

## Tilburg University

### Rechtvaardige aansprakelijkheid

Loth, Marc

*Publication date:*  
2016

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Loth, M. (2016). *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal beschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht.* (preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht). Kluwer.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **RECHTVAARDIGE AANSPRAKELIJKHEID;**

### **over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de ‘maatmens benadeelde’.**

Marc Loth<sup>1</sup>

#### *1. Inleiding*

1. Het onderwerp van deze preadviezen is de ‘maatmens benadeelde’, een begrip dat recentelijk door Stijn Franken is gemunt.<sup>2</sup> De maatmens representeert de ongeschreven normen die een gewoon, redelijk handelend mens in acht neemt. Hij speelt een rol bij de normstelling, maar ook bij de schadebegroting. De maatmens benadeelde is de tegenhanger van de maatmens veroorzaker. We zouden kunnen zeggen “the other man on the Clapham omnibus”. Toen ik met mijn onderzoek begon was ik van plan verschillende domeinen van normstelling in het aansprakelijkheidsrecht vanuit dit perspectief in kaart te brengen.<sup>3</sup> Maar al snel stuitte ik op een andere mogelijke betekenis van de ‘maatmens benadeelde’, namelijk als het subject van rechten en belangen die in het aansprakelijkheidsrecht bescherming verdienen. De maatmens benadeelde representeert dan de norm voor een minimum niveau van bescherming en een handvat voor compensatie. Onderzoek van de ‘maatmens benadeelde’ in deze laatste zin, leidde mijn onderzoek naar een ander spoor. Dit preadvies is daarvan het resultaat.

2. Centraal in dit preadvies staat de vraag naar de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Meer in het bijzonder is de onderzoeksvraag: in hoeverre kunnen de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (of een combinatie daarvan) bijdragen aan de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding, en welke rol speelt de ‘maatmens benadeelde’ daarbij? Bij de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding zie ik een grotere rol weggelegd voor de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht (par. 2). Het onderzoek naar zijn doelstellingen (par. 3) leidt naar de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (par. 4 en 5), die beide hun rol spelen in het aansprakelijkheidsrecht (par. 6). De belangrijkste recente bijdrage aan de theorievorming over distributieve rechtvaardigheid is de zogenoemde capaciteitenbenadering van Amartya Sen en Martha Nussbaum, waarin de individuele autonomie als de uitoefening van capaciteiten centraal staat (par. 7). Die benadering is relevant voor het aansprakelijkheidsrecht, dat kan worden beschouwd als een systeem en praktijk voor de bescherming van individuele autonomie.<sup>4</sup> In die lijn representeren die

---

<sup>1</sup> Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, Tilburg University. De auteur dankt onder andere Gijs van Dijck, Jaap Hage, Arthur Hartkamp, Ton Hol, Peter van Schilfgaarde, Carla Sieburgh, Jan Smits, Jaap Spier, Eric Tjong Tjin Tai, Jan Vranken en de leden van de onderzoeksgroepen privaatrecht in Maastricht en Tilburg, voor hun deskundig commentaar op eerdere versies van deze tekst en/of voor de stimulerende discussie die ik met hen mocht voeren. Natuurlijk ben ik alleen zelf verantwoordelijk voor het eindresultaat, en voor de fouten die daarin zijn blijven staan.

<sup>2</sup> Franken 2014, p. 1.

<sup>3</sup> Zoals in Castermans e.a. 2008 gebeurt voor de (gewone) maatman (veroorzaker). In het preadvies van mijn mede-preadviseurs wordt dit spoor vervolgd, waarmee de onderlinge taakverdeling is gegeven (Beumers en Van Boom 2016).

<sup>4</sup> Dat geldt voor het hele privaatrecht, maar ik beperk mij hier tot het aansprakelijkheidsrecht.

capaciteiten de door het aansprakelijkheidsrecht beschermde rechtsgoederen en vormen zij een handvat voor compensatie (par. 8). Dat levert een ‘maatmens benadeelde’ op die een rol kan spelen bij de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding (par. 9 en 10). Op een iets abstracter niveau biedt deze benadering perspectief op een aansprakelijkheidsrecht dat niet draait om het herstel van de vermogenstoestand van de benadeelde, maar om herstel in diens vermogens of capaciteiten (zie nr. 42).

3. Tot zover de hoofdlijn van het betoog, dat in twee delen uiteen valt. Het eerste deel handelt over corrigerende en distributieve rechtvaardigheid en is het resultaat van een zoektocht naar de juiste mix van beide soorten overwegingen (par. 2 – 6). Het tweede deel handelt over het aansprakelijkheidsrecht als systeem en praktijk voor de bescherming van individuele autonomie (par. 7 – 10). Hoewel het tweede deel berust op het eerste deel, kunnen beide delen onafhankelijk van elkaar worden bestudeerd. Aan beide onderdelen van het betoog liggen ontwikkelingen in de rechtstheorie én de rechtspraak ten grondslag. Daarbij past een inhoudelijke en een meer persoonlijke opmerking. De gekozen aanpak vloeit voort uit mijn overtuiging dat de Nederlandse doctrine van het aansprakelijkheidsrecht de rechtstheorie heeft verwaarloosd en daarvan nadeel ondervindt (in de vorm van een beginselloze aansprakelijkheid).<sup>5</sup> Niets is zo praktisch als een goede theorie, wordt weleens gezegd, en daarin schuilt een diepe waarheid. Meer aandacht voor de beginselen in het aansprakelijkheidsrecht kan betere instrumenten opleveren om zijn toepassing te rechtvaardigen en zijn beginselloze ontwikkeling te begrenzen. Daarom staan hier de vragen centraal “wie betaalt, en waarom?”, zoals mijn proefschrift was gewijd aan de vraag “wie deed wat?”<sup>6</sup> Dat zijn grote vragen, die ik niet aan de orde stel omdat ik pretendeer de antwoorden te weten, maar wel omdat ik het debat erover wil faciliteren zodat anderen meer specifieke, en dus betere antwoorden kunnen geven.

## 2. *Beginselloze aansprakelijkheid*

4. Het aansprakelijkheidsrecht wordt vaak gezien als een systeem en een praktijk voor de verdeling van maatschappelijke risico's. Als zodanig wordt het regelmatig toegepast op nieuwe maatschappelijke domeinen en problemen<sup>7</sup>, die door de rechter van geval tot geval binnen de sfeer van het recht worden gebracht (vergelijk recentelijk de klimaatschade-aansprakelijkheid).<sup>8</sup> Op deze wijze draagt het aansprakelijkheidsrecht niet alleen bij aan rechterlijke rechtsvorming in een juridisch niemandsland, maar biedt het ook het forum en de taal voor het debat over de verdeling van maatschappelijke risico's. Deze belangrijke functie heeft echter ook een keerzijde. De toepassing op nieuwe domeinen brengt mee dat de begrippen en regels van het aansprakelijkheidsrecht – die op zichzelf tamelijk open en onbepaald zijn – de neiging hebben uit te dijen en van betekenis te veranderen. Dat bedreigt niet alleen de coherentie van het aansprakelijkheidsrecht, het maakt ook zijn toepassing nogal onbegrensd. Het aansprakelijkheidsrecht dreigt daardoor grenzeloos te worden, mede gegeven de omstandigheid dat een adequate rechtvaardiging van aansprakelijkheid vaak ontbreekt, afgezien van de oprechte wens om het slachtoffer soelaas te bieden. Strikt genomen is slachtofferbescherming echter een beleidsdoel dat geen enkele beperking stelt aan

<sup>5</sup> Met uitzondering wellicht van de economische benadering van het aansprakelijkheidsrecht.

<sup>6</sup> Zie Loth 1988 en Lucy 2007, part I (Who did what?), en part II (Who pays and why?).

<sup>7</sup> Zie Keirse e.a. 2007.

<sup>8</sup> Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDH:2015:7145.

aansprakelijkheid. Het wordt immers optimaal gediend door altijd aansprakelijkheid aan te nemen. Het beginsel “ieder draagt zijn eigen schade” verkeert dan al snel in zijn tegendeel: “aansprakelijkheid, tenzij...”<sup>9</sup>

5. Het is al weer bijna 20 jaar geleden dat Spier en Bolt hun preadvies schreven over de “uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.”<sup>10</sup> De centrale stelling was dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt ten gevolge van ontwikkelingen in de rechtspraak en een groeiend claimbewustzijn bij rechtzoekenden, in het bijzonder door de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe domeinen en door de toekenning van hogere bedragen aan schadevergoeding.<sup>11</sup> De behoefte bescherming te bieden aan slachtoffers had volgens de auteurs een zodanige vlucht genomen dat de coherentie van het aansprakelijkheidsrecht en de rechtszekerheid in het geding waren. Onlangs publiceerde Spier een artikel waarin hij in de rechtspraak tekenen bespeurt die wijzen op een kentering van die ontwikkeling.<sup>12</sup> Recente rechtspraak van de Hoge Raad wijst op terughoudendheid om de grenzen van aansprakelijkheid nog verder ten gunste van slachtoffers op te schuiven, waarbij macro-overwegingen van betaalbaarheid een rol lijken te spelen. Het ongenoegen is echter gebleven; het artikel draagt de titel “gedachten over een vastgelopen stelsel.”

6. De gedachte van onbegrensde aansprakelijkheid drong zich al op bij de “*wrongful life claim*” in het baby Kelly-arrest; is de zorgverlener aansprakelijk voor het onrechtmatige leven van de benadeelde dat deze liever niet geleefd zou hebben en dat de zorgverlener had kunnen voorkomen?<sup>13</sup> Deze vraag confronteert de rechter met de grenzen van de begrippen van het aansprakelijkheidsrecht. De vaststelling van de schade vergt immers niet een vergelijking van de huidige situatie van Kelly met de situatie waarin zij gezond ter wereld zou zijn gekomen (dat lag immers niet binnen het bereik van de zorgverlener nu het een erfelijke aandoening betrof), maar een vergelijking met de situatie waarin zij *niet* ter wereld zou zijn gekomen, hetgeen “*outside the realm of human competence*” ligt (zoals de Amerikaanse rechter overwoog<sup>14</sup>, daarin onlangs gevolgd door de Belgische rechter<sup>15</sup>). De Hoge Raad nam deze horde met een beroep op art. 6:97 BW en wees de vordering wél toe, daartoe overwegende dat daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan haar menselijke waardigheid, maar dat het juist mogelijk wordt, voor zover geld daartoe kan bijdragen, een menswaardig bestaan te leiden. Dat oordeel is overtuigend, maar de motivering roept vragen op: waarom is de aangehaalde overweging hier wél doorslaggevend, en in andere gevallen van letselschade niet?<sup>16</sup> Hoe trekken wij hier de grens tussen wél en niet gerechtvaardigde aansprakelijkheid?

7. Deze onbegrensdsheid strekt zich uit tot het letselschaderecht. In 2005 schreef Nieuwenhuis over de problematiek van de schadebegroting in geval van letselschade van (zeer) jonge slachtoffers. Aan de hand van uitspraken van de rechtbank Amsterdam en Zwolle maakte hij onderscheid tussen twee sporen.<sup>17</sup> Volgens het Amsterdamse spoor wordt bij de begroting van

<sup>9</sup> Hoewel dat beginsel, zoals ieder beginsel, ook een normatieve component heeft (vgl. Hartlief 1997, nr. 19).

<sup>10</sup> Spier/Bolt 1996.

<sup>11</sup> Dus niet zozeer door een toename van het aantal claims.

<sup>12</sup> Spier 2014.

<sup>13</sup> HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:5213, NJ 2006/606.

<sup>14</sup> Supreme Court California 3 may 1982, 31 Cal. 3d 220, 643 P. 2d 954; 182 Cal. Rptr. 337 (1982) (Turpin v Sortini).

<sup>15</sup> Hof van Cassatie van België 14 november 2014, C. 13.0441.N

<sup>16</sup> Vgl. Loth 2006.

<sup>17</sup> Rechtbank Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847, en rechtbank Zwolle 23 december 1992, rolnummer 1014/89.

de schade een referentiepunt gekozen, in dit geval de loopbaan en het inkomen van een oudere broer van het slachtoffer. Dat past binnen de traditionele coördinaten van het letselschaderecht. Volgens het Zwolse spoor wordt een zodanige immateriële schadevergoeding toegekend dat daaruit uitgaven kunnen worden bekostigd om het leven van de benadeelde zoveel mogelijk te veraangenamen en een zinvolle tijdsbesteding mogelijk te maken. In de woorden van Nieuwenhuis: *“Hoe zou het leven van Emiel en Josine zijn verlopen als....Waarom het verschiet van dit gedroomde leven niet prijsgeven en het oog gericht op nog slechts één toekomstperspectief: hoe optimaliseren we de toekomst van dit blijvend invalide kind? Wat is daarvoor nodig?”*<sup>18</sup> Dit Zwolse spoor verlaat de traditionele coördinaten van het letselschaderecht. Het lijkt er op dat wij daarmee ieder houvast verliezen bij de begroting van de schade. Wie of wat is nog in staat om schadevergoeding te begrenzen? Komen wij zo niet terecht bij oeverloze schadevergoeding? Ondanks deze indringende vragen heeft de Zwolse benadering volgens Nieuwenhuis de toekomst: *“Een verdere verkenning van de Zwolse weg verdient de voorkeur.”*<sup>19</sup> Zijn woorden zijn profetisch gebleken; in het letselschaderecht is thans een herstelgerichte benadering in opkomst waarin niet zozeer wordt gekeken naar het verschiet van het gedroomde leven zonder ongeval, maar naar de daadwerkelijke behoeften van de benadeelde.<sup>20</sup> Een verdere verkenning van de Zwolse weg ligt daarom voor de hand. Gelukkig geeft Nieuwenhuis een aanwijzing voor onderweg: *“Niet het zoveel mogelijk ‘veraangenamen’ van het gehandicapt bestaan, maar het veroveren van een zo groot mogelijke autonomie; daarop dient het vizier gericht te zijn.”*<sup>21</sup> Ik kom hierop terug (nr. 50).

8. Hoe kan deze onbegrenstheid in het aansprakelijkheidsrecht en het letselschaderecht worden verklaard, en hoe kan zij worden geredresseerd? Mijn vermoeden is dat de geschetste ontwikkeling van beide rechtsgebieden de werking van beginselen mist die hun toepassing rechtvaardigen en beperken. Hier ligt het probleem waarvoor wij een oplossing zoeken. Wat wij zoeken zijn rechtsbeginselen die de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht en het letselschaderecht kunnen legitimeren en begrenzen.<sup>22</sup> Daarbij zal ik mij hier beperken tot onderzoek naar de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Daaruit mag niet worden afgeleid dat dit in mijn opvatting de enige relevante beginselen zijn, integendeel, daarnaast spelen andere beginselen en doeleinden een rol, zoals de redelijkheid en billijkheid en het profijtbeginsel, maar ook economische doeleinden zoals besparing van maatschappelijke kosten, beperking van transactiekosten en dergelijke.<sup>23</sup> Hier gaat het er echter om het aansprakelijkheidsrecht te doordenken in het licht van zijn rechtvaardigheid. Het onderzoek daarnaar begint met een verkenning van zijn doelstellingen (par. 3). Hebben deze doelstellingen de potentie om de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht te legitimeren en te begrenzen? Voor de beantwoording van deze vraag moeten wij verder kijken dan rechtspolitieke doeleinden, en ook de beginselen van corrigerende en rechtvaardigende rechtvaardigheid aan een onderzoek onderwerpen. Wat houden die beginselen in? Hoe functioneren zij in het

---

<sup>18</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 93, 94.

<sup>19</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 95.

<sup>20</sup> Akkermans

<sup>21</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 94.

<sup>22</sup> Onder “beginselen van aansprakelijkheidsrecht” versta ik hier niets anders dan gebruikelijk, dat wil zeggen, ongeschreven maatstaven met een algemeen en normatief karakter en een ruime toepassing die (juridische, morele, politieke, of andere) redenen opleveren voor de interpretatie van regels.

