet verlicht was. Van overtreding van een bepaald wetsvoorschrift was geen sprake, de verplichting tot vergoeding wordt op het eerste lid van § 823 gebouwd. Dit zijn enkele gevallen uit vele, het is een vaste rechtspraak geworden, dat de „fahrl.issige Verletzung" van eenig recht, in § 823, eerste lid, ook in een laten kan bestaan.

Nu is het voor ons niet de vraag, of deze rechtspraak naar Duitsch recht al of niet is goed te keuren. Dat kan ons koud laten. Maar wel is voor ons merkwaardig, dat in een land, waar een wettelijke regeling bestaat, die zoozeer gelijk⁽²⁾ op datgene, wat ten onzent de H. R. in de wet leest, een aansprakelijkheid voor een laten wordt aangenomen, ook al is een verplichting tot het doen niet uitdrukkelijk in de wet neergeschreven. Ik ben er dan ook zeker van, dat de Deutsche rechter in het geval van Zutphen, de gedaagde niet vrij zou hebben laten uitgaan⁽⁴⁾.

Wil dat nu zeggen dat ik onzen rechter zou aanraden het Deutsche stelsel na te volgen? Hij zou het kunnen doen, door ook in gevallen als deze een „aan schuld te wijten inbreuk" op eens anders

i) Entsch. 52, blz. 373.

2) Entsch. 54, blz. 53.

³⁾ Ik doel op § 823. Het eerste lid komt overeen met „de inbreuk op eens anders recht", het tweede lid „met de handeling in strijd met den rechtsplicht" uit de formule van den H. R. Van een norm, overeenkomende met § 826 Duitsch Wetboek, wil de H. R., naar bekend is, niet weten.

⁴⁾ Op grond van § 823. Ie lid. Wellicht had deze ook § 826 toepasselijk geacht, indien hij het „opzet" tot de schade had aanvaard.

eigendom aan te nemen. Ik kan me begrijpen, dat hij daartegen bezwaar zou maken, dat hij dat een forceeren van het begrip „inbreuk op een recht" zou vinden, ik vind het volstrekt niet vreemd, dat de H. R. in het bekende arrest overweegt, dat een bloot passieve houding moeielijk een inbreuk kan zijn. Maar ik moet er toch aan toevoegen, dat het strikt genomen even dwaas is om het niet opzettelijk schade aan eens anders eigendom toebrengen tengevolge van onvoorzichtig handelen als „een aan schuld te wijten inbreuk op den eigendom" te kwalificeeren, of zelfs om te spreken van een „onvoorzichtige kwetsing" als de wetgever in art. 1407 doet. Het is even onlogisch, toch is het juridisch toe te juichen, daar tengevolge daarvan talrijke gevallen van schade-toebrenging door niet uitdrukkelijk in de wet verboden handelen onder de tot vergoeding verplichtende zijn gebracht. Het Duitsche voorbeeld leert ons, dat in denzelfden gedachtengang doorgaande, de stap om ook zuivere omissies onder die tot vergoeding verplichtende gedragingen te begrijpen, niet groot is. De Hooge Raad *is* bezig zijn van alle zijden aangevallen „enge" opvatting der schadevergoeding buiten contract uit te breiden, hij doet dat uiterst voorzichtig, maar het arrest van 13 Juni 1913 ¹) stelt buiten twijfel, dat hij het doet. Daar wordt het bloote houden van een onroerend goed tot een „recht" gemaakt, en de houder bij inbreuk daarop schadevergoeding toegewezen, hoewel de wet dit recht nergens als zoodanig erkent. Wel mist deze uitspraak een scherpe motiveering, volgt de verklaring dat de daad onrechtmatig was vrij abrupt op de overweging, dat de dader niet een bijzonder recht tot zijn ingrijpen had — wat de hoofdzaak niet raakt —, wel ontbreekt ook een beroep op de bekende formule, en is het dus niet duidelijk, wat naar 's Raads oordeel nu de onrechtmatigheid in deze uitmaakt — al deze reserves nemen niet weg, dat deze uitspraak tegenover het bekende stelsel een uitbreiding *is*²). Waarom zou die ook niet in andere richting plaats hebben?

Gaat de lagere rechter tot een aansprakelijk stellen voor laten over, ook daar waar de plicht tot doen niet uitdrukkelijk door de wet is uitgesproken, dan heeft hij, als het een geval van veroorzaking van dood of lichamelijk letsel betreft, na het arrest van 16 Januari 1914 ³) een goede kans aan de censuur van den Hoogen Raad te ontsnappen. Immers wat „schuld" is bij de „onrechtmatige daad van onvoorzichtige kwetsing", mag hij volgens dat arrest in hoogste instantie uitmaken, in een waardeering daarvan treedt de H. R. niet. Hiermee stelt de H. R. de beslissing, in welk gedrag een grond tot schadevergoeding is te zoeken, feitelijk geheel in handen van den lageren rechter — mits lichamelijk letsel het ge-

¹) W. P. N. R., 2278, W. 9531.

²) Zie ook de aantekening van Meijers op het arrest in het W. v. h. R.

³) N. J. 1914, 410.

volg der handeling was. Heeft men daarentegen met een beschadiging te doen, niet van het lijf, maar van eenig goed, dan is het volkomen onzeker of de H. R. ten aanzien van „de onrechtmatige daad van onvoorzichtige zaakbeschadiging" evenzoo zou oordeelen, of men dan niet weer zou nagaan of er inderdaad een „inbreuk" op den eigendom is. Dat deed de H. R. immers herhaaldelijk. En dat terwijl het gedrag waarover geklaagd wordt in het een en het ander geval volkomen hetzelfde is.

Blijkt ook uit deze zekerheid, uit al het aangevoerde niet, dat men dat heele begrip van aan schuld te wijten inbreuk opzij heeft te zetten? Ik heb het reeds zoo vaak herhaald, van inbreuk op een recht kan men alleen spreken bij opzettelijke aanranding. De inbreuk aan schuld te wijten heeft goede diensten gedaan, dank zij dat begrip is een veroordeeling tot schadevergoeding uitgesproken in talrijke gevallen, waar ons rechtsbewustzijn haar eischte en waar toch een enghartige opvatting die voor iederen vergoedingsplicht den grondslag in een uitdrukkelijk wettelijk verbod zoekt, haar in gevaar zou hebben gebracht. Maar is het thans niet de tijd tot het inzicht te komen, dat deze weg toch eigenlijk niet was de rechte weg naar het doel, dat het hier altijd gaat om het handelen tegen niet in eene wet neergeschreven en niet neer te schrijven normen, die een zekere zorg voor eens anders rechtsgoed voorschrijven? Ziet men dit in, dan blijft er verschil en een belangrijk verschil tusschen doen en laten, zeker, een plicht tot handelen, ingrijpen, een sanctionneeren daarvan door een schadevergoeding, zal lang niet zoo snel worden aangenomen als een plicht tot laten, tot voorzichtigheid bij zijn eigen handelen. Maar reden voor een principieele uitsluiting onder alle omstandigheden van een aansprakelijkheid ook bij laten, waar niet een uitdrukkelijk wettelijk gebod tot handelen dwong, bestaat er dan niet meer. En het gevaar van zulke onbevredigende uitspraken als in de Zutphensche zaak is ook zonder wetswijziging afgeweerd¹).

X

Maar — werpt men mij wellicht tegen — *is* het wel gewenscht een aansprakelijkheid voor laten te erkennen, waar een gebod tot handelen niet in de wet is te lezen? In ditzelfde stuk zagen we toch, dat de tegenstelling doen en laten overal door het moderne recht wordt aanvaard? Moeten wij daar een uitzondering op maken?

1) Wetswijziging blijft dan toch noodig, indien de rechter voortgaat de noodige zorg alleen te eischen ten aanzien van een rechtsgoed, dat als subjectief recht in de wet is erkend en dus de vergoeding alleen toe te kennen, indien zulk een goed is aangerand. — Bij arrest van 13 Juni 1913 boven aangehaald, heeft de H. R. een anderen weg dan tot nog toe ingeslagen. Voortgang op dien weg, erkenning van subjectieve rechten buiten de wet om (op den naam b.v.) zou hier heel wat helpen.

Komt men zoo niet tot zonderlinge consequenties? Het is inderdaad eigenaardig, dat de auteurs, die een ruime formulering van de onrechtmatige daad bestrijden door absurditeiten tegen te werpen, die er uit zouden volgen, daarvoor altijd voorbeelden kiezen, van een aansprakelijkheid voor *laten*. Zoo ook von Liszt's voorbeeld¹⁾ van den professor, die verzuimt den slapenden collega met wien hij in den trein zit te waarschuwen, dat hij aan het station van zijn woonplaats is aangekomen en dat van Simons²⁾, van den tram-passagier, die bij guur weer een zwaar hoestend mede-passagier buitenop laat staan en hem niet zijn zitplaats *in* den wagen aanbiedt, tengevolge waarvan de zieke een longontsteking oploopt. Zullen wij dan aansprakelijkheid in al deze gevallen hebben te aanvaarden?

Ik denk er niet aan het te beweren ³⁾. Maar ik geloof dan ook niet dat de rechter, ging hij den door mij voorgeslagen weg op, tot zulk een beslissing zou komen, evenmin als hij dat doen zou, wanneer in de redactie van art. 1401 B. W. in den geest van het nog altijd aanhangig ontwerp wijziging werd gebracht. Men vergeet, dat de rechter, wien de vrijheid wordt gelaten uit te maken, wanneer het ongeschreven recht een handelen eischt, geenszins gebonden is, in ieder geval, waar de aangesprokene naar *moreelen* maatstaf min of meer onbehoorlijk zich heeft gedragen, een verplichting tot handelen en daarmee tot schadevergoeding bij niet handelen uit te spreken. De rechter heeft te beslissen, of de handeling van dien aard is, dat hij den dader privaatrechtelijk aansprakelijk kan stellen. Daarbij zal de leer, dat *doorgaans* geen verplichting tot ingrijpen bestaat, indien de wet het niet zegt, uitdrukkelijk richtsnoer moeten blijven. Het is een regel, dien wij niet gaarne zouden zien dat hij prijs gaf. Voor afwijking moeten zeer deugdelijke gronden worden aangevoerd. Maar een dogma, dat *altijd* heeft te gelden, een wet die in alle omstandigheden onvoorwaardelijke gehoorzaamheid eischt is het niet. Zoo is het ook begrepen in het buitenland, voor Duitschland behoeft dit geen toelichting meer, ook voor Frankrijk zal deze wel overbodig zijn, de gevallen van aansprakelijk-stelling in de jurisprudentie zijn talrijk genoeg. Maar ook in Engeland en Zwitserland geldt hetzelfde, Pollock's regel geldt alleen „generally speaking" en ook de Zwitsersche schrijver, waarop ik mij

¹⁾ Deliktobligationen, blz. 73.

