

Contributory negligence: a historical and comparative study

Citation for published version (APA):

van Dongen, E. G. D. (2013). *Contributory negligence: a historical and comparative study*. Brill.

Document status and date:

Published: 01/01/2013

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

EIGEN SCHULD *EEN HISTORISCHE EN RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE*

1. INLEIDING

In dit boek wordt de invloed van eigen schuld van de gelaedeerde bij schadevergoedingsvorderingen uit buitencontractuele aansprakelijkheid bestudeerd, en wel vanaf de Oudheid tot op heden. Twee hoofdthema's staan daarbij centraal: (1) de historische ontwikkeling van de rol van eigen schuld bij buitencontractuele aansprakelijkheid, en (2) de invloed van Romeinse, canonieke en inheemse regelingen met betrekking tot eigen schuld bij buitencontractuele aansprakelijkheid op latere doctrines en codificaties.

In het kader van de behandeling van genoemde hoofdthema's, wordt een aantal deelvragen geadresseerd. Voorbeelden van deze deelvragen zijn: Wat was de visie van de Romeinse juristen uit de periode van het (voor)klassieke Romeinse recht op de rol van eigen schuld? Hoe werd het onderwerp 'eigen schuld' behandeld ten tijde van het Justiniaanse recht? Wat waren de opvattingen over eigen schuld in de periode van het middeleeuwse *ius commune*? Wat was de ontwikkeling van het leerstuk van de eigen schuld vanaf de receptie van het Romeinse recht tot en met de codificaties van de achttiende tot en met de twintigste eeuw? En, ten slotte, hoe gaan hedendaagse Europese juristen om met het leerstuk van de eigen schuld van de gelaedeerde (met name in Frankrijk, Duitsland en Nederland)?

Bij de bespreking van de moderne en hedendaagse codificaties, rechtspraak en doctrine (en de daaraan voorafgaande negentiende-eeuwse ontwikkeling), is bijzondere aandacht besteed aan de mate waarin deze codificaties, rechtspraak en doctrines werden beïnvloed door benaderingen van eigen schuld in het *ius commune*, het natuurrecht en de Duitse Pandektistiek. Bovendien wordt bezien in welke mate deze rechtssystemen een eigen, unieke benadering ten aanzien van de rol van eigen schuld hebben ontwikkeld. Speciale aandacht wordt ook gegeven aan het rechtsgevolg van eigen schuld: alles-of-niets of een verdeling van de schade tussen laedens en gelaedeerde. Tevens wordt bezien welke oplossingen in verschillende periodes van de (rechts)geschiedenis werden gekozen en wat de dogmatische redenen waren die juristen voor deze

oplossingen gaven. In het onderstaande worden de belangrijkste bevindingen van dit boek samengevat.

2. ROMEINSE RECHT IN DE OUDHEID

Bij de studie van het Romeinse recht in de Oudheid is een onderscheid gemaakt tussen de periode van het klassieke Romeinse recht en het Justiniaanse recht. Beide periodes in de ontwikkeling van het Romeinse recht zijn voor deze studie van belang. De benadering van de klassieke Romeinse juristen van het probleem van eigen schuld is niet alleen interessant vanuit comparatief juridisch perspectief, maar ook om de latere standpunten van de humanisten en twintigste-eeuwse geleerde (Romanistische) studies te kunnen begrijpen en te plaatsen. In het bijzonder dient men, om de visies van de humanisten te kunnen begrijpen, het gezichtspunt van het klassieke Romeinse recht in het hoofd te houden. Hoewel in deze studie slechts één leerstuk is bestudeerd, namelijk de eigen schuld, kan toch reeds worden aangetoond dat bepaalde clichés ter discussie moeten worden gesteld. Zo bleek bijvoorbeeld dat de humanisten meer geworteld waren in de juridische praktijk dan gewoonlijk wordt aangenomen. Om de middeleeuwse en de latere ontwikkeling van het leerstuk van de eigen schuld te kunnen begrijpen, dient het Justiniaanse recht als uitgangspunt te worden genomen.

Wat waren de gevolgen van het gedrag van de gelaedeerde voor de aansprakelijkheid van de laedens? De conclusie voor 'het Romeinse recht' dat de gelaedeerde geen recht op schadevergoeding had indien zijn schuld had bijgedragen aan het ontstaan van de schade, is onjuist. De regel van D. 50.17.203 kan in het klassieke Romeinse recht namelijk niet als algemene regel worden gezien. Slechts omdat de compilatoren van deze tekst er in de Justiniaanse codificatie een algemene regel hebben gemaakt, en wel door hem te plaatsen in de titel *De diversis regulis iuris antiqui*, kon hij een van de uitgangspunten worden voor de (middeleeuwse) theorie over eigen schuld. Overigens bestond er in het (post-)klassieke Romeinse recht geen specifieke juridische notie van 'eigen schuld' zoals wij die tegenwoordig kennen.

De klassieke Romeinse juristen keken slechts of de schade, gezien de omstandigheden van het geval, al dan niet te wijten was aan de schuld van de laedens. De toepassing van de *culpae compensatio*-leer op teksten uit de Digesten moet als anachronistisch worden bestempeld, aangezien deze leer stamt uit de middeleeuwse periode. Bepaalde Digestenteksten, bijvoorbeeld die over de speerwerpers (D. 9.2.9.4), laten zien dat klassieke Romeinse juristen het *culpa*-vereiste op een casuïstische wijze benaderden. Vaak maakten zij gebruik van

de status-theorie van Hermagoras van Temnos, die het hen mogelijk maakte om het juridische probleem in kwestie nauwkeuriger te beargumenteren. De casus uit de Digesten die in het kader van deze studie zijn bestudeerd, laten zien dat er geen technische (dogmatische) theorieën over eigen schuld in de responsa van de klassieke (Romeinse) juristen zijn te vinden.

Vanwege het poenale karakter van de *actio legis Aquiliae* en de bewoording(en) van de *lex Aquilia* was de enige, uiteindelijk te beantwoorden vraag in het klassieke Romeinse recht of de laedens al dan niet culpoos had gehandeld. In het kader van de *formula*-procedure kon de *iudex* enkel de aangeklaagde veroordelen tot het betalen van de *poena*, namelijk indien hij ervan overtuigd was dat de vereisten van de formula vervuld waren, of hij kon hem vrijspreken indien hij niet tot dit laatste oordeel kwam – een tussenoplossing was niet mogelijk. De mogelijkheid om de hoogte van de *poena* te verminderen op grond van eigen schuld van de gelaedeerde bestond niet. Deze zgn. alles-of-niets-benadering werd behouden in het Justiniaanse recht en bleef gehandhaafd totdat de *lex Aquilia* haar poenale karakter in de vroegmoderne tijd verloor.

