

# 17 ATTRIBUTIE, JURIDISCHE CAUSALITEIT EN PREVENTIEVE WERKING

*Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht*

I. Giesen

## SAMENVATTING

*Het doel van deze bijdrage is te inventariseren in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van attributie als psychologisch fenomeen. Welke gedragspresumpties gaan er schuil achter de regels uit het BW en klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Zo nee, in hoeverre zijn beide concepten dan alsnog passend te maken? De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om bij beslissingen over causaliteitsvragen rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast enkele specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, blijkt in meer algemene zin dat langer nadenken over juridische vragen, tot betere antwoorden zal leiden. Een nog algemenere les is dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn, omdat attributiemechanismen (waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven) daaraan in de weg staan.*

## 1 INTRODUCTIE

### 1.1 Inleiding: vragen uit het recht en antwoorden uit de psychologie?

Het aansprakelijkheidsrecht is gebouwd rondom de centrale begrippen onrechtmatigheid, relativiteit, causaliteit en schuld. De dader dient onrechtmatig te handelen, en wel jegens een specifieke ander. Bovendien moet hij door dat gedrag de schade veroorzaakt hebben en moet hem daarvan een verwijt te maken zijn (tenzij hij het risico toebedeeld krijgt). Bij die beide laatste vereisten (oorzaak en verwijt) gaat het om vormen van toerekening of – zoals psychologen plegen te zeggen – attributie. De beoordeling daarvan stelt de jurist nog altijd voor vraagtekens, omdat er weinig ‘harde’ toepassingscriteria voorhanden zijn.

De rechter wikt en weegt op grond van de omstandigheden zoals die zich voordoen. Of daarbij bepaalde gedragspresumpties een rol spelen, is nauwelijks bekend, maar dat lijkt voor de hand te liggen.

In de (cognitieve) psychologie is attributie (voor nu: gebeurtenissen toeschrijven aan oorzaken, causale relaties leggen) een bekend en veel onderzocht fenomeen. Personen zijn bijvoorbeeld geneigd om de oorzaak van een gebeurtenis in eerste instantie bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.<sup>1</sup> Bij het nadenken over hoe een ongeval en schade ontstaan is, kan dat allicht van invloed zijn. En zo rijst de vraag: zijn er in de psychologie lessen te leren en antwoorden te vinden die de jurist verder kunnen helpen?<sup>2</sup> Wellicht blijkt dat de juristen van bepaalde presumpties uitgaan, ten onrechte of niet, en dat bepaalde gedragseffecten te verwachten zijn. Het doel van deze bijdrage is derhalve te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen aansluit of past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn.

Ik wil hierna dus onderzoeken in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van de notie van attributie. Welke gedragspresumpties (van de wetgever en rechter) gaan er eventueel schuil achter de regels uit het BW? Klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Anders gezegd: klopt de juridische dogmatiek met de psychologische ‘regels’ inzake menselijke attributie? Zo nee, wat is het gevolg daarvan, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van preventie?

De achterliggende, meer algemene vraag die in deze bijdrage aan de orde is, is zodoende uiteindelijk deze: hoe zou het aansprakelijkheidsrecht moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn inzake attributie? Sluiten de presumpties en beoogde effecten van de wetgever aan bij de werkelijkheid? Zo nee, hoe erg is dat? Mijn vertrekpunt bij die laatste vraag is dat als het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht niet aansluiten bij de gebruikelijke ‘attributieve noties’ van de justitiabele, er ten minste een probleem zou kunnen zijn.

---

1 Zie nader par. 3.2.

2 Dat de (cognitieve) psychologie interessant kan zijn voor juristen en wat daaronder dan wordt verstaan, heb ik eerder uitvoerig beschreven, zie Giesen 2005a, p. 17-24. Ik sla die stap nu over. Het navolgende vormt overigens de uitwerking van een suggestie op p. 45 (noot 124) van mijn rede.

## 1.2 Verdere opzet en plan van aanpak

Ik richt mij in deze bijdrage, vanuit juridisch perspectief beschouwd, op de causaliteitsvraag, waarbij ik vooral de toerekening naar redelijkheid (TNR) in ogenschouw neem. Ik ga dus niet nader in op de juridische vraag naar verwijtbaarheid (schuld, *blame*), hoewel ook dat thema onder attributie (vanuit de psychologie gezien, tenminste) te scharen is.<sup>3</sup> Dat tweede thema is wat mij betreft namelijk minder interessant, omdat de eis van verwijtbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW in het hedendaagse onrechtmatige daadsrecht nog slechts een beperkte rol vervult naast de daarvan te onderscheiden eis dat er in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (lid 2) gehandeld moet zijn.<sup>4</sup> Uiteraard betekent zulks wel dat beide begrippen, die psychologisch als een geheel kunnen worden gezien, voor de omslag naar het juridische uit elkaar gehaald moeten worden. Theorieën inzake de attributie van *blame*, waarin zowel *causality* als *responsibility* verweven worden, zal ik dus onbesproken laten.<sup>5</sup>

Het eerste thema (causaliteit) is vooral daarom interessant, omdat uit psychologisch onderzoek<sup>6</sup> is gebleken dat mensen bij attributie (zie par. 3.1) geneigd zijn de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie, de context) te onderschatten. Deze ‘fundamentele attributiefout’ (waarover par. 3.2) lijkt van belang voor de omgang met causaliteitsvragen in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>7</sup> Deze ‘fout’ zou immers kunnen leiden tot verkeerde ideeën over hoe de dingen gelopen zijn en dus tot verkeerde beslissingen (door rechters of door partijen tijdens schikkingsonderhandelingen) inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding. Zeker in het licht van de juridische opkomst van de proportionele aansprakelijkheid<sup>8</sup> wordt het van steeds groter belang dat de diverse causale bijdragen aan de schade, voor zover afgrensbaar, juist worden bepaald en ingevuld.

Aan de andere kant is ook voorstelbaar dat vanuit de gedachte van TNR juist bewust afstand genomen wordt van wat werkelijk (psychologisch) toerekenbaar is, zodat de attributiefout als het ware ‘goedgekeurd’ of in elk geval geaccepteerd wordt door het juridische systeem, omdat de zo bereikte uitkomst wenselijk is (op normatieve gronden). Dezelfde vragen en denklijnen gelden voor de zogenoemde ‘defensieve attributie’, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander als dat gedrag tot ern-

3 Zoals ook door De Hoon 2008 gedaan is, maar dan voor het contractenrecht. Het thema ‘attributie’ wordt dus ook wel behandeld onder de noemer ‘schuld’, zo ook bij Van Koppen 2010, p. 15 e.v.

4 Zie bijv. Verheij 2005, p. 48. In die richting ook Asser-Hartkamp-Sieburgh 2011, nr. 107. In het contractenrecht speelt de verwijtbaarheid nog altijd een (te) belangrijke rol, aldus De Hoon 2008.

5 Zie bijv. Shaver 1985. Vgl. bijv. ook nog De Hoon 2008; Mantler et al. 2003, p. 142-152; Barendrecht 2004, p. 55-56 en Hans & Dee 2002-2003, p. 1093-1094.

6 Zie bijv. Vonk c.s. 2003, p. 23-25 en p. 77 e.v.

7 Zie voor nu alvast Plous 1993, p. 180 e.v. en Giard 2011, p. 474-475.

8 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

stiger gevolgen leidt. Ook dat zal in het onderzoek betrokken worden (par. 3.3), net als de ‘actor-observer difference’ en de ‘self-serving bias’ (par. 3.4 en 3.5).<sup>9</sup>

Voorafgaand aan deze beschouwingen vanuit de psychologie zal ik kort het juridisch kader inzake (zowel het *condicio sine qua non* (CSQN)-verband als) de TNR schetsen (par. 2.1) en bezien welke gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten daaraan eventueel ten grondslag liggen (par. 2.2). In paragraaf 4 zal ik vervolgens de verkregen resultaten uit paragraaf 3 terugkoppelen naar het juridische speelveld: hoe verloopt de aansluiting tussen het juridische en het psychologische? Het perspectief in die paragraaf is dat van de civiele rechter. De gevolgen van een en ander zet ik aldaar op een rij en ik zal bespreken wat er eventueel gedaan kan worden om de aansluiting te versoepelen. Vervolgens zal ik specifiek ingaan op de gevolgen van de psychologische ‘uitkomsten’ voor de beoogde gedragseffecten van de juridische causaliteitsregels (par. 5). De vraag of die effecten worden bereikt, wordt deels ontkennend beantwoord en bezien wordt dan ook hoe dat te verklaren valt. Dat leidt tot een algemene gedachte over (het ontbreken van) de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 6 volgt een korte afronding.

## 2 HET JURIDISCHE KADER GESCHETST

### 2.1 Causaliteit: regels inzake CSQN en TNR

Als een persoon een ander met succes aansprakelijk wil stellen, is naast een onrechtmatige handeling in enge zin ook vereist dat de handeling in kwestie in causaal verband staat met de schade. De beoordeling van die causaliteitsvraag wordt, in Nederland en elders,<sup>10</sup> vervolgens in tweeën gesplitst. Eerst beoordelen wij de feitelijke causaliteit: bestaat er feitelijk een verband tussen handeling en schade? Het betreft hier de vraag naar de vestiging van aansprakelijkheid. Vervolgens komt de secundaire causaliteit aan bod, dat wil zeggen de (normatieve) toerekening van de schade aan de veroorzakende gebeurtenis.<sup>11</sup>

Ten eerste: feitelijke causaliteit, ofwel de *condicio sine qua non*-vraag, speelt in alle moderne rechtsstelsels een wezenlijke rol.<sup>12</sup> Daarbij wordt gevraagd: zou de schade ook

9 De beschouwingen in par. 3 zijn geschreven vanuit het perspectief van ‘gewone’ personen, en niet met de civiele rechter in het achterhoofd.

10 De ‘Principles of European Law on Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam)’ vormen hierop een uitzondering, zie Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Comments, B, 11-12. Dit wordt dan gebaseerd op de verondersteld verschillende positie in Frankrijk (en België), zie Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Notes, II, 17, maar vele auteurs denken hier anders over, zie de verwijzingen hierna en Viney/Jourdain 2006, no. 351 e.v., speciaal no. 353 and 359.

11 Zie Van Dam 2006, no. 1102, die in no. 1101 noteert dat Frankrijk, Duitsland, noch Engeland een wettelijke regel over causaliteit bevat, zoals Nederland in art. 6:98 BW.

12 Van Dam 2006, no. 1102; Van Gerven e.a. 2000, p. 452.

zijn ingetreden indien er wel correct zou zijn gehandeld? Is dat het geval, dan zou correct handelen de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het CSQN-verband zoals vereist op basis van artikel 6:162 BW. Is dat niet het geval, dan zou anders (rechtmatig) handelen de schade wel voorkomen hebben, althans niet veroorzaakt hebben, en bestaat dus wel het vereiste verband tussen handeling en schade.<sup>13</sup> Het gaat hierbij dus in eerste instantie om een bewijsvraag: welke feiten kunnen bewezen worden?<sup>14</sup>

De toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, de secundaire causaliteit, geschiedt vervolgens op basis van artikel 6:98 BW.<sup>15</sup> Een algemene uitspraak over hoe de via dat artikel beoogde weging uitpakt, is niet bij voorbaat te geven. De daarbij door de wetgever gebruikte (niet-limitatieve) canon van relevante omstandigheden en factoren dient steeds opnieuw afgewogen te worden door de rechter die de betreffende zaak voor zich heeft. Deze zal vervolgens tot een (grotendeels normatieve) keuze komen.<sup>16</sup> Ik stip hier slechts de belangrijkste elementen uit die afweging aan.