²⁾ Themis, 1902, blz. 45.

³⁾ Wat de gevallen betreft, de zieke passagier kon, als de tram vol was, den wagen laten voorbijgaan en den volgenden afwachten. Is hier niet eigen schuld? De opmerking is erg nuchter, maar zij dunkt mij afdoender. En de treinreiziger? Ook hij had zelf te zorgen dat hij wakker was op het oogenblik van het uitstappen. Bovendien was het personeel verplicht den naam van het station uit te roepen. Aan de morcelé waardeering van het gedrag van den mede-reiziger doet het niet af, maar voor de beoordeeling in rechte kan die verplichting van anderen reden zijn niet een bijzondere zorg te eischen van hem, die tot den benadeelde in geenerlei betrekking stond.

beriep, Oser¹⁾, noemt naast den plicht tot handelen uit de wet nog gevallen, waar zulk een uitdrukkelijk wetsvoorschrift niet noodzakelijk is, gevallen die we telkens terugvinden, als we het geldend schaderecht in de verschillende landen bestudeeren en die meest terug te brengen zijn tot de formule, dat ook hij tot handelen verplicht is, die de verwachting daarvan bij een ander heeft verwekt, die de verplichting als het ware vrijwillig heeft aanvaard — al is er dan ook niet een contract in den eigenlijken zin. Zoo de man, die een ander aanmoedigt te gaan zwemmen en belooft hem te zullen bijstaan; ook het geval van den huiseigenaar, die door zijn huis aan meerdere gezinnen te verhuren, op zich neemt de trap te verlichten, brengt men hieronder. Maar dat Oser daarbij niet blijft staan, blijkt wel hieruit, dat hij ook aansprakelijk stelt den automobilist, die na een ongeluk veroorzaakt te hebben, het slachtoffer aan zijn lot overlaat, een geval waar een verplichting tot handelen thans in Duitschland door de wet uitdrukkelijk is gesanctionneerd. Niet alleen in het buitenland vindt men zoodanige opvattingen, ook ten onzent en wel — het is eigenaardig genoeg, waar de bestrijding van de civiele aansprakelijkheid vaak van een criminalisti-sche zijde komt — in het strafrecht. Als Van Hamel ²⁾ de onrechtmatigheid van het laten bespreekt, pleit hij met nadruk voor het aannemen van een rechtsplicht tot handelen op grond van een voorafgegane werkzaamheid. Wie vertrouwen wekt op het verrichten van eenige handeling, is verplicht er mee door te gaan en kan bij nalatigheid, als daarvan de dood of zwaar lichamelijk letsel voor een ander het gevolg is, gestraft worden. Merkwaardiger nog is dat ook Simons ³⁾ deze verplichting en hare sanctionneering door het strafrecht erkent. Hem vooral zouden wij de vraag willen voorleggen op welk wettelijk voorschrift hij meenen zou dat zulk een verplichting berust⁴⁾.

i) T. a. p. blz. 174.

²⁾ Inleiding (3e druk), blz. 274.

³⁾ Leerboek, I (2e druk), blz. 104.

⁴⁾ Een enkele opmerking over een strafrechtelijke vraag zij mij in dit verband veroorloofd. Men zegt, dat een „ruime“ uitlegging van art. 1401 (of een even-tueele „ruime“ redactie) ook voor het strafrecht van belang zou zijn, omdat daardoor de gevallen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het veroorzaken van den dood door schuld bij laten zouden uitgebreid worden. Van Hamel heeft deze opmerking in den eersten druk van zijn leerboek (blz. 251) gemaakt, in den derden is de hierop betrekking hebbende passus gewijzigd en de bewering zoo niet geheel weggelaten, dan toch veel minder pertinent uitgesproken (blz. 273). In-tusschen heeft Simons (Themis 1902, blz. 45) haar opgenomen, is het dus wel de moeite waard haar nog te weerleggen. Want zij schijnt mij inderdaad niet juist. De strafrechter straft alleen — beide schrijvers zijn het er over eens — bij *grove* schuld. Stel dus dat door een door ons voorgestane uitlegging van art. 1401 B. W. een civiele aansprakelijkheid in meerdere gevallen werd aangenomen dan bij de oude leer, dan stond het nog den strafrechter vrij in zulke gevallen het *grove* der schuld te ontkennen. Het is er juist zoo mee als met de aansprakelijkheid voor doen, waar thans reeds door de rechtspraak ook bij betrekkelijk geringe onvoorzichtigheden een verplichting tot schadevergoeding wordt aangenomen, indien daarvan de dood

Aanvaardt men die verplichting voor het strafrecht, des te eerder zal zij moeten worden aangenomen voor het privaatrecht. Strafrechtelijke schuld is er slechts als er „grove" schuld is, d.w.z. strafrechtelijke sanctie zal slechts op zeer ernstige verzuimen gesteld kunnen worden. De privaatrechtelijke wordt eerder uitgesproken. Stellig is er reden, de „voorafgeane werkzaamheid", die tot verder handelen verplicht, niet enkel aan te nemen als de dader de verplichting vrijwillig heeft aanvaard. Ook een voorafgeaan onrechtmatig handelen kan dezelfde gevolgen hebben. Wie een ander in nood brengt, met of zonder schuld, heeft het zijne te doen om dien ander weder uit dien noodtoestand te bevrijden. Ik voor mij ten minste zou niet aarzelen om ook naar ons recht aan te nemen, dat een automobilist, die iemand aanrijdt (met of zonder schuld) en zonder naar den getroffen om te zien er van doorgaat, voor de daardoor ontstane nadeelige gevolgen aansprakelijk kan worden gehouden. Het eischt dat ieder bij zijn handelen rekening houdt met gevaar voor eens anders rechtsgoed. De eisch, dat men ter wille van dat goed, niet ongemotiveerd, in strijd ook met de opgewekte verwachting, met dat handelen zal ophouden, sluit zich daarbij aan. maar ook de eisch, dat men die handelingen verricht, die ter wille van diezelfde zorg door den toestand, dien men zelf in het leven heeft geroepen, noodzakelijk worden. Eindelijk zou ik ook in het Zutphensche geval aansprakelijkheid hebben aangenomen. Het samenwonen brengt reeksen verplichtingen mede tegenover hen, die in onze nabuurschap gevestigd zijn. Het recht heeft dit van ouds erkend in zijn talrijke voorschriften van burendrecht. Mij dunkt er is alle reden een gelijke verhouding tusschen boven- en beneden-buur aan te nemen, ook zij staan niet als vreemden tegenover elkaar, hun feitelijke verhouding zal ook rechtens niet zonder gevolgen blijven, men zal van hen eenig meerder rekening houden met elkanders belangen eischen dan van personen tusschen welken geenerlei bijzondere betrekking bestaat. Hebben zij zekere voorwerpen in gemeenschappelijk gebruik, dan zijn zij bij dat gebruik tegenover elkaar tot een rekeninghouden met eikaars belangen verplicht. Het bijzondere grove geval van verzuim dat de rechtbank te Zutphen te berechten kreeg, gaf een mooie gelegenheid in dezen den eersten stap te doen. De Hooge Raad heeft deze gelegenheid jammer genoeg niet benut.

Resumeer ik dus, dan zou ik ook naar ons recht een aansprakelijkheid voor laten bij schade aan eenig rechtsgoed bij uitzondering

of zwaar lichamelijk letsel het gevolg was, terwijl dezelfde rechter, kreeg hij een volgenden dag het geval als strafrechter te behandelen, de aansprakelijkheid zou ontkennen. Het is de rechter en enkel de rechter, die hier uitmaakt welke overtredingen hij zwaar genoeg acht om de strafrechtelijke reactie te rechtvaardigen. Het heeft me altijd verbaasd, dat zij die zoo bevreesd zijn voor de mach: van den rechter in dezen om zélf uit te maken welke normen zijn te stellen, zich nooit aan de artt. 307 en 308 \V. v. Sr. hebben gestooten. Wat den strafrechter vrijstaat, zal ten deze toch ook wel den civielen rechter geoorloofd zijn ?

willen aanvaarden, waar een uitdrukkelijk gebod tot handelen niet in de wet is neergelegd. Evenals bij het doen reeds thans het geval is, zal de rechter hebben uit te maken, wanneer daartoe gronden zijn. Dezelfde factoren die daar zijn oordeel hebben te bepalen, gelden ook hier — met dit verschil dat hij zich hier altijd bewust zal hebben te zijn, dat in onze samenleving een door het recht af te dwingen ingrijpen in den loop der dingen ter wille van anderen slechts gefundeerd kan zijn, indien of de noodtoestand waarin de ander gekomen is op de eene of andere wijze tot een handeling van den aansprakelijke terug is te brengen, of de bijzondere verhouding waarin zij tot elkander stonden een bijzonder ingrijpen juist van hem mocht doen verwachten. Een algemeene verplichting elkander bij te staan, wordt daarmee nog niet opgelegd. Slechts aarzelend kunnen wij een stap in deze richting van aansprakelijkheid ook voor onbehoorlijk laten doen¹⁾, maar dat neemt niet weg, dat de stap heeft te geschieden. Ik hoop dat onze rechter ook te eeniger tijd tot deze conclusie zal komen.

