

Dwalende deskundigen: over de persoon achter het deskundigenonderzoek¹

De integriteit van het bewijs zit niet in de techniek maar begint en eindigt bij de mens.

A.P.A. Broeders²

Voor het juist kunnen beslissen van civiel-, bestuurs- of strafrechtelijke rechtszaken is de inbreng van een of meer deskundigen vaak onontbeerlijk. Hoe bereik je dat een al dan niet partijgebonden deskundige een optimale bijdrage levert aan de oplossing van een juridische kwestie? Dat vraagt het formuleren van de juiste vraagstelling(en) en het toepassen van de juiste onderzoeksmethodologie, taken die beide door de meest geschikte deskundige(n) moeten worden uitgevoerd. Maar aan welke juridische, beroepsinhoudelijke en ethische maatstaven dient zo'n expert dan te voldoen? Daarvoor bestaan wettelijke kaders, er zijn inmiddels certificerende instanties voor deskundigen en ook beroepsorganisaties waaruit de deskundigen voortkomen, dragen verantwoordelijkheid. De zwakste schakel blijkt echter steeds de persoon van de deskundige: diens ijdelheid tast de waarheid aan. Een minder vrijblijvende context waarbinnen deskundigen mogen opereren en meer verantwoordingsplicht zijn noodzakelijk.

1. Dood door een onjuist deskundigenbericht

Dat dekselse deskundigenbericht toch. Hoe bereik je de situatie dat een al dan niet partijgebonden deskundige een optimale bijdrage levert aan de oplossing van een juridische kwestie? Fouten van deskundigen kunnen rampzalige gevolgen hebben. Een echtpaar wordt verblijd met de geboorte van hun eerste kind, een jongetje. Nog geen drie maanden later echter treft de moeder de baby dood in de wieg aan. Ruim een jaar na deze tragische gebeurtenis wordt hun tweede zoon geboren, maar twee maanden later overlijdt ook die plotseling. Het wekt verbazing dat er zo kort op elkaar in dit gezin tweemaal een baby dood in de wieg wordt aangetroffen. Vanwege het vermoeden van een niet-natuurlijke dood wordt nader strafvorderlijk onderzoek ingesteld, waarbij de moeder als verdachte wordt aangemerkt.

Een deskundige, een hooggeleerde kinderarts en erkend specialist op het gebied van kindermishandeling, wordt gevraagd de kwestie te onderzoeken. Hij is er vast van overtuigd dat hier geen sprake kan zijn van een natuurlijk overlijden van deze twee kinderen. Hij baseert zich op een statistische argumentatie. De ten laste gelegde dubbele moord wordt vooral op grond van dit deskundigenbericht bewezen geacht en de moeder wordt daarom veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf, later ook in appèl.

Over deze statistische aanpak ontstaat al vrij snel na deze gerechtelijke uitspraken in de kring van statistici grote beroering: de gehanteerde methode en de daarbij gebruikte sterftekansen deugen praktisch en theoretisch niet.³ Na een breed gevoerde discussie over de waar-

schijnlijke onjuistheid van de veroordeling wordt er een herzieningsprocedure gestart. Dan blijkt dat er bij obductie van een van de baby's wel degelijk een infectieuze doodsoorzaak werd gevonden en het statistische argument dat dit gecombineerd overlijden géén natuurlijk toeval kan zijn wordt niet langer voor juist gehouden op grond van een meer realistisch model en meer betrouwbare cijfers. Na drie jaar gevangenschap wordt de moeder vrijgelaten. Maar het traumatische verlies van haar twee kinderen en de daaropvolgende zware juridische beproevingen zijn haar te veel geworden en ze sterft aan de gevolgen van langdurig overmatig alcoholgebruik.⁴

De deskundige wordt aangesproken op zijn onjuiste gedrag: wegens misbruik van autoriteit wordt hem de bevoegdheid om nog te praktiseren ontnomen. In hoger beroep wordt dit weer ongedaan gemaakt – een beslissing die breed wordt bekritiseerd. Deze vermaarde kinderarts bleek al vaker als expert te zijn opgetreden in soortgelijke strafzaken over kindersterftes binnen een gezin. Die moesten opnieuw worden bezien. In één geval van meervoudige sterfte binnen een gezin volgde vrijspraak na herziening en een andere soortgelijke procedure liep nog op het moment dat de foute aanpak van de deskundige was gebleken. Ook deze moeder werd vrijgesproken.⁵

Hier werd iemand op grond van zijn wetenschappelijke reputatie keer op keer als deskundige gevraagd – maar dat bleek later toch niet zo'n goede keuze. Een ander voorbeeld: in Canada werd veelvuldig een beroep gedaan op een prominente forensisch kinderpatholoog bij ver-

* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, capaciteitsgroep privaatrecht, Erasmus School of Law, EUR Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan Gert Haverkate, Ton Broeders en Han Israëls voor hun commentaren op een eerdere versie van dit artikel.