Wellicht praktisch het meest van invloed is de factor *aard van de schade*. Als wij te maken hebben met zuivere vermogensschade, zal de toerekening minder ruim zijn (minder schadeposten omvatten) dan wanneer het om letselschade gaat.<sup>17</sup> Binnen de afweging van artikel 6:98 BW dient echter ook de *aard van de aansprakelijkheid* meegewogen te worden. Meestal gaat het dan om de vraag of de aansprakelijkheid in kwestie een schuld- of risico-aansprakelijkheid is, een eigen of andermans daad betreft, dan wel een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid is. Naarmate de schuld aan het gebeuren groter is, is toerekening in ruimere mate mogelijk. Dat betekent dat ook de *mate van verwijtbaarheid* relevant is. Ook de *aard van de geschonden norm* (verkeers- of veiligheidsnorm, dan wel een reguliere zorgplicht) kan de reikwijdte van de toerekening bepalen. Tevens kan de *voorzienbaarheid van de schade* een (beperkte) rol spelen bij de toerekening (hoe beter voorzienbaar, hoe beter toerekening te rechtvaardigen is), net als het feit dat het gevolg wellicht verder of minder *ver verwijderd* is van de onrechtmatige daad (de gebeurtenis).<sup>18</sup> Gevolg van een en ander is dat er hier uiteindelijk weinig vooraf met zekerheid gezegd kan worden, al was het maar omdat de af te wegen factoren elkaar ook ten dele kunnen tegen spreken.

Overigens geldt ook naar Duits en Engels recht (en tot op zekere hoogte ook in Frankrijk<sup>19</sup>), dat de kwestie van de juridische causaliteit erg belangrijk is. Maar er bestaan

13 Daarover bijv. Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 51; Verheij 2005, p. 27-28.

14 Zie over dergelijke bewijsvragen en de problemen daarbij bijv. ook Wagner 2006, p. 281 e.v., en Schulz 2006, p. 327 e.v.

15 Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 63 e.v.; Verheij 2005, p. 28-29 en p. 69 e.v.

16 Dit geldt in alle Europese systemen, zie Van Dam 2006, no. 1102 en no. 1111. Zie ook Van Gerven e.a. 2000, p. 395.

17 Dit is een algemene trend, zie Van Dam 2006, no. 1102 en no. 1111.

18 Over het voorgaande Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 63-69, en Verheij 2005, p. 70-72.

19 Zie hiervoor noot 10.

daar geen wettelijke bepalingen die hierover een regeling bevatten.<sup>20</sup> De rechtspraak beslist derhalve, langs verscheidene wegen, maar uiteindelijk op grond van ‘policy’ overwegingen, gegeven wat eerlijk en wat redelijk is.<sup>21</sup> In dit verband zullen Duitse juristen de beschermende strekking van zorgplicht van de aangesprokene analyseren, terwijl Engelse juristen bekijken of een bepaalde oorzaak allicht te ver verwijderd is, of deze ‘*too remote*’ is (‘*remoteness of damage*’), hetgeen wil zeggen dat de schade redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn. Naar Frans recht kijkt men enkel naar de ‘directe’ en onmiddellijke gevolgen, zonder nadere duiding te kunnen ontlenen aan vastgelegde criteria.<sup>22</sup>

Op het terrein van het Europese privaatrecht maken de ‘*Principles of European Tort Law*’ (PETL) onderscheid tussen CSQN-verband in artikel 3:101 PETL en ‘*legal causation*’ ofwel de ‘*scope of liability*’ in artikel 3:201 PETL. Ten aanzien van de laatste causaliteitsvorm noemt het artikel enkele van de (niet limitatief opgesomde) factoren die gewogen moeten worden als een zaak beslist moet worden: de voorzienbaarheid, de aard en de waarde van het beschermde belang, de grond voor aansprakelijkheid, de omvang van de normale risico’s en de beschermende strekking van de geschonden norm. Deze factoren zijn bekend uit de hiervoor al besproken systemen. Het ‘Draft Common Frame of Reference’ vormt in feite een buitenbeentje in Europa in dit verband. Immers, de in de ‘Principles of European Law on Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another’ (PEL Liab. Dam) opgenomen regels maken geen onderscheid tussen de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid; in plaats daarvan wordt slecht de (vage) frase ‘*to be regarded as the consequence of*’ benut.<sup>23</sup>

Ook zonder verdere analyse van deze twee vrijwel steeds terugkerende grondgedachten over causaliteit zal duidelijk zijn dat hoewel het eerste verband vooral een bewijskwestie lijkt te zijn (wat deed zich feitelijk voor?), er ook daar normatieve beslissingen genomen worden (bijvoorbeeld over wat wel of niet bewezen kan worden geacht), waarbij de beslisser onder invloed kan staan van psychologische invloeden en vooroordelen (‘bias’). De tweede causaliteitsvraag is echter normatiever van aard (welke schade(omvang) reken ik nog toe?) en vergt een heel directe eigen afweging door de rechter, een afweging, en dus een beslissing, die nog sterker beïnvloed zal (kunnen) worden door alle psychologische valkuilen die eenieder daarbij zou (kunnen) tegenkomen.

---

20 Voor details en rechtspraak: Van Gerven e.a. 2000, 396-426; Van Dam 2006, no. 1103 e.v.

21 Van Dam 2006, no. 1111; Van Gerven e.a. 2000, p. 454 en p. 457. Zie ook Zweigert/Kötz 1998, p. 602 en p. 610.

22 Zie Zweigert/Kötz 1998, 602, 609 en 621. Zie ook Kötz/Wagner 2010, no. 186 en no. 209 e.v.; Rogers 2006, no. 6-16 e.v.; Viney/Jourdain 2006, no. 359.

23 Zie art. 4:101 PEL Liab. Dam, en Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Comments, B, no. 11-12.

## 2.2 *Gedragspresumpties en gedragseffecten?*

Alvorens wij aan die mogelijke valkuilen toekomen, is het logisch om eerst nog te bezien of en in hoeverre de wetgever bij het opstellen van deze causaliteitsregels wellicht uit is gegaan van bepaalde presumpties over menselijk gedrag. Ook is het interessant te bekijken of men bepaalde gedragseffecten van deze regels heeft verwacht, en zo ja, welke. Immers, als dat het geval zou zijn, zou de terugkoppeling (in par. 4) tussen het juridische en het psychologische wellicht eenvoudiger zijn.

Helaas blijkt dat de wetsgeschiedenis ons op dit punt niet verder helpt. Voor zover de wetgever al bepaalde presumpties of effecten in gedachte had, zijn die niet op schrift gesteld, voor zover ik heb kunnen achterhalen. Uiteraard is dat vrij logisch als men zich bedenkt dat deze wetgeving en de toelichting het werk zijn geweest van gespecialiseerde civilisten. Helemaal verloren zijn wij daarmee nog niet, want het is wel mogelijk om de algemene gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten van het aansprakelijkheidsrecht als zodanig tot uitgangspunt te nemen, aangezien dergelijke uitgangspunten dan waarschijnlijk ook voor de causaliteit opgeld zullen doen. Echter, of op dat vlak de wetgever wél het achterste van zijn tong heeft willen laten zien, valt ook te betwijfelen. En inderdaad, opnieuw valt uit de wetgevingsstukken niets te putten.

Heeft de wetgever dan in het geheel geen gedachten gehad over wat er met het aansprakelijkheidsrecht bereikt zou kunnen of moeten worden? Zo erg is het niet, maar die wetgever heeft het niet opgeschreven. Een algemeen erkend uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is echter, daar kunnen wij in het navolgende ook van uitgaan, dat regels van aansprakelijkheidsrecht beogen om een midden te vinden tussen de behoefte aan veiligheid (voor de benadeelde) enerzijds en de behoefte aan handelingsvrijheid (voor de aangesprokene). Tegenwoordig krijgt het veiligheidsaspect daarbij meer nadruk.<sup>24</sup> Net een niveau concreter leidt dit tot de brede erkenning van ten minste twee functies van aansprakelijkheidsrecht: ten eerste compensatie, dat wil zeggen een vergoeding bieden als een ander onjuist, onzorgvuldig handelde, en ten tweede, waar mogelijk, preventie (voorkomen) van onzorgvuldig gedrag door dergelijk gedrag te sanctioneren.<sup>25</sup>

Vanuit die functies verder redenerend, is het niet al te lastig om als een gedragspresumptie die ten grondslag zou kunnen liggen aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid, te aanvaarden dat de afdwingbare plicht om schadevergoeding te betalen bij onzorgvuldig handelen (compensatie), de actor ertoe zal bewegen dergelijk onzorgvuldig (en dus onrechtmatig) gedrag te vermijden. De wetgever gaat er dus van uit (hij veronderstelt zulks) dat schadelijk gedrag omzeild wordt vanwege de sanctie die erop staat. Door zich vervolgens daadwerkelijk zo te gedragen wordt meteen ook de schade als zodanig

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld Verheij 2005, p. 16, en Van Dam 2000, nr. 001; Asser-Hartkamp 2011, nr. 12.

<sup>25</sup> Zie Verheij 2005, p. 16-17, alwaar ook nog andere, maar minder algemeen erkende functies genoemd worden. Die laat ik hier verder rusten.

voorkomen (preventie) en dat is dan het beoogde gedragseffect dat aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid verbonden wordt. In welke mate dat effect zich in werkelijkheid ook voordoet (of de regels van het aansprakelijkheidsrecht werkelijk preventief werken), staat overigens ter discussie.<sup>26</sup> Ik kom daar nog op terug (par. 5).

Dat alles als vertrekpunt hanterend, kan vervolgens vastgesteld worden dat de regels inzake causaliteit van dit grotere geheel een belangrijk deel vormen en dat dus veilig gesteld kan worden dat dezelfde gedragspresumpties en -effecten ook op dat niveau een rol zullen spelen. En dus wordt het tijd te bezien in hoeverre een en ander past bij wat de (cognitieve) psychologie ons leert over oorzakelijke verbanden.

### 3 PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN

#### 3.1 *Diverse attributietheorieën*

Dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met de attributietheorie, in de breedste zin van het woord, *'is concerned with the attempts of ordinary people to understand the causes and implications of the events they witness'*.<sup>27</sup> Men is *'seeking to discover why an event has occurred'*.<sup>28</sup> Het betreft in wezen niet één attributietheorie, maar veeleer een aantal verwante theorieën die beschrijven hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen.<sup>29</sup> Een gebeurtenis kan dan een ongeval zijn, maar ook een opmerking van iemand anders of het resultaat van bepaald gedrag.<sup>30</sup> Het kan daarbij om gedragingen van de actor zelf gaan of om het gedrag van een ander, zo is gebleken.<sup>31</sup>

Deze zoektocht naar antwoorden inzake de mogelijke oorzaken van gebeurtenissen of gedragingen is weliswaar nodig, maar wordt niet in alle gevallen door iedereen op gelijke wijze ingezet, want dat zou te veel (cognitieve) moeite kosten. In plaats daarvan zoekt men verklaringen als zich een onverwachte uitkomst aandient, als een wens niet vervuld is en wanneer de uitkomst van groot belang is. De mens doet dit, zo wordt gezegd, om verrassingen en onzekerheid tegen te gaan en te bestrijden. Ook wil men zo bereiken dat bepaalde doelen de volgende keer wel gehaald worden, men wil dus leren.<sup>32</sup>

26 In zijn algemeenheid daarover Van Boom 2006, p. 287 e.v. en Engelhard 2003, p. 213-222.

27 Ross & Anderson 1982, p. 129. Het navolgende is overigens een zeer beknopte weergave van slechts een deel van de theorievorming over dit thema.

