

VI. 98. Burgerlijk onrecht. Aansprakelijkheid van de overheid. Wenschelijke wetswijziging.

98. BURGERLIJK ONRECHT.

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OVERHEID. WENSCHELIJKE WETSWIJZIGING.*)

I.

Ik bied den lezer mijne verontschuldigen aan voor den langen titel van dit opstel. Ook voor den heterogenen inhoud. Het zal enkele beschouwingen brengen over de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidshandelingen en een bespreking van het onlangs ingediende Ontwerp-Regout over de onrechtmatige daad.¹⁾ Leest men de toelichting van dit Ontwerp, dan ligt het verband tusschen deze beide niet voor de hand. Volgens deze onthoudt het Ontwerp zich opzettelijk van een regeling der materie van de aansprakelijkheid van den Staat en zijne organen voor onrechtmatige daden van ambtenaren en blijft te dien aanzien alles bij het oude. „De jurisprudentie zal tengevolge van de voorgedragen regeling geene verandering ondergaan”, heet het (§3). Schijnbaar is er dus geen verband tusschen beide onderwerpen die ik samenvoegde. Maar bezig met de bestudeering van het eerste kon ik toch de nieuw voorgestelde regeling niet ongelezen ter zijde laten liggen, en toen ik eenmaal van haar kennis had genomen, kwam het mij twijfelachtig voor, of de boven geciteerde uitspraak der Memorie van Toelichting wel juist was en of niet ongewijzigde aanneming van het Ontwerp ook op dit gebied uiterst ver-reikende consequenties van principieel belang zou hebben. Een beschouwing van het Ontwerp speciaal voor dit punt was dus onvermijdelijk, deze bracht mij er toe de voorgestelde bepalingen wat meer in het algemeen te bezien. Ziehier de verklaring eener combinatie, die anders wellicht zonderling zou lijken.

Wie het verslag van de debatten leest van den derden dag der juristenvergadering van 1910, voelt spijt opkomen, dat hij er niet bij geweest is. Want wel moet het een genot geweest zijn ze aan te hooren. Men voelt hoe de aandacht gespannen was. hoe de vergadering meeleeftde en meevocht met de sprekers, die elkander wel keurig in den vorm maar scherp toch en fel te lijf gingen. Ook al zou de oppositie tegen een zoo gezaghebbend voorzitter als Mr. Drucker, als hij poogde de redenaars binnen den reglemen-

*) Een nabetrachting naar aanleiding van de debatten in de Juristenvereeniging van 1910, tevens een beschouwing over het Ontwerp betreffende de onrechtmatige daad. Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2H9—2158 (4 Maart 1911 e.v.).

¹⁾ Zie W. P. N. R. No. 2149.

tairen tijd te beperken, het niet leeren, uit de redevoeringen zelf zou men het voelen, da<- het gesprokene insloeg, dat de hoorders partij kozen en warm werden voor den een of den ander. En waarover ging die strijd? Over de vraag of er een principieele tegenstelling bestaat tusschen publiek- en privaatrecht. Hier stond Oppenheim — om elke richting slechts door één sprekenden naam te illustreeren — die de tegenstelling handhaafde en elke inmenging van civiel recht of civilisten met de hoogheid het publieke recht en zijn beoefenaars eigen afweerde, dàà Krabbe, die het burgerlijk recht als het *algemeene* recht betitelend, een principieele tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht ten eenenmale loochende. Voor een niet-jurist moet het een vreemd ding zijn, dat men zich daarover nu zóó warm kan maken. Maar wie jurist is voelt zich bij lezing van het verhaal van den strijd meegesleept, en ook hij kiest partij, al beschouwt hij natuurlijkerwijze achteraf de zaak wat nuchterder en ook wat sceptischer dan hij die haar zelf meemaakte. En den verwonderden leek, die zijn enthousiasme onbegrijpelijk acht, zal hij toevoegen, dat achter dien strijd een tegenstelling van rechts-, ja wellicht van levensbeschouwingen zit, wier belang niemand kan ontkennen.

Toch is het de vraag, of door dien strijd de onbevangen blik op het eigenlijke punt dat aan de orde was niet eenigszins verloren is gegaan. Maar laat ik, voor ik dit uiteenzet, den lezers van dit blad den gang van het debat en daarmee het verband van deze tegenstelling met ons onderwerp kortelijks mededeelen.

Het bestuur der Juristenvereniging had voor den derden dag van haar bijeenkomst aan de orde gesteld het onderwerp de „Aansprakelijkheid van publiekrechtelijke lichamen voor de schade door hunne organen en beampten door of bij de vervulling van hun taak aan bijzondere personen toegebracht”, aan Jhr. Mr. E. van Beresteijn was verzocht daarover praeadvies uit te brengen. Deze kwam tot de conclusie dat de bedoelde aansprakelijkheid reeds hierom moet worden aangenomen, omdat de Staat niet staat boven maar naast andere rechtssubjecten, „niet is een persoon van bijzondere qualiteit daarom niet gebonden aan de gewone regels van doen en laten”), maar zoodra hij aan het verkeer deelneemt verplicht de gewone regels op te volgen. De Staat dus, ook bij de uitoefening van zijn zoogenaamde overheidstaak, precies in dezelfde gevallen en op precies dezelfde gronden gebonden als welk particulier ook. Van Beresteijn kon van te voren weten dat hij voor deze opvatting de steun van Krabbe en de zijnen zou krijgen, maar ook dat hij Oppenheim tegen zich zou vinden. En zoo gebeurde het ook. Nadat Levy de debatten geopend had met een betoog, in hoofdzaak over een andere zijde der zaak, waarop ik in den loop van dit opstel terug kom, kwam Oppenheim aan het

1) Handelingen Jur.-Ver. 1910, I, blz. 275.

woord en luchtte zijn ergernis over de miskennis van het publiek recht die hij in het praeadvies meent te vinden, Krabbe sprong den praeadviseur bij, en weldra werd het debat enkel publiek recht contra privaatrecht. Daarbij ontstond echter de schijn, althans dat is mijn indruk, dat voor de beslissing der aanhangige vragen van rechtspolitieken aard partij kiezen in den strijd van de principieele tegenstelling tusschen de beide deelen van het gebied van het recht onvermijdelijk is. En toch is dat niet zoo. Dat zal ieder duidelijk zijn, als men er op let, hoe onze jurisprudentie tot de vraag der aansprakelijkheid staat.

Het is bekend, dat de H. R., die vroeger elke aansprakelijkheid van den Staat en zijn organen voor onrechtmatige daden in de uitoefening van overheidsfuncties ontkende — men denke aan het bekende arrest over de Rhedensche Koe door Hamaker in dit Weekblad¹⁾ zoo krachtadig onder handen genomen — dit enge standpunt heeft verlaten en althans onder zekere voorwaarden, die ik opzettelijk voor het oogenblik niet nader omschrijf, een dergelijke aansprakelijkheid erkent. Maar wil dat nu zeggen, dat de H. R. daarmee de leer van Krabbe heeft aanvaard? Het heeft er niets van. Wel kon deze er terecht op wijzen, dat de Juristen-vereeniging zich niet moest inbeelden, dat zij de *invoering* van de verplichting tot schadevergoeding voor ambtshandelingen moest bepleiten, dat zij zich integendeel bewust moest zijn dat die verplichting ook naar het geldende recht, zooals de jurisprudentie het uitlegt, reeds bestaat, maar hij moest er aan toevoegen, dat wel overwogen moest worden of voor uitbreiding der verplichting ook gronden bestaan en „de onrechtmatige bestuursdaad, ook dan wanneer zij geen *burgerlijke* rechten aantast, aan de competentie van den rechter moest worden onderworpen".²⁾ Ook Krabbe was zich dus bewust, dat de H. R. tot nog toe de aansprakelijkheid alleen aannam, indien privaatrechten door de overheid waren geschonden, haar afwees, indien het om handhaving van een publiek recht ging.³⁾ De Leidsche Hoogleeraar legt daarop verder niet den nadruk, dit ligt in den aard der zaak en het is zelfs begrijpelijk, dat hij er in het vuur van zijn betoog toe kwam op grond der jurisprudentie te verklaren „dat de Staat in Nederland voor *al* zijne handelingen door middel van organen en ambtenaren verricht, verantwoordelijk is"⁴⁾, maar aanleiding tot misverstand kan zulk een uiting toch wel geven. De Hooge Raad beperkt die verantwoordelijkheid zeer zeker en aan die beperking is de tegenstelling publiek- en privaatrecht niet vreemd.

Ook dus met handhaving van de tegenstelling is het mogelijk

¹⁾ W. P. N. R. Nos. 1501 en 1502.

²⁾ Hand. Jur.-Ver. 1910, II, blz. 284.

³⁾ Vgl. nog laatstelijk het arrest van 29 April 1910. W. 9027.

⁴⁾ Hand. Jur.-Ver., II, blz. 289. de cursivering van het woordje *al* is van mij.

naar geldend recht, dus enkel op grond van art. 1401 B. W., de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige handelingen, althans voor sommige, te aanvaarden. Tenzij de H. R. dwaalt en zijn leer verwerpelijk is. Het is mijn bedoeling daarnaar een onderzoek in te stellen, de vraag dus der aansprakelijkheid vooreerst te bespreken, naar thans geldend recht. Ik ga daarbij uit van art. 1401 B. W. en van een ontleding van wat als „onrechtmatig” in den zin van dit artikel kan worden beschouwd, om aan de resultaten daarvan te toetsen, óf en zoo ja, wanneer op een overheids-daad deze kwalificatie toepasselijk kan zijn.

Ik stel daarbij nóch een ontkenning nóch een aanvaarding van de principieele tegenstelling tusschen privaat- en publiek recht voorop. Een ontkenning niet, omdat het immers — althans a priori — zeer goed mogelijk is, dat, al bestaat de tegenstelling niet, al is alles juist wat Krabbe omtrent de gelijkwaardigheid van den Staat en andere rechtssubjecten leert, toch de aansprakelijkheid moet worden ontkend, omdat b.v. aan de overheid, dan niet door zijn meer-waardige maar door zijn toch andere verhouding tot de individuen, geoorloofd is wat aan een privaatspersoon niet vrij staat of omdat de rechter de bevoegdheid mist te beoordeelen, of eenig administratief orgaan zóó heeft gehandeld als het had behooren te doen. Het antwoord op die vragen kan alleen een onderzoek der concrete gevallen waarin de aansprakelijkheid wordt beweerd en toetsing van deze aan het burgerlijk onrechtbegrip leeren.

Maar evenmin stel ik de tegenstelling als uitgangspunt. Immers al is die te maken, dan is daaruit nog geenszins af te leiden dat de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad een publiekrechtelijke is. Voor den rechter staat een particulier, die zich over schending van zijn *privaatrecht* beklagt, tegenover de overheid als gedaagde. De overheid was in de „for-meele kring van uitoefening harer taak”, de verhouding is *dus* een publiekrechtelijke, decreeteert men. Waarom? Waarop steunt het? Is het niet even goed denkbaar dat zij een privaatrechtelijke is, de eischer beroept zich toch op zijn *privaatrecht*? Is dat niet een zuiver *petitio principii*? En wat is het anders dan een dergelijk vooropstellen zonder bewijzen als Oppenheim beweert dat het B. W., dat met name art. 1401 niet toepasselijk is op verhoudingen als deze? Wat anders ligt hier aan ten grondslag dan een vóór-oordeel — in den letterlijken zin — dat overal waar de heiligheid van de Overheid in het spel is. *privaatrecht* en *privaat-acties* hebben te zwijgen? Voor een dergelijk vooroordeel voel ik even weinig als Krabbe.

En toch berust het geheele betoog van Oppenheim ter juristenvergadering — en eveneens zijn vroegere beschouwingen in zijn *Gemeenterecht* — op niets anders, want wat hij verder aanvoert om de principieele uitsluiting der aansprakelijkheid te bepleiten, is

toch te zwak.¹⁾ Hij beroept zich op de tekst van art. HOI. De wetgever zou niet gesproken hebben van „dengene” — door wien de schade wordt veroorzaakt — als hij daarmee ook den Staat als Overheid zou hebben willen aanduiden. — Dus onder dat woord, dat wèl voldoende is om naast individuen ook rechtspersonen aan te duiden, ja zelfs den Staat als vermogenssubject beschouwd, zou niet begrepen kunnen worden de Staat als Overheid? Versta het, wie kan. Men zou er niet aan gedacht hebben bij het tot stand komen onzer wet om met art. 1401 ook de Overheid te treffen, wordt verder beweerd. Maar, zou ik willen vragen, wat doet het er toe, of men er aan gedacht heeft, sinds wanneer zijn wij bij de uitlegging der wet gebonden aan de onuitgesproken voorstellingen die de persoon van den wetgever zich omtrent de toepassing eener ontworpen bepaling heeft gemaakt? Maar bovendien men heeft er waarschijnlijk *wel* aan gedacht. In een interessant betoog heeft Mr. O. W. de Vries ter vergadering met voorbeelden aangetoond²⁾), hoe de jurisprudentie hier te lande in den tijd dat de wet tot stand kwam, de overheid juist zoo aansprakelijk stelde als zij thans nog doet. Van bedoeling hierin wijziging te brengen blijkt niets. Eindelijk voert Oppenheim nog aan dat bij de door hem bestreden opvatting de artt. 1276 en 1277 B. W. toepasselijk zouden moeten zijn en dit tot ongerijmde gevolgtrekkingen zou moeten leiden. Maar al was dit zoo — wat ik nog niet toegeef — vloeit uit de onmogelijkheid voor den rechter herstel in den vorigen toestand te bevelen voort dat hij evenmin een verplichting tot schadevergoeding kan opleggen?³⁾

Hoezeer men door die scheiding tusschen publiek- en privaatrecht altijd maar weer naar voren te brengen, den juisten blik op de zaak verliest, is aan de redevoering van Mr. Vos te bewijzen. Deze wil in de toekomst aansprakelijkheid, hij verklaart de actie die dan gegeven zal worden voor *privaatrechtelijk*, maar toch „zoolang niet een uitdrukkelijke wetsbepaling de gevolgen van Overheidsdaden regelt, is art. 1401 B. W. niet toepasselijk”.