Mij rest nog na te gaan, of het psychisch element in dezen nog eenige eigenaardigheden vertoont. Het antwoord kan kort zijn. Hier zal volkomen hetzelfde gelden als bij het doen. Het komt er op aan, hoe de norm luidt, die overtreden is. Zegt men: ieder is verplicht zijn aan den publieken weg staande boomen te onderhouden, dan is er nalatigheid en aansprakelijkheid als deze verplichting bewust is verzuimd; neemt men aan dat ieder verplicht is de waterleiding af te draaien als hij gewaarschuwd is dat door het springen van de pijp, de boel bij den onderhuur onderloopt, dan zal omtrent al deze elementen, met name omtrent de waarschuwing bekendheid bij den gedaagde moeten worden bewezen. Bijzondere wetenschap omtrent den plicht tot handelen kan ook hier niet worden verlangd. Dit alles is als bij doen en geeft tot opmerkingen geen aanleiding.

XI

Over een tweede verschijnsel, waarin ik een nawerking meen te zien van de oude opvatting dat niet de schuld, maar de handeling tot schade verplicht heb ik nog een enkele opmerking te maken.

Het is een bekend feit, en in de litteratuur over de schadevergoeding buiten schuld is er herhaaldelijk op gewezen, dat de weg van een verplichting tot vergoeding op grond van onrechtmatig handelen tot de aansprakelijkheid voor een bepaald risico buiten alle schuld om dikwijls gaat door de fictie van schuld. Waar de rechter een aansprakelijkheid wenscht, komt hij er licht toe een

¹⁾ Ook bij de contractuele aansprakelijkheid omvatte „culpa" oorspronkelijk enkel een doen, de uitbreiding tot laten is van later tijd. Vgl. Mitteis, Röm. Recht, Hz. 322.

schuld aan te nemen, waar toch inderdaad den aansprakelijk gestelde niets te verwijten valt. Het fraaiste voorbeeld hiervan geeft de meermalen aangehaalde Duitsche uitspraak die het leggen van tramrails op zich zelf reeds als schuld qualificeerde.

Daarover wil ik het nu echter niet hebben. Mijn doel is het er op te wijzen, dat ook op een gebied waar van tendenzen tot uitbreiding der aansprakelijkheid buiten schuld niets te bespeuren valt, waar integendeel het nieuwere rechtsbewustzijn afschaffing eischt van de oude regels, waarin zulk een aansprakelijkheid nog voortleefde, toch de rechter geneigd is, indien twee personen tegenover elkaar staan, waarvan de een handelend is opgetreden, de ander passief gebleven, al heel spoedig een schuld van den eerste aan te nemen.

Ik doel op het aanvaringsrecht. Het Brusselsche tractaat van 1910 maakt het ons gemakkelijk te weten, wat in deze de rechts-overtuigingen van heden eischen. Hoofdbeginsel daarvan is, dat hij, en hij alleen, de schade zal hebben te vergoeden, aan wiens schuld de aanvaring is te wijten. Is er toeval, overmacht, is de oorzaak onzeker, dan wordt de schade gedragen door hem, wien zij trof. Men zie de artt. 3 en 2 van het tractaat. Bijzonder belang voor ons heeft speciaal het laatste lid van art. 2: „Deze bepaling blijft toepasselijk ook in geval de schepen of één daarvan tijdens het ongeval voor anker liggen." Dit voorschrift reageert tegen bestaande regelingen die, als onze wet, bij botsing tusschen een varende en een stilliggend schip, het eerste onafhankelijk van schuld met een verplichting tot vergoeding der geheele of gedeeltelijke schade belasten. Ons art. 540 W. v. K. verplicht in zoodanig geval het varende schip tot vergoeding der halve schade. Door de invoering van het tractaat ook ten onzen is de werking van dit voorschrift beperkt tot de aanvaringen tusschen twee Nederlandsche schepen of tusschen een Nederlandsch schip en een schip van een mogendheid, niet tot het tractaat toegetreden. De oude uit de Middeleeuwen afkomstige regel is ongetwijfeld bestemd om te verdwijnen. Het schuldbeginsel alleen beheerscht voortaan deze materie.

Zet nu naast deze nieuwe regeling de praktijk, onze rechtspraak over botsingen tusschen een varende en een stilliggend schip, en men zal zien dat daar ook in de schuldeur en geheel onafhankelijk van art. 540 de positie van beide volstrekt niet gelijk is, dat het in het proces stellig het beste is aan de zijde van het voor anker liggende schip te staan.

Om dit toe te lichten moeten wij de vraag van de schuld bij aanvaring nog even wat nader bezien. Schuld heeft hij, die zich niet heeft gehouden aan een der talrijke scheepvaartreglementen of in botsing is gekomen met de nog veel meer gevarieerde ongeschreven regelen, die men pleegt samen te vatten als het handelen „naar goede zeemanschap", en die door deze fout de aanvaring heeft veroorzaakt. Wie dus een ander om vergoeding wegens aanvaring

aanspreekt zal de aanwezigheid van zulk een fout hebben te stellen en te bewijzen. Nu kan het echter zijn, dat overtreding van zulk een reglement of een manoeuvre die een goed zeeman in den regel niet doet, in een bepaald geval niet alleen niet ongeoorloofd, rechtmatig maar zelfs noodzakelijk en geboden is. Er kan nood zijn, gevaar — de kapitein die zou nalaten in zulk een geval alles tot redding te doen, ook handelingen die hij in normale omstandigheden niet zou mogen beginnen, zou zijn plicht verzaken. Komt het niettemin tot een botsing, de handeling valt hem niet als schuld toe te rekenen ¹⁾, hij gaat vrij uit. Zijn doen, hoewel op het eerste gezicht ongeoorloofd, is door de bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd. Gelijk de opzettelijke aanranding van eens anders recht in bepaalde gevallen geoorloofd kan zijn, zoo kan ook de overtreding van al de regels, geschreven en ongeschreven, die men ter wille van de bescherming van het goed van een ander behoort te volgen, rechtmatig worden. Maar gelijk hij die een bijzonder recht tot aantasting van eens anders goed beweert, dat recht heeft te stellen en te bewijzen, zoo zal ook hij die van meening is dat hij in dit geval de overigens geldende gedragsregelen niet behoefde te volgen, hebben aan te toonen, waarom hem dat vrijstond, welke feiten dus zijn op het eerste gezicht onrechtmatig gedrag rechtvaardigden. Dit leert ook de aanvaringsrechtspraak. Het is een regel, dat ge niet zult manoeuvreeren in strijd met de door u zelf gegeven seinen, zegt de Rechtbank te Rotterdam-), meent ge niettemin uw gedrag te kunnen verklaren, ge zult dat hebben aan te toonen. Een schip dat den stuurboordswal niet kan houden moet voor laveerende vaartuigen wijken, bepaalt het reglement, wie het niet doet heeft schuld, waren er bijzondere gronden, waarom die schuld hier niet zou bestaan, dan moet hij die bewijzen. Aldus dezelfde Rechtbank³⁾). De jurisprudentie is in deze constant⁴⁾). De overmacht die den schipper tot afwijking van de gewone regels dwong, moet door hem worden bewezen, zoolang hij dat niet doet is hij verantwoordelijk.

In deze rechtspraak zit nog niets, wat op een zich gemakkelijk maken met de schuld zou wijzen. Zij schijnt mij niets anders dan een goede toepassing van bewijslastregels. De eischer kan volstaan met de feiten aan te toonen, die op zich zelf het bestaan van schuld, onbehoorlijk gedrag bij den gedaagde en daarmee zijne vordering rechtvaardigen. Aan den gedaagde is het dan de bijzondere om-

¹⁾ De vraag of er niet reden is om hem die in *nood* handelend een ander schade toebrengt, ook al mocht uit den nood tot het niet bestaan der schuld worden geconcludeerd, tot vergoeding te verplichten, laat ik ter zijde. Onze rechtspraak beantwoordt haar ontkennend.

²⁾ 19 Mei 1897, W. 7089.

³⁾ 3 Dec. 1902, W. 8559.

⁴⁾ B.v. Rotterdam 9 Jan. 1907, W. 8646, 11 Dec. 1907, W. 8750, 3 Jan. 1906, W. 8644. De toepassing dezer leer is — gelijk van zelf spreekt — niet tot de aanvaring beperkt. Men zie b.v. Rotterdam 12 Juni 1907, W. 8695, Tiel 24 Juni 1910, W. 9071.

standigheden te stellen en waar te maken, waardoor deze aanvankelijke conclusie wordt opgeheven. Maar anders wordt het, wanneer dezelfde redeneering, dat wie bij aanvaring overmacht beweert, daarmee zijn manoeuvres tracht te verklaren, dat ook moet bewijzen, toegepast wordt op het schip dat is gebotst tegen een stil- liggend schip of tegen een of ander werk in de haven, een steiger, een brug, wat ten deze geen verschil maakt. De overgang schijnt zeer geleidelijk. Men eischt ook hier een onvoorzichtigheid, een fout. Men neemt voorts aan dat de fout ook door vermoedens bewezen kan worden. Maar men maakt het zich gemakkelijk. Als in de dagvaarding enkel staat, dat eischer's schip op een bekwame plaats voor anker lag en het in den nacht is aangevaren door den gedaagde, dan is dat al voldoende. „Het enkele bij dagvaarding gestelde feit, dat een schipper gedurende den avond of nacht met zijn schip beweegt in de richting van een ander schip, dat ter bekwamer plaats behoorlijk van licht voorzien, voor anker ligt, levert zoodanige onvoorzichtigheid op — zegt de Rechtbank te 's-Her-togenbosch -¹⁾ — dat een gevolgde aanvaring, behoudens bewijs van overmacht, geacht moet worden aan de schuld van het aanvarend schip te wijten te zijn". Men ziet het, heel veel is er niet noodig om het schuldig over het aanvarende schip uit te spreken. Maar er wordt toch altijd nog naar een fout gezocht. Dat kan niet meer gezegd worden van een zeer eigenaardig Rotterdamsch vonnis²⁾. Een schip vaart tegen een steiger. De Rechtbank overweegt: bij aanvaring kan er zijn of schuld aan één van beide of aan beide zijden óf toeval, bij botsing echter van een schip tegen een steiger, is schuld aan de zijde van het werk uitgesloten, zoodat de aanvaring behoudens overmacht of toeval, alleen gevolg kan zijn van schuld van den bestuurder van het schip. Overmacht of toeval moet bewezen worden door hem die er zich op beroept, ook in geval van aanvaring. En dus — heet het bij de Rechtbank — heeft de eigenaar van het werk voldoende gesteld en bewezen, als hij het feit der aanvaring aannemelijk heeft gemaakt. Zeide ik zoeven dat de rechter het zich niet moeielijk maakt met de schuld, hier is zij feitelijk geheel verdwenen, naar een fout van het varende schip wordt niet meer gezocht, de benadeelde heeft niet te stellen waarin die bestaan zou hebben, hij kan rustig afwachten tot de ander zijn onschuld bewijst.

