

94 Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade

Een analyse van de consequenties voor de hoogte van smartengeld en voor vergoeding van shock- en affectieschade

Prof. mr. A.J. Verheij *

1. Inleiding

In de loop van de geschiedenis hebben zich twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade uitgekristalliseerd. In deze bijdrage worden de consequenties van beide benaderingen geanalyseerd voor de hoogte van smartengeld en voor de voorwaarden voor vergoeding van shock- en affectieschade. De conclusie is dat geen van beide benaderingen zaligmakend is, maar dat er – met name bij shockschade – goede argumenten zijn voor de Nederlandse rechter om over te stappen op een andere benadering dan de thans gebruikelijke.

Het betoog is als volgt gestructureerd. Allereerst worden de twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade en de daaraan gekoppelde functies besproken (par. 2). Vervolgens wordt getoond dat deze twee benaderingen weliswaar allebei tot uitdrukking komen in de rechtspraak, maar dat één van beide overheerst (par. 3). Ten slotte wordt uitgewerkt welke consequenties elk van beide benaderingen heeft voor de hoogte van smartengeld en voor shock- en affectieschade (par. 4-6). Paragraaf 7 bevat een conclusie.

2. Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade

Door de eeuwen heen is de figuur van vergoeding van immateriële schade op twee wijzen benaderd.

De eerste benadering valt goed te illustreren aan de hand van het Romeinse recht. In de derde eeuw na Christus bestond recht op vergoeding

van immateriële schade wanneer iemand ten onrechte gehinderd werd het badhuis te bezoeken.¹⁾ Op basis van de *actio iniuriarum* had de Romeinse burger dan recht op schadevergoeding.²⁾

Het is misschien verleidelijk om vergoeding van dergelijk gering leed te duiden als uiting van Amerikaanse toestanden in het Romeinse recht, maar dat zou niet juist zijn. De vordering van de badzoekende Romein werd heel anders ingekaderd. Romeinen dachten, anders dan wij, niet in

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.



Amerikaanse toestanden in het Romeinse recht.



1. Zie Ulpianus D 47, 10, 13, 7.
2. R. Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town: Juta & Co/Deventer, Boston: Kluwer 1992, p. 1058-1059 die als voorbeelden geeft het zonder toestemming en zonder geweld binnentreden van het huis van een ander, het verhinderen dat iemand van zijn eigendom gebruik kan maken bijvoorbeeld door hinderlijke rook en het verhinderen dat iemand vist op zee of zijn netten neerlaat.

Compensatie- functie of functie van rechtshand- having.

3. Zie over het belang van eer destijds R. Zimmermann 1992, p. 1056-1057 en meer algemeen T. Holland, *Rubicon: the last years of the Roman republic*, Westminster, MD, USA: Knopf Publishing Group 2005, p. 5.
4. Zie ook A.I. Ogus, *Damages for lost amenities: for a foot, a feeling or a function?* [1972] 35 MLR 1-17 die drie benaderingen onderscheidt: een conceptuele (objectieve), een persoonlijke en een functionele. De laatste twee benaderingen gaan uit van de veronderstelling dat gevoelens gecompenseerd dienen te worden en zijn derhalve als zodanig te karakteriseren als *damage based*.
5. Zie over rechtshandhaving en vergoeding van immateriële schade A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, hoofdstuk X en S.D. Lindenberg, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, par. 2.3.4 en meer algemeen de special over handhaving in *WPNR 6772* (2008) en E.F.D. Engelhard e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Kritisch daarover J.S. Kortmann & C.H. Sieburgh, *Rechtshandhaving door privaatrecht* (Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
6. Van Dam, par. 4.7 betoogt in deze special op goede gronden dat in plaats van smartengeld beter van onrechtcompensatie kan worden gesproken.
7. Hoewel art. 6:107 lid 1 BW en ook de Hoge Raad van geestelijk letsel spreken, is de term psychisch letsel juist omdat zij religieuze connotaties vermijdt en beter doet uitkomen dat het aan psychologen of psychiaters en niet aan geestelijken is om het hier bedoelde letsel vast te stellen.
8. Waarover terecht kritisch Van Dam, par. 4.3 in deze special. T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', in: M. Donkerlo & M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade* (18e druk), Den Haag: ANWB 2012, par. 2 noemt dit arrest dan ook niet als voorbeeld van vergoeding van immateriële schade wegens schending van fundamentele rechten.
9. De rechtbank had ook de politieregio Groningen hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld, maar alleen de gemeente Groningen was in (sprong)cassatie gegaan.

termen van *smart* maar in termen van *eer*.³⁾ Wie denkt in termen van eer bekommert zich in mindere mate om de gevolgen van bepaalde onrechtmatige gedragingen. De *enkele aantasting van een recht* kan een schending van de eer vormen.

De benadering van het Romeinse recht valt te omschrijven als *rights based*.⁴⁾ In een *rights based*-benadering geeft inbreuk op bepaalde rechten *als zodanig* recht op vergoeding van immateriële schade. Hoewel deze benadering tegenwoordig niet dominant is, zal in de volgende paragraaf aan de hand van enkele uitspraken van de Hoge Raad blijken dat zij nog steeds onder ons is.

Wij denken tegenwoordig voornamelijk in termen van gevolgen. Iemand heeft pas recht op smartengeld wanneer hij kan aantonen concreet leed te hebben ondervonden. We spreken niet voor niets van smartengeld, hoewel de wet deze term niet gebruikt. Tegenover de *rights based*-benadering staat derhalve de *damage based*-benadering. In deze benadering bestaat pas recht op vergoeding van immateriële schade wanneer degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld aantoonbaar schadelijke gevolgen ondervindt.