M Hand. Jur.-Vcr. II. blz. 235.

-) Hand. Jur.-Vcr. II. blz. 270.

*f Oppenheim beroept zich ook nog op Duitschland. De Duitschers zijn toch ook niet gek. zegt hij. en toch onderscheiden zij, voeren nu uitdrukkelijk de aansprakelijkheid van het rijk voor overheidsdaden in naast die welke het reeds heeft als deelnemer aan het rechtsverkeer. Maar wat bewijst dat voor een a priori uitsluiten der aansprakelijkheid, overal waar de Overheid als zoodanig in het geding is? Bovendien, zou de geachte spreker het argument volgehouden hebben indien hij bedacht had dat 1°. ook naar Duitsche opvatting de actie een privaatrechtelijke is, zij behoort tot de competentie *in* den burgerlijken, niet van den administratieven rechter, 2°. de Duitschers verschillende gevallen waarin bij ons de aansprakelijkheid wordt ontkend door de voorstanders van Oppenheim's opvatting, brengen tot du-waar de Staat als *privaat persoon* gebonden is en 3°. § 89 B. G. B. ¹⁾ art. 77 Inv.-wet de aansprakelijkheid voor handelingen der overheid als zoodanig, zonder bijzonderen norm. uitdrukkelijk uitsluiten. Staat ten gevolge dezer voorschriften de Duitsche wetgeving niet anders tot de vraag dan de onze?

Maar — vraag ik — als de actie privaatrechtelijk is, waarin vindt zij dan haar grondslag anders dan in het privaatrecht? en hoe anders dan door een onderzoek naar wat privaatrechtelijk onrecht is en hoe de Overheid daartoe staat, kan worden uitgemaakt of een dergelijke privaatrechtelijke actie in een bepaald geval al of niet moet worden toegekend? Op welken privaatrechtelijken regel of welk privaatrechtelijk beginsel steunt dat verlangen van een uitdrukkelijke bepaling? ..Onze burgerlijke wetgeving regelt niet de rechtsgevolgen van overheidsdaden", zegt Vos¹⁾, in het algemeen zeker niet, maar de vraag is juist of in concreto een dergelijke daad niet onrecht kan zijn in den zin der burgerlijke wet. Dat moet worden onderzocht, misschien leidt dat onderzoek tot negatief resultaat, maar a priori mag het niet worden ontkend.

Tot een onderzoek dus der gevallen, waarin de aansprakelijkheid van den Staat wordt beweerd hebben wij ons te zetten. Waar dat onderzoek echter een toetsing van deze aan den algemeen privaatrechtelijken regel zal hebben te zijn, een naspeuren of en in hoeverre die gevallen iets bijzonders hebben waardoor de aansprakelijkheid niet of anders intreedt, dient een korte beschouwing over enkele hier van belang zijnde elementen van de actie uit art. 1401 B. W. in het algemeen — dus los van elke vraag van publiek recht — vooraf te gaan.

II.

Het schijnt moeielijk om over art. 1401 B. W. iets nieuws te zeggen. De tegenstelling tusschen onrechtmatig — in strijd met de wet en onrechtmatig — in strijd met wat verkeer of fatsoen eischt is zoo dikwijls bekeken, de argumenten vóór en tegen zijn zóó tot uit den treure herhaald, dat het volmaakt overbodig en voor den lezer uiterst vervelend zou zijn, als ik over de interpretatie van het bekende wetsartikel nog eens een betoog ging houden. Bij de bespreking van het nieuwe ontwerp-art. 1401 zal ik over deze kwesties nog wel iets moeten zeggen, maar voorloopig mag ik mij daarvan ontslagen rekenen. Voor het oogenblik toch is het mij er slechts om te doen de beteekenis en omvang der aansprakelijkheid naar geldend recht vast te stellen om daaraan de aansprakelijkheid der overheid te toetsen. Onder dat geldend recht nu versta ik het recht, zooals de jurisprudentie — met name de H. R. — het toepast. Zonder in het minst de bevoegdheid van wie ook tot critiek op de arresten van ons hoogste rechtscollege in twijfel te trekken, houd ik het voor het oogenblik voor ons doel voor vruchtbaarder, waar wij staan tegenover een recente en toch zeer vaste jurisprudentie van den H. R., die jurisprudentie als het thans hier te lande geldend recht te aanvaarden.

¹⁾ Hand. Jur.-Vcr.. II, blz. 258'9.

Een beschrijving dus van de opvattingen der rechtspraak — niet een eigen beschouwing over de beteekenis van art. 1401 wil ik geven. Ik beperk mij daarbij uit den aard der zaak tot het vereischte der onrechtmatigheid. Over de elementen van schade, causaal verband en zoo spreek ik niet. Alleen over de *schuld* zal ik niet geheel kunnen zwijgen, daarvoor hangt dit vereischte met de onrechtmatigheid te zeer samen. Voorzover echter onder dit woord vragen van toerekenbaarheid en zoo worden begrepen ga ik er natuurlijk niet op in.

Onrechtmatig nu zijn volgens den H. R. zelf die daad en dat verzuim, welke in strijd zijn met des daders rechtsplicht of inbreuk maken op eens anders recht. Dit is de staande formule, die, reeds in oudere uitspraken voorkomend, weer werd gebruikt in het arrest van 6 Januari 1905 ¹⁾ waarmede paal en perk werd gesteld aan de opvattingen die onder Molengraaff's invloed bij de lagere gerechten ingang hadden gevonden, de formule die herhaald werd in het in denzelfden geest gewezen arrest van 24 November 1905 ²⁾ en eindelijk eveneens te vinden is in dat van 10 Juni 1910, waarbij een direct tegen den H. R. ingaand vonnis van de rechtbank te Zutphen werd vernietigd.^{^)}

Wil men nu weten, welke daden dan krachtens deze formule alzo tot onrechtmatige worden gestempeld en onderzoekt men daartoe de lagere jurisprudentie, dan verwacht men een reeks uitspraken te vinden, waarin telkens een bijzonder wetsvoorschrift wordt aangehaald, welks overtreding de grond is van een verplichting tot vergoeding. Immers de gebruikelijke voorstelling is deze dat de H. R. onrechtmatigheid met onwettigheid gelijk stelt, met de bepaling van art. 1401 dus alleen de overtreding van bepaalde in de wet omschreven normen treft, wat dan voor de rechtszekerheid van bijzondere beteekenis zou zijn. Toch blijkt daar niets van, als men de rechtspraak nagaat. We mogen aannemen, dat de lagere rechtspraak in de laatste jaren in de lijn is gebleven door den H. R. in 1905 tot tweemaal toe aangewezen, de motiveering, waarin een beroep op de bovengenoemde formule telkens weer voorkomt, wijst daarop, een enkel college als de Zutfensche rechtbank mag in duidelijk uitgesproken verzet komen, dat verzet wordt door den H. R. onmiddellijk neergeslagen. Globaal genomen mogen wij zeggen dat de rechtspraak zich aan de leer van den H. R. houdt. ')

i) W. v. h. R. 8163. W. v. P. N. R. 1841.

2) W. v. h. R. 8304.

3) W. v. h. R. 9038, W. v. P. N. R. 2151.

4) Globaal genomen, van een enkele uitspraak is dat wel eens minder zeker. Zoo zou ik dat niet zeker durven zeggen van een arrest van het Hof te Arnhem van 6 April 1910, \V. 9120, nog nader in dit Weekblad op te nemen. Onrechtmatig heet daar he: „zonder bevoegdheid" verhinderen van het publiek gebruik van een weg — ook al bestonden er geen strafbepalingen. Op welken grond.'

En toch vinden wij slechts uiterst zelden het handelen in strijd met een bijzonder wetsvoorschrift als de gewraakte onrechtmatige daad vermeld, in de in de jaargangen 1907, 1908 en 1909 van het *Weekblad van het Recht* gepubliceerde uitspraken geen enkele maal. Het is een geheel ander beeld dat die uitspraken ons geven, zij betreffen alle óf een inbreuk op een recht, een enkele merken-zaak uitgezonderd steeds den eigendom, of het veroorzaken van den dood of — veel meer — lichamenlijk letsel. Maar, zal men mij tegenwerpen: zaakbeschadiging, doodslag en mishandeling zijn toch strafbaar gesteld, ligt de onrechtmatigheid dan niet in het overtreden van de bijzondere bepalingen van het Strafwetboek? Ik geloof dat men zoo de dingen op hun kop zet, men zal de privaatrechtelijke onrechtmatigheid van inbreuk op den eigendom, toch niet uit de Strafwet willen afleiden? *deze* handelingen zijn toch niet onrechtmatig omdat ze strafbaar zijn gesteld, of zou men inderdaad willen volhouden, dat als b.v. de strafbepalingen over zaakbeschadiging eens werden geschrapt, ook de onrechtmatigheid van die handeling zou wegvallen? Is niet veeleer de erkenning van den eigendom als subjectief recht de grondslag van de onrechtmatigheid?¹⁾ Sluit deze niet in dat andere zich van inwerking op het object van den eigendom, van beschadiging dus hebben te onthouden? Land²⁾ schijnt er anders over te denken, als hij op zijn uitspraak „in de beschadiging of vernieling van eens anders goed is reeds de schending van een regel gelegen", laat volgen: „eveneens wanneer eenig ander misdrijf is gepleegd", — de geschonden regel is blijkbaar degene die het misdrijf strafbaar stelt — hij gaat daarbij van zijn in hetzelfde boekje uitgesproken onderstelling uit dat in schending van het subjectief recht niet de onrechtmatigheid van art. 1401 kan liggen³⁾, omdat deze rechten door hun eigen middelen worden gehandhaafd, waarbij hij echter vergeet, dat die eigen middelen wel dienen tot *handhaving* van een recht, niet tot vergoeding van geleden schade. Maar wat daarvan zijn moge, de rechtspraak denkt er blijkbaar anders over. In den inbreuk op het eigendomsrecht op zichzelf, niet in strafbepalingen wordt telkens de onrechtmatigheid gezocht. Herhaaldelijk vinden wij dat uitgesproken. ') Het is dus het tweede deel der formule van den H. R., niet het eerste, waarop in de praktijk de nadruk valt.

Beschouwing der rechtspraak leert nog meer belangrijks. Een inbreuk op een recht kan opzettelijk gebeuren. De handeling zelf is dan de inbreuk. Men behoeft nog niet aan de benadeeling óm te

¹⁾ Ik beweer niet dat dergelijke subj. rechten op leven of lichaam bestaan. Daarover hierna meer. Hier is voldoende dat onze rechtspraak deze gevallen — dank zij de artt. H06/7 — gelijkelijk behandeld als inbreuken op subj. rechten.

²⁾ Beschouwingen over onr. daad, bl. 16.

³⁾ T. a. p. blz. 7.

⁴⁾ Vonnis Amsterdam in W. 8874.

benadeelen of de schending ter ontkenning van het recht te denken om zich hier een voorbeeld van voor te stellen. Elk opzettelijk ten aanzien van het object van het recht handelen als alleen de rechthebbende mag doen, behoort er toe. Ook de inbreuk op een merkenrecht, die met kennis van des anders merk, maar in de veronderstelling dat de afwijking van het eigen merk belangrijk genoeg is, geschiedt, of het afbreken van een gemeenen muur in de onderstelling dat die niet gemeen is.¹⁾ In al deze gevallen is — zelfs bij goede trouw — de inbreuk zelf bewust, opzettelijk. Maar dit is niet het meest voorkomende, veel meer doet zich in de jurisprudentie de casus positie voor, dat de inwerking op het object, bij eigendom de beschadiging, bij toepassing der art. 14067 het lichamenlijk letsel, niet opzettelijk geschiedt, maar naar het heet aan *schuld* is te wijten. -)

Wat doet de rechter nu als hij de *schuld* vaststelt? Vooreerst onderzoekt hij meest, of de dader heeft voorzien, kunnen voorzien dat zijn handeling bepaalde gevolgen zou hebben. Dat gaat ons niet aan. Maar hij doet meer, iets wat voor ons van meer belang is, hij *kritiseert* het gedrag van den gedaagde, hij toetst dit aan zekere ongeschreven regels, die deze in acht had *moeten* nemen, hij *waardeert* de handeling. Men zie de voorbeelden. Het samenstellen en aanhechten van een bundel ijzeren staven door appellant's werklieden is *zorgeloos* geschiedt, zegt het Hof in den Haag (W. 8785) — appellant heeft door een lorrie van een hellend terrein te doen loopen zonder haar te doen begeleiden en zonder dat van harentwege personen waren geplaatst om het publiek van den weg te houden, *niet gedaan wat hij had behooren te doen* zegt hetzelfde Hof (W. 8874) — het beschikbaar stellen van een zitplaats (op een tramwagen) die reeds onder de geenszins abnormale omstandigheid van plotseling remmen zóó gevaarlijk wordt als is gesteld, is van de zijde van een vervoerder *onverantwoordelijk*, verklaart de Amst. Rechtbank (W. 8879) — gedaagde heeft door meer te letten op een dame in de stoomtram. die hij op zijn motorrijwiel bijhield dan op den weg, *onvoorzichtig* en *zonder de noodige voorzorgen* gereden, is in een vonnis der Rechtbank te 's-Gravenhage (W. 8893) te lezen, enz. enz. Ik citeer slechts enkele van de vele voorbeelden. Zij mogen volstaan om aan te toonen dat de rechter hier telkens het gedrag van den gedaagde aan niet in de wet neergeschreven normen toetst. Nu is het merkwaardig dat deze bijzonderheid zich niet vertoont, indien *opzettelijk direct* inbreuk op eenig subjectief recht is gemaakt. Is uitgemaakt dat gedaagdes handeling zelf zulk een inbreuk vormde,

i) Vgl. b.v. Rb. Amsterdam 15 Nov. 1907. W. 8797.