1. Deze versie van het artikel wijkt op een aantal punten af van het reeds in druk verschenen nummer.
2. Stelling 8 behorend bij het proefschrift van A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
3. Zie Royal Statistical Society (UK), 'Letter from the President to the Lord Chancellor regarding the use of statistical evidence in court cases', 2002.
4. Dit verhaal gaat over de gerechtelijke dwaling inzake de van moord verdachte advocate Sally Clark (1964-2007). Zie *R v. Clark* [2003] EWCA Crim 1020 (11 april 2003).
5. De vrijspraak na herziening betrof Angela Cannings, *R v. Cannings* [2004] EWCA Crim 1 (19 januari 2004) en de vrijspraak in eerste aanleg gold voor Trupti Patel.

dachte sterfgevallen van kinderen. Hij was een van de belangrijkste experts op het gebied van het *shakenbaby-syndroom*. Ondanks zijn reputatie begon echter binnen strafrechtelijke kring groeiende twijfel te ontstaan over de juistheid van de door hem gehanteerde methoden en de kwaliteit van zijn rapporten. Daarom werd een onderzoek gelast om 45 strafzaken opnieuw te beoordelen met als resultaat dat deze expert 'had made questionable conclusions of foul play in 20 cases, 13 of which resulted in criminal convictions'. Deze kwestie werd aangegrepen om nog eens duidelijk te maken hoe een forensisch deskundige te werk behoort te gaan.⁶ Door toedoen van deze deskundigen werden ouders ten onrechte van doodslag of moord op hun kinderen beschuldigd. Recent werd gepleit voor het doen van veel meer onderzoek naar fouten in de forensische disciplines.⁷

Niemand wil verkeerde vonnissen door dwalende deskundigen; dat blameert uiteindelijk ook het instituut rechtspraak. Maar hoe dit te voorkomen? In dit artikel wil ik stilstaan bij de problemen rond het kiezen van de juiste deskundige die hetzij een advocaat als partijdeskundige terzijde zal staan of die als neutraal deskundige de rechter moet informeren en adviseren. En hoe lossen we deze kwestie nu praktisch op? Is dat een zaak van betere – lees: striktere – juridische inkadering, een betere opleiding van deskundigen of meer inhoudelijke bemoeienis van wetenschappelijke beroepsorganisaties? Welke morele kaders waarbinnen de expert moet opereren zijn daarnaast denkbaar? Moeten we ons misschien nog de meeste zorgen maken over ongewenste persoonlijkheidskenmerken van deskundigen? Anders gesteld: aan welke psychologische kwalificaties dient een deskundige naast vakbekwaamheid nog te voldoen? Eerst een nadere schets van dit probleemgebied.

2. De aard van de problematiek

Waarom gingen de deskundigen in de fout? In het eerste voorbeeld is het de gedrevenheid van de tegen kindermishandeling vechtende kinderarts, waardoor deze de realiteit uit het oog verliest en in het tweede geval wil de deskundige met enig bedrog zich de heldenstatus doen toekomen. Waarom handelden ze zo? Heeft dat te maken met de – mogelijk narcistische – persoonskenmerken van deze deskundigen? Want wat doet het psychologisch met een professional als die zo'n belangrijke juridische taak krijgt toegemeten? Of gaat het niet om een valse hang naar heroïek maar om meer aan de werkwijze inherente 'technische' fouten?

Dergelijke problemen met disfunctionerende of malverserende deskundigen zijn overigens beslist niet uniek voor het strafrecht, ze komen ook in andere rechtsgebieden voor (zie hieronder). Hoewel de consequenties van hun feilen voor de gedaagde partij dan economisch aanzienlijk kunnen zijn, zijn ze persoonlijk minder dramatisch dan een onterechte gevangenisstraf. Beantwoording van de vraag 'wat maakt iemand nu geschikt als deskundige voor deze kwestie binnen een juridische context?' betreft dus niet alleen een omschrij-