28 Weiner 1986, p. 292. Zie ook Van Koppen 2010, p. 17.

29 Zo bijv. McArthur 1972, p. 171. Attributie is op zich slechts een deel van het menselijke 'information-processing system', vgl. Hamilton 1988, p. 359 e.v.

30 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

31 Zie Vonk c.s. 2003, p. 97 en 117; Nisbett et al. 1982, p. 103.

32 Zie Weiner 1986, p. 292-293. Vgl. ook Vonk c.s. 2007, p. 210-212, alsmede en vooral Vonk c.s. 2003, p. 117: attributie geschiedt als iemand belangrijk is, er iets negatiefs gebeurt of als iemand iets onverwachts doet.



De grondlegger van de attributietheorie, *Heider*, onderscheidde drie mogelijke oorzaken of eigenlijk drie soorten factoren als mogelijke oorzaken voor bepaalde gebeurtenissen. Ten eerste ‘het zelf’, dat wil zeggen de persoon die het gedrag uitvoerde; ten tweede iemand anders, en ten derde toeval of ‘het lot’.<sup>33</sup> De eerste factor dient binnen deze theorie onderscheiden te worden van de tweede en derde factor. *Persoonsattributie* (het toeschrijven aan de persoon van de actor), ook wel interne attributie genoemd, wordt derhalve gesteld tegenover externe attributie of *situationele attributie* (het toeschrijven aan factoren buiten de actor, hetzij een ander persoon, hetzij de situatie).<sup>34</sup> Een volgend belangrijk onderdeel van de theorie betreft de stabiliteit van een oorzaak. Geldt deze tijdelijk of permanent? Een permanente of stabiele oorzaak, zoals iemands persoonlijkheidskenmerken, staat ons immers toe om gedrag te voorspellen. Dat biedt houvast.<sup>35</sup>

Onder andere door *Kelley* is voortgebouwd op het werk van *Heider*, en is de attributietheorie verder geformaliseerd.<sup>36</sup> *Kelley* onderscheidt drie attributiedimensies en drie bronnen van informatie die aan elk gerelateerd zijn. Er is consistentie-informatie, verwijzend naar het gedrag van de actor op andere momenten of ten aanzien van een andere modaliteit, er is consensusinformatie, over het gedrag van andere actoren,<sup>37</sup> en er is distinctiviteitsinformatie, verwijzend naar de objecten (entiteiten) ten opzichte waarvan het gedrag wordt vertoond.<sup>38</sup> Het toeschrijven van een oorzaak aan iets of iemand hangt af van deze informatie. Een persoonsattributie betekent in dit geval dat de oorzaak van het gedrag bij de actor zelf ligt, een entiteitsattributie legt de oorzaak bij het object (hetgeen ook een gebeurtenis kan zijn). Beide voorgaande vormen zijn ook te combineren, maar ook toeval kan bepalend zijn geweest (omstandighedenattributie).<sup>39</sup>

Attributietheorie behandelt dus de verwerking van sociale informatie door de mens. Het is een normatieve theorie die zegt wat wij zouden moeten doen als rationeel handelende

33 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

34 Vonk c.s. 2003, p. 78; Van Koppen 2010, p. 17.

35 Zie nader Van Koppen 2010, p. 17-18, alsmede Vonk c.s. 2007, p. 208-212. Intern of extern attribueren hangt dus bijvoorbeeld ook ervan af of een goed persoon ook goed handelt (consistent gedrag, interne attributie) of juist slecht handelt (inconsistent; extern), Regan et al. 1974, p. 385-397.

36 Zie daarover Nisbett et al. 1982, p. 101 en Shaver 1985, p. 50 e.v., Plous 1993, p. 174, geeft *Kelley* een nog belangrijker stek in de ontwikkeling van ‘attribution theory’.

37 Inmiddels is er meer en meer bewijs boven tafel gekomen dat consensus-informatie (wat doen anderen?) weinig of geen invloed heeft op het toeschrijven van oorzaken, zie Nisbett et al. 1982, p. 102-103; Vonk c.s. 2003, p. 133, en Plous 1993, p. 176-178. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het ‘false-consensus-effect’, de veronderstelling dat een ander onder gelijke omstandigheden op dezelfde manier reageert als de waarnemer (Vonk c.s. 2003, p. 133).

38 Vonk c.s. 2003, p. 88-89; Plous 1993, p. 174; Nisbett et al. 1982, p. 101; Van Koppen 2010, p. 18. Dit alles is onderdeel van *Kelley*’s covariatiemodel of ANOVA-principe, vgl. ook nog Vonk c.s. 2007, p. 209-211. Ik laat dat hier verder onbesproken; het is voor dit artikel niet nodig hierover nader uit te weiden.

39 Zie Vonk c.s. 2003, p. 90-93; Plous 1993, p. 174-175.

personen.<sup>40</sup> Er is echter, zoals gezegd, geen tijd om altijd conform de theorie te attribueren. Soms willen wij dat ook niet. Ook ontbreekt het ons geregeld aan informatie. Ter compensatie daarvan maken wij dan ook gebruik van bestaande kennis en van bestaande vuistregels, uit ervaring opgebouwd en opgeslagen als causale schema's.<sup>41</sup> Zo is er het 'multiple sufficient causes'-schema, dat stelt dat als er meerdere oorzaken denkbaar zijn, soms één oorzaak al als voldoende verklaring wordt gezien. Nadeel daarvan is echter dat er daarbij vertekeningen optreden, 'fouten' worden gemaakt. Zo kan een andere oorzakelijke factor binnen dat schema ten onrechte genegeerd worden, omdat er al een oorzaak bekend is, het zogenoemde *discounting-principle*.<sup>42</sup>

Dit is één van vele voorbeelden van wat attributiefouten genoemd kunnen worden. Deze kunnen grote gevolgen hebben.<sup>43</sup> In het navolgende komt een aantal van die vertekeningen (steeds vanuit het perspectief van een regulier persoon, en nog niet vanuit dat van bijvoorbeeld een rechter) dan ook uitvoeriger aan de orde.

### 3.2 De fundamentele attributiefout

De 'fundamental attribution error' is een vertekening die te maken heeft met een ander (ook psychologisch) fenomeen: 'salience'. 'Salience' is het vermogen om aandacht te trekken, en de meer 'salient factors', de factoren die meer aandacht opeisen, worden typischerwijs gezien als meer causaal betrokken. Iemands perceptie van causaliteit is dus ook afhankelijk van waar zijn aandacht heen gaat in een bepaalde context en die aandacht wordt dan weer bepaald door hoe 'salient' een factor (of een persoon) is.<sup>44</sup>

Als wij daarvan uitgaan en daaraan koppelen dat in een sociale omgeving het gedrag, en dus de actor, de meeste aandacht trekt van een waarnemer, is het een kleine stap te bedenken dat deze focus op de actor ertoe leiden zal dat de toeschouwer het gedrag te veel zal toeschrijven aan '*dispositional factors*' (dispositionele factoren), persoonskenmerken zoals mogelijkheden en motieven (interne attributie), en te weinig aan situationele factoren (externe attributie). Wij zijn derhalve geneigd de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.<sup>45</sup> Omdat die neiging zo enorm groot bleek, en de attributie vaak

---

40 Zoals gezegd, het gaat hier om een verzameling van theorieën. Ik bespreek hier bijv. niet de prestatie-attributie-theorie van Weiner, zie bijv. Weiner 1986 en Vonk c.s. 2003, p. 97 e.v., en de zelfwaarnemingstheorie van Bem (zie Vonk c.s. 2003, p. 107 e.v.).

41 Vonk c.s. 2003, p. 94-95. Zie hierover ook Van Koppen 2010, p. 15-17.

42 Vonk c.s. 2003, p. 95; Ross & Anderson 1982, p. 132.

43 Van Koppen 2010, p. 19.

44 Plous 1993, p. 178-180, verwijzend o.a. naar Taylor & Fiske 1975, p. 439-445, en Ross & Anderson 1982, p. 138-139. Over 'aandacht' ook nog Vonk c.s. 2003, p. 135-136, en Giesen 2005a, p. 65-67.

45 Plous 1993, p. 180; Van Koppen 2010, 19-20; Vonk c.s. 2003, p. 124; Ross & Anderson 1982, p. 135; Farnsworth 2007, p. 242, en Giard 2010, p. 10. Misschien verklaart dit ook (ten dele) de neiging om in bepaalde gevallen

zo onjuist, sprak men over de fundamentele attributiefout en niet over een reguliere ‘bias’. In vervolgonderzoek is deze fout (ook wel de correspondentievertekening genoemd<sup>46</sup>) steeds weer aangetoond; zelfs als proefpersonen nadere uitleg krijgen, worden de persoonskenmerken toch weer naar voren gehaald om gedrag te voorspellen en wordt dezelfde fout gemaakt.<sup>47</sup> Dat betekent overigens niet dat niet ook betoogd is dat deze ‘error’ niet zou bestaan of ten minste niet fundamenteel zou zijn.<sup>48</sup>

De correspondentievertekening treedt mede hierom vaak op, omdat het lastig is een attributie te maken die recht doet aan de invloed van de situatie. Wij moeten *weten* in welke situatie de actor zich bevindt, wij moeten *verwachtingen* koesteren over hoe mensen zich dan gedragen, wij moeten het gedrag *identificeren* en dat gedrag eventueel ook nog *corrigeren* na een vergelijking met wat anderen zouden doen. En op al die vlakken kan het misgaan. En stevig ook. Bezien wij bijvoorbeeld de derde stap iets nader, dan blijkt dat zelfs als wij weten hoe de situatie is en onze verwachtingen kloppen, ons oordeel kan afwijken, bijvoorbeeld doordat wij het gedrag dat wij verwachten veel sterker waarnemen dan het feitelijk is, met als gevolg dat wij de reactie dan wellicht ‘te’ vinden, overdreven achten. Goed inzicht leidt dan (alsnog) tot een vertekening, een extreme gevolgtrekking.<sup>49</sup>

### 3.3 ‘Defensive attribution’

Een volgend fenomeen dat gerelateerd is aan attributietheorie is de zogenoemde defensieve attributie, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander (de dader of het slachtoffer) als het gedrag tot ernstiger gevolgen leidt.<sup>50</sup> Het betreft hier een defensieve vertekening, omdat men zichzelf beschermt tegen de moeilijk verdraagbare gedachte dat negatieve gebeurtenissen met ernstige gevolgen door toeval tot stand komen, zodat die ook jezelf kunnen overkomen zonder dat je daarover controle hebt. Door de oorzaak alsnog bij een ander persoon te leggen, wordt de gebeurtenis iets dat kan worden vermeden.<sup>51</sup> De ‘bias’ dient dus het eigen welzijn en komt voort uit individuele motieven.<sup>52</sup>

---

te denken in termen van primaire (hoofdverantwoordelijke) en secundaire daders, zoals bij falend toezicht (daarover nader Giesen 2005b, m.n. p. 37-40).

