This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Commentaar

Over maatmannen en het subjectieve

Enkele overwegingen bij de doctrine van het aansprakelijkheidsrecht

Rob Schwitters*

Er zijn maar weinig thema's die civilisten zo verdeeld houden als de betekenis van het subjectieve bij de bepaling van aansprakelijkheid. Sommigen menen dat ten gevolge van de objectivering van schuld en de opkomst van risicoaansprakelijkheden, de aandacht voor subjectieve factoren achterwege kan blijven of deze factoren hooguit een marginale betekenis hebben. Deze opvatting wordt vrij breed gedeeld.[1] Een van de meest uitgesproken representanten van deze opvatting is Van Dunné. In het verlengde van zijn, in zijn dissertatie uiteengezette, normatieve uitleg van rechtshandelingen staat hij een normatieve toedeling van aansprakelijkheid voor waarin voor subjectieve schuld geen plaats meer is en een geobjectiveerde schuld opgaat in de vaststelling van de onrechtmatigheid. In zijn ogen wordt in de huidige rechtspraak doorgaans voorbijgegaan aan de vraag of de dader op basis van psychische of mentale eigenschappen een verwijt kan worden gemaakt. De aansprakelijkheid wordt toebedeeld op basis van sociaal-maatschappelijke doeleinden.[2]

In haar dissertatie uit 2000 deed Sieburgh een poging tot een herwaardering van subjectieve schuld. Haar opvatting heeft recentelijk een prominente plaats gekregen, omdat deze in het gezaghebbende handboek Asser-Hartkamp is omarmd, waarvan zij medebewerker is.[3] Aansprakelijkheid

* Universitair hoofddocent rechtssociologie bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Met dank aan Gerard de Vries voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

1 Zie onder andere: A.J. Verheij, Onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 2005, p. 48-50; C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 1989, p. 154-155; C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 259-263.

2 J.M. van Dunné, Ebele Dillema-arrest, Medeschuld van het jonge kind, Nijmegen: Ars Aequi 1979, p. 208-219; J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, Deel 2: Onrechtmatige daad, Overige verbintenissen, Deventer: Kluwer 2004, p. 145-233.

3 C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2000 (Recht en Praktijk nr. 112), p. 101-243; C. Asser, 4. Verbintenissenrecht, Deel III: De verbintenis uit de wet, 12e dr. (bew. A.S. Hartkamp), Deventer: Kluwer 2006, nr. 77.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

verlangt, volgens haar, een zelfstandige weging van onrechtmatigheid en schuld. Onrechtmatigheid betreft de vraag welke normen van zorgvuldigheid voor *iedereen* gelden. Schuld, waarvan zij het subjectieve karakter onderstreept, verwijst naar de vraag of de dader gezien zijn persoonlijke capaciteiten (als kennis, inzicht, vaardigheid en ervaring) een verwijt kan worden gemaakt.[4] Met de vaststelling van subjectieve schuld wordt een verband gelegd tussen de onrechtmatige gedraging en de dader.

Het persoonlijke wordt recht gedaan door algemene voor iedereen geldende normen van zorgvuldigheid te specificeren op basis van de omstandigheden waarin het schade veroorzakende handelen plaatsvond en van de capaciteiten van de dader. De kennis, of kennis die verwacht mag worden, van de bezitter van een tuin omtrent de giftigheid van taxusstruiken voor paarden, is op grond van Sieburghs doctrine een kwestie van subjectieve schuld, daar de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt toegespitst op de vraag, of de bezitter van de tuin wist of behoorde te weten, dat die struik neergelegd binnen het bereik van paarden dergelijke gevaren met zich meebracht.[5]

In een recente publicatie vraagt K.J.O. Jansen eveneens aandacht voor de betekenis van het subjectieve.[6] Dat definieert hij echter op een geheel andere wijze dan Sieburgh. Weliswaar deelt hij de opvatting dat het gaat om persoonlijke eigenschappen van de dader, maar de identificatie van die persoonlijke (subjectieve) eigenschappen is niet de uitkomst van een specificatie van de gedragsnorm. Men treft deze aan in opzet, oogmerk, intentie en bewustzijn. Terwijl het subjectieve in het algemeen als een kwestie wordt gezien van schuld, is het begrijpelijk dat Jansen de aldus gedefinieerde subjectieve elementen soms ook van betekenis acht bij de vaststelling van onrechtmatigheid. Zo verlangt bijvoorbeeld het 'smartengeld'artikel dat immateriële schade onder meer voor vergoeding in aanmerking komt indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had om zodanig nadeel toe te brengen (art. 6:106 lid 1 onder a BW). En had de hoofdpersoon uit het Taxusstruik-arrest weet gehad van de giftigheid van deze struik en deze desalniettemin binnen het bereik van paarden gedeponeerd, dan had in deze kennis een subjectief element van de onrechtmatigheid besloten gelegen.[7] Dus het gaat bij Jansen, anders dan bij Sieburgh, om het feitelijk bij de dader bestaande bewustzijn (dan wel opzet, oogmerk, intentie).