ving van de noodzakelijke kennis van het recht en de benodigde professionele en intellectuele kwaliteiten, maar ook van diens persoonlijkheidskenmerken. Hoe kunnen we kwalijke praktijken van deskundigen nu praktisch voorkómen? Bij die materie zijn vier belangrijke partijen betrokken met elk hun typische verantwoordelijkheid: (1) de juridische professionals als opdrachtgevers, (2) organisaties die gecertificeerde gerechtelijke deskundigen aanbieden, (3) de beroeps- of wetenschappelijke vereniging waartoe de deskundige behoort in verband met de formulering en handhaving van professionele standaarden, en (4) de beoogde deskundige als opdrachtnemer. De eerste drie factoren zijn bepalend voor de context waarbinnen de deskundige opereert, de vierde gaat over de intenties en de gedragingen van de actor zelf. Hoe organiseren we nu een goed samenspel tussen die context en de uitvoerend deskundige, uitmondend in het optimale deskundigenbericht en wie dragen daarvoor de verantwoordelijkheid en hoe geven ze die vorm? Deze vier factoren zal ik achtereenvolgens bespreken om daarna af te sluiten met enkele conclusies.

3. De juridische opdrachtgevers: deskundige, handel onpartijdig en naar beste weten!

Het doel van het deskundigenonderzoek is om vanuit een specifieke expertise te oordelen in beperkte zin over bepaalde feitelijkheden (sporenonderzoek, DNA enz.) of in bredere zin de causale reconstructie van het hoe en waarom van een bepaalde gebeurtenis of (in het strafrecht) om de psychische gesteldheid van een verdachte te beoordelen. Aan het uitbrengen van het deskundigenbericht gaat natuurlijk steeds een opdracht vooraf, die aan minimale voorwaarden moet voldoen.⁸ Dan volgt het praktisch uitwerken van de vraagstelling en de methode van het uitvoeren van het onderzoek; dat alles wordt steeds door een of meer natuurlijke personen verricht. Wie de juridische opdrachtgevers zijn, hangt af van het rechtsgebied en de fase waarin de procedure zich bevindt.

In het *strafrecht* kun je onderscheiden de fase voorafgaand aan de terechtzitting (het voorbereidend onderzoek (art. 132 Sv)) en de fase van de terechtzitting. Als het gaat om het benoemen van deskundigen dan kan dat in geen van beide fases door de politie. De hulp-OvJ-bevoegdheid van art. 150 lid 2 Sv is namelijk door een OM-aanwijzing uitgesloten. Verder kan het OM alleen geregistreerde deskundigen benoemen (al dan niet op verzoek van de verdediging (zie art. 150 lid 1 Sv)), terwijl de rechter-commissaris ambtshalve, op vordering van het OM of op verzoek van de verdediging (zie art. 227 lid 1 Sv) ook niet-geregistreerde deskundigen mag benoemen. In de fase van de zitting kan de zittingsrechter verwijzen naar de rechter-commissaris (art. 316 lid 1 Sv). Maar hij kan ook zelf een nieuwe deskundige benoemen en de verdere begeleiding aan de R-C overlaten (art. 315 lid 3 tweede en derde volzin Sv).

In het *civiele recht* zal in de voorgerechtelijke fase de advocaat van een partij iemand zoeken die dan verder

6. G.D. Glancy & C. Regehr, 'From schadenfreude to contemplation: lessons for forensic experts', *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2012, vol. 40(1), 81-88. Zie over deze problematiek ook A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensische bewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 413 e.v.

7. A.M. Christensen e.a., 'Error and its meaning in forensic science', *Journal of Forensic Sciences* 2014, vol. 59(1), p. 123-126.

8. R.W.M. Giard, 'De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *EeR* 2013, afl. 2, p. 41-48.

als partijdeskundige zal optreden. De feitenrechter kan overeenkomstig art. 194 lid 1 en 2 Rv een of meer deskundigen benoemen en dan hebben we te maken met een deskundige in rechte. Iedere opdrachtgever is afnemer van de deskundigenrapportage, maar niet iedere afnemer is de opdrachtgever.

Aan welke eisen dient zo'n rapportage inhoudelijk te voldoen? Die zijn weer te verdelen in eisen ex ante en ex post. Omdat een rechtbankdeskundige ('deskundige in rechte') door een civiel-, straf- of bestuursrechtelijke instantie wordt benoemd, bestaat er vanzelfsprekend een formeel wettelijk kader voor de benoeming van de deskundige(n).

