

Rechters en partijdeskundigen: over de (on)deskundigheid en (on)partijdigheid van experts

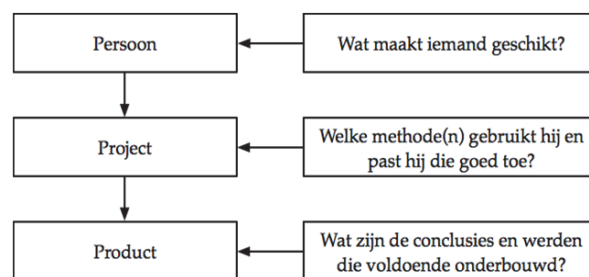
Advocaten en rechters kunnen vaak niet zonder deskundigen. Deskundigen in rechte zijn formeel ingekaderd, partijdeskundigen echter niet. Wat doet de rechter met hun rapporten? In de juridisch-doctrinaire literatuur wordt vrijwel uitsluitend aandacht besteed aan het handelen en de positie van de rechtbankdeskundige. Ook de wetgever waagt zich niet aan de partijdeskundige. Wordt een partijdeskundige geacht vooral berekenend, minder deskundig en beslist partijdig te zijn? Heeft de inbreng van een rapport van een partijdeskundige op voorhand al minder gewicht dan dat van een rechtbankdeskundige? Uit welk onderzoek blijkt dat verschil? Als het deskundigenbericht ten behoeve van de waarheidsvinding zo essentieel voor het rechterlijke oordeel is: wat zijn dan de criteria voor de keuze van de (juiste) deskundige, de manier waarop die het project moet uitvoeren en het product dat hij levert? De rechter is verantwoordelijk voor de bewijswaardering van een rapport als bewijsmiddel maar dat is vooral een epistemologische en geen juridische kwestie. Hoe motiveert de rechter dan diens bewijswaardering en de daaruit voortvloeiende bewijsbeslissing, zeker als in dezelfde zaak de rechtbank- en de partijdeskundige qua conclusies lijnrecht tegenover elkaar staan? Hoe kunnen we in wezen de deskundigenbijdrage beter realiseren, kanaliseren en beoordelen? Dat vraagt om een multidisciplinaire benadering. Vooral van de 'leveranciers' van (partij)deskundigen kan en moet meer worden gevraagd qua kwaliteitsbewaking. De dwalende (partij)deskundige schaadt immers ook diens eigen beroepsgroep.

1. Het voortdurende roepen om deskundigen

Advocaten en rechters kunnen gewoon niet zonder hen. Daarom verschijnen ze regelmatig ten tonele bij straf-, civiel- of bestuursrechtelijke procedures: de deskundigen. Ze zijn betrokken bij de waarheidsvinding, het correct vaststellen van de feiten en beschikken daarvoor over kennis die de praktijkjuristen niet hebben. Bij iedere expertise hebben we te maken met drie P's: de **p**ersoon van de deskundige, de wijze waarop hij het **p**roject uitvoert en het **p**roduct dat hij¹ levert (zie figuur).

Wat is nu precies een 'deskundige'? Als operationele definitie zou kunnen gelden: een expert is iemand met speciale kennis en competenties die daardoor in staat is om gepaste conclusies te trekken uit onderzoek binnen een bepaald domein. De advocaat en/of rechter beschikken niet over dergelijke bagage en hebben daarom de specialistische kennis van die persoon nodig. Maar voor de juridische setting is deze begripsduiding te beperkt: dat iemand beschikt over een specifieke domeinkennis, maakt hem nog niet tot een bekwaam expert voor het juridische doel.

Er is eindeloos veel gepubliceerd over aan welke voorwaarden een expert en diens expertise binnen een juridische context dienen te voldoen.² Het belangrijkste is natuurlijk een 'good epistemic practice' door de deskundige: deze verschaft steeds betrouwbare kennis.³



Over hetgeen nu precies onder deze praktijk verstaan moet worden, bestaat slechts in grote lijnen enige overeenstemming.⁴ Veel deskundigenonderzoek is ook maatwerk.

Experts treden op hetzij in de rol van rechtbankdeskundige (deskundige in rechte), hetzij in die van partijdeskundige. Die tweedeling heeft een formeelrechtelijke grondslag. Rechtbankdeskundigen worden door de rechter benoemd en voor hun werkzaamheden bestaat een juridisch kader. Partijdeskundigen zijn echter niet van ambtswege benoemd, hun inbreng mist daardoor een formele status binnen het geding en hier geldt voor hen geen formeel juridisch normatief raamwerk. Proces-

* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is arts en jurist, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid Erasmus School of Law EUR en redacteur van dit tijdschrift. E-mail: raimondgiard@gmail.com. Met dank aan Ruth de Bock en Diederik Aben voor hun commentaren en tekstuele verbeteringen.

1. Waar ik in algemene zin het woordje 'hij' gebruik, wordt natuurlijk steeds bedoeld: hij of zij.

2. Zie bijvoorbeeld daarover Walton (1989), Goldman (2001) en Martini (2014).

3. Epistemologie is dat onderdeel van de filosofie dat zich bezighoudt met onze kennis: het wezen en de oorsprong ervan en de voorwaarden waaraan betrouwbare kennis moet voldoen. Zie ook Ward (2017).

4. Daarover Walton & Zhang (2013).

rechtelijk is het deskundigenbericht een advies aan de rechter of een middel ter voorlichting.⁵

Wat betreft het strafrecht kent de formeelrechtelijke inkadering van rechtbankexperts de Wet deskundigen in strafzaken.⁶ Voor het civiele recht gelden art. 194-200 Rv, waarin wordt voorgeschreven hoe deskundigen worden benoemd, hoe zij te werk dienen te gaan enzovoorts.⁷ In het bestuursrecht handelt alleen art. 8:47 Awb over het benoemen van een deskundige.⁸ Voor het hoogste bestuursrechtelijke college, de Centrale Raad van Beroep, geldt de Procesregeling Bestuurlijke Colleges van 2014 met daarin art. 15 over het deskundigenonderzoek. Hoe deskundigen bij bestuursrechtelijke kwesties te werk dienen te gaan is in aanvullende voorschriften geregeld.⁹ Daarnaast werden nog andere juridische bijsluiters geformuleerd. Voor het civiele recht is dat de Leidraad deskundigen in civiele zaken.¹⁰ Voor geregistreerden in het register van het NRGD geldt de Gedragscode Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen.¹¹ Ook is in 2012 de Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken verschenen.¹²

Partijdeskundigen worden steeds aangezocht door een partij. Een (civiele) advocaat zal vaak al vóór het begin van een procedure een expert nodig hebben om uit te maken of de feiten die aan de eis ten grondslag zullen worden gelegd enige basis hebben. Bij de start van een procedure liggen er dikwijls al een of meer deskundigenrapporten van partijen om hun respectievelijke posities te ondersteunen. De Nederlandse Orde van Advocaten houdt haar leden als kernwaarde voor dat een advocaat partijdig is en zijn cliënt door dik en dun steunt. Daarom ook kan een door hem of haar aangezochte expert door anderen al snel als partijdig worden beoordeeld, zeker als deze een contra-expertise heeft uitgebracht naar aanleiding van een rapport van een rechtbankdeskundige. De vraag rijst of dat uitgangspunt van veronderstelde partijdigheid van de partijdeskundige in volle omvang opgaat. Daarover kom ik hierna nog te spreken.

Zegt het procesrecht toch nog iets over partijdeskundigen? Alleen het civiele recht. De rechter kan, overeenkomstig art. 200 lid 1 Rv, een partij op haar verzoek toestaan deskundigen te doen horen die niet door de rechter zijn benoemd. In de Wet deskundigen in strafzaken wordt de partijdeskundige niet genoemd. In strafrecht blijkt de rechter(-commissaris) vaak afwijzend te staan tegenover partijdeskundigen als die niet geregistreerd staan in het register van de NRGD.¹³ Ook in het bestuursrecht is er geen wetsartikel met voorschriften over de partijdeskundige.

Wanneer niet alleen formeel-juridisch maar ook in de praktijk partijdeskundigen inderdaad als tweede garnituur worden beoordeeld: wat heeft hun bijdrage dan werkelijk voor betekenis? Verdient de inbreng van partijdeskundigen niet een andere en vooral meer serieuze benadering? Het antwoord op deze vragen heeft allereerst een praktische kant: hoe gaat de rechter met hen en hun producten om? Tevens leidt deze vraag tot theoretische, doctrinaire beschouwingen over het handelen en de positie van de partijdeskundige in de juridische literatuur. Dienen we aan de bijdragen van partijdeskundigen striktere eisen te gaan stellen, die dan net zo streng zijn als die voor rechtbankdeskundigen? Over welke eisen hebben we het dan? Zijn daarvoor formele rechtsregels op hun plaats? Zijn die dan ook effectief of bestaan daarvoor andere mogelijkheden?

In dit artikel wil ik vooral aandacht besteden aan de partijdeskundige. Er bestaat enerzijds vraag naar partijdeskundigen en er zijn anderzijds aanbieders van partijdeskundigen. Wat bepaalt het gedrag van partijdeskundigen en wat is de betekenis van hun expertises?

Ik start met het omschrijven van de kernproblemen van het opstarten van een deskundigenonderzoek (par. 2). Dan volgt een klaagzang van een (partij)deskundige (par. 3). Hoe staat het met de kwaliteit van expertises en is die van een rechtbankdeskundige immer beter dan van een partijdeskundige (par. 4)? Maar wat is hier nu echt het probleem (par. 5)? Elke expertise moet door de rechter worden gewogen: hoe voltrekt zich die bewijswaardering en -beslissing (par. 6)? Vervolgens rond ik af (par. 7).

2. De kernproblemen van het opstarten van een deskundigenonderzoek

Of het nu gaat om het uitnodigen van personen om op te treden als rechtbank- of als partijdeskundigen, er spelen steeds twee wezenlijke kwesties: (1) zijn ze werkelijk onpartijdig en (2) zijn ze wel deskundig genoeg? Het laatste punt gaat over hun epistemische competentie.¹⁴ Er is inmiddels al heel veel geschreven over de vraag naar die competentie: welke kenmerken maken iemand tot een betrouwbare deskundige? En wat kenmerkt een goede expertise, het product? De hoop is om daaruit praktische regels en toetsingscriteria te kunnen destilleren. Die blijken vaak toch te algemeen, te vaag of te abstract.¹⁵ Het product is uiteindelijk belangrijker dan de persoon, maar die twee staan niet los van elkaar.

Het deskundigenrapport als bewijsmiddel kent een paradoxale problematiek. Aan de ene kant wil de rechter bij een rechtbankdeskundige minstens enige aansturing en controle hebben over de totstandkoming van dit bewijs, maar aan de andere kant moet hij dat uit handen geven

5. De Bock (2008), p. 298.

6. Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken). Zie daarover Haverkate (2009).

7. Het standaardwerk hierover is natuurlijk dat van De Groot (2008).

8. Zie daarover De Graaf & Marseille (2011).

9. Zie bijvoorbeeld de *Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken* of het *Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten*.

10. Zie www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Leidraad-deskundigen-WT.pdf.

11. *Stcr*. 2015, 47958.

12. www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Gedragscode-voor-gerechtelijk-deskundigen-in-civielrechtelijke-en-bestuursrechtelijke-zaken.pdf.

13. NRGD = Nederlands Register van Gerechtelijk Deskundigen; zie www.nrgd.nl.

14. Zie over deze *epistemic responsibility* bijvoorbeeld Corlett (2008), Amaya (2008) en Mnookin (2015).

15. Zie daarover recent Quast (2016) en Goldman (2016).

aan de expert bij gebrek aan voldoende kennis.¹⁶ Pogingen om toch nog langs de weg van juridisch-contextuele sturing enige greep te verwerven op de totstandkoming van de rapportage, worden weerspiegeld in de al genoemde procedurele regels.¹⁷ In civiele zaken worden rechtbank-deskundigen geacht hun taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen (art. 198 lid 1 Rv) en bij het opstellen van hun rapport zijn ze bovendien gehouden aan de regel van hoor en wederhoor (art. 198 lid 2 Rv, maar ook art. 19 Rv). In het civiele recht geldt sowieso een waarheidsplicht voor partijen ex art. 21 Rv. In het strafrecht wordt de deskundige in art. 51i lid 3 Sv opgedragen naar waarheid, volledig en naar beste inzicht verslag uit te brengen. Wat zijn deze artikelen nu in de praktijk waard?

Binnen het bestek van de totstandkoming van (partij)deskundigenrapportages is, naast het juridische – procesrechtelijke – kader nog een tweede regulerend raamwerk nodig, het al genoemde epistemische: er is dus steeds sprake van een dubbele normativiteit.¹⁸ Uiteindelijk is die epistemische normativiteit het meest doorslaggevend, daar waar het aankomt op de inhoud van het rapport als basis voor het oordeel door de rechter. Maar zo worden we weer geconfronteerd met de al besproken ongerijmdheid van de onwetende jurist die over het kennisproduct van een (partij)deskundige moet gaan oordelen.

Neem nu de volgende situatie. Vaak roept een rapport van een rechtbankdeskundige als reactie een contraexpertise van een of beide partijen op: wat doet de rechter daar nu mee? Als deze dan toch de rechtbank- en niet de partijdeskundige wil volgen, is daar dan een expliciete motivering voor nodig? De Hoge Raad oordeelt van wel:

De rechter zal op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Indien de rechter in een geval als hier bedoeld – waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten – de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet volgt, dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.¹⁹

In de rechtspraktijk is het spanningsveld tussen de formele en de materiële waarheidsvinding alomtegenwoordig; die zouden idealiter zo veel mogelijk met elkaar moeten corresponderen.²⁰ We hebben daarmee ook te maken met twee normatieve kaders: juridisch en epistemisch. De laatste geldt met name voor elke expertise. De rechter is juist vertrouwd met het juridische kader en het zal niet makkelijk voor hem zijn om steekhoudende argumenten aangaande de respectievelijke rapporten te kunnen formuleren.²¹

We hebben daarnaast te maken met een heuse rechtsstrijd, een toernooi waarbij partijen geacht worden het strijdperk te kunnen betreden met een aan elkaar gewaagde immateriële wapenuitrusting – het basisprincipe van de *equality of arms* ex art. 6 EVRM. Er moet dus een symmetrische relatie tussen de strijdende partijen kunnen bestaan. De bedoeling hiervan is dat niemand in het juridische toernooi het onderspit mag delven omdat een partij geen kans kreeg om het standpunt adequaat naar voren te brengen. ‘Equality of arms’ vereist dus in die zin een *kanssymmetrie*.

Wanneer het doel van de waarheidsvinding is om alle voor deze juridische procedure relevante feiten en omstandigheden boven water te krijgen, dan is er een gedeelde verantwoordelijkheid van alle procesdeelnemers, de rechter inclusief, dit te realiseren. Hoe past de (partij)deskundige in deze beschouwing? Bovendien wijs ik op een andere dimensie: de *equality of quality*. Dat eist een *kennissymmetrie*.²²

3. De huidige praktijk: een klaagzang van een (partij)deskundige

Er is al heel veel geschreven over de deskundige, maar dat betreffen allemaal abstracte beschouwingen. Nu dan eens kijken naar de dagelijkse praktijk. Wat ervaren (partij)deskundigen zelf van deze problematiek? Hoe zijn rechters met hun rapporten omgegaan? Kent de rechter inderdaad op voorhand een minder gewicht toe aan de inbreng van een partijdeskundige? Krijgen experts ooit enige terugkoppeling op hun rapporten van advocaten en/of rechters? Ik geef enkele van mijn ervaringen.

Ik heb de rol vervuld van zowel rechtbank- als partijdeskundige bij straf- en civielrechtelijke kwesties. Die ervaringen waren nogal eens teleurstellend en soms behoorlijk frustrerend. Als partijdeskundige in een strafzaak bijvoorbeeld werd ik tijdens een onderzoek ter terechtzitting door de rechter wat betreft mijn kwalificaties uiterst onheus bejegend en was van mijn inbreng niets terug te vinden in het oordeel.²³ Als rechtbankdeskundige in civiele kwesties heb ik nooit enige terugkoppeling gehad op mijn rapporten, ik ben nimmer uitgenodigd om iets nader toe te lichten. Wat er precies met mijn inbreng gedaan is, kan ik vaak niet eens uit het vonnis

16. Appazov (2016), p. 63 en De Bock (2011), hoofdstuk 7.

17. Verkerk (2007).

18. Giard (2016), p. 11.

19. HR 5 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AN8478, r.o. 3.6.

20. De Keijser (2017), p. 8.

21. De Bock (2008), p. 311.

22. Giard (2017a).

23. Rb. Rotterdam 12 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG6738.

opmaken. Dat vonnis moest ik overigens als rechtbankdeskundige veelal zelf opvragen, ingeval het niet op rechtspraak.nl gepubliceerd werd; als partijdeskundige kreeg ik wél die terugkoppeling via de advocaat.

Als partijdeskundige over medische aansprakelijkheidskwesties, kon ik uit een vonnis evenmin opmaken welke rol mijn rapport in de beraadslagingen heeft gespeeld en hoe mijn opinie is gewogen. Soms ook, bij het geven van kritisch commentaar op een rapport van een rechtbankdeskundige, werd in het oordeel alleen gemeld dat mijn bezwaren weer werden weerlegd – echter niet hoe. Ik had daarbij geen gelegenheid tot enig weerwoord gehad.²⁴ Zo'n wegwuiven lijkt niet in lijn met het hierboven geciteerde normatieve kader van de Hoge Raad.²⁵ Dat geeft me vaak het gevoel dat een rechter op voorhand liever een rechtbankdeskundige op grond van diens autoriteit gelooft dan een partijdeskundige.²⁶

Het bepaalde in art. 198 lid 2 Rv, om partijen in de gelegenheid te stellen om te reageren op het werk van de rechtbankdeskundige, is niet op een partijdeskundige van toepassing; hier geldt geen plicht tot hoor en wederhoor. Ook werd ik, als partijdeskundige, nimmer uitgenodigd om in een comparitie mijn expertise toe te lichten en/of in discussie te gaan met de rechtbankdeskundige.²⁷ Soms kwam ik terecht in procedures, waarbij het aantal deskundigen gaandeweg zodanig flink was gegroeid dat die op de vingers van twee handen geteld moesten worden.²⁸ De papiermassa en de daarin geponeerde feiten en conclusies waren duizelingwekkend. Wat is hiervan nu de informatiewinst? Er is in ieder geval wél informatieoverlast. Werd die groei van het aantal rapporten veroorzaakt omdat de deskundigen niet nader tot elkaar kwamen en de rechter dan maar weer een volgend deskundigenonderzoek gelastte? Wie kan uit zo'n berg rapporten nog iets wijs worden? Zou dat door de rechters niet beter geregisseerd ~~hebben kunnen~~ worden?

Wat me ook is opgevallen is, wanneer je naar beste weten een rapport hebt geschreven, dit stuk vervolgens ten prooi valt aan een enigszins begrijpelijke maar in mijn ogen als expert toch bedenkelijke tactiek van advocaten. Wanneer mijn conclusies een der partijen onwelgevallig is, worden die door de betreffende gemachtigde niet beargumenteerd bestreden maar wordt een strategie van sofismen ingezet met het doel de deskundige te deconstrueren. Of er wordt maar iets beweerd. Bij een zaak over werkgeversaansprakelijkheid, een man die als schilder tumoren van de urinewegen had opgelopen ('toxic torts'), werd door de gedaagde partij tijdens behandeling door de tweede feitenrechter domweg gesteld dat mijn conclusies niet werden onderbouwd terwijl dat wél degelijk – zelfs uitvoerig – het geval was. Bij een tussentijdse cassatie ontkrachtte de A-G dat en merkte op dat juist die stelling van de advocaat niet onderbouwd

was. In een andere zaak werd gepoogd om in cassatie een rapport van tafel te krijgen met het argument dat ik niet deskundig werd geacht op dit terrein zonder dat nader te onderbouwen, terwijl dat bij deze casuspositie wél degelijk het geval was.²⁹

Zo'n manier van werken van advocaten lijkt me in de context van een toernooimodel, zeker als er veel op het spel staat, tot op zekere hoogte nogal wieses maar vanuit epistemologisch oogpunt is het mij een gruwel. Als deskundigen het met elkaar niet eens kunnen worden, moeten zij m.i. onder leiding van de rechter met elkaar in debat tijdens een comparitie.³⁰ Het is voor uitsluitend juridisch geschoolde advocaten immers onmogelijk om over en weer een inhoudelijke discussie te gaan voeren over de rapporten.

Deze kritische opmerkingen heb ik toch niet geschreven vanuit een gelijkhebbende *mindset*. Ik ervaar hier met name de rechtspraktijk niet werkelijk als een discursieve grootheid waarbij alles draait om het zo goed mogelijk vaststellen van de feiten door het realiseren van een wezenlijk, diepgaand en juist gevoerd partijdebat. Alles gaat bij dergelijke procedures voornamelijk om het heen en weer sturen van stukken. Er is vaak geen wezenlijke confrontatie tussen de meningen van de respectievelijke deskundigen. Op deze wijze kom je niet tot de kern van de zaak. De rechter houdt – begrijpelijk – gepaste afstand tot de experts en zeker tot de partijdeskundigen. De epistemische waarden blijken niet als leidend te worden gehanteerd, het pragmatisme om de zaak af te kunnen ronden lijkt te prevaleren. Ik ervaar dit alles als een duidelijke, hinderlijke en in mijn ogen onnodige asymmetrie tussen de positie van enerzijds rechtbank- en anderzijds partijdeskundigen.

4. De inzet van (partij)deskundigen: wat bepaalt de kwaliteit van hun werk?

Het lijkt er wat mij betreft op dat het werk van een partijdeskundige door de rechter dikwijls minder gewaardeerd wordt dan dat van een rechtbankdeskundige. Biedt het formeel benoemen van een deskundige door de rechter een betere garantie voor de kwaliteit van hun expertise dan dat van de niet door hem aangewezen partijdeskundige? Ter beantwoording van die vraag neem ik u als lezer mee in een gedachte-experiment: een rechtbank- én een partijdeskundige beoordelen beiden dezelfde casuspositie. Ze hebben daarbij dezelfde bronnen tot hun beschikking. Uiteindelijk komen de deskundigen tot verschillende conclusies. Hoe moeten we dat duiden?

Kan er altijd maar één rapportage de juiste zijn en is de andere dus onjuist? Hoe herken je die dan? Kunnen ze eventueel ook alle twee fout blijken te zijn of zelfs beide juist? Wat betreft de laatste mogelijkheid: bestaan er in

24. Zie bijv. Hof Arnhem 2 september 1012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853, r.o. 2.21 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3981, r.o. 2.12 e.v.

25. Zie noot 19.

26. Zie over deze *authority bias* Schröder (2016).

27. Zie het hiervoor eerdergenoemde art. 200 lid 1 Rv.

28. Zie de conclusie A-G, Parket HR 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ1721.

29. Hof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3739. In mijn disclosure statement was dat onderbouwd.

30. Dat is ook recent weer bepleit. Zie rapport expertgroep modernisering burgerlijk recht, Hammerstein et al. (2017).

de praktijk dan soms twee verschillende en niet à priori onjuiste visies op eenzelfde kwestie?

De rechter moet uiteindelijk gemotiveerd kiezen welke conclusies, dus het *product* van deze expertises, hij tot de zijne zou kunnen maken. Daarbij ontkomt hij er niet aan om de totstandkoming ervan nader te beschouwen. Dat vergt het bestuderen van de verschillende aspecten van het *proces* – dus een epistemologische exercitie.

Wat kunnen zoal de mogelijke foutenbronnen zijn? Er zijn drie categorieën oorzaken denkbaar. De eerste factor is de *menselijke*, gegeven hun mogelijkheid tot falen. Misslagen kunnen berekenend dus opzettelijk en daarmee frauduleus zijn, het gevolg van onzorgvuldig uitvoeren van de onderzoekstaak of door incompetentie, het niet goed toegerust zijn van de expert op diens taak.

De tweede is de *technische* en betreft het gebruikmaken van hulpmiddelen, d.w.z. het toepassen van technologie en het gebruik van instrumenten: die hulpmiddelen kunnen dan of gebrekkig functioneren of ze blijken kapot te zijn. Sowieso hebben hulpmiddelen ook bij goed functioneren hun inherente beperkingen in de zin van onvolkomenheden qua accuratesse (= de overeenstemming met de werkelijke toestand) of qua precisie (= de reproduceerbaarheid van waarnemingen). Zowel de accuratesse als de reproduceerbaarheid zijn algemene, epistemisch en technologisch relevante waarden, die gekend moeten worden.

De derde is de *methodologische*, de gehanteerde manier van onderzoeken, steeds toegespitst op de voorliggende taak, waarbij beoordeeld wordt of de juiste methode werd gekozen en of die wel op de juiste manier werd toegepast.³¹

Met deze misslagentriologie zijn we er nog niet. Die misslagen spelen praktisch gezien vooral in het begin. Bij het uitvoeren van het onderzoek hebben we respectievelijk te maken met drie fundamentele cognitieve activiteiten, namelijk (1) het realiseren van de materiële feitenvaststelling, (2) het interpreteren van de bevindingen en (3) het abstraheren.³² Die materiële feitenvaststelling is steeds het resultaat van een interactie tussen de deskundige en de wereld zoals hij die onderzoekt. Die wisselwerking heeft niet alleen een materiële maar steeds ook een sociale dimensie; in een sociale context wordt sociaal gehandeld met alle gewenste en ongewenste invloeden van dien. Naar welke feiten de onderzoeker speurt, wordt bepaald door de gestelde vraag of vragen en de praktische en theoretische kennis van de expert. Hoe die dat doet in deze realiseringsfase hangt af van de toegepaste methode(n) en van de juiste waarnemingscondities.³³

Daarna volgt het duiden van de verkregen waarnemingsresultaten. De resultaten ('stille getuigen') spreken nooit

voor zichzelf; er moet steeds betekenis aan gegeven worden. Daarbij speelt ook nog dat iedere beschrijving op zichzelf al een interpretatieve dimensie heeft: realiseren en interpreteren gaan daarom vaak hand in hand. Dat is juist binnen een juridische context van extra betekenis want dezelfde feiten kunnen ruimte bieden voor uiteenlopende interpretaties – ook door de rechter. Het resultaat van de interpretatie wordt dus bepaald door de juistheid van het waarnemingsproces én de wijze van interpreteren. Dat eerste wordt vaak gezien als vooral een technisch bepaald uitvoeringsprobleem, het tweede is veel minder grijpbaar – laat staan stuurbaar.

Met name het interpreteren van de onderzoeksresultaten is eveneens blootgesteld aan verschillende vormen van bias.³⁴ Zo ligt *bevestigingsbias* bijvoorbeeld op de loer: je herkent sneller het bewijs voor jouw opvattingen dan de tegenargumenten daarvoor. *Reddingsbias* betekent dat je bepaalde feiten, die niet lijken te kloppen met jouw ideeën, weglaat omdat je vermoedt dat die door fouten bij de waarneming tot stand kwamen. *Kennisbias* impliceert dat de data geloofwaardig zijn, omdat ze passen binnen een bestaand verklarend model. Dit laatste punt betreft de theoriegeladenheid van interpretaties. Het gehanteerde model voor het ontstaan van calamiteiten bepaalt de interpretatie en zo geldt als wetmatigheid: what-you-look-for-is-what-you-find, WYLFIFYF.³⁵

Het laatste onderdeel van de drie