46 Daarnaast is er nog de ‘ultimate attribution error’ die handelt over etnische vooroordelen, zie Pettigrew 1979, p. 461-476. Ik ga daar nu niet nader op in.

47 Zie Plous 1993, p. 180-181; Vonk c.s. 2003, p. 124, en Van Koppen 2010, p. 19. Zie ook nog Tetlock 1985, m.n. p. 228 en Vonk c.s. 2007, p. 44 en 203-207.

48 Zie bijv. Harvey et al. 1981, p. 346-349, en in reactie daarop Reeder 1982, p. 341-344, en Sabini et al. 2001, en in reactie daarop o.a. Ross 2001, alsmede Gawronski 2004.

49 Zie uitvoeriger Vonk c.s. 2003, p. 124-128.

50 Zie Vonk c.s. 2003, p. 139; Vgl. ook Hans & Dee 2002-2003, p. 1103 e.v. en Barendrecht 2004, p. 55-56.

51 In die zin lijkt deze theorie op de zogenoemde ‘just world hypothesis’ waarover o.a. Van Koppen 2002, p. 23 e.v.

52 Vonk c.s. 2003, p. 139; Burger 1981, p. 497-498 en p. 510, alsmede Stewart 2005, p. 682. Dit verklaart ook waarom slachtoffers van verkrachting vaak de verantwoordelijkheid bij zichzelf zoeken, want zelf verant-

Vervolgens is deze ‘bias’ nader onderzocht. Zo werd ontdekt dat deze bias moeilijk te bevestigen was, dus modificeerde men deze als volgt: wanneer een waarnemer een oordeel velt over de verantwoordelijkheid van een ander, kan de attributie verstoord raken als de waarnemer en actor sterk op elkaar lijken en de actor in een situatie zit die de waarnemer ook zou kunnen meemaken. Zowel de gelijkheid tussen de actor en de waarnemer, als de ernst van de uitkomst draagt dus aan defensieve attributie bij.<sup>53</sup>

Voor wat betreft de gelijkheid tussen actor en waarnemer: als de waarnemer in de toekomst in dezelfde situatie zal (kunnen) geraken als de actor, dan zal die gelijkheid zich voordoen. Vervolgens zal de waarnemer trachten de persoonlijke gelijkheid te ontkennen. Lukt dat niet, dan volgen andere strategieën, zoals attributie aan toeval, en daarmee dus niet aan de persoon die weinig verschilt van de waarnemer zelf, of minimalisatie van de gevolgen ervan. Zo wordt ervoor gezorgd dat de waarnemer zelf straks geen schuld zal (kunnen) hebben aan een eventueel toekomstig ongeval waarbij hij zelf betrokken is.<sup>54</sup>

Als echter de waarnemer géén gelijkenis ziet en hij zichzelf dus niet als potentiële toekomstige dader ziet, maar eerder als een slachtoffer, dan zal deze de gebeurtenis niet aan toeval willen toeschrijven.<sup>55</sup> Ten opzichte van de persoon met wie men een zekere gelijkenis heeft, is men derhalve milder dan ten opzichte van iemand die niet die gelijkenis vertoont. Vervolgens is ook bevestigd dat als de ondervraagde gelijkenis vertoont met de actor en de situatie gelijk is, de attributie aan die actor minder zal zijn, te meer nog als de gevolgen erger zijn.<sup>56</sup> Als er echter geen situationele en persoonlijke gelijkenis is, wordt er juist meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is (de oorspronkelijke these van defensieve attributie).<sup>57</sup> De gedachte is, nogmaals, dat als toeval geen rol speelt, de ernstige gebeurtenis vermijdbaar en dus controleerbaar is.

### 3.4 ‘Actor-observer differences’

Het voorgaande ging nog over de attributie door iemand die de actor waarneemt. Die situatie kan en moet onderscheiden worden van de gevallen waarin attributie door de actor zelf ter discussie staat. Immers, de waarnemer focust op de actor (die is ‘salient’, zie par. 3.2), maar de actor zelf zal zich niet daarop kunnen richten; deze focust (dus) op de situatie zoals die zich voordoet. Omdat de actor zelf vooral zijn omgeving zal waarnemen – die is immers voor hem ‘salient’ – zal deze persoon vervolgens zijn eigen gedrag juist te sterk

---

woordelijk zijn betekent dat de gebeurtenis (in de toekomst) vermijdbaar is, zie het overzicht bij Burger 1981, p. 497.

53 Burger 1981, p. 498; Stewart 2005, p. 682. Zie (voor whiplash-gevallen) Hans & Dee 2002-2003, p. 1103.

54 Burger 1981, p. 498.

55 Burger 1981, p. 498-499.

56 Men gaat dan zelfs het slachtoffer verantwoordelijk houden, vgl. Hans & Dee 2002-2003, p. 1105.

57 Hans & Dee 2002-2003, p. 1106.

attribueren aan die omgeving (te veel externe attributie dus). Dat verschil tussen de attributie van eigen gedrag en het gedrag van anderen heet dan het ‘actor-observer’-verschil.<sup>58</sup> De verklaring hiervoor schuilt in de verschillen in waarneming en in het gegeven dat de actor meer informatie heeft over zijn eigen situatie die anders benut kan worden.<sup>59</sup>

De oorzaak van dit verschil in perceptie ligt waarschijnlijk bij het al (in par. 3.2) genoemde besef van (wetenschap over) de situatie; de waarnemer ziet de handelende persoon, de actor zelf ziet de omgeving, zodat het perspectief letterlijk verschilt. Als men die posities aanpast, bijvoorbeeld doordat de actor zichzelf in de spiegel kan zien of doordat de waarnemer geacht wordt zich in te leven in de actor (empathie op te bouwen), vermindert ook het verschil in attributie.<sup>60</sup> Nu echter recent het bestaan van deze ‘actor-observer’-vertekening als zodanig principieel ter discussie is gesteld, dient ook deze ‘aanpassing’ voorzichtig gehanteerd te worden.<sup>61</sup>

### 3.5 ‘Self-serving bias’

‘People are more likely to make self-attributions for positive than for negative outcomes’, aldus de ‘self-serving bias’.<sup>62</sup> Een succes wordt vooral en eerder toegeschreven aan interne factoren (zoals iemands *ability* en *effort*), terwijl een falen wordt geattribueerd aan externe factoren, zoals de moeilijkheid van de taak, fouten van een ander en pech. Op deze wijze zal iemand zijn zelfvertrouwen en eigendunk op peil houden. Die persoon heeft daar dus belang bij.<sup>63</sup>

Deze bias bestaat zodoende dus uit twee componenten. Ten eerste *self-defence*: de mens zoekt de oorzaak voor negatieve gebeurtenissen (falen) niet bij zichzelf. Ten tweede is er *self-enhancement*: de oorzaak van positieve uitkomsten (succes) wordt wel bij zichzelf gevonden.<sup>64</sup> Deze vertekening treedt overigens niet op als de ander iemand is met wie men een band voelt, men wil dan het positieve beeld van de ander in stand houden.<sup>65</sup>

58 Zie hierover vooral Jones & Nisbett 1971, vooral p. 15; Nisbett et al. 1973, p. 154-164; Watson 1982, p. 682-700 en verder o.a. Vonk c.s. 2007, p. 207-208; Vonk c.s. 2003, p. 131-132; Van Koppen 2010, p. 19-20; Plous 1993, p. 181.

59 Zie bijv. Watson 1982, p. 683.

60 Vonk c.s. 2003, p. 132, en uitvoeriger Jones & Nisbett 1971, p. 5 e.v. en p. 9-10, alsmede bijv. Storms 1973; Regan & Totten 1975 en Galper 1976.

61 Zie Malle 2006, m.n. p. 907.

62 Plous 1993, p. 185; Vonk c.s. 2003, p. 137. Zie ook nog Vonk c.s. 2007, p. 131-134.

63 Zie Weiner 1986, p. 300 en Vonk c.s. 2003, p. 137.

64 Spiegelbeeldig aan dit intern attribueren van eigen succes en het extern attribueren van eigen falen, wordt succes van een ander juist extern en falen van een ander juist intern (aan die ander) toegedeeld.

65 Vonk c.s. 2003, p. 137.

Het bestaan van deze bias is echter fel bestreden en de strijd daarover is nog niet ten einde.<sup>66</sup> Wij moeten dus ook hier voorzichtig zijn. Bovendien mogen wij niet vergeten dat (ook) deze ‘fout’ ook begrijpelijk en functioneel is. Het steeds weer toeschrijven van fouten aan jezelf en succes aan externe factoren, zou immers verlamdend werken. Dan komt iemand tot helemaal niets meer op de lange duur.<sup>67</sup>

### 3.6 Tussenconclusie

Er zijn meer vertekeningen of fouten te beschrijven die met attributie van doen hebben, zoals de *egocentric bias*: een persoon accepteert meer verantwoordelijkheid voor een gezamenlijke uitkomst dan de overige deelnemers aan deze persoon toeschrijven.<sup>68</sup> Denk echter ook aan *augmentation* (versterking), het omgekeerde van het eerder al genoemde *discounting principle*.<sup>69</sup> Daarbij wordt een faciliterende oorzaak voor bepaald gedrag (een oorzaak die de gedraging makkelijker maakt) als sterker gezien als er ook een remmende factor aanwezig is. Als je ondanks het ermee gepaard gaande verlies aan weelde toch een echtscheiding doorzet, dan moet het wel zo zijn dat je het thuis echt niet meer kan volhouden.<sup>70</sup> Verder noem ik slechts het *positivity effect*,<sup>71</sup> de manier waarop wij met nieuwe informatie omgaan en de wijze waarop wij stereotypen benutten,<sup>72</sup> evenals de recent geclaimde *sexual attribution bias*.<sup>73</sup> Ik ga daar verder aan voorbij, omdat het voorgaande al genoeg stof tot overdenking biedt. Welke van die al besproken vertekeningen of ‘biases’ is van invloed of zou van invloed kunnen zijn op (onze manier van omgang met) het recht, in het bijzonder de beslissingen die genomen worden bij causaliteitsvragen, en op welke wijze dan? En als die invloed er is, kunnen wij of moeten wij er dan iets aan doen, en zo ja, wat dan?

---

66 Zie daarover Ross & Anderson 1982, p. 133-135 en bijv. Duval & Silvia 2002, m.n. p. 49 en p. 57 (vooral de attributie bij een falen blijft onduidelijk).

67 Vonk c.s. 2003, p. 137-138 en p. 141.

68 Plous 1993, p. 185-186. Dat gebeurt ook voor onwenselijke (negatieve) uitkomsten, zoals het veroorzaken van een echtelijke ruzie.

69 Vonk c.s. 2003, p. 96-97; Vgl. ook Shaver 1985, p. 54-56 en Van Koppen 2010, p. 17. Bij ‘discounting’ wordt de rol van een oorzakelijke factor kleiner ingeschat als er andere faciliterende oorzaken aanwezig zijn.

70 Vonk c.s. 2003, p. 96-97. Of, maar dan veel speculatiever: als een toezichthouder als secundaire dader onvoldoende toezicht hield en er wordt schade geleden na een handeling van een ander, de primaire dader, dan moet die handeling wel heel sterk bepalend (heel causaal in de onderlinge wegging tussen beide daders) voor de schade zijn geweest.