-') Zie b.v. in den jaargang 1909 van het W. v. b. R. : Hof den Haag 23 Nov. 1908, \V. 8785. Hof den Haag 29 Maart 1900, W. 8874. Rb. Amsterdam 29 Mei 1908. W. 8874. Rb. Amsterdam 27 Mei 1908, W. 8879, Rb. den Haag 15 Oct. 1907—23 Juni 1909. \V. 8898.

dat hij dus b.v. bewust een zaak vernielde, die een ander toebehoorde (onverschillig of de laatste omstandigheid hem al dan niet bekend was), dan komt een verdere waardeering niet te pas, de aansprakelijkheid staat vast. En evenmin geschiedt zulk een waardeering als de dader een handeling heeft verricht, welke te doen de wet hem uitdrukkelijk verbodt, de waardeering is dan door den wetgever geschied, voor een toetsing aan ongeschreven regels is dan geen plaats meer. Alleen bij de aan schuld te wijten inbreuken op subjectieve rechten, bij doodslag en veroorzaken van lichamelijk letsel, treffen wij deze waardeering aan, maar daar dan ook altijd. Dit objectieve¹⁾ element van het schuldbegrip wordt door de criminalisten — als Simons en von Liszt²⁾ — die zich met het civiele schuldbegrip hebben bezig gehouden, gewoonlijk verwaarloosd, wat hunne conclusies, gelijk wij nader zullen zien, niet sterker maakt.

Door de zaak te veel uit strafrechtelijk oogpunt te bezien heeft men in het algemeen wel wat vergeten dat „culpa" reeds van ouds in het privaatrecht zoowel voor delicten als contracten een be-teekenis heeft, waarin het strafrechtelijk voorname element der toerekenbaarheid maar van gering belang is. Wèl wordt op de daar bedoelde beteekenis de aandacht gevestigd in het verdienstelijk proefschrift van G. W. J. Bruins.³⁾ Wij verwijzen daarnaar voor een verdere ontleding. Bruins heeft echter niet op de onderscheiding gelet door ons boven aangeduid, hij schijnt het objectieve schuldelement bij *elke* onrechtmatige daad aanwezig te achten. Daardoor ziet hij niet, wat mij toch juist van zoon bijzonder belang schijnt, dat dit zoogenaamd objectieve schuld-element de onrechtmatigheid bepaalt. De onrechtmatigheid raakt bij Bruins dan ook in het gedrang, hij acht haar van zoo goed als geen belang. En toch, waarom gaat het hier? Niet als bij de schuld in zoogenaamd subjectieven zin om een onderzoek naar psychische, moreele en intellectuele kwaliteiten van een bepaald persoon maar naar een waardeeren van een gedraging, een toetsing van de handeling aan algemeen geldende regels hoe men *behoort* te handelen. Het is het al of niet verbodene, het juridieke, niet het psychische element der handeling, waarmee wij te maken hebben. De ecnige bijzonderheid — maar deze is dan ook zeer belangrijk — zit hierin dat *deze* regels niet door de wet zijn geformuleerd.

Een gevolg ook van het verwaarloozen der bedoelde onderscheiding bij Bruins is zijn bestrijding van met de onze verwante

¹⁾ Objectief in tegenstelling met het *subjectieve* element, de toerekenbaarheid, eveneens door het *schuldbegrip* omvat.

²⁾ De eerste in Themis 1909, de laatste in zijn Delicts-obligationen. Trouwens ook in de strafrechtelijke leer der culpa (in engeren zin) wordt aan het feit dat ook daar een onrechtmatigheids-element in zit — in tegenstelling met het psychische — heel weinig aandacht gewijd.

³⁾ Hen onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, blz. 31 vlg.

beschouwingen. „Onze wet eischt een positief onrechtmatige *daad*, zegt hij¹⁾, de daad zelf moet dus een inbreuk maken op eens anders recht, men kan uit het feit dat de beschadiging van eens anders rechtsobject een min of meer verwijderd gevolg der daad is, niet tot de onrechtmatigheid der daad zelf besluiten". Deze redeneering is begrijpelijk als men het objectieve schuld-element stelt naast dat der onrechtmatigheid, immers dan ligt ook de door Bruins gemaakte conclusie voor de hand, dat bij de door hem bestreden opvatting *elk* toebrengen van materiele schade onrechtmatig zou zijn. Ziet men echter in dat de z.g. objectieve schuld een element is der onrechtmatigheid, dan valt dit laatste beweren vanzelf weg. En dan kan ik aan de beschouwing zelf weinig waarde meer toekennen, naar mijne opvatting wordt zeer zeker de daad zelf door het recht gediskwalificeerd, onrechtmatig heet zij echter enkel als zij een inbreuk op eenig recht ten gevolge heeft. Maar bepaalt niet in het recht, zeker in het privaatrecht, het gevolg eener handeling telkens het rechtskarakter? Doch wat daarvan zijn moge, ik herhaal wat ik boven ten aanzien van Land zei: om het standpunt der rechtspraak, niet om polemieken is het te doen. En dit meen ik juist te hebben weergegeven.

Resumeer ik dus, dan zien wij dat onrechtmatig is: het inbreuk maken op eens anders recht en daarmee tevens het veroorzaken van zulke gevolgen ten aanzien van een rechtsobject, als het alleen den rechthebbende op dat object vrijstaat in het leven te roepen ²⁾, mits die gevolgen uitvloeisel zijn van een zoodanig handelen als de aansprakelijke had behooren na te laten. Daarnaast dan de overtreding van een concreet in de wet neergeschreven verbod.

Wat wij nu op grond van deze conclusie ten aanzien van de handelingen van publiekrechtelijke corporaties hebben te beslissen, hoop ik in een volgend artikel aan te toonen. Maar daarvóór dient de conclusie zelf nog eenigszins nader te worden uitgewerkt en toegelicht. Ook daarbij zal ik echter, even als tot hier, zo beknopt mogelijk zijn.

III.

Een inbreuk op het subjectief privaatrecht — ziedaar de belangrijkste vorm van onrechtmatig handelen, dien we in het vorige artikel leerden kennen. Daarnaast dan de uitdrukkelijk verboden handeling.

Is het mogelijk deze beiden tot één terug te brengen, al de gevallen van onrechtmatigheid in één formule samen te vatten? Bruins³⁾ meent van wel. Hij betoogt, dat in de omschrijving die

i) T. a. p. blz. 40. zie ook blz. 39.

-) Respectievelijk dan het veroorzaken van eens anders dood of van lichamelijk letsel,

3) T. a. p. blz. 42.

de H. R. van onrechtmatigheid geeft de vermelding van den inbreuk op eens anders recht overbodig is, dat dus het stelsel onzer jurisprudentie kan weergegeven worden door de enkele uitspraak, dat onrechtmatig is de handeling in strijd met een rechtsplicht. Nu is echter juist deze uitdrukking allesbehalve duidelijk. Het is zeker waar, overal waar een verplichting tot vergoeding wordt gelegd op den aansprakelijken persoon, omdat hij rechtens zich anders had behooren te gedragen dan hij deed, bestaat een rechtsplicht zich van zulke daden te onthouden. Maar zóó opgevat beteekent de formule onrechtmatig is wat in strijd met een rechtsplicht geschiedt niets, zij komt neer op een tautologie, onrecht is onrecht. Zoo meent de H. R. het echter niet, een rechtsplicht tot handelen of nalaten neemt hij blijkbaar aan, als een uitdrukkelijk gebod of verbod door de wet is gegeven. Overtreding van zulk een gebod is dan de handeling in strijd met een rechtsplicht. Valt daaronder nu ook de inbreuk op eens anders recht? Bruins is klaarblijkelijk van deze meening. Of de wet zulk een verbod indirect uitspreekt — aldus ongeveer zijn gedachtengang — door erkenning van het recht van den gerechtigde, dan wel direct door het gebod aan ieder ander om zich van daden als alleen den rechthebbende vrijstaan te onthouden, komt op hetzelfde neer. Wij raken hier de belangrijke theoretische vraag, of de subjectieve rechten niet anders zijn dan een bijzondere formulering van den objectieven regel, dan wel ook den subjectieven rechtsvorm zelfstandige beteekenis toekomt tegenover het objectieve recht. De aard reeds van dit Weekblad verbiedt op deze vraag in te gaan.¹⁾ Slechts een enkele opmerking. De voorstelling van hen, die in het subjectieve recht niet anders zien dan een bijzonderen vorm van den objectieven regel en daarom in den inbreuk niet dan het verrichten van een verboden handeling, schijnt op het eerste gezicht aannemelijk bij die rechten, waar de rechthebbende enkel een beperkte, nauwkeurig te omschrijven bevoegdheid bezit. Zoo bij een merken-recht, of men zegt: gij alleen moogt dat teeken voor uwe waar gebruiken, dan wel ieder ander is het verboden datzelfde teeken te gebruiken, maakt, althans oppervlakkig beschouwd, niet veel verschil. Maar hoe is het bij den eigendom? Den inhoud van het eigendomsrecht afdoende te omschrijven is nog niemand gelukt, hoe zal het dan mogelijk zijn een behoorlijk verbod op te stellen zonder daarin het subjectieve recht op te nemen? Dit is een technische moeilijkheid en men zou er tegen kunnen aanvoeren, dat zij *principieel* niets bewijst: uit de moeilijkheid den inbreuk op den eigendom als een verbod te formuleeren volgt nog niet, dat hier au fond iets anders dan zulk een verbod *is*. Maar *is* de moeilijkheid den inhoud van den eigendom te omschrijven enkel een bewijs van ons te kort schieten in juridieke techniek, wijzen de bezwaren

¹⁾ Vgl. daarover Struyken, Het rechtsbegrip blz. 238, laatst H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit blz. 44

hierbij ondervonden er niet op, dat de aard van het eigendomsrecht zich tegen een dergelijke omschrijving verzet? Is dit zoo, is de eigendom iets anders dan een som van nauwkeurig te defini-eeren bevoegdheden, dan is ook het verbod om daarop inbreuk te maken meer dan een verbod van bepaald van te voren aan te duiden handelingen en reeds daarom niet in dien vorm om te zetten. Heeft men dit voor den eigendom eenmaal ingezien, dan zal men eerder bereid zijn in *elk* subjectief vermogensrecht iets meer te zien dan enkel een bevoegdheid om anderen *bepaalde* handelingen te verbieden, in elk dier rechten een zekere onbepaaldheid te erkennen en daardoor een mogelijkheid van werking ook daar waar die a priori niet verwacht zou worden.

Sterker nog blijkt de noodzakelijkheid den inbreuk op het subjectieve recht als zelfstandigen — en zelfs meest belangrijken — vorm van burgerlijk onrecht naast de overtreding van het wettelijk verbod te handhaven, als men let op den inbreuk aan schuld ie wijten. Zelfs al zou een verbod aan ieder derde om te doen wat des eigenaars is te formuleeren zijn, dan nog zou de aan schuld te wijten inbreuk daar niet onder vallen. Immers *iedere* onbehoorlijke gedraging — waaruit aantasting van het object van het recht volgt — wordt in dit verband als onrechtmatige daad beschouwd. Hier vooral voelen wij de beteekenis van het subjectieve recht voor deze materie. Er is een kring waarbinnen enkel de rechthebbende heerscht, inwerking op het object van zijn recht maakt een ieder schadeplichtig, die *bij behoorlijk gedrag* die inwerking vermeden had. Van ieder kan geëischt worden dat hij dezen kring van den ander eerbiedigt en dat hij dus al datgene doet wat ieder fatsoenlijk man gedaan zou hebben om te vermijden dat *zijn* handelingen in hare gevolgen binnen die sfeer ingrijpen. Onrecht is hier niet de overtreding van eenig speciaal gebod, maar elke niet te rechtvaardigen aanranding van het individu in dezen zijnen machtskring.