De *damage based*-benadering correspondeert met de compensatiefunctie, de *rights based*-benadering valt in verband te brengen met de functie van rechtshandhaving.⁵⁾ De term 'smartengeld' is in dat laatste verband weinig gelukkig. Het gaat immers niet om vergoeding van gekwetste gevoelens, maar om de handhaving van rechten. In het kader van een *rights based*-benadering zal hierna daarom worden gesproken over vergoeding van immateriële schade.⁶⁾

3. Beide benaderingen in de rechtspraak van de Hoge Raad

Beide benaderingen zijn aanwezig in de rechtspraak van de Hoge Raad. Voor de *damage based*-benadering is dat evident. Deze vindt toepassing in alle gevallen waarin smartengeld wordt toegekend wegens fysiek of psychisch letsel.⁷⁾ In verschillende gevallen lijkt de Hoge Raad echter ook vergoeding van immateriële schade toe te kennen wegens de enkele rechtsinbreuk. Deze uitspraken zijn uitingen van de *rights based*-benadering.

HR 22 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. JBMV (Beentjes/Lokhorst)

Werknemer Beentjes heeft op een bouwlift zijn evenwicht verloren en is negen meter naar beneden gevallen. Als gevolg van dit ongeval is hij in coma geraakt en uiteindelijk overleden. Er moet van worden uitgegaan dat Beentjes gedurende anderhalve maand een beperkt besef van zijn toestand moet hebben gehad. De vraag of (de nabestaanden van) het slachtoffer recht heeft op smartengeld beantwoordt de Hoge

Raad bevestigend. Op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b BW komt aan de benadeelde een naar billijkheid vast te stellen vergoeding toe indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen. Aangezien Beentjes ernstig letsel heeft opgelopen, komt hem een recht op vergoeding van immateriële schade toe (r.o. 3.4.1). Het ontbreken van bewustzijn gedurende een bepaalde periode dient te worden meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de toe te kennen vergoeding. De Hoge Raad overweegt dat de omstandigheid dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest in het algemeen tot het oordeel kan leiden dat hij wat betreft die periode geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet. Deze omstandigheid rechtvaardigt echter niet zonder meer de conclusie dat in het geheel geen sprake is geweest van gederfde levensvreugde. Aangenomen moet immers worden dat de staat van bewusteloosheid in elk geval tot gevolg heeft gehad dat aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontbroken van zijn leven te genieten (r.o. 3.5).

Hoewel de Hoge Raad – anders dan in de volgende twee arresten – geen expliciet verband legt met fundamentele rechten (lichamelijke en psychische integriteit)⁸⁾, valt dit arrest toch als voorbeeld van een *rights based*-benadering te beschouwen. Niet alleen vanwege de abstraahering van de gevoelens van het slachtoffer, maar ook omdat het fundamentele karakter van het geschonden recht en de ernst van de schending, naar mag worden aangenomen, redengevend zijn geweest voor deze beslissing.

HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. JBMV (Oosterparkrellen)

In de nacht van 30 op 31 december 1997 heeft een groep jongeren van circa 65 personen de woning van X en zijn echtgenote Y die daarin aanwezig waren, tot drie maal toe aangevallen, omstreeks 21.50 uur, 22.30 uur en 0.00 uur. De derde aanval werd, zo valt in de conclusie van A-G Hartkamp (sub 1) te lezen, 'met behulp van buurtbewoners' afgeslagen. X heeft vanaf 21.50 uur tenminste vijf maal met de politie gebeld en om hulp verzocht. De Mobiele Eenheid arriveerde pas om 02.30 uur. De Hoge Raad achtte, evenals de rechtbank, de gemeente Groningen aansprakelijk voor het niet-optreden van de politie.⁹⁾ De Raad oordeelde dat X en Y recht hadden op vergoeding van immateriële schade, hoewel geen sprake was van psychisch letsel. De gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot hun lijf en goed zijn voldoende voor het aannemen van 'een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning' (r.o. 3.11). Zoon Z die – anders dan zijn ouders – ten tijde van de onregeligheden niet in de woning aanwezig was, had echter geen recht op vergoeding van immateriële schade omdat hij zichzelf niet in een bedreigende situatie heeft bevonden. Van een persoonsaantasting is uit dien hoofde geen sprake. Ook het enkele feit dat iemands woning is belaagd, is daarvoor niet voldoende.

HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. JBMV (*Wrongful life*)

De verloskundige bij wie de moeder tijdens haar zwangerschap van Kelly onder behandeling stond, heeft nagelaten prenatale diagnostiek te (doen) verrichten. Daardoor heeft de verloskundige een beroepsfout gemaakt. Als zij die fout niet had gemaakt, zou de chromosomale afwijking van de vrucht aan het licht zijn gekomen en zouden beide ouders tot afbreking van de zwangerschap hebben besloten. De Hoge Raad kwalificeert de beroepsfout als een ingrijpende aantasting van het fundamentele recht op zelfbeschikking.¹⁰ Hij oordeelt dat beide ouders onder deze omstandigheden recht hebben op vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in hun persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW (r.o. 4.8 en 4.9).

Ook in Engeland, Duitsland en Frankrijk zijn uitspraken te vinden die manifestaties zijn van de *rights based*-benadering.¹¹ Geconstateerd lijkt echter te kunnen worden dat de ruimte die aan de *rights based*-benadering wordt geboden, zich zowel in het buitenland als in Nederland beperkt tot gevallen waarin sprake is van schending van een *fundamenteel recht* waarbij de rechthebbende geen *objectieverbaar leed* heeft geleden.

Buiten deze gevallen bestaat slechts recht op vergoeding van immateriële schade indien de aanwezigheid van leed is aangetoond. Deze gevallen vormen uitdrukking van de *damage based*-benadering. De lijn van de Hoge Raad is dat slechts recht bestaat op vergoeding van immateriële schade in geval van psychisch letsel. Het bestaan van psychisch letsel dient naar objectieve maatstaven te (kunnen) worden vastgesteld.¹² Vergoeding van shockschade is derhalve gestoeld op de *damage based*-benadering.