Deze uitspraak staat niet op zich zelf, al vindt men de gedachte die aan haar ten grondslag ligt, zelden zoo openlijk en duidelijk geformuleerd³⁾. En zij bepaalt zich niet tot het aanvaringsrecht.

¹⁾ 30 Juni 1899, W. 7413.

²⁾ 4 April 1910, W. 9076.

³⁾ Zie b.v. Hof Amsterdam 24 Dec. 1897. W. 7106. In deze uitspraak, gelijk ook in die in noot 4 vorige pagina geciteerd b.v. van Rotterdam, W. 8695 werkt de voorstelling van de „inbreuk op den eigendom" verwarrend. Zeer duidelijk in het laatste: de inbreuk (beschadiging) heet onrechtmatig, toch wordt de eisch ontzegd, omdat ged. zijn handelen rechtvaardigt.

Ook op aangrenzend terrein vinden wij haar, men zie b.v. een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam¹⁾: aansprakelijkheid van een sleepboot die een door haar gesleept schip heeft doen botsen tegen een meerstoe], de aansprakelijkheid volgt enkel uit de botsing, verkeerde manoeuvres behoeven niet te worden bewezen. In een critiek dezer vonnissen zal ik niet treden. Ik wil slechts opmerken dat zoolang schuld de grondslag der aansprakelijkheid blijft, het vonnis der Rechtbank te 's-Hertogenbosch wel, het Rotterdamsche niet te verdedigen is. Wie de schuld eenvoudig onderstelt en den bewijslast omkeert, maakt den vergoedingsplicht los van de schuld. Wordt zelfs niet meer uit de omstandigheden het maken van een fout afgeleid, maar enkel gezegd: de benadeelde kan geen schuld hebben en dus hebt gij ze, tenzij ge overmacht bewijst, dan wordt over de schreef gegaan en is men van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen gekomen tot een aansprakelijkheid op anderen grondslag. In de eerst besproken gevallen dient het overmacht-bewijs ter rechtvaardiging van een overtreding, hier van de beschadiging zelve. Maar ik geef toe, dat de grens moeielijk te trekken is, en het Bossche voorbeeld leert, dat het den rechter niet zwaar zal vallen, wil hij in gevallen als deze tot een vergoedingsplicht komen, de fout aan te wijzen die de aanvarende begaan moet hebben. De schuldgedachte raakt hier die andere gedachte die naast haar de aansprakelijkheid beheerscht, de gedachte dat bepaalde feiten en bepaalde handelingen voor risico zijn van bepaalde personen, die voor de gevolgen van die omstandigheden en handelingen heeft in te staan, ook al heeft hij zich niet anders gedragen dan hij behoorde te doen. Deze gedachte doet haar invloed gevoelen zoowel in contractueele verhoudingen als daar buiten. Buiten contract zal zulk een aansprakelijkheid vooral worden gewenscht als door den met het risico belaste het gevaar boven het normale is vermeerderd. Hier echter hebben wij met een aansprakelijk stellen te doen, enkel op grond dat de aangesprokene gehandeld heeft, de benadeelde volkomen passief is gebleven. De schade, of liever de beschadiging — want het gaat hier altijd om eigendomsaantasting — is niet een gevolg van een nalatigheid bij het handelen, zij is zijn daad zelve en dat is, meent men, reden genoeg hem aansprakelijk te stellen, tenzij hij dan toeval of overmacht bewijst. Het is dezelfde gedachte die schrijvers als Binding en Merkel²⁾ tot grondslag van het geheele schadevergoedingsrecht willen maken. Als zoodanig kan zij stellig geen dienst doen, zij zou tot consequenties leiden die niet te aanvaarden zijn — maar dat zij meer is dan een studeerkamer-bedenksel, dat zij uit de practijk zelf is opgekomen, zij het dan op het meer beperkte gebied der

¹⁾ 29 Mei 1908, W. 8874, Ook hier de in de vorige noot gesignaleerde verwarring.

²⁾ Vergelijk de bespreking van de schadevergoeding buiten onrechtmatig handelen in de Juristenvereeniging van 1913, praeadviezen van Hijmans en van Leeuwen.

eigenlijke zaakbeschadiging — waaraan trouwens haar opstellers wel in de eerste plaats zullen hebben gedacht — bewijst hare toepassing hier, juist hier waar naar de algemeene overtuiging de gedachte van de schuld den doorslag moet blijven geven.

We kunnen dit niet verder uitwerken. In een beoordeeling der waarde van de gedachte hier of in het algemeen, treed ik niet. Niet over de schadevergoeding buiten schuld, schrijf ik een verhandeling, maar over de schuld. Voor de begrenzing van dit begrip scheen deze uitweiding noodzakelijk. Zoodra hem dader van zijn handeling niet meer een verwijt kan worden gemaakt, zoodra hem niet meer kan worden toegevoegd dat hij anders heeft gehandeld, dan hij *verplicht* was, zoodra hij geen enkele norm heeft overtreden, valt van „schuld” niet meer te spreken.

XII

Ook de benadeelde kan schuld hebben. Op de verplichting tot vergoeding is dit niet zonder invloed. Hebben we hier met een schuld te doen in denzelfden zin, als waarin wij het woord tot nog toe gebruikt vinden? Is het hetzelfde begrip van plichtverzuim, overtreding van een norm?

Zien wij eerst vluchtig hoe wetgeving en rechtspraak het begrip hanteeren. Met de wetgeving zijn wij spoedig gered. Wij vinden aan de schuld van den benadeelde vrijwel¹⁾ alleen invloed toegekend in het aanvaringsrecht. Art. 535 W. v. K. bepaalt, dat bij schuld van wederzijde ieder eigen schade draagt. Art. 4 van het Aanvaringsrecht geeft een andere regeling: „in geval van schuld van wederzijde, is de aansprakelijkheid van elk der schepen evenredig aan het gewicht der wederzijds begane fouten”, is die verhouding niet vast te stellen of wegen de fouten tegen elkaar op, dan wordt de schade door de schepen geleden samengeteld en draagt ieder de helft dier som. Hier wordt de schuld dus afgevoerd. Buiten het aanvaringsgebied waar de rechter iederen steun in de wet mist en op zich zelf is aangewezen, vond hij tot diergelijke afweging slechts bij hooge uitzondering vrijheid. Slechts één enkel voorbeeld van een toekenning van *gedeeltelijke* schadevergoeding op grond van schuld van den benadeelde, heb ik in onze jurisprudentie kunnen ontdekken. In een eerst zeer kort geleden gepubliceerd vonnis van de Rechtbank te Rotterdam²⁾ werd den eischer de helft der som, waarop de Rechtbank zijn schade begrootte, toegewezen, op grond dat ook zijn handelingen niet vrij waren van onvoorzichtigheid. Wij staan hier nog aan het begin van een ontwikkeling, die elders (Duitschland³⁾, Zwitserland⁴⁾)

¹⁾ „Vrijwel” — ook in enkele contractueele verhoudingen, zie artt. 1639x, 1846 B. W.

²⁾ 6 Maart 1911, Ned. Jurispr. 1914, 1223.

³⁾ § 254 B. G. B.

⁴⁾ Art. 44 Zwits. Obl. recht.

reeds wettelijk is gesanctioneerd of waar ze dat niet is (Frankrijk¹) door de rechtspraak wordt aanvaard. Is onze rechter door de aanvaringspractijk eenmaal aan dergelijke bemiddelende uitspraken gewend, dan zal hij ze ook op ander gebied wel geven. Een schuchter aanloopje er toe is thans reeds in de overwegingen van sommige vonnissen te vinden²), waar de eigen schuld van den benadeelde grond wordt genoemd niet alleen tot opheffing maar ook tot vermindering der aansprakelijkheid, meer dan een aanloopje geeft het zooeven aangehaalde Rotterdamsche vonnis, maar het staat nog op zich zelf. Voorloopig vermindert de rechter de vergoeding nog zelden op grond van eigen schuld. Het is al merkwaardig genoeg dat hij herhaaldelijk overwegingen aan de eigen schuld wijdt en ze ook op zijn beslissingen niet zonder invloed is. Vroeger kwam dat buiten het aanvaringsrecht niet voor. De rechter gebruikt dan het begrip om meest daarmee de schuld van den gedaagde, en dus diens aansprakelijkheid uit te sluiten — een uitsluiting die echter geenszins regel is; naast uitspraken in dezen geest staan andere, waarin wordt geoordeeld dat de eigen schuld van den benadeelde de verplichting tot schadevergoeding van den ander niet opheft³).

Het is geenszins mijn bedoeling in een analyse en beoordeeling van deze uitspraken te treden. De eigen schuld is een nieuwe behandeling overwaard, door wat er tot nu toe over verscheen⁴) is het onderwerp stellig niet uitgeput, maar het gaat niet aan die behandeling hier terloops te geven in beschouwingen die ten slotte over iets anders loopen. Ons is het niet te doen om een bepaling van de beteekenis van de eigen schuld voor de verplichting tot schadevergoeding naar geldend of toekomstig recht, maar om toetsing van dat begrip van eigen schuld aan het schuldbegrip in het algemeen.

Ik herhaal dus de vraag die ik boven stelde: is deze eigen schuld dezelfde als de schuld in het algemeen en wordt dan de eene schuld door de andere opgeheven?

Dat kan inderdaad het geval zijn, maar waar dat zoo is, hebben wij juist niet te maken met de typische werking van de eigen schuld. De overmacht die een anders ongeoorloofd handelen rechtvaardigt kan in een daad van de tegenpartij gelegen zijn. Een aantasting van eens anders lijf of goed is geoorloofd als zij in noodweer geschiedt. Bij de opzettelijke aanranding van eenig recht van een ander is de vraag naar de rechtvaardiging de eenige die wij hebben

¹) Zie Baudry—Barde, XV, 2881 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

²) B.v. Amsterdam 1 Mei 1908. W. 8869, Hof Amsterdam 28 Jan. 1910. W. 9066.