Het belang dezer conclusie voor het ontwerp, dat ons in de eerste plaats aanleiding tot schrijven gaf, zal zoo straks blijken. Vooraf dient nog aangewezen wat in dit verband met subjectief recht wordt bedoeld. Naar geldend recht — weer genomen in den zin in het vorige artikel aangegeven — is het antwoord op deze vraag eenvoudig. Alleen die rechten komen in aanmerking, die in de wet als zoodanig zijn erkend, dus de eigendom met wat er bij behoort, ook nieuwere vormen als auteurs- en merkenrecht. Subjectieve rechten buiten de wet om kent onze rechtspraak niet, het blijkt uit een arrest van den H. R. in dit Weekblad ') opgenomen, waarbij werd uitgemaakt dat naamlooze vennootschappen niet een recht op hun naam kunnen doen gelden, ook het Hof in den Haag, dat in deze zaak anders oordeelde, trachtte zijn beslissing uit-

) \V. P. N. R. No. 2152.

sluitend op enkele wetsbepalingen te doen steunen.¹⁾ Maar aan den anderen kant is niet iedere bevoegdheid in de wet erkend een subjectief recht in den hier bedoelden zin. De „inbreuk' die de jurisprudentie als onrechtmatig wraakt, is een aantasting van het object van het recht, we hebben hier dus alleen te maken met die rechten krachtens welke wij over eenige zaak — al of niet lichamelijk (auteursrecht) — heerschappij voeren, de vermogensrechten dus en wel in het bijzonder de absolute vermogensrechten. -) Niet van een enkele bevoegdheid is hier voorts sprake, maar van dat complex van bevoegdheden, waaraan als geheel zelfstandige betekenis toekomt, en dat in rechte een eigen bestaan voert, niet dus van een of andere bevoegdheid uit den eigendom maar van den eigendom zelf. Alleen, wie ten aanzien van eenig object zulk een zelfstandig recht bezit kan zich over een inbreuk in zijn rechtskring beklagen. Er valt naar ons recht, zooals de jurisprudentie het opvat, niet aan te denken iedere bevoegdheid, zelfs iedere mogelijkheid om datgene te verrichten, wat niet verboden is tot recht te verheffen, zooals de Franschen wel doen. ') Maar evenmin gaat het aan om, zooals Simons '), ieder individueel belang, dat door een of ander bijzonder wetsvoorschrift beschermd wordt, tot een recht te maken. Simons zelf geeft het volgende voorbeeld: eer en goede naam zijn als „rechtsgoederen" van het individu erkend door de daaraan bij de strafwet gegeven bescherming. Aanranding daarvan is dus onrechtmatig, valt zij niet onder de bijzondere bepaling van art. 1408, dan toch krachtens art. 1401. De Hooge Raad leert precies het tegendeel, alleen tegen een aanranding over eer of goeden naam, als in art. 1408 B. W. omschreven, zegt een arrest van 2 December 1904 ') geeft de wet rechtsbescherming. In het systeem dat de jurisprudentie zich gevormd heeft, schijnt mij deze beslissing beter te passen dan de opvatting van Simons. Ook deze verzuimt te onderscheiden tus-schen inbreuk op eens anders recht en overtreding van een concreet verbod. Had hij op deze tegenstelling gelet, dan zou hij nooit uit het feit dat een bepaald omschreven aanranding van iemands eer of goeden naam verboden is hebben afgeleid dat *iedere* aanranding onrechtmatig is. Bovendien bij de „eer" heeft men niet met een object buiten den rechthebbende te doen, maar met een kwaliteit van den rechthebbende. Aanranding van iemands eer is aantasting van het individu zelf, niet inbreuk op een hem toekomend recht. Er is geen reden om naar ons recht het bestaan

¹⁾ Vgl. mijn aantekening over dit arrest in W. P. N. R. no. 2078.

²⁾ De moeilijke vraag, in hoever onrechtmatig kan zijn de inbreuk gemaakt door X op het vorderingsrecht van A tegen B laat ik ter zijde.

³⁾ Zie voorbeelden bij Land. Onr. daad. blz. 36.

^{*}) T. a. p., blz. 84.

^{*)} V. v. h. R. 8150, W. P. N. R. 1840.

van een recht op dergelijke kwaliteiten van den persoon, als zijn eer, leven enz. aan te nemen.

Intusschen ook zonder deze „belangen" als voorwerpen van subjectief recht te beschouwen heeft toch onze wet één enkel daarvan, de integriteit van het lichaam, ten aanzien der onrechtmatige daad met de objecten der vermogensrechten op één lijn gesteld. Door in de artt. 1406 en 1407 naast den moedwilligen doodslag en de moedwillige kwetsing de onvoorzichtige vormen van beide te stellen heeft de wet aanranding van leven en lichaam juist op dezelfde wijze tot onrechtmatige daden gemaakt als beschadiging van eenig object van eigendom. Ook hier is een gewilde aantasting altijd, een niet gewilde alleen dan onrechtmatig als zij gevolg is van een gedrag dat anders is dan maatschappelijk betaamt. Maar buiten deze beide „rechtsgoederen" gaat de wet — terecht of ten onrechte — in hare gelijkstelling niet. Slechts ten aanzien der vrijheid kan worden getwijfeld, omdat de wet niet alleen bijzondere aanrandingen van dat goed maar elke aan schuld te wijten schending strafbaar stelt. ^{x)} De vraag rijst nu, of ook bij een lichtere schuld — waarbij van overtreding der strafwet geen sprake is — burgerrechtelijke aansprakelijkheid bestaat, een vraag, waarop ik in de jurisprudentie geen antwoord vond.

Is zoo het begrip subjectief recht in de formule der rechtspraak nader uitgewerkt, ook over den „inbreuk" moet nog een enkele opmerking gemaakt worden. En wel naar aanleiding van het laten. Een onrechtmatige gedraging kan, zegt men, evenzeer bestaan in een nalaten als in een doen. Is het nu mogelijk dat een inbreuk op eens anders recht geschiedt door een „laten"? Leest men het arrest van 10 Juni 1910, in het vorige nummer van dit Weekblad²⁾ opgenomen, dan moet men deze vraag zeker ontkennend beantwoorden. Een juffrouw heeft nagelaten ondanks herhaald verzoek een kraan van de waterleiding af te sluiten, terwijl de kraan tevens de waterleiding afsloot van haar onderbuurman, bij wien door vorst een lek in de leiding was gesprongen. De onderbuurman spreekt de juffrouw aan om vergoeding der schade die zijn leer (hij had een pakhuis waar de waar was opgeslagen) door het water heeft geleden. Van een inbreuk op rechten van den benadeelde is geen sprake, zegt de H. R.¹⁾, waarna hij dan verder onderzoekt of de juffrouw in strijd met haar rechtsplicht heeft gehandeld. Maar, zou men wellicht vragen, is dan de beschadiging van het leer tengevolge van min behoorlijk gedrag der juffrouw

¹⁾ Art. 283 W. v. S.

²⁾ V. P. N. R. No. 2151.

³⁾ Hoe de proc.-gcn. kan beweren dat hier een laten is in strijd met een rechtsplicht, omdat de afsluitkraan tot bestemming heeft te worden afgesloten en het rechtsplicht is van hem onder wiens beheer zij gesteld is, haar aan die bestemming te doen beantwoorden, is mij een raadsel. Bestaat er een rechtsplicht elke zaak naar haar bestemming te gebruiken?

niet een inbreuk op den eigendom van den buurman? Het negatieve antwoord op deze vraag vindt zijn grond blijkbaar in de eigenaardige moeilijkheden, die de causaliteit van het laten hier geeft. Kan men zeggen dat hij die bloot passief blijft, nalaat eenig gevolg te verhinderen, dat gevolg veroorzaakt heeft? Het is een oude twistvraag, waarmee ieder schrijver van een leerboek van straf-recht en ook ieder die zich met de causaliteit in het leerstuk der schadevergoeding heeft beziggehouden, zich heeft afgetoed. Volgens den een is hier wel veroorzaken, volgens den ander niet, maar wordt hij die het gevolg niet verhindert behandeld *alsof* hij het veroorzaakt had, en zoo zijn er meerdere meeningen, doch allen stemmen hierin overeen, dat de nadruk hier valt niet op de causaliteit maar op de onrechtmatigheid. Er moet van te voren vast staan — vóór men de veroorzaking onderzoekt — dat de nalatige verplicht was te handelen. Anders zou immers *ieders* laten oorzaak van het verboden gevolg kunnen heeten. Waar nu de inbreuk op eens anders recht juist zijn onrechtmatigheidskarak-ter ontleent aan de *gevolgen* der handeling, kan hij nooit in een enkel laten bestaan. Blijkbaar stond soortgelijke gedachtengang ook den H. R. voor den geest, immers aan de overweging over de onrechtmatigheid gaat de opmerking vooraf „dat, zelfs al zou uit dat weigeren, volgehouden ook na kennisgeving van zijn gevolgen, afgeleid worden, dat eischeres de oorzaak was van het voortduren en daardoor toenemen der schade, hiermede geenszins zou zijn aangetoond enz.“, waarop dan volgt: „dat deze bloot passieve houding zeker niet uitmaakt een inbreuk op de rechten“ enz. Wil dat nu zeggen, dat het onbehoorlijke gedrag dat de inbreuk veroorzaakte altijd in een doen bestaan moet? Zeer zeker niet, het kan ook zijn een nalaten bij een doen (het niet nemen van voorzorgsmaatregelen bij zekere handelingen), maar tusschen een *handeling* van de aangesproken persoon en de aanranding van het rechtsobject van den ander moet causaal verband bestaan. *Daden* van anderen óf direct óf in hare gevolgen te mogen weren uit den kring waar de rechthebbende heerscht, ziedaar de macht hem krachtens zijn recht verleend. Maar onverschillig is het of het onbehoorlijke, door het recht gewraakte, ligt in een bepaald doen dan in een verzuim bij het handelen. Voor de laatste is art. 1402 geschreven. Aan deze nalatigheden bij een overigens rechtmatig handelen, aan de daardoor veroorzaakte schade aan eens anders eigendom heeft men zoowel bij het tot stand komen onzer wet als bij de opstelling van art. 1383 C. gedacht ¹⁾ — niet aan de „bloot passieve houding“. Een aan schuld te wijten inbreuk onderstelt dus eer bepaalde handeling van den aansprake-lijken persoon als oorzaak.

¹⁾ Vgl. Voorduin V, 85, Locrc, Motifs V, blz. 274. Terrible over 1383:
donne une garantie à la conservation *des propriivlis*.

Bij deze enkele korte opmerkingen over het resultaat dat de bestudeering der jurisprudentie ons gaf, zal ik het laten. Er zou nog heel wat over te zeggen zijn. Ook ter vergelijking met wat naar Romeinsch, Fransch en Duitsch Recht geldt. Bij de bespreking der wetswijziging wil ik daar nog even op wijzen. Het is echter beter thans eerst de vraag der aansprakelijkheid van de overheid af te doen.

IV.

Wanneer wij thans onze jurisprudentie betreffende de aansprakelijkheid van overheidsdaden aan een critische beschouwing onderwerpen, dan schijnt het gewenscht het boven aangegeven schema van groepeerings van de gevallen van onrechtmatige daad als grondslag te gebruiken. Doen we dat, dan zal blijken dat het haast altijd een inbreuk op een privaatrecht was, die den rechter aanleiding gaf de overheid aansprakelijk te stellen, terwijl — merkwaardig genoeg — de bestrijders dier jurisprudentie in woord of geschrift blijkens hun voorbeelden meer aan overtreding van bepaalde (meest publiekrechtelijke) gebodsvoorschriften dachten. Maar laat ik niet op het resultaat vooruitloopen, maar de verschillende gevallen van onrechtmatigheid één voor één beschouwen.

Vooreerst dus de inbreuk op een privaatrecht, en wel de opzettelijke, waaronder ik versta ieder opzettelijk verrichten van handelingen ten aanzien van het rechtsobject als slechts den rechthebbende vrijstaat. Klachten over dergelijke inbreuken werden voor den rechter gebracht, zoowel in den tijd dat deze zich niet bevoegd achtte, de overheid bij gegrond-bevinding aansprakelijk te stellen als in de tegenwoordige periode, nu hij anders daarover denkt. Tot deze rubriek behoort het bekende geval van de koe, op bevel van Rheden's burgemeester door een veldwachter gedood, in de veronderstelling dat zij hoornwoest was, terwijl de eischer beweerde dat voor die veronderstelling alle grond ontbrak.) Terwijl het toen nog heette dat „de al of niet rechtmatigheid van zoodanige daad van het openbaar gezag als ten deze heeft plaats gehad, niet kan worden beoordeeld naar de bepalingen van burgerlijk recht, als regeland de rechten en plichten van bijzondere personen“, werd drie jaar later-) beslist: „dat al is de aan het bestuur opgedragen uitvoering van de verordeningen van den Raad formeel een publiekrechtelijke handeling, daarbij mogelijk is, dat eens anders eigendom . . . onrechtmatig wordt aangetast, waardoor alsdan grond voor verschillende bij de wet aangewezen vorderingen tot herstelling van de geschonden eigendomsrechten

M Arrest van 21 April 1898. W. 7116. (V. P. N. R. 1501. 2) H.
R. 10 Mei 1901. W. 7606. W. P. N. R. 1656.

en vergoeding van schade kan ontstaan". Toen betrof het, en eveneens in een gelijksoortig gemotiveerd arrest van 13 Juni 1904¹⁾, een toepassing van art. 180 Gemeentewet, dat het gemeentebestuur de bevoegdheid geeft weg te laten nemen op kosten van den eigenaar wat tegen eenige gemeenteverordening is verricht, terwijl de respectieve eischers in deze processen beweerden, in het eene geval dat de verordening zelf onwettig was, in het andere dat hij (eischer) niet tegen de verordening had gezondigd.

Vraagt men mij nu, welke van beide beslissingen ik voor juist houd, dan kies ik zonder voorbehoud partij voor de laatste. Eén zijde der onrechtmatigheidsvraag liet ik tot nu toe onbesproken. Het is mogelijk dat een daad al de kenmerken vertoont van een onrechtmatige, dat zij inbreuk is op een privaatrecht of overtreding van een wettelijk voorschrift en toch niet onrechtmatig kan worden genoemd. Er kunnen omstandigheden zijn die haar veroorloven, ja gebiedten. Ik denk aan noodweer, nood, aan de toestemming van den benadeelde, waardoor de onrechtmatigheid wordt opgeheven en zoo meer.-) Er zijn rechtsregels, die een inbreuk veroorloven, als wij dus den inbreuk onrechtmatig noemen gaan wij van de veronderstelling uit, dat er voor toepassing van die regels geen grond is. Maar deze regels staan tot den hoofdregel die den inbreuk verbiedt als uitzonderingen. En juist zoo is het met de regels van het publiek recht.²⁾ Inbreuk op de privaatrechten en op die goederen die ten aanzien der schadeactie evenals die rechten worden behandeld, lijf, leven en vrijheid staat de overheid in talrijke gevallen, in wetsbepalingen omschreven, vrij. Maar maakt een publiekrechtelijk lichaam zich aan dergelijke inbreuk schuldig buiten die bepaalde gevallen, dan verliest de handeling haar rechtvaardigingsgrond, die het publiek-recht haar gaf, en blijft niets dan een eenvoudige onrechtmatige daad naar burgerlijk recht. Ten aanzien *dezer* gevallen vereenig ik mij geheel met wat door Hamaker zoo uitnemend is betoogd.