4. Hoogte van de toegekende bedragen

In een *rights based*-benadering zal de hoogte van de vergoeding het gewicht van het geschonden recht reflecteren. In het ene land zal bijvoorbeeld een hoger bedrag worden toegekend wegens schending van de privacy of ernstig letsel dan in het andere.¹³ Dat geldt ook voor het bedrag dat aan comateuze slachtoffers wordt toegekend wegens de schending van hun fysieke en psychische integriteit. In Engeland is de bandbreedte voor 'very severe brain damage' omgerekend in euro's € 220.000 tot € 318.000; in Duitsland is die € 150.000 tot € 350.000. In een vonnis van 6 februari jl. zocht de Rechtbank Midden-Nederland hierbij aansluiting door een bedrag van € 100.000 toe te kennen aan een comateus slachtoffer van inmiddels 17 jaar dat zeer beperkt bewustzijn had.¹⁴

Een *rights based*-benadering zal het vergoedingsniveau in Nederland alleen opstuwten indien rechters explicieter dan thans gebeurt,

vergoeding van immateriële schade zien als middel tot handhaving van fundamentele rechten. Relatief lage of zelfs symbolische bedragen wekken dan immers de indruk dat fundamentele rechten niet serieus worden genomen in de Nederlandse rechtsorde en bovendien valt dan niet goed uit te leggen waarom schending van een fundamenteel recht in buurlanden zoveel hoger wordt gewaardeerd. In dat verband kunnen ook vragen worden gesteld bij de wijze waarop de Hoge Raad het algemeen persoonlijkheidsrecht heeft geconstrueerd. De Hoge Raad beschouwt dit namelijk als een ongeschreven 'supergrondrecht' dat ten grondslag ligt 'aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting'.¹⁵ Opvallend afwezig in deze (weliswaar niet limitatieve) opsomming is het recht op fysieke integriteit (art. 11 Gw.). Een persoonlijkheid zonder fysiek substraat bestaat immers niet en – zoals de Hoge Raad in ander verband terecht opmerkte – lichamelijk en psychisch welzijn zijn nauw met elkaar verbonden.¹⁶ Door het recht op fysieke integriteit niet te noemen lijkt het van een andere orde te zijn en niet geschraagd te worden door het supergrondrecht.

5. Shockschade

De wijze waarop de Hoge Raad vergoeding van shockschade behandelt, past als gezegd in een *damage based*-benadering. In deze paragraaf staat de vraag centraal waartoe een *rights based*-benadering zou kunnen leiden en in hoeverre dat wenselijk zou zijn.

5.1. Benadering Hoge Raad¹⁷

Allereerst overweegt de Hoge Raad dat slechts recht op schadevergoeding heeft degene bij wie ten gevolge van het waarnemen van het ongeval of van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht waaruit psychisch letsel voortvloeit. Alleen psychisch letsel dat is veroorzaakt door het waarnemen van of de confrontatie met de gevolgen van het ongeval komt dus voor vergoeding in aanmerking. Psychisch letsel dat *een andere oorzaak* heeft, dat dus is veroorzaakt door het *verdriet* dat het gevolg is van het overlijden van een ander, komt *niet* voor vergoeding in aanmerking (r.o. 4.3). Met deze interpretatie van het limitatieve wettelijk stelsel van artikel 6:107-108 BW kiest de Hoge Raad voor de route die Brunner in zijn NJ-noot onder *Van der Heijden/Holland* heeft geschetst en die ook wel als de 'Brunnerpas' wordt aangeduid.¹⁸ Kenmerkend voor deze benadering is dat de vraag of een bepaalde schadepost voor vergoeding in aanmerking komt, beantwoord wordt door vaststelling van de *oorzaak* van die schadepost.¹⁹ Voorts overweegt de Hoge Raad dat vereist is dat het psychisch letsel in rechte kan worden vastgesteld, 'hetgeen in het algemeen



Vergoeding van
shockschade is
gestoeld op de
damage based-
benadering.



10. Opmerkelijk genoeg legt de Hoge Raad geen verband met het in de jaren negentig erkende algemene persoonlijkheidsrecht: HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. WH-S (*Valkenhorst II*) en HR 6 januari 1995, NJ 1995/411, m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*).
11. In elk van die drie landen is vergoeding van immateriële schade toegekend aan comapatiënten, zie onder meer: het House of Lords in *West v. Shepard*, [1963] 2 All ER 625, het Bundesgerichtshof in BGH 16 december 1975, NJW 1976, p. 1147 (symbolisch bedrag) en BGH 13 oktober 1992, NJW 1993, 781 (substantieel bedrag), de straf- en civiele kamer van het Cour de Cassation Crim. 3 april 1987, NCP 1979, II, 19168, obs. Brousseau, Civ. 2e 22 februari 1995, Resp. civ. et assur. 1995, comm 125 en Civ. 2e 22 februari 1995, D. 1996, jur. p. 69, note Chartier; JCP 1995, I, 3853, nr. 20, obs. Viney en verder Verheij 2002, hoofdstuk III.
12. Zie HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Belien/Provincie Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3. Bij shockschade eist de Hoge Raad zelfs expliciet dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, zie HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. JBMV (*Taxibus*), r.o. 4.3.
13. Zie voor wat betreft ernstige letsels Van Dam, par. 4.1 in deze special.
14. Vgl. Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, LJN BZ0813, r.o. 4.27.
15. HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. WH-S (*Valkenhorst II*).
16. HR 11 maart 2005, RvdW 2005/37 (*ABN AMRO/Nieuwenhuys*), r.o. 4.12.
17. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. JBMV (*Taxibus*).
18. HR 8 april 1983, NJ 1984/717.
19. Zie voor kritiek hierop Verheij 2002, p. 180.

slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld' (r.o. 4.3).

Deze eisen zijn begrijpelijk in een *damage based*-benadering. Onderzocht moet worden of er wel sprake is van schadelijke gevolgen. Door te kiezen voor de Brunnerpas en voor het vereiste van 'een in de psychiatrie erkend ziektebeeld' haalt de Hoge Raad echter de psychiatrie binnen. De vraag is of dat gelukkig is. Er zijn verschillende redenen om daaraan te twijfelen.

