



## De lex Aquilia en de moderne onrechtmatige daad

C.J.H. Jansen\*

### 1 INLEIDING

Een mens heeft in bijna elke westerse samenleving, zowel in die van vroeger als nu, een grote handelsvrijheid. Bij het ontplooiën van zijn activiteiten komt het soms voor dat hij een ander schade toebrengt. De vraag rijst of de schadeveroorzaker verplicht is om die schade te vergoeden. Een dergelijke plicht wordt in het recht niet zo maar aangenomen. Gaius onderscheidde voor het Romeinse recht van zijn tijd twee categorieën, waaruit een plicht tot schadevergoeding voortvloeide: 'Iedere verbintenis ontstaat [...] of uit contract of uit delict.'<sup>1</sup> In deze bijdrage gaat het om de laatste categorie: wanneer is iemand aansprakelijk uit delict? Het antwoord op deze vraag kan men laten steunen op een afweging van twee gezichtspunten in het delictsrecht. Het ene is: ieder draagt zijn eigen schade.<sup>2</sup> Het andere is: berokken een ander geen schade.<sup>3</sup> Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is het vaststellen van gevallen, waarin een delict als grondslag van een eventuele aansprakelijkheid jegens een derde dient, zodat de schade kan worden verplaatst van de gelaedeerde naar de dader. Sieburgh spreekt over het zoeken naar een evenwicht, dat afhankelijk is van het gewicht dat aan beide gezichtspunten wordt toegekend.<sup>4</sup> In het Romeinse recht waren enkele voorbeelden aan te treffen, waarin iemand zijn eigen schade draagt. Gaius betoogde dat degene die zonder schuld of boos opzet, maar per ongeluk (*casu*) schade teweegbrengt, 'ongestraft' blijft.<sup>5</sup> Alfenus gaf een vergelijkbaar antwoord, toen hem werd gevraagd of de eige-

naar van een slaafje dat tijdens een spel zijn been brak na een harde duw kon procederen op grond van de *lex Aquilia*. Dit was niet mogelijk, '[...] omdat het ongeluk veeleer door toeval (*casu*) dan door schuld geacht moest worden te zijn gebeurd'.<sup>6</sup>

Het Romeins- en tevens modernrechtelijke uitgangspunt van afweging van de beide genoemde gezichtspunten is niet zonder kritiek gebleven. De natuurrechtsgeleerde Chr. Thomasius (1655-1728) zag het 'een ander geen schade berokkenen' als het dragende (natuurrechtelijke) beginsel van het delictsrecht, waaruit hij afleidde dat iedere schade vergoed moest worden, zelfs al ontstond die bij toeval. 'It is not only equitable but even just that I should make good damage done by accident.' Als bijvoorbeeld iemand per ongeluk andersmans kristallen glas uit zijn handen laat vallen, is hij naar Thomasius' opvatting voor de schade aansprakelijk. Het was zijn nieuwsgierigheid waardoor het glas viel, niet de nieuwsgierigheid van de eigenaar.<sup>7</sup> Een afweging van beide gezichtspunten leidt naar moderne maatstaven vermoedelijk tot een ander resultaat. Roelvink behandelt het geval dat iemand schade toebrengt aan een tapijt, doordat hij tijdens een gesprek per ongeluk een wijnglas omstoot. Volgens hem hangt het af van de mate van zorgvuldigheid, die in een specifieke situatie mag worden verlangd, of de schade vergoed moet worden. Hoewel Roelvink zich niet uitdrukkelijk uitlaat, lijkt het erop dat naar zijn mening de eigenaar van het tapijt zijn eigen schade moet dragen. In een vergelijkbaar geval, het in de val omstoten van een vaas, heeft de Raad van Toezicht op het Schade-

\* Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit Nijmegen, tevens bijzonder hoogleraar Romeins Recht aan de UvA.

1 Gai. Inst. 3,88. '(...) omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.'

2 Gai. Inst. 3,21; D. 50,17,23; Cod. Iust. 4,24,9. Het betreft het adagium: *casum sentit dominus* (toeval is voor risico van de eigenaar). Vgl. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer 1997. Een variant is *res perit domino*.

3 *Alterum non laedere*, D. 1,1,10,1.

4 Zie: C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 9 e.v.

5 Gai. Inst. 3,211. 'Itaque inipunitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit.'

6 D. 9,2,52,4. 'Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.'

7 Chr. Thomasius, *Larva Legis Aquiliae* [etc.], edited and translated by M. Hewett, Oxford-Portland, Oregon 2000, par. IV.

verzekeringsbedrijf geoordeeld dat er geen grond voor aansprakelijkheid aanwezig was.<sup>8</sup>

*De Romeinen kenden voor alle  
privaatrechtelijke rechtsgebieden  
een gesloten stelsel van acties*

Het Romeinse recht maakte onderscheid tussen strafbare gedragingen jegens de gemeenschap (de *crimina publica*) en vergrijpen tegen het individu, zijn familie of vermogen (de *delicta privata*). Het woord delict is herleidbaar tot het Latijnse werkwoord *delinquere*, een fout begaan of misdoen. De delicten vielen onder het privaatrecht en zij kwamen in een burgerlijk proces aan de orde. Het Romeinse recht kende overigens geen algemene onrechtmatigedadaatsregeling, maar alleen afzonderlijke gevallen van delict: *furtum* (het heimelijk wegnemen van iemands roerende zaak, voor het gemak vaak als 'diefstal' vertaald), *damnum iniuria datum* (foutief toegebrachte schade, meestal aangeduid als 'zaaksbeschadiging'), *iniuria* (kwetsing van vrije personen) en *rapina* (roof). Deze opsomming was limitatief: de Romeinen kenden nu eenmaal voor alle privaatrechtelijke rechtsgebieden een gesloten stelsel van acties.