Tegen Hamaker heeft men aangevoerd, dat het karakter van het publiekrecht niet goed wordt weergegeven door het als uitzondering op het privaatrecht, het gemeene recht te beschouwen, dat het op zijn beurt bevoegdheden verleent aan overheid en aan geregeerden, waarvan de analogieën in het privaatrecht niet zijn te vinden. Uitvoerige bestrijding vindt men in de dissertatie van v. Schaik. *) Dit alles mag juist zijn of onjuist, voor *onze* vraag is

¹⁾ W. 8091, W. P. N. R. 1809.

²⁾ Vgl. hierover Zilchmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit in Arcliiv civ. Praxis, Bd. 99. Graf zu Dobna. Die Rechtswidrigkeit.

*) Onder publiek recht versla ik hier datgene wat daar gewoonlijk onder begrepen wordt. Ook al is de grens niet nauwkeurig aan te geven, en zelfs al ontkent men het bestaan eener *principiele* tegenstelling tusschen publiek en privaatrecht, zal er toch wel geen bezwaar bestaan den term gemakshalve te blijven gebruiken.

■») De Overheid tegenover art. HOI B. W., Utrecht 1905.

het zonder belang. Want het komt er niet op aan of het publiekrecht in zijn geheel wordt gequalificeerd als een uitzondering op het gemeene recht, maar enkel of de inbreuk op het tegen ieder ander geldend privaatrecht de overheid slechts *bij uitzondering* geoorloofd is. Dat daarmee het karakter van het publiek recht in zijn geheel niet voldoende is aangegeven, is ons onverschillig. Maar wel moet het beginsel worden gehandhaafd, dat blijkens art. 625 B. W., blijkens de grondwetsbepalingen over de onteigening ook, het beginsel is dat aan onze rechtsorde in haar geheel ten grondslag ligt, dat er een sfeer is waarbinnen het individu heerscht en in die heerschappij door het recht wordt beschermd. Die sfeer is die van het subjectieve privaatrecht.

Acht ik dus de conclusie der nieuwere jurisprudentie, het aannemen van een aansprakelijkheid, volkomen juist, evenzeer acht ik het buiten twijfel, dat wij «hier met een privaatrechtelijke actie te doen hebben. Handhaving van het privaatrecht tegen een door het publiek recht *niet* gerechtvaardigde inbreuk is grondslag der actie, privaatrechtelijke vergoeding wordt er door bereikt. Dat de burgerlijke rechter daarbij vragen van publiek recht te beslissen zou krijgen acht ik allerminst een bezwaar, publiek- en privaatrecht loopen nu eenmaal zoo in elkaar, dat, al maakt men de scheiding nog zoo scherp, toch telkens de rechter over de eene soort van geschillen vragen uit het gebied van de andere soort te beslissen kan krijgen.¹⁾ Zegt men eindelijk dat de overheid in talrijke gevallen *zelf* moet kunnen uitmaken, of voor ingrijpen grond bestaat (freies Ermessen) dan vergeet men dat daar waar dit naar ons positief recht het geval is, de wet door zijn formulering de mogelijkheid daartoe ook opent. Als de wet voorschrijft dat eenige eigendomsaanranding geoorloofd is, als die en die omstandigheid zich voordoet moet de rechter uitmaken of de omstandigheid werkelijk aanwezig is. Zegt zij daarentegen dat de inbreuk is toegelaten als de omstandigheid b.v. *naar het oordeel van B. en W.* (of een ander staatsorgaan) aanwezig is, dan heeft de rechter zich in het algemeen bij dat oordeel neer te leggen, hoogstens uit te maken of het niet te kwader trouw is gegeven. Dat alles betreft de uitwerking, waarop wij hier niet verder ingaan, zoo laten wij ook alle quaesties of nu de handelende ambtenaar zelf, of de publiekrechtelijke corporatie aansprakelijk moet zijn. ter zijde. Alleen op het beginsel komt het voor ons aan. Bij de opzettelijke inbreuk kan dit o.i. niet anders zijn dan een aanvaarding van aansprakelijkheid, zoo dikwijls de inbreuk niet door een bijzondere norm is gerechtvaardigd.

Ingewikkelder is de zaak bij een inbreuk aan schuld te wijten. Het is niet gemakkelijk te zeggen, hoe de jurisprudentie tot dit deel der vraag staat. Na de omkeer van den Hoogen Raad ten

¹⁾ B.v. vragen van Nederlandschap bij beslissing van privaatrechtelijke verhoudingen.

aanzien der vorige rubriek tusschen 1898 en 1901 is *deze* vraag niet meer aan zijn oordeel onderworpen. Lagere jurisprudentie is er genoeg te vinden, maar zij betreft altijd gevallen, die, wil men nu eenmaal scheiden tusschen handelingen van staatsorganen als *zoodanig* en als gewone *vermogenssubjecten*, aan deze zijde dier scheiding gebracht kunnen worden, waar het dus twijfelachtig is of men nog wel van verantwoordelijkheid voor overheidshandelingen mag spreken. Zoo als de aansprakelijkheid werd aangenomen van de gemeente Amsterdam voor een tramongeval¹⁾, als de gemeente Enschede verantwoordelijk werd gesteld voor het vervuilen van de Twikkeler beek door het fabriekswater dat zij uit haar riolen daarin liet vloeien²⁾, als Rotterdam in principe gebonden werd geacht indien uit haar gasfabrieken vergiftigde stoffen in het Boerengat zijn gevloeid, en van dat water gekomen in dat van de Wijnhaven, waar eischer zijn vischkaren had, tengevolge waarvan eischers paling is gestorven.³⁾ Dat intusschen de aansprakelijkheid in al deze gevallen terecht is aangenomen, dat hier voorts sprake is van privaatrechtelijke verhoudingen acht ik buiten twijfel. Van de overheid kan als van ieder geëischt worden dat zij de persoon en de rechten der individuen eerbiedigt, dat zij dus bij haar handelen deze zooveel mogelijk ontziet, en zich daarbij houdt aan de regels, die tusschen fatsoenlijke menschen in dergelijke gevallen in acht worden genomen.

Doet zij dat niet, dan is zij als ieder gebonden, van een rechtvaardiging van haar handelen door het publiek recht is hier geen quaestie. En daarbij is er geen grond tusschen handelen als overheid en handelen als vermogenssubject te scheiden. Daargelaten nog óf die scheiding uit te maken is of niet zooals velen beweren de overheid altijd als overheid handelt, kan ik reeds hierom geen reden tot zulk een distinctie zien, omdat het hier weer gaat om de handhaving van privaatrechten en hier als boven geldt, dat deze door een ieder, ook door de overheid, moeten worden geëerbiedigd. Doch wel is er mogelijk plaats voor een andere onderscheiding. Boven zagen wij dat de rechter bij de aan schuld te wijten inbreuk vooreerst vraagt of een privaatrecht is geschonden, de integriteit van het lichaam aangetast, maar daarnaast een onderzoek instelt, of het gedrag van den aangesprokene beantwoordt aan de normen die hij rechter er aan meent te moeten stellen. Dit gebeurt hier natuurlijk ook en levert ook geen bezwaar op. Maar nu zou het kunnen zijn, dat de normen welke overschrijding door den benadeelde wordt beweerd, niet zijn regels voor iedereen geldend, maar regels, al of niet geschreven, die *enkel* door de overheid opgevolgd kunnen worden. En nu rijst de

i) Amsterdam 27 Nov. 1908, W. 8879.

2) Almelo 18 April 1905, W. 8405.

3) Rotterdam 18 Februari 1907, W. 8680, *in principe*, de vordering werd wegens gebrek aan bewijs der schuld ontzegd.

moeielijkheid, of de rechter, die het gedrag van den aangesprokene waardeert, overtreding van die regels als *schuld* mag opvatten. Immers doet hij dat dan neemt hij ten aanzien van de overheid als schuld een omstandigheid aan, die hij dat elders niet zou mogen doen, dan treedt hij voorts in een beoordeeling van de wijze waarop de overheid haar bijzondere taak vervult en die bevoegdheid daartoe meen ik dat hem door zijne positie in onze staats-organisatie is ontzegd.

Zeer licht zal deze mogelijkheid zich niet voordoen. Zij is echter denkbaar. Gelijk de Staat zeker aansprakelijk is als hij bij zijn handelen niet die maatregelen neemt voor de veiligheid van anderen, die een ieder zou nemen en daardoor schade veroorzaakt aan eens anders eigendom, zoo zou men hem ook wel aansprakelijk kunnen stellen als hij al handelend de maatregelen nalaat die alleen de Staat kan en mag nemen. Tegen dit laatste zou ik bezwaar hebben.

Beter nog komt de hier bedoelde tegenstelling uit als men van deze rubriek van onrechtmatige daden overgaat tot die waar een uitdrukkelijk verbod der wet is overschreden. Ook daar bestaat ze mijns inziens en daar doet ze haar invloed zeer merkbaar gevoelen. Wij wezen er boven al op, dat tot deze soort de gevallen behooren waar de aangesproken persoon niet een verzuim bij een handeling, niet een inbreuk, maar een enkel *laten* wordt verweten. Welnu, ook dit laten kan een verzuim zijn van plichten die enkel de overheid kan vervullen. Niet-nakoming van dezen plicht geeft nu m. i. nimmer grond tot een schadeactie. Hier, maar ook hier alleen, gelden alle bezwaren van de tegenstanders der aansprakelijkheid: het staat den burgerlijken rechter niet vrij te beoordeelen of eenig Staatsorgaan plichten hem als zoodanig opgelegd, die in het privaatrecht nergens hun analogie vinden, is nagekomen; — instructienormen voor ambtenaren zijn niet regels, wier niet-nakoming derden grondslag voor een actie kunnen geven en zoo meer. ') Tot deze rubriek behooren alle gevallen waarin een gemeente gebrekkige uitoefening der haar bij art. 179 Gemeentewet opgelegde plichten wordt verweten, zoo de vroeger geregeld voorkomende — thans zeldzamer wordende — procedure van den schipper wiens schip op een onzichtbare boom in eenig publiek vaarwater is lek gestooten. Ook hier ontbreekt nieuwere jurisprudentie. Geenszins schijnt het mij echter geoorloofd aan te nemen, — zooals zowel voor- als tegenstanders van 's Hoogen Raads tegenwoordige opvattingen doen —, dat deze ook in dit opzicht anders zou luiden dan vroeger. Uit de arresten over de opzettelijke inbreuk is dat niet af te leiden. Is dat gebod, welks overtreding wordt beweerd, daarentegen algemeen, voor ieder geldend, dan bestaat de aansprakelijkheid der overheid zeer zeker. Er is geen

’) Vgl. Struijcken, Hand. Jur. Ver. 1910, II, blz. 302.

grond haar te ontkennen. Dikwijls zal dit geval zich echter niet voordoen, voor zoover het althans niet tot een inbreuk op eenig subjectief recht is terug te brengen, en dat wel hierom, omdat juist hier om den aard der handeling het verband allicht wordt verbroken tusschen het optreden van den ambtenaar en zijn functie, zoodat hij persoonlijk zal gebonden zijn, niet het lichaam waarvoor hij optreedt. Men denke aan een belediging in een regeerings-stuk. Dit punt betreft echter weder de uitwerking, de vraag nu wie gebonden is: ambtenaar of de Staat en zijn organen. Een belangrijke vraag, maar ons wien het om het beginsel der aansprakelijkheid zelf te doen is, kan zij koud laten. Wel rest ons nog naar aanleiding van wat ik over de jurisprudentie en het thans geldende recht zeide. eenige opmerkingen over het debat in de Juristenvereniging te maken.

V

Handhaving van het subjectieve privaatrecht, met name van het vermogensrecht, bescherming van die rechtsgoederen (leven, lijf, vrijheid) die tegen elke niet bijzonderlijk gerechtvaardigde aanranding veilig behooren te zijn, ook tegenover de overheid, ziedaar de kern van wat wij als geldend recht in deze materie vonden. Geldend recht ook in den zin van door een constante jurisprudentie erkend. Daarnaast dan ontkenning der aansprakelijkheid, zoodra die uitsluitend zou worden gebaseerd op overtreding van enkel voor de overheid geschreven, zoogenaamd publiekrechtelijke normen. Een afdoend bewijs, dat ook dit laatste de leer is der jurisprudentie, kan ik bij het ontbreken van beslissingen uit de laatste jaren niet leveren, ik meen, dat het volgt uit haar leer over de onrechtmatige daad naar burgerlijk recht in verband met de gronden, waarop bij opzettelijken inbreuk de overheid aansprakelijk wordt gesteld.