4 Sieburgh 2000, p. 129-147.

5 Deze vraag was aan de orde in HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (taxusstruik), besproken in Sieburgh 2000, p. 139-140. In dit arrest ging het om het volgende: een eigenaar van een perceel dat grensde aan een weiland waarin paarden liepen, had taxusstruiken op een afvalstapel gelegd. De takken waren bereikbaar voor de paarden en leidden tot hun dood. In alle rechterlijke instanties wordt de vraag vooropgesteld of de giftigheid van de taxusstruik van algemene bekendheid is.

6 K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid', NTBR 2007/6, p. 222-228.

7 Jansen 2007, p. 222.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Door H.L.A. Hart is al eens beweerd dat bij de bepaling van aansprakelijkheid 'objectief' en 'subjectief' een weinig gelukkig begrippenpaar is.[8] Dat het begrip 'subjectief' steeds weer opduikt in vraagstukken omtrent de doctrine van het aansprakelijkheidsrecht, en dat het begrip voortdurend anders wordt uitgelegd, wijst erop dat het een weerbarstige en moeilijk te doorgronden functie heeft die zich niet zomaar opzij laat zetten.

Er zijn weinig juridische thema's die zich zo goed lenen voor rechtstheoretische bespiegelingen. De belangrijkste aanknopingspunten liggen in de sociologisch en filosofisch gefundeerde denkbeelden over de betekenis van handelen van Mead, Wittgenstein en, wat ons land betreft, in de publicaties van Glastra van Loon en Loth, die die denkbeelden hebben toegespitst op juridische vraagstukken.[9] Het is opmerkelijk dat hun gedachten onder civilisten zo weinig weerklank hebben gevonden.

Ik wil, enigszins het spoor volgend van die traditie, in kort bestek en voorbijgaand aan verschillende posities binnen die traditie, de contouren van zo'n benadering uiteenzetten. Het brengt mij tot het gezichtspunt dat het subjectieve een belangrijke waarde vertegenwoordigt die echter door Sieburgh en Jansen ongelukkig wordt uitgewerkt.[10]

In Jansens opvatting ligt het subjectieve besloten in de psyche of geestestoestand van de dader (als opzet, oogmerk, intentie of bewustzijn). In deze opvatting kan de klassieke handelingsleer, prominent aanwezig in het juridische denken van de negentiende eeuw, worden herkend. Volgens die leer moet het handelen worden gezien als een gewilde spierbeweging.[11] Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid wordt hetgeen zich in het hoofd van de schadeveroorzaker heeft afgespeeld dan van doorslaggevende betekenis. Deze klassieke opvatting laat zich nauwelijks rijmen met de grote rol die op nalatigheid en op risico gefundeerde aansprakelijkheid in de loop van de afgelopen eeuw feitelijk in wetgeving en rechtspraak zijn gaan spelen.[12]

8 Harts analyse betreft aansprakelijkheid in het strafrecht. Maar zijn analyse van het problematisch gebruik van de termen 'subjectief'en 'objectief' is niet minder relevant voor het civiele recht. Zie H.L.A. Hart, 'Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility', in: Joel Feinberg & Hyman Gross (red.), Responsibility, Encino CA: Dickenson Pub. Co 1975, p. 98-99.

9 G.H. Mead, Mind, Self and Society, From the Standpoint of a Social Behaviorist, C.W. Morris (red.), Chicago: Chicago University 1960; L. Wittgenstein, Philosophical Investigations, Oxford: Oxford University Press 1953; J.F. Glastra van Loon, Norm en handeling, Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen (diss. Leiden), Leiden: 1956; J.F. Glastra van Loon, 'Nog eens norm en handeling', R&R 1984/3, p. 229-243; M.A. Loth, Handeling en aansprakelijkheid in het recht (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

10 Aanzetten tot de in deze tekst voorgestelde interpretatie van het subjectieve zijn te vinden in Rob Schwitters, 'Afscheid van schuld, niet zonder risico', Recht en kritiek 1986/2, p. 131-176.