'Nadat u de benoeming als deskundige heeft aanvaard, bent u volgens de wet verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. Naleving van deze eisen is van grote betekenis. In veel gevallen hangt van de uitkomst van het deskundigenonderzoek af welke partij van de rechter gelijk krijgt.'⁹

In het strafrecht, ingevolge art. 51i lid 3 Sv, krijgt de deskundige bij zijn benoeming de opdracht naar waarheid, volledig en naar beste inzicht verslag uit te brengen. Die bepaling is onderdeel van een breder wettelijk kader, bekend als de Wet deskundige in strafzaken.¹⁰

In het bestuursrecht, ten slotte, bepaalt art. 8:34 lid 1 Awb dat de deskundige verplicht is om zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen.

In de rechtsregels betreffende deskundigen in rechte zijn steeds twee essentiële elementen opgenomen: (1) de relatie tussen deskundige, de rechter en de procespartij(en), en (2) de inhoud van het bericht, de epistemologische dimensie. Dat zijn vooralsnog vrij abstracte kaders. Inmiddels zijn er voor bepaalde problemen meer concrete aanwijzingen geformuleerd door de Raad voor de rechtspraak. Zo is er voor civielrechtelijke kwesties de *Leidraad deskundigen in civiele zaken*, primair bedoeld voor rechtbankdeskundigen.¹¹ Daarnaast is er voor bestuursrechtelijke kwesties een *Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken*.¹² In het strafrecht werd er door het Nederlands Register Gerechtigd Deskundigen (NRGD) een gedragscode geformuleerd.¹³

Tot zover de regels en aanwijzingen voorafgaand aan het verrichten van een expertise. Wat is de rol van de rechter wat betreft het ex post beoordelen van de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van een eenmaal uitgebrachte deskundigenrapportage? In de jurisprudentie werden criteria ontwikkeld voor het testen van de toelaatbaarheid van deskundigenrapporten. In de VS vormde het arrest van het Supreme Court in de zaak *Daubert* een belangrijk moment, gevolgd door nog twee

soortgelijke uitspraken; ze worden samen wel als de *Daubert*-trilogie aangeduid.¹⁴ Daarin wordt kenbaar gemaakt dat de rechter duidelijk een taak heeft om als poortwachter op te treden door de wetenschappelijke en methodologische grondslagen te toetsen. Deze eisen staan ook vermeld in de mede op grond van deze uitspraken aangepaste federale Rule 702 over 'Testimony by experts'.¹⁵ Of met deze *Daubert rules* de problematiek van (on)wetenschappelijkheid van deskundigenrapporten nu is opgelost, blijft een punt van debat.¹⁶

Ook de Nederlandse rechtspraak heeft zich over deze problematiek van de deugdelijkheid van rapportages uitgesproken. 'Schoenmaker, blij bij je leest!' Die volkswijsheid wordt teruggevonden in het *Schoenmakers-arrest*¹⁷ waarbij de vraag werd gesteld of een maker van orthopedisch schoeisel ook deskundig geacht kon worden voor het beoordelen van het gangspoor behorende bij aangetroffen schoensporen.¹⁸ De Hoge Raad heeft in dit arrest aangegeven dat wanneer een rechter met deskundigenbewijs wordt geconfronteerd deze zich desgevraagd ervan rekenschap moet geven of het werkgebied van de deskundigheid zich daadwerkelijk tot het onderhavige onderzoek uitstrekt en, zo ja, welke methode voor het onderzoek werd gehanteerd. Verder moet de deskundige motiveren waarom hij de gebruikte methode betrouwbaar acht en aantonen hoe bedreven hij is in de toepassing ervan. Maar hoe actief wenst de rechter zich op te stellen bij het nalopen van de kwalificaties en de praktische bekwaamheid van beoogde deskundigen en in hoeverre is hij daartoe in staat?

Het is zonneklaar dat iemand die als deskundige wordt aangezocht, ongeacht of deze als partij- of rechtbankdeskundige optreedt, derhalve steeds volledig aan vijf kernwaarden zal moeten voldoen: die van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid, vakbekwaamheid en integriteit. Maar zo geformuleerd blijft dat allemaal nog tamelijk abstract. Gedragsregels en de benodigde kennis en vaardigheden zullen door de deskundigen in spe geleerd en getraind moeten worden. Dergelijke educatieve taken kunnen enerzijds aan certificerende organisaties en anderzijds aan de beroepsgroep worden toebedeeld.

4. Certificerende organisaties

Mag je vooraf eisen dat een deskundige die voor een juridische kwestie wordt ingehuurd ook écht ter zake deskundig is? Welke toetsingsnormen leg je dan daarvoor aan en is het mogelijk om in Nederland een kwaliteitskeurmerk voor deskundigen te realiseren? De eerste vraag wordt na een breed gevoerde discussie, onder an-

9. *Leidraad deskundigen in rechtszaken*, § 44, Raad voor de rechtspraak. Verwijst naar art. 198 lid 1 Rv.