Voor bestudering van het Justiniaanse recht kunnen de ons overgeleverde fragmenten over de *lex Aquilia*, hoewel geschreven door verschillende Romeinse juristen, in onderlinge samenhang worden gelezen, aangezien zij als onderdeel van één en dezelfde titel als wetgeving zijn uitgevaardigd door keizer Justinianus. Daarnaast kunnen ze worden gelezen in samenhang met andere teksten uit de compilatie van Justinianus, zoals D. 50.17.203, dat een rechtsregel bevat die vanaf de Justiniaanse tijd wordt beschouwd als een algemeen beginsel. Deze laatste benadering is met name zinvol bij bestudering van D. 9.2.9.4 en het laatste gedeelte van D. 9.2.11pr. De conclusie dat de gelaedeerde naar Romeins recht geen schadevergoeding kon verkrijgen indien zijn gedrag had bijgedragen aan het ontstaan van de schade, is enkel juist indien het Romeinse recht wordt geïnterpreteerd als Justiniaans recht.

Afsluitend kan worden gesteld dat het in de Oudheid niet mogelijk was om (schade)vergoeding te vorderen wanneer de eigen schuld van de gelaedeerde had bijgedragen aan het ontstaan van zijn verwonding of de schade. In dat geval zou het onredelijk zijn om de laedens een straf op te leggen. Formeel werd de actie tot (schade)vergoeding afgewezen vanwege het feit dat de vereisten van de *lex Aquilia* niet waren vervuld. In dit opzicht is het ook van belang te vermelden dat in het klassieke Romeinse recht geen mogelijkheid tot schuldweging bestond, maar het enkel aankwam op een waardering van het al dan niet schuldige gedrag van de laedens. De *culpa compensatio*-leer werd vermoedelijk pas geïntroduceerd in de middeleeuwse rechtswetenschap. Een afweging van fouten werd in het Justiniaanse recht naar alle waarschijnlijkheid ook niet gemaakt. Enkele verspreide fragmenten in de Digesten, buiten het

gebied van de onrechtmatig toegebrachte zaakschade om, zouden een indicatie kunnen geven van een beperking van de aansprakelijkheid van de laedens. In deze gevallen, die gevolgschades betreffen, werd de schade echter louter veroorzaakt door een foute gedraging van de gelaedeerde. De uitzonderlijke, casuïstische beslissingen in deze fragmenten vormen echter geen afdoende bewijs om het bestaan van een algemene regel aan te nemen tot restrictie van de omvang van schadevergoeding in geval van eigen schuld van de gelaedeerde; in elk geval bestond deze restrictie niet in de klassieke periode. Genoemde teksten (D. 19.1.11.12 en D. 19.1.45.1) blijken echter toch relevant omdat ze in latere periodes in de rechtsgeschiedenis werden gebruikt.

3. HET MIDDELEEUWSE *IUS COMMUNE*

3.1 DE MIDDELEEUWSE BESTUDERING VAN HET ROMEINSE RECHT

De vraag hoe men het (eigen) handelen van de gelaedeerde juridisch moet kwalificeren, werd in de middeleeuwse periode voor de eerste keer expliciet gesteld toen de handelingen van beide betrokken partijen naast elkaar werden bediscussieerd. Uit de middeleeuwse interpretaties van teksten uit het *Corpus Iuris* blijkt dat 'eigen schuld' van de gelaedeerde werd beschouwd als laakbaar wangedrag dat ertoe leidde dat de gelaedeerde (in beginsel) geen schadevergoeding kon verkrijgen. Een gevolg van deze opvatting was dat eigen schuld van de gelaedeerde werd beschouwd als een juridisch probleem. In de middeleeuwse periode kunnen twee uitgangspunten voor het leerstuk van de eigen schuld worden geïdentificeerd. Het eerste uitgangspunt is de leer van de *culpa compensatio*; het tweede uitgangspunt is vereenzelvigd met de regel zoals neergelegd in D. 50.17.203.

Bij de *culpa compensatio*-leer namen de glossatoren de schuld van beide partijen in beschouwing. Zij pasten *culpa compensatio* toe op situaties waarin beide partijen schuld van dezelfde soort of in dezelfde mate hadden. De *Glossa Ordinaria* verschaft geen expliciet bewijs voor het feit dat de glossatoren van mening waren dat *culpa compensatio* enkel kon worden toegepast op gevallen waarin beide partijen in dezelfde mate schuld hadden aan het ontstaan van de schade, of ook op gevallen waarin de ernst van de schuld aan weerszijden ongelijk was. Daarom sloot elk soort eigen schuld, zolang deze kon worden gekwalificeerd als *culpa*, de gehele aansprakelijkheid van de laedens uit. Een vergelijking van de omvang van de schuld van partijen, en een verfijning in de zin dat een zeer geringe mate van eigen schuld niet zou leiden tot *compensatio* en dus tot het verlies van de mogelijkheid om een schadevergoeding/boete te

verkrijgen, werden vermoedelijk eerst door de opvolgers van de glossatoren gemaakt op instigatie van de canonisten. Sommige middeleeuwse legisten gebruikten *culpa compensatio* om problemen van eigen schuld op te lossen in gevallen van *damnum iniuria datum*, in het bijzonder Paulus de Castro.

Ten aanzien van het tweede uitgangspunt kan worden opgemerkt dat Accursius D. 50.17.203 in verband bracht met het delictenrecht.¹ Volgens Accursius zal de eigen schuld van de gelaedeerde hem ervan weerhouden om van iemand anders schadevergoeding te vorderen. De tekst van D. 50.17.203 zou kunnen worden opgevat alsof deze uitsluitend betrekking had op de situatie dat er alleen schuld was aan de zijde van de gelaedeerde. Accursius meende echter dat de regel van D. 50.17.203 niet beperkt was tot gevallen waarin enkel de schuld van de laedens buiten twijfel stond. Het is echter vrij opmerkelijk dat de voorbeelden van toepassing van de rechtsregel van D. 50.17.203 die later door de commentatoren werden genoemd uitsluitend gevallen betreffen waarin er enkel aan de zijde van de gelaedeerde sprake was van schuld en derhalve geen sprake kon zijn van medeschuld. Dit is opmerkelijk, aangezien Accursius de deur had opengezet voor een ruimere toepassing van de regel.