11 Voor deze beschrijving van de klassieke leer, zie Loth 1988 p. 11-12.

12 Overigens stelt Jansen, anders dan de klassieke leer, het subjectieve element niet als voorwaarde voor de aansprakelijkheid. Hij beschouwt het als een bijkomend argument, zie: Jansen, Het subjectieve element, p. 227.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

In meer moderne handelingsleren, waarin genoemde sociologische en filosofische opvattingen doorklinken, is de betekenis van een handeling niet afhankelijk van inzicht in de psyche, geestestoestand of wil van de actor. Een handeling krijgt betekenis in een sociale context. Op die context betrokken normen en regels bepalen in eerste instantie hoe een handeling (of het nu een doen of nalaten betreft) moet worden uitgelegd. Soms wordt die betekenis ondubbelzinnig bepaald door zeer duidelijke regels: zoals de diagonale verplaatsing van een loper op een schaakbord als een strategische zet zal worden gezien binnen de context van het schaakspel. Vaak laat de betekenis van een handeling zich echter minder eenvoudig vaststellen, daar één of meer duidelijk bepaalde regels van toepassing zijn. Hoe in die dubbelzinnigheid wordt voorzien, daarop kom ik verderop nog terug. Hier volsta ik met de gedachte dat opzet en intenties vaak objectiverend kunnen worden bepaald. Deze bepaling kan het dikwijls stellen zonder een verslag van de handelende persoon van hetgeen hem bewogen heeft. Zo hoeft men niet te gissen naar de wil van een politieagent die op een kruispunt staat en zijn armen horizontaal uitspreidt in de richting van het hem tegemoetkomende verkeer.

Anders dan op basis van de klassieke opvatting wordt verondersteld, gaat het bij de interpretatie van handelen niet om hetgeen zich in het hoofd van de dader heeft afgespeeld, maar richt de belangstelling zich op het patroon van regels waarin dat handelen is ingebed en op de sociale context waarin het handelen plaatsvond.

De teloorgang van de klassieke leer komt tot uitdrukking in de grote rol die toetsing op basis van een maatman tegenwoordig speelt bij de vaststelling van aansprakelijkheid. Zo wordt objectiverend bepaald hoe iemand in bepaalde omstandigheden had behoren te handelen, of welke gevolgen voor zijn of haar rekening behoren te komen. Voor aanhangers van deze moderne leer is het veel minder problematisch dan voor aanhangers van de klassieke leer dat aansprakelijkheid aangenomen wordt zonder dat is vastgesteld wat in het hoofd van de schadeveroorzaker is omgegaan.

Sieburgh lijkt op het eerste gezicht de kritiek op de klassieke handelingstheorie in haar definitie van het subjectieve te hebben verwerkt. Voor haar moet schuld, dat zowel in het vroegere artikel 1401 BW (oud) als in het huidige artikel 6:162 lid 3 BW is opgenomen, in subjectieve zin worden uitgelegd. Daarbij gaat het haar niet om de vraag wat in het hoofd van de verdachte is omgegaan. Zij stelt het als volgt:

> ‘Volgens deze benadering kan de dader een verwijt van zijn gedraging gemaakt worden indien hij gezien zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, kunde, ervaring en capaciteiten, anders had kunnen en moeten handelen. Door zijn persoonlijke kenmerken bij het

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

> vaststellen van schuld te betrekken wordt een oordeel over zijn juridische verwijtbaarheid gevormd. Voor het bestaan van subjectieve juridische verwijtbaarheid (...) behoeft (...) *niet* een oordeel worden geveld over de *innerlijke gesteldheid* van de dader.'[13]

Verwijst het subjectieve niet naar de innerlijke gesteldheid, wel verwijst het naar persoonlijke kenmerken (kennis, kunde, ervaring en capaciteiten) die de grondslag vormen voor een juridisch verwijt. Deze persoonlijke kenmerken verdienen volgens haar, zoals eerder opgemerkt, een zelfstandige weging naast de vaststelling van de onrechtmatigheid, omdat bij laatstgenoemde vaststelling uitsluitend objectiverend op basis van een maatman wordt vastgesteld welke normen voor iedereen gelden. De vraag is echter of hetgeen zij aanmerkt als subjectief (die persoonlijke kenmerken) wel aan de objectiverende bepaling van aansprakelijkheid op grond van een maatman ontsnapt?[14]