In deze bijdrage zal het gaan over het delict *damnum iniuria datum*, dat wordt beschouwd als de voorloper van de moderne onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het uitgangspunt is de *lex Aquilia*, een besluit van de Romeinse volksvergadering uit 287 of 286 voor Christus, genoemd naar zijn voorsteller, de volkstribuun Aquilius. Zoals D. 9,2,1,pr. al aangaf: de *lex Aquilia* had alle wetten die in de daaraan voorafgaande periode over foutief toegebrachte schade handelden hun kracht ontnomen, zowel de Wet der Twaalf Tafelen als iedere andere wet.<sup>9</sup>

## 2 AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN DE LEX AQUILIA

De inhoud van de *lex Aquilia* is kenbaar uit de Instituten van Gaius (3,210-219), de Instituten van Justinianus (4,3,pr.-16) en vooral de Digestentitel 9,2. Het overgrote deel van deze titel is ontleend aan het werk van de Romeinse juristen Ulpianus en Paulus.<sup>10</sup>

De *lex Aquilia* bevat drie hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk handelt over het doden van andermans slaven en viervoetig vee.

*Gai. D. 9,2,2,pr*

In het eerste hoofdstuk van de *lex Aquilia* wordt bepaald: 'Hij die andermans slaaf of slavin dan wel andermans viervoetig tot het vee behorend dier onrechtmatig heeft gedood zal verplicht zijn om aan de eigenaar zoveel geld te betalen als die zaak in dat jaar maximaal waard is geweest.'<sup>11</sup>

Het tweede hoofdstuk van de *lex Aquilia* was in de tijd van Ulpianus al in onbruik geraakt. Het had betrekking op een bijzonder geval van schade, dat ik verder buiten beschouwing laat.<sup>12</sup> Het derde hoofdstuk van de wet ten slotte regelde alle overige gevallen van schade, ontstaan door *urere* (verbranden), *frangere* (breken) of *rumpere* (vernielen), kortom van zaaksbeschadiging.

*Ulp. D. 9,2,27,5*

In het derde hoofdstuk bepaalt diezelfde *lex Aquilia*: 'Met betrekking tot de overige zaken – afgezien van dode slaven en gedood vee – zal iemand als hij een ander schade heeft toegebracht doordat hij onrechtmatig heeft verbrand, gebroken of vernield, verplicht zijn om aan de eigenaar zoveel geld te betalen als die zaak waard zal zijn in de naaste dertig dagen.'<sup>13</sup>

De toepasselijke actie was de *actio legis Aquiliae*. Zij had een bijzonder karakter. Degene die in de oude

8 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 12-14; H.L.J. Roelvink, 'Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes', in: *CJHB Brunner-bundel*, Deventer 1994, p. 331-333.

9 D. 9,2,1,pr. 'Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.' De in de tekst gebruikte vertaling is ontleend aan: J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, Zutphen: Walburg Pers. Alle vertalingen van Digestenteksten in deze bijdrage zijn aan deze uitgave ontleend.

10 Domitius Ulpianus was afkomstig uit Tyrus in Libanon. Hij leefde in de derde eeuw na Christus. Hij heeft vooral bekendheid gekregen door zijn twee hoofdwerken, een commentaar op het praetorisch edict (*Libri ad Edictum*) en een commentaar op het *ius civile*, het Romeinse wetten- en gewoonterecht (*Libri ad Sabinum*). Ulpianus was als gardedirect 'regeringsleider' van het Romeinse rijk. Hij is vermoedelijk in 223 n.Chr. door

de praetorische garde vermoord. Julius Paulus, een tijdgenoot van Ulpianus, schreef eveneens een commentaar op het praetorisch edict (*Libri ad Edictum*) en op het *ius civile* (*Libri ad Sabinum*). Hij heeft echter veel meer geschreven (zo'n 86 titels in totaal), in het bijzonder ook over het procesrecht. Paulus is in de nevelen van de geschiedenis verdwenen. W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen. Vijf Romeinse juridische biografieën*, Deventer 1998, p. 83 e.v. resp. p. 115 e.v.

11 Gai. D. 9,2,2,pr. 'Lege Aquilia capite primo cavetur: "ut qui servum servamve alienum alienamve quadruplem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto."'

12 Ulp. D. 9,2,27,4. De inhoud van het tweede hoofdstuk is overigens kenbaar uit Gai. Inst. 3,215.

13 Ulp. D. 9,2,27,5. 'Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit frigerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto."'

Romeinse tijden een *delictum privatum* had be- gaan, was blootgesteld aan de wraak van zijn slachtoffer (of familie). In latere tijden heeft het slachtoffer (of zijn familie) echter genoeg moeten nemen met een afkoopsom, een geldboete. Een delict stelde de dader dus bloot aan een poenale, dat wil zeggen op boete gerichte rechtsvordering. De *actio legis Aquiliae* had evenwel niet een volledig poenaal karakter. Zij was tegelijkertijd reipersecutoir, ofwel op schadevergoeding gericht. In de boete was vergoeding van de door de onrechtmatige gedraging veroorzaakte vermogensschade inbegrepen. Vandaar dat de *actio legis Aquiliae* een gemengde actie wordt genoemd. Aan een dergelijke actie waren bepaalde kenmerken verbonden. Zij was bijvoorbeeld passief onovererfelijk. Dit betekende dat de erfgenamen van de schadeveroorzaker niet konden worden aangesproken: alleen de dader zelf moest boeten. De *Aquiliaanse* actie kon noxaal worden ingesteld. De aangesprokene had dan de keus de dader (een persoon, die zich onder zijn gezag bevond, bijvoorbeeld een zoon of een slaaf) aan het slachtoffer uit te leveren of de boete te betalen, alsof hij zelf de dader was.<sup>14</sup> In het vervolg van deze bijdrage ga ik alleen in op hoofdstuk 3 van de *lex Aquilia*.