1. *Experts worden opgezadeld met vragen waar zij niets mee kunnen*

In de eerste plaats worden experts (psychiaters) opgezadeld met vragen waar zij niets mee kunnen. Het onderscheid tussen shock- en affectieschade is een juridisch onderscheid. Een psychiatrisch erkend ziektebeeld zoals een posttraumatische stressstoornis (PTSS) na het overlijden van een kind bij een auto-ongeval valt niet los te zien van het overlijden. De splitsing die de Brunnerpas aanbrengt, is niet werkbaar.

2. *Battle of experts/rechtsongelijkheid door de tijd heen*

In de tweede plaats is de psychiatrie geen stilstaand water. Een klein overzicht ter illustratie.²⁰ In 1952 erkende de eerste versie van het gezaghebbende en in vele landen, waaronder Nederland, gebruikte *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) van de *American Psychiatric Association* de 'gross stress reaction', een beschadiging als gevolg van 'intolerable stress'. Die aandoening werd bij een volgende editie van DSM in 1968 geschrapt. Als voorbeelden van de 'Adjustment Reaction of Adult Life' werden echter zowel 'combat fear' als ongewenste zwangerschap genoemd. In 1980 werd in DSM-III PTSS opgenomen. De definitie was ruim waardoor in beginsel ook echtscheidingen en financiële verliezen er onder konden vallen.²¹ In de herziene versie van DSM-III, DSM-III-R uit 1987, werd trauma beperkter omschreven als 'een gebeurtenis die buiten het patroon van de gebruikelijke menselijke ervaringen ligt en die duidelijk leed zou veroorzaken bij vrijwel iedereen'.²² In 1994 werd deze definitie in DSM-IV geschrapt en vervangen door een omschrijving waarin sprake dient te zijn van een concrete schending van de fysieke integriteit of een dreiging daarvan jegens de persoon zelf of jegens anderen.²³ Deze beperking die dus in somatisering is gezocht, is bekritiseerd door gezaghebbende psychiaters omdat dit naar hun oordeel de plank mislaat.²⁴ De kern van trauma is volgens hen juist gelegen in een psychische reactie met fysieke gevolgen. In DSM-V wordt het weer anders.²⁵

Het is de vraag of het aansprakelijkheidsrecht mee moet deinen met de ontwikkelingen binnen de psychiatrie.²⁶ Door de tijd heen leidt dat tot rechtsongelijkheid. Bovendien is uitgerekend een ziektebeeld als de PTSS controversieel.²⁷

Daarbij komt dat criteria van DSM volgens DSM zelf niet keihard zijn. Verschil van inzicht tussen verschillende psychiaters is zeer wel mogelijk. Zoals wordt opgemerkt in het voorwoord van DSM-IV:

'It is important that DSM-IV not be applied mechanically (...) The specific diagnostic criteria included in DSM-IV are meant to serve as guidelines to be informed by clinical judgment and are not meant to be used in a cookbook fashion.'²⁸

In het slechtste geval haalt de rechter dus een *battle of experts* binnen in de rechtszaal.

3. *Belastend voor slachtoffer/negatieve invloed op zelfperceptie*

Stel, de psychiater schrijft in zijn rapport dat het slachtoffer lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld en de rechter neemt dit met zoveel woorden over in zijn vonnis. Wat doet dat vervolgens met het slachtoffer? Twee personen met autoriteit bekleed hebben bijvoorbeeld in geschrifte verklaard dat 'uitgegaan moet worden van levenslang ernstig psychisch lijden' (aldus het hof r.o. 4.22 in de *Taxibus*-zaak).²⁹ Veel mensen zijn gevoelig voor autoriteit, zo blijkt uit psychologisch onderzoek.³⁰ Is het vreemd om te veronderstellen dat dergelijke kwalificaties iets met de zelfperceptie van de benadeelde doen? Dat deze zichzelf gaat zien als iemand met wie het echt niet goed gaat en met wie het waarschijnlijk ook niet meer goed gaat komen? Staat hij het zichzelf toe om na enige tijd weer wat opgewekter door het leven te gaan? Kan dat wel, hij is toch ernstig ziek? Is hij geen bedrieger als het weer beter met hem gaat?

Of dit soort effecten daadwerkelijk optreedt, vergt nader onderzoek. Helemaal uit de lucht gegrepen lijken zij echter niet. Dat zelfperceptie van grote invloed kan zijn op gedrag, is in verschillende, zij het geheel andere, situaties aangetoond. Zo is bijvoorbeeld gebleken dat het Amerikaanse *Restoring Inner city Peace*-programma, afgekort tot R.I.P., waarbij kinderen lezingen kregen in gevangenissen van gevangenen om hen bewust te maken van de consequenties van crimineel gedrag, crimineel gedrag bij die kinderen nu juist in de hand werkte. Dit terwijl de bedoeling natuurlijk was hen af te schrikken. De verklaring hiervoor was dat de deelname aan het programma de zelfperceptie van de kinderen veranderde. Selectie voor deelname aan dit programma gebeurde op basis van een inschatting van het risico dat zij liepen op crimineel gedrag in de toekomst. Kinderen die werden geselecteerd redeneerden dat het feit dat ze werden geselecteerd kennelijk betekende dat er iets mis met hen was. Kennelijk waren zij meer dan gemiddeld geneigd tot crimineel gedrag. Hun zelfbeeld werd in negatieve zin veranderd en zij begonnen daadwerkelijk crimineel gedrag te vertonen.³¹

Het is natuurlijk maar helemaal de vraag of de resultaten van dergelijk onderzoek geëxtrapo-