Ik volg haar redenering even aan de hand van een van de door haar aangehaalde arresten, het Surfplank-arrest.[15] Het ging om de aansprakelijkheid van een surfer (Peters) van wie de, niet goed bevestigde, plank van het dak van een auto was gewaaid, waardoor een zich in de buurt van de auto bevindend jong meisje gewond was geraakt. De Hoge Raad werd voor de vraag gesteld of van een surfer verlangd kan worden voorzorgsmaatregelen te treffen tegen dergelijke gevaren en oordeelde dat hij niet wist, en als meteorologische leek ook niet behoefde te weten, dat een surfplank buiten het water dergelijke gevaren met zich meebrengt. Sieburgh stelt daarentegen hogere eisen aan datgene wat van een surfer verlangd mag worden, en meent dat bij die waardering de persoonlijke capaciteiten en daarmee kwesties van (subjectieve) schuld in het geding zijn. Zij schrijft: 'Peters (de surfer) had net gesurft en kende de kracht van de wind. Daarnaast weten de gebruikers van surfplanken welke effecten de wind op hun materiaal kan hebben. Het is derhalve Peters te verwijten dat hij een gevaar in het leven riep door een surfplank op het dak van een auto te leggen zonder bij de gevolgen stil te staan.'[16] Sieburgh meent dat bij dergelijke afwegingen de subjectieve schuld in het geding is, omdat op basis van concrete persoonlijke kenmerken wordt bepaald of de dader anders had kunnen en moeten handelen. Ik betwijfel dat. Dergelijke afwegingen betreffen toch de onrechtmatigheid? In haar redenering is Sieburgh toch doende de gedragsnorm te specificeren? De maatman wordt toespitst op een bijzondere situatie, die

13 Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht III, nr. 77; Sieburgh 2000, p. 147. Cursivering RS.

14 Het is al eerder opgemerkt door W.H. van Boom, in zijn bespreking van het proefschrift van Sieburgh in WPNR 2001 (6441), p. 335-341.

15 HR 23 juni 1989, VR 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (surfplank).

16 Sieburgh 2000, p. 165.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

echter algemeen genoeg blijft om een maat te kunnen formuleren waaraan alle surfers zich moeten houden die net van de plank stappen (en waarvan dus aangenomen kan worden dat zij de kracht van de wind goed kunnen inschatten).

Natuurlijk kun je met Sieburgh de capaciteitsvraag in de sleutel zetten van subjectieve schuld: is een surfer die net van het water komt in staat zich aan een algemene norm te houden die stelt dat eenieder zorgvuldig moet zijn? Maar, zo vraag ik mij met Van Boom af, wat is de betekenis van een zo algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm? Het is toch moeilijk vol te houden dat van onrechtmatigheid alleen sprake is wanneer in strijd gehandeld is met een norm die voor iedereen geldt?[17] In een samenleving gekenmerkt door taakverdeling en specialisatie gelden uiteenlopende gedragsnormen voor mensen met verschillende deskundigheden en verantwoordelijkheden. Daaraan wordt recht gedaan doordat de onrechtmatigheidsnorm vanaf 1919 meer elastisch kan worden toegespitst op die uiteenlopende capaciteiten en verantwoordelijkheden. Zo stellen we uiteenlopende eisen aan leden van reddingsbrigades en vrijetijdszwemmers, aan leken op medisch terrein, mensen met een EHBO-diploma en cardiologen.

Sieburghs definitie van subjectieve schuld kent hetzelfde tekort als de klassieke leer. Het subjectieve wordt gereïficeerd. De klassieke leer was op zoek naar een stukje in het hoofd van de dader. Sieburgh zoekt het in een vergaande specificatie van een algemene gedragsnorm op basis van de capaciteiten van de dader. Maar op basis van diploma's van de dader, of het aantal jaren ervaring in een bepaalde functie kun je nog zo gedetailleerd specificeren op basis van een objectiverend procédé, het subjectieve raak je zo nooit. Ook leeftijdsgrenzen die bepalend zijn voor de toerekening, of psychiatrische stoornis (op basis van rapporten van deskundigen) kunnen objectiverend vastgesteld worden.