### 3 DAMNUM INIURIA DATUM (FOUTIEF TOEGEBRACHTE SCHADE)

Voor het vaststellen van het toepassingsbereik van het delict *damnum iniuria datum* is het noodzakelijk de reikwijdte van de drie met name genoemde gedragingen (*urere*, *frangere* en *rumpere*) en van *iniuria* te achterhalen. Dit zal met betrekking tot het laatste begrip nog niet zo eenvoudig blijken te zijn. Voor aansprakelijkheid op grond van de *lex Aquilia* was vereist dat deze gedragingen op een wijze plaatsvonden, die tevens *iniuria* was.

#### 3.1 De drie gedragingen

In de Digesten werden voorbeelden genoemd, aan de hand waarvan enig idee kan worden gekregen van de betekenis van deze gedragingen. Er was bijvoorbeeld sprake van *urere* (verbranden), indien iemand een fakkel tegen andermans slaaf heeft gegooid en hem brandwonden heeft bezorgd. Hij was dan aansprakelijk jegens de eigenaar van de slaaf. Onder *urere* viel ook het in brand steken van

andermans boomgaard of hofstede.<sup>15</sup> *Frangere* (breken) werd vrij letterlijk genomen, bijvoorbeeld het geval dat een handwerksman bij de bewerking van een vaas deze door ondeskundigheid brak. Maar de term had een ruimere betekenis: er was eveneens sprake van *frangere*, als iemand de deur van mijn huis had ingetrap of opengebroken.<sup>16</sup> Tot slot bevatten de Digestenteksten enkele gevallen van *rumpere* (vernieren).

*Ulp. D. 9,2,27,17*

Wij zullen in ieder geval aannemen dat het begrip 'vernieren' van toepassing is als iemand verwond heeft, of met takken, riemen, of zijn vuisten geslagen heeft, of met een wapen of iets anders, zodat het lichaam opengereten werd, of een zweer heeft veroorzaakt, maar alleen dan als de schade onrechtmatig is toegebracht. [...] Als iemand kleren gescheurd of vuil gemaakt heeft, is hij op grond van de *lex Aquilia* aansprakelijk, met het argument dat hij 'vernield heeft'.<sup>17</sup>

De Romeinse juristen legden het begrip *rumpere* ruim uit, zo ruim zelfs dat het alle genoemde gedragingen, ook verbranden en breken, ging omvatten.

*Ulp. D. 9,2,27,13*

De wet zegt 'ruperit' ('heeft vernield'). Bijna alle oude juristen hebben deze term begrepen in de zin van 'corruperit' ('heeft bedorven').<sup>18</sup>

Kortom, elke vorm van bederf die schade tot gevolg heeft gehad of, met andere woorden, elke waardevermindering van een zaak, leidde tot een aansprakelijkheid op grond van de *lex Aquilia*, indien de schade met *iniuria* was toegebracht.

*Elke vorm van bederf die schade tot gevolg heeft gehad leidde tot een aansprakelijkheid op grond van de lex Aquilia, indien de schade met iniuria was toegebracht*

#### 3.2.1 Iniuria

De meest algemene aanduiding van *iniuria* was: met onrecht, niet overeenkomstig het recht.

<sup>14</sup> Zie in het algemeen: Kaser-Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971, '50 II; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992), p. 914 e.v.; J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 2003, V 64-65.

<sup>15</sup> *Ulp. D. 9,2,27,6-7*.

<sup>16</sup> *Ulp. D. 9,2,27,29* en 31.

<sup>17</sup> *Ulp. D. 9,2,27,17*. 'Rupisse eum utique accipiemus, qui vulnera-

verit, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corporis, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est.' *Ulp. D. 9,2,27,18*. 'Si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur.'

<sup>18</sup> *Ulp. D. 9,2,27,13*. 'Inquit lex "ruperit". Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt "corruperit".' Zie ook Gai. *Inst.* 3,217.

Justinianus omschreef althans dit begrip in zijn Instituten in deze zin:

*Just. Inst. 4,4,pr*

Onrecht wordt in het algemeen alles genoemd wat niet met recht geschiedt.<sup>19</sup>

Deze omschrijving was eveneens terug te vinden bij Ulpianus.

*Ulp. D. 9,2,5,1*

Onrechtmatig handelen moeten wij hier niet opvatten als een soort beledigend handelen, zoals bij de krenkingsactie, maar als iets dat niet overeenkomstig het recht is geschied, d.w.z. in strijd met het recht, dat is wanneer iemand met schuld doodt.<sup>20</sup>

Wat betekende echter 'niet overeenkomstig het recht'? Uit de bronnen komt naar voren dat de Romeinse juristen – in moderne bewoordingen – daaronder zowel de onrechtmatigheid van de gedraging als de schuld (de verwijtbaarheid van de schadetoebrenger) begrepen, hoewel zij beide noties niet expliciet onderscheidde.

### 3.2.2 Onrechtmatigheid

Iedereen die brandde, brak of vernielde, handelde in beginsel onrechtmatig, tenzij de omstandigheden van het geval een rechtvaardiging boden voor dit handelen.<sup>21</sup> Deze rechtvaardiging kon worden gevonden in de toestemming van de eigenaar, maar ook in de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, zoals overmacht of noodweer. Ik ga kort in op de laatstgenoemde grond. Noodweer wordt wel omschreven als geoorloofde eigenrichting ter verdediging van lijf, leven of goed tegen een onrechtmatige gedraging van een ander. De beschrijving van de Romeinsrechtelijke regeling van noodweer was te vinden in D. 9,2,52,1. De feiten van het geval waren eenvoudig. Er deed zich in middernachtelijk Rome een vechtpartij voor tussen de waard van een herberg en een voorbijganger. Deze had een lampje weggenomen van een toonbank langs het trottoir. De waard greep de voorbijganger vast om het lampje terug te pakken. Deze begon met een zweep te slaan, waaraan een scherpe punt zat. De waard stond zijn mannetje en tijdens het hand-

gemeen sloeg hij degene die het lampje had meegenomen een oog uit. Hij vroeg advies aan de jurist Alfenus Varus of hij geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht. Hij had immers niet als eerste geslagen. Het advies van Alfenus aan de waard luidde als volgt:

*Alf. D. 9,2,52,1*

Ik heb geantwoord dat hij, gesteld dat hij het oog niet opzettelijk had uitgeslagen, niet geacht kon worden onrechtmatig schade te hebben toegebracht; dat immers de schuld lag bij degene die als eerste met de zweep had geslagen; maar dat het, als hij niet eerst door hem was geslagen, maar begonnen was met vechten toen hij probeerde hem het lampje af te nemen, geacht moet worden te zijn geschied door de schuld van de waard.<sup>22</sup>

Uit de tekst wordt meestal afgeleid dat degene die zich verdedigde tegen een – wij zouden nu zeggen – ogenblikkelijke en wederrechtelijke aanranding, niet foutief heeft gehandeld. De waard handelde niet verwijtbaar onrechtmatig, omdat de ander als eerste heeft geslagen. Indien de dader echter met opzet het oog van de voorbijganger had uitgeslagen, zou hij wel aansprakelijk zijn geweest op grond van de *lex Aquilia*. Hetzelfde gold, als hij zelf als eerste een klap had uitgedeeld en de ander niet was begonnen met vechten. In dat geval stond het middel (het uitdelen van zodanige klappen die oogletsel bij de voorbijganger teweegbrengen) niet in verhouding tot het doel (het voorkomen van zaakschade aan een zaak van slechts geringe waarde). Het slaan was bovendien evenmin het meest aangewezen middel om het doel te bereiken. De dader zou onder die omstandigheden schuld hebben aan de door hem veroorzaakte schade en hij lijkt aansprakelijk te zijn op grond van de *lex Aquilia*, ook al ging de voorbijganger niet geheel vrijuit bij het ontstaan van de schade. Hij heeft immers het lampje meegenomen.<sup>23</sup>

### 3.2.3 Schuld

Delicten leidden in oude Romeinse tijden slechts tot aansprakelijkheid van de dader, indien hij met *dolus* (opzet) handelde. Bij het delict zaaksbeschadiging was dit anders. *Iniuria* impliceerde de aanwezigheid van *culpa*. Wanneer is daarvan sprake?

<sup>19</sup> Just. Inst. 4,4,pr. 'Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit [...].'

<sup>20</sup> Ulp. D. 9,2,5,1. 'Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit [...].' Zie ook D. 47,10,1,pr.

<sup>21</sup> H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wenen: Manz 1990, p. 19; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992), p. 999; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer

2000, p. 39.

<sup>22</sup> Alf. D. 9,2,52,1. 'Consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondit, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpa enim penes eum, qui prior flagello percussus, reside. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.' Zie voorts C. 8,4,1.

<sup>23</sup> Zie verder C.J.H. Jansen, 'Noodweer als rechtvaardigingsgrond in het onrechtmatigedaadsrecht naar aanleiding van D. 9,2,52,1', *RM Themis* 2004-3, p. 120 e.v.

*Ulp. D. 9,2,31*

Er is 'schuld', [...], als men iets niet heeft voorzien, terwijl het door een zorgvuldig man wel voorzien had kunnen worden, of als er pas gewaarschuwd is op een moment dat het gevaar niet meer vermeden kon worden.<sup>24</sup>

**De lichtste vorm van verwijt bleek  
volgens Ulpianus uiteindelijk  
voldoende voor aansprakelijkheid op  
grond van de *lex Aquilia***

Ulpianus' omschrijving van *culpa* was zo ruim dat niet alleen de beoordeling of er sprake was van opzet of schuld, maar ook van onrechtmatigheid onder *iniuria* kon worden gebracht. Schuld bracht met zich dat de dader anders had gehandeld dan hij in de gegeven omstandigheden van het geval had behoren te handelen. Volgens Zimmermann legden de Romeinse juristen *damnum iniuria datum* eigenlijk uit als *damnum culpa datum*. 'Culpa, in other words, became the all-embracing criterion upon which the liability of whoever had committed [...] *corrumpere* depended.'<sup>25</sup> De lichtste vorm van verwijt bleek volgens Ulpianus uiteindelijk voldoende voor aansprakelijkheid op grond van de *lex Aquilia*.

*Ulp. D. 9,2,44,pr*

Bij de *lex Aquilia* wordt ook de allerlichtste graad van schuld in aanmerking genomen.<sup>26</sup>

Het verwijt dat een dader anders had gehandeld dan hij behoorde te handelen, kon bijvoorbeeld voortvloeien uit onervarenheid, ondeskundigheid of lichamelijke zwakte.<sup>27</sup> De vraag rijst, op welke wijze de Romeinse juristen *culpa* uitlegden. Volgens sommigen was sprake van een subjectieve uitleg. Of een gedraging aan de dader verwijtbaar was, hing dan af van *zijn* persoon, kennis en ervaring. Volgens de anderen vond een objectieve uitleg plaats. Beoordeling van de vraag naar de verwijtbaarheid geschiedde aan de hand van een maatman, *the man on the Underground*, zoals de Engelsen dat fraai zeggen. Het blijkt dat het, bij

een zorgvuldige lezing van de bronnen, niet goed mogelijk is uitsluitel te geven over welke uitleg de Romeinse juristen aanhingen. Digestenteksten kunnen zowel ter ondersteuning van de ene als van de andere uitleg worden aangevoerd. De juristen leken echter een lichte voorkeur voor de objectiverende uitleg te hebben.<sup>28</sup>

### 3.3 Datum (causaal verband)

Uit de Instituten van Gaius en Justinianus valt af te leiden dat de schade het directe gevolg moest zijn van een actief ('persoonlijk') handelen van de dader, niet van een nalaten. Letterlijk stond er in de wetstekst: 'corpore suo damnum dederit' ('door zijn lichaam schade heeft toegebracht').<sup>29</sup> De Romeinen stelden het vereiste causaal verband vast met het oog op de omstandigheden van het geval. Zij kenden niet, zoals in het moderne recht, een overkoepelende theorie (vgl. art. 6:98 BW). Sommige Digestenteksten laten vermoeden dat de aanvankelijke strengheid, waarmee werd vastgehouden aan het feit dat de schade het directe gevolg moest zijn van het handelen van de dader, later wat is versoepeld.