<sup>23</sup> De nadruk op het belang van beginselen brengt mij in de buurt van de “New Private Law”-benadering uit de VS; de wijze waarop ik distributieve rechtvaardigheid in het privaatrecht importeer, voert mij daar weer vandaan. Vgl. Goldberg 2010, en Hosemann 2014.

aansprakelijkheidsrecht? Op welke wijze dragen zij bij aan de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid? Aan die vragen is het vervolg van het betoog gewijd dat – zoals wij nog zullen zien – ons weer terugbrengt bij de notie van de autonomie van de benadeelde.

### 3. Waartoe is het aansprakelijkheidsrecht op aarde?

9. Algemeen wordt aangenomen dat de primaire doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in het herstel van schade en het voorkomen van toekomstige schade.<sup>24</sup> Aansprakelijkheid dient ertoe de benadeelde compensatie te bieden voor onrecht dat hem of haar is aangedaan. Daarnaast wordt ook erkend dat aansprakelijkheid aan de benadeelde een zekere genoegdoening kan bieden voor het geleden onrecht.<sup>25</sup> Die genoegdoening kan worden geboden door een financiële compensatie (immateriële schadevergoeding of smartengeld), maar ook door de vaststelling van aansprakelijkheid (door middel van een verklaring voor recht), of door de daaraan voorafgaande waarheidsvinding (de vaststelling van de werkelijke toedracht). Voor sommigen heeft die genoegdoening vooral morele betekenis (de nabestaanden van Srebreniça), voor anderen is zij van psychologische waarde (de rouwverwerking van de moeder van Jeffrey<sup>26</sup>). Wanneer wij het vizier wenden van de benadeelde naar de veroorzaker, dan blijkt dat aansprakelijkheid nog een ander doel dient, namelijk het voorkomen van herhaling. Aansprakelijkheid biedt een prikkel tot preventie, zowel in speciale zin (voor deze persoon) als in algemene zin (voor de samenleving in bredere zin), en draagt daarom bij aan de handhaving van materiële normen.<sup>27</sup> Deze doelstelling wijkt nog om een andere reden af van compensatie en genoegdoening, zij ziet namelijk niet op het verleden, maar op de toekomst. De rechtvaardiging van aansprakelijkheid schuilt niet in het gepleegde onrecht, maar in het voorkómen van eventueel te plegen onrecht. Preventie kan evenwel omslaan in defensief gedrag. Vergaande aansprakelijkheid kan defensief gedrag in de hand werken, dat wil zeggen, dat angst voor aansprakelijkheid verlamt (het zogenoemde “*chilling effect*” van aansprakelijkheid). Aansprakelijkheid dient, samengevat, een combinatie van “harde” doelstellingen (als financiële compensatie) en “zachte” doelstellingen (als genoegdoening). Daarop kom ik terug (zie nr. 43).

10. Compensatie kan in het aansprakelijkheidsrecht verschillende vormen aannemen.<sup>28</sup> In de eerste plaats neemt compensatie de vorm aan van een equivalent voor een verlies, waarbij weer drie varianten kunnen worden onderscheiden afhankelijk van het soort verlies. (a) Het fysieke verlies van geld of een goed; compensatie betekent dan zoveel als mogelijk is een herstel van de status quo. (b) Het verlies van geld door het maken van kosten; compensatie komt dan neer op de vergoeding van die kosten. (c) Het verlies van verwachtingen voor de toekomst, bijvoorbeeld door inkomensverlies; ook dan wordt dat verlies gecompenseerd door een schadevergoeding. In al deze vormen is schadevergoeding een equivalent voor het geleden verlies, maar alleen in de eerste vorm komt dat neer op een herstel in de oude toestand. Voorts kan compensatie de vorm aannemen van een substituut of troost voor wat verloren is. Als het verlies niet kan worden gecompenseerd door geld heeft schadevergoeding kennelijk een andere functie dan compensatie. Zo dient immateriële schadevergoeding of smartengeld vooral de

<sup>24</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* (2011), nr. 18 e.v., Spier 2012, nr. 9.

<sup>25</sup> Du Perron 2012.

<sup>26</sup> HR 9 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853.

<sup>27</sup> Vgl. Sieburgh 2010.

<sup>28</sup> Van Gerven 2000, p. 20 – 21.

functie van genoegdoening voor de benadeelde, in het bijzonder in geval van letselschade. Het aansprakelijkheidsrecht probeert hier de benadeelde een ander genoegen te verschaffen in plaats van het plezier dat hij niet meer kan beleven, of hem troost te bieden voor geleden pijn en verdriet. Ten slotte kan schadevergoeding compensatie bieden voor een ontstane ongelijkheid. In het besproken baby Kelly-arrest is de gelijkschakeling van Kelly met een kind dat zonder beperkingen wordt geboren ingegeven door de wens om haar, zoveel als met geld mogelijk is, in staat te stellen een menswaardig leven te leiden.<sup>29</sup>

11. In hoeverre bieden deze doelstellingen houvast bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht? Zijn zij in staat om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen? Tot op zekere hoogte is dat zeker het geval. Compensatie, genoegdoening en preventie, zijn doelstellingen die in verschillende situaties en in wisselende combinaties aansprakelijkheid kunnen legitimeren en begrenzen. Niettemin kleven er beperkingen aan deze doelstellingen. In de kern komen die erop neer dat zij onvoldoende onderscheiden tussen de gevallen waarin aansprakelijkheid wél gelegitimeerd is, en gevallen waarin dat niet het geval is. Het resultaat is dat de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht nagenoeg iedere aansprakelijkheid kunnen legitimeren, waardoor wij achterblijven met onbegrensde aansprakelijkheid. Daarvoor bestaan verschillende redenen. In de eerste plaats dient te worden bedacht dat de doelstellingen zijn ontleend aan uiteenlopende perspectieven op het aansprakelijkheidsrecht. Zo is compensatie ontleend aan een klassieke benadering waarin herstel van de oude toestand voorop staat (en daarmee het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid). De doelstelling van genoegdoening is veeleer uitvloeisel van een slachtoffergerichte benadering, en die van preventie staat centraal in de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. Omdat zij uitvloeisel zijn van verschillende perspectieven, leiden de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht meestal niet tot dezelfde resultaten.

Daarnaast kennen zij ieder hun eigen problemen. Het probleem met compensatie als herstel in de oude toestand is dat het een “*counterfactual*”-element behelst; hoe zou de actuele situatie er uit hebben gezien als de onrechtmatige daad niet had plaatsgehad (“wat als?”). Daarom gaat compensatie gepaard met fundamentele onzekerheid over de definitie en de vaststelling van de hypothetische situatie waarin het ongeval niet had plaatsgehad en daarmee over de schade (zie nrs. 41 en 42). Bij de doelstelling van genoegdoening doet zich weer een andere onduidelijkheid voor: is die doelstelling normatief op te vatten (als morele genoegdoening), of feitelijk (als psychologische genoegdoening)? Het antwoord op die vraag maakt nogal wat uit voor het resultaat. Ten aanzien van de doelstelling van preventie rijzen weer andere vragen: is alles wat werkt ook geoorloofd? Hoe maken wij de stap van het feitelijke naar het normatieve? Zonder verdere rechtvaardiging is dat een “*naturalistic fallacy*”, maar wat houdt die rechtvaardiging in? Al met al helpen de doelstellingen ons niet zo veel verder. Waarschijnlijk spelen zij daarom zo’n ondergeschikte rol in de debatten over aansprakelijkheid. Ze worden door bijna iedereen met rust gelaten en dienen hoofdzakelijk educatieve doeleinden in de leerboeken aansprakelijkheidsrecht voor studenten.<sup>30</sup> Dat is jammer, omdat zij potentieel de mogelijkheid

---

<sup>29</sup> Soms wordt ook de spreiding van schade als doel van het aansprakelijkheidsrecht genoemd. Men kan ook zeggen dat de spreiding van schade niet zozeer een doel, maar veeleer een gevolg is van het aansprakelijkheidsrecht (Hartief 1997, p. 19). Ik beschouw de spreiding en verdeling van schade hier niet als een doelstelling van aansprakelijkheidsrecht, omdat ik langs die weg al te gemakkelijk overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zou binnensmokkelen. Ik ben wel van mening dat die relevant zijn in het aansprakelijkheidsrecht, maar zal dat op andere gronden aannemen.

<sup>30</sup> Een uitzondering vormt Hartief 1997, nrs. 8 – 18.

bieden om als richtinggevende beginselen een rol te spelen bij de interpretatie van de regels en begrippen van het aansprakelijkheidsrecht. Maar dan moeten zij wel tot leven worden gewekt. Dat is de bedoeling van het vervolg van het betoog, dat een meer samenhangend perspectief biedt op de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht (zie nr. 43).

#### 4. *Voorbij corrigerende rechtvaardigheid*

12. Daarbij begin ik met het Aristotelische onderscheid tussen corrigerende rechtvaardigheid en distributieve rechtvaardigheid.<sup>31</sup> Corrigerende rechtvaardigheid heeft betrekking op de verhouding tussen twee partijen in een vrijwillige of onvrijwillige transactie (overeenkomst of onrechtmatige daad). Indien die verhouding wordt verstoord door een onrechtmatige daad die schade veroorzaakt - om mij daartoe te beperken - vereist corrigerende rechtvaardigheid herstel in de oude toestand. Dat herstel is equivalent aan de inbreuk. Distributieve rechtvaardigheid daarentegen heeft betrekking op de leden van een groep of gemeenschap. Zij vereist een gelijke verdeling van goederen of lasten onder de leden van die groep, waarbij die gelijkheid wordt bepaald door een standaard. In de beide varianten relateert rechtvaardigheid personen aan elkaar volgens een conceptie van gelijkheid. Onrechtvaardig is de situatie waarin de ene persoon teveel of te weinig heeft ten opzichte van een ander. In de gangbare analyse construeren de beide vormen van rechtvaardigheid die gelijkheid evenwel op een verschillende manier; distributieve rechtvaardigheid als de gelijke verdeling van lusten en lasten volgens maatstaven van proportionele gelijkheid, en corrigerende rechtvaardigheid als herstel van de gelijkheid die bestond voordat de ene partij onrechtmatig schade toebracht aan een ander. In de Aristotelische opvatting is uitsluitend van belang of de ene partij de ander onrecht heeft aangedaan en of deze daardoor schade heeft geleden.<sup>32</sup> Het is dan aan de rechter om dit onrechtvaardige, dat ongelijkheid impliceert, gelijk te maken. Aristoteles gebruikt het beeld van twee evenredige lijnen. Door het onrechtmatig handelen wordt een deel van de ene lijn aan de andere toegevoegd. Corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel van de initiële lengte van die lijnen (de oorspronkelijke positie van partijen).<sup>33</sup> Op grond van dit uitgangspunt hebben Weinrib en Coleman corrigerende rechtvaardigheid geconstrueerd als het leidende beginsel van aansprakelijkheidsrecht.

13. Hoewel hun benaderingen uiteenlopen, lijden zij aan hetzelfde gebrek, namelijk dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid geen grenzen stelt aan aansprakelijkheid, en in zoverre “leeg” is.<sup>34</sup> De reden is dat het niet mogelijk is om een strikte onderscheiding te maken tussen distributieve en corrigerende rechtvaardigheid en tegelijkertijd corrigerende rechtvaardigheid zodanig te construeren dat het grenzen stelt aan aansprakelijkheid. Hierna zal blijken dat corrigerende rechtvaardigheid, zodra zij inhoudelijke consequenties heeft voor het aansprakelijkheidsrecht, geen zuivere corrigerende rechtvaardigheid meer is, maar mede berust op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid.<sup>35</sup> De slotsom zal daarom zijn dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen wordt beheerst door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook door dat van distributieve rechtvaardigheid. Uiteindelijk ontkomen

<sup>31</sup> Aristoteles 1997, boek V, par. 2, nr. 12, par. 4 en 5.

<sup>32</sup> Wat als onrecht geldt, wordt bij Aristoteles niet gedefinieerd, maar verondersteld (vgl. Posner 1994, p. 61).

<sup>33</sup> Aristoteles 1997, boek V, par. 4, nrs. 10 - 12. Aldus de standaardopvatting volgens welke corrigerende rechtvaardigheid in essentie compensatorisch is. Voor een afwijkende opvatting vgl. men Brickhouse 2014.

<sup>34</sup> Zie Wright 1992, p. 630.

<sup>35</sup> Vgl. Lucy 2007, p. 268 – 326.



wij daarom niet aan een gecombineerde theorie waarin beide beginselen hun eigen rol vervullen in het aansprakelijkheidsrecht (nrs. 24 en 25). In deze paragraaf wil ik laten zien dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén – dat wil zeggen, zonder overwegingen van distributieve rechtvaardigheid – gedoemd is een tandeloze notie te blijven. Dat zal tevens inzicht geven in de rol die het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid wél kan spelen in het aansprakelijkheidsrecht (nrs. 16 en 17).

14. Ofschoon Weinrib en Coleman beiden het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid als het leidende beginsel van het aansprakelijkheidsrecht beschouwen, verschillen zij in de wijze waarop zij de aard en rol van dat beginsel construeren. Voor Weinrib dient corrigerende rechtvaardigheid ertoe om een uitgangspositie tussen partijen te herstellen die bestond voordat de ene partij onrechtmatig handelde jegens de andere partij. Het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel van de oorspronkelijke toestand indien de ene partij de andere onrecht aandoet. Wat de pleger heeft gedaan en wat de benadeelde is overkomen, zijn de actieve en passieve kant van hetzelfde onrecht. Herstel van dat onrecht maakt in één operatie zowel de schade van de benadeelde als het onrecht van de dader ongedaan. Onrecht en herstel zijn daarom correlatief gestructureerd.<sup>36</sup> Het recht van de benadeelde dat is geschonden en dat waarin hij wordt hersteld, zijn identiek (*“the thesis of identity”*). Het onrecht geeft daarom aan de benadeelde niet meer, of een andere aanspraak dan waar dat recht aanspraak op geeft (*“the thesis of limitation”*). Corrigerende rechtvaardigheid is in zoverre niet alleen een grond, maar tevens een grens van aansprakelijkheid.<sup>37</sup> Zij sluit bijvoorbeeld *“punitive damages”* uit, omdat die remedie een leedtoevoegend strafelement bevat en daardoor niet evenredig is aan de inbreuk.<sup>38</sup> Maar daarmee is de begrenzenende werking van corrigerende rechtvaardigheid wel zo ongeveer uitgeput. Welke rechten partijen jegens elkaar hebben wordt namelijk bepaald door het recht, en niet door corrigerende rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid eist niet meer of minder dan dat in geval van een verstoring de uitgangspositie wordt hersteld.

15. De notie van corrigerende rechtvaardigheid is bij Coleman meer verweven met het aansprakelijkheidsrecht en daardoor minder formeel.<sup>39</sup> Corrigerende rechtvaardigheid is in zijn opvatting een moreel beginsel dat aan de schadeveroorzaker redenen voor herstel geeft. Voor de benadeelde staat daar tegenover een recht op herstel. Dat is een tweede orde-recht, het ontstaat pas na schending van een eerste orde-recht. Welke de onderlinge rechten en plichten tussen partijen zijn, wordt overigens bepaald door het geldende recht (niet door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid). Corrigerende rechtvaardigheid kent dus twee elementen: onrechtmatigheid en verantwoordelijkheid (in de zin van ouderschap).<sup>40</sup> De werking van corrigerende rechtvaardigheid is echter relatief beperkt. Corrigerende rechtvaardigheid verschaft de pleger (slechts) morele redenen voor herstel. Wanneer de pleger sterkere redenen heeft om anders te handelen – bijvoorbeeld omdat een afwijkende regeling bestaat – dan is corrigerende rechtvaardigheid uitgewerkt. Daardoor is het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid voorwaardelijk ten opzichte van afwijkende regelingen in het recht.<sup>41</sup> Hoewel

<sup>36</sup> Weinrib 2012, p. 9 – 38. Zie ook Weinrib 2012 (2). Voor kritiek op de toepassing van het idee van correlativiteit, vgl. men Porat 2001.