Kan het subjectieve, gegeven deze vergeefse pogingen het te identificeren, nog betekenis hebben bij de bepaling van aansprakelijkheid? Om verwarring te voorkomen, dienen twee begripsmatige onderscheidingen uiteen gehouden te worden: die tussen schuld en onrechtmatigheid en die tussen objectief en subjectief. Met Hart kan worden gesteld dat bij de vaststelling van aansprakelijkheid twee vragen in het geding zijn. Ten eerste de vraag aan welke gedragsnormen mensen gehoor behoren te geven. Dat betreft, zo zou ik zeggen, de onrechtmatigheid. Mensen kunnen zich van de veroordeling zich onrechtmatig gedragen te hebben, bevrijden door hun gedrag te rechtvaardigen (bijvoorbeeld de buren die het ruitje kapot sloegen om zich toegang te kunnen verschaffen tot de zolder waar, de ramen open stonden bij naderend onweer). Vervolgens is aan de orde of de individuele dader,

17 Van Boom 2001, p. 340.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

gezien zijn capaciteiten, in staat kon worden geacht zich conform de desbetreffende norm te gedragen. Dat betreft de schuldvraag.[18] Men kan het schuldoordeel pareren door zich te excuseren. De dader erkent in dat geval de waarde van de norm, maar was niet in staat (op basis van psychische onbekwaamheid, leeftijd, dwang, enz.) gehoor te geven aan die norm. Bij onrechtmatigheid gaat het dus om het behoren, bij schuld en toerekening om het kunnen. Het lijkt mij overigens een onderscheid dat in de doctrine vrij algemeen aanvaard wordt.

Nu kwesties van onrechtmatigheid en schuld aldus zijn onderscheiden, rest de vraag hoe het onderscheid subjectief/objectief zich verhoudt tot beide aspecten van aansprakelijkheid. Subjectief verwijst zoals gesteld niet naar wat er in het hoofd van de dader omgaat, zoals aanhangers van de klassieke leer aannamen. Ook ligt het subjectieve niet besloten in een toespitsing van de gedragsnorm op basis van persoonlijke capaciteiten van de dader, daar dat, anders dan Sieburgh veronderstelt, op objectiverende wijze kan plaatsvinden. Wat is het subjectieve dan wel?

Het recht lijkt het subjectieve niet zomaar een plaats te kunnen bieden, omdat persoonlijke opvattingen van daders over de betekenis van hun handelen met de nodige scepsis tegemoet getreden moeten worden. Toch ligt in het subjectieve een belangrijke waarde besloten bij de bepaling van aansprakelijkheid.[19] Het subjectieve betreft zowel de schuld als de onrechtmatigheid en verwijst naar de ruimte die individuen in een rechtsprocedure geboden wordt om gehoor te vinden voor hun interpretatie van de werkelijkheid. Het subjectieve kan slechts begrepen worden in samenhang met intersubjectiviteit. Een alternatieve, subjectieve interpretatie van de dader heeft geen implicaties, zolang hij de rechter niet weet te overtuigen.

Deze fundering van het subjectieve is geïnspireerd door de symbolisch interactionistische sociologie van Mead en de taalanalytische filosofie die voortborduurt op het denken van Wittgenstein. In deze denkstromingen wordt de betekenis van handelen, zoals al aangestipt, anders gepercipieerd dan in de klassieke leer. Ziet men, zoals in laatstgenoemde leer, de handeling als een gewilde spierbeweging, dan vereist de betekenis een zoektocht naar de wil, de intentie of naar wat in het hoofd van de dader is omgegaan. Op basis van meer recente inzichten uit filosofie en sociologie moet de betekenis van handelen op een geheel andere wijze worden vastgesteld. De betekenis van het handelen en de wijze waarop mensen elkaar bedoelingen, wil en intentie toeschrijven, vloeien voort uit het feit dat menselijk

18 Hart 1975, p. 98-99.

19 Marc Loth heeft in zijn dissertatie (zie supra, n. 9) een voorstel gedaan voor een derde weg tussen klassieke leer en de volledig objectiverende leer die herkenbaar is bij Van Dunné. Mijn voorstel is zeker door zijn opvattingen geïnspireerd, maar op andere wijze uitgewerkt.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

handelen is ingebed in door normen en instituties gestructureerde patronen. Mensen schrijven elkaar intenties en beweegredenen toe op basis van deze structuren. De wil te trouwen wordt afgeleid uit patroonmatig handelen (zoals de gang naar het stadhuis, het 'ja'-woord onder aanwezigheid van een ambtenaar van de burgerlijke stand en het overhandigen van een ring). Wie zich in dat patroon begeeft, geeft zijn of haar wil te kennen. Wie op de vraag van de ambtenaar het volkslied gaat zingen en zijn aanstaande de rug toekeert, wil niet trouwen. Althans, dat neemt de omgeving aan, op basis van geobjectiveerde interpretaties. De betekenis van handelen is dus gelieerd aan het zichtbare handelen. Daarbij speelt de context waarin dat handelen plaatsvindt een grote rol: in de Warmoestraat zijn de handen van een vreemde in jouw zakken doorgaans een poging tot diefstal, op Schiphol een vorm van veiligheidscontrole.