Vraagt men dus — zooals sommigen de kwestie formuleeren — of art. 1401 B. W. ook voor de overheid is geschreven, dan zou ik willen antwoorden, dat mij geen enkele grond afdoende voorkomt, om dit artikel niet evenzeer als elke andere bepaling van burgerlijk recht toe te passen op handelingen van staatsambtenaren. Maar ik zou er dadelijk aan willen toevoegen: om art. HOI toe te passen moet er een daad gepleegd zijn die in den zin van art. 1401 onrechtmatig is, dus of een inbreuk op een privaatrecht of op die rechtsgoederen die als privaatrechten worden beschermd of overtreding van een privaatrechtelijke norm. Verder reikt art. 1401 niet.

Had de Juristenvereniging zich dezen stand van zaken beter voor oogen gesteld, dan zou het debat voor haar eigenlijk doel vruchtbaarder geweest zijn. Haar taak is het de rechtsontwikkeling

voor te bereiden, zij heeft zich af te vragen, wat er aan het geldend recht ontbreekt, in casu in hoever de aansprakelijkheid moet worden uitgebreid — aan inkrimping denkt niemand. En nu schijnt het mij dat door het groote debat publiekrecht tegenover privaatrecht het doel der Juristenvereniging niet naar evenredigheid der daaraan bestede krachten is gebaat. De strijd is een beginselstrijd en ik wil allerminst beweren, dat de Juristenvereniging die uit den weg moet gaan, maar toch heeft zij dergelijke tegenstellingen alleen uit te vechten voor zoover zij voor het op dat oogenblik door den wetgever te vormen recht van belang zijn. Dit is deze strijd naar mijn overtuiging niet. Vraagt men het bewijs? Men kan het in de stemming over de vraagpunten vinden. Zoo ergens dan zou daar die invloed moeten zijn aan te wijzen. En wat leert de uitkomst? Krabbe zoekt het verband in het eerste vraagpunt, „het is, zeide hij, noodig dat men zich omtrent die tegenstelling klaar maakt, wil men de eerste vraag juist beantwoorden". Dit vraagpunt nu werd met *algemeene* stemmen bevestigend beantwoord. Struijcken zag in de stemming over vraagpunt 5 het criterium of men aan het principieele der tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht al dan niet bleef hechten. Dit vraagpunt luidde: Moet de aansprakelijkheid worden erkend als regel of alleen in bijzondere bij de wet omschreven gevallen? Ook het verband van de beslissing over deze vraag met de beginselkwestie kan ik niet inzien. Is het dan niet mogelijk dat men het principieele der tegenstelling wel erkent en toch de overheid in den regel aansprakelijk gesteld wil zien? Is het omgekeerd niet mogelijk, dat men de scheiding niet als fundamenteel kan erkennen en toch de aansprakelijkheid, voor zoover zij de gewone privaatrechtelijke, thans m.i. geldende te boven gaat, alleen in bepaald omschreven gevallen wenscht? Ik vermoed, dat onder de meerderheid, die in eersten zin stemde er nog heel wat zijn, die de oude tegenstelling althans in de practijk, als een principieele zullen blijven beschouwen en ik kan wel verzekeren dat er zijn, die, al weten zij zich dichter bij Krabbe's standpunt dan bij dat van Oppenheim, toch naast thans reeds bestaande aansprakelijkheid zich enkel voor verscherping in bepaald omschreven gevallen zouden verklaren.

Hoe komt het echter dat ondanks het geringe verband de principievraag zoo op den voorgrond is gekomen? Mijns inziens juist doordat men zich niet goed heeft gerealiseerd wat geldend recht op dit punt is. En Oppenheim en Krabbe generaliseeren de leer van den H. R., uit de erkenning der aansprakelijkheid in de jurisprudentie in enkele gevallen leiden zij een aansprakelijk stellen in het algemeen af. Oppenheim gaf dat aanleiding tot een filippica, grootendeels een reactie tegen de welgevestigde jurisprudentie. Maar juist daardoor dreef hij velen, wien de conclusies van den H. R. in de gevallen hem ter beslissing voorgelegd alleszins bevredigend voorkwamen, naar het kamp van zijn tegenstander, die hen echter door

uit de gevallen een algemeene aansprakelijkheid te destilleeren zonder een grens aan te geven, die toch ergens moet liggen, verder voerde dan zij zelf vermoedelijk hebben gewenscht. De strijd was een strijd over positief recht, een strijd vóór of tegen de bestaande jurisprudentie, voor dat geldend recht wellicht van beteekenis, maar voor het toekomstige weinig vruchtbaar. Oppenheim zelf verklaarde immers dat hij het recht dat naar zijn oordeel thans bestaat, geenszins wenscht te behouden, en omgekeerd zal Krabbe toch wel toegeven, dat het recht zooals hij het zich als bestaande denkt nog wel verbetering behoeft.

Had men zich dichter gehouden bij het thans bestaande, dat als uitgangspunt voor verdere ontwikkeling genomen, dan zou gebleken zijn, dat hier zich een reeks van vragen voordoet die thans weinig tot hun recht zijn gekomen. Vooreerst had men zich dan afgevraagd of onder het onrecht dat den Staat tot schadevergoeding verplicht ook overtreding van alleen voor de overheid geschreven normen moet worden gebracht. Of met andere woorden de „schuld" van den ambtenaar ook kan liggen in het niet behoorlijk vervullen van zijn bijzondere taak, in het niet opvolgen van de alleen voor hem geschreven regels. Verder gaat men, zie ik goed, in Duitschland niet. Daar stelt men den Staat aansprakelijk voor het delict van den ambtenaar. Er moet dus een delict bestaan in den zin van het Burgerlijk Wetboek; reeds daarom valt het ter vergadering genoemde geval van den man, die slecht onderwijs heeft genoten, er buiten. Wil men nu verder gaan, het begrip van onrecht dat tot reparatie verplicht uitbreiden? Er b.v. het door schuld veroorzaken van iedere vermogensvermindering onder brengen? Het is toch een vraag die wel eens speciaal mag worden onderzocht. Meent men waarlijk alles te kunnen oplossen door de woorden „buiten de orde" van den praeadviseur? Er zou zoo nog heel wat te vragen zijn. Ik zal het niet verder doen, waar ik enkel op wilde wijzen, is dat er vele vragen zijn, die ook na het principieele debat nog op beslissing wachten.

Eén wil ik er nog aanstippen. Het is die der schuld. In de privaatrechtelijke wetenschap is het reeds jaren een brandende kwestie of de aansprakelijkheid voor schadevergoeding geheel of gedeeltelijk los moet worden gemaakt van schuld. Zoowel in Frankrijk als in Duitschland en Oostenrijk is aan de vraag een geheele litteratuur gewijd, ook bij ons werd zij een en andermaal besproken. De schadevergoeding los van de schuld, zeide ik, eigenlijk is deze formulering niet geheel correct maar zij is de eenvoudigste om een heele reeks problemen samen te vatten: behoort in sommige gevallen ook bij rechtmatig handelen schadevergoeding te worden toegelegd, zoo ja, wanneer en op welke gronden, behoort de schadevergoeding los gemaakt te worden van het vereischte der toerekenbaarheid van de handeling en zoo meer. Nu doen zich dezelfde vragen ook voor als de schade door de overheid bij uitoefening van

zijn taak is toegebracht, ja voor de eerste hier bedoelde vraag geeft juist de verhouding van de overheid tot particulieren bij sommige handelingen een typisch voorbeeld. Men denke b.v. aan, naar later blijkt ten onrechte, opgelegde preventieve hechtenis, aan vernieling van eigendom, aan het daarvan weer geheel verschillende geval dat een straat wordt verlegd of verhoogd en daardoor — ook zonder dat eenig onrecht geschied is — de eigenaars der aanliggende per-ceelen schade lijden. Tusschen deze en de zuiver privaatrechtelijke gevallen, waar onrecht niet is gepleegd en toch ons rechtsbewust-zijn zich er noode bij neerlegt dat de schade blijvend zal rusten op hem, wien zij trof, bestaat nauwe verwantschap. Begrijpelijk dus dat civilisten die in dit onderwerp belang stellen, nieuwsgierig uitzagen wat de mannen van het publieke recht daarover zouden zeggen, wat er beslist zou worden. De uitkomst is echter een teleurstelling geweest, het onderwerp is nu en dan eens aangeroerd, maar meer ook niet, er is wel door sommigen terecht op het belang er van gewezen, maar een uitvoerige bespreking vond het niet. De eenige die er wat meer op inging was Mr. Levy, maar ook deze was weinig gelukkig. Hij zocht heil in een algemeen beginsel, dat der „risico" dat de schuld zou vervangen. Hij ontleende het aan Teisseire, maar had het ook hier te lande bij Bruins in zijn boven al aangehaald proefschrift kunnen vinden. Nu schijnt het mij, dat dat risicobeginsel: hij die gevaar vermeerdert moet voor de gevolgen instaan, wel de grondslag kan vormen voor bijzondere regelingen maar niet zelf tot algemeen geldenden rechtsregel kan worden verheven. Daarover valt echter te twisten. Voor het oogenblik is dat mijn doel niet. Ik vestig er nu slechts de aandacht op, dat zooals Levy het uitwerkt — en de uitwerking zegt alles, het woord zelf niets — er toch al heel weinig mee bereikt wordt. Het risico moet hij dragen, zegt hij, die niet nadenkt. Dat nu zoo iemand aansprakelijk moet zijn, werd ook reeds vroeger algemeen aangenomen, alleen sprak men van „schuld", niet van risico. Als voorbeeld wordt dan gesteld de koetsier, die niet bedenkt, dat hij rechts uit moet wijken en daarom links of heelemaal niet uitwijkt. Maar zou ik willen vragen, is dat niet juist een typisch voorbeeld van schuld? Wat heeft Levy anders gewijzigd dan het woord? Een geheel andere beteekenis krijgt de formule als hij dient om — zooals een Fransche rechter door Levy aangehaald deed, — een medicus aansprakelijk te stellen, die iemand met Röntgenstralen behandelde en daarbij, hoewel hem geen enkele technische fout was te verwijten, schade toebreacht. Mij schijnt echter deze uitspraak eerder afschrikkend dan aanlokkend.

Op dit alles ga ik niet verder in, ik stip het slechts aan om te doen gevoelen dat de behandeling ook van dit punt nu niet zóó is geweest, of de toch al niet veel zeggende uitspraak: van de schuld moet niet geheel los worden gemaakt en de schuld moet toch niet altijd moeten worden vereischt, mag nog wel eens worden herzien.

De privaatrechtswetenschap die begeerig naar wat hier voor haar zou kunnen afvallen het werken van den publiekrechtelijken dag gadeslaat, mag hopen dat het punt nog eens in het bijzonder wordt besproken. Liefst los van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, waarmee het volgens Gierke *) niets te maken heeft.

Het wordt thans tijd dat wij ons afvragen of in het geldend recht, zooals wij het beschreven, door aanneming van het thans aanhangig ontwerp wijziging wordt gebracht, maar daarvoor moeten wij eerst dat ontwerp zelf wat nader bezien.

VI.

Eén ding kan den schrijver der Memorie van Toelichting tot het Ontwerp over de onrechtmatige daad, dat thans bij de Tweede Kamer aanhangig is, grif worden toegegeven: de tegenwoordige rechtstoestand is weinig bevredigend, verandering is noodzakelijk. Er moet een mogelijkheid geschapen worden den toebrenger van schade aansprakelijk te stellen in gevallen, waarin hij thans vrij zal uitgaan. Tot zoover bestaat er, het is ook mijne meening, eenstemmigheid.

In welke richting nu die wijziging te zoeken? Uit ons overzicht van het geldend recht bleek dat onrechtmatig in de allereerste plaats is inbreuk op een privaatrecht of daarmee gelijk gestelde rechtsgoederen. Dergelijke inbreuk voor zoover zij vermogens-benadeeling in zich sluit, geeft op goed-maken van dat nadeel recht. Aldus naar ons recht, aldus ook reeds naar het Romeinsche, naar de *lex Aquilia*. waarvan wij niet zoo ver staan als Land b.v. meent, aldus ook naar menige buitenlandsche regeling, b.v. de Deutsche. Het ligt nu voor de hand dat als men uitbreiding wenscht der aansprakelijkheid, men in de eerste plaats het gebied der subjectieve rechten behoort te verruimen. Inderdaad meen ik dat zoo reeds een groot deel der thans gevoelde bezwaren zou worden ondervangen. Had onze wetgever b.v. het recht op den naam erkend, of had de rechter — zooals hij een enkele maal deed — in het algemeen vrijheid gevonden het bestaan van een dergelijk recht ook zonder uitdrukkelijke erkenning door den wetgever aan te nemen — heel wat gevallen van oneerlijke concurrentie, waar nu de op deloyale wijze in de uitoefening van zijn bedrijf benadeelde troosteloos uit de rechtszaal werd weggestuurd, zouden anders zijn beslist. Het is dan ook uiterst belangrijk na te gaan, hoe de Deutsche rechter bezig is buiten de wet om een subjectief recht op het bedrijf in het leven te roepen-), waardoor ieder een recht op schadevergoeding verkrijgt, die in de uitoefening van zijn bedrijf wordt gestoord, ook al valt die stoornis niet onder de be-

¹⁾ Pracadvies Deutsche Juristcndag 1906. bl?. 119.