71 Plous 1993, p. 186.

72 Van Koppen 2010, p. 21-22.

73 Försterling et al. 2007, p. 775-788.

## 4 TERUG NAAR DE JURIDISCHE AFWEGING

### 4.1 *Beslissen over causaliteit*

Nu zowel de juridische als de psychologische kijk op het thema ‘toeschrijven van oorzaken’, geschetst is, rijst de vraag hoe goed of slecht de aansluiting tussen de juridische en de psychologische wereld verzorgd is. Omdat met deze bijdrage in eerste instantie een juridische beschouwing over causaliteitsvragen beoogd is, verdicht die vraag zich naar wat de jurist – waarbij ik hierna met name uitga van het perspectief van de civiele rechter of van dat van de justitiabele – zou kunnen leren door het nieuw aangeboden perspectief ter harte te nemen.

Welnu, rechters hakken knopen door; het zijn mensen die beslissingen nemen en moeten nemen. En voordien al vragen de advocaten van de partijen, al procederend of nog schikkend, zich af wat de rechter waarschijnlijk zal gaan beslissen. Om dat te doen verplaatsen ze zich in die rechterlijke afweging. Bestaat er wel voldoende (bewijs voor) *condicio sine qua non*-verband of niet? Komt schadepost ‘zus-en-zo’ wel of niet voor vergoeding in aanmerking? Et cetera.

Mogelijke verstorende effecten of vertekeningen (‘biases’), van welke aard of soort dan ook, op beslissingen van mensen in zijn algemeenheid zijn daarmee ook ten zeerste relevant voor rechters en voordien al de betrokken advocaten. Deze ‘biases’ zouden, om tot juiste oordelen te kunnen komen, zo veel mogelijk uitgesloten moeten worden of ten minste verdisconteerd moeten worden in die zin dat men weet en er rekening mee houdt dat fouten gemaakt (kunnen) worden. Zo is bijvoorbeeld, los van de hier besproken attributietheorieën, gebleken uit Amerikaans onderzoek dat juridische leken die als juryleden dienen, minder snel tot aansprakelijkheid besluiten als de causale keten tussen ongeval en schade complexer is, meerdere ketens omvat, of wanneer er meer tijd verstrijkt tussen het gedrag en de schade, terwijl die factoren juridisch irrelevant zijn.<sup>74</sup> Uiteraard moet deze wijsheid ook door de Nederlandse rechter in acht genomen worden als deze een causale keten beoordeelt.

De ‘fouten’ van rechters en anderen die gerelateerd zijn aan de attributie van oorzaken aan personen of gebeurtenissen, zijn in dit verband eens te meer relevant omdat het privaatrecht bol staat van oordelen over causale relaties. Niet alleen in het tot nu toe centraal gestelde aansprakelijkheidsrecht als het om de vraag naar schadevergoeding gaat, maar ook daarbuiten, als bijvoorbeeld een beroep op dwaling ex artikel 6:228 BW gedaan wordt, of als de schijn van volmachtverlening wordt ingeroepen en de vraag rijst of er sprake is van een toedoen van de achterman (art. 3:61 lid 2 BW), wordt de rechter gevraagd causale relaties bloot te leggen en te beoordelen.

<sup>74</sup> Zie Johnson & Drobny 1985, p. 283 e.v.

De wijze waarop mensen attribueren, zoals hiervoor beschreven, zou ons moeten inscherpen dat rechters (en advocaten) als zij causale relaties beoordelen, regelmatig de fout kunnen en waarschijnlijk zullen ingaan. Let wel, dit is zeker geen verwijt aan de rechterlijke macht of de advocatuur, het betekent alleen dat rechters en advocaten menselijk en feilbaar zijn. Zulks betekent echter niet dat wij het daarbij kunnen of moeten laten. Wij zullen van die attributiefouten moeten leren, waar mogelijk.

#### 4.2 *Aanwijzingen voor verbeterde regels of regeltoepassing?*

##### **Inleiding**

Wat wij aan dit soort fouten moeten en kunnen doen, is eenvoudig het volgende.<sup>75</sup> Wij zullen moeten trachten de ‘biases’ zo veel mogelijk uit te schakelen of in elk geval te verminderen; wij moeten aan ‘debiasing’ doen. En daarbij dienen wij dan tevens te bezien of daartoe eventueel andere of betere juridische regels nodig zijn dan de huidige. Daarbij richt ik mij in eerste instantie op de regels inzake causaliteit, maar soms zullen daarbij ook het (procesrechtelijke) systeem, andere leerstukken of andere regels betrokken zijn of moeten worden.

##### **‘Debiasing’ de fundamentele attributiefout**

De fundamentele attributiefout, de neiging om de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten, zal er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat bij beoordelingen van causale relaties de beslisser, de rechter, een waarnemer, vooral naar de persoon die handelde zal kijken en dat de doorslag zal laten geven, en niet naar de situatie, de context. En dat kan nogal een verschil maken: lag het aan de eigenschappen van de persoon of aan de omgeving?<sup>76</sup>

Deze fundamentele ‘fout’ kunnen wij echter omzeilen door goed (lees: beter) te letten op die context, bijvoorbeeld door aandacht te schenken aan ‘consensusinformatie’ (wat doen anderen?). In een dergelijk geval (als iedereen hetzelfde doet) is immers een verklaring die gebaseerd is op de kenmerken van de individuele, handelende persoon niet erg waarschijnlijk. Bovendien moeten wij ook op zoek gaan naar verborgen oorzaken, oorzaken die niet op de voorgrond staan, die niet ‘salient’ zijn.<sup>77</sup> Dat laatste gebeurt bijvoorbeeld als de waarnemer denkt dat de handelende persoon verborgen motieven heeft. Wij gaan in dergelijke gevallen beter nadenken over het gedrag en dan wordt de vertekening minder

---

75 De vraag of vervolgens de wetgever of de rechter zou moeten optreden, laat ik hier rusten. Volgens Rachlinski 2006, p. 159 e.v., hangt zulks steeds van de omstandigheden af.

76 Zo ook Plous 1993, p. 183.

77 Plous 1993, p. 187 en p. 188.



scherp. Langer en harder nadenken kan de attributiefout reduceren en de vooraf bekende voorwaarde dat de gemaakte keuzes verantwoord moeten worden, is in staat om deze attributiefout te voorkomen.<sup>78</sup> Dat is ook het geval als wij ons concentreren op de situatie en niet op de persoon, maar dat kan dan wel weer doorschieten de andere kant op.<sup>79</sup>

Het focussen op en nadenken over de zaak in zijn geheel, zowel de situatie als de actoren,<sup>80</sup> kan mijns inziens worden gestimuleerd door in te bouwen dat de rechterlijke aandacht verspreid wordt, door dus te stimuleren dat andere mogelijke oorzaken ook een plek krijgen. Precies dat is wat mijns inziens te bereiken is (omdat men dan inderdaad meerdere oorzaken in ogenschouw neemt) door technisch-juridisch gezien uit te gaan van de leer van de proportionele aansprakelijkheid zoals die op het terrein van bijvoorbeeld de asbestaansprakelijkheid tegenwoordig in Nederland<sup>81</sup> geldend recht is, en elders in elk geval bediscussieerd wordt.<sup>82</sup> Daarmee worden immers alle in dat geval bekende mogelijke causale bijdragen (zowel blootstelling aan gevaarlijke stoffen als asbest, maar ook roken en de bekende omgevingsfactoren en omgevingsrisico's, etc.) noodzakelijkerwijs, omdat ze deel uitmaken van die weging, in de afweging betrokken, zodat de aandacht verspreid moet worden over meerdere oorzaken die elk een plek moeten krijgen. De rechter zal dus grondig moeten nadenken over de causale weging van al die factoren en dat voorkomt of verkleint allicht attributiefouten.<sup>83</sup>

Los van dit – toegegeven – nogal speculatieve idee, geldt hier nog het volgende. De rechter die causale verbanden beoordeelt, zal moeten trachten om verder te kijken dan zijn neus lang is om de situatie en niet alleen de persoon te bezien. Dat civiele procedures veelal schriftelijk afgewikkeld worden, en in elk geval in eerste instantie op papier 'kleur' krijgen, kan daarbij een voordeel zijn, omdat de actor zelf minder de aandacht van de waarnemer (de rechter) zal trekken via dat papier. Dat maakt wellicht een 'betere' (minder extreme) afweging van het geheel mogelijk. Lukt dat niet en krijgen de dispositionele fac-

78 Zie hierna, en voor nu al Tetclock 1985, p. 232 en p. 233.

79 Vonk c.s. 2003, p. 128-130; Vonk c.s. 2007, p. 206; Harvey et al. 1981, p. 347.

80 Over de noodzaak daartoe ook expliciet Giard 2011, p. 475.

81 Zie HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*) en de vele commentaren daarop, waaronder Giesen 2008, steeds met vele verwijzingen naar eerdere studies over het fenomeen van de proportionele aansprakelijkheid, alsmede inmiddels ook de (vervolg)arresten HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), HR 14 december 2012, LJN: BX8349 (*Nationale-Nederlanden/X.*), en HR 21 december 2012, LJN: BX7491 (*Deloitte/H&H Beheer*), waaruit bijv. blijkt dat proportionele aansprakelijkheid ook mogelijk is in zaken rondom medische aansprakelijkheid, hoewel terughoudendheid hiermee volgens de Hoge Raad gepast is. Dat laatste zou uiteraard ten onrechte het uitgangspunt zijn als uitgegaan wordt van de hier ontvouwde gedachte. Los daarvan: 'andere mogelijke oorzaken' krijgen ook een plek als bijvoorbeeld beslist moet worden over de verdeling van de draagplicht tussen meerdere hoofdelijk aansprakelijke partijen en soortgelijke gevallen.

82 Zie over (de discussie over) proportionele aansprakelijkheid buiten Nederland bijv. art. 3:103 van de Principles on European Tort Law (PETL); Kadner Graziano 2008, p. 1022 e.v.; Taupitz 2007, p. 1231 e.v.; Green 2005, p. 352 e.v.

83 Een additionele valkuil is dan wel nog dat de rechter bij de afweging op grond van art. 6:98, 101 en 102 BW ook de mate van schuld mag betrekken. Zie ook hierna.

toren toch te veel gewicht,<sup>84</sup> dan kan zich dat manifesteren in een ten onrechte aannemen van een te grote mate van verwijtbaarheid – één van de toerekeningsfactoren – met een te ruime toerekening in de zin van artikel 6:98 BW als mogelijk gevolg. Hiermee is overigens niet gezegd dat deze regel onjuist is – er valt voldoende te zeggen voor de gedachte om strenger te zijn als iemand meer te verwijten valt – maar wel dat de toepassing ervan in de gaten moet worden gehouden.