10. Wet deskundige in strafzaken, *Stb.* 2009, 33. Inwerkingtreding 1 januari 2010. Zie voor verdere bespreking de artikelen van G.C. Haverkate die eerder verschenen in dit tijdschrift, nl. 'Het voorstel voor de Wet deskundige in strafzaken', *EeR* 2008, afl. 1, p. 17-26; 'De Wet deskundige in strafzaken [1]', *EeR* 2009, afl. 1, p. 3-12 en 'De Wet deskundige in strafzaken [2]', *EeR* 2009, afl. 5/6, p. 138-143 in verbinding met *EeR* 2010, afl. 1, p. 14-17.

11. www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Leidraad_deskundigen_WT.pdf.

12. www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Documents/Broch_LeidrMedischDesk.pdf.

13. Te downloaden via www.nrgd.nl. Zie ook P.C.T. van Dam (red.), *Handboek deskundigen voor de strafrechter*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

14. *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Gen. Elec. Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997); *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

15. Zie *Federal Rules of Evidence*, Washington 2010, te vinden op www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf.

16. Zie daarover onder andere S. Haack, 'Trial and error: the Supreme Court's philosophy of science', *American Journal of Public Health* 2005, vol. 95 (Suppl 1), p. 66-73 en D. Bernstein, 'Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution', *Iowa Law Review* 2008, vol. 93, p. 102-137.

17. HR 27 januari 1998, *NJ* 1998/404.

18. Zie daarover verder Broeders, a.w., p. 73-75 en *Trema* 2009, afl. 6, p. 237-243.

dere aangezweigd door de afscheidsrede van Crombag,¹⁹ bevestigend beantwoord: je kunt niet zomaar iemand als deskundige 'van de straat plukken'. De beoogde expert zal weet dienen te hebben van het relevante positieve recht, geschoold moeten zijn in de methodologie van objectief onderzoek, het interpreteren van de onderzoeksgegevens en het trekken van de juiste conclusies daaruit om ten slotte de bevindingen helder te kunnen rapporteren.

Er ontstond een Studiekring Deskundigen en Rechtspleging SDR,²⁰ die samen met de Raad voor de rechtspraak aan de wieg stond van een postdoctorale universitaire opleiding aan de Leidse faculteit rechtsgeleerdheid, die sinds 2004 deskundigen uit de meest uiteenlopende vakgebieden opleidt tot gerechtelijk deskundige. In 2007 werd de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen opgericht, die verantwoordelijk is voor de opleiding en registratie van gerechtelijk deskundigen.²¹ Als uitvloeisel van de besproken strafrechtelijke wetgeving inzake deskundigen ontstond het al genoemde Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen. Daarvoor was het Ministerie van Veiligheid en Justitie verantwoordelijk en aan de totstandkoming ervan hebben diverse organisaties bijgedragen, zoals het Openbaar Ministerie, de Raad voor de rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Politie, het Nederlands Forensisch Instituut en het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie.²²

Op initiatief van de Raad voor de rechtspraak en onder de verantwoordelijkheid van de landelijke voorzitters-overleggen van de rechtbanken en gerechtshoven is er een gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken opgesteld, waarbij beoogd wordt om toe te werken naar een universele gedragscode voor gerechtelijk deskundigen.²³ Ook in het buitenland werden dergelijke initiatieven ontplooid en ontstonden registers van deskundigen en die organisaties formuleerden ook gedragscodes.²⁴

Wie als deskundige in procedures wil optreden, zal zich dus in toenemende mate als zodanig moeten kwalificeren. Maar dat roept ook weer vragen op: welke kennis en vaardigheden worden dan minimaal verplicht gesteld? Aan welke normen dient de toekomstige deskundige te voldoen? En welke garanties mag je verwachten van zo'n registratie? Op welke gronden mag een juridisch deskundigenregister een professional weigeren te registreren?²⁵ Moeten persoonlijkheidskenmerken ook onderzocht en

betrokken worden bij de toelating tot een register?

Daarover meer in par. 6.

Het is zeker toe te juichen dat er organisatorische en inhoudelijke kaders voor deskundigen tot stand zijn gebracht, maar verdere reflectie over inhoud en organisatie van de opleidingen en evaluatie van het functioneren van die registers is gewenst.