<sup>37</sup> Weinrib 2012, p. 91, 92.

<sup>38</sup> Vgl. Meurkens 2014, p. 146 – 168.

<sup>39</sup> Wright duidt de beide theorieën aan als *“Weinrib’s explicit formalism”* en *“Coleman’s de facto formalism”*, hetgeen een adequate typering is (Wright 1992, p. 625).

<sup>40</sup> Coleman 1992, p. 325, 326.

<sup>41</sup> Coleman 1992, p. 395 – 406.

corrigerende rechtvaardigheid bij Coleman wel grenzen stelt aan het aansprakelijkheidsrecht – zij is de uitdrukking van bepaalde liberale waarden, zoals gelijkheid, respect voor een anders welzijn en persoonlijkheid, en verantwoordelijkheid voor de gevolgen van het eigen handelen<sup>42</sup> – is haar invloed daarom uiteindelijk beperkt. Zoals Coleman zelf opmerkt, biedt zij niet meer dan een ongespecificeerde conceptie van de verplichtingen die het aansprakelijkheidsrecht kan handhaven.<sup>43</sup> Hoewel minder “leeg” dan bij Weinrib, biedt corrigerende rechtvaardigheid bij Coleman evenmin een catalogus van te beschermen rechten of belangen die aansprakelijkheid wél zou rechtvaardigen en begrenzen.

16. Het lijkt er op dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, hoe dan ook gedefinieerd, geen maatstaven oplevert die grenzen stellen aan aansprakelijkheid. Dat volgt al uit de analyse van Aristoteles, en Weinrib noch Coleman is erin geslaagd hierin te voorzien. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat wij dat beginsel in het aansprakelijkheidsrecht zouden kunnen missen; dat is om meerdere redenen niet het geval. In de eerste plaats rechtvaardigt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid herstel in geval van een inbreuk en biedt het een handvat voor de equivalentie tussen de inbreuk en het herstel. Volgens het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid reikt de compensatie immers niet verder dan de inbreuk. Dat is echter niet meer dan een formeel criterium. Voor een materieel criterium zouden wij een antwoord moeten kunnen geven op de vraag “herstel in wat?”. Zolang wij dat niet hebben, missen wij een hanteerbare maatstaf voor de compensatie. Daarom kan het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén de beslissing in het baby Kelly-arrest niet verklaren (zie nr. 6). De vergelijking tussen inbreuk en herstel behoeft een gezichtspunt. Geld lijkt daarvoor een geëigend middel; dat verklaart ook de voorkeur van Weinrib en Coleman voor financiële compensatie. Compensatie biedt dan een herstel in de vermogenspositie van de benadeelde. De keerzijde is evenwel dat andere vormen van herstel buiten beeld blijven.<sup>44</sup> Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de rol van excuses in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>45</sup>

17. Voorts biedt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid een handvat voor de bilaterale structuur van civielrechtelijke procedures, waarin een benadeelde een partij dagvaardt die hij verantwoordelijk houdt voor zijn schade. In een civiele procedure is de vraag *wie van deze beide partijen* de schade moet betalen – de eiser of de gedaagde – en niet *wie ter wereld* de schade dient te vergoeden.<sup>46</sup> Rechtvaardigheid in het privaatrecht is in die zin altijd gerelateerd aan bepaalde partijen. Bovendien staan eiser en gedaagde tegenover elkaar door gebeurtenissen uit het verleden. Het aansprakelijkheidsrecht is “*backward looking*” en staat in zoverre haaks op de economische analyse die in beginsel “*forward looking*” is. Preventie en efficiency zijn toekomstgerichte doelstellingen, die mede daarom moeilijk verenigbaar zijn met deze structuur van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>47</sup> Kortom, het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid brengt de partijen samen in de procedure, rechtvaardigt herstel in geval van een inbreuk, waarborgt aldus de band met individuele verantwoordelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte schade, en verschaft een (formele) maatstaf voor het herstel van de relatie. Het vormt daardoor

---

<sup>42</sup> Coleman 1992, p. 433.

<sup>43</sup> Coleman 2001, p. 34, Lucy 2007, p. 308 – 313.

<sup>44</sup> Lucy 2007, p. 313 – 317.

<sup>45</sup> Dat past bij een opvatting waarin de oorspronkelijke toestand waarin de benadeelde wordt hersteld niet zijn vermogenspositie is, maar een situatie waarin hij over bepaalde mogelijkheden beschikt (“capabilities”). Herstel is dan niet automatisch een compensatie in geld, maar eerder een herstel van mogelijkheden (“empowerment”).

<sup>46</sup> Coleman 1992, p. 198.

<sup>47</sup> Coleman 1992, p. 374 – 385.

een obstakel tegen onbegrensd instrumentalisme, dat het aansprakelijkheidsrecht in dienst zou stellen van welk economisch, maatschappelijk, of politiek doel dan ook (vgl. nr. 54). Als zodanig is het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid onmisbaar in het aansprakelijkheidsrecht, maar het is op zichzelf niet voldoende voor de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid.<sup>48</sup> Daarvoor is een meer inhoudelijke benadering mogelijk. Het biedt kortom een vertrekpunt voor verdere verkenningen, waarbij wij distributieve rechtvaardigheid niet uit de weg kunnen gaan.

### 5. Niet zonder distributieve rechtvaardigheid

18. Distributieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de verdeling van goederen, kansen of lasten volgens algemene principes. Als zodanig wordt het meestal gerekend tot het domein van het publiekrecht, waar de overheid met die verdeling is belast. Sinds de publicatie van Rawls' *"A theory of justice"* (1971) heeft het debat over de criteria voor distributieve rechtvaardigheid een enorme vlucht genomen.<sup>49</sup> In Rawls' theorie over *"justice as fairness"* – gekenmerkt door twee rechtvaardigheidsprincipes, namelijk een gelijk recht op vrijheid en het verschilprincipe – ligt de nadruk op rechtvaardigheid als eigenschap van instituties. Juist op dit punt neemt Amartya Sen in *"The idea of justice"* (2009) afstand van Rawls.<sup>50</sup> Rechtvaardigheid is niet alleen een eigenschap van instituties, aldus Sen, maar ook van concrete samenlevingen en van feitelijk gedrag. Hij maakt daarbij gebruik van een onderscheid dat in het Sanskriet wordt gemaakt tussen twee betekenissen van rechtvaardigheid: *"niti"* (in verband de correctheid van organisatie en gedrag) en *"nyaya"* (in verband met het leven dat mensen kunnen leiden). Anders dan in de meeste andere theorieën over distributieve rechtvaardigheid staat bij Sen niet het formuleren van abstracte principes van rechtvaardigheid centraal, maar het elimineren van concrete onrechtvaardige maatschappelijke toestanden.

19. De notie van distributieve rechtvaardigheid is, evenals die van corrigerende rechtvaardigheid, op zichzelf betrekkelijk "leeg".<sup>51</sup> Om aan die notie vorm en inhoud te geven dient een (iedere) theorie over distributieve rechtvaardigheid op twee vragen een antwoord te geven. De eerste is de vraag wat er nu precies verdeeld wordt; wat is het voorwerp van rechtvaardigheid (*"the substance of justice"*)? Het gebruikelijke antwoord is dat distributieve rechtvaardigheid betrekking heeft op de verdeling van welvaart, met andere woorden, van goederen. Sen wijkt daarvan af doordat hij distributieve rechtvaardigheid niet betreft op de verdeling van welvaart, maar op de verdeling van levenskansen. Welvaart is slechts een middel om een bepaald doel te bereiken, namelijk een betere kwaliteit van leven.<sup>52</sup> Daarom dienen wij ons volgens Sen niet te richten op de verhoging van het welvaartsniveau, maar op een verbetering van de mogelijkheden om ons leven naar eigen keuze in te richten (*"capabilities"*). Individuele autonomie is belangrijker dan welvaart; de vraag wat mensen *kunnen* is belangrijker dan die wat zij *bezitten*. Deze gedachte is zelfs in economische analyses doorgedrongen. In VN-rapporten is het bruto nationaal product als maatstaf voor de welvaart van een land vervangen door de *"human development index"*, waarvoor ook indicatoren als levensverwachting en

<sup>48</sup> "So there is no tort law without corrective justice", schrijft Gardner (2011, p. 50), "on the other hand, there has to more to tort law than corrective justice."

<sup>49</sup> Rawls 1971.

<sup>50</sup> Sen 2009, p. 52 – 74.

<sup>51</sup> Zie Englard 1993, p. 11.

<sup>52</sup> Zie ook Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek 1, par. 5, p. 86.

scholing relevant zijn. Bovendien heeft Martha Nussbaum aan deze “*capability approach*” een wending gegeven die haar ook relevant maakt voor het recht. Ik kom hierop terug (zie par. 7).

20. De tweede vraag waarop iedere theorie over distributieve rechtvaardigheid een antwoord dient te geven is de vraag volgens welke maatstaf een rechtvaardige verdeling plaatsvindt. In het Verlichtingsdenken zijn volgens Sen twee soorten antwoorden op die vraag gegeven. Volgens de aanhangers van transcendentiaal-institutionele benaderingen dient het antwoord te worden gezocht algemene principes die kenmerkend zijn voor rechtvaardige instituties (vgl. de theorieën van Rawls en andere contractsfilosofen). Het bezwaar van deze benaderingen is dat algemene principes van rechtvaardigheid noch voldoende, noch noodzakelijk zijn in actuele debatten over rechtvaardigheid. Enerzijds helpen zij niet bij de vergelijkende beoordeling van maatschappelijke arrangementen, anderzijds hebben wij ze niet nodig om sociaal onrecht te herkennen en te elimineren.<sup>53</sup> Veel vruchtbaarder is het volgens Sen om de focus te verplaatsen van de zoektocht naar algemene rechtvaardigheidsprincipes naar de vergelijking van de rechtvaardigheid van concrete maatschappelijke verhoudingen. Volgens de aanhangers van comparatieve benaderingen als die van Sen dient het streven niet te zijn gericht op een alomvattende rechtvaardigheidstheorie, maar op de praktische vergelijking van de rechtvaardigheid van verschillende samenlevingen. Dat levert weliswaar niet een eenduidige maatstaf op voor een rechtvaardige verdeling van levenskansen, maar het biedt wel een beter uitgangspunt voor de eliminatie van onrecht.

21. Wat is het belang van dit alles voor het privaatrecht? Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zijn ook in het privaatrecht van belang, bijvoorbeeld bij de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid. Dat blijkt zowel op het niveau van concrete casus als op dat van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. De fictieve casus van Croesus en Diogenes kan het eerste toelichten.<sup>54</sup> Stel dat Croesus onrechtmatig schade toebrengt aan Diogenes. Uit het voorgaande volgt dat er in dat geval redenen van corrigerende rechtvaardigheid zijn om Croesus aansprakelijk te houden voor die schade. Daarnaast zijn er tevens redenen van distributieve rechtvaardigheid vóór die aansprakelijkheid, omdat de schadevergoeding een vermogensverschuiving meebrengt van de steenrijke Croesus naar de straatarme Diogenes. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid spelen derhalve een rol in het aansprakelijkheidsrecht, zij het een ondergeschikte rol. Om dat te illustreren hoeven wij de casus maar “om te keren”. Stel dat Diogenes onrechtmatig schade toebrengt aan Croesus. Dan zijn er redenen van corrigerende rechtvaardigheid om Diogenes aansprakelijkheid te houden voor de vergoeding van die schade. Daarnaast zijn er echter redenen van distributieve rechtvaardigheid die pleiten tégen die aansprakelijkheid, omdat die zou leiden tot een vermogensverschuiving van de straatarme Diogenes naar de steenrijke Croesus. In het aansprakelijkheidsrecht delven deze overwegingen het onderspit tegen overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid; Diogenes zal aansprakelijk worden gehouden voor de schade van Croesus. Hooguit spelen bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid overwegingen van distributieve rechtvaardigheid een rol (vgl. het matigingsrecht van art. 6:109 BW). Dit wijst erop dat corrigerende rechtvaardigheid de vestiging van aansprakelijkheid rechtvaardigt, en dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid mede de omvang van aansprakelijkheid bepalen. Niettemin ontpoppen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zich vaak als de koekoek in het nest van het privaatrecht; eenmaal toegelaten,

---

<sup>53</sup> Sen 2009, p. 87 – 114.

<sup>54</sup> Zie Lucy 2007, p. 358.

hebben zij de neiging andersoortige overwegingen in de deliberatie te overheersen.<sup>55</sup> Wij zullen zien dat zelfs de (formele) notie van herstel kan worden ingevuld door distributieve rechtvaardigheid (zie nr. 31).

22. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zijn echter niet alleen op het niveau van de concrete casus van belang, maar ook op het niveau van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Dat kan blijken uit nader onderzoek naar het voorwerp van de verdeling, en de daarvoor geldende maatstaf (nrs. 19 en 20). Een niet ongebruikelijk antwoord op de eerste vraag is dat het aansprakelijkheidsrecht is gericht op de verdeling van risico's, lasten die mogelijk verbonden zijn aan onze activiteiten. Zo neemt Honoré als uitgangspunt het principe dat wij verantwoordelijk zijn voor de goede en kwade dingen die wij veroorzaken door wat wij doen. Hij noemt dat "resultaats-verantwoordelijkheid" ("*outcome responsibility*").<sup>56</sup> Aansprakelijkheid in het privaatrecht strekt ertoe deze resultaats-verantwoordelijkheid te handhaven en te effectueren. Dat geldt zowel voor schuldaansprakelijkheid als voor risico-aansprakelijkheid, omdat foutief handelen geen voorwaarde vormt voor resultaats-verantwoordelijkheid. We zijn dus ook verantwoordelijk voor de gevolgen van domme pech. De rechtvaardiging daarvoor is dat de verantwoordelijkheid voor de risico's van ons handelen de keerzijde vormt van de vruchten van dat handelen. Dat is een toedeling van risico's (ook wel het "*risk-principle*" genoemd) die berust op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid ("*risk-distributive justice*"). De analyse van Honoré brengt ons verder doordat hij laat zien dat distributieve rechtvaardigheid in het aansprakelijkheidsrecht betrekking heeft op de verdeling van risico's, dat wil zeggen, potentiële nadelen. Hieronder zullen wij een voorbeeld zien van een distributief onrechtvaardige verdeling van risico's in het schadevergoedingsrecht. Het is eenvoudigweg onrechtvaardig dat de gemiddelde vrouw bij de begroting van de schade slechter af is dan de gemiddelde man (zie nrs. 33 en 34).

23. Deze analyse van Honoré kan evenwel verder worden doorgetrokken. Uit die analyse volgt namelijk ook dat distributieve rechtvaardigheid niet alleen kan worden betrokken op de verdeling van risico's, maar tevens op de verdeling van kansen, te verstaan als potentiële voordelen. Sterker nog, iedere verdeling van potentiële nadelen impliceert een verdeling van potentiële voordelen; de verdeling van risico's en kansen gaan hand in hand. De meest sprekende toepassing is natuurlijk het profijtbeginsel dat de verdeling van risico's verbindt aan de kans om te profiteren van bepaalde activiteiten (vgl. de notie van resultaats-verantwoordelijkheid). In het aansprakelijkheidsrecht draagt het profijtbeginsel bij aan de legitimatie van bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden (bijvoorbeeld van werkgevers voor werknemers, of van bezitters van een zaak).<sup>57</sup> De betekenis van het verband tussen risico's en kansen in het aansprakelijkheidsrecht is evenwel groter. Men kan schadevergoeding of iedere andere remedie zien als een poging om de benadeelde dezelfde kansen te bieden als hij vóór het onrechtmatige voorval had. Als er een risico-beginsel is dat betrekking heeft op de rechtvaardige verdeling van risico's in het aansprakelijkheidsrecht, zo zou ik menen, dan is er ook zoiets als een kans-beginsel dat betrekking heeft op de rechtvaardige verdeling van capaciteiten, kansen of mogelijkheden. Daarvoor gelden geen eenduidige maatstaven of algemene principes, maar een heel scala aan overwegingen van distributieve aard. De toepassing van de theorie van Martha Nussbaum vormt een goede illustratie (zie par. 7). Aan

---

<sup>55</sup> Lucy 2007, p. 368.