Ook voor zover er over eigen schuld<sup>85</sup> gesproken wordt, kan dit alles doorwerken, want bij die beoordeling worden immers op grond van artikel 6:101 BW de causale bijdragen van beide partijen (dader en slachtoffer) tegen elkaar afgewogen – hetgeen mis kan gaan als de actor te veel aandacht krijgt. Daarna kan die juridische causaliteitsweging nog ‘gecorrigeerd’ worden door op de mate van verwijtbaarheid te letten. Ook dat is dus een valkuil. Wat hierbij zeker niet helpt, is dat de Hoge Raad in Nederland de lagere rechter een ruime beslissingsmarge heeft gegeven, gekoppeld aan zeer beperkte motiveringseisen omdat het hier een intuïtieve<sup>86</sup> afweging zou betreffen.<sup>87</sup> Hetzelfde kan overigens gezegd worden over het Engelse recht, omdat daar eenzelfde vorm van ‘leniency’ te ontwaren valt als het gaat om de motivering van (immers: feitelijke) vonnissen.<sup>88</sup>

Dit gebrek aan noodzaak om de uitkomst werkelijk te motiveren, zal in elk geval niet tot meer nadenken en langduriger afwegen leiden, en juist dat zou vanuit psychologisch oogpunt wenselijk zijn. Beter nadenken kan de fundamentele attributiefout reduceren, en de (vooraf bekende) noodzaak van het moeten afleggen van verantwoording (uitleggen of verklaren van een gemaakte keuze), zo is gebleken, kan deze voorkomen.<sup>89</sup> De motivering maakt de gemaakte keuze immers transparant. Omdat deze gedachte tegelijk met zich brengt dat de motivering aan een hoge(re) standaard zal moeten voldoen, lijkt hier een correctie van dat deel van de huidige jurisprudentiële lijn in de rede te liggen. Dat zou alleen anders zijn wanneer de rechterlijke macht geen of veel minder attributiefouten zou

---

84 Dat kan bijvoorbeeld gebeuren doordat de civiele rechter de partijen meestal maar een enkele maal daadwerkelijk ziet, bij comparitie dan wel bij pleidooi, vgl. art. 134 jo. 131 Rv. Er is dus weinig ervaring met deze partijen en dus ook weinig informatie, waarna het attribueren fout gaat, vgl. Van Koppen 2010, p. 19.

85 Daarover art. 6:101 BW, alsmede par. 254 German Civil Code; Section 1(1) of the Law Reform (Contributory negligence) Act 1945; Art. 5:102 PEL Liab.Dam.; Art. 8:101 en Art. 3:106 PETL, en de rechtsvergelijkende overzichten in Von Bar 2009, Chapter 5, Art. 5:102, Comments and Notes (p. 808 e.v.); Van Dam 2006, no. 1212-1215; Van Gerven e.a. 2000, 689-728. Zie ook Viney/Jourdain 2006, no. 425-1 e.v., over het Franse recht dat geen specifieke bepaling in de Code kent; aldaar zijn wel art. 3-5 van de *Loi Badinter* (*Loi* no. 85-677; over verkeersaansprakelijkheid) van enorm gewicht.

86 Over het belang daarvan als het gaat om rechterlijke beslissingen: Van Rossum 2010.

87 Zie Asser-Hartkamp 2009, nr. 124, en o.a. HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 (*Chan-a-Hung/Maalsté*), rov. 3.7.4.

88 Zie Rogers 2006, p. 332, die stelt: ‘The judges give little by way of reason for their assessments’, omdat de kwestie ‘is commonly treated as a matter of fact’.

89 Zie over dat laatste vooral Tetclock 1985, m.n. p. 232 en p. 233. Als iemand genoopt wordt om verantwoording over een keuze af te leggen, vermindert dat de attributiefout. Dat is vooral het geval als tevoren bekend is dat zulks nodig is. Rechtsers weten, uiteraard, alvorens zij tot hun beslissing komen dat op enig moment een motivering nodig is (vgl. art. 30 Rv).

maken, maar er bestaan mijns inziens geen aanwijzingen om zulks te veronderstellen.<sup>90</sup> Nader onderzoek inzake die specifieke kwestie zou echter gewenst zijn.

### **Omgaan met de gecodificeerde defensieve attributie ‘bias’**

De ‘bias’ van defensieve attributie kan in stelsels waarin er nog juryrechtspraak<sup>91</sup> bestaat, benut (om niet te zeggen: misbruikt) worden door ervoor te zorgen en te benadrukken dat de juryleden en de eisende partij bij bijvoorbeeld een verkeersongeval veel gelijkenis vertonen. Een jury van vroegere verkeersslachtoffers is in een dergelijk geval nastrevenswaardig voor het slachtoffer in die zaak. Die juryleden zullen hun vroegere ongeluk niet aan zichzelf toeschrijven en dus ook niet dit ongeval aan dit slachtoffer.<sup>92</sup> Voor de tegenstrever en de maatschappij als geheel ligt het met die ‘wenselijkheid’ qua jury-opbouw uiteraard anders.

Ons Nederlandse systeem met beroepsrechters werkt echter niet op deze wijze. Hier zal ervoor gewaakt moeten worden dat er geen ‘vereenzelviging’ plaatsvindt tussen een procespartij en de rechter (uit hetzelfde milieu, dezelfde maatschappelijke achtergrond?), waardoor die rechter wellicht milder wordt ten opzichte van die partij als het om diens causale bijdrage gaat. De rechter moet onpartijdig en onafhankelijk zijn, zeggen wij dan, en daarom zijn er waarborgen opgenomen in het systeem. Mijn inschatting is overigens dat ook door de veelal verplichte tussenkomst van advocaten aan beide zijden veel onheil voorkomen wordt. Immers, de rechters kunnen en zullen ten opzichte van beide advocaten een zekere gelijkheid ervaren (dezelfde studie, op zijn minst), zodat enig effect daarvan ‘gedeeld’ wordt door beide partijen.

Daarnaast en vooral zal de rechter echter moeten oppassen in die (schijnbaar veilige) situaties waarin er geen situationele en persoonlijke gelijkenis is tussen hemzelf en de procespartijen. Immers, de in dergelijke gevallen waarschijnlijk als eenvoudigweg aanwezig veronderstelde onbevangenheid van de rechter, is dan niet zonder meer present. In die gevallen wordt er immers meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is, zodat de kans bestaat dat de causale gevolgen van een onzorgvuldige handeling dan te zeer (te ruim toegerekend) aan de laedens worden toegeschreven als het inderdaad een serieuze onzorgvuldigheid met serieuze gevolgen betreft.

In wezen is dat overigens precies wat geaccordeerd is door de Nederlandse wetgeving en rechtspraak. Daarin is immers toegestaan dat de toerekening van schade en schadeposten aan de aansprakelijke persoon afhankelijk is van de aard van de schade, waarbij die toere-

90 Immers, rechters (en advocaten) nemen beslissingen in onzekerheid en daarbij worden nu eenmaal fouten gemaakt, omdat ook zij onder invloed van diverse *biases* staan, vgl. Giesen 2005a, p. 92, noot 290. Zie nog over dit thema in breder verband Van Koppen & De Keijser 2010, p. 861 e.v., alsmede Wagenaar, Crombag & Israëls 2010, p. 875 e.v. Echter, harde cijfers die aantonen dat Nederlandse civiele rechters als specifieke groep inderdaad (veel) attributiefouten maken, ken ik ook niet.

91 Daarover Feigenson 1995; Greene e.a. 2002, en Wayte e.a. 2002, p. 348 e.v.

92 Hans & Dee 2002-2003, p. 1115-1117.

kening dan ruimer mag geschieden als er letselschade is (letsel wordt als een ernstiger gevolg gezien, hetgeen tot ruime toerekening noopt, zie par. 2.1). Ruimer toerekenen mag naar geldend recht dus ook als de daadwerkelijke oorzaak verder dezelfde is als bij een vergelijkbare gebeurtenis zonder letsel.<sup>93</sup> *Defensive attribution* is zodoende als het ware gecodificeerd in ons aansprakelijkheidsrecht. Op indirecte wijze wordt dat effect vervolgens nog versterkt door de regel inzake de ruime toerekening van schade bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, omdat het daarbij ook om letselschade en dus ernstige gevolgen gaat. Opnieuw wordt de rechter dus uitgenodigd om inzake het toeschrijven van oorzaken aan gedragingen een vertekening te benutten.

Let wel: de huidige regels inzake toerekening zijn (ook hier) daarmee niet opeens onjuist, want vanuit normatieve overwegingen (bijvoorbeeld: harder 'straffen' bij ernstiger gevolgen; het beginsel van volledige schadevergoeding) kunnen deze regels zeer wel geïndiceerd en rechtvaardig zijn. Ik spreek mij dus verder ook niet uit voor of tegen de juistheid van die (overigens op juridische vlak breed gedragen) regels. Wel wil ik opwerpen om, gegeven het voorgaande, bij de concrete toepassing van die regels met extra voorzichtigheid te werk te gaan, en zo nu en dan de vraag te stellen of de toerekening niet té ver gaat. Gelukkig is ook dat één van de factoren binnen de afweging van artikel 6:98 BW.

#### **Actor en waarnemer: empathische rechters**

Zoals besproken, bestaat er een verschil in attributie afhankelijk van de vraag of het om het gedrag van een ander of het gedrag van de actor zelf gaat. Als nu een waarnemer (ten dele) de positie van de actor inneemt, doordat deze zich verplaatst in die ander (ofwel: empathie toont), dan verdwijnt het verschil in attributie. Het gedrag van de ander, de actor, wordt dan door de waarnemer vaker toegeschreven aan de omgeving (externe attributie, net zoals de actor dat zelf zou doen) dan het geval is bij attributie van het gedrag van een reguliere ander, iemand die men gewoon observeert.<sup>94</sup> De fundamentele attributiefout wordt daarmee dus ingeperkt.<sup>95</sup>

Ook dit kan voor de juridische beoordeling van belang zijn. Immers, zo blijkt, als de waarnemer (lees: de rechter) zich moet of wil en kan inleven, en er dus empathie is, zal deze meer oog hebben voor de omgeving als causale factor. Dat verkleint de vertekening van de fundamentele attributiefout (het gedrag te veel toeschrijven aan persoonskenmerken, dispositionele factoren). Op het eerste gezicht leidt dat wellicht tot een evenwichtiger beoordeling van ieders causale bijdrage. Dat de rechter zich tot op zekere hoogte zal inleven in de situatie van de aangesprokene, kan derhalve geen kwaad, zo lijkt het. Ook hier (vgl.

---

93 Denk bijv. aan twee gevallen waarin het door een ruit schoppen van een bal door spelende jongens in het eerste geval tot letsel leidt en in het tweede geval niet. De toerekening is dan ruimer in het eerste geval, terwijl er qua causale relatie (oorzaak en gevolg) in wezen hetzelfde geschiedt.

94 Zie par. 3.4; Regan & Totten 1975, en Vonk c.s. 2003, p. 132.

95 Men moet overigens voorzichtig zijn bij het koppelen van beide vertekeningen, aldus Malle 2006, p. 896.

al par. 4.2.2) geldt dan weer dat er daardoor, naar het zich laat aanzien, beter, langer en meer zal worden nagedacht. Empatische rechters lijken dus evenwichtiger te oordelen.<sup>96</sup>

### De ‘self-serving bias’ en de acceptatie van negatieve uitkomsten

Ook de hiervoor besproken *self-serving bias* heeft in potentie gevolgen die kunnen doorwerken op juridisch vlak. Immers, de toerekening van een schade of schadepost aan de dader zal door die dader niet steeds voldoende begrepen worden. Ten gevolge van deze vertekening zal deze dader een negatieve uitkomst van bepaald handelen (schade) namelijk niet snel aan zichzelf toeschrijven. Hij zal die uitkomst dan ook op zijn best moeizaam accepteren, omdat die niet strookt met zijn eigen beeld.<sup>97</sup>

De civiele rechter kan die ‘acceptatie’ door de aangesprokene uiteraard afdwingen, in die zin dat deze een executoriale titel verstrekt aan de wederpartij via zijn vonnis, maar deze ‘bias’ zal waarschijnlijk wel voordien al de onderhandelingen over de afwikkeling bemoeilijkt hebben.<sup>98</sup> Bovendien kan deze ‘bias’ er na die rechterlijke uitspraak toe leiden dat de aangesprokene eerder hoger beroep zal willen instellen.