20. Vgl. N.C. Andreasen, 'Acute and Delayed Posttraumatic Stress Disorders: a History and Some Disorders', *Am. J. Psychiatry* 161:8, August 2004, p. 1321-1322; R.L. Spitzer, M.B. First & J.C. Wakefield, 'Saving PTSD from itself in DSM-V', *Journal of Anxiety Disorders* 21 (2007) 233-241 en J. Withuis, *Erkenning. Van oorlogstrauma naar laagcultuur*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002, p. 236-237.
21. Diagnostisch criterium A: 'Existence of a recognizable stressor that would invoke significant symptoms of distress in almost everyone.' Zie DSM-III, p. 238.
22. Diagnostisch criterium A: 'The person has experienced an event that is outside the range of usual human experience and that would be markedly distressing to almost everyone, e.g. serious threat to one's life or physical integrity; serious threat or harm to one's children, spouse, or other close relatives and friends; sudden destruction of one's home or community; or seeing another person who has recently been, or is being, seriously injured or killed as the result of an accident or physical violence.' Zie DSM-III-R, p. 250.
23. Diagnostisch criterium A: '(...) the person experienced, witnessed, or was confronted with an event or events that involved actual or threatened death or serious injury, or a threat to the physical integrity of self or others (...)' Zie DSM-IV, p. 427.
24. Zie met verwijzingen Withuis 2002, p. 237.
25. DSM-V komt in mei 2013 uit volgens de site van de American Psychiatric Association, zie <http://www.psych.org/practice/dsm/dsm5>.
26. Zie voor een vergelijking tussen de voorwaarden voor vergoeding van shockschade met onderzoeksresultaten E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Schokschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 227-244.
27. Zo is het bestaan van de PTSS vanuit de psychiatrie zelf betwist, zie D. Summerfield, 'The invention of post-traumatic stress disorder and the social usefulness of a psychiatric category', *British Medical Journal* 322, 2001, p. 95-98 en over deze discussie met verwijzingen Withuis 2002, p. 216-219.
28. DSM-IV, American Psychiatric Association: Washington DC 1995, Introduction.
29. Deze overweging is te kennen uit het arrest van de Hoge Raad.
30. Zie R.B. Cialdini, *Invloed. Theorie en Praktijk*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2000, hoofdstuk 6.
31. Aldus de verklaring van T.D. Wilson, *Redirect: The Surprising New Science of Psychological Change*, Little, Brown and Company, hoofdstuk 6 van de gevonden resultaten van A. Petrosino, C. Turpin-Petrosino & J.O. Finckenaer, 'Well-meaning programs can have harmful effects! Lessons from experiments of programs such as scared straight', *Crime and Delinquency* 46 (2000) 354-379. Deze auteurs (p. 366-367) suggereren zelf overigens als mogelijke verklaringen dat voor jongeren die nergens bij horen de gevangenis een aantrekkelijke gemeenschap kan lijken en dat het gevangenisleven wellicht ook een zekere romantiek kan uitstralen(!).

leerd kunnen worden naar slachtoffers die het etiket van ernstig psychisch letsel krijgen geplakt. Nader onderzoek is vereist. Dat zal zeker interessant zijn, maar de vraag is of op de uitkomsten daarvan moeten worden gewacht. Moeten we het mensen aandoen om hen nog eens extra door de psychiatrische molen te halen? Er zijn indicaties dat dit niet goed is voor hen, dus moet dat werkelijk eerst grondig worden uitgezocht?

5.2. Conclusie: geen damage based-benadering

Mijn punt is dat niet uitgesloten moet worden dat in de huidige *damage based*-benadering van shockschade, rechters zelf schade aanrichten in hun jacht op schade. Iedereen die ooit een dierbare persoon is kwijtgeraakt, weet wat de impact daarvan is en ook dat die impact in belangrijke mate fysiek is. Het verlies van een dierbare persoon doet niet alleen fysiek pijn, maar leidt ook tot lusteloosheid, verschrikkelijke vermoeidheid en vaak ook tot slapeloosheid. Deze verschijnselen staan gedurende een bepaalde periode in de weg aan normaal sociaal en professioneel functioneren.

De nasleep van het overlijden van een dierbare persoon laat zich derhalve niet eenvoudig in de verschillende door juristen bedachte hokjes plaatsen: een hokje verdriet, een hokje psychisch letsel en een hokje fysiek ongemak.

De rechter die in zijn eigen privésfeer te maken krijgt met iemand waarvan een dierbare persoon is overleden, weet dat en zal daarmee rekening houden. Wanneer hij in zijn professionele hoedanigheid een schadedossier ter hand neemt, vergeet hij dit en rijdt de Brunnerpas in. Voor niet-juristen zijn de dogmatische finesses van het limitatieve stelsel van artikel 6:107-108 BW onbegrijpelijk en verbijsterend.

In haar aansprekende oratie aan de Vrije Universiteit getiteld *Rechtspraak met hart voor de zaak* (2012) heeft De Groot gepleit voor een rechterlijke attitude die is gericht op het aanpakken van het onderliggende conflict en zich niet beperkt tot het oplossen van juridische problemen. Toegepast op shockschade brengt dat mijns inziens met zich dat indien iemand een dierbare persoon is kwijtgeraakt, de rechter eenvoudigweg aanneemt dat dit gezondheidsschade tot gevolg heeft die voor vergoeding in aanmerking komt. Ook in andere gevallen wordt schade immers verondersteld of zelfs geschat, zie artikel 6:97 BW. Voor shockschade zou een soortgelijke benadering navolging verdienen. Dat zou sporen met een *rights based*-benadering waarin niet getracht wordt alle schadelijke gevolgen op te sporen, maar geconstateerd wordt dat iemands rechten zijn geschonden en dat schadevergoeding daarom geïndiceerd is. Het recht waar het hier om zal gaan, is het recht op *family life* (artikel 8 EVRM).