²⁾ Vgl. Oertrunn in 7.iijn commentaar op het B. G. B. Recht der Schuldverhältniss-, ad § 823 no. 3b.

paalde omschrijving der wet op de oneerlijke concurrentie. Het is hier niet de plaats om dit uit te werken, het lag niet op den weg van *dit* ontwerp hier wijziging in ons recht te brengen, ik wilde evenwel de opmerking niet achterwege laten, omdat ik inderdaad geloof, dat daar waar eenmaal de betrekking tusschen een individu en eenig rechtsobject als een ieder ander uitsluitende door het rechtsbewustzijn wordt gevoeld, de vorming van een subjectief recht, erkenning dus der bevoegdheid zonder bepaalde omschrijving der plichten die daar tegenover staan, de eenig afdoende wijze is die rechtsbescherming te verleenen die het rechtsbewustzijn verlangt. Maar dit terloops. Geenszins wil ik beweren, dat naast die uitbreiding der subjectieve bevoegdheden een ruimer omschrijven van de objectief niet geoorloofde handeling overbodig zou zijn. Integendeel, dat is noodig en zal noodig blijven, ook wanneer men voor eenig gebied waarvoor de ruimere omschrijving thans vooral dienen zou, men tot erkenning van een subjectief recht is gekomen. Dan valt voor dat gebied de be-teekenis van het voorschrift waaraan wij denken weg, maar om dadelijk daarop of vroeger al zich weer ergens anders te doen gevoelen, waar handelingen geschieden die hoewel niet uitdrukkelijk verboden toch niet door den beugel kunnen, waar een recht behoort te bestaan, de schade uit dergelijke handelingen voortvloeiend te verhalen.

Vandaar dan ook dat, al is zeker op dit oogenblik het gebrekkige onzer regeling op het gebied der oneerlijke concurrentie het meeste voelbaar, toch door nieuwe bepalingen over dat onderwerp alleen de bestaande leemte geenszins zou zijn aangevuld. Dat leert het geval van de Zutphensche juffrouw, die de H. R. in het arrest dat ik eenige nummers geleden citeerde haar proces liet winnen. Te recht of niet, daar tred ik nu niet in, wat men er van denken moge, bevredigend was de uitspraak zeker niet. En toch bestaat hier niet de minste gelijkenis met een geval van oneerlijke concurrentie.

Er bestaat behoefte aan een *algemeene* bepaling, waardoor den rechter de mogelijkheid geopend wordt in niet voorziene gevallen, waar de wetgever niet heeft gesteld een uitdrukkelijk verbod en evenmin een recht is gekrenkt, een veroordeeling tot schadevergoeding uit te spreken, omdat de handeling toch van dien aard is, dat zij naar algemeene rechtsovertuiging een vergoedingsplicht met zich heeft te brengen.

In het contractenrecht heet het dat de overeenkomst niet alleen bindt tot wat er in staat maar ook tot wat de billijkheid meebrengt, dat zij te goeder trouw moet worden ten uitvoer gelegd. Daar erkent men dat er noch in de wet noch in het contract neergeschreven regels bestaan die partijen tegenover elkander behooren te eerbiedigen en dat de aangegeven sanctie van dien norm een verplichting tot vergoeding is. Maar ook tusschen personen, die

op andere wijze met elkaar in aanraking komen dan door een contractueele verhouding bestaat gelijke plicht, ook daar is dezelfde sanctie op haar plaats. Er is nu eenmaal een recht ook buiten de wet, dat niet in wettelijke bepalingen kan worden omschreven en de wetgever die dat negeert komt met het rechtsbewustzijn van het volk in botsing. Het is noodig dat de wetgever zich zelf corrigeert, daar een ruim gestelde bepaling eigenlijk schadeveroorzaking treft, ook waar zij niet door hem is voorzien en niet uitdrukkelijk verboden. Aan den rechter hier de schoone maar lastige taak de grenzen aan te geven, de wetgever kan slechts eenige aanwijzing verschaffen. Ik zal over dit alles zeer kort zijn. Het behoeft geloof ik voor het oogenblik niet te worden aangedrongen, althans men krijgt dien indruk als men ziet dat Simons b.v., die in zijn artikel in de *Themis* van 1902 nog met kracht een ander standpunt verdedigde, thans voelt, dat ook hij tegen de strooming niet op kan en zich noode gewonnen geeft ¹⁾, zij het met de voorspelling dat men later wel spijt zal krijgen over wat men thans wenscht. Daarom nog slechts deze opmerking over dit punt. Men beroept zich ter bestrijding dezer strooming, die ook in deze materie de rechter een groote vrijheid wil laten, op het gevaar dat de rechtszekerheid zou loopen. Nu erken ik het belang van de rechtszekerheid en ik geef toe dat hoe men de zaak ook formuleert zij altijd min of meer in het gedrang kan komen. De vraag is slechts of, als zij al geofferd wordt, dit niet geschiedt ter wille van hoogere belangen. Maar daar ga ik op dit oogenblik niet op in, ik wil er nu slechts op wijzen, dat wij reeds thans, niet alleen bij talrijke andere instituten, maar *hier*, in *deze* materie, dat zelfde gebrek aan rechtszekerheid hebben waarvoor men zoo vreest. Ik heb boven trachten aan te toonen, dat overal waar van aan schuld te wijten krenking van privaatrecht of ander rechtsgoed sprake is, de rechter het gedrag van de aangesproken persoon waardeert, het toetst aan regels die niet in de wet zijn neergeschreven maar die hij, rechter, opstelt juist zoo als hij zal doen als een nieuwe redactie hem dat in meerdere gevallen zal veroorloven. Het eenige verschil is dat thans die handeling een aantasting van bepaalde goederen ten gevolge moet hebben, terwijl men dan voldoende zal oordeelen als in het algemeen vermogensschade is toegebracht. Het *is een* verschil, maar is de taak van den rechter principieel anders? is er zooveel meer rechtszekerheid?

Uit het voorgaande volgt wel dat ik voor het doel van het ontwerp alle sympathie heb. Ik waardeer de indiening er van ten zeerste. Ik stel dit voorop omdat ik tegen de uitwerking ernstige bezwaren zal aanvoeren. Men kan mij niet van vooringenomenheid tegen het wetsvoorstel verdenken.

i) W. v. h. R. 9139.

De formule, waarmee het ontwerp de wenschen naar een ruimere aansprakelijkheid denkt te bevredigen, luidt aldus:

„Hij die door een onrechtmatige daad een ander schade toebrengt, is jegens hem tot schadevergoeding gehouden.

Onder onrechtmatige daad wordt verstaan een door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader" ¹⁾).

Dadelijk valt bij lezing van dit voorstel op dat bij de opsomming van wat onrechtmatig zal zijn, datgene ontbreekt wat men er in de allereerste plaats zou verwachten: de inbreuk op een recht en de schending van een rechtsplicht. De Minister meent dat deze onder de handelingen in strijd met de openbare orde zullen vallen. Blijkbaar verkeerde ook hij in den waan, dat de onrechtmatigheid naar de jurisprudentie van den H. R. uitsluitend bestaat in overtreding van bepaalde wettelijke voorschriften. Deze zou altijd met de openbare orde in strijd moeten heeten. Nu is ook dit betwistbaar, vooral waar men den term dikwijls gebruikt, niet om alle maar alleen om bepaalde (dwingende) wettelijke voorschriften aan te duiden, maar wat daarvan zijn moge, niet in het handelen tegen eenig concreet verbod, maar in de inbreuk op het recht van een ander ligt de kern der onrechtmatigheid naar de heerschende opvattingen. En dat deze niet onder de handelingen in strijd met de openbare orde is te brengen, wordt wat de aan schuld te wijten inbreuk betreft, bewezen door de Memorie van Toelichting zelf. Simons vestigde daar ook reeds de aandacht op. Immers de Minister acht vermelding van de zorg van den goeden huisvader noodzakelijk, omdat zonder deze de culpose zaakbeschadiging niet onder het voorgestelde artikel zou vallen. Is nu handhaving van den term „zorg van den goeden huisvader", althans in het verband waarin zij gebruikt wordt niet mogelijk — zooals ik straks hoop aan te toonen — dan volgt reeds hieruit dat het noodzakelijk is, wil men de aansprakelijkheid niet inkrimpen in plaats van uitbreiden, om bij de omschrijving van de onrechtmatigheid in de eerste plaats te behouden wat men thans heeft en *daarnaast* dan een nieuwe bepaling te stellen. Want dat de culpose zaakbeschadiging reeds thans tot vergoeding verplicht, is niet twijfelachtig.

Daarvoor pleit nog iets anders. De groote beteekenis die art. 1401 B. W. thans heeft voor de handhaving van subjectieve rech-

¹⁾ Een critisch beschouwing over het Ontwerp geeft Prof. Simons in W. v. h. R. 9139. Ik heb naar aanleiding daarvan mijn opmerkingen, voor zoover ik mij geheel bij Simons kan aansluiten, zeer bekort. Toch verval ik soms in herhalingen van wat al door hem is gezegd, wellicht kan dat voor de zaak geen kwaad en in ieder geval maakt het verband van mijn betoog — dat ik in hoofdzaak al had vastgesteld voor ik dat van mijn geachten ambtgenoot las — het somtijds onvermijdelijk.

ten heeft kans verloren te gaan — en dit zeker niet ten voordeele van ons rechtsleven — als wij enkel met strijd tegen de openbare orde en de goede zeden te doen krijgen. Er bestaat dan kans dat de rechter in de toekomst niet elke opzettelijke, niet van elders gerechtvaardigde inbreuk onrechtmatig zal heeten, omdat hij hem niet in strijd met de openbare orde zal oordeelen. Nergens komt dit beter uit dan juist bij de zoo terecht aangenomen aansprakelijkheid der overheid. Of is de kans niet groot dat een rechter een gemeentebestuur vrij zal laten uitgaan als B. en W. op grond van een onwettige verordening een huis hebben laten afbreken? „In strijd met de openbare orde. met de goede zeden”, of hoe men ook formuleert, al deze termen onderstellen dat de handeling op zichzelf beschouwd afkeurenswaardig, moreel niet te verdedigen was, kan men dat zeggen van een daad die ondernomen wordt volkomen te goeder trouw in de zeer plausible meening, dat zij rechtmatig was? En toch is een *recht* van een burger geschonden, mag het schadevergoedingsrecht niet verloren gaan.

Maar ook *naast* de onrechtmatigheids-omschrijving, zooals ik haar zou wenschen schijnt mij de term openbare orde niet gelukkig. Ik sluit mij ten dien aanzien geheel aan bij wat door Simons is betoogd.

Volgt: strijd met de goede zeden. Tegen dezen term heb ik minder bezwaar, al erken ik dat het argument dat de Minister aanvoert waarom hij hem bezigde, dat hij zoo dikwijls met de openbare orde in één adem wordt genoemd, ook mij niet gelukkig voorkomt. Maar op zichzelf schijnt hij mij niet zo bedenkelijk. Ik geloof niet dat tot heden een betere aan de hand gedaan is. Hij komt ook in § 826 van het Duitsche Wetboek voor, en mijn indruk van bestudeering der jurisprudentie is dat hij daar niet verkeerd heeft gewerkt. Het gaat er hier om. een term te vinden die uit den aard der zaak vrij vaag moet zijn, die den rechter de mogelijkheid opent, niet bepaald omschreven of te omschrijven daden te treffen, die én naar 's rechters eigen overtuiging niet mogen worden geduld en wier afkeuring ook in het rechtsbewustzijn hetzij van het volk in het algemeen, hetzij van een bepaalden kring steun vindt. Ik erken de uitdrukking „goede zeden” is niet onberispelijk, maar zij wijst toch in haar beide leden op beide eischen, de handeling moet in strijd zijn met de zeden, maar die zeden mogen worden gekeurd, het moeten zijn *goede zeden*. Elke term die men hier kiest heeft iets vaags en onzekers, deze lijkt mij niet slechter dan andere.

Eindelijk zorg van den goeden huisvader. Ook een doen of laten in strijd met deze zorg zal onrechtmatig zijn. Simons heeft ook tegen dezen term ernstige bezwaren, ook ik kan mij met de voorgestelde redactie niet vereenigen, al zijn mijn gronden gedeeltelijk andere. Om deze duidelijk te maken is een kleine uitweiding over de schuldvraag noodzakelijk. Het voorstel vermeldt

het schuldelement enkel door te zeggen dat handeling of laten door schuld veroorzaakt moet zijn. Nu is handeling „door schuld veroorzaakt" valsch gedacht, ik vermoed dat een zoo scherpzinnig man als de Minister dit zelf wel zal inzien en zwijg dus verder over de redactie. Belangrijker is, dat door die redactie de schuld alleen betrokken wordt op de handeling of het laten, niet op de schade. Of nu dat wel zoo bedoeld is, betwijfel ik. Immers artt. 1405 en 1406 spreken van degeen „aan wiens schuld te wijten is dat de schade toegebracht wordt" en schijnen dus wel verband tusschen schuld en schade te verlangen, het is niet waarschijnlijk, dat men heeft willen onderscheiden. Maar wat daarvan zijn moge, Simons' opmerking is juist, art. 1401 eischt niet dat de schade zelf voorzien is, is de daad dus slechts in strijd met openbare orde of goede zeden, dan zal niet-voorzien schade, mits door die daad veroorzaakt, recht op vergoeding geven. Hoe is 'het daarmee naar geldend recht? Art. 1401 B. W. legt verband tusschen schade en schuld, niet enkel de daad moet aan schuld te wijten zijn¹⁾, in-tusschen dient daarbij opgemerkt, dat voor zoover het de krenking van een subjectief recht, de aanranding ook van lijf of leven betreft, de jurisprudentie enkel vereischt dat die aantasting zelf voorzien is, aan schuld is te wijten. Bij deze interpretatie, die voor doodslag en kwetsing in artt. 1406 en 1407 steun vindt²⁾, beschouwt men blijkbaar de inbreuk zelf, de aantasting van het recht als de schade. Of al voorzien is dat die krenking een vermogensvermindering voor den benadeelde met zich bracht, is onverschillig. Ook te dezen aanzien bestaat dus belangrijk verschil tusschen het geldend en het ontworpen recht. Brengt men zooals ik zou wenschen de formule der rechtspraak naar de wet over, dan zou daarbij kunnen uitkomen dat de *inbreuk* aan schuld te wijten moet zijn. Voor de daaronder niet te brengen gevallen van overtreding van wetsvoorschriften zou het dan bij het oude kunnen blijven, dat de schuld behalve op de handeling ook op de schade betrokken moet worden. Doch keeren wij nu eerst terug naar de zorg van den goeden huisvader en naar Simons' bezwaar.