De betekenis van handelen kan doorgaans niet uitsluitend gefundeerd worden op observatie. Bij schakende spelers is de manifestatie van de intentie door zulke ondubbelzinnige regels bepaald dat een mogelijke afwijking van de geobjectiveerde handeling nauwelijks aan de orde is. Maar zien voorbijgangers op straat onbekenden een ruitje intikken bij hun vrienden, dan kan hun eerste observatie (diefstal) ernaast zitten. Nadere toelichting door diegenen die het ruitje intikten, kan hen dan op een ander spoor brengen: wij, de buren, wilden de openstaande ramen op zolder sluiten om grote waterschade te voorkomen. Het antwoord op de vraag naar de beweegredenen of intentie van de verdachten is niet doorslaggevend voor de toegeschreven betekenis. Het betreft een voorstel voor een interpretatie, voor de aannemelijkheid waarvan het geboden is dat in het handelen en de sociale context van dat handelen aanknopingspunten te vinden zijn die steun bieden aan dat voorstel. (Zijn het werkelijk de buren? Nadert het onweer? Staan de zolderramen open?)

Het subjectieve is aan de orde voor zover aansprakelijk gestelde actoren de kans geboden wordt om voor hun alternatieve opvatting van de werkelijkheid gehoor te vinden. Het belang daarvan is gefundeerd op een mogelijke discrepantie tussen de geobjectiveerde werkelijkheid zoals die zich in eerste instantie aan buitenstaanders voordoet, enerzijds, en de op de voorstellingen van de dader gefundeerde interpretatie van de handeling, anderzijds. Het subjectieve kan zowel een plaats hebben bij de vaststelling van de onrechtmatigheid (de dader rechtvaardigt zijn gedrag) als een rol spelen bij de vaststelling van schuld (de dader excuseert zijn gedrag).

Het verschil met de klassieke leer is dat een verslag door de actor zelf van zijn werkelijke bedoelingen niet in laatste instantie beslissend is voor de betekenis van zijn handelen. Handelen heeft betekenis als een zet in een patroon van gecoördineerd intersubjectief handelen. Daarop berust ook de mogelijkheid om opzettelijk handelen objectiverend waar te nemen zonder

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

inzicht te hebben in hetgeen in het hoofd van de actor is omgegaan. In zo'n gestructureerd kader kan ook het niet doen van een zet (onachtzaamheid) betekenis hebben. Met de aansprakelijkheid op basis van onachtzaamheid heeft de klassieke leer altijd moeite gehad, omdat er niets in het hoofd van verdachte is omgegaan, hetgeen volgens die leer tot de slotsom moet leiden dat het subjectieve afwezig is. Aansprakelijkheid op basis van onachtzaamheid sluit echter subjectieve factoren niet uit. Ook indien de dader nalatigheid verweten wordt, kan hem ruimte geboden worden om zijn gedrag te rechtvaardigen dan wel te excuseren. Bijvoorbeeld: 'Ik hoefde niet op te letten, want het groene licht gaf aan dat het automatische beveiligingssysteem ingeschakeld was.'

Deze conceptie van het subjectieve verschilt met die van Sieburgh, omdat de subjectieve dimensie niet besloten ligt in het zich rekenschap geven van bijzondere capaciteiten van de dader (hetgeen heel goed objectiverend kan geschieden). Bij Sieburgh blijft de identificatie van hetgeen zij als subjectieve factoren beschouwt, in feite een kwestie van maatmannen. Daar ontkom je slechts aan indien je het subjectieve ziet als een aspect van dialoog, communicatie en intersubjectiviteit.

Kortom: het subjectieve kan niet onafhankelijk van intersubjectiviteit gedacht worden. Het kan zowel betrekking hebben op de onrechtmatigheid als op de schuld. Ten slotte heeft het procedurele implicaties, in die zin dat het verlangt dat ruimte wordt geboden aan de schadeveroorzaker om voor zijn interpretatie van zijn handeling gehoor te vinden.