Een laatste opmerking dient te worden gemaakt ten aanzien van de precieze dogmatische basis voor de afwijzing van de vordering tot schadevergoeding in het geval van eigen schuld. De middeleeuwse interpretaties van het Romeinse recht laten verschillende benaderingen zien, benaderingen die overigens ook aanwezig waren in de latere rechtsgeschiedenis. De eerste benadering betrok ook het gedrag van de gelaedeerde bij het bepalen van de verwijtbaarheid van de handeling van de laedens. Volgens deze benadering kon de handeling van de gelaedeerde dus niet echt als 'eigen schuld' worden gezien. In de tweede benadering werd gesteld dat de handeling van de gelaedeerde onder zijn eigen verantwoordelijkheid viel en leidde dit tot het ontbreken van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de laedens. Volgens de derde benadering werd de gelaedeerde beschouwd zelf zijn schade te hebben veroorzaakt en werd hem de vordering tot schadevergoeding op die grond geweigerd. Hij had zich immers zelf aan gevaar blootgesteld.

1 Zie glosse *Quod quis ad D. 50.17.203*.

3.2 MIDDELEEUWS CANONIEK RECHT

Volgens het canonieke recht kon eigen schuld van de gelaedeerde worden beschouwd als een medeoorzaak van het intreden van de schade. In dergelijke gevallen moest daarom worden onderzocht of de handeling van de laedens dan wel die van de gelaedeerde de meest nabijgelegen oorzaak (*causa proxima*) van de schade was. Het lijkt erop dat men de causale bijdragen van beide partijen vergeleek. Echter, veroorzaking en schuld schijnen in deze periode niet te worden gescheiden. Bovendien pasten de canonisten *culpa compensatio* op verschillende terreinen toe, zij het dat het hier zelden ging om het delictenrecht, tenzij het delicten betrof waarbij geen van beide partijen geestelijke was. Bij de vraag of een geestelijke al dan niet een hogere wijding kon worden verleend, was dit echter volgens het commentaar van *Animal* op D.50 c.50 anders, omdat in dit geval de *culpa* van de geestelijke nooit kon worden gecompenseerd door de *culpa* van de gelaedeerde. De schrijver van *Animal* stelde ook dat de geestelijke nooit kon worden gepromoveerd naar een hogere rang wanneer de laedens en de gedode gelaedeerde beiden schuld hadden aan het feit, zelfs wanneer de verwijtbaarheid van de laedens geringer was dan die van de gelaedeerde.

Twee canonisten hebben zich expliciet uitgelaten over de positie van de gelaedeerde in de casus van X 5.12.9. Met betrekking tot deze casus schreef Bernardus Parmensis dat het erin vervatte dodelijke ongeval toe te schrijven was aan de schuld (*culpa*) van de gelaedeerde. Men dient hierbij in gedachten te houden, dat de vraag voor de Paus in deze zaak enkel was of de geestelijke wel of niet met schuld gedood had en of de geestelijke derhalve wel of niet kon worden gepromoveerd (en ook of dispensatie noodzakelijk was). Men dient terughoudend te zijn met de conclusie dat de canonisten in geval van 'eigen schuld' (waarvan hier eigenlijk in het geheel geen sprake was) gewoon waren de partij met de grootste schuld als de enige schuldige aan te merken vanwege het ontbreken van de mogelijkheid om de schade tussen partijen te verdelen (analoge interpretatie).

Hostiensis (Henricus de Segusio) was van mening dat in de beschreven casus de gelaedeerde geestelijke zich ervan bewust had moeten zijn dat het gebruikelijk was om een aan een riem bevestigd mes te dragen. Hij had voorzichtig moeten zijn. Het lijkt er daarom op dat 'eigen schuld' leidde tot de vaststelling dat er enkel schuld aanwezig was aan de kant van de gelaedeerde. Men kan, zoals sommige hedendaagse rechtsgeleerden doen, stellen dat de aansprakelijkheid van de laedens in kwestie wegvalt vanwege de zwaarderwegende eigen schuld van de gelaedeerde. Hoewel het in de betreffende rechtszaken voor de Paus in het geheel niet ging om de aansprakelijkheidsvraag, kan, wanneer men deze teksten zou bekijken vanuit een modern perspectief, worden gesteld dat de

meerderheid van de in het kader van deze studie bestudeerde commentaren van decretalisten deze theorie niet volgen. Enkel de twee zojuist genoemde kanttekeningen van de invloedrijke Bernardus Parmensis en Hostiensis kunnen een indicatie vormen van het feit dat deze theorie werd toegepast.

Later, tegen het einde van de middeleeuwse periode, werd hoofdzakelijk in *consilia*-literatuur de term *culpa admixta* (letterlijk ‘gemengde schuld’) gebruikt om het gedrag van de gelaedeerde te kwalificeren op een manier die leidde tot de uitsluiting van aansprakelijkheid van de laedens. Op deze wijze leidde eigen schuld tot een afwijzing van de vordering van de gelaedeerde zonder discussie over de ernst van ieders schuld. Het gebruik van de term *culpa admixta* (of *culpa communis*) laat zien dat de geleden schade werd beschouwd als een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van beide partijen (laedens en gelaedeerde).

3.3 ENKELE AFSLUITENDE WOORDEN OVER HET MIDDELEEUWSE

IUS COMMUNE

Een alles-of-niets benadering in het geval van ‘eigen schuld’ zoals deze hierboven werd beschreven, werd ook gevolgd in enkele middeleeuwse bronnen buiten de romano-canonieke traditie (*iura propria* – inheems recht). In sommige andere middeleeuwse bronnen (bijvoorbeeld die van het middeleeuwse Ierse recht) kan een verdeling van de schade in sommige gevallen echter wel worden gevonden. Eigen schuld van de gelaedeerde kon dan leiden tot een gedeeltelijke vergoeding, het zogenoemde *judicium rusticorum*, dat wil zeggen een reductie van de schadevergoeding tot 1/3 van de gehele schade. Dit *judicium rusticorum* is van belang omdat het in latere periodes in de rechtsgeschiedenis opnieuw voorkomt, zoals bijvoorbeeld in het Rooms-Hollandse recht.

4. DE HUMANISTISCHE BIJDRAGE

Hoewel de humanisten het initiatief namen tot de reconstructie van de oorspronkelijke samenhang van de Digestenfragmenten in het klassieke recht en aldus D. 50.17.203 trachtten terug te plaatsen in de oorspronkelijke klassieke context, zijn de voorbeelden van de toepassing van de in deze tekst vervatte regel door humanistische juristen hoofdzakelijk dezelfde als die uit de middeleeuwse periode. Bovendien verbonden de humanisten de regel van D. 50.17.203 met de gevallen van D. 9.2.52.1, D. 9.2.9.4 en D. 9.2.11pr. zonder te kijken naar de verschillende palingenetische contexten. Op te merken valt dat expliciet werd gezegd dat deze laatste teksten gevallen betroffen waarin de

gelaedeerde met schuld handelde. Daarnaast is het verband tussen D. 9.2.9.4 en D. 9.2.10, zoals aangenomen door de humanisten, palingenetisch niet verdedigbaar, noch het feit dat D. 9.2.9.4 en D. 9.2.10 worden beschouwd als voorbeelden van een situatie waarin beide partijen schuld hebben. Ook bleek dat sommige humanistische juristen op materieelrechtelijk vlak soms sterk in de traditie van het *mos italicus* bleven staan; zo beschouwden enkelen de rechtsregel in D. 9.2.52.1 als een voorbeeld van een compensatie van onrechtmatigheden, of als een voorbeeld van zelfverdediging.