<sup>56</sup> Honoré 1999, p. 14.

<sup>57</sup> Van Dam 2013, p. 491.

een dergelijke distributieve theorie kunnen morele redenen worden ontleend om iemand aansprakelijk te houden. Zij vormen een aanvulling op de redenen die worden ontleend aan het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid. Zo doen beide beginselen in samenhang hun werk in het aansprakelijkheidsrecht. Dat vormt dan ook het uitgangspunt voor het vervolg.

## 6. *Tussenstand*

24. Onze zoektocht naar de legitimatie en de grenzen die het rechtvaardigheidsbeginsel aan aansprakelijkheidsrecht kan bieden, levert enkele tussenconclusies op. De eerste is dat de meest belovende rechtvaardigheidstheorie een gecombineerde theorie is die elementen van corrigerende rechtvaardigheid en distributieve rechtvaardigheid verenigt.<sup>58</sup> Corrigerende en distributieve rechtvaardigheid doen in samenhang hun werk. Corrigerende rechtvaardigheid brengt de partijen bij elkaar. De onrechtmatige gedraging schept de verplichting voor de schadeveroorzaker om de benadeelde te compenseren. Dat heeft een materiële en een procedurele component. De eerste ziet op de equivalentie tussen de inbreuk en de compensatie. De tweede op de bilaterale structuur van het civiele proces, waarin het debat over de compensatie plaatsvindt tussen de benadeelde en degene die deze voor zijn schade verantwoordelijk houdt. Distributieve rechtvaardigheid in het aansprakelijkheidsrecht betreft de verdeling van risico's en kansen in een samenleving. Dat levert morele redenen voor toerekening op (het risico- en het kans-beginsel). Het biedt tevens zicht op het herstel van de benadeelde in een positie waarin deze in zijn individuele autonomie wordt hersteld, dat wil zeggen, zoveel als mogelijk is dezelfde kansen heeft als vóór het onrechtmatige voorval.

25. Over de relatie tussen corrigerende en distributieve rechtvaardigheid worden verschillende opvattingen verdedigd. Sommige schrijvers verdedigen een "*distributive justice takes priority view*", inhoudende dat corrigerende rechtvaardigheid niet meer is dan een complement op een distributief rechtvaardige verdeling in een samenleving.<sup>59</sup> Dat lijkt een voor de hand liggende taakverdeling; distributieve rechtvaardigheid bepaalt een legitieme verdeling, en corrigerende rechtvaardigheid heeft betrekking op herstel in geval van een inbreuk op die verdeling. Toch loopt deze zienswijze spaak. In de eerste plaats zouden wij helemaal geen behoefte hebben aan de notie van corrigerende rechtvaardigheid als dit haar functie was; dan zou het beginsel van distributieve rechtvaardigheid op zichzelf immers volstaan.<sup>60</sup> Bovendien is de functie van corrigerende rechtvaardigheid niet om een rechtvaardige verdeling te garanderen, maar om een remedie te bieden in geval van onrechtmatig toegebrachte schade. De overwegingen zijn daarom minstens ten dele andersoortig en de uitkomst hoeft niet te sporen met de meest rechtvaardige verdeling van goederen.<sup>61</sup> Dat heeft anderen ertoe gebracht een "*independence view*" te verdedigen, volgens welke corrigerende rechtvaardigheid onafhankelijk is van distributieve rechtvaardigheid.<sup>62</sup> Ook dit roept vragen op, omdat het uiteindelijk toch om twee vormen van rechtvaardigheid gaat. En weer anderen verdedigen een "*interdependence view*",

<sup>58</sup> Vgl. ook Lucy 2007, p. 266: "Mixed theories are where the (intellectual) action is (and that's a good thing, too)."

<sup>59</sup> Zie bijvoorbeeld Dworkin 1986, p. 297 – 309 en Lippke 1999. Voor kritiek vgl. men Perry 2002 en Scheffler 2015.

<sup>60</sup> Als het beginsel van distributieve rechtvaardigheid een bepaald evenwicht rechtvaardigt, dan rechtvaardigt het ook herstel van dat evenwicht in geval van een verstoring (een duidelijk voorbeeld van Ockham's scheermes). Vgl. Benson 1992, p. 531.

<sup>61</sup> Anders gezegd, distributieve en corrigerende rechtvaardigheid verschillen in functioneel en normatief opzicht.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld Weinrib 2012 en 2012 (2), en Wright 1992.

volgens welke beide noties complementair zijn met een prioriteit voor corrigerende rechtvaardigheid. Gelet op de structuur van het privaatrecht ligt deze benadering het meeste in de rede, in die zin dat corrigerende rechtvaardigheid prevaleert, maar kan worden ingevuld en aangevuld met distributieve rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid legitimeert de vestiging van aansprakelijkheid, distributieve rechtvaardigheid speelt een rol bij de invulling van het herstelbegrip en bij de beoordeling van de omvang van de aansprakelijkheid (nr. 21).<sup>63</sup>

26. Wat volgt hieruit? In de eerste plaats dat distributieve overwegingen op zichzelf geen aansprakelijkheid kunnen vestigen. Voor aansprakelijkheid zijn overwegingen van eerlijke verdeling alléén nooit genoeg; daarvoor blijven vereist een fout en daardoor geleden schade. Voorts dat bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid distributieve overwegingen wél een rol spelen. Daar wordt de herstelgedachte aangevuld met – en dus gerelativeerd door – overwegingen van een eerlijke verdeling. Bovendien kunnen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid invulling geven aan de notie van herstel – als herstel van autonomie – en zijn aldus mede van belang voor de vestiging van aansprakelijkheid (zie nr. 31). Zo beschouwd spelen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid hun rol in een begreemd domein. Dat neemt evenwel niet weg dat zij de neiging hebben zich als een koekoek in het nest van het privaatrecht te gedragen; eenmaal binnen domineren zij andersoortige overwegingen. Misschien is de dominantie van het idee van de slachtofferbescherming daar wel het beste voorbeeld van. Des te urgenter is de vraag naar de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid. Ik denk dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid hier een grotere rol spelen dan nu wordt erkend. Dat begint met het inzicht dat het aansprakelijkheidsrecht, voor zover dat op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid berust, niet alleen wordt beheerst door een risico-beginsel, maar ook door een kans-beginsel, of anders gezegd, het aansprakelijkheidsrecht verdeelt niet alleen de kwade kansen, maar ook de goede kansen. Aan de uitwerking van deze gedachte is de rest van het betoog gewijd.

### 7. De capaciteitenbenadering

27. Hiervoor maakten wij kennis met de “*capability approach*” van Sen, die ik hier als de “capaciteitenbenadering” zou willen aanduiden (nrs. 18 – 20).<sup>64</sup> De kern van die benadering wordt overgenomen door Martha Nussbaum, ofschoon zij er een wending aan geeft die relevanter is voor het recht. Volgens haar is de kern van deze benadering de gedachte dat bepaalde capaciteiten van cruciale betekenis zijn voor een waardig leven dat in vrijheid en samen met anderen wordt geleefd. Om een waardig en autonoom leven te leiden dient ieder mens over bepaalde capaciteiten te beschikken. In principe is het denkbaar om die capaciteiten te inventariseren en aldus een lijst samen te stellen van capaciteiten die een waarlijk menselijk leven vormen. In de volgende paragraaf zal die lijst volledig worden weergegeven. Hier volsta ik met een korte opsomming zonder toelichting, onderverdeeld in drie categorieën: (1) de existentiële capaciteiten: leven, gezondheid, en lichamelijke onschendbaarheid, (2) de vermogens: zintuiglijke waarneming, verbeeldingskracht, denken, praktische rede, en gevoelens, en (3) de sociale capaciteiten: sociale banden, andere biologische soorten, spel, en

<sup>63</sup> In zoverre kan worden gesproken van een relatieve autonomie van corrigerende rechtvaardigheid. Deze prioritering wordt ondersteund door empirisch onderzoek (vgl. Mitchell en Tetlock 2006).

<sup>64</sup> In het navolgende heb ik “capabilities” vertaald als “capaciteiten”, en niet als “vermogens” (waarvoor in de vertaling van Nussbaum 2006 is gekozen), vanwege de associaties die het laatste concept in het recht oproept. Over deze vertaling ben ik niet helemaal tevreden, maar een beter alternatief heb ik niet gevonden.

vormgeving van de eigen omgeving.<sup>65</sup> Deze opsomming laat zien dat voor een autonoom leven niet alleen financiële belangen van betekenis zijn, maar ook wat wij aanduiden als “emotionele belangen” (en wat in feite een breed spectrum aan mogelijkheden bestrijkt, waaronder ook het hebben van gevoelens). Deze capaciteiten zijn van centrale betekenis in het leven van ieder mens, hoe deze persoon daarvan ook gebruik wenst te maken. Op een meer fundamenteel niveau is de notie van een capaciteit de uiteindelijke referent voor moreel respect en de erkenning van de mens als subject van rechten. Onder de noemer van “*the capable subject*” heeft Ricoeur de capaciteiten om te spreken, te handelen, en moreel te oordelen, als constitutief voor de notie van een persoon in het recht aangemerkt.<sup>66</sup> Fundamentele rechten en hun handhaving strekken er dan ook toe om deze onderscheidende capaciteiten van personen te beschermen en te bevorderen.<sup>67</sup>

28. Over de strekking van deze lijst is een aantal opmerkingen te maken. In de eerste plaats is deze lijst niet definitief, maar open voor aanvulling en ontwikkeling. In iedere samenleving in ontwikkeling vormt zij voorwerp van voortdurend debat. Nussbaum zelf heeft in haar latere werk de lijst anders geformuleerd dan in haar vroege werk.<sup>68</sup> Voor verschillende praktische doeleinden kunnen wij ook andere lijsten hanteren.<sup>69</sup> In de tweede plaats behelst de lijst capaciteiten of mogelijkheden die de overheid voor iedere individuele burger moet realiseren. Het principe dat iedere persoon doel op zich is, zodat ieders individuele capaciteiten bescherming verdienen, brengt mee dat een globaal niveau voor een samenleving als geheel niet volstaat.<sup>70</sup> Wel pretendeert Nussbaum dat de lijst menselijke capaciteiten behelst die cultuuroverstijgend zijn, en in zoverre berusten op de overlappende consensus tussen verschillende levenswijzen.<sup>71</sup> In de derde plaats behelst deze lijst geen volledige rechtsvaardigheidstheorie, aldus Nussbaum, maar hooguit een grondslag voor een aanvaardbaar sociaal minimum. Voor elke capaciteit kan een bepaalde drempelwaarde worden gedefinieerd, waaronder niet meer van een waardig leven kan worden gesproken.<sup>72</sup> In de vierde plaats zijn niet alle capaciteiten van gelijk gewicht; praktische rede en sociale verbanden lijken van bijzondere betekenis voor wat onderscheidend is voor menselijk leven. Ten slotte onderscheidt Nussbaum tussen verschillende soorten capaciteiten. Basiscapaciteiten zijn onze aangeboren instrumenten (bijvoorbeeld zintuiglijke waarneming). Interne capaciteiten zijn de vermogens van mensen die voldoende zijn voor de uitoefening van bepaalde functies (zoals het vermogen om politieke keuzes te maken). Wanneer daarnaast ook de (externe) gelegenheid tot het gebruik van die capaciteiten is gerealiseerd, spreekt Nussbaum van “*combined capabilities*”. De capaciteiten die op de lijst staan behoren alle tot deze laatste categorie, dat wil zeggen, zij veronderstellen zowel de capaciteit als de gelegenheid om te worden gebruikt.<sup>73</sup> Daarom zijn ‘capaciteiten’ hier synoniem aan ‘mogelijkheden’, ‘kansen’, of zelfs ‘vrijheden’.

29. Nussbaum’s lijst van capaciteiten heeft een politieke en een juridische betekenis. De politieke betekenis schuilt hierin dat zij het als een eis van (distributieve) rechtvaardigheid

<sup>65</sup> Nussbaum 2006, p. 76 – 77 (ik citeer verder uit de Nederlandse vertaling).

<sup>66</sup> Ricoeur 2000, p. 2 – 4.

<sup>67</sup> Dauenhauer en Wells 2000, p. 912.

<sup>68</sup> Vgl. Nussbaum 2000, p. 78 – 80 met Nussbaum 2006, p. 76 – 77.

<sup>69</sup> Zie Sen 2008, p. 79.

<sup>70</sup> Nussbaum 2000, p. 74.

<sup>71</sup> De notie van “overlapping consensus” is ontleend aan Rawls 1999, p. 133 – 172.

<sup>72</sup> Nussbaum 2000, p. 75 en Nussbaum 2006, p. 72.

<sup>73</sup> Nussbaum 2000, p. 85. Kortom, een vermogen is aanwezig indien de actor over de capaciteiten beschikt en in de gelegenheid verkeert om aldus te handelen.



beschouwt dat de overheid haar burgers een waardig leven garandeert, dat wil zeggen, dat die overheid garant staat voor de genoemde capaciteiten boven een bepaalde drempelwaarde. De mogelijkheden die in de lijst zijn opgenomen functioneren tevens als bron van politieke overeenstemming, op basis waarvan iedere burger vervolgens zijn eigen leven in vrijheid kan inrichten. De lijst van capaciteiten – in het bijzonder die welke betrekking hebben op keuzes en activiteiten - vormt dus een maatstaf voor de beantwoording van de vraag of een samenleving haar burgers heeft voorzien van een minimaal niveau van rechtvaardigheid. Vanzelfsprekend heeft de lijst daardoor ook een juridische betekenis. Nussbaum benadrukt de verwantschap van de lijst capaciteiten die een menswaardig bestaan definiëren met catalogi van mensenrechten zoals het EVRM en het EU-handvest. De lijst met capaciteiten kan worden gezien als een variant op, of een onderbouwing van een theorie over fundamentele rechten.<sup>74</sup> Gelet op de strekking van fundamentele rechten – te weten de bescherming van onderscheidende capaciteiten van personen (zie nr. 27) – hoeft die verwantschap geen verbazing te wekken. Verschillende elementen worden gedeeld door de lijst met capaciteiten en catalogi van fundamentele rechten, zoals de centrale positie van menselijke waardigheid, het belang van de vrijheden die een pluralistische samenleving constitueren (zoals de vrijheid van meningsuiting, geweten, en vereniging), de verantwoordelijkheid van de overheid voor de effectuering, het voortdurende discours over de inhoud en reikwijdte, en de samenhang tussen de elementen en het open einde van de lijst.