Deze fout tegen kunnen gaan, zou gezien het voorgaande prettig zijn – meer buitengerechtig afwikkelen en minder hoger beroep bespaart de partijen kosten<sup>99</sup> en de rechterlijke macht veel werk – maar is erg lastig. *Debiasing* kan op zich wel, omdat de *self-serving bias* minder sterk is als er een band bestaat met de ander, maar in het aansprakelijkheidsrecht is juist dat nu typisch niet het geval. Mensen kennen elkaar niet voordat het ongeval ze bijeen brengt. Achteraf de partijen alsnog een band laten opbouwen, lijkt dan echter een verstandige zet. Dat zal de onderlinge acceptatie niet verslechteren en wellicht zelfs ten goede komen. Wellicht is dat ook de reden waarom mediation, indien eenmaal gestart, vaak goed uitpakt.

### 4.3 Tussenconclusie

In het voorafgaande is voor een beperkt aantal situaties getoond hoe de eerder besproken attributiefouten zouden kunnen doorwerken op juridisch vlak en hoe daar vervolgens eventueel mee omgegaan zou kunnen (of moeten) worden. Daarmee is zeker niet het

96 Over dat thema reeds eerder Giesen 2003, p. 39 e.v. (met reactie Kerkmeester op p. 45 e.v.). Hierbij verdient nog opmerking dat de rechter zich natuurlijk, en dat is meteen het lastige deel van zijn werk, niet te veel mag ‘vereenzelvigen’ met het slachtoffer, want dat kan er dan weer toe leiden dat de bijdrage van het slachtoffer juist te zeer onderschat wordt.

97 Daar komt dan nog bij dat door de ‘actor-observer bias’ (zie par. 3.4) tussen partijen een verschil van mening kan ontstaan over de interpretatie van een gebeurtenis zoals een verkeersongeval, vgl. Wilson et al. 1997, p. 710.

98 Uitvoerig daarover Babcock & Loewenstein 2000, p. 355 e.v.

99 Zie Babcock & Loewenstein 2000, p. 362. Eerdere ervaring met onderhandelingen doet de *bias* niet teniet (p. 362-363 en p. 367).

laatste woord gesproken. Naast dat alles had er bijvoorbeeld ook nog op gewezen kunnen worden dat personen in sterkere mate verantwoordelijk worden geacht als er sprake is van opzettelijk gedrag.<sup>100</sup> Die gedachte past op zichzelf erg goed in ons huidige causaliteitsdenken, waarbij de mate van verwijtbaarheid (opzet duidt op een grote mate van verwijtbaarheid) een rol speelt bij de toerekening in de zin van artikel 6:98 BW. Die subregel (het betreft hier één van de factoren in de causale toerekening) lijkt wat dat betreft dus prima in elkaar te steken, al schuilt er ook een mogelijk gevaar in dezelfde overweging (zie par. 4.2.2). Dat laatste is nog van belang: psychologie en rechtsregels op elkaar afstemmen is al niet eenvoudig, maar als er krachten (vertekeningen) tegendraads werken, wordt het nog lastiger. Het eventueel te behalen voordeel is echter van dien aard dat het de moeite waard is om wel een poging te doen.

## 5 HET EFFECT VAN ATTRIBUTIE OP HET BEOOGDE GEDRAGSEFFECT?

Alvorens deze bijdrage afgerond wordt, dient nog één algemeen punt aan de orde te komen. In paragraaf 2.2 kwam al aan bod dat het aansprakelijkheidsrecht (en dus de causaliteitsregels daarbinnen) beoogt om de potentiële dader te weerhouden van het schadelijke handelen teneinde zo de schade voor een ander te voorkomen. Ik ben er ook van uitgegaan dat die zogenoemde preventieve werking aanwezig is, tot op zekere hoogte tenminste.<sup>101</sup> Uit de voorgaande psychologische beschouwing kan mijns inziens, naast het voorgaande, ook afgeleid worden dat de attributietheorie, de gedachten over hoe mensen oorzaken toeschrijven aan personen of gebeurtenissen, wezenlijk is voor de beantwoording van de vraag of dat beoogde gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel kan bestaan en bestaat. Dat zit als volgt.

Als de actor (hier: de laedens, de aangesprokene) de oorzaak voor een bepaalde gebeurtenis (het schadeveroorzakende voorval) aan zichzelf toeschrijft, als hij deze gebeurtenis dus *intern* attribueert, en als hij dat doet met het (onbewuste) doel om te leren van eerdere ervaringen (dat is één van de redenen waarom personen attribueren, zie par. 3.1), dan zal, zo kan men mijns inziens concluderen, die actor in de toekomst voorzichtiger handelen (speciale preventie). En als hij dan vervolgens zijn verhaal vertelt aan zijn omgeving, zal dat vervolgens ook een zekere generieke preventieve werking kunnen hebben, zo veronderstel ik.<sup>102</sup> Hoewel (en omdat) hier dus de wijze van attributie (intern) het leer-effect en de preventie bepaalt, en het aansprakelijkheidsrecht daaraan dus niet bijdraagt (het heeft er in wezen ook niet direct iets mee van doen), kan in dit geval het beoogde

---

100 Vonk c.s. 2003, p. 88.

101 Zie in het algemeen over preventie ('deterrence') en psychologie: Darley e.a. 2002.

102 De empirische onderbouwing van die veronderstelling zou echter onderzocht moeten worden.

gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht wel in potentie (doch langs andere weg) bereikt worden, omdat een leereffect op zich bereikbaar is.<sup>103</sup>

Als echter de gebeurtenis door de actor wordt toegeschreven aan een andere persoon of de situatie ter plekke ten tijde van de gebeurtenis, bij *externe* attributie derhalve, zal de actor ook menen dat hij zelf ‘vrijuit’ gaat waar het om de schadeveroorzaking gaat en is er geen reden om zijn gedrag in de toekomst aan te passen, om voorzichtiger te handelen. Het beoogde gedragseffect zal zich dan niet manifesteren en daar zal het aansprakelijkheidsrecht vervolgens niets aan (kunnen) veranderen. Dat aansprakelijkheidsrecht werkt niet preventief, omdat (sterkere) attributiemechanismen het mogelijke leereffect bij voorbaat voorkomen of tenietdoen.

Koppelen wij dit alles aan de notie dat personen geneigd zijn om eerder aan een ander persoon (en niet aan zichzelf) te attribueren als het gedrag in kwestie ernstiger gevolgen heeft (*defensive attribution*, par. 3.3) en vooral aan de gedachte dat een succes intern wordt geattribueerd terwijl een falen extern wordt geattribueerd (par. 3.5, de *self-serving bias*), dan ligt de conclusie voor de hand dat schadeveroorzakend gedrag – vaak gedrag met ernstige gevolgen en gedrag dat als falen bestempeld zal moeten worden – tot externe attributie zal leiden, en dus het beoogde gedragseffect zal missen. Men zal dus het eigen gedrag ‘goedpraten’ en er weinig of niets van willen opsteken.

Het belang van die conclusie is groot. De hier ontvouwde gedachte vormt mijns inziens een mogelijke verklaring voor het vaak geopperde ontbreken van preventieve werking als het om het aansprakelijkheidsrecht gaat. Wanneer mensen schadevoorvallen extern attribueren hebben deze geen didactisch effect. Die attributie is te sterk; het aansprakelijkheidsrecht kan er niet tegenop.<sup>104</sup> Eerdere voorvallen leiden dus niet tot preventie van schade. De twijfel die er over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bestaat, vindt hierin dus bevestiging. Overigens is hiermee natuurlijk niet de kwantitatieve omvang van het gebrek aan preventieve werking vastgesteld.

Deze verklaring wordt mijns inziens nog sterker als wij hierbij tevens betrekken het onderscheid dat in de literatuur regelmatig gemaakt wordt tussen preventieve werking voor zover het gaat om *one-shotters*, te weten de particulier, de consument die slechts sporadisch met het aansprakelijkheidsrecht in aanraking komt, of om *repeat players*, zoals

103 Overigens is het lastig om hier harde(re) uitspraken te doen, omdat de invloed van zogenoemde ‘consensusinformatie’ op de attributie niet evident is, zie par. 3.1.

104 Dat is wellicht anders (maar ik speculeer in deze noot) indien de schadevergoeding die volgt op het onzorgvuldige gedrag zo stevig is dat iemand er alsnog van leren zal (het aansprakelijkheidsrecht draagt dan dus bij aan het bewustzijn t.a.v. de attributiefout), maar waar dat punt bereikt wordt, is onduidelijk, als het al haalbaar is. Gezien de bestaande mate van verzekeringsdekking en het feit dat de dader dus meestal niet direct zal voelen dat er betaald moet worden, is het ‘alsnog-leereffect’ van het aansprakelijkheidsrecht m.i. erg klein te achten. Bovendien, als iemand extern attribueert en alsnog betalen moet, zal dat als een onterechte ‘straf’ voelen. Ook dat zal m.i. niet bijdragen aan het leermoment.

ondernemingen die in hun beslissingen aansprakelijkheidsvragen meenemen.<sup>105</sup> In dat tweede geval wordt blijkens die literatuur meer waarde toegekend aan de afschrikkende werking van aansprakelijkheid. Dat beeld strookt in zoverre met het voorgaande dat verwacht mag worden dat de eerste groep (de *one-shotters*) meer extern zal attribueren, omdat het dan om hun eigen persoonlijke gedrag gaat, en dus om iemands zelfbeeld, terwijl bij de tweede groep (de 'geïstitutionaliseerde' gedaagden) de gemaakte fout binnen de organisatie eerder intern te attribueren valt omdat het niet een individueel persoon betreft die dan zichzelf onzeker maakt. De organisatie als geheel, de onderneming en niet een specifiek individu, neemt 'de schuld' op zich, wijst zichzelf als de oorzaak aan. Ook mag men verwachten dat die organisatie sowieso meer rationeel handelen zal, en er meer aan gelegen zal zijn om te leren van fouten in het verleden, bijvoorbeeld ook om financiële redenen, zodat deze organisatie eerder dan een individu intern zal willen attribueren. Om geen misverstanden te laten bestaan, deze laatste verwachting is een verklaring die niet bevestigd wordt door zelfstandig psychologisch onderzoek, althans niet voor zover ik heb kunnen nagaan, en dient dan ook in dat licht te worden gezien.

## 6 AFRONDING

Het doel van deze bijdrage was te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn. De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om beslissingen over causaliteitsvragen voorzichtig te nemen, om daarbij te trachten rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast diverse specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, is in elk geval ook duidelijk geworden dat meer en langer nadenken over de juridische vragen als deze zich voordoen, tot betere antwoorden zal leiden.<sup>106</sup> Dat is een waardevolle les.