Een zodanige benadering verdient zeker de voorkeur indien het overlijden of de ernstige verwonding van de dierbare het gevolg is van grove schuld of zelfs opzet. De Hoge Raad dient dus terug te komen op het *Vilt*-arrest.³² Zeker na een uitspraak van 29 juni 2012.³³ In de procedure die tot dit arrest leidde vorderde het slachtoffer van groeps mishandeling smartengeld. Zijn schade bestond uit een blauw oog en angstgevoelens. Rechtbank en hof wezen zijn vordering af omdat hij niet aannemelijk had gemaakt schade te hebben geleden. Het hof overwoog dat onvoldoende was onderbouwd dat sprake was van psychisch letsel en dat een blauw oog een te gering letsel is om voor vergoeding in aanmerking te komen. De Hoge Raad casseerde, overwegende dat het zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat het blauwe oog te gering letsel vormt om voor enige vergoeding in aanmerking te komen (r.o. 3.4). Het is mijns inziens niet uit te leggen dat een blauw oog kwalificeert als persoonsaantasting, maar de opzettelijk veroorzaakte dood van bijvoorbeeld een kind niet. Wellicht zet de Hoge Raad in dit arrest overigens de deur op een kier in zijn daaropvolgende overweging. Daarin verwerpt hij de klacht tegen het oordeel van het hof dat eiser onvoldoende had onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon was aangetast (r.o. 3.5). De Hoge Raad merkt daar namelijk op:

‘Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld.’

De ernst van de normschending kan dus maken dat recht op smartengeld bestaat, ook als geen sprake is van psychisch letsel. Het zou een begin kunnen zijn, maar de verdere jurisprudentie zal de precieze strekking van deze overweging moeten verduidelijken.³⁴

6. Affectieschade

Waartoe leiden een *damage based*- respectievelijk een *rights based*-benadering bij vergoeding van affectieschade?

6.1. Wat wil het slachtoffer?

Men kan zich afvragen wat slachtoffers willen of wat goed voor hen is en dat richtinggevend achten. Eenduidig is dat echter niet. Zo blijkt uit het onderzoek van Akkermans c.s. (2009) dat slechts 15,8 procent van de respondenten een voorkeur had voor een vast bedrag.³⁵ Tegelijkertijd gaven nabestaanden en naasten aan dat zij een soepele en vlotte afwikkeling van de finan-

De nasleep van het overlijden van een dierbare laat zich niet eenvoudig in hokjes plaatsen.

32. HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. JBMV. Zie over deze uitspraak met name P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in de shockschade-zaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest', AV&S 2011/7; R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de gemiste confrontatie – een gemiste kans', NTBR 2010, p. 341-351; R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke "on gehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?' WPNR 2011, p. 35-37; T. Hartlief, 'De schrik van het burgerlijk recht', NJB 2009, p. 1710 en idem, 'Verstraffing van Privaatrecht', NJB 2012, p. 313.
33. HR 29 juni 2012, RvdW 2012/410, JA 2012/147, m.nt. Lindenberg. Tevens opgenomen in deze special onder nr. VR 2013/98. Zie voor een rechtseconomische beschouwing van dit arrest ook L. Visscher AV&S 2012/120.
34. Zie verder over deze overweging A.J. Verheij, 'Wil de Hoge Raad plegers van bijzonder ernstige normschendingen steviger aanpakken?' AV&S 2013/1, p. 3-4.
35. A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II Affectieschade*, Den Haag: WODC 2008, p. 45.

ciële schade het belangrijkste van allemaal vinden, hetgeen – zoals de onderzoekers constateren – op gespannen voet staat met preferentie voor variabele smartengeldbedragen.³⁶⁾

In een *damage based*-benadering is het dus lastig om het helemaal goed te doen. Differentiatie in de bedragen kan zowel goed als slecht uitpakken. Wordt voor differentiatie gekozen, dan zal het in belangrijke mate afhangen van moeilijk te beheersen factoren als de sociale vaardigheden van de door een verzekeraar ingeschakelde letselschaderegelaar of het slachtoffer er beter van wordt of juist niet.

Kort gezegd komt het op het volgende neer. Een *damage based*-benadering kiest voor maatwerk. Maatwerk beantwoordt enerzijds aan de *Einzelfallgerechtigkeit* en aan een gevoel van persoonlijke erkenning, maar anderzijds bestaat risico op negatieve gezondheidseffecten door de wijze van bejegening in het kader van onderhandelingen of van een procedure. In een *rights based*-benadering zijn voor- en nadelen vrijwel spiegelbeeldig. In een *rights based*-benadering wordt geen smart gecompenseerd en evenmin wordt getracht slachtoffers te helpen in hun rouwverwerking. Er worden rechten gehandhaafd. Voor deze inbreuk, bij affectieschade een inbreuk op het recht op *family life* (artikel 8 EVRM), wordt een bepaald bedrag toegekend. Voor differentiatie van dat bedrag wegens persoonlijke omstandigheden is geen aanleiding. Ruimte voor onderhandelingen is er derhalve niet of nauwelijks, zodat weinig aandacht is voor de individuele aspecten van de zaak. Dat is een nadeel, maar de risico's van als bot of ongevoelig ervaren bejegening in het kader van onderhandelingen zijn minder groot.

6.2. Een *damage based*-benadering en een gelimiteerde kring van gerechtigden gaan niet samen

Bij een keuze voor een *damage based*-benadering is het niet goed mogelijk om een limitatieve kring van gerechtigden vast te stellen. Het web van intermenselijke relaties is daarvoor nu eenmaal te fijnmazig. Wie zich beperkt tot partners, ouders en kinderen, krijgt tegengeworpen dat ook broers en zusters gerechtigd behoren te zijn. De kring van gerechtigden is met deze personen nog niet uitgebreid of iemand anders wijst op grootouders. Deze kunnen een buitengewoon intense band hebben met hun kleinkinderen en andersom kan dat natuurlijk ook. De kans daarop is zeker aanwezig bij etnische minderheden in onze samenleving waarbij grootouders niet naar een bejaardenhuis gaan, maar bij hun zoon of dochter inwonen. Stel dat ook grootouders en kleinkinderen gerechtigd worden verklaard. Dan doet zich echter het geval voor – en dat een dergelijk geval zich zal voordoen, is een statistische zekerheid – dat de overledene een hartsvriendin had. Zij deed alles met de overledene samen, ze belden elkaar dagelijks, gingen samen twee keer in de week sporten en gingen

ook samen met vakantie. Zo ging dat al twintig jaar lang. Niemand met enig inlevingsvermogen kan ontkennen dat ook hier sprake is van affectieschade. Is een hardheidsclausule geen oplossing voor gevallen als deze? Dat is zeker een optie, maar – en dat is de eerste constatering – dan is de kring van gerechtigden niet meer limitatief.