30. Toch ziet Nussbaum voordelen in het denken in termen van capaciteiten boven de notie van fundamentele rechten.<sup>75</sup> In de eerste plaats is de notie van capaciteit dieper, in die zin dat capaciteiten de basis vormen van fundamentele rechten, en niet andersom (zie nr. 27). In de tweede plaats maakt de notie van capaciteit het mogelijk een aantal onderscheidingen achter ons te laten die aan fundamentele rechten kleven, zoals dat tussen passief en actief optreden van de overheid, de toekenning van een recht en de verwezenlijking daarvan, als ook de uitoefening in het publieke en het private domein. Van belang is in dit verband dat de lijst capaciteiten zowel mensenrechten van de eerste als de tweede generatie omvat (dat wil zeggen, zowel politieke en burgerlijke vrijheden als economische en sociale rechten).<sup>76</sup> Het denken in termen van capaciteiten levert een benchmark op bij de beantwoording van de vraag wat het is om een fundamenteel recht te verwezenlijken. Voorts zijn capaciteiten universeel, terwijl rond de notie van rechten de discussie woedt in hoeverre zij al dan niet van Westerse origine is. Daarmee is de wereldwijde toepassing van capaciteiten vanzelfsprekender dan van rechten

31. Wat betekent dit alles voor het privaatrecht? De capaciteitenbenadering sluit om meerdere redenen goed aan bij het aansprakelijkheidsrecht (waartoe ik mij hier beperk). Hiervoor bleek al dat het aansprakelijkheidsrecht draait om de verdeling van risico's en kansen, om de kwade en de goede kansen in het leven. In die lijn kan schadelijk onrecht worden gezien als de aantasting van de autonomie van de benadeelde doordat deze van mogelijkheden, kansen of vrijheden wordt beroofd. Het ligt voor de hand daarbij vooral aan personenschade te denken, zoals in de zaak van baby Kelly.<sup>77</sup> De verplichting om de gevolgen van deze aantasting van de individuele autonomie van de benadeelde ongedaan te maken omvat daarom zowel herstel van het gepleegde onrecht als compensatie van de daardoor geleden schade. Die verplichting brengt

---

<sup>74</sup> Nussbaum 2006, p. 77.

<sup>75</sup> Nussbaum 2000, p. 96 – 101, en Nussbaum 2006, p. 281 – 291.

<sup>76</sup> Nussbaum 2000, p. 97.

<sup>77</sup> Economische belangen komen niet op de lijst voor. Dat beperkt haar betekenis tot personenschade. Wil men de theorie een bredere toepassing geven, dan dient de lijst te worden aangevuld.

mee dat de benadeelde moet worden hersteld in zijn of haar “*capabilities*”, dat wil zeggen, in de mogelijkheden om zijn of haar leven in vrijheid te leven. Voor de toepassing van het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid levert dat een materieel criterium op. De vraag was “herstel in wat?” (zie nr. 16). Het antwoord zou kunnen zijn: compensatie is herstel van autonomie.<sup>78</sup> Daarbij verschuift de focus van wat de benadeelde niet meer kan (zoals gebruikelijk is), naar wat hij of zij nog wél kan (hetgeen zinvoller lijkt). Dit antwoord berust op een mix van overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel, en op grond van distributieve rechtvaardigheid interpreteren wij dat als herstel van autonomie.

32. Daarnaast kan het beginsel van distributieve rechtvaardigheid meebrengen, zoals wij al zagen, dat herstel van de autonomie van de benadeelde tevens een passende reactie van de overheid vormt. Vanuit de grondgedachte dat een rechtvaardige samenleving haar burgers een gelijk recht op een waardig bestaan dient te garanderen, verbindt de notie van “*capabilities*” individuele behoeften van mensen aan hun fundamentele rechten als burger. Daarmee wordt ook een brug geslagen tussen het publiekrecht en het privaatrecht. De capaciteitenbenadering sluit daarom goed aan bij de doorwerking van fundamentele rechten in de verhoudingen tussen burgers (de constitutionalisering van het privaatrecht). Instituties als de wetgever, het bestuur en de rechter, hebben de verantwoordelijkheid om burgers het minimum aan menselijke capaciteiten te garanderen dat een rechtvaardige samenleving constitueert. Voor de wetgever en het bestuur als politieke gezagsdragers ligt dat in de rede. Maar ook de rechter heeft hier een taak wanneer de benadeelde door het onrecht van een ander beneden dat sociale minimum zakt. De capaciteitenbenadering voorziet daarom niet alleen in een theorie over de rechtvaardiging van aansprakelijkheid, maar ook in een theorie over rechtvaardigheid als grondslag voor verdelingsvraagstukken in onze samenleving. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de omstandigheid dat de gelijke waardigheid van burgers wordt gewaarborgd door rechtsmiddelen tegen discriminatie, die zich niet meer beperken tot het publiekrecht maar zich tevens uitstrekken tot het privaatrecht.

33. Illustratief is de volgende casus.<sup>79</sup> Het betrof een meisje van 10 jaar dat slachtoffer werd van een ernstig verkeersongeval, ten gevolge waarvan zij blijvend letsel ondervond. De berekening van de schade had de verzekeraar gebaseerd op de verwachting dat de benadeelde (die had gezegd kapster te willen worden) kinderen zou krijgen. “*Naarmate zijn leeftijd lager is*”, schrijft Nieuwenhuis, “*wordt het fictionele gehalte van het verhaal over de toekomst die het slachtoffer te wachten zou hebben gestaan, dienovereenkomstig groter.*”<sup>80</sup> Hoe dan ook, in dit geval werd de verdien capaciteit van het slachtoffer op basis van statistische gegevens naar beneden bijgesteld, in die zin dat zij van haar 17<sup>e</sup> tot haar 26<sup>e</sup> levensjaar waarschijnlijk voltijds zou hebben gewerkt, daarna tot haar 36<sup>e</sup> levensjaar uit het arbeidsproces zou treden (in verband met kinderen die zij zou hebben gekregen), om ten slotte van haar 36<sup>e</sup> tot haar 67<sup>e</sup> in deeltijd te werken. Naar huidige inzichten dient art. 6:97 BW zo te worden uitgelegd dat personenschade zo concreet mogelijk wordt begroot. Komt deze schadeberekening daaraan tegemoet? Of gaat

---

<sup>78</sup> Ik realiseer mij dat ik mij hier baseer op een relatief beperkte groep van gevallen uit het aansprakelijkheidsrecht, maar meen niettemin dat die iets laten zien dat voor het hele aansprakelijkheidsrecht van belang is. Hoewel hun betekenis kwantitatief gering is, is die kwalitatief groot.

<sup>79</sup> College voor de Rechten van de Mens 19 augustus 2014, oordeelnummer 2014-97. Zie ook Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDH:2013:9276.

<sup>80</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 91.

zij mank aan de “*fallacy of misplaced concreteness*”?<sup>81</sup> Of is het nog erger en is zij discriminatoir, omdat bij een benadeelde van het mannelijk geslacht deze neerwaartse bijstelling van zijn verdien capaciteit zou zijn uitgebleven? Die slotsom lijkt onontkoombaar. Weliswaar dient het gemaakte onderscheid een legitiem doel (namelijk een schadevergoeding op basis van de beginselen van volledigheid en concreetheid), maar is het gekozen middel passend noch noodzakelijk (want er zijn alternatieven).<sup>82</sup> Vanuit het gezichtspunt van distributieve rechtvaardigheid is het onrechtvaardig dat de gemiddelde vrouw bij de begroting van schade slechter af is dan de gemiddelde man (zie nr. 22).

34. De benadeelde is door het ongeval beroofd van de mogelijkheid om een normaal leven te leiden. Bovendien is zij bij de berekening van de schade beroofd van de (hypothetische) keuzemogelijkheid die zij zou hebben gehad, indien het verkeersongeval niet had plaatsgehad, om volledig aan het arbeidsproces te blijven deelnemen (met of zonder kinderen). Het ligt in de lijn van de capaciteitenbenadering om als uitgangspunt te nemen dat de benadeelde zoveel als in de gegeven omstandigheden mogelijk is in de gelegenheid wordt gesteld om haar gelijke recht op een waardig leven uit te oefenen. Indien wordt gekozen voor een vergelijking met het leven dat zij zonder het ongeval zou hebben geleid (“wat als?”) – denkbaar is ook dat wordt gekozen voor de behoeften van het jonge slachtoffer in de huidige situatie (“wat nu?”, zie nr. 41) – dient het hypothetische leven dat als maatstaf dient niet te worden gemodelleerd naar een statistisch gemiddelde dat in het geheel niet hoeft te stroken met de keuzes die zij zou hebben gemaakt, maar naar een leven waarin zij zoveel mogelijk vrijheid zou genieten om existentiële keuzes als het verkrijgen van kinderen naar eigen inzicht en voorkeur te maken. De benadeelde verdient herstel in haar autonomie, ook wanneer die autonomie in een hypothetische situatie zou worden uitgeoefend. Bij de berekening van de schadevergoeding dient derhalve rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat zij volledig aan het arbeidsproces zou zijn blijven deelnemen (met of zonder kinderen). Van de rechter mag worden verwacht dat hij of zij de benadeelde op die grondslag schadeloos stelt. Daartoe staan hem of haar verschillende technieken ten dienste.<sup>83</sup> Zo zou hij of zij de focus kunnen verleggen van de verwachte inkomsten naar het verlies aan verdien *capaciteit*, hetgeen goed bij de capaciteitenbenadering zou passen. Ook zou hij of zij bij de begroting van de schade kunnen abstraheren van de omstandigheid dat de benadeelde vrouw is, hetgeen een stap zou zijn op weg naar de maatmens benadeelde in het letselschaderecht. Ten slotte zou de rechter ook de focus kunnen verschuiven van het verlies naar de behoeften van de benadeelde, hetgeen zou passen binnen de herstelbenadering in het letselschaderecht. Elk van deze routes voert de rechter weg van ongerechtvaardigd onderscheid bij de begroting van schade.

#### 8. “*Wie is de maatmens benadeelde?*”<sup>84</sup>

35. Samengevat kan worden gezegd dat Sen en Nussbaum een theorie over sociale rechtvaardigheid hebben ontwikkeld die de verdeling van capaciteiten betreft en de taak van de overheid bij het waarborgen daarvan (in de vorm van een sociaal minimum, als som van de drempelwaarde bij iedere capaciteit). Wat hier wordt voorgesteld is om die theorie uit te breiden

<sup>81</sup> Zie Nieuwenhuis 2005, p. 85 (“Mistaking our abstractions for concrete realities”).

<sup>82</sup> Loth 2014, p. 117, en Emaus 2015, p. 16.

<sup>83</sup> Zie Emaus 2015, p. 16 – 23.

<sup>84</sup> De titel is ontleend aan Franken 2014.

tot het domein van corrigerende rechtvaardigheid; in geval van een inbreuk dient herstel te volgen, hier dan te verstaan als herstel in de mogelijkheden van de benadeelde (“capabilities”). Hier staan immers twee partijen tegenover elkaar die zijn verbonden door een ongelukkig voorval in het verleden. De benadeelde is daardoor aangetast in zijn of haar persoon en spreekt degene aan die hij daarvoor verantwoordelijkheid houdt. De taak van de rechter daarbij is tweeledig. In de eerste plaats dient hij of zij de verantwoordelijkheid van de aangesprokene vast te stellen. Voorts dient de rechter de benadeelde in diens autonomie te herstellen. Dat laatste kan neerkomen op het herstel in een vergelijkbare positie als vóór de onrechtmatige gedraging dan wel op het bieden van perspectief op een autonome invulling van een door de omstandigheden afgedwongen nieuw leven. Bij de uitoefening van deze taak kan hij of zij op twee manieren gebruik maken van een maatmens benadeelde. In de eerste plaats kan de maatmens benadeelde dienen als maatstaf voor de normering en beoordeling van het gedrag van de benadeelde (vergelijk de “gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument”). Bovendien kan de maatmens benadeelde dienen als maatstaf voor de begroting van schade (een gemiddeld slachtoffer).<sup>85</sup>

36. Bij de uitvoering van zijn of haar taak dient de rechter het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid te betrachten, onder meer door te streven naar equivalentie tussen de remedie en het gepleegde onrecht. Maar op de achtergrond spelen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid waaraan hij of zij zich niet kan onttrekken. Wanneer de ongelukkige gebeurtenis voor rekening van de aangesprokene komt, en die gebeurtenis de kansen van de benadeelde negatief heeft beïnvloed, is het aan de rechter de autonomie van de benadeelde te herstellen. Soms impliceert dat een herstel van de benadeelde in zijn mogelijkheden. Wanneer het leven van de benadeelde ingrijpend is veranderd dient hij of zij de gelegenheid te krijgen tot het maken van autonome keuzes voor de invulling van een nieuw leven. Bij de uitvoering van deze taak door de rechter kan de lijst van capaciteiten als richtsnoer dienen; niet alleen voor de rechtsgoederen die zijn beschermd, maar ook als handvat voor de capaciteiten waarin de benadeelde dient te worden hersteld. Dat roept vragen op die nader onderzoek verdienen, maar eerst volgt hier de lijst met capaciteiten, die ik eerder heb onderverdeeld in existentiële capaciteiten (onder 1 – 3), vermogens (onder 4 – 6), en sociale capaciteiten (onder 7 – 10) (zie nr. 27).<sup>86</sup>

1. *Leven. Het vermogen om een menselijk leven van normale duur tot het einde toe te leiden, niet voortijdig te sterven of voordat iemands leven zo gereduceerd is dat het niet meer de moeite waard is geleefd te worden.*
2. *Lichamelijke gezondheid. Het vermogen om een goede gezondheid te hebben, inclusief gezondheid met betrekking tot voortplanting. In staat zijn geschikt voedsel en onderdak te verwerven.*
3. *Lichamelijke onschendbaarheid. Het vermogen om je vrijelijk van de ene plek naar de andere te verplaatsen, en om gevrijwaard te zijn van tegen de persoon gericht geweld, inclusief seksueel geweld en huiselijk geweld. Gelegenheid hebben voor seksuele bevrediging en voor keuzes inzake voortplanting.*
4. *Zintuiglijke waarneming, verbeeldingskracht en denken. Het vermogen de zintuigen te gebruiken, te fantaseren, te denken en te redeneren, en deze dingen te doen op een “waarlijk menselijke” wijze, die wordt geïnspireerd en gecultiveerd door adequaat*

<sup>85</sup> Ik verwijst naar het Beumers en Van Boom 2016.

<sup>86</sup> Geciteerd uit Nussbaum 2006 (vertaling).