³) In den eersten zin Amsterdam 20 Maar' 1911, W. 9271, in den laatsten Haarlem 30 Juni 1903, W. 8083, Amsterdam 8 November 1909, W. 9125.

⁴) Zie mijn beschouwingen in Rechtsg. Magazijn 1902, blz. 434 vlg. (zie Verz. Geschriften IV, p. 47 vlg.) en de dissertatie van H. A. van Nierop, Amsterdam 1905.

te stellen, vindt zij deze rechtvaardiging in het gedrag van den ander niet, dan is het volkomen onverschillig of een min of meer onbehoorlijke gedraging van den benadeelde mede oorzaak der schade is geworden. Wie mij opzettelijk mishandelt moet mij schadevergoeding geven, ook al heb ik mij noodeloos aan het gevaar der mishandeling blootgesteld door mij in een vechtpartij te mengen die me niet aanging. Wie mijn zaak opzettelijk vernielt, zal mij de waarde hebben te betalen, ook al zou ik haar bij wat meerdere zorg mijnerzijds hebben kunnen behouden. En zoo meer. Maar ook daar waar we met een handeling te doen hebben, die niet is opzettelijke aanranding van eens anders goed, maar een overtreding van een geschreven of ongeschreven norm die men ter wille van de veiligheid van dat goed behoort te volgen, kan het zijn dat de handeling door de daad van den ander wordt gerechtvaardigd. Het aanvaringsrecht geeft daarvan talrijke voorbeelden. Het eene schip moet rekening houden met de manoeuvres van het andere, begaat dat een fout dan zal de schipper van het eerste dit niet eenvoudig mogen negeren en doorvaren alsof er niets gebeurd was, maar zijn manoeuvres daarnaar moeten regelen en zoo wellicht het een of ander verrichten dat hem zonder de fout van den ander als een overtreding der reglementen zou zijn aangerekend. Niet alleen wordt zijn handelen daardoor gerechtvaardigd, het kan ook geboden zijn, zoodat anders handelen schuld kan insluiten. De zaak is hier echter veel gecompliceerder dan bij de opzettelijke aantasting van eens anders rechtsgoed — immers met de beslissing der vraag of de handeling van den een die van den ander rechtvaardigde, zijn hier alle moeielijkheden geenszins opgelost. Het kan zijn dat deze vraag ontkennend wordt beantwoord, dat dus schuld moet worden aangenomen en dat toch ook van den benadeelde gezegd wordt, dat hij mede schuld had en de rechter ook daaraan invloed toekent. Het eene schip is een nauw vaarwater plotseling overgestoken zonder dat daartoe in het varen van het andere eenige aanleiding bestond, dat is in strijd met reglementen en goede zeemanschap — er is dus schuld. Maar de andere schipper heeft sneller gevaren dan in zulk een vaarwater geoorloofd is, wellicht was de botsing bij langzamer gang nog voorkomen, ook hij is niet vrij te pleiten. Het eene schip maakte een verkeerde manoeuvre, maar het ander voerde niet de reglementaire lichten. Hier zijn wij in de typische gevallen van „schuld aan wederzijde“.

Het is duidelijk dat hier van schuld bij den een niet in anderen zin wordt gesproken dan bij den ander. De schuld van den eenen schipper is overtreding van de reglementen, is in strijd met de goede zeemanschap en die van den ander is dat evenzoo. De eigen schuld levert voor het schuldfeccm'p generlei moeielijkheid op. Dit zal overal gelden, waar schade aan beide zijden wordt geleden en waar de fout — die als eigen schuld is te beschouwen — een verzuim oplevert in de zorg die men voor het goed van een ander

behoort te hebben. Den schipper wien eigen schuld wordt tegengeworpen, wordt niet verweten dat hij eigen belangen heeft verwaarloosd, maar dat hij met de belangen van anderen niet voldoende rekening heeft gehouden.

Maar hoe nu te oordeelen, waar enkel eigen belang wordt verwaarloosd?

Een voetganger komt door niet snel genoeg uit te wijken onder een automobiel die te hard rijdt — een arbeider geraakt door eigen onvoorzichtigheid onder een machine, die niet voldoende is beveiligd of na een mishandeling verwaarloost de getroffene zijn wond, zij verergert door slechte behandeling, hij weigert zich aan een naar het oordeel der medici noodzakelijke operatie te onderwerpen. Dit alles noemt men ook eigen schuld, kan men hier nu ook van een plichtsverzuim spreken? Men heeft toch *rechtens* geenerlei verplichting tegenover zich zelf? Of is de schuld hier specifiek iets anders ¹⁾. De vraag is niet zonder belang, ook niet voor de practijk, althans naar onze wet. Waar deze over de eigen schuld zwijgt, zal men eerder geneigd zijn den rechter vrijheid te laten de aansprakelijkheid op grond van eigen schuld uit te sluiten, indien die grond in dezelfde gedachte gelegen is, die bron is der aansprakelijkheid, dan indien men de mogelijkheid van uitsluiting — als Mr. van Nierop in zijn boven aangehaalde dissertatie — enkel op de billijkheid wil doen steunen. Men jaagt dan al de legisten, die schrikken zoodra zij van een billijkheid hooren buiten de wet om, tegen zich in het harnas. En zonder noodzaak, naar het mij voorkomt. Want het schijnt mij, dat ook hier de schuld bestaat in een handelen of nalaten in strijd met hetgeen men rechtens behoorde te doen.

Het eenvoudigste is dit aan te toonen voor die gevallen, waar de eigen schuld ligt in een handeling van den benadeelde nadat de verplichting tot de vergoeding is ontstaan. Het is volkomen waar dat ik in het algemeen niet verplicht ben voor eigen belangen te zorgen, maar indien die belangen mede zijn de belangen van anderen is dat anders. Wanneer ik recht tot verhaal heb op een ander voor de schade die ik door een ongeval heb geleden, is mijne genezing niet meer enkel mijn belang, maar ook het zijne. Doe ik ter bevordering dier genezing niet wat redelijkerwijze van mij gevorderd kan worden, dan schiet ik in mijn verplichtingen tegenover hem tekort, of liever ik doe dat omdat ik desondanks van hem de volle vergoeding vraag ²⁾. Het blijft mij vrijstaan voor eigen lichaam te zorgen zooals mij goeddunkt — maar de prijs dier vrijheid kan mijn recht op schadevergoeding zijn. Wil ik dat niet

¹⁾ Over de Duitsche opvattingen hieromtrent vergelijkte men het overzicht van Oertmann in zijn Kommentar § 254. Zie ook de opmerking van Pollock, t.a.p. biz. 404.

²⁾ Kohier. Burg. Recht II, biz. 137, spreekt van een „Genossenschaft" tusschen benadeelde en aansprakelijke.

opofferen dan ben ik verplicht de kosten voor hem op wien ik verhaal heb zoo gering mogelijk te doen zijn, verzuim van dien plicht kan het recht op vergoeding doen verliezen¹⁾). De verhouding gelijkt op een contractueele: Als ik door contract verbonden ben een zaak te leveren, dan blijf ik in het algemeen gerechtigd die zaak die mijn eigendom is te vernietigen — en toch kan gezegd worden dat ik dat recht tegenover den ander mis, zoo is het ook hier. Waar daar door het plichtsverzuim een recht op schadevergoeding ontstaat, is hier het verlies van het al bestaande het gevolg.

Is nu soortelijk betoog niet te houden voor die gevallen, waar de eigen schuld niet ligt in een handeling *na* het ontstaan van den vergoedingsplicht, maar waar deze heeft medegewerkt om de schade te doen geboren worden? Men zou vooreerst zich kunnen afvragen of het wel volkomen waar is dat men niet verplicht is voor eigen belang te zorgen, althans waar het betreft eigen lijf en leven. Ik meen het niet dat men rechtens plichten tegenover zich zelf zou hebben, die neem ook ik niet aan. Maar zijn wij niet tegenover anderen verplicht zorg te dragen dat die anderen niet oorzaak worden van onzen dood of onze verminking? Het is een ellendige ervaring, geloof ik, een ander met een fiets of een automobiel te overrijden, ook al voelt men zich geheel buiten schuld en is het ongeval enkel aan de onvoorzichtigheid van den overredene te wijten. Die ervaring hebben wij onzen medemenschen te besparen. Maar wat daarvan zijn moge — ten aanzien van eigendomsobjecten geldt deze redeneering niet of slechts tot op geringe hoogte — is het althans niet juist, dat die zorg voor eigen belang *wel* een plicht tegenover anderen is, indien en voor zoover dat eigen belang tevens is het belang van anderen. En is het niet mede het belang van den automobilist, dat ik alles doe wat redelijkerwijze van mij gevraagd kan worden om een aanrijding te voorkomen, als die aanrijding hem tot vergoeding kan verplichten? Is het niet het belang van den fabrikant, dat de arbeider niet stoeit, indien de gevolgen van dat stoeien ook door hem, fabrikant, zullen worden gevoeld²⁾? Is het dus niet juist, dat men voor zoot>er men met eenige ramp een recht op vergoeding tegen een derde zou krijgen, verplicht is die ramp zooveel mogelijk te voorkomen? En is het verlies van het recht op vergoeding (eventueel bij kleinere verzuimen de vermindering) niet de volkomen passende sanctie op

¹⁾ Vroeger heb ik er op gewezen (zie R. M. 1902. blz. 434, zie Verzamelde Geschriften IV), dat in soortgelijke gevallen het volledige causaal verband tusschen de latere schade en de handeling, die tot vergoeding verplicht, ontbreekt. Dat schijnt mij ook thans nog juist. Beide overwegingen sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan.

²⁾ Met de Ongevallenwet houd ik geene rekening, ik doel hier — het zal wel overbodig zijn op te merken — op de thans in deze materie practisch weinig belangrijke gevallen van verplichtingen tot vergoeding uit de artt. 1401 en 1402 B. W.

deze verplichting? De eigen schuld is secundair. Men kan er eerst van spreken, indien de schuld van den ander tot vergoeding verplicht — maar voor dat geval is zij een schuld als een andere. Juist de groote uitbreiding die het schadevergoedingsrecht in de laatste tijden verkregen heeft, heeft tot vorming en ontwikkeling van het vroeger wel bekende maar weinig uitgewerkte begrip geleid.