*Ulp. D. 9,2,29,5*

Als iemand een kabel heeft doorgesneden waarmee het schip lag aangemeerd, moet inzake het schip dat is vergaan met een op feiten toegesneden actie geprocedeerd worden.<sup>30</sup>

Deze tekst maakt duidelijk dat de procedure op grond van de *lex Aquilia* niet (alleen) was gericht op de vergoeding van de schade aan de kabel die rechtstreeks uit het lichamelijke handelen was ontstaan, maar tevens op vergoeding van de schade aan de vergane boot.

**'Schade die iemand door eigen schuld  
lijdt, wordt bij niet geacht te lijden'**

Indien de schade mede was veroorzaakt door de eigen schuld van de gelaedeerde, was zij niet het gevolg van het handelen van de dader alleen. De Romeinen hebben de gevolgen van de aanwezigheid van eigen schuld kernachtig onder woorden gebracht in D. 50,17,203:

24 Ulp. D. 9,2,31. '[...] culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.' Zie T. Wallinga, 'Opzet, schuld en toeval', *Ars Aequi* 2005, p. 920-921.

25 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992), p. 1006-1007.

26 Ulp. D. 9,2,44,pr. 'In lege Aquilia et levissima culpa venit.'

27 D. 50,17,132 resp. D. 9,2,7,8 en D. 9,2,8.

28 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 104-105; H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wenen: Manz 1990 p. 26.

29 Zie Gai. Inst. 3,219 en Just. Inst. 4,3,16; vgl. Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 988 e.v.

30 Ulp. D. 9,2,29,5. 'Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae perit in factum agendum.'

Schade die iemand door eigen schuld lijdt, wordt hij niet geacht te lijden.<sup>31</sup>

De tekst, waaraan het leerstuk van eigen schuld werd vastgeknoot, was D. 9,2,11,pr. De feiten lagen als volgt. De jurist Mela beschreef het trieste ongeluk dat een slaaf was omgekomen. Een paar mensen speelden met een bal. Een van hen sloeg de bal flink hard (*vehementius*) weg. Die kwam terecht op de hand van een barbier die juist een scheermes op de keel van de slaaf had gezet. Diens keel werd doorgesneden. De vraag rees aan wie de dood van de slaaf was toe te rekenen: de balspelers, de barbier of de slaaf zelf?

Zo schrijft Mela dat '[...] degene bij wie de schuld ligt, op grond van de *lex Aquilia* aansprakelijk is'. Proculus meent dat de schuld bij de barbier ligt. En inderdaad, als deze aan het scheren was op een plaats waar men gewoon was te spelen of waar druk verkeer was, valt hem terecht een verwijt te maken; ofschoon ook niet ten onrechte gezegd kan worden dat als iemand zich toevertrouwd heeft aan een barbier die zijn scheerstoel op zo'n gevaarlijke plaats heeft staan, hij het aan zichzelf te wijten heeft.<sup>32</sup>

Uit de tekst wordt afgeleid dat bij eigen schuld aan de kant van de schadelijder het recht op schadevergoeding geheel verloren ging. Dit alles-of-niets-beginsel in het Romeinse recht had zijn oorsprong in het formula-stelsel: de rechter kon veroordelen of vrijspreken. *Tertium non datur*. Het is een betwiste vraag of de Romeinen de ernst van de fout van de schadelijder afwogen tegen de ernst van de fout van de schadetoebrenger. In de moderne literatuur verdedigen sommigen dat pas indien de fout van het slachtoffer ernstiger was dan die van de dader, de aansprakelijkheid van laatstgenoemde geheel verviel. Een geringe fout van de gelaedeerde deed dus niet het recht op schadevergoeding vervallen. Anderen ontkennen het plaatsvinden van een dergelijke afweging: ieder laakbaar handelen van de gelaedeerde hief de aansprakelijkheid van de dader op. Weer anderen achten het onduidelijk of de Romeinen de ernst van de fouten van dader en slachtoffer tegen elkaar afwogen.<sup>33</sup> De schuld (*culpa*) van de benadeelde werd niet in aanmerking

genomen, indien de dader opzettelijk (*doleus*) had gehandeld.<sup>34</sup>

### 3.4 *Damnum* (schade)

Het laatste te bespreken vereiste voor de toewijzing van een vordering op grond van de *lex Aquilia* is schade. Voor vergoeding kwam slechts vermogensschade in aanmerking, niet immateriële schade (smartengeld). Persoonlijke gevoelens dienden niet in de waardering op geld te worden betrokken, zoals Paulus schreef. Bij de vergoeding van de geleden schade ging het om hetgeen 'wij hebben verloren', hetzij door 'wat wij hadden kunnen verkrijgen' in het geval geen nadeel was toegebracht, hetzij door '[...] wat wij worden gedwongen uit te geven'.<sup>35</sup> Indien bijvoorbeeld een onder het gezag van zijn vader staande zoon zijn oog heeft verloren als gevolg van een harde klap in de nek door zijn leermeester, kreeg de vader met de *Aquiliaanse* actie wat hij aan inkomsten uit de arbeid van zijn zoon minder zal ontvangen, alsmede de kosten die hij voor zijn genezing heeft gemaakt.<sup>36</sup>