5. De beroepsgroep van de deskundige: kwaliteitskaders en gedragsregels

Een deskundige oordeelt steeds vanuit een bepaalde beroepsmatige bekwaamheid. Al dan niet opzettelijk gemaakte missers van deze expert kunnen terugslaan op diens beroepsgroep. Daarom is het voor professionele organisaties van belang om verantwoordelijkheid te nemen voor het goed functioneren van deskundigen die uit hun kring voortkomen door gedragsregels voor deskundigen op te stellen en wetenschappelijk onderbouwde richtlijnen te geven voor de wijze waarop onderzoek en rapportages tot stand dienen te komen. Tegelijk is het ook nodig om sancties te kunnen opleggen aan diegenen die dit alles aan hun laars gelapt hebben.²⁶

Met name in de VS, maar zeker niet alleen in dat land, speelt het fenomeen van de 'hired gun': de huurling wiens 'deskundige' oordeel te koop is.²⁷ Dit fenomeen is bijvoorbeeld empirisch aangetoond bij deskundigen optredend bij schadeclaims wegens neurologische geboorteschade.²⁸ Bij een dergelijke huurlingenpraktijk bestaat het gevaar dat iets als wetenschappelijk wordt gepresenteerd zonder dat hiervan in feite sprake is.²⁹

Met name bij de medische aansprakelijkheid is de – soms negatieve – rol van experts uitgebreid beschreven en onderzocht, zeker ook het fenomeen van 'expert shopping' bijvoorbeeld bij de whiplash of geboortegerelateerde hersenschade.³⁰ Maar is het problematische functioneren van deskundigen vooral een Amerikaanse kwestie? Handelen de meeste deskundigen in de overige westerse landen en met name in Nederland toch wél wetenschappelijk integer?³¹ En hoe komt het toch dat bij menige civiele procedure het aantal deskundigen die zich over dezelfde kwestie buigen niet meer op de vingers van één hand te tellen zijn? Hiernaar is nog (te) weinig empirisch onderzoek verricht.

Het belang van het omschrijven van gedragsregels voor deskundigen werd al genoemd. Centraal daarin staan eerlijkheid, wetenschappelijke integriteit, een goede theoretische kennis van, maar zeker ook praktische ervaring met het betreffende probleem waarover wordt

19. H.F.M. Crombag, 'Rechters en deskundigen', *NJB* 2000/33, p. 1659-1665.

20. Zie www.sdrnet.nl.

21. Zie www.lrgd.nl.

22. Zie <http://nrgd.nl/nrgd/Historie/index.aspx>.

23. www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Gedragscode-voor-gerechtelijk-deskundigen-in-civielrechtelijke-en-bestuursrechtelijke-zaken.pdf.

24. Zie bijvoorbeeld www.ukregisterofexpertwitnesses.co.uk/AboutExpertWitnesses.cfm.

25. M. Bakker, 'Register getuigen-deskundigen in opspraak. Toetsing beperken we niet tot reputaties', *Adv.bl.* 2012, afl. 10/11, p. 12-13.

26. A.D. Feld & W.D. Carey, 'Expert witness malfeasance: how should specialty societies respond?', *The American Journal of Gastroenterology* 2005, vol. 100(5), p. 991-995.

27. J. Cooper & I.M. Neuhaus, 'The "hired gun" effect: assessing the effect of pay, frequency of testifying, and credentials on the perception of expert testimony', *Law and Human Behavior* 2000, vol. 24(2), p. 149-171.

28. A.S. Kesselheim & D.M. Studdert, 'Characteristics of physicians who frequently act as expert witnesses in neurologic birth injury litigation', *Obstetrics and Gynecology* 2006, vol. 108(2), p. 273-279.

29. Zie J.F. Edens e.a. "Hired guns," "charlatans," and their "voodoo psychobabble": case law references to various forms of perceived bias among mental health expert witnesses', *Psychological Services* 2012, vol. 9(3), p. 259-271.

30. Zie daarover onder andere F.L. Cohen, 'The expert medical witness in legal perspective', *The Journal of Legal Medicine* 2004, vol. 25(2), p. 185-209; E. Amon, 'Expert witness testimony', *Clinics in Perinatology* 2007, vol. 34(3), p. 473-488 en J.W. Jones & L.B. McCullough, 'Medical expert witness litmus', *Journal of Vascular Surgery* 2012, vol. 56(2), p. 528-529.