*onderricht, onder andere in – maar in geen geval beperkt tot – lezen en schrijven, en door een basale rekenkundige en wetenschappelijke scholing. Het vermogen verbeeldingskracht en denken te gebruiken in verband met het ervaren en voortbrengen van werken en evenementen naar eigen keuze, religieuze, literaire, muzikale enzovoort. Het vermogen je geest te gebruiken op een manier die beschermd wordt door garanties voor vrijheid van meningsuiting met betrekking tot politieke en kunstzinnige expressie, en vrijheid van godsdienstoefening. Het vermogen aangename ervaringen te hebben en niet-heilzame pijn te vermijden.*

5. *Gevoelens. Het vermogen om gehecht te zijn aan dingen en mensen buiten onszelf, om hen lief te hebben die ons liefhebben en zich om ons bekommeren, om te rouwen bij hun afwezigheid, in het algemeen om te beminnen, verdriet te hebben, verlangen te ervaren, dankbaarheid en gerechtvaardigde woede. In staat zijn om niet in je emotionele ontwikkeling te worden geremd door overweldigende zorgen en angsten. (Dit vermogen ondersteunen betekent vormen van menselijke relaties ondersteunen waarvan kan worden aangetoond dat ze essentieel zijn voor die ontwikkeling.)*
6. *Praktische rede. Het vermogen om een conceptie van het goede te vormen en je bezig te houden met een kritische bezinning op de planning van je leven. (Dit vermogen impliceert het voorzien in waarborgen voor gewetensvrijheid en vrijheid van godsdienstbeoefening.)*
7. *Sociale banden. (A) Het vermogen om met en voor anderen te leven, andere mensen te erkennen en zich om hen te bekommeren, om mee te doen aan diverse vormen van sociale interactie, en om je te verplaatsen in de situatie van een ander. (Bescherming van dit vermogen betekent het beschermen van instellingen die dergelijke sociale banden gestalte geven en voeden, en ook bescherming van de vrijheid van vereniging en politieke meningsuiting.) (B) Kunnen beschikken over de maatschappelijke fundamenteën tégen vernedering en vóór zelfrespect; het vermogen te worden behandeld als een waardig wezen dat in waarde gelijk is aan anderen. Dit impliceert voorzieningen voor uitsluiting van discriminatie op basis van ras, geslacht, seksuele oriëntatie, etniciteit, kaste, religie en nationale herkomst.*
8. *Andere biologische soorten. Het vermogen te leven met zorg voor en in relatie met dieren, planten en de wereld van de natuur.*
9. *Spel. Het vermogen te lachen, te spelen, te genieten van recreatieve activiteiten.*
10. *Vormgeving van de eigen omgeving. (A) Politiek. Daadwerkelijk kunnen participeren in politieke keuzes die iemands leven sturen. In staat zijn tot uitoefening van het recht op politieke participatie, bescherming van vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging en vergadering. (B) Materieel. In staat zijn eigendom te verwerven (zowel onroerende als roerende goederen) en om eigendomsrechten te hebben op gelijke voet met anderen. In staat zijn tot daadwerkelijke uitoefening van het recht om werk te zoeken op gelijke voet met anderen, om gevrijwaard te blijven van ongegronde inspectie en inbeslagneming. Op de werkplek arbeid kunnen verrichten als een menselijk wezen dat praktische rede en zinvolle relaties van wederzijdse erkenning aangaat met andere werkenden.*

37. Over de strekking van deze lijst in het aansprakelijkheidsrecht enkele opmerkingen.<sup>87</sup> Hiervoor bleek al dat zij een tiental capaciteiten, mogelijkheden, of kansen specificeert die een

---

<sup>87</sup> Naast de opmerkingen in de vorige paragraaf over de strekking van de lijst in het algemeen.

waardig leven constitueren, individuele autonomie definiëren, en in een rechtvaardige samenleving door de overheid dienen te worden gegarandeerd. Aantasting van één of meer van deze capaciteiten door een ander biedt derhalve voldoende rechtvaardiging voor herstel van autonomie door de veroorzaker. Daarnaast kan die aantasting voldoende rechtvaardiging bieden voor tot herstel strekkend ingrijpen door de rechter, indien de inbreuk ertoe leidt dat de benadeelde onder het sociale minimum zakt. Onder een bepaalde drempelwaarde kan immers niet meer worden gesproken van een waardig leven, zoals dat in een rechtvaardige samenleving door de overheid wordt gegarandeerd (zie nr. 28). Het is aan de rechter om van geval tot geval te bepalen waar die drempelwaarde ligt. De lijst met capaciteiten fungeert hierbij niet alleen als lijst van beschermde rechtsgoederen, maar ook als oriëntatiepunt om van geval tot geval te bepalen of de drempelwaarde is overschreden. Zij kan in zoverre worden beschouwd als de geschreven neerslag van de bescherming die de overheid biedt aan iedere benadeelde, dat wil zeggen, als een maatmens benadeelde. De lijst kan dan ook worden gezien als een specificatie van een “maatmens van 10 capaciteiten”, een “*model victim*“, of “*the (other) man on the Clapham omnibus*”. Lastig is overigens de vraag hoever de door de rechter op te leggen verplichting tot compensatie strekt (vgl. nrs. 44 – 46).

38. Op dit punt in het betoog kan worden teruggegrepen op de bevindingen ten aanzien van corrigerende rechtvaardigheid (nrs. 13 en 16). Wij hebben gezien dat corrigerende rechtvaardigheid een tadeloze notie is ten aanzien van de begrenzing van aansprakelijkheid, omdat zij op zichzelf betrekkelijk “leeg” is; zij behelst geen catalogus van te beschermen rechten of belangen. Weinrib zocht aansluiting bij de rechten en belangen die in het recht zelf als zodanig worden erkend. Hoewel de benadering van Coleman minder formeel is dan die van Weinrib, bleek zij in de kern aan hetzelfde gebrek te lijden, omdat ook in zijn benadering een catalogus van te beschermen rechten en belangen ontbreekt. Anders dan bij Weinrib en Coleman heeft de hier gevolgde benadering wél zo’n catalogus van te beschermen rechten en belangen opgeleverd, namelijk de bovenstaande lijst met capaciteiten<sup>88</sup>, die immers is op te vatten als een lijst van te beschermen rechtsgoederen.<sup>89</sup> Wij zijn dus een stap verder gekomen, maar hebben daarvoor ook een prijs betaald; wij hebben ons namelijk niet hebben beperkt tot het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook het beginsel van distributieve rechtvaardigheid in de beschouwing opgenomen.

Het resultaat is de genoemde lijst met rechtsgoederen, die voldoende specifiek is om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen. Voor zover de vestiging en omvang van een bepaalde aansprakelijkheid bijdraagt aan de handhaving van de bescherming van deze rechtsgoederen, is zij gerechtvaardigd door de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (althans door de hier voorgestelde mix daarvan). Voor zover zij die overschrijdt, is dat niet (meer) het geval.<sup>90</sup> De lijst vormt dus een antwoord op onze onderzoeksvraag in hoeverre de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid kunnen bijdragen aan de legitimatie en de begrenzing van aansprakelijkheid, en welke rol de

---

<sup>88</sup> Dit kan een “partly distribution-responsive view (of corrective justice)” worden genoemd (naar Walt 2006), zij het dat de wisselwerking van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid die ik voorsta door hem niet wordt genoemd (Walt 2006, p. 1322 – 1323).

<sup>89</sup> Vergelijkbaar met de belangen die par. 823 I BGB specificeert (leven, lichamelijke integriteit, gezondheid, vrijheid, eigendom, of “andere rechten”). De lijst reikt overigens in sommige opzichten verder dan het geldende recht, zie bijvoorbeeld de capaciteiten onder 5 en 10.

<sup>90</sup> Waarmee niet is gezegd dat aansprakelijkheid niet door andere beginselen of doeleinden kan zijn gelegitimeerd.

‘maatmens benadeelde’ daarbij speelt. Genoemde beginselen blijken, in samenhang, te kunnen bijdragen tot de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid. De maatmens benadeelde speelt daarbij de hier geschetste rol, in de vorm van de lijst met capaciteiten. Samengevat: de maatmens benadeelde is het subject van bescherming in het aansprakelijkheidsrecht en zij specificeert de capaciteiten waarvan de bescherming wordt gelegitimeerd door de hier voorgestelde mix van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid.

39. Daarnaast heeft de bovenstaande lijst nog een andere strekking. Wanneer is vastgesteld dat de benadeelde in één of meer van deze belangen op onrechtmatige wijze is aangetast, en dat de aangesprokene daarvoor verantwoordelijk is, dient de rechter binnen de gegeven processuele context de remedie te bepalen. Ook hierbij kan de lijst met capaciteiten als richtsnoer een rol spelen, namelijk als weergave van de capaciteiten waarin de benadeelde zoveel als mogelijk is dient te worden hersteld (in natura of in geld). Voor zover dat niet meer mogelijk is, kan compensatie worden gezocht in het faciliteren van de capaciteiten waarover de benadeelde nog wél beschikt. Corrigerende rechtvaardigheid eist equivalentie tussen het gepleegde onrecht en de compensatie. Dat kan worden verstaan als het vereiste om te worden hersteld in de capaciteiten waarin de benadeelde is aangetast, dan wel in de capaciteiten waarover de benadeelde nog wel onverminderd beschikt. Bij het bepalen van de wenselijke eindtoestand van de benadeelde kan de lijst met capaciteiten wederom behulpzaam zijn, zowel door de specificatie van de verschillende capaciteiten die essentieel zijn voor een waardig leven als door de ontwikkeling van een drempelwaarde voor iedere capaciteit. De lijst met capaciteiten kan dus ook worden beschouwd als een richtsnoer en maatstaf voor herstel van iedere benadeelde, dat wil zeggen, van een maatmens benadeelde.

40. Voor de verschillende vormen van aantasting van de kwaliteit van iemands leven kunnen verschillende vormen van herstel of remedies zijn aangewezen, waaronder compensatie door betaling van geld, maar ook het bieden van hulp, ontzorging, coaching, het maken van excuses, enzovoorts. In het systeem van de wet staat schadevergoeding in geld voorop, en vormt feitelijk herstel door betaling in natura de uitzondering (vgl. art. 6:103 BW). Zo kan de rechter bevelen een bepaalde handeling te verrichten, zoals de verrichting van een rechtshandeling, de bevrijding van een verbintenis, de nietigverklaring van een rechtshandeling, of een feitelijke handeling (zoals het ondergaan van een bloedonderzoek, of de staking van de executie van een opgelegde straf).<sup>91</sup> De verklaring daarvoor is dat geld een neutraal hulpmiddel is om onrecht en herstel vergelijkbaar te maken en dat compensatie in de vorm van betaling van een geldsom daarom goed past in een door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid beheerst aansprakelijkheidsrecht (zie nr. 16). In de hier ontwikkelde gedachtegang is de prioriteit veeleer omgekeerd. De betaling van geld is een middel om een bepaalde kwaliteit van leven te realiseren, en niet een doel op zich (zie nr. 19). Vanuit dat perspectief verdient herstel in natura in beginsel de voorkeur boven schadevergoeding in de vorm van geld.<sup>92</sup> Herstel in natura betekent hier dan: herstel van autonomie, dat wil zeggen, herstel in capaciteiten of mogelijkheden. Indien schadevergoeding in de vorm van geld passend en noodzakelijk is, vormt dat de maatstaf voor de hoogte van het te betalen geldbedrag. De lijst van capaciteiten is dan maatgevend voor de vorm en de omvang van het herstel.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Asser-/Hartkamp & Sieburgh 6 – II 2013, nrs. 21, 22.

<sup>92</sup> Zoals in het Duitse recht het geval is (de “Naturalherstellung” van par. 249 lid 1 BGB).

<sup>93</sup> Vgl. over herstel in het aansprakelijkheidsrecht Lindenbergh 2014.

41. Ten slotte rest nog één vraag, namelijk wat het betekent om de benadeelde te herstellen in de toestand die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige gedraging niet had plaatsgehad (“*as if it never happened*”, zoals dat heet<sup>94</sup>).<sup>95</sup> Herstel in de historische toestand die bestond vóór de onrechtmatige gedraging is zelden mogelijk, omdat de tijd niet kan worden teruggedraaid (zie nr. 10). Herstel in de hypothetische toestand die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige gedraging niet was verricht, kan evenzeer problematisch zijn, omdat die hypothetische toestand nooit heeft bestaan, noch ooit zal bestaan. Een van de notoire problemen bij de vaststelling van schade is dat wij nooit met zekerheid weten hoe het leven van de benadeelde zich zou hebben ontwikkeld indien het ongeval niet had plaatsgehad (vergelijk het geval van het meisje in nrs. 33 en 34). Daarom lijkt het dikwijls vruchtbaarder om het idee dat wij moeten “teruggaan” naar een situatie – historisch of hypothetisch – te laten varen (“wat als?”), en in plaats daarvan te erkennen dat de compensatie van een benadeelde een nieuwe situatie schept (“wat nu?”)<sup>96</sup>. De vraag is dan wat de behoeften zijn van de benadeelde en wat in dat licht een gerechtvaardigde interventie van de rechter is. Daarmee verschuift weliswaar het probleem naar de vraag welke interventie gerechtvaardigd is (en welke niet), maar toch lijkt dat vooruitgang, omdat daarbij ook overwegingen van distributieve rechtvaardiging hun rol kunnen spelen. De nieuwe toestand na rechterlijk ingrijpen is verbonden met de oude door een praktische redenering, waarin zowel overwegingen van corrigerende als van distributieve rechtvaardigheid een rol spelen. Het resultaat is de best mogelijke benadering van rechtvaardige aansprakelijkheid die binnen ons bereik ligt.

42. Uit het voorgaande volgt een verschuiving van het perspectief op zowel de actuele situatie van de benadeelde als de hypothetische situatie waarin hij of zij zou hebben verkeerd, indien het voorval niet zou hebben plaatsgehad. Het is gebruikelijk om het perspectief te richten op de vermogenspositie van de benadeelde en op de vraag in hoeverre zijn financiële belangen door het voorval zijn geschaad. De schade is immers het verschil tussen de situatie met en zonder voorval, in geld uitgedrukt. Hier is echter een ander perspectief bepleit, waarin de nadruk niet ligt op *het vermogen* van de benadeelde, maar op *zijn vermogens*. Zowel de situatie met als zonder ongeval wordt immers beschouwd in termen van de mogelijkheden van de benadeelde, zijn capaciteiten. De vraag is dan hoe het ongeval zijn mogelijkheden heeft beperkt, dat wil zeggen, in welke capaciteiten hij of zij is geschaad. Voor de vraag naar de aard en omvang van de compensatie ligt de nadruk dan ook niet op een vergelijking van zijn financiële belangen in beide situaties (“wat als?”), maar op een beoordeling van zijn behoeften in de actuele situatie (“wat nu?”). Daarbij is schadevergoeding in natura – hulp, ontzorging, coaching - veelal minstens zo belangrijk als schadevergoeding in geld (een omkering van de prioriteit in art. 6:103 BW). Anders gezegd, het perspectief verschuift van het *vermogen als geld* naar het *vermogen als capaciteit*. Tegen de achtergrond van het herstel van de autonomie van de benadeelde is wat deze *kan* immers belangrijker dan wat hij *heeft*. Geld is geen doel op zich, maar een middel tot een doel, namelijk het leven van een menswaardig en autonoom leven. Deze perspectiefwisseling is ontleend aan de theorievorming over distributieve rechtvaardigheid (zie nr. 19), maar is evenzeer van betekenis voor de theorie over corrigerende rechtvaardigheid. Zoals verdelingsvraagstukken beter in termen van capaciteiten dan in termen van welvaart kunnen worden benaderd, zo kunnen ook vragen van herstel beter worden gesteld in termen van mogelijkheden dan in termen van financiële compensatie. Dat kan bijdragen aan

<sup>94</sup> Vgl. Ripstein 2007.

<sup>95</sup> Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 – II 2013, nr. 21.

<sup>96</sup> Naar Kremer 2009, p. 139 -153.



een betere balans tussen doel en middelen in het aansprakelijkheidsrecht; het doel is het herstel van autonomie, het middel is een systeem van “verging en vergoeding”.<sup>97</sup>

43. Ook de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht kunnen aldus in samenhang beter worden begrepen.<sup>98</sup> Zoals wij zagen, is het gebruikelijk om de compensatie van onrechtmatig toegebrachte schade als primaire doelstelling te noemen, en als afgeleide doelstellingen het voorkómen van schade, het bieden van genoegdoening, het erkennen van toegebracht leed, waarheidsvinding in de procedure, en andere “emotionele belangen” (zie nrs. 9 – 11). Op die wijze ontstaat een merkwaardige dichotomie tussen de “harde”, financiële belangen enerzijds, en de “zachte”, emotionele belangen anderzijds, met alle problemen van dien (zoals de begroting van die “zachte” belangen). Het beeld wordt veel relevanter en coherenter wanneer wij compensatie niet uitsluitend opvatten als financiële compensatie, maar als herstel van autonomie. In de eerste plaats wordt dan zichtbaar dat de rechtsgoederen *waarin* de benadeelde wordt hersteld veel ruimer zijn dan alleen zijn financiële schade; het gaat immers vooral om de existentiële capaciteiten, de vermogens, en de sociale mogelijkheden waarin de benadeelde is getroffen. Bovendien volgt daaruit dat de wijze *waarop* de benadeelde wordt beschermd veel gevarieerder is dan louter financiële compensatie. Een heel scala aan remedies is relevant voor het herstel van autonomie, waaronder ook “alternatieve remedies” als het aanbieden van excuses. Wanneer wij het perspectief verschuiven van het aansprakelijkheidsrecht als systeem van verging en vergoeding naar een systeem voor de bescherming van individuele autonomie, wordt het mogelijk om zowel de beschermde rechtsgoederen als de daarvoor geboden remedies te begrijpen als onderdeel van een breder, maar niettemin relevant en coherent systeem.