Hoofdstuk 3 van de *lex Aquilia* bepaalde dat de dader verplicht was om aan de eigenaar zo veel geld te betalen als de zaak waard zal zijn in de *naaste* dertig dagen. Het is helaas niet duidelijk wat deze laatste zinsnede betekent. Sommige moderne schrijvers betogen dat het gaat om de waarde van de zaak in de dertig aan de daad voorafgaande dagen. Anderen menen dat het de schade betreft, zoals die zich in dertig op de daad volgende dagen heeft laten vaststellen.<sup>37</sup>

## 4 NATUURRECHT EN *LEX AQUILIA*

Voor de ontwikkeling van het moderne onrechtmatige-daadsrecht zijn 17e- en 18e-eeuwse natuurrechtelijke opvattingen van bijzonder belang geweest. Sinds de herontdekking van de Digesten in de twaalfde eeuw en de daarop volgende doordringing van het Romeinse recht in de inheemse rechtspraktijk van de Europese landen had de *actio legis Aquiliae* allerlei veranderingen ondergaan. Die waren inhoudelijk, praktisch en processueel

31 'Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.'

32 'Item Mela scribit, "[...] in quocumque eorum culpa sit, eum lege *Aquilia* teneri." Proculus in tonsore esse culpam. Et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur. Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.'

33 Pro afweging: K. Luig, 'Überwiegendes Mitverschulden', *Ius Commune* 2 1969, p. 192-196 (met een beroep op D. 9,2,28,1 en D. 9,2,31); R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992), p. 1022. Contra: P. Aumann, *Das mitwirkende Mitverschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*,

Hamburg 1964, p. 18-20. Onduidelijk: H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wenen: Manz 1990, p. 27-28.

34 Ulp. D. 9,2,9,4. Zie over eigen schuld: C.J.H. Jansen, 'Eigen schuld van de benadeelde: historische wortels en toepassingsbereik van artikel 6:101 BW naar aanleiding van D. 9,2,11,pr.', *RM Themis* 2002-4, p. 204-209.

35 Paul. D. 9,2,33,pr. '[...] In lege enim *Aquilia* damnum consequimur: et amissionis dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.'

36 Ulp. D. 9,2,7,pr. Vgl. ook Gai. D. 9,3,7.

37 R. Feenstra (bewerkt door L.C. Winkel), *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002, p. 8.

van aard en ontdeed de actie van haar typisch Romeinsrechtelijke kenmerken. Zo verloor zij bijvoorbeeld haar poenale karakter. Ook de onbegrijpelijke zinsnede over de schadevaststelling in de dertig dagen voorafgaand of volgend op de onrechtmatige daad raakte al snel in onbruik. De passieve onovererfelijkheid verdween eveneens. Volgens Zimmermann was het vereiste van *culpa* zo ongeveer het enige dat onveranderd bleef.<sup>38</sup> De grootste verandering is echter – zoals gezegd – toe te schrijven aan natuurrechtelijke inzichten.

Natuurrecht was volgens natuurrechtsjuristen recht dat onafhankelijk van plaats en tijd gold (dus eeuwig en onveranderlijk was) en dat herleidbaar was tot een bron met absolute gelding (zoals God of de Rede). Het kende grondbeginselen, die werden afgeleid uit de menselijke natuur (*ab humana natura*). Een voorbeeld: door zijn natuur is de mens verplicht tot het verrichten van goede daden en het nalaten van slechte. Op dit soort beginselen werd een privaatrechtelijk systeem gebouwd. Natuurrechtsjuristen uit de 17e eeuw hebben uiteindelijk de algemene regel geformuleerd dat elke aan een ander op grond van een fout toegebrachte schade voor vergoeding in aanmerking diende te komen. De Nederlander Hugo de Groot (1583-1645) stond aan de wieg van deze opvatting.

Maleficium noemen wij in dit verband elke *culpa* (fout) – hetzij in een handelen, hetzij in een nalaten bestaande – die strijdt met hetgeen mensen behoren te doen, hetzij in het algemeen, hetzij op grond van een bepaalde hoedanigheid. Uit een dergelijke *culpa* (fout) ontstaat naar de natuur een verbintenis indien daardoor schade is toegebracht, d.w.z. een verbintenis tot vergoeding daarvan. Het woord *damnum*, wellicht afgeleid van *demere* (wegnemen), betekent in het Grieks het minder zijn, dat wil zeggen het geval dat iemand minder heeft dan hem toekomt [...].<sup>39</sup>

De opvattingen van De Groot hebben invloed gehad op andere natuurrechtsjuristen, zoals S. Pufendorf (1632-1694) en de al genoemde

Thomasius. Zij hebben vervolgens weer de opstellers van de burgerrechtelijke codificaties uit het einde van de 18e en het begin van de 19e eeuw (zoals het Algemeen Pruisisch Landrecht uit 1794 en het Franse Burgerlijk Wetboek (de Code civil) uit 1804) geïnspireerd. Het werk van deze natuurrechtsjuristen is overigens niet de directe bron van de artikelen over onrechtmatige daad in de Code civil (Cc). Dat is vermoedelijk het boek *Les loix civiles dans leur ordre naturel* van de Franse natuurrechtsjurist Jean Domat (1625-1696) geweest.<sup>40</sup>

Ten aanzien van het leerstuk eigen schuld valt eveneens op dat de kritiek op het traditionele Romeinsrechtelijke alles-of-niets-beginsel van natuurrechtelijke zijde kwam. De Duitse natuurrechtsbeoefenaar Christian Wolff (1679-1754) is de eerste geweest die het beginsel opzij heeft gezet. Hij betoogde dat '[...] wenn beyde (laedens en gelaedeerde) nicht ausser aller Schuld sind, der Schade, nach Proportion der Schuld, von einem jeden zu tragen ist.'<sup>41</sup> Hij liet dus niet langer de volledige schade voor rekening van degene die de grootste schuld had, maar verdeelde die naar de mate van de omvang van ieders schuld. De opvatting van Wolff is in de meeste Europese burgerlijke wetboeken terechtgekomen, behalve in de Code civil en in ons Burgerlijk Wetboek van 1838, maar weer wel in ons huidige BW, in artikel 6:101 BW.<sup>42</sup>