31. R.G. Beran, 'The role of the expert witness in the adversarial legal system', *Journal of Law and Medicine* 2009, vol. 17(1), p. 133-137.

gerapporteerd, het feit dat men zich weet te beperken tot de eigen expertise (wederom het adagium 'schoenmaker, blijf bij je leest') en bovendien dat men nog actief werkzaam is.³² Voor gepensioneerden kan het optreden als deskundige een lucratief bijbaantje zijn, maar voor een realistische visie op de praktijk is het beslist nodig dat de deskundige nog met de laarzen in de klei staat en daardoor weet heeft van de praktijk en van de actuele stand van de wetenschap van zijn vakgebied.

In Nederland bijvoorbeeld heeft de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie gedragsregels voor haar leden opgesteld.³³ Daarin wordt onder meer vereist dat degene die als deskundige optreedt nog zelf praktiseert. Verder onderstrepen deze gedragsregels de noodzaak dat degene die als deskundige optreedt zich weet te beperken tot het eigen vakgebied. Maar praktisch blijkt dat niet ieder lid zich daardoor laat leiden. Een hoogleraar gynaecologie bijvoorbeeld trad op minder gelukkige wijze op als deskundige bij een strafrechtelijke moordzaak inzake de herkomst van een spermastroom.³⁴ Desalniettemin fungeerde hij, inmiddels met emeritaat, als deskundige bij medische aansprakelijkheid niet alleen binnen het eigen vakgebied bij een verloskundige kwestie³⁵ maar ook daarbuiten onder meer bij neurologische schade door een operatie in het halsgebied.³⁶ Deze geschiedenis toont wederom – geheel in de geest van Goethe – dat het ware meesterschap blijkt uit de beperkingen die men zichzelf weet op te leggen! Het waarschuwen of zelfs opleggen van sancties aan deskundigen, zoals deze gynaecoloog die de gedragsregels van zijn beroepsgroep niet naleefde, gebeurt in ons land nog nauwelijks, maar wel in de VS.³⁷ Ook zijn er nog maar weinig Nederlandse medisch-wetenschappelijke verenigingen die vorm en inhoud hebben gegeven aan de juridische verantwoordingsdimensie van hun vakgebied in de vorm van speciale commissies en deskundigen.

6. De opdrachtnemer: psychologische en ethische aspecten

Tot nu toe werden contextuele factoren besproken die mogelijk van buitenaf sturend op de persoon van de deskundige van invloed kunnen zijn. Maar het zijn steeds mensen van vlees en bloed – juridisch: natuurlijke personen – die uitvoering moeten geven aan een verzoek om hun deskundig oordeel te geven over een gebeurtenis, een situatie of een persoon. Hun persoonlijkheidskenmerken, te splitsen in cognitieve en emotionele factoren, zijn dus bepalend: hoe sturen en controleren zij hun gedrag? Het gaat hier om de deugdzzaamheid van de deskundige; dit woord is geen gebruikelijke term binnen het juridische jargon en evenmin een gangbare term binnen het hedendaagse vocabulaire. Het woord 'deugd' wordt lexicografisch omschreven als de voortdurende

gezindheid het goede te doen en te bevorderen en het slechte na te laten. Wanneer we een deskundige als opdrachtnemer beschouwen, vloeit daaruit overeenkomstig art. 7:401 BW de verplichting voort dat deze de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Die norm verwijst ook naar een deugdzzaam gedrag maar het is een open rechtsnorm die concrete invulling behoeft. Het optreden als deskundige heeft duidelijk een ethische dimensie.³⁸ Daarbij zou deugdenethiek als wegwijzer kunnen dienen in de vorm van (zelf)reflecterende vragen. Een gerechtvaardigde overdenking zou zijn: 'Ben ik wel de meest aangewezen persoon om bij deze juridische kwestie als deskundige op te treden?', of: 'Zou hier van een belangenverstremming of -tegenstelling sprake kunnen zijn?' Maar ook moet er de nog altijd noodzakelijke controle op de conclusies zijn: 'Weet ik zeker dat deze juist zijn?'³⁹ Soortgelijke vragen worden ook gesteld in de hierboven in par. 5 genoemde richtlijnen van beroepsorganisaties.