### 9. Verdere vragen

44. Het gebruik van de notie van een maatmens benadeelde, zoals hierboven voorgesteld, roept verschillende vragen op waarvan ik er hier drie noem. Als de lijst met capaciteiten een standaard vormt voor onrecht en herstel, dan rijst allereerst de vraag hoe die standaard in het aansprakelijkheidsrecht functioneert. Wanneer de capaciteiten en de bijbehorende drempelwaarden met precisie zouden kunnen worden gedefinieerd, hoe moeten wij ons dan hun werking voorstellen? Misschien kan een cijfermatige voorstelling van zaken verhelderend zijn, al zou ik niet de indruk willen wekken dat onrecht en herstel zijn te kwantificeren (van die opvatting wil de capaciteitenbenadering juist afstand nemen). Laten we aannemen dat de kwaliteit van leven van iemand als de optelsom van de drempelwaarden van de relevante capaciteiten 100 bedraagt. Stel vervolgens dat A over 150 beschikt, maar dat die waarde door het onrechtmatige gedrag van B wordt verminderd tot bijvoorbeeld 120. In dat geval zijn er sterke morele redenen voor herstel, ondanks de omstandigheid dat A nog steeds boven het sociale minimum functioneert. Dat zijn redenen van corrigerende rechtvaardigheid (niet van distributieve rechtvaardigheid).<sup>99</sup> Maar stel nu dat door dezelfde oorzaak de kwaliteit van leven daalt tot onder het niveau van het sociale minimum, bijvoorbeeld tot een niveau van 70. Ook

<sup>97</sup> De uitdrukking is ontleend aan Feenstra en Feenstra 2015.

<sup>98</sup> Zie Loth en Stegershoek 2016.

<sup>99</sup> Vgl. de derde casus die Walt 2006 (p. 1322) onderscheidt (“cases in which there is a wrongful harm but no demand by distributive justice for or against repair”, p. 1322). In dit geval eist een “partly distribution-responsive view of corrective justice” (zoals hier verdedigd is) herstel op grond van (uitsluitend) redenen van corrigerende rechtvaardigheid.

dan is er alle reden tot herstel, maar nu van gemengde aard. Tot aan het niveau van 100 zijn dat zowel redenen van distributieve als van corrigerende rechtvaardigheid, daarboven (uitsluitend) redenen van corrigerende rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid vormt immers het uitgangspunt in het privaatrecht (zie nrs. 24 en 25), tot zover geen probleem. Maar wat als de kwaliteit van leven van de benadeelde niet boven het niveau van 80 uitstijgt en door het onrechtmatige gedrag van de veroorzaker daalt tot 40? Heeft de benadeelde dan een aanspraak op herstel tot 80, of (zelfs) tot 100? Corrigerende rechtvaardigheid rechtvaardigt herstel tot 80, maar overwegingen van distributieve rechtvaardigheid rechtvaardigen herstel tot het niveau van 100. Welke overwegingen prevaleren?

45. Het past in de lijn van Nussbaum's theorie om distributieve overwegingen te laten prevaleren. Het is immers de taak van de overheid om het sociale minimum te rechtvaardigen dat een menswaardig leven vereist.<sup>100</sup> Dat zou erop neerkomen dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid niet alleen een negatief effect hebben op de schadevergoeding (het matigingsrecht), maar ook een positief effect (een aanvullingsverplichting). Een dergelijke verplichting vertoont gelijkenis met een positieve verplichting uit het EVRM, die immers de Staat verplicht te doen wat hij eerder heeft nagelaten (namelijk de benadeelde een sociaal minimum te garanderen). De rechter zou hier de taak van de executieve overnemen (zie nr. 32). Niettemin kan men zich afvragen waarom de veroorzaker de rekening van een sociale misstand moet betalen die al voor zijn optreden bestond. Daarop is evenwel een antwoord mogelijk. Als hij de benadeelde onrechtmatig schade heeft toegebracht en daarom aansprakelijk is voor die schade, dan rust op hem of haar het risico dat die schade hoger uitvalt dan voorzienbaar was. Dat is pech, zoals hij geluk kan hebben wanneer de schade lager uitvalt dan voorzienbaar is. Is dat niet gewoon een toepassing van het adagium "*the tortfeasor takes the victim as he finds him*"? De scherpe kantjes kunnen hier eventueel worden afgeslepen door collectivering van de schade in de vorm van een verzekering of een fonds, of door de rekening door te schuiven naar de overheid. De rekening wordt dan niet door de individuele veroorzaker betaald, maar door de gemeenschap.

46. Toch is deze consequentie van Nussbaum's theorie contra-intuïtief. "*De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft er recht op niet te worden veroordeeld tot vergoeding van méér dan de in werkelijkheid geleden schade*", schrijft Nieuwenhuis.<sup>101</sup> Is het niet onrechtvaardig de individuele veroorzaker van de schade aansprakelijk te houden voor een hogere schade dan hij heeft veroorzaakt? Is de positieve verplichting van de rechter daarvoor wel voldoende legitimatie? Wordt het aansprakelijkheidsrecht zo niet misbruikt voor de realisering van politieke doeleinden? Een belangrijke reden voor twijfel is bovendien dat op deze wijze wordt gebroken met het beginsel dat wat de rechter tussen partijen uitspreekt gelijk is aan wat tussen partijen (al) geldt. De verplichtingen tussen partijen worden immers beïnvloed door de (eigen) positieve verplichtingen van de rechter. Dat zijn allemaal goede redenen om een dergelijke aanvullingsverplichting van de hand te wijzen. In deze redenering is er een fundamentele asymmetrie tussen een matiging en een verhoging van de schadevergoeding op grond van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. De eerste is wel gerechtvaardigd,

<sup>100</sup> Vgl. de tweede casus die Walt 2006 onderscheidt ("cases in which there is both a wrongful harm and a demand for repair by distributive justice", p. 1322). In dit geval eist in een "partly distribution-sensitive view of corrective justice" (zoals hier verdedigd is) herstel op grond van redenen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. In de prikkelende woorden van Klimchuck: "(...) Nothing prevents us (the courts, that is) from taking advantage of a tort to make the world a distributively more just place" (a.w., p. 58).

<sup>101</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 88.

de tweede niet. Wanneer de kwaliteit van leven van de benadeelde door het onrechtmatige gedrag van de veroorzaker daalt van 80 tot 40, dan is herstel gerechtvaardigd tot 80 (en niet tot 100). Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid moeten ook hier wijken voor corrigerende rechtvaardigheid (zie nrs. 24 en 25). De omstandigheid dat wij eerder geneigd waren anders te denken is niets anders dan weer een voorbeeld van distributieve rechtvaardigheid als de koekoek in het nest van het privaatrecht; eenmaal binnen domineert zij andersoortige overwegingen. Tot zover de alternatieve redenering, die misschien wel plausibeler is. Verder debat is nodig, in het bijzonder over de vraag welke kosten voor rekening komen van de (verzekeraar van) de veroorzaker, en welke van de overheid. De beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid zijn daarbij behulpzaam.

47. Een tweede vraag is hoe de maatmens benadeelde zich verhoudt tot de “eigen schuld” van de benadeelde. Hier gaat het derhalve om de maatstaf voor de normering en beoordeling van het gedrag van de benadeelde. De lijst met capaciteiten laat de vrijheid onverlet om van die capaciteiten naar keuze gebruik te maken. Heeft iemand die daarvan gebruik maakt door bijvoorbeeld een ongezond leven te leiden evenveel aanspraak op het sociale minimum als iemand die wèl gezond leeft? Nussbaum beantwoordt deze vraag bevestigend, maar ook hier is meningsverschil mogelijk. De vraag is waar wij op grond van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid de grens trekken tussen de vrijheid om te leven zoals je wilt, en de solidariteit die van de anderen wordt gevraagd. In het aansprakelijkheidsrecht doen zich verwante vragen voor, maar hier wordt de vrijheid van de individuele benadeelde via corrigerende rechtvaardigheid begrensd door die van de veroorzaker van de onrechtmatig toegebrachte schade. Om die reden wordt de aansprakelijkheid van de veroorzaker verminderd naar evenredigheid met de mate van eigen schuld van de benadeelde (art. 6:101 BW). De lijst met capaciteiten speelt nu niet alleen een rol aan de zijde van de benadeelde, maar ook aan de zijde van de veroorzaker (voor zover deze tevens benadeelde is). Van deze situatie dat de benadeelde niet anders *wil* handelen is te onderscheiden de situatie dat hij niet anders *kan* handelen. Indien de benadeelde kwetsbaarder is dan gebruikelijk, komt dat risico voor de veroorzaker van het onrecht. Dat is de gebruikelijke betekenis van het adagium “*the tortfeasor takes the victim as he finds him*”, zelfs als de benadeelde behept is met een renteneurose.<sup>102</sup> Ook deze uitkomst wordt gerechtvaardigd door corrigerende rechtvaardigheid. Hoewel het herstel meer vergt dan gebruikelijk is bij dit onrecht, ziet corrigerende rechtvaardigheid op de eindtoestand tussen *deze* partijen. De minder bedeelde of minder weerbare benadeelde wordt niet vervangen door een maatmens benadeelde. De lijst met capaciteiten functioneert in het recht dan ook niet als een standaard voor de capaciteiten waarover de benadeelde wordt *geacht* te beschikken.

48. Een derde vraag is ten slotte: waarom juist deze belangen? Hiervoor werd al opgemerkt dat de lijst met capaciteiten kan variëren afhankelijk van het doel (zie nr. 28). Vooralsnog heb ik de lijst van Nussbaum overgenomen zonder mij al te veel rekenschap te geven van de vraag of zij zou moeten worden aangepast voor het aansprakelijkheidsrecht. Dat existentiële belangen als het leven of de gezondheid bescherming verdienen, staat buiten kijf, en hetzelfde geldt voor de categorie van de vermogens. Maar wat te denken van frivolere sociale capaciteiten, zoals het vermogen te spelen? Hierover is debat mogelijk en ook wenselijk. Omgekeerd is de lijst met capaciteiten voor het hele aansprakelijkheidsrecht incompleet; de capaciteit om de eigen omgeving materieel vorm te geven dient te worden aangevuld met economische belangen als de verdien capaciteit. Voor de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid is het debat

<sup>102</sup> HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (renteneurose).

over de door het aansprakelijkheidsrecht te beschermen belangen en over het niveau van de geboden bescherming (te specificeren door de drempelwaarden), natuurlijk hoogst relevant. Aan de hand van concrete gevallen uit de rechtspraak wordt dat debat in feite ook gevoerd, zij het zonder duidelijk overkoepelend kader. De lijst met capaciteiten zou daarin kunnen voorzien (in het bijzonder waar het gaat om persoonlijke belangen), en zou aldus kunnen functioneren als een kader voor het debat over de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid. Overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid spelen in dat debat een rol, naast andere beginselen en doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht. Wat ik met de voorgestelde lijst in ieder geval *niet* beoog is een soort eindbod te doen voor de belangen waarvan bescherming in het aansprakelijkheidsrecht gerechtvaardigd is. Door deze lijst te presenteren als handvat voor de discussie over rechtvaardige aansprakelijkheid beoog ik immers om die discussie te faciliteren, niet om haar te beëindigen (zie nr. 3).

### *10. Gerechtvaardigde aansprakelijkheid?*

49. Kan het bovenstaande ons helpen bij de rechtvaardiging en begrenzing van beginselloze aansprakelijkheid (par. 2)? Wij waren immers op zoek naar beginselen die daarbij behulpzaam zijn. Het geval van baby Kelly kan als voorbeeld dienen van de toepassing van de hier bepleite rechtvaardiging van aansprakelijkheid. De beslissing van de Hoge Raad dat Kelly zoveel mogelijk in de situatie wordt gebracht als wanneer zij gezond was geboren, kan nu namelijk wel worden gelegitimeerd. De rechtvaardiging is niet gelegen in de omstandigheid dat haar huidige situatie een gevolg is van handelen of nalaten van de verloskundige en het ziekenhuis (dat is namelijk niet het geval). Die rechtvaardiging is echter wél hierin gelegen, dat dit in de gegeven omstandigheden de beste benadering is van herstel in de toestand waarin zij over dezelfde levenskansen beschikt als een ander. Herstel van autonomie vereist niet minder dan dat. In feite wordt de vergelijking met een hypothetische situatie (“wat als?”) verlaten ten behoeve van een beoordeling van de actuele situatie (“wat nu?”). De beoordeling van die actuele situatie kan echter worden gerechtvaardigd door de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Volgens het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén is aansprakelijkheid niet gerechtvaardigd, omdat de aansprakelijkheid van de verloskundige en het ziekenhuis verder reikt dan waarvoor zij op grond van de toepassing van de geldende maatstaven verantwoordelijk kan worden gehouden. Een gecombineerde theorie biedt betere resultaten, zo is hier betoogd, waardoor herstel in autonomie centraal staat en bij de bepaling van de remedie rekening mag worden gehouden met overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. Het is niet meer dan rechtvaardig Kelly in de ontstane situatie dezelfde levenskansen te bieden als ieder ander kind. Tegelijkertijd stelt de lijst met capaciteiten ook grenzen aan de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. Distributieve rechtvaardigheid heeft immers de neiging de oordeelsvorming te domineren. Misschien zijn er ook wel goede redenen van distributieve rechtvaardigheid tot een verdergaande vermogensoverheveling van de verzekeraars van het ziekenhuis en de verloskundige naar het gezin van Kelly, maar hier stellen overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid dan toch grenzen. Een dergelijke vermogensoverheveling past niet in de relatie tussen de partijen.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> De casus van Croesus en Diogenes laat in feite het omgekeerde zien. De eerste kan schadevergoeding claimen op grond van overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid, in weerwil van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. Dit correspondeert met de eerste door Walt onderscheiden casus (Walt 2006, p. 1322): “cases

50. Maar is deze benadering niet te ruimhartig, in die zin dat zij weliswaar aansprakelijkheid kan rechtvaardigen, maar niet of nauwelijks in staat is haar te begrenzen? Hiervoor citeerde ik Nieuwenhuis, waar hij onderscheid maakt tussen het Amsterdamse spoor en het Zwolse spoor voor de begroting van letselschade (nr. 7). Het eerste spoor kiest een referentie (bijvoorbeeld de loopbaan en het leven van een oudere broer van het slachtoffer) en blijft daarmee binnen de traditionele coördinaten van het letselschaderecht (“wat als?”). Het tweede spoor richt zich op de toekomst (hoe optimaliseren wij de toekomst van dit blijvend invalide kind?) en verlaat daarmee de traditionele kaders van het letselschaderecht (“wat nu?”). Geven wij daarmee niet ieder houvast prijs voor de begroting van de schade? Ik denk het niet.<sup>104</sup> Weliswaar geven wij het houvast van de vergelijking met een hypothetische situatie prijs, maar hoeveel houvast biedt die vergelijking eigenlijk? V<sup>é</sup>él in geval van een hoogleraar die de datum van zijn afscheidsrede al heeft vastgelegd, om een voorbeeld van Nieuwenhuis aan te halen<sup>105</sup>, maar weinig in het geval van een jong slachtoffer; dan heeft die situatie een hoog fictieel gehalte (vgl. de casus in nrs. 33 en 34). Bovendien krijgen wij er iets voor terug. Nadat de vestiging van aansprakelijkheid door corrigerende rechtvaardigheid is gelegitimeerd, spelen bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid overwegingen van distributieve rechtvaardigheid een rol (nrs. 21 en 25). Compensatie vergt herstel van autonomie (nr. 31). Wat heeft de benadeelde nodig om zijn autonomie te herstellen, dat wil zeggen, om de regie over zijn of haar leven terug te krijgen? Het ongeval heeft de benadeelde in zijn capaciteiten beperkt, maar in hoeverre is herstel daarin nog mogelijk? Of, indien en voor zover dat niet het geval is, hoe kunnen de resterende capaciteiten worden gefaciliteerd? Daarmee verschuift het perspectief bij de begroting van de schade van het verleden naar de toekomst, en wel in twee opzichten. In de eerste plaats doordat het niet langer gaat om herstel in de oude toestand, maar om herstel van autonomie van de benadeelde om zijn of haar verdere leven naar eigen keuze in te richten. Bovendien gaat het niet primair om wat de benadeelde niet meer kan, maar om wat hij nog wél kan (gefaciliteerd door een schadevergoeding). Het Zwolse spoor leidt rechtstreeks naar een herstelgerichte benadering in het letselschaderecht.<sup>106</sup>

51. De beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid blijken dus in combinatie heel goed in staat om aansprakelijkheid te rechtvaardigen en te begrenzen. De maatmens benadeelde, in de vorm van de lijst met capaciteiten, speelt daarbij een belangrijke rol: als subject van bescherming in het aansprakelijkheidsrecht, als handvat voor wat individuele autonomie in het aansprakelijkheidsrecht inhoudt, als catalogus van rechtsgoederen die in het aansprakelijkheidsrecht bescherming verdienen, als richtsnoer voor de keuze voor een remedie in geval van bijvoorbeeld ernstige letselschade, maar ook als sociaal minimum dat door de overheid in een rechtvaardige samenleving wordt gegarandeerd en als uitgangspunt bij de verdere ontwikkeling van fundamentele rechten. Indien dat op het eerste gezicht tot een “overbedeling” van de benadeelde leidt, zoals in het Kelly-arrest, is dat in ieder geval geen oeverloze bevoordeling onder de mantel van slachtofferbescherming, maar een afgepaste

---

in which there is a wrongful harm and a demand by distributive justice that it is not repaired”. Anders dan bij Walt prevaleren hier de overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid. Niettemin rechtvaardigen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid wel het gebruik van het matigingsrecht van de rechter (art. 6:109 BW).