Een opmerking terzijde tot slot. De grondslag van noodweer, de gedachte dat het geoorloofd is geweld met geweld te keren (*vim vi repellere licet*), was al in een aantal Romeinsrechtelijke teksten aan te treffen. Ook zij werd gevonden in het natuurrecht:

*Ulp. D. 43,16,1,27*

Geweld met geweld keren is geoorloofd, schrijft Cassius, en dit recht vindt zijn grondslag in de natuur; daaruit kan men afleiden, zo zegt hij, dat men wapengeweld met wapengeweld mag keren.<sup>43</sup>

38 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992), p. 1027; R. Zimmermann, Christian Thomasius, 'The Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia', in: Chr. Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*, Oxford: Hart 2000, p. 63; zie voorts: H. Kaufmann, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, Keulen: Böhlau 1958.

39 Hugo de Groot, *De Iure Belli ac Pacis*, 2,17,1. 'Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur. 2. Damnum forte a demendo dictum, est to elation, cum quis minus habet suo [...]' Vgl. R. Feenstra (bewerkt door L.C. Winkel), *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002, p. 41.

40 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000 p. 108-113; R. Feenstra (bewerkt door L.C. Winkel), *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002, p. 15-18; E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 37 e.v. en p. 41 e.v.

41 Chr. Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts* [etc.], Repr. Scriptor 1980, par. 283 (p. 176).

42 Zie bijv. artikel 1304 ABGB, par. 254 BGB en artikel 43 Schw. OR. Zie: K. Luig, 'Überwiegendes Mitverschulden', *Ius Commune* 2 1969, p. 191, p. 229.

43 Ulp. D. 43,16,1,27. 'Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.' Gaius sprak in D. 9,2,4,pr over de natuurlijke rede (*naturalis ratio*) die het iemand toestond zich tegen gevaar te verdedigen.

## 5 ARTIKEL 1401 BW (1838)

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende twee wettelijke bepalingen ter regeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Zij luidden bijna gelijklopend aan hun evenknieën in de Franse Code civil. De Nederlandse wetsartikelen gingen als volgt:

Artikel 1401 BW 1838 (art. 1382 Cc)

Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.

Artikel 1402 BW 1838 (art. 1383 Cc)

Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft.

Het verschil tussen artikel 1401 BW (1838) en artikel 1382 Cc betrof het woord 'onrechtmatige', dat niet in de Franse wetstekst was te vinden. De Nederlandse wetgever heeft dit woord, aldus de regering, met opzet opgenomen, om – ik citeer zo ongeveer de meest geciteerde zin uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad onder het oud BW – 'te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen, welke artikel 1382 van het Fransche wetboek ("Tout fait quelconque de l'homme", enz.) heeft opgeleverd, daar het van zelf spreekt, dat elke daad die schade veroorzaakt, geen grond tot schadevergoeding oplevert; maar dat de onrechtmatigheid der daad, daartoe alleen kan aanleiding geven.<sup>44</sup> Het is niet mogelijk om in het bestek van deze bijdrage de historische ontwikkeling van artikel 1401 en artikel 1402 BW 1838 recht te doen. Ik verwijs daarvoor naar het proefschrift en twee boekjes van G.E. van Maanen.<sup>45</sup> In het vervolg van deze paragraaf concentreer ik me op de betekenis van de woorden 'onrechtmatige' en 'schuld' in artikel 1401.

### 5.1 'Onrechtmatige'

Van Maanen heeft betoogd dat het woord 'onrechtmatige' in artikel 1401 BW (1838) de bedoeling heeft gehad om te verwijzen naar het mogelijk (on)gerechtvaardigd zijn van bepaald gedrag. De rechtspraak vatte het woord op als 'handelen zon-

der recht' of 'zonder ergens toe gerechtigd te zijn'. De verklaring voor de invoeging van het woord werd dus allereerst gezocht in de uitsluiting van aansprakelijkheid voor rechtmatige, dat wil zeggen bevoegde handelingen. Wie handelde in de uitoefening van zijn recht, was niet aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade.<sup>46</sup> Opmerkelijk en typerend voor de lange adem van het Romeinse recht was dat 19e-eeuwse auteurs deze uitleg van het woord onrechtmatige onderbouwden met een beroep op een tweetal Digestenteksten. Niemand die een hem toekomend recht uitoefent, wordt geacht onbehoorlijk te handelen. En: niemand brengt schade toe dan alleen degene die iets gedaan heeft zonder daartoe het recht te hebben.<sup>47</sup> Door een onrechtmatige daad te interpreteren als een niet-bevoegde daad werd in het vereiste van de onrechtmatige daad soms een rechtvaardigingsgrond voor schadetoebrengend gedrag gezien. Deze figuur is sindsdien niet meer verdwenen uit het moderne leer van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Pas tegen het einde van de 19e eeuw kreeg het woord onrechtmatig de betekenis die wij nu nog steeds kennen. De Hoge Raad zette in 1883 de eerste stap. Artikel 1401 was niet toepasselijk in het geval dat 'hetzij de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht'.<sup>48</sup> Vanaf dat moment diende, aanvankelijk nog alleen volgens de literatuur en pas in de 20e eeuw ook volgens de (lagere) rechtspraak, onrechtmatig betrokken te worden op de gedraging. Deze ontwikkeling kreeg haar voltooiing in het bekende arrest-Lindenbaum/Cohen van 31 januari 1919.<sup>49</sup> De Hoge Raad overwoog toen: 'onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat óf inbreuk maakt op eens anders recht, óf in strijd is met des daders rechtsplicht óf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed...'