De tweede constatering is dat mensen die een beroep doen op de hardheidsclausule natuurlijk aannemelijk dienen te maken dat zij inderdaad een bijzonder hechte band met de overledene hadden. De gedachte achter een limitatieve kring van gerechtigden was echter nu juist om zulke – onsmakelijke en pijnlijke – discussies te vermijden. Dan maar geen hardheidsclausule dus? De vraag is echter of dat mogelijk is. Ik acht het aannemelijk dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 2 BW) dan als hardheidsclausule zal gaan fungeren. Tegengeworpen kan worden dat dit naar geldend recht ook niet is gebeurd, maar er is een belangrijk verschil. Naar geldend recht wordt de schadepost affectieschade in beginsel *in het geheel* niet vergoed. Daar kan men van alles vinden, maar gelijke gevallen worden wél gelijk behandeld. Op het moment echter dat ten gevolge van een wetswijziging vergoeding van affectieschade aan een bepaalde kring van personen wordt toegestaan, zijn er geen goede argumenten meer te bedenken om andere mensen die een aantoonbaar sterke affectieve band met het slachtoffer hadden, geen compensatie toe te kennen. Dat komt neer op arbitraire, ongelijke behandeling. Discriminatie dus. Toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ligt dan veel meer voor de hand dan thans.

Verder verdient opmerking dat bij toepassing van de hardheidsclausule op basis van de redelijkheid en billijkheid waarschijnlijk ook een rol zal zijn weggelegd voor het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW) en de toerekening naar redelijkheid (artikel 6:98 BW). De toets die de rechter dan uitvoert om te bepalen of iemand recht heeft op smartengeld verschilt dan niet van andere gevallen waarin hij beoordeelt of recht op schadevergoeding bestaat. We kunnen nog een stapje verder gaan. De toets die hij dan uitvoert, verschilt evenmin wezenlijk van de toets van zijn Franse collega. De Franse rechter bepaalt in het kader van de causaliteit in hoeverre derden recht hebben op schadevergoeding, waaronder vergoeding van affectieschade. Het Franse recht is op dit punt geheel open; er bestaat geen limitatief stelsel.³⁷⁾ Het opmerkelijke gevolg van een limitatief stelsel met een hardheidsclausule zou dus kunnen zijn dat de Nederlandse rechter uiteindelijk in het kader van die hardheidsclausule op dezelfde wijze gaat toetsen als zijn Franse collega die in een geheel open stelsel opereert. Wie kiest voor een limitatief stelsel met een hardheidsclausule laat de Brunnerpas dus links liggen en rijdt via de *route du soleil* naar Frankrijk. Dat is op zich helemaal niet erg, maar het is goed om te beseffen



Hardheidsclausule op basis van redelijkheid en billijkheid.



36. Akkermans e.a., 2008, p. 2.
37. Zie over het Franse recht Verheij 2002, hoofdstuk V.

waar de reis naartoe gaat. Dan weten we waar we mee bezig zijn en wat we in de nabije toekomst kunnen verwachten.

6.3. *Rights based-benadering*

Hoe ziet het alternatief, dat wil zeggen een *rights based*-benadering, eruit? In een *rights based*-benadering wordt vergoeding toegekend wegens de enkele rechtsinbreuk. Als gezegd vindt deze benadering in de regel slechts toepassing bij fundamentele rechten. Het fundamentele recht dat hier in aanmerking komt, is artikel 8 EVRM. Degene wiens *family life* wordt verstoord door het overlijden of door de ernstige verwonding van een familielid, heeft recht op vergoeding van immateriële schade. Hier is dus geen sprake van vergoeding van affectieschade, maar van *handhaving* van artikel 8 EVRM door middel van vergoeding van immateriële schade. De focus ligt op de rechtsinbreuk en niet op het leed van derden.

Er is geen goede reden te bedenken waarom de Hoge Raad deze stap niet zou kunnen zetten.³⁸⁾ Niet valt in te zien waarom wel vergoeding van immateriële schade kan worden toegekend wegens de inbreuk op de zelfbeschikking zoals waarvan sprake was in het *Wrongful life*-arrest, maar geen schade wordt vergoed wegens een schending van het niet minder fundamentele recht op *family life*. Dit klemt te meer daar het zelfbeschikkingsrecht dat de Hoge Raad door middel van vergoeding van immateriële schade wenste te sanctioneren zeer dicht aanligt tegen *family life* of daar misschien zelfs onderdeel van uitmaakt.

Belangrijk in deze redenering – ik herhaal (zie par. 2) het nogmaals – is dat geen sprake is van vergoeding van leed, van affectieschade, maar van rechtshandhaving. Er bestaat dus geen enkele mogelijkheid voor derden die geen *family life* met het slachtoffer hadden, maar wel aantoonbaar lijden door diens overlijden, om vergoeding van immateriële schade te ontvangen. De regel is simpel: wie geen *family life* heeft met het slachtoffer, heeft geen recht op schadevergoeding.

Omdat geen sprake is van vergoeding van affectieschade maar van rechtshandhaving, botst een dergelijke door de Hoge Raad te zetten stap niet met de keuze van de wetgever tegen vergoeding van affectieschade. Merk op dat de argumenten die bij die keuze een rol speelden, uitgaan van de *damage based*-benadering.³⁹⁾

1. Het eerste argument was dat vergoeding van affectieschade grote weerstand in de samenleving zou oproepen, hoe groter het leed, des te groter de weerstand tegen de gedachte dat dit op enigerlei wijze door geld valt te vergoeden. In een *rights based*-benadering wordt echter geen leed vergoed, er worden slechts rechten gehandhaafd.
2. Vergoeding van affectieschade zou in de tweede plaats leiden tot commercialisering

van verdriet. Ook hiervoor geldt dat in een *rights based*-benadering geen leed wordt vergoed, maar dat het om rechtshandhaving gaat.