Enkel door D. 9.2.9.4 en D. 9.2.11pr. te beschouwen als voorbeelden van de situatie waarin beide partijen schuldig waren aan (het ontstaan van) de schade, konden de schuldige handelingen vergeleken worden en kon theorievorming plaatsvinden. Een van de theorieën continueert de toepassing van *culpa compensatio*. Bovendien treft men in deze theorie de eerste sporen aan van de *gravior culpa*-benadering (A. Faber) en de *maior culpa*-benadering (M. Freher en G. Noodt). Een andere, nieuwe ontwikkeling van groot belang was, dat wellicht H. Donellus, maar in ieder geval P. Faber en J. de Sande, voor het eerst in de continentale Romeinsrechtelijke traditie melding maakten van de mogelijkheid van een gedeeltelijke vergoeding van de schade.

5. RECEPTIE, ROOMS-HOLLANDS RECHT EN *USUS MODERNUS*

Mijn onderzoek naar de vraag waarom de gelaedeerde geen recht had om schadevergoeding te vorderen ging uit van de veronderstelling dat de algemene *actio de damno data* nog altijd was gebaseerd op de alles-of-niets benadering. In de vroegmoderne tijd was een algemene actie voor onrechtmatig toegebrachte schade ontstaan, een actie die nog slechts in naam Romeins was. In deze periode begon ook de gedachte post te vatten, dat alleen als de schuld van de gelaedeerde even groot was als, of groter dan de schuld van de laedens, de aansprakelijkheid van de laedens verviel. Niet alle juristen volgden echter deze *culpa maior*-variant van de *culpa compensatio*-leer om het eigenschuldprobleem op te lossen. Bovendien werden andere wegen bewandeld in de benadering van deze problematiek.

Enkele Rooms-Hollandse geleerden bleven de *sedes materiae* uitleggen op een middeleeuwse manier, maar zij probeerden bovendien de teksten te situeren in hun eigen tijd. Anderen pasten het criterium van de *maior culpa* toe. Een voorbeeld hiervan vormt Johannes Voet. In het Rooms-Hollands recht zijn in het bijzonder casus van botsingen van schepen interessant. In deze zaken werd een ander uitgangspunt gehanteerd dan in het Romeinse recht. Indien

schip A schip B zonder schuld geraakt had, moest de eigenaar van schip A nog steeds de helft van de schade betalen. Maar in het geval dat twee schepen tegen elkaar aan botsten en beide schepen hieraan schuld droegen, waren er twee verschillende opvattingen over wat het recht dicteerde: (1) De schade moest aan beide zijden gelijk worden gedragen, aangezien de schuld aan beide zijden gelijk was (dit was de visie van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland); (2) De eigen schade diende door elke partij te worden gedragen, omdat iemand die schuld heeft geen actie kan instellen en omdat de schade niet wordt beschouwd als verhaalbare schade, cf. D. 50.17.203 (dit was de visie van Van Bijkershoek en Van der Keessel). Een ander probleem vormde de vraag wat het recht voorschreef in het geval dat een stilliggend schip werd geraakt door een varend schip. Van der Keessel beschouwde de schuld van het laatstgenoemde schip als zwaarder, en daarom kon volgens hem geen *culpa compensatio* plaatsvinden (zie hier de toepassing van de *ius commune*-theorie). Eén schip moest daarom de helft van de schade van het andere schip dragen; dit is vergelijkbaar met de idee van de verdeling van schade en ook met de oude traditie van het *judicium rusticorum*, maar dan met één vernieuwing, namelijk dat bij *culpa maior* de helft van de schade van de andere partij moet worden vergoed.

Verscheidene dogmatische uitgangspunten om het probleem van eigen schuld op te lossen kunnen worden gevonden in literatuur uit de periode van de *usus modernus* in Duitsland. Door sommige *usus modernus*-auteurs werd de vraag naar het gedrag van de de gelaedeerde beschouwd als een causaliteitsprobleem. Door anderen werd deze vraag beschouwd als een schuldvraag, namelijk als een samenloop van fouten. Ook kunnen verscheidene varianten van *culpa compensatio* worden gevonden, waaronder de variant waarbij het loutere bestaan van eigen schuld, zelfs in een zeer geringe mate, leidde tot het ontnemen van de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen, en de variant waarbij enkel gelijke of zwaarderwegende eigen schuld aansprakelijkheid uitsloot (*maior culpa*). Nog een andere oplossing was om het eigenschuldprobleem op te lossen zonder enige verwijzing naar de eigen schuld van de gelaedeerde. In deze variant was de schuld van de laedens de enige relevante factor en werd de eigen schuld van de gelaedeerde niet beschouwd als een afzonderlijk juridisch vraagstuk. In een laatste oplossing, een alternatieve manier om het probleem van de eigen schuld op te lossen, werd voorzien door het gebruik van het criterium van de *auctor rixae*. De aanstichter van een gevecht kon geen vergoeding eisen voor verwondingen, opgelopen tijdens dit gevecht, tenzij de andere partij excessief ter zelfverdediging had gehandeld (noodweerexces).

In Italië was het criterium van de *auctor rixae* verbonden met het concept *culpa admixta*. Indien iemand een gevecht begon of een gevecht provokeerde (de zogenaamde *auctor rixae*), werd zijn schuldig gedrag gekwalificeerd als *culpa admixta*, hetgeen leidde tot het geheel afwijzen van zijn vordering tot schadevergoeding. De *Rota Romana* verkondigde hierbij soms de opvatting dat eigen schuld, hoe gering ook, moest leiden tot afwijzing van de schadevergoedingsvordering, terwijl de *Rota* in andere gevallen *culpa maior* aan de zijde van de gelaedeerde leek te vereisen, een visie die ook De Luca aanhing.