Voor ons doel mogen deze enkele opmerkingen volstaan. Op de praktische beteekenis daarvan wees ik reeds. Onlangs ontzegde het Hof te Amsterdam¹⁾, een schade-actie uit een tramongeval, omdat de schuld van den machinist niet was bewezen, de rechter voegde er aan toe dat het ongeval aan eigen schuld van den overledene was te wijten. Er werd cassatieberoep ingesteld op grond dat het Hof ten onrechte invloed had toegekend aan de schuld van den benadeelde. De H. R. had het gemakkelijk, hij verwierp het beroep omdat de bestreden beslissing feitelijk alleen „ten overvloede" was gegeven. Was dit eens anders geweest, dan was ons hoogste rechtscollege voor de vraag gesteld, of de rechter de aansprakelijkheid uitgesloten kan achten op grond van eigen schuld (dat hij het *moet* doen, beweert voor zoover ik weet, ten onzent niemand). Ik hoop dat de H. R., wanneer hij nog eens voor de vraag komt te staan, haar niet ontkennend zal beantwoorden, hij kan dat, dunkt mij, te eerder doen waar het niet anders is dan toepassing van het beginsel van art. HOI zelf dat de rechter tot beslissingen als deze brengt.

Nog één opmerking ten slotte. Met toekenning van beteekenis aan de schuld van den benadeelde is het geheele onderwerp van den invloed van de gedragingen van den benadeelde op den vergoedingsplicht niet afgedaan. Gelijk naast de schuld andere omstandigheden den grondslag kunnen vormen van een aansprakelijkheid, zoo kunnen ook gedragingen van den benadeelde, waarin niets abnormaals of afkeuringswaardigs is te bemerken, de verplichting tot schadevergoeding opheffen of verminderen. Art. 44 van het Zwitsersche Obligatierecht spreekt algemeen over de Umstande, für die er (der Geschädigte) einstehen muss. Ik wilde hier even aan herinneren, er dieper op in te gaan zou echter buiten het bestek van deze studie vallen.

XIII

Het wordt tijd, dat wij deze voor dit blad toch al wat lange reeks van artikelen beëindigen. Met een korte beschouwing over de toerekenbaarheid en een enkele opmerking ter samenvatting der gevonden resultaten, willen wij haar sluiten.

¹⁾ 11 Maart 1913, Ned. Jurispr. 1914, 1344. Arr. H. R. 1 Mei 1914, t.a.p.

De toerekenbaarheid. Simons heeft in zijn hier al meermalen aangehaald artikel over deze materie¹⁾, de civilisten opgewekt niet langer aan het probleem van de toerekeningsvatbaarheid voorbij te gaan, maar ook van hunne zijde en voor hun doel naar een oplossing daarvan te streven. Tot nu toe heeft die oproeping weinig leven gewekt. Of wellicht aan het niet altijd bemoedigend voorbeeld der strafrechtwetenschap daarvan mede de schuld moet worden gegeven, wil ik hier niet beslissen. In ieder geval is er een andere en meer afdoende grond voor deze onthouding van het civiele recht aan te wijzen, een grond die ook mij er toe brengt, mij van lange bespiegelingen te onthouden: het praktisch belang der vraag is voor ons, civilisten, niet groot.

Dit is op zichzelf al merkwaardig. Men zou, als men de zaak van den kant van het strafrecht nadert, het tegendeel verwachten. Toch is het voor wie de rechtspraak over deze stof bestudeert, niet tegen te spreken: de gevallen, waarin in een burgerlijk geding moet worden beslist, of ook een niet toerekeningsvatbare tot schadevergoeding kan worden veroordeeld, en zoo neen, waar dan de grens tusschen al en niet toerekeningsvatbaarheid ligt, zijn zeer sporadisch te vinden. Een enkele maal rees de vraag, waar in het strafgeding de beledigde partij zich had gevoegd en schadevergoeding vorderde. De rechter ontsloeg den beklagde van strafvervolgning op grond van art. 37 Wetboek van Strafrecht, moet hij nu ook de civiele vordering afwijzen²⁾? De Rechtbank te Almelo³⁾ was blijkbaar van oordeel dat daartoe geene noodzakelijkheid bestaat. De beklagde had de hooiberg van een boer in brand gestoken, hij wordt van rechtsvervolgning ontslagen omdat hij het had gedaan in een „schemertoestand” tengevolge van alcoholvergiftiging en drankmisbruik, maar de schade moet hij niettemin betalen volgens de Rechtbank. Jammer genoeg is deze uitspraak niet gemotiveerd. Anders oordeelt het Hof te Arnhem⁴⁾, het vonnis wordt vernietigd, „waar de gedaagde verkeerde in een toestand, waarin hij niet met volle bewustzijn, d.i. met zich van zijn daad rekenschap gevende wil is opgetreden, is zijn verantwoordelijke schuld niet bewezen”. In gelijken zin beslistte de Rechtbank te Amsterdam⁵⁾, ook het burgerlijk recht eischt toerekeningsvatbaarheid. Van de laatste achttien jaar vond ik geen andere rechtspraak over onze vraag dan deze. Waarlijk niet veel, tenzij men de jurisprudentie over de

>) Themis 1902. Zie blz. 14 vlg.

²⁾ De vraag of in het algemeen bij ontslag van rechtsvervolgning nog wel een civiele vordering kan worden toegewezen, laat ik ter zijde. De H. R. beantwoordt haar ontkennend (24 Oct. 1910, W. 9074, vern. Almelo 21 April 1910, W. 9001). Naar deze rechtspraak kan onze bijzondere vraag zich in het strafproces niet meer voordoen. De benadeelde is dan gedwongen een burgerlijke actie te beginnen.

³⁾ 24 Maart 1908, W. 8709.

*) 14 Mei 1908, W. 8709.

⁵⁾ 15 April 1908, W. 8709.

aansprakelijkheid van minderjarigen hier ook onder wil rekenen. En daarvoor is wel eenige grond. Want betreft ze al niet direct de kwestie, zij raakt ons toch wel.

Art. 1403 stelt onder meer de ouders of voogden aansprakelijk voor de schade door minderjarige, inwonende kinderen veroorzaakt. Nu zijn er schrijvers en rechters, die meenen dat deze verplichting bij iedere schadeveroorzaking door den minderjarige bestaat, dat het daarvoor niet noodig is, dat de daad een onrechtmatige was, dat er schuld was. Zoo b.v. een vonnis van den Kantonrechter te Onderdendam¹⁾. Zoo deze opvatting juist was, dan zou ook de toerekeningsvatbaarheid van den minderjarige er niet toe doen, dan zou wel niet hij zelf, maar zijn vader of voogd aansprakelijk zijn, ook al zou de toerekeningsvatbaarheid zijn uitgesloten. Deze meening schijnt mij echter onjuist. Men beroept zich op het ontbreken van het woord onrechtmatig in art. 1403. Daaraan kan echter moeielijk waarde worden gehecht, waar dit art. een uitwerking is van het beginsel van art. 1401, en dat te minder als men de verantwoordelijkheid voor de eveneens in art. 1403 genoemde ondergeschikten wèl beperkt tot de door schuld van dezen toegebrachte schade. Bovendien, welke grond kan er zijn hier van den anderen gestelden eisch der schuld afstand te doen? Waarom den minderjarige of de ouders ook aansprakelijk te stellen indien niet blijkt dat de eerste onbehoorlijk of minstens onvoorzichtig heeft gehandeld? Waarom voor hem een andere regel als voor volwassenen? Dat die schuld niet zoo moeielijk zal zijn aan te toonen in de gevallen die gewoonlijk tot de aansprakelijkheid van den vader aanleiding geven, het inwerpen van een ruit (het geval van Onderdendam), het verwonden van een speelmakker²⁾ en diergelijke leert een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam³⁾. Een wandelend echtpaar krijgt inkt over hunne kleeren, doordien een meisje een flesch met dat vocht gevuld op de vensterbank van een geopend raam omstoot. Er ontstaat geschil onder andere over de vraag of in de dagvaarding, door de benadeelden tegen den vader uitgebracht wel voldoende gebrek aan voorzichtigheid is gesteld. De kantonrechter die het eind-vonnis in eerste instantie wees, acht het stellen daarvan onnoodig en gaat daarom dat verweer voorbij. De Rechtbank echter maakt in hooger beroep uit: „dat waar, daargelaten buitengewone, door eischers niet te stellen omstandigheden bij een gebruikelijke en als vanzelf geboden omzichtig omgaan met inkt, een neerdruppen of spatten daarvan gemakkelijk kan worden voorkomen en waar in deze is gesteld, dat appellant's dochter met een flesch of koker inkt iets heeft uitgevoerd, waardoor aan geïnt. als voorbijgangers tengevolge van druppen of spatten inkt op

¹⁾ 31 Januari 1914. N. J. 1914. 539.

²⁾ Utrecht 24 Nov. 1897, W. 7087.

³⁾ 11 April 1910, W. 9202.

hunne kleeren is bezorgd, deze posita er voldoende op wijzen dat niet met de noodige zorg door de dochter is te werk gegaan". Het vonnis illustreert de boven (in no. XI) geuite bewering, dat waar één der partijen handelend optreedt, en daardoor eenig goed van een ander, die zelf geheel lijdelijk is gebleven beschadigt, het gebrek aan voorzichtigheid al heel spoedig wordt aangenomen.