De formulering van de Hoge Raad ging terug op een omschrijving van de Utrechtse hoogleraar W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) uit 1887. Hij is de eerste geweest die in de Nederlandse juridische literatuur de bestrijding van de oneerlijke mededinging aan de orde heeft gesteld. Naar zijn

44 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Utrecht 1838, V, p. 82.

45 G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer 1986; G.E. van Maanen, '...om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen...' *Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

46 G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer:

Kluwer 1986, p. 49-50, p. 54.

47 Gai. D. 50,17,55 resp. Paulus D. 50,17,151.

48 HR 6 april 1883, *W. 1883/4901* (notaris). G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer 1986 p. 31 en p. 127; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 25 e.v.; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 38 e.v.

49 *NJ* 1919, p. 161 e.v.; *W. 1919/10365* (m.nt. Molengraaff); *WPNR* 1919/2564 (m.nt. Meijers).



mening bestond er in zijn tijd grote behoefte aan een krachtige repressie van deze uitwas. De *sedes materiae* van dit vraagstuk was volgens hem artikel 1401 BW. Wilde aan de ongeoorloofde concurrentie geen vrijbrief worden uitgereikt, dan was een ruime uitleg van dit artikel noodzakelijk. Onder onrechtmatige daad mocht niet alleen 'in strijd met des daders rechtsplicht of inbreuk maken op eens anders recht' worden begrepen, omdat daardoor de schadeplichtigheid voor de overtreding van tal van regels van meer zedelijke aard, van voorzichtigheid en van eerbied voor eens anders persoon, goed en arbeid buiten het bereik van artikel 1401 vielen. Molengraaff kwam tot een ander, later door de Hoge Raad in bijna gelijkkluidende bewoordingen overgenomen criterium:

Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.<sup>50</sup>

Molengraaff wees erop dat deze uitleg voldeed aan de eisen van een gezond rechtsleven in een goed gerordende staat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwetmatig zou tot onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende en demoraliserende resultaten leiden.<sup>51</sup>

### 5.2 Schuld

Wat betekende schuld in artikel 1401 BW (1838)? Schuld had in dit artikel de betekenis gekregen van het Romeinsrechtelijke begrip *iniuria*, dat in late-re tijden werd uitgelegd als *culpa*. Het begrip zag dus op het onrechtmatige karakter van de gedraging (de tegenwoordige normovertreding) en op de schuld die de dader had aan het ontstaan van de schade (het gedrag moest een uitvloeisel zijn van schuld of opzet). Schuld was aanwezig, indien anders was gehandeld dan men behoorde te handelen.<sup>52</sup> In de ontwikkeling van de betekenis van het schuldvereiste speelde opnieuw het arrest Lindenbaum/Cohen een belangrijke rol. De Hoge Raad overwoog namelijk na de boven geciteerde omschrijving van onrechtmatige daad te hebben gege-

ven: '[...] terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht.' Schuld werd aldus een van onrechtmatigheid te onderscheiden vereiste. Onrechtmatigheid zag op de kwalificatie van de gedraging; schuld, in modern jargon toerekening, zag op de kwalificatie van de dader. De Leidse hoogleraar in het Romeinse recht J.C. van Oven (1881-1963) bestreed op grond van een vergelijk met het Romeinse recht het uiteenrafelen van onrechtmatigheid en schuldverschep.<sup>53</sup> De kritiek in de literatuur op de Hoge Raad om onrechtmatigheid en schuld als twee afzonderlijke vereisten op te vatten is echter weggeëbd. De contouren van het huidige artikel 6:162 BW kwamen langzaam in zicht.

## 6 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

De geschiedenis van de moderne onrechtmatige daad is in deze bijdrage met zevenmijlslaarzen doorlopen. Wie de tekst van artikel 6:162 lid 1 en 2 BW leest, herkent onmiskenbaar de historische bouwstenen.

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

De onrechtmatige daad is uitgegroeid tot een van de omvangrijkste leerstukken van het moderne burgerlijke recht. Twee begrippen staan centraal: onrechtmatigheid en schuld (verwijtbaarheid). Zij zijn terug te voeren op het Romeinsrechtelijke begrip *iniuria* (fout), dat werd opgevat als *culpa*. Dit begrip ligt ten grondslag aan bijna alle Europese delictsregelingen. 'The principle that liability is based on fault acquired the status of an unquestionable, axiomatic truth. [...] The idea that there can be no liability without fault was seen to be both the

50 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van artikel 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 386. Hij grondde zijn ruime uitleg van artikel 1401 BW (1838) op R. Jhering, 'Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen', in: *Jahrbücher für die Dogmatik* 23 (1885), p. 155 e.v.

51 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van artikel 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 392. C.J.H. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging

in de eerste decennia van de 20e eeuw: het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIV* (1997), p. 8-30.

52 G.E. van Maanen, '...om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen...' *Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 54-56; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995 p. 52; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 116 e.v.

53 J.C. van Oven, 'Onrechtmatigheid en schuld', *WPNR* 1932/3278-3280.

product and the symbol of a high stage of cultural development.<sup>54</sup> Hoewel het huidige recht zich inmiddels verwijderd heeft van de Romeinsrechtelijke *lex Aquilia*, is het voor een goed begrip van de centrale begrippen uit het delictsrecht en de daarmee samenhangende uitlegproblemen onontbeerlijk om kennis te nemen van hun wortels en historische ontwikkeling.

## 7 LITERATUUR

- R. Feenstra, 'Grotius' doctrine of liability for negligence: its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications', in: E.J.H. Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlijn 2001, p. 129 e.v.;
- R. Feenstra (bewerkt door L.C. Winkel), *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002;
- H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wenen: Manz 1990;
- G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. RU Groningen), Deventer: Kluwer 1986;
- G.E. van Maanen, '...om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen...' *Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995;
- G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995;
- E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998;
- C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. RU Groningen), Deventer: Kluwer 2000;
- R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992). ☞

---

54 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer (repr. 1992),

p. 1034-1035.