Blijkbaar was er in de vroegmoderne tijd een discussie gaande over de vraag welk soort schades vergoed moest worden, en in het bijzonder of immateriële schade wel of niet voor vergoeding in aanmerking kwam. Bij ruzies kon de provocerende partij, als de reactie van de geprovoceerde partij excessief was, enkel vergoeding van medische kosten vorderen, maar - volgens de heersende leer - geen immateriële schadevergoeding. In twee gevallen verhinderde een geringe mate van eigen schuld de vordering van de gelaedeerde tot schadevergoeding niet, maar werd die schuld in aanmerking genomen om de omvang van de schadevergoedingsplicht te bepalen. Deze gevallen betreffen echter het al dan niet vergoeden van bepaalde soorten schades; er vond geen vermindering van de gehele schade plaats. De alles-of-niets-benadering moet dus voor de vroegmoderne periode nog steeds als geldend worden beschouwd.

6. DE NATUURRECHTSGELEERDEN

Enkele geleerden bleven de 'oude' *ius commune*-benadering volgen: bij eigen schuld van de gelaedeerde paste men simpelweg de regel van D. 50.17.203 toe. In dergelijke gevallen leidde de toepassing van deze regel ertoe dat de vordering tot schadevergoeding in haar geheel verviel. Mogelijkerwijze werd deze benadering toegepast door Grotius, maar in ieder geval deden Domat en Pothier dit. Anderen, zoals Pufendorf and Thomasius, pasten het criterium van *culpa maior* toe. In beide benaderingen was het juridische gevolg hetzelfde: als er eigen schuld was aan de zijde van de gelaedeerde respectievelijk als de eigen schuld van de gelaedeerde zwaarder woog dan de schuld van de laedens, werd de vordering tot schadevergoeding van eerstgenoemde afgewezen. In dit opzicht werd de alles-of-niets-benadering nog steeds toegepast.

De mogelijkheid tot verdeling van schade tussen de laedens en de gelaedeerde (in evenredigheid met de mate van ieders schuld, respectievelijk met de mate van de causale bijdrage van de handeling van elke partij), vindt

zijn oorsprong in de 'Aufklärungstheorie' van Christian Wolff² en is dan ook een relatief recent fenomeen. Maar de beoordeling en de afweging van de respectieve gradaties van schuld van partijen was reeds een stap in deze richting. Hoewel Wolff het traditionele alles-of-niets-beginsel als eerste opzij heeft gezet, kan zijn benadering dus tevens als voortzetting van de eraan voorafgaande ontwikkeling worden gezien. Wolff behandelde eigen schuld niet op abstracte wijze, maar enkel in verband met concrete gevallen. Hij behandelde de vergoedingsplicht niet in het kader van een gepleegde onrechtmatige daad. In dit verband is het eerdergenoemde en oudere geval, opgenomen in de *Selectae decisiones* van Schoepff, een veel duidelijker voorbeeld van een gedeeltelijke vergoeding van schade bij aansprakelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte schade, in die zin dat bepaalde specifieke soorten schades (namelijk de kosten van levensonderhoud) niet verhaalbaar zijn vanwege de eigen schuld van de gelaedeerde.

7. HET CONCEPT 'EIGEN SCHULD' IN DE NEGENTIENDE EEUW

De France *Code civil* (1804) bevat geen algemene bepaling over eigen schuld. Eigen schuld werd wel behandeld in de rechtspraak, in het bijzonder van de *Cour de cassation*. Aan het einde van de negentiende eeuw leidde de situatie waarin gelaedeerde en laedens beiden schuld hadden aan de schade (dit werd gekarakteriseerd als *faute commune*) tot een verdeling van de schade in evenredigheid met de omvang van ieders schuld. De ontwikkeling in Frankrijk werd geïnitieerd door de acceptatie van de discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de waardering van de vraag of, in gevallen waarin beide partijen schuld hadden aan het ontstaan van de schade, genoemde schuld aanleiding zou geven tot aansprakelijkheid en bij het vaststellen van het door elk der partijen te dragen deel van de schade. Een verdeling op basis van de omvang van ieders schuld werd geaccepteerd door de meerderheid van de rechtsgeleerden en rechters, hoewel die laatsten aanvankelijk vasthielden aan de toepassing van het beginsel zoals neergelegd in D. 50.17.203 (dit hoewel de Digesten geen formele bron van recht vormden – een directe verwijzing naar D. 50.17.203 heb ik dan ook niet gevonden), wat leidde tot de afwijzing van de vordering tot schadevergoeding. Hoewel in Frankrijk geen (directe) verwijzing naar het werk van Wolff kon worden gevonden, is het mogelijk dat zijn ideeën een bestanddeel hebben gevormd van de intellectuele bagage van de negentiende-

² Hij was van mening dat wanneer zowel laedens als gelaedeerde schuld hadden aan het ontstaan van een schade, die schade moest worden gedragen door beide partijen in evenredigheid met de omvang van ieders schuld.

eeuwse Franse juristen. De gevolgen van de oplossing die werd geboden door de Franse doctrine waren niet exact hetzelfde als die Wolff voor ogen had, maar de juridische gevolgen waren wel min of meer gelijk. Wolffs opvatting werd overigens gecodificeerd in § 1304 van het Oostenrijkse *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (1811), in welk wetsartikel tevens discretionaire bevoegdheid aan de rechter werd gegeven ten aanzien van de bepaling van de gevolgen van eigen schuld van de gelaedeerde.

De situatie in het negentiende-eeuwse Duitsland was anders. De juristen van de Historische School reproduceerden enkel Romeinsrechtelijke teksten en verdedigden de opvatting dat er geen aanspraak op schadevergoeding kon bestaan wanneer de gelaedeerde zelf (enige) schuld had aan (het ontstaan van) zijn eigen schade. Daarentegen werd ook in de op de praktijk gerichte literatuur het criterium van de *maior culpa* toegepast. Ten aanzien van de alles-of-niets-benadering vond er bovendien in dit literaire genre een aanpassing plaats, omdat gesteld werd dat volgens de beginselen, opgenomen in D. 19.1.11.12 en D. 19.1.45.1, de individuele gevolgschades waarvoor de gelaedeerde aansprakelijk was niet konden worden toegeschreven aan de laedens. Dit was in feite een eerste poging om te ontsnappen aan de alles-of-niets-benadering (en dus de *ius commune*-traditie). Desalniettemin overleefde de *maior culpa*-variant, en wel in de Duitse *usus modernus* in de negentiende eeuw. De Pandektisten zochten naar nieuwe dogmatische gronden om de afwijzing van de vordering tot schadevergoeding in het geval van eigen schuld te rechtvaardigen. Hun theorieën waren hoofdzakelijk causaliteitstheorieën, gebaseerd op de gedachte van een verbreking van het causaal verband tussen het gedrag van de laedens en de geleden schade in het geval van eigen schuld van de gelaedeerde. Een leer die hier (vaak) mee verbonden was, was de leer van de schuldcompensatie (*culpae compensatio*), (nu) gebaseerd op de regel van D. 50.17.203. Later werd de billijkheid beschouwd als de grondslag van de regel van D. 50.17.203. In de rechtspraktijk wezen rechters de vordering van de gelaedeerde reeds af bij een geringe mate van eigen schuld. Ter vermijding van onbillijke uitkomsten, verzette men zich in de rechtspraktijk echter in toenemende mate tegen deze benadering. In 1883 werd een vermindering van de omvang van de vergoedingsplicht in het geval van eigen schuld voor het eerst aanvaard door het Duitse *Reichsgericht*. In Zwitserland was, net iets eerder, de natuurrechtelijke oplossing (in het bijzonder in artikel 51 II van het *Schweizerische Obligationenrecht* 1881) gecodificeerd, onder invloed van zowel het Oostenrijkse *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* als ook van de Franse rechtsgeleerde doctrine. Uiteindelijk werd door de samenstellers van het Duitse *Bürgerliche Gesetzbuch* (1900) ten aanzien van het leerstuk van de eigen schuld de oplossing van het Zwitserse wetboek als voorbeeld genomen