Verwerpt men dus de bestreden leer, dan zal zoowel voor de aansprakelijkheid van den minderjarige zelf, als voor die van zijn vader of voogd gelden wat men ook voor meerderjarigen aanneemt, dat het vereischte der schuld insluit, dat den dader zijne daad moet kunnen worden toegerekend en dat die toerekeningsvatbaarheid tengevolge van jeugdigen leeftijd of krankzinnigheid kan zijn uitgesloten. Dat is bij ons als elders de algemeen erkende leer¹⁾, een leer die echter in den laatsten tijd wel eenige reactie heeft in het leven geroepen. Er zit inderdaad iets onbevredigends in, indien een vermogend krankzinnige een ander schade toebrengt, deze blijvend met dit vermogensnadeel te belasten. Het boven aangehaalde geval van Almelo — stel dat daar de dader inderdaad gefortuneerd was — maakt deze bewering gemakkelijker duidelijk dan lange vertoogen zouden doen. Nu kan men ter opheffing dezer onbillijkheid tweeërlei weg bewandelen. Men kan als het Duitsche Wetboek (§ 829) en het Zwitsersche Verbintenissenrecht (art. 54) den rechter vrijheid geven om waar hij de toerekeningsvatbaarheid *niet* aanneemt, toch eene geheele of gedeeltelijke schadevergoeding uit billijkheid toe te kennen — of men kan van oordeel zijn dat het schuldbegrip zoodanig moet worden gewijzigd dat het ook de handelingen van niet toerekeningsvatbaren in zich sluit. Wij zouden dus moeten terugkeeren tot de in oud-Duitsch en oud-Fransch recht gehuldigde opvatting volgens welke krankzinnigen wèl van strafrechtelijke, niet in civielrechtelijke verantwoordelijkheid bevrijd waren²⁾. In dien geest b.v. Planiol³⁾ en in navolging van dezen uitvoeriger de jongste monographie over het onderwerp van Ernest Triandafil⁴⁾. Ook Hijmans⁵⁾ wil dien kant uit, hij wenscht, gelijk hij het uitdrukt, enkel het objectieve element van het schuldbegrip. Een onderzoek naar de mogelijkheid en wenschelijkheid van zoodanige opvatting van het schuldbegrip is dus noodig. Trouwens ook naar de Duitsch-Zwitsersche opvatting en eindelijk ook naar de ten onzent heerschende kan men niet eenvoudig volstaan met de traditioneele leer dat schuld toerekeningsvatbaarheid insluit, ook voor haar is de vraag van belang, wanneer nu die toe-

¹⁾ Vgl. b.v. Land—Lohman. IV, blz. 134.

²⁾ Vgl. Hammer in Gierke's Untersuchungen no. 19, Triandafil, L'idée de faute et l'idée de risque, Paris 1914. Of ook ten onzent hetzelfde gold, heb ik niet kunnen vinden.

³⁾ II. no. 878.

⁴⁾ T.a.p., blz. 44 vlg.

⁵⁾ Praeadvies Jur.-Ver., 209 en 218.

rekeningsvatbaarheid mag worden aangenomen. Juist van het Zwitsersche recht valt ten deze voor ons het een en ander te leeren.

XIV

Het Zwitsersche recht eischt voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad „Urteilsfähigkeit". Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwache, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln", zegt art. 16 van het Burgerlijk Wetboek. Men verlangt dus dat de dader in staat is redelijk te handelen, agir raisonnablement in den Franschen tekst. Op zichzelf schijnt dit nog weinig te zeggen, wanneer bestaat die mogelijkheid? duidelijker is de redactie van het eerste ontwerp, niet urteilsfähig heet daar hij, die „sich infolge von Kindesalter etc. ausserstande befindet, die Beweg-gründe und die Folgen seines Verhaltens richtig zu erkennen oder einer richtigen Erkenntnis gemäss zu handeln". De wet wil niet anders bepalen, met de redactiewijziging werd geene materieele verandering beoogd. Ik geef aan de ontwerp-redactie de voorkeur, het vereischte van inzicht in motieven en naastbij liggende gevolgen der handeling schijnt mij meer zeggend dan dat van redelijkheid van het handelen, maar ik erken dat ook deze definitie ons nog weinig verder brengt. Het gaat hier 'om dingen die het uiterst moeielijk is te omschrijven en in een bevredigende formule neer te leggen. Als ik het Zwitsersche recht als voorbeeld koos, was het minder om deze formule zelf, meer om met wat uit het verband van dit voorschrift met andere regels, uit de toelichting als haar beteekenis kan worden vastgesteld.

Deze schijnt mij hierin te liggen dat de wet beoordeeling der toerekeningsvatbaarheid eischt *enkel uit burgerrechtelijk oogpunt en enkel voor een bepaalde handeling*. Enkel voor een bepaalde handeling — het is niet de vraag en het is ook moeielijk uit te maken of iemand in het algemeen in staat is „vernunftgemäss" te handelen, het komt er op aan of hij in een bepaald concreet geval het noodige inzicht in motieven en gevolgen van *deze* handeling heeft gehad¹⁾. Het verschil tusschen al en niet toerekeningsvat-baren is niet zoo, dat ieder of het een of het ander is — er zijn talrijke gevallen waar abnormaliteit in meerdere of mindere mate

¹⁾ Vgl. Egger, Kommentar, blz. 48. Hij merkt terecht op, dat consequentie van deze opvatting is dat in een proces de vraag naar de Urteilsfähigkeit niet op zichzelf als „Vorfrage" kan worden beslist, doch enkel in verband met de ten processe gestelde feiten. In den zin van den tekst ook voor het Engelsche recht Pollock, blz. 48, 9. Reeds Pothier (Obligations no. 118) stond op hetzelfde standpunt. Hij merkt althans op dat bij kinderen eerder onvoorzichtigheid dan opzettelijke aanranding van eens anders goed verontschuldigd wordt.

aanwezig is en waar de mogelijkheid voorstellingen te vormen en den wil te bepalen, gelijk een normaal ontwikkeld mensch dat doet, beperkt is, maar daarom toch niet is uitgesloten. Bij kleine kinderen is dat zeer gemakkelijk in te zien, maar ook voor krankzinnigen geldt het. In al die gevallen kan de toerekeningsvatbaarheid voor de eene handeling aanwezig zijn, voor de andere ontbreken.

De vraag wordt voorts enkel gesteld uit burgerrechtelijk oogpunt, d.i. niet uit strafrechtelijk, niet uit medisch. Niet uit strafrechtelijk oogpunt. Het doel van het strafrecht is een ander dan dat van het privaatrecht, het strafrecht wil als het privaatrecht uitgemaakt zien of een handeling iemand kan worden toegerekend, maar het strafrecht doet dit om na te gaan, of hem een leed als straf kan worden aangedaan als een normaal mensch, het privaatrecht om hem met een verplichting tot vergoeding te belasten. Het is bekend dat vóór de invoering der Kinderwetten het onderzoek naar het oordeel des ondersheids, dat de Strafwet van den rechter bij delicten van minderjarigen eischte, tot weinig bevredigende resultaten leidde. Maar hoe kwam dat? Omdat de beslissing die de rechter omtrent dat oordeel des ondersheids moest nemen herhaaldelijk niet overeenkwam met wat hij ten aanzien van het kind ge-wenscht vond. Ter wille van het gevolg, de mogelijkheid al of niet te straffen, naarmate zulks noodzakelijk scheen, werd dan dikwijls een oordeel des ondersheids aangenomen dat níét, of er een ontkend dat wèl bestond. Het was dus verstandig dit criterium uit het strafrecht te verwijderen, maar daarmee is de ondeugdelijkheid van het begrip, opgevat in den zin zooals wij het uiteenzetten, voor het privaatrecht nog geenszins aangetoond. Privaat- en strafrecht staan anders tegenover de zaak. Het strafrecht heeft met de heele persoon, het privaatrecht enkel met een bepaalde handeling te maken. Vandaar dan ook dat het Zwitsersche Verbintenissenrecht in art. 53 bepaalt: Bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit ist der Richter an der Be-stimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden."

Niet uit medisch oogpunt eindelijk. De grens tusschen al en niet „Urteilsfähigkeit" valt *niet* samen met die welke de medicus trekt tusschen gezond en ziek. Natuurlijk kan medische voorlichting omtrent den invloed dien stoornissen der geestelijke functies op de mogelijkheid van voorstellingsvormingen en wilsbepalingen hebben, nuttig en noodzakelijk zijn, maar wie naar het oordeel van den psychiater ziek is, is niet daarom per se en in ieder geval ten aanzien van iedere handeling tot het noodige inzicht onbekwaam. De psychiater licht ons voor omtrent de *oorzaak* van mogelijke onbekwaamheid, het *aanwezig zijn* dier onbekwaamheid zelve blijft ter beslissing aan den rechter. Dit volgt al uit wat ik hier boven omtrent de relativiteit van het begrip betoogde. En van medische zijde is men maar al te spoedig geneigd dit niet in te zien. Het

zou voor ons privaatrechtelijk verkeer bedenkelijk zijn, indien psychiatrische opvattingen over geestelijke afwijkingen in vragen van al of niet juridische bekwaamheid den doorslag zouden geven. Voor ons is dit gevaar nog niet groot, maar het is leerzaam, met hoeveel nadruk b.v. Oertmann ¹⁾ er voor waarschuwt, vrees daarvoor heeft mede den Zwitserschen wetgever geleid toen hij bij de redactie zijner regeling opzettelijk niet de Duitsche bepaling volgde ²⁾.

Wij meenen dat dit alles ook voor ons recht geldt. Wij gaan daarbij uit van de onderstelling, dat het begrip schuld insluit dat de handeling den aansprakelijk gestelde moet kunnen worden toegerekend en dat dit laatste door ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling zijner geestelijke vermogens uitgesloten kan zijn en tevens van de opvatting, dat de nadere vaststelling, wanneer nu de schuld ook in dezen zin aanwezig is door den wetgever geheel vrijgelaten is. Dit laatste heeft, dunkt mij, geen toelichting noodig, maar de eerste onderstelling behoeft nog een nadere bespreking. Hier stuiten wij op de bezwaren van Planiol en Hijmans boven aangeduid, waarbij nog die van Bruins³⁾ kunnen worden gevoegd.

Zij allen willen den vergoedingsplicht los gemaakt hebben van de toerekening, het subjectieve element van de schuld doen vervallen. Voor ik hunne bezwaren bespreek, mag ik wel opmerken dat men daarbij feitelijk een scheiding moet maken tusschen geldend en wenschelijk recht, jus constitutum en constituendum. De wet laat den rechter volkomen vrij in de beslissing, wat hij onder schuld wil verstaan en in zooverre zou het dus ook vrijstaan de toerekening aan een bepaald persoon geheel buiten beschouwing te laten. Maar afgezien hiervan dat daarbij toch aan het woord schuld geweld wordt aangedaan — waarover zoo straks — komt het mij bedenkelijk voor, een voor onze geheele wetgeving zoo belangrijk begrip zóó geheel anders op te vatten als tot nu toe gebruikelijk was, zonder dat wetgeving of rechtspraak daarvoor eenig houvast bieden. Ik behoef wel niet te zeggen, dat ik toegeef dat een rechtsbegrip in den loop der tijden een geheel anderen inhoud kan krijgen, maar ik ben huiverig zulk een verandering aan te nemen, in te voeren liever, waar zij in de toepassing der wet tot op dit oogenblik niet den minsten steun vindt. En die steun mist de opvatting van het schuldbegrip, die van alle toerekening afziet, ten eenenmale — integendeel ook elders in het privaatrecht, waar op grond van zeker door het recht verboden gedrag zekere rechtsgevolgen intreden, verbindt men die gevolgen niet aan een gedrag dat wegens krankzinnigheid den dader niet kan worden toe-

*) Komm. Alg. Teil ad § 104.