Een veel algemenere en ook niet onbelangrijke les uit het voorgaande is verder dat de veel besproken preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn, omdat attributiemechanismen daaraan mogelijk in de weg staan waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven. Dat heeft dan weer tot gevolg dat de op zich aanwezige opvoedende waarde van het aansprakelijkheidsrecht niet volledig doordringen kan en geen of te weinig invloed zal uitoefenen.

Het bredere idee achter deze bijdrage lag besloten in de zeer algemene vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht zou moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn. Ik meen dat het voorgaande opnieuw<sup>107</sup> heeft laten zien dat er zoveel te leren is uit

---

105 Zie vooral Van Boom 2006, alsmede Giesen 2005b, p. 148-149, met verdere verwijzingen.

106 Vgl. ook Babcock & Loewenstein 2000, p. 362: 'considering the opposite' leidt tot 'debiasing'.

107 Zie reeds Giesen 2005a, en vgl. Van Rossum 2010, p. 2472.



psychologisch onderzoek, dat de koppeling tussen beide terreinen vaker gelegd zou moeten worden. Daar wordt een jurist wellicht geen betere jurist van, maar daardoor wordt het (aansprakelijkheids)recht wel beter recht.

## LITERATUUR

### *Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009*

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6: Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, 2<sup>e</sup> Gedeelte, 13<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2009.

### *Asser-Hartkamp-Sieburgh 2011*

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6: Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, 13<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2011.

### *Babcock & Loewenstein 2000*

L. Babcock & G. Loewenstein, 'Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-serving Biases', in: C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, New York: Cambridge UP 2000, p. 355-373.

### *Von Bar 2009*

C. von Bar, *Principles of European Law. Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam)*, Oxford: OUP 2009.

### *Barendrecht 2004*

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat', in: W.H. van Boom & M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: BJu 2004, p. 55-87.

### *Van Boom 2006*

W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festkrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume I*, Stockholm: Jure 2006, p. 287-293.

### *Burger 1981*

J.M. Burger, 'Motivational Biases in the Attribution of Responsibility for an Accident: A Meta-Analysis of the Defensive-Attribution Hypothesis', *Psychological Bulletin* 1981, Vol. 90, No. 3, p. 496-512.

I. GIESEN

*Van Dam 2000*

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2000.

*Van Dam 2006*

C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: OUP 2006.

*Darley e.a. 2002*

J. Darley, S. Fulero & C. Haney et al., 'Psychological Jurisprudence', in: J.R.P. Ogloff, *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer 2002, p. 37 e.v.

*Duval & Silvia 2002*

Th.S. Duval & P.J. Silvia, 'Self-Awareness, Probability of Improvement, and the Self-Serving Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2002, Vol. 82, No. 1, p. 49-61.

*Engelhard 2003*

E.F.D. Engelhard, *Regres*, Deventer: Kluwer 2003.

*Farnsworth 2007*

W. Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: The University of Chicago Press 2007.

*Fösterling et al. 2007*

F. Fösterling et al., 'Ability, Luck, and Looks: An Evolutionary Look at Achievement Ascriptions and the Sexual Attribution Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2007, Vol. 92, No. 5, p. 775-788.

*Galper 1976*

R.E. Galper, 'Turning Observers into Actors: Differential Causal Attributions as a Function of "Empathy"', *Journal of Research in Personality* 1976, 10, p. 328-335.

*Gawronski 2004*

B. Gawronski, 'Theory-based bias correction in dispositional inference: The fundamental attribution error is dead, long live the correspondence bias', *European Review of Social Psychology*, 2004, 15, p. 183-217.

*Van Gerven e.a. 2000*

W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

*Giard 2010*

R. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* 2010, nr. 2, p. 6-12.

*Giard 2011*

R. Giard, "'Dit had niet hoeven gebeuren". De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband', *NTBR* 2011/9, p. 471-478.

*Giesen 2003*

I. Giesen, 'Rechtspraak is mensenwerk', *Recht der Werkelijkheid* 2003/1, p. 39-44.

*Giesen 2005a*

I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: BJu 2005.

*Giesen 2005b*

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

*Giesen 2008*

I. Giesen, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53 e.v.

*Green 2005*

M.D. Green, 'The future of Proportional Liability: the Lessons of Toxic Substances Causation', in: M. Stuart Madden, *Exploring Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 352 e.v.

*Greene et al. 2002*

E. Greene et al., 'Jurors and Juries', in: J.R.P. Ogloff, *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer 2002, p. 240 e.v.

*Hamilton 1988*

D.L. Hamilton, 'Causal attribution viewed from an information-processing perspective', in: D. Bar-Tal & A.W. Kruglanski, *The social psychology of knowledge*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 359-385.

*Hans & Dee 2002-2003*

V.P. Hans & J. Dee, 'Whiplash: Who's to Blame?', 68 *Brook. L. Rev.* 2002-2003 1093.

I. GIESEN

*Harvey et al. 1981*

J.H. Harvey et al, 'How Fundamental is "The Fundamental Attribution Error"?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981, Vol. 40, No. 2, p. 346-349.

*De Hoon 2008*

M.W. de Hoon, 'Schuld in het contractenrecht', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 129 e.v.

*Johnson & Drobny 1985*

J.T. Johnson & J. Drobny, 'Proximity Biases in the Attribution of Civil Liability', *Journal of Personality and Social Psychology* 1985, Vol. 48, No. 2, p. 283-296.

*Jones & Nisbett 1971*

E.E. Jones & R.E. Nisbett, *The Actor and the Observer: Divergent Perceptions on the Causes of Behavior*, Morristown NJ: General Learning Press 1971.

*Kadner Graziano 2008*

Th. Kadner Graziano, 'Loss of a Chance in European Private law', *European Review of Private Law* 2008, p. 1022 e.v.

*Van Koppen 2010*

P.J. van Koppen, 'Krijgen wat je verdient', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Kluwer: Deventer 2010, p. 15-30.

*Van Koppen & De Keijser 2010*

P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende rechters', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.

*Kötz/Wagner 2010*

H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht*, 11th ed., München: Verlag Franz Vahlen 2010.

*Malle 2006*

B.F. Malle, 'The Actor-Observer Asymmetry in Attribution: A (Surprising) Meta-Analysis', *Psychological Bulletin* 2006, Vol. 132, No. 6, p. 895-919.

*Mantler et al. 2003*

J. Mantler et al., 'Attributions for Serious Illness: Are Controllability, Responsibility, and Blame Different Constructs?', *Canadian Journal of Behavioural Science* 35:2, 2003, p. 142-152.

*McArthur 1972*

L.A. McArthur, 'The How and What of Why?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1972, Vol. 22, No. 2, p. 171-193.

*Nisbett et al. 1973*

R.E. Nisbett et al., 'Behavior as Seen by the Actor and as Seen by the Observer', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, No. 2, p. 154-164.

*Nisbett et al. 1982*

R.E. Nisbett et al., 'Popular induction: Information is not necessarily informative', in: D. Kahneman et al. (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982 (reprint 2001), p. 101-116.

*Pettigrew 1979*

Th.F. Pettigrew, 'The Ultimate Attribution Error: Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice', *Personality and Social Psychology Bulletin* 1979, Vol. 5, no. 4, p. 461-476.

*Plous 1993*

S. Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York: McGraw-Hill 1993.

*Rachlinski 2006*

J.J. Rachlinski, 'Bottom-up versus Top-down Lawmaking', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 159-173.

*Reeder 1982*

G.D. Reeder, 'Let's Give the Fundamental Attribution Error Another Chance', *Journal of Personality and Social Psychology* 1982, Vol. 43, No. 2, p. 341-344.

*Regan et al. 1974*

D.T. Regan et al., 'Liking and the Attribution Process', *Journal of Experimental Social Psychology* 1974, 10, p. 385-397.

I. GIESEN

*Regan & Totten 1975*

D.T. Regan & J. Totten, 'Empathy and Attribution: Turning Observers into Actors', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, No. 5, p. 850-856.

*Rogers 2006*

W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17th ed., London: Sweet & Maxwell 2006.

*Ross 2001*

L.D. Ross, 'Getting down to Fundamentals: Lay Dispositionism and the Attributions of Psychologists', *Psychological Inquiry*, Vol. 12, No. 1 (2001), p. 37-40.

*Ross & Anderson 1982*

L. Ross & C.A. Anderson, 'Shortcomings in the attribution process: On the origins and maintenance of erroneous social assessments', in: D. Kahneman et al. (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982 (reprint 2001), p. 129-152.

*Van Rossum 2010*

W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010, p. 2467-2472.

*Sabini et al. 2001*

J. Sabini, M. Siepmann & J. Stein, 'The Really Fundamental Attribution Error in Social Psychological Research', *Psychological Inquiry* 2001, Vol. 12, No. 1, 1-15.

*Schulz 2006*

J. Schulz, 'Rules of Evidence as Heuristics – Heuristics as Rules of Evidence', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 327-341.

*Shaver 1985*

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame. Causality, Responsibility and Blameworthiness*, New York: Springer 1985.

*Stewart 2005*

A.E. Stewart, 'Attributions of responsibility for motor vehicle crashes', *Accident Analysis and Prevention* 37 (2005), p. 681-688.

*Storms 1973*

M.D. Storms, 'Videotape and the Attribution Process', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, No. 2, p. 165-175.

*Taupitz 2007*

J. Taupitz, 'Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen: Insbesondere in der Arzthaftung?', in: A. Heldrich (u.a.)(hrg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2007, p. 1231 e.v.

*Taylor & Fiske 1975*

S.E. Taylor & S.T. Fiske, 'Points of View and Perceptions of Causality', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, No. 3, p. 439-445.

*Tetlock 1985*

Ph.E. Tetlock, 'Accountability: A Social Check on the Fundamental Attribution Error', *Social Psychology Quarterly* 1985, Vol. 48, No.3. p. 227-236.

*Verheij 2005*

A.J. Verheij, *Monografieën Privaatrecht. Deel 4: Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

*Viney & Jourdain 2006*

G. Viney & P. Jourdain, *Traité de Droit Civil. Les Conditions de la Responsabilité*, 2e éd., Paris: L.G.D.J. 2006.

*Vonk c.s. 2003*

R. Vonk (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2<sup>e</sup> druk, Utrecht: Lemma 2003.

*Vonk c.s. 2007*

R. Vonk (red.), *Sociale psychologie*, 2<sup>e</sup> druk, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2007.

*Wagenaar & Crombag 2002*

W.A. Wagenaar, H.F.M. Crombag & H. Israëls, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 874-894.

*Wagner 2006*

G. Wagner, 'Heuristics in Procedural Law', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 281-302.

I. GIESEN

*Watson 1982*

D. Watson, 'The Actor and the Observer: How are Their Perceptions of Causality Divergent?', *Psychological Bulletin* 1982, Vol. 92, No. 3, p. 682-700.

*Weiner 1986*

B. Weiner, 'Attribution, Emotion, and Action', in: R.M. Sorrentino & E.T. Higgins, *Handbook of Motivation and Cognition*, New York: The Guilford Press 1986, p. 281-312.

*Wilson et al. 1997*

S.R. Wilson et al., 'Attribution Complexity and Actor-Observer Bias', *Journal of Social Behavior and Personality* 1997, Vol. 12, No. 3, p. 709-726.

*Zweigert/ Kötz 1998*

K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: OUP 1998.