en werd, ook onder invloed van de rechtspraak, de Zwitserse regeling integraal overgenomen.

In het Nederlandse *Burgerlijk Wetboek* van 1838 kwam geen algemene bepaling inzake eigen schuld voor. Tot aan het begin van de twintigste eeuw werd een afweging gemaakt van de zwaarte van de wederzijdse fouten van partijen, in die zin dat het beslissend was wie de meest zwaarwegende schuld had. Enkel wanneer de eigen schuld van de gelaedeerde minder ernstig was dan die van de laedens, had de gelaedeerde recht op schadevergoeding, dat wil zeggen op een vergoeding van 100 %. De alles-of-niets-benadering, gebaseerd op de *maior culpa*-variant van de *culpa compensatio*-doctrine, werd nog steeds gevolgd. De juridische basis voor het ontbreken van een vordering tot schadevergoeding wanneer de eigen schuld van de gelaedeerde had bijgedragen aan het ontstaan van de schade bleef gedurende de hele twintigste eeuw betwist. Volgens de meerderheidsopvattingen was het echter de billijkheid, die tot het ontbreken van de vordering aanleiding gaf. Men stelde dat de schade diende te worden aangerekend aan het slachtoffer indien het had kunnen voorkomen dat het ongeval geschiedde. Er kwam pas een einde aan de alles-of-niets-benadering toen de *Hoge Raad* in een arrest uit 1916 besliste dat de vergoedingsplicht moet worden afgemeten naar de mate waarin ieders schuld heeft meegewerkt tot het veroorzaken van de schade.

8. HET LEERSTUK VAN DE 'EIGEN SCHULD' IN HET HEDENDAAGSE RECHT

Tegenwoordig is in Frankrijk de verdeling van de schade bij buitencontractuele aansprakelijkheid gebaseerd op de ernst van de fouten van partijen. Eigen schuld lijkt (geheel of gedeeltelijk) het causale verband tussen de handeling van de laedens en de schade te hebben verbroken. In beginsel leidt een *faute de la victime* tot een gedeeltelijke vergoeding van diens schade. De vordering tot schadevergoeding wordt enkel geweigerd indien de *faute de la victime* kan worden gezien als een externe oorzaak van de schade, die onvoorzienbaar en onvermijdelijk was, en die de enige oorzaak van de schade vormt. Naast de ernst van de fouten worden ook andere omstandigheden in aanmerking genomen bij de afweging, bijvoorbeeld de causale invloed. Bovendien behoeft er, als de *faute* van de gelaedeerde veel ernstiger is dan die van de laedens, dat wil zeggen bij opzettelijk wangedrag, provocatie of toestemming van de gelaedeerde, geen schadevergoeding te worden betaald.

Met betrekking tot de risicoaansprakelijkheid van art. 1384 *Code civil* was aanvankelijk een algehele bevrijding van de vergoedingsplicht van de laedens

enkel mogelijk in het geval van een van buitenaf komende oorzaak, dat wil zeggen een *fait de la victime* dat onvoorzienbaar en onvermijdbaar was. Vanaf 1934 was een vermindering van de omvang van de vergoedingsplicht bij eigen schuld mogelijk. Deze werd gebaseerd op de ernst van ieders fout en wel tot 1982, toen de *Cour de cassation* besliste dat een dergelijke verdeling in het geval van eigen schuld niet meer mogelijk was (*Desmares* zaak), wat in feite een terugkeer naar de alles-of-niets-benadering inhield. Kort na de hervorming door de *Loi Badinter* in 1987 kwam de *Cour de cassation* terug op de *Desmares*-beslissing en voerde opnieuw het beginsel in, dat de houder (*gardien*) van een object gedeeltelijk bevrijd is van zijn vergoedingsplicht wanneer de *faute* van het slachtoffer bijgedragen heeft aan het ontstaan van de schade die veroorzaakt werd door de zaak (voor gevallen die niet vielen onder de *Loi Badinter*). Indien de eigen schuld van het slachtoffer kan worden gekarakteriseerd als een van buitenaf komende oorzaak die leidt tot *force majeure*, wordt natuurlijk geen aansprakelijkheid aangenomen.

Met betrekking tot verkeersongevallen hanteert het Franse recht, op grond van de *Loi Badinter* (1985), een algemene regel tot een in beginsel volledige vergoedingsplicht voor personenschade voor de eigenaar of houder (of de aansprakelijkheidsverzekeraar) van gemotoriseerde voertuigen. De regels over 'eigen schuld' kunnen worden gevonden in art. 3 en 4 van de *Loi Badinter*. Deze verschillen aanzienlijk van de normale regels over eigen schuld in het Franse onrechtmatigedaadsrecht. Voor ongemotoriseerde verkeersslachtoffers wordt in het Franse recht nog steeds een alles-of-niets-benadering toegepast. Indien het slachtoffer behoort tot een speciale categorie van beschermde personen (kinderen onder de 16 jaar, personen ouder dan 70 jaar of personen met een blijvende invaliditeit van 80 procent of meer), zal steeds volledige schadevergoeding moeten worden betaald. Alleen in geval de tot deze categorie behorende gelaedeerde de schade (vrijwillig) over zich heeft afgeroepen, dat wil zeggen in het geval hij opzettelijk handelde, heeft hij geen recht op schadevergoeding. Voor andere personen – slachtoffers – wordt 100 procent van de schade vergoed, tenzij er sprake is van een onverschoonbare fout van de gelaedeerde en die fout tevens wordt aangemerkt als de uitsluitende oorzaak van de schade. Hetzelfde geldt als het slachtoffer de schade (vrijwillig) over zich heeft afgeroepen, dat wil zeggen in het geval hij opzettelijk handelde. In dit geval heeft het slachtoffer geen enkel recht op schadevergoeding.