3. Vergoeding van affectieschade zou leiden tot onsmakelijke procespraktijken. Ook daarvan is geen sprake in een *rights based*-benadering omdat daarin geen leed hoeft te worden bewezen.
4. Er zou een explosie van schadeclaims ontstaan bij vergoeding van affectieschade. Dat is niet zo in een *rights based*-benadering, alleen personen die *family life* hadden met het slachtoffer zijn gerechtigd, anderen niet, ongeacht hun band met het slachtoffer.
5. Vergoeding van affectieschade zou verder de juridische afwikkeling van een ongeval compliceren en zo bijdragen aan belasting van de rechterlijke macht. In een *rights based*-benadering staat de kring van gerechtigden echter vast zodat daarvan geen sprake is.

Ter voorkoming van een misverstand ten slotte nog dit. Het is niet zo dat de *rights based*-benadering inhoudt dat artikel 8 EVRM het limitatieve stelsel van artikel 6:107-108 BW open breekt. Die mogelijkheid doet zich alleen voor bij een *damage based*-benadering. In een *rights based*-benadering redeneert men als het ware langs artikel 6:107-108 BW heen. Die artikelen zien op de schadelijke gevolgen voor derden van het overlijden of het letsel van een andere persoon. De beperking die in die artikelen besloten ligt, geldt dus alléén voor die *gevolgen*, dus alleen voor vergoeding van schade die wordt toegekend in het kader van een *damage based*-benadering. In een *rights based*-benadering worden geen schadelijke gevolgen gecompenseerd; men beperkt zich in het kader van rechtshandhaving tot het toekennen van schadevergoeding wegens de inbreuk op een fundamenteel recht, in dit geval artikel 8 EVRM. Dat is van een andere orde en vormt dan ook geen uitzondering op het limitatieve stelsel van artikel 6:107-108 BW dat uitgaat van een *damage based*-benadering.

7. Conclusie

De *rights based*-benadering impliceert een zekere mate van abstrahering van de werkelijkheid, terwijl de *damage based*-benadering concreet onderzoek van die werkelijkheid meebrengt. In zoverre vormen zij elkaars spiegelbeeld. De kracht van de *rights based*-benadering (abstrahering) is tevens haar zwakte: er vindt geen maatwerk plaats. Het omgekeerde geldt voor de *damage based*-benadering, maatwerk is immers niet altijd zaligmakend. Wanneer verdient de ene benadering de voorkeur boven de andere? Ik kom tot een viertal aanbevelingen.

1. Het lijkt niet zonder risico's om de wensen van slachtoffers tot exclusief richtsnoer te nemen. De werkelijkheid is gecompliceerd,

☺
In een *rights based*-benadering wordt vergoeding toegekend wegens de enkele rechtsinbreuk.

. ☺

38. Vgl. ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 396-397, die stelt dat de Hoge Raad zijn rechtspraak ten aanzien van art. 6:107-108 BW dient te heroverwegen en in hoofdstuk 9, par. 3 ook concrete voorstellen doet langs welke lijnen dat dient te gebeuren.
 39. PG Boek 6, p. 389 en 1273-1274.

wat slachtoffers willen is niet altijd eenduidig en ook door de tijd heen kunnen preferenties aan veranderingen onderhevig zijn. Uitkomsten van enquêtes hebben zeker hun waarde, maar dienen ook met voorzichtigheid te worden gehanteerd in verband met sociaal wenselijke antwoorden of inschattingfouten van respondenten als hen wordt gevraagd naar hun wensen in een hypothetische situatie. Bovendien willen verschillende groepen slachtoffers soms verschillende dingen. Een democratische benadering waarbij de meerderheid van de slachtoffers bepaalt wat er gebeurt, maakt de minderheid van slachtoffers nogmaals tot slachtoffer. Een zekere mate van abstrahering van de werkelijkheid lijkt op dit punt daarom van wijsheid getuigen.

2. In relatie tot shockschade lijkt het onwenselijk wanneer de rechter al te zeer geïnteresseerd is in de vraag of er wel psychische schade is geleden zoals in het kader van vergoeding van shockschade thans gebeurt. De rechter dient zelf de knoop door te hakken en zich niet zonder enig voorbehoud over te leveren aan steeds veranderende inzichten in de psychiatrie. Een zekere terughoudendheid in de *fact finding* en abstrahering van de werkelijkheid zoals waarvan sprake is in een *rights based*-benadering heeft daarom hier sterke papieren.
3. Het juridisch onderscheid tussen shock- en affectieschade vormt daarentegen een onwenselijke abstrahering van de werkelijkheid. De alledaagse ervaring leert dat overlijdensverdriet zich niet in verschillende partjes laat uitsplitsen en vaak ook een fysieke component heeft. Psychiaters onderscheiden evenmin tussen shock- en affectieschade. Dit impliceert de definitieve sluiting van de Brunnerpas.
4. Bij affectieschade hebben een *damage based*- en een *rights based*-benadering zowel voor als nadelen voor slachtoffers. Dat lijkt een magere conclusie, maar naar ik meen wel een belangrijke. In de discussie over affectieschade is de afgelopen tien jaar het beste vaak de vijand van het goede gebleken. Het zou een wellicht bescheiden, maar toch belangrijke stap voorwaarts kunnen betekenen als iedereen die meediscussieert zich dat realiseert. Een perfecte oplossing is gewoon niet mogelijk. Dat is misschien een pijnlijke constatering gegeven het feit dat het gaat om heel ernstig verdriet, maar het is niet anders.

“
Het juridisch onderscheid tussen shock- en affectieschade is een onwenselijke abstrahering van de werkelijkheid.
..... ”