Hoewel onaangepast gedrag van deskundigen ruimschoots bekend is en tot soms dramatische fouten leidt, is er hiernaar nog nauwelijks hetzij op individueel, hetzij systematisch niveau psychologisch onderzoek gedaan waarom ze in de fout gingen. Ook is het denkbaar onderzoek te doen naar typologieën van deskundigen en hun aanleg tot en motivaties voor hun al dan niet gewenst gedrag. Waarom bijvoorbeeld biedt iemand zich als 'hired gun' aan? In slechts één wat meer systematische studie worden aan de hand van enkele juridische voorbeelden archetypen van dwalende deskundigen geschetst, zoals de dwaas, de held of heldin, de oplichter of combinaties daarvan.⁴⁰ De vraag, die ook dit laatstgenoemde artikel opwerpt, is of de 'ongelukken' veroorzaakt door 'deskundigen' te voorkomen zijn door betere regelgeving, meer opleiding en certificering. Waarom en hoe belandt een gynaecoloog in kwesties die zo ver buiten zijn vakgebied liggen? Als een (beoogd) deskundige onvoldoende zelfreflectie weet op te brengen, is het maar de vraag of gedragsregels en opleiding daar verbetering in weten te brengen. Waarom toetst de rechter bij een betrokken deskundige niet vaker zaken als deskundigheidsgebied, pensionering (in die gevallen waar het gaat om praktijkbeoordeling) enz.? Het procesrecht biedt daartoe voldoende mogelijkheden.

7. Conclusies

Het deskundigenonderzoek kunnen we conceptueel en praktisch benaderen. Een conceptuele vraag is hoe een ideale deskundige zijn werkzaamheden zou kunnen uitvoeren. De praktische vragen stellen we hierboven al, namelijk hoe je zou kunnen bereiken dat een al dan niet partijgebonden deskundige een optimale bijdrage levert aan de oplossing van een juridische kwestie. Die tweede benadering is niet alleen een *via positiva* maar

32. Zie bijvoorbeeld B.S. Bal, 'The expert witness in medical malpractice litigation', *Clinical Orthopaedics and Related Research* 2009, vol. 467(2), p. 383-391.

33. <http://nvog-documenten.nl/richtlijn/doc/download.php?id=672>.

34. Het gaat hier om ondersteuning van de 'verslepingstheorie' bij de *Puttense moordzaak*. Zie verder onder andere Rb. Zutphen 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BJ9770.

35. Hof Arnhem 12 september 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9481.

36. Rb. Dordrecht 24 december 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8801.

37. A.S. Kesselheim & D.M. Studdert, 'Professional oversight of physician expert witnesses: an analysis of complaints to the Professional Conduct Committee of the American Association of Neurological Surgeons, 1992-2006', *Annals of Surgery* 2009, vol. 249(1), p. 168-172.

38. J. Murphy, 'Expert witnesses at trial: where are the ethics?', *Geo. J. Legal Ethics* 2000, vol. 14, p. 217-239 en J.B. Kadane, 'Ethical issues in being an expert witness', *Law, Probability and Risk* 2005, vol. 4(1-2), p. 21-23.

39. P. Lipton, 'What good is an explanation', in: J. Cornwell (red.), *Explanations: Styles of explanation in science*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-24.

40. J.A.J. La Llave & T.T.G. Gueheil, 'Expert witness and Jungian archetypes', *International Journal of Law and Psychiatry* 2012, vol. 35(5-6), p. 456-463.

is ook gediend met het tegenovergestelde daarvan, de *via negativa* – het systematisch inventariseren wat er allemaal mis kan gaan en daadwerkelijk fout gaat. Die uitglidders wijzen ons de zwakke plekken, die gebeurtenissen vragen om diepgaande reflectie, daar liggen de mogelijkheden voor verbetering.

Maar welke therapeutische maatregelen zijn er dan na al die overdenkingen effectief? Meer regels, betere certificering, het nemen van meer verantwoordelijkheid door beroepsorganisaties, vaker sancties opleggen tegen ondeskundig en onrechtmatig handelen door deskundigen? De formele regels en de certificering zijn meer disciplinerend dan inhoudelijk van aard. De bemoeienis van beroepsorganisaties zal meer inhoudelijk gericht zijn. Maar de zwakste schakel in de keten is en blijft de mens, de persoon van de deskundige. Immers, die vormt het begin én het einde van het deskundigenonderzoek. Rechters, certificerende instanties en beroepsorganisaties dragen samen de verantwoordelijkheid voor de context waarbinnen de deskundige opereert. Die is nu veel te vrijblijvend. Degenen die zich als deskundige presenteren dienen veel meer op de huid gezeten te worden, niet alleen door rechters en advocaten, maar ook door beroepsgenoten en -verenigingen. De persoon van de deskundige is (en blijft) misschien wel de zwakste schakel in de keten. Het verstand houdt immers op waar de ijdelheid begint.⁴¹

41. Een uitspraak ontleend aan de Oostenrijkse schrijfster Marie von Ebner-Eschenbach (1830-1916): 'Wo die Eitelkeit anfängt, hört der Verstand auf.'