In Duitsland werd *Mitverschulden* gecodificeerd in § 254 van het *Bürgerliche Gesetzbuch* (1900). De toepassing van dit wetsartikel leidt tot een schadeverdeling die is gebaseerd op de omstandigheden van het geval, en die in het bijzonder afhankelijk is van de vraag in hoeverre de schade overwegend door de ene of de andere partij veroorzaakt is. Hoewel de primaire verdelings-

maatstaf de causaliteit is, kunnen bij de secundaire verdelingsmaatstaf andere omstandigheden (waaronder schuld) in aanmerking worden genomen. Met § 254 van het *Bürgerliche Gesetzbuch* is door de Duitse wetgever afstand genomen van de leer van de schuldcompensatie. In 1891, kort voor invoering van dit artikel, had het *Reichsgericht* genoemde leer nog toegepast, waarbij enkel een uitzondering werd gemaakt voor gevallen waarin de eigen schuld onbetekenend was. Net als in § 1304 van het Oostenrijkse *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, werd in § 254 van het Duitse *Bürgerliche Gesetzbuch* de rechter discretionaire bevoegdheid geboden. Hoewel in § 254 het criterium van de *vorwiegende Verursachung* centraal stond, bleef het *Reichsgericht* de doctrine van de zogenoemde hoofdschuld toepassen. Dit betekende dat de vraag of de schade overwegend door de ene of door de andere partij veroorzaakt was, reeds vanaf het begin van de twintigste eeuw werd geïnterpreteerd als de vraag welke partij de grootste schuld had (*überwiegende Verschulden*). In Duitsland is de verdelingsgedachte van § 254 BGB ook overgenomen in § 9 StVG: indien de eigen schuld van de gelaedeerde (niet zijnde een houder of een bestuurder van een motorvoertuig) heeft bijgedragen tot het ontstaan van de schade, is § 254 BGB toepasselijk.

In Nederland voorziet art. 6:101 BW (1992) in een vermindering van de omvang van de vergoedingsplicht bij eigen schuld aan de zijde van de gelaedeerde door de schade over gelaedeerde en laedens te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan elke partij toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. In art. 6:101 zijn twee maatstaven voor verdeling te vinden: de primaire maatstaf is causaliteit gebaseerd op de veroorzakingswaarschijnlijkheid, en de secundaire maatstaf is de billijkheid, waarbij de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten en eventuele andere omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen. Bij verkeersongevallen tussen een gemotoriseerde verkeersdeelnemer en een ongemotoriseerde verkeersdeelnemer (voetganger of fietser) worden art. 185 WvW 1994 (art. 31 (oud) WvW 1935) en regels uit de rechtspraak over die specifieke situatie toegepast. Dit komt er in de praktijk op neer dat de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW wordt ingevuld door de zogenaamde 100%- en 50%-regels die zijn ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad. In dit kader kan men beargumenteren dat de alles-of-niets-benadering opnieuw geïntroduceerd is – in ieder geval bij toepassing van de 100%-regel³ – en de laedens enkel van het geheel van zijn

3 Dit geldt ook voor werkgevers: zoals reeds het geval was met art. 1638x lid 2 (oud) Burgerlijk Wetboek 1838, wordt volgens art. 7:658 lid 2 (nieuw) Burgerlijk Wetboek de alles-of-niets-benadering nog steeds toegepast in het geval van eigen schuld bij arbeidsongevallen: het eigenschuldverweer slaagt enkel indien opzettelijke of moedwillige roekeloosheid van de werknemer substantieel heeft bijgedragen aan diens schade.

vergoedingsplicht kan worden bevrijd wanneer sprake is van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid van de gelaedeerde, in welk geval in het geheel geen vergoeding behoeft te worden betaald. Indien het ongemotoriseerde slachtoffer jonger dan 14 jaar is, dient de gehele schade te worden vergoed. Bij een leeftijd van 14 jaar of ouder, komt in beginsel tenminste 50% van de schade voor vergoeding in aanmerking.

9. AFSLUITING

Het is dienstig enkele systematische afsluitende opmerkingen te maken. Een eerste opmerking betreft de vraag welke oplossingen in de rechtsgeschiedenis zijn aangedragen voor het eigenschuldprobleem. Alvorens een eerste onderscheid ter beantwoording van deze vraag te maken, kan worden gesteld dat het gedrag van de gelaedeerde regelmatig in aanmerking werd genomen bij beantwoording van de vraag of de laedens al dan niet met schuld had gehandeld en of de laedens de handeling al dan niet kon worden toegerekend. Ook worden gevallen gevonden waar de door de gelaedeerde geleden schade enkel was veroorzaakt door hemzelf en waarin derhalve geen schuld kon worden toegerekend aan een ander. In beide situaties is, in strikte zin, geen sprake van 'eigen schuld' in de zin van medeschuld.

Voor de situaties waarin het handelen van de gelaedeerde slechts had bijgedragen aan het ontstaan van de schade, worden in de rechtsgeschiedenis twee benaderingen gevonden: alles-of-niets (I) of een verdeling van de schade (II). De alles-of-niets-benadering (I) kende verschillende varianten. De vordering van de gelaedeerde werd afgewezen: (a) wanneer de gelaedeerde enige schuld had,⁴ (b) wanneer de schuld van de gelaedeerde gelijk of groter was dan die van de laedens,⁵ en (c) wanneer de gelaedeerde met grove schuld of opzet had gehandeld.⁶ Gedurende de gehele rechtsgeschiedenis vloeyde het afwijzen van een vordering voort uit uiteenlopende oorzaken of werd zij dogmatisch onderbouwd op uiteenlopende wijzen: soms was het een gevolg van

4 Cf. de middeleeuwse legisten, de meeste decretalisten, sommige juristen uit de vroegmoderne tijd, sommige natuurrechtsgeleerden, en verschillende 19de-eeuwse Pandektisten. Zie ook de 19de-eeuwse Duitse rechtspraak en de Franse rechtspraak aan het begin van de 19de eeuw.

5 Het criterium van de *culpa maior* wordt niet alleen in werken van verschillende juristen uit de vroegmoderne periode gevonden, maar ook in het middeleeuwse commentaar *Animal est substantia* (en mogelijkwerwijs tevens in de werken van enkele decretalisten) en in de werken van sommige humanisten en diverse natuurrechtsgeleerden. Het is ook terug te vinden in de 19de-eeuwse Nederlandse rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur, in de 19de-eeuwse Duitse praktijkliteratuur en in de latere 19de-eeuwse Duitse rechtspraak.