Simons maakt een scheiding tusschen het onrechtmatigheids-element en de leer van de culpa. De zorg van den goeden huisvader, zegt hij, behoort bij de laatste. Spreekt men dus van een aan schuld te wijten handeling, welke strijdig is met de zorg van een goed huisvader „dan gewaagt men tweemaal van het schuld-besef, doch zwijgt van het objectieve element der onrechtmatigheid ". Het eerste ben ik wel, het tweede niet met den geachten Redacteur van het *Weekblad voor het Recht* eens. De schrijver haalt te dezer plaatse mijn beschouwingen in het tweede hoofdstuk van dit artikel aan, ik meen daar te 'hebben aangetoond dat

¹⁾ Onjuist acht ik dan ook bij nader inzien hetgeen door mij hierover is be-
toogd in R. M. 1902, blz. 423. (Zie Verz. Geschriften IV. blz. 39).

²⁾ Vgl. Simons in Themis 1902, blz. 81, 82.

in het schuld-begrip (schuld dan in engeren zin, niet in opzet) een onrechtmatigheidselement zit. Als de schuld in dezen zin wordt vastgesteld, wordt uitgemaakt dat tegen een norm is gezondigd, tegen dien ongeschreven gedragsregel, dien de rechter beslist dat had moeten worden in acht genomen. Ik zal dit nu niet verder uitwerken maar verwijs naar mijn vorige beschouwingen. Ik kan dit te eerder doen omdat ook ik, zij het dan op anderen grond, twee ernstige bezwaren tegen opneming der uitdrukking heb.

In de eerste plaats dan mis ik hier vooral het verband tusschen schade en schuld. Simons heeft, ik zeide het reeds, volkomen gelijk als hij opmerkt dat naast de schuld de zorg van den goeden huisvader double emploi verricht. Het komt dan ook op hetzelfde neer of men zegt „schade veroorzaakt door een aan schuld te wijten handeling die in strijd is met de zorg van een goed huisvader moet worden vergoed" of enkel „schade veroorzaakt door een aan schuld te wijten handeling moet worden vergoed". Op de schuld komt dan alles aan. Maar juist daardoor komt uit, dat het toch niet juist kàn zijn om elk verband tusschen schade en schuld te verbreken en dat er dus in ieder geval zou moeten staan „aan schuld te wijten schade moet worden vergoed". Schuld en onrechtmatigheid zijn hier niet te scheiden, maar juist omdat het onrechtmatige in het door schuld veroorzaken van het gevolg ligt, moet hier de schuld op de schade worden betrokken. Het is hier als het ware een logische eisch. Mij schijnt het onaannemelijk dat ieder onbehoorlijk handelen zou verplichten tot vergoeding, ook al was bij het handelen schade in het geheel niet te voorzien. Het onbehoorlijke, en daarom onrechtmatige, houdt met dat voorzien zijn verband.

Maar ook zoo geamendeerd zou ik de bepaling niet kunnen aanbevelen. Want ook dit — en dat is mijn tweede bezwaar — gaat mij nog te ver. En waarschijnlijk den Minister ook. Waarom anders openbare orde en goede zeden opgenomen? De Minister had volkomen hetzelfde kunnen bereiken als hij nu bereikt ¹⁾ door de zorg van den goeden huisvader te vermelden door het geheele tweede lid weg te laten en in het eerste eenvoudig in te voegen na „door een onrechtmatige daad" „of door zijn schuld". Ik weet wel dat de formule zoo zeer dicht nadert aan de Fransche van art. 1382 O, waar ook alle nadruk op de fouten wordt gelegd, maar ik betwijfel toch of het wel gewenscht is zoover te gaan, als de Fransche rechter een enkele maal doet. Meest echter verlangt ook deze dat eenig recht is geschonden, al is hij met het aannemen van zulk een recht wel eens zeer vrijgevig. Men bedenke wel, is een privaatrecht geschonden, heeft het onbehoorlijk

¹⁾ Behoudens dan dat het Ontwerp verder gaat door het schuldverband zelfs niet te verlangen.

handelen inbreuk veroorzaakt op den eigendom, is een zaak beschadigd, iemand in eenig absoluut recht te kort gedaan, heeft hij schade geleden aan zijn lijf, dan bestaat de aansprakelijkheid voor onbehoorlijk handelen ook reeds thans. Gaat men daarbuiten dan zal *elke* vermogensvermindering, *elke* winstderving, die aan schuld te wijten is tot vergoeding verplichten. Bestaat daaraan behoefte, bestaat er integendeel niet gevaar dat de bewegingsvrijheid van den individu daardoor belangrijk zal worden beperkt? Het Deutsche recht bepaalt de aansprakelijkheid voor de illoyale handeling tot de gevallen waar de schade *opzettelijk* is veroorzaakt. Laat men de zeer uitgebreide jurisprudentie eens nagaan, ik geloof niet dat men kan beweren dat daar de verantwoordelijkheid te eng wordt opgevat. Het lijkt mij zoo rationeel naast de bescherming van bepaalde wettelijk erkende rechtsgoederen tegen *elke* inbreuk de algemeene vermogensbescherming enkel tegen *opzettelijke* aanrandingen te verleenen. Behalve door die algemeene vermogensbescherming zal de nieuwe bepaling practisch zich verder doen gevoelen doordat zij de aansprakelijkheid voor „laten" uitbreidt. Maar juist hier is een schuldverband, speciaal opzet m. i. strikt noodzakelijk. Een plicht tot handelen, waar men zich daartoe niet zelf verbond, mag niet te licht worden aangenomen. Dat schijnt mij te groote beperking van vrijheid en aankweeking van bemoeizucht. Kan hier het vereischte van het opzet niet een uitnemend correctief zijn? Ik vermoed, — uit de vermelding van de culpose zaakbeschadiging maak ik het op — dat men aan het geval van Zutfen heeft gedacht. Toch geloof ik dat dit geen moeilijkheid zou hebben opgeleverd als men de bepaling over de goede zeden had. Het gedrag van dengeen, die gewaarschuwd, dat bij zijn onderbuurman een overstrooming is, weigert de gemeenschappelijke waterkraan die onder zijn bereik is af te sluiten, zou ik stellig in strijd met de goede zeden noemen. En de schade werd opzettelijk veroorzaakt, men moet niet denken aan wat de criminalisten „opzet als oogmerk" noemen, een bewustzijn van de noodzakelijkheid van schade is voldoende. Ook Deutsche schrijvers noemen het niet te hulp komen waar men dat redelijkerwijze mag verwachten in strijd met de goede zeden en passen § 826 toe. In het Zutfensche proces zat het bijzondere van het geval in de verhouding van den benadeelde en den aangesprokene als boven- en onderbuurman. Deze feitelijke verhouding brengt evenals die van buurlieden die door een verticale lijn gescheiden zijn. zekere verplichtingen tegenover elkaar mee. Niet een verkeerd handelen in het algemeen was de gedaagde te verwijten, maar een verkeerd handelen tegenover den ander, den benadeelde. Maar juist deze eigenaardigheid van dit geval, en van dat andere, kan slechts tot haar recht komen als men naast de onbehoorlijkheid eischt dat de handelende met het ontstaan van schade voor den benadeelde bekend was.

Ook dus de aansprakelijkheid voor laten dwingt tot het ver-eischen van opzet op de schade.

Als ik dus ten slotte mijne bezwaren wil resumeeren en daarbij tracht opbouwend te werk te gaan, dan geloof ik dat het beste te doen door de redactie die mij gewenscht voorkomt, aan den Minister in overweging te geven.

Ik zou dan willen lezen:

I. Hij die opzettelijk inbreuk maakt op eens anders privaatsrecht of aan wiens schuld een dergelijke inbreuk is te wijten is verplicht de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden.

Onder inbreuk op een privaatrecht is het veroorzaken van den dood of van lichamelijke letsels mede begrepen.¹⁾

II. Gelijke verplichting rust op hem die door te handelen of na te laten te handelen in strijd met de wet of met de goede zeden een ander opzettelijk schade toebrengt.

Is gehandeld in strijd met de wet dan bestaat de verplichting tot vergoeding ook, indien de schade aan schuld is te wijten.

Opmerking. Het was mijn voornemen aan de andere bepalingen van het Ontwerp nog een afzonderlijk artikel te wijden. Nu de dagbladen echter het bericht brengen dat het Ontwerp dadelijk na de bijeenkomst der Tweede Kamer op 9 Mei in de Afdeelingen zal worden behandeld, is het beter reeds thans datgene te zeggen waarop ik vooral de aandacht wilde vestigen. Wellicht is er later gelegenheid voor een meer uitvoerige beschouwing.

Ik laat dus thans de rest waaronder veel dat ik kan toejuichen, ter zijde en zet slechts uiterst beknopt mijn hoofdbezwaren uiteen. Deze raken: 1°. de weglating van het tegenwoordige art. 1405, 2°. de vervanging van het tegenwoordige art. 1404 door het nieuwe voorgestelde art. 1406. Beide bezwaren hangen samen, omdat beide betreffen de volkomen miskennis door het Ontwerp van de tegenwoordige strooming ook buiten schuld bij rechtmatig handelen een aansprakelijkheid te eischen. Ik herinnerde er reeds boven aan, dat er een uitgebreide litteratuur der laatste 10, 20 jaar bestaat, waarin werd gewezen op de talrijke bepalingen waarin reeds thans dergelijke aansprakelijkheid door de wet is erkend en waarin op uitbreiding daarvan werd aangedrongen. Niet enkel het delict, het onbehoorlijke handelen behoort grond van schadevergoeding te zijn, er kunnen talrijke andere gronden zijn de eenige schade niet te doen dragen door hem, dien zij trof. Ik kan dat nu niet uitwerken maar neem de vrijheid te verwijzen naar mijn eigen proefschrift en dat van G. W. J. Bruins, hierboven reeds aangehaald. Het zou inderdaad de moeite geloond hebben bij het aanhangig maken van dit Ontwerp na te gaan of niet een aansprakelijk stellen in bepaald omschreven gevallen buiten on-

*) Behoud van art. 1406 B. W. met schrapping der woorden de door zijn arbeid enz. ter aanwijzing van den kring der gerechtigden schijnt gewenscht.

rechtmatige daad en buiten schuld gewenscht zou zijn, men denke aan schade door de industrie, bij het verkeer door automobielen enz. De ontwerper liet jammer genoeg de geheele stof liggen, daarom wil ik daarop thans niet aandringen, maar wel wil ik mij er krachtig tegen verzetten dat twee thans bestaande gevallen van dergelijke aansprakelijkheid buiten schuld zullen verdwijnen.

Daarvoor is niet de minste grond.

Artt. 1404 en 1405 bevatten beide een aansprakelijkheid buiten schuld. Ik zal dit hier niet verder uiteenzetten maar verwijs naar mijn dissertatie en naar Bruins en de daar aangehaalde schrijvers en jurisprudentie. Nu weet ik wel dat de jurisprudentie telkens weer van „schuld" spreekt, maar bij nauwkeurige beschouwing van de uitspraken der rechterlijke macht blijkt voldoende, dat hier een vasthouden aan een theoretische constructie niet een praktisch werkelijk verlangen van schuld is te vinden. Men zie de aantekening over een arrest van het Hof te Amsterdam in dit nummer¹).

Het ontwerp stelt hier een presumptie van schuld, maar laat disculpatiebewijs toe. Daardoor wordt als meer in dergelijke gevallen wel praktisch dikwijls een schadevergoeding ook buiten schuld mogelijk gemaakt, maar theoretisch wordt toch de grondslag verschoven. En praktisch kan dat ook ernstige gevolgen hebben. Waartoe deze verandering? In Duitschland heeft men haar in 1908 speciaal ten aanzien der schade door dieren toegebracht ook gemaakt maar daar heerschte een algemeene ontevredenheid over de jurisprudentie in deze materie. Is daarvan bij ons iets gebleken? Maar waarom dan iets veranderd? Waarom tegen een toch zoo gerechtvaardigde en krachtige strooming ingegaan?

In één opzicht gaat art. 1406 verder dan de tegenwoordige wet in de door mij gewenschte richting, door naast de schade door een dier in het algemeen schade door een zaak veroorzaakt te noemen. Door de presumptie kan ook hier iets bereikt worden. Maar toch vrees ik, dat zóó de zaak niet kan worden opgelost, wanneer is een schade door een zaak veroorzaakt? Als een automobiel iemand aanrijdt veroorzaakt dan dat rijtuig die schade? Komen wij zoo niet in onoverkomelijke moeilijkheden? De ontwerper raakt hier het belangrijke probleem der schadevergoeding buiten schuld, maar het is slechts een raken, is het niet beter het of te laten voor wat het is of au fond te behandelen? Zouden wij dat niet van een uitnemende kracht als deze Minister van Justitie mogen verwachten?

Eindelijk: de redactie van art. 1406 (en ook dus van de artt. 1404 en 1405) schijnt mij weinig fraai. Men bedoelt iemand aansprakelijk te stellen voor een schade niet door zijn daad veroorzaakt, maar waarom zegt men het dan niet? waarom de ongelukkige fictie dat degene de schade heeft toegebracht die haar niet heeft toegebracht?

•) \V. P. N. R. 2158.