2) Vgl. voor dit alles vooral Egger. blz. 48—52.

3) T.a.p. blz. 20 vlg.. 158 vlg.

gerekend. Ik denk aan de jurisprudentie over echtscheiding¹⁾, ook aan die over ontzetting uit de ouderlijke macht, al is deze niet zonder weifeling²⁾.

Voor ons geldend recht acht ik deze opmerking niet zonder gewicht, ik stelde haar daarom voorop, maar zij ontslaat mij niet van de noodzakelijkheid de vraag nog verder te bezien, al was het alleen uit het oogpunt van het jus constituendum.

Men zou mij tegen kunnen werpen — en in dien geest spreken de boven aangehaalde schrijvers — „Gij zelf hebt er op gewezen dat moreele schuld en schuld in den zin van het recht niet altijd samenvallen, dat bij de waardeering der daad een algemeene maatstaf wordt aangelegd en met subjectieve afwijkingen geen rekening gehouden, zijt ge nu niet inconsequent, nu ge desondanks het ver-eischte der toerekeningsvatbaarheid wilt handhaven?” Ik erken het gewicht van de tegenwerping, maar zij overtuigt mij niet. Bezien wij deze bezwaren nader.

Het is volkomen waar, met de diepe ethische en religieuze gedachte van schuld heeft de schuld in privaatrechtelijken zin maar weinig te maken. Het privaatrecht is nu eenmaal een regeling van uiterlijke verhoudingen tusschen de menschen, hun gedrag, niet hun gezindheid geeft daarbij voornamelijk den doorslag, het gevolg en niet de schuld bepaalt in de eerste plaats den vergoedingsplicht. Dat alles is juist — maar toch hebben het ethische en juridieke begrip schuld één ding gemeen: naar beide wordt een gedrag ge-waardeerd en afgekeurd. Men legt den nadruk op het ontbreken van evenredigheid³⁾ tusschen schuld en vergoedingsplicht, de lichtste onvoorzichtigheid kan tot een zwaar drukkende vergoeding aanleiding geven, de meest grove overtreding van 'rechtsregels tot een schade van enkele guldens. Het strafrecht regelt het gevolg naar de schuld, het civiel recht niet. Dat alles is in hoofdzaak juist, maar is het afdoende? Ik wil er niet te veel gewicht aan hechten, dat ook voor het strafrecht aan die evenredigheid wel wat hapert, dat ook daar het feitelijk gevolg voor een deel het rechtsgevolg bepaalt en evenmin dat het inderdaad nog niet zoo zeker is, of ook in het privaatrecht niet wat meer rekening met de evenredigheid tusschen schade en schuld kon gehouden worden⁴⁾ — dat alles raakt de hoofdzaak niet. Hoofdzaak is, dunkt mij, dat uit het ontbreken der evenredigheid wel mag worden afgeleid, dat een bijzonder schuldverband tusschen daad en gevolg (de schade) niet mag worden geëischt, — ik heb daar zelf op gewezen — maar dat het mij geenszins overtuigend schijnt, als men op grond

¹⁾ Vgl. Hof Amsterdam 4 April 1913. N. J. 1913, 1271.

²⁾ Vgl. Opzoomer—de Beneditty, II, blz. 417 en de daar aangehaalde recht spraak.

³⁾ B.v. Hijmans, blz. 209.

⁴⁾ Zie Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts, blz. 100. Zwits. Obl. recht art. 43.

daarvan den eisch van toerekenbaarheid niet van het gevolg, maar van de handeling zelve wil doen vervallen. Waarom? ik zie het verband niet. Het is toeval, niet schuld of een bepaalde handeling al dan niet ernstige gevolgen heeft, gevolgen die den handelende zwaar treffen, ik erken het, maar daarom ook ten aanzien der handeling zelf de schuld te laten varen, schijnt mij weinig dwingend. Vooreerst men komt daarmee in strijd met het spraakgebruik. De begrippen schuld en onrecht vallen niet samen en zijn ten allen tijde onderscheiden¹⁾). En een verwijt kan men den volslagen krankzinnige van zijn daad al evenmin maken als aan een steen dat hij valt²⁾). Tusschen hem en zijn medemens is de verhouding die een toerekening mogelijk maakt, uitgesloten. Ik zie hier inderdaad een principieel verschil met andere abnormaliteiten. Het mag waar zijn dat moreel gesproken domheden, onhandigheden, zenuw-achtigheden³⁾ evenzeer te vergeven zijn als de daad van een zieke, toch staat ons oordeel daartegenover. anders, de behoefte aan een objectieve maatstaf doet het recht alle personen over één kam scheren, — tegenover den krankzinnige maakt die neiging tot objectiveering halt. Tegenover hem voelen wij ons anders, tegenover hem wordt onze afkeuring medelijden. Vindt men daarin dan toch nawerking van moreele waardeering in het recht, ik zal het niet tegenspreken. Het schijnt mij doctrinair als men dien invloed a priori absoluut zou moeten ontkennen, omdat men toegeeft dat recht en ethiek in hunne opvatting van het schuldbegrip ieder hun eigen weg gaan. Het geheele recht door wordt de handeling van den krankzinnige anders beoordeeld dan iedere andere. Men kan dat kort zoo uitdrukken: het recht stelt normen, verbiedt handelen daartegen, het kan zich daarbij alleen richten en richt zich alleen tot hen van wie handelen naar zekere normen te verwachten is. Het is dwaasheid van plicht te spreken tegen iemand voor wie geen plichten denkbaar zijn. Ik heb zoeven betoogd dat ook kinderen en krankzinnigen gebonden *kunnen* zijn uit onrechtmatige handelingen, ook voor hen is het „behooren" niet zinledig, ook zij weten dat zij zekere dingen moeten doen, andere moeten laten, maar waar zulk bewustzijn geheel ontbreekt of ten aanzien van handelingen waar het niet aanwezig is, is het dwaasheid hun een verzuim van plicht voor te houden. De handeling van het individu als vrije wilsuiting is een centraal punt voor de privaatrechtswetenschap, de spierbeweging van een klein kind of een krankzinnige kan ophouden zulk een handeling te zijn. De daad, waarop de aansprakelijkheid rust, bestaat in een opzettelijk doen van datgene, wat verboden was — dat opzet moet dan ook aanwezig zijn. De mogelijkheid daarvan kan a priori zijn uitgesloten. Eindelijk,

¹⁾ Zie Bierling, Jur. Prinzipien. Lehre. IV, blz. 237, Schuld: „von dem sich rechtwidrig Verhaltenden zu verantworten Unrecht".

²⁾ Vgl. D. 9, 2, 5, 2.

³⁾ Zie boven sub VI, blz. 138.

men vergeet dat het schadevergoedingsrecht ook preventief heeft te werken. De vrees voor verplichting tot vergoeding kan en zal mede het handelen beïnvloeden: maar alleen voor hen, die voor zulk een invloed vatbaar zijn.

Mij dunkt dit alles pleit vóór het behoud van het criterium. Men spreekt van de tendens van objectivering ¹⁾ van het schadevergoedingsrecht. Bedoelt men daarmee dat schadevergoeding steeds meer ook buiten schuld wordt toegekend, ik zal het niet tegenspreken. Maar of ook in de latere ontwikkeling der leer der onrechtmatige daad werkelijk van terugtreden van subjectieve voor objectieve elementen valt te constateeren, betwijfel ik. Het sterk op den voorgrond brengen van het subjectieve is daarbij betrekkelijk jong, m.i. vooral onder invloed van strafrechtelijke dogmatiek. In ieder geval echter zie ik geen reden, waarom die objectivering tot in al hare consequenties zou moeten worden doorgevoerd.

Alles samen genomen schijnt het mij dus, dat het een verwringen van het schuldbegrip is, als men den eisch van toerekenbaarheid der handeling laat vervallen. Wil men naast de algemeene aansprakelijkheid een bijzondere ook voor niet-toerekeningsvatbaren in den zin van de Deutsche en Zwitsersche wetboeken, vooral bij groote ongelijkheid van vermogen, ter wille wat Hedemann de concrete billijkheid noemt, dan wil ik dat niet bestrijden — al schijnt mij de behoefte daaraan, indien men althans ook voor deze aansprakelijkheid eischt en blijft eischen, dat de daad — als men eenmaal afziet van de ontoerekenbaarheid — toch een „schuld" in zich zou sluiten²⁾, niet zoo heel groot. Bij een juiste opvatting van het schuldbegrip zullen *deze* gevallen zich niet dikwijls voordoen — en bij de andere bestaat inderdaad weinig grond voor vergoeding.

In den aanvang van het eerste artikel heb ik eenige algemeene conclusies tot slot in uitzicht gesteld. Thans aan het slot mijner beschouwing gekomen, gevoel ik daaraan weinig behoefte. De beteekenis van de schuld in de leer der onrechtmatige daad kan, dunkt mij uit de verschillende artikelen door de lezers zelf worden begrepen. Voor samenvatting in een enkele formule gevoel ik weinig. Ik hoop dat ook zonder deze de lezer voor de moeilijke vragen die we bespraken in dit geschrift eenig richtsnoer mag vinden.

¹⁾ Zie Bruins, blz. 156.

²⁾ Vgl. Oertmann. Kommentar ad § 829. Oser, Kommentar, blz. 228. Merkwaardig ook Simons. Themis 1902, blz. 79, bij wegvallen van het vereischte der toerekenbaarheid algemeene aansprakelijkheid voor *bewust* handelen. (Ik cursiveer.)