6 Deze variant kan worden gevonden in het moderne Franse en Nederlandse recht ten aanzien van letselschade bij verkeersongevallen.

het procesrecht of van het poenale karakter van de civiele aansprakelijkheid, soms ook op een strikte toepassing van regels van Romeinse recht, soms op causaliteitstheorieën (onderbreking causaal verband), soms op de leer der schuldcompensatie (*culpa compensatio*) en in andere gevallen op sociaal-politieke gronden (bijvoorbeeld het aan het gemotoriseerd verkeer verbonden gevaar: *Betriebsgefahr*). Ook werden de (causale) bijdragen aan het ontstaan van de schade van laedens en gelaedeerde met elkaar vergeleken. Wanneer men tot de conclusie kwam dat de handeling van de gelaedeerde was te beschouwen als de meest onmiddellijke oorzaak (*causa proxima*) van de schade, werd de schadevordering van de gelaedeerde afgewezen.⁷

De tweede benadering, waarbij een verdeling van de schade mogelijk werd geacht (II), valt uiteen in twee subgroepen: (a) een verdeling tussen partijen in die zin dat enkele schadeposten geheel door de gelaedeerde moesten worden gedragen,⁸ of (b) een verdeling van de totale schade tussen laedens en gelaedeerde.⁹ Hoewel de mogelijkheid tot verdeling werd voorgesteld en verdedigd door Wolff, werd zijn voorstel niet meteen in het juridische domein overgenomen.¹⁰

De verdeling van de gehele schade (b) kan plaatsvinden op grond van een of meer van de volgende criteria: de zwaarte van ieders schuld,¹¹ de causale bijdrage van elke partij aan de schade,¹² en de billijkheid.¹³ De nadruk werd op verschillende plaatsen en op verschillende momenten in de tijd steeds anders gelegd: soms werd (sommige van) genoemde criteria een gelijke waarde toegekend, maar soms ook werd een van genoemde criteria gebruikt als correctief op een van de andere criteria. De verdeling kon leiden tot

7 Deze variant kan worden gevonden in het canonieke recht.

8 Zie het Justiniaanse recht wat betreft enkele gevallen buiten het gebied van de onrechtmatig toegebrachte schade, en de vroegmoderne periode wat betreft gevallen van ruzies waar in het bijzonder immateriële schade soms als niet-compenseerbaar werd beschouwd vanwege het feit dat de gelaedeerde met de ruzie was begonnen.

9 Ik heb de toepassing van een dergelijke verdeling reeds in de middeleeuwse periode aangetroffen, en wel buiten het *ius commune* (ze leidde tot een verdeling van 50/50 of van 1/3–2/3); in het *ius commune* bleef de alles-of-niets-benadering gehandhaafd tot en met het einde van de vroegmoderne periode en tot op zekere hoogte zelfs tot in de 19de eeuw.

10 De eerste sporen van een overweging om de schade te verdelen kunnen al worden gevonden bij de humanisten, zoals hierboven beschreven.

11 Zoals werd voorgesteld door Christian Wolff (hoewel het algemeen geaccepteerd is dat dit vereiste in zijn theorie ook causaliteit omvatte); het is de oplossing die is gecodificeerd in §1304 ABGB, geaccepteerd in de Franse jurisprudentie en doctrine in de 19de eeuw, toegepast door het Duitse *Reichsgericht* aan het einde van de 19de eeuw (1883; zelfs na de codificatie van de nieuwe beslissende maatstaf in §254 BGB bleef dit de benadering van het *Reichsgericht*), en geaccepteerd door de Nederlandse *Hoge Raad* in 1916.

12 Gecodificeerd in Duitsland in §254 BGB en als eerste criterium opgenomen in het Nederlandse art. 6:101 BW (1992).

13 Zie het tweede (correctieve) criterium dat is gecodificeerd in het Nederlandse Art. 6:101 BW.

bepaalde percentages of quota. Normaal gesproken waren percentages tussen 0 en 100 procent mogelijk, hoewel kleine percentages aan een van beide zijden gewoonlijk niet werden toegestaan. Een 50/50-verdeling wordt ook gevonden,¹⁴ soms als resultante van een verdeling in percentages of quota, soms als alternatieve oplossing (subsidiar), soms als standaardoplossing.

Hoewel tegenwoordig in eigen-schuld-zaken in West-Europa gewoonlijk een verdeling van de schade wordt toegepast, heeft de verdelingsgedachte zoals in deze studie wordt aangetoond pas een korte geschiedenis. Bovendien is deze benadering, nadat zij voor het eerst werd voorgesteld door Wolff, niet meteen met open armen ontvangen in West-Europa, maar heeft zij zich pas geconsolideerd na een lange en lastige strijd. De Romeinsrechtelijke oplossing van alles-of-niets vormde inderdaad een gemeenschappelijke basis voor verschillende West-Europese landen en het was niet gemakkelijk om de alles-of-niets-benadering, die vele eeuwen heeft overleefd, zomaar opzij te zetten.

Aan de hand van deze studie kan geen normatief antwoord worden gegeven op de vraag welke benadering het beste zou zijn. Rechtsgeleerden en/of comparatisten zullen deze vraag ook vanuit andere perspectieven moeten bezien, zoals het filosofische, economische en sociale perspectief. Gemeenschappelijke elementen voor de eigenschuldproblematiek zijn overgenomen uit het Romeinse recht. Schuld en causaal verband werden meer en meer beschouwd als communicerende vaten. De nadruk lag soms op de schuld en soms op het causale verband tussen fout en schade. In dit opzicht zijn in de diverse codificaties die in de Europese landen heden ten dage gelden, verschillende keuzes gemaakt. Hoewel de verdeling van de schade tussen de partijen in overeenstemming lijkt te zijn met de billijkheid, is geenszins duidelijk wat precies de maatstaven voor een verdeling zouden moeten zijn. Waar duidelijke maatstaven wel zijn vastgesteld is niet duidelijk tot welke exacte verdeling de afweging zou moeten leiden. Het onderwerp van deze studie is dan ook van blijvend belang. De historische ontwikkeling van de eigenschuldproblematiek heeft bovendien aan belang gewonnen omdat sinds kort de alles-of-niets-gedachte bij eigen schuld van de gelaedeerde weer acceptatie heeft herwonnen (bijvoorbeeld bij verkeersongevallen).

¹⁴ Deze verdeling is die van het *judicium rusticorum*. Ten aanzien van aanvaringszaken verdedigde Van der Keessel voor het Rooms-Hollandse recht de oplossing dat in het geval de schuld van één van de in botsing komende partijen (kwantitatief) groter was dan die van de andere partij, de botsende partij de helft van de schade van de andere partij moest dragen.