<sup>104</sup> Zie ook Van Dijck 2015, die wijst op de begrenzendende werking van precedenten en de leer van de redelijke toerekening.

<sup>105</sup> Nieuwenhuis 2005, p. 91.

<sup>106</sup> Akkermans 2015, p. 17, die spreekt van een paradigmashift: “van primair het vergoeden van schade, naar primair het faciliteren van herstel met schadevergoeding als sluitpost”

toedeling gelegitimeerd door de eisen van een menswaardig leven (ingebed in de lijst met essentiële capaciteiten en gerechtvaardigd door overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid). Dat is natuurlijk geen herstel in de oude toestand, maar een overgang naar een nieuwe toestand die op een beredeneerde wijze met de oude samenhangt. In die redenering doen de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid hun werk. Het resultaat is de beste benadering van rechtvaardige aansprakelijkheid die binnen ons bereik ligt.

### *11. Ten slotte*

52. In dit preadvies heb ik de werking van het rechtvaardigheidsbeginsel in het aansprakelijkheids- en het letselschaderecht onderzocht, meer in het bijzonder de werking van de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Wij waren immers op zoek naar beginselen die aansprakelijkheid kunnen legitimeren en begrenzen. Daarbij is gebleken dat de beide genoemde beginselen in combinatie een grotere potentie hebben om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen dan misschien was verwacht. Het zijn tamelijk abstracte beginselen en daarom lijken zij over de concrete casuïstiek heen te glijden. Voor het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén bleek dat ook het geval te zijn, maar in combinatie met distributieve rechtvaardigheid bleek het wel degelijk greep te bieden op het recht. De onderlinge taakverdeling tussen de beide beginselen is dat corrigerende rechtvaardigheid de vestiging van aansprakelijkheid legitimeert, en dat distributieve rechtvaardigheid een rol speelt bij de invulling van de notie van herstel en bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid. Daarbij is distributieve rechtvaardigheid hier ingevuld als een gelijke verdeling van levenskansen en capaciteiten. Ook dat lijkt een nuttige invulling van de notie van de maatmens benadeelde. Hoe dat ook zij, deze werking van het rechtvaardigheidsbeginsel doet niet af aan de werking van andere beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, zoals het beginsel van redelijkheid en billijkheid, het profijtbeginsel, en de beginselen van effectiviteit en efficiëntie. Alleen in samenhang kunnen zij de werking van het aansprakelijkheidsrecht verklaren, legitimeren en begrenzen.

53. Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het rechtvaardigheidsbeginsel een genuanceerd beeld geeft van de verdeling van risico's en kansen die het aansprakelijkheidsrecht behelst. Enerzijds kan de benadeelde niet ieder ongeluk of ongemak afwentelen op degene die hij daarvoor verantwoordelijk houdt. Uitsluitend een substantiële aantasting van zijn autonomie, in de vorm van één of meer beschermde rechtsgoederen, rechtvaardigt de afwenteling van de schade op degene die daarvoor verantwoordelijk is. Anderzijds brengt het beginsel van distributieve rechtvaardigheid mee dat burgers aanspraak kunnen maken op de handhaving van een sociaal minimum dat een menswaardig bestaan garandeert. Dat kan op verschillende manieren doorwerken in het aansprakelijkheidsrecht. Gelet op de structuur van het privaatrecht, die wordt beheerst door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, ligt het in de rede de rekening hiervan niet bij de veroorzaker neer te leggen, maar bij een collectiviteit, een fonds, of bij de overheid. Hoe dat ook zij, compensatie vereist herstel van autonomie. Daarmee is een bodem gelegd in het aansprakelijkheidsrecht die nauw verwant is aan de fundamentele rechten van de burger uit het publiekrecht. Het is niet verbazingwekkend dat de eisen van rechtvaardigheid in het privaatrecht en het publiekrecht uiteindelijk niet wezenlijk verschillen.

54. Wat betekent dit voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht? Enkele jaren geleden vroeg Schwitters om een “aansprekend aansprakelijkheidsrecht”, dat niet teruggrijpt naar een verloren paradijs van de corrigerende rechtvaardigheid, maar evenmin het aansprakelijkheidsrecht in dienst stelt van de handhaving van ander recht.<sup>107</sup> Daarbij verwees hij naar Kortmann, die in zijn oratie verzet aantekent tegen het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van het EU-recht (onder meer het gelijke behandelingsrecht en het mededingingsrecht) en pleit voor een terugkeer naar “*full compensation*”.<sup>108</sup> Zou een “beginselen-benadering” hier geen uitkomst kunnen bieden? Het houdt in ieder geval het midden tussen de geschetste uitersten. In concrete gevallen legitimeert corrigerende rechtvaardigheid de vestiging van aansprakelijkheid, waardoor het conceptuele verband tussen de aansprakelijkheid van de veroorzaker en diens verantwoordelijkheid behouden blijft. Bij de vaststelling van de omvang van zijn aansprakelijkheid is het monopolie van corrigerende rechtvaardigheid echter doorbroken, omdat ook overwegingen van distributieve rechtvaardigheid van belang zijn. De maatstaf is daarom niet langer “herstel in de oude toestand”; het gaat om een rechtvaardige schadevergoeding in de actuele toestand. Wat dat betekent, is hier uitgewerkt in de vorm van herstel van de autonomie, en daarmee de capaciteiten van de benadeelde. Voor het aansprakelijkheidsrecht als zodanig worden vergelijkbare contouren zichtbaar. De inzet van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van ander recht sluit niet uit dat het is ingebed in een theorie over sociale rechtvaardigheid, die betrekking heeft op een rechtvaardige verdeling van maatschappelijke kansen en risico’s (vgl. de rechtvaardigheidstheorieën van Sen en Nussbaum). Die inbedding biedt een waarborg tegen instrumentalisme; zij kan voorkomen dat het aansprakelijkheidsrecht ten prooi valt aan louter politieke en economische overwegingen. Met de voeten in de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht, en de blik op de noden van de actualiteit. Dat is wat mij betreft een “aansprekend aansprakelijkheidsrecht”.

---

<sup>107</sup> Schwitters 2012.

<sup>108</sup> Kortmann 2008, p. 23.

**Literatuur:**

Akkermans 2015: Arno Akkermans, *Think Rehab!, over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel*, in: (Je) geld of je leven (terug), vergoeding in natura, Arno Akkermans e.a., voordrachten gehouden op het symposium van letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Bju 2015, p. 11 – 36.

Aristoteles 1997: Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, editie Amsterdam: Kallias 1997.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 – IV\* (2011).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 – II (2013).

Beumers en Van Boom 2016: *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*.

Benson 1992: Peter Benson, *The basis of corrective justice and its relation to distributive justice*, in: Iowa Law Review 1992, p. 515 – 624.

Brickhouse 2014: Thomas C. Brickhouse, *Aristotle on corrective justice*, in: Journal of Ethics 2014, p. 187 – 2015.

Castermans e.a. 2008: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Coleman 1992: Jules Coleman, *Risks and wrongs*, Oxford: Oxford University Press 1992.

Coleman 2001: Jules L. Coleman, *The practice of principle, in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Van Dam 2013: Cees van Dam, *European tort law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Dauenhauer en Wells 2000: Bernard P. Dauenhauer and Michael L. Wells, *Corrective justice and constitutional torts*, in: Georgia Law Review 2000-2001 (35), p. 903 – 929.

Van Dijck 2015: G. van Dijck, *Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand*, NJB 2015, p. 2530 - 2535.

Dworkin 1986: Ronald Dworkin, *Law's empire*, Cambridge (Mass.): The Belknap Press 1986.

Dworkin 2000: Ronald Dworkin, *Sovereign virtue, the theory and practice of equality*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 2000.

Du Perron 2012: E. du Perron, *Genoegdoening in het Privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht*, in: Handelingen NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2012.

Emaus 2015: J.M. Emaus, *Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada*, in: Letsel & Schade 2015, nr. 3, p. 6 – 23.

Englard 1993: Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, Aldershot: Dartmouth 1993.

Feenstra en Feenstra 2015: R. Feenstra en R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding, grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2015.

Franken 2014: A. Ch. H. Franken, *Wie is de "maatmens benadeelde"?*, in: AV&S 2014/1.



Gardner 2011: John Gardner, *What is tort law for? Part 1, the place of corrective justice*, in: *Law and Philosophy* 2011 (30), p. 1 – 50.

Van Gerven 2000: W. van Gerven e.a., *Tort law, the common law of Europe casebooks*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2000.

Goldberg 2010: John C.P. Goldberg, *Introduction: pragmatism and private law*, in: *Harvard Law Review* 2010, p. 1640-1663.

Hartlief 1997: T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, oratie.

Honoré 1999: Tony Honoré, *Responsibility and fault*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 1999.

Hosemann 2014: Eike Götz Hosemann, “*The new private law*”: *die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive*, in: *Rabels Zeitung* 78, 2014, p. 37-70.

Keirse e.a. 2007: A.L.M. Keirse, E.M. van Orsouw, R.D. Lubach, B.T.M. van der Wiel, *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden, inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2007*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Klimchuck 2003: Dennis Klimchuck, *On the autonomy of corrective justice*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, no. 1 (2003), p. 49 – 64.

Kortmann 2008: Jeroen Kortmann, *The tort law industry*, inaugural lecture University of Amsterdam, Amsterdam: Vossius Pers UvA 2008.

Kremer 2009: F. Th. Kremer, ‘*Wat nu*’ in plaats van ‘*Wat anders*’, in: *Kind en schade: wat nu?*, S.D. Lindenbergh e.a. (red.), Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, p. 139 – 153.

Lindenbergh 2014: Siewert Lindenbergh, *Herstel bij letsel, over juridische fundering van verplichtingen tot herstel*, in: *Kritiek op recht, liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer 2014, p. 239 – 251.

Lippke 1999: Richard L. Lippke, *Torts, corrective justice, and distributive justice*, in: *Legal theory* 1999, p. 149 – 169.

Loth 1988: M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 2006: M.A. Loth, “*Engaged in a search for justice*”; *over grenzeloze aansprakelijkheid en de moeizame integratie van een moreel principe*, in: Martin Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 33 – 50.

Loth 2014: M.A. Loth, *Schadebegroting en mensenrechten*, AV&S 2014/17, afl. 5/6, p. 117.

Loth en Stegershoek 2016: M.A. Loth en L. Stegershoek, *Herstel van autonomie; de herstelgerichte benadering in het licht van de doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht*, nog te verschijnen.

Lucy 2007: William Lucy, *Philosophy of private law*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Meurkens 2014: R.C. Meurkens, *Punitive damages, the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2014.

Mitchell and Tetlock 2006: Gregory Mitchell and Philip E. Tetlock, *An empirical inquiry into the relation of corrective to distributive justice*, in: *Journal of empirical legal studies* 2006, p. 421 – 466.

Nieuwenhuis 2005 – J.H. Nieuwenhuis, *Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht*, in: *Waarheidsvinding en privacy*, D.H.M. Peepkorn (red.), 2005, Den Haag: Sdu uitgevers, p. 83 -95.

Nussbaum 2000: Martha C. Nussbaum, *Women and human development, the capabilities approach*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Nussbaum 2006: Martha C. Nussbaum, *Frontiers of justice, disability, nationality, species membership*, Cambridge (Mass.)/London: The Belknap Press of Harvard University Press 2006.

Nussbaum 2006: Martha C. Nussbaum, *Grensgebieden van het recht, over sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam: Ambo 2006, vertaling.

Perry 2002: Stephen R. Perry, *On the relationship between corrective and distributive justice*, in: *Oxford Series of Jurisprudence, fourth series*, Jeremy Horder (ed.), Oxford: Oxford University Press 2002, p. 237 – 263.

Porat 2001: Ariel Porat, *Questioning the idea of correlativity in Weinrib's theory of justice*, *Theoretical inquiries in law* 2001, p. 161 – 174.

Posner 1994: Richard A Posner, *The concept of corrective justice in recent theories of tort law*, in: *Foundations of tort law*, Saul Levmore (ed.), Oxford: Oxford University Press 1994, p. 59 – 67.

Rawls 1971: John Rawls, *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1971.

Rawls 1999, John Rawls, *The law of peoples*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 1999.

Ricoeur 2000: Paul Ricoeur, *The just*, Chicago and London: The University of Chicago Press 2000.

Ripstein 2007, Arthur Ripstein, *As if it had never happened*, in: *William & Mary Law Review* 2007, p. 1957.

Scheffler 2015: Samuel Scheffler, *Distributive justice, the basic structure and the place of private law*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2015, p. 213 – 235.

Schwitters 2012: Rob Schwitters, *Aansprekend aansprakelijkheidsrecht*, in: *NJB* 2012, p. 1390 – 1396.

- Sen 2008: Amartya Sen, *Capabilities, lists, and public reason: continuing the conversation*, in: *Feminist Economics*, 10:3, 77 – 80 (<http://dx.doi.org/10.1080/1354570042000315163>).
- Sen 2009: Amartya Sen, *The idea of justice*, London: Penguin 2009.
- Sieburgh 2010: C.H. Sieburgh, *Gerechtigheid en rechtshandhaving*, in: *WPNR* 2010, p. 388 – 395;
- Spier/ Bolt 1996, J. Spier en A.T. Bolt: *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, in: *Handelingen NJV*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Spier 2012: J. Spier e.a., *Verbintenis uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.
- Spier 2014, J. Spier, *Gedachten over een vastgelopen stelsel; een nieuw tijdperk?*, in: *AV&S* 2014/6.
- Walt 2006: Steven Walt, *Eliminating corrective justice*, in: *Virginia law review* 2006, p. 1311 – 1323.
- Weinrib 2012: Ernest Weinrib, *Corrective justice*, Oxford: Oxford University Press 2012.
- Weinrib 2012 (2): Ernest J. Weinrib, *The idea of private law*, Oxford: Oxford University Press, revised edition.
- Wright 1992: Richard W. Wright, *Substantive corrective justice*, in: *Iowa law review* 1992, p. 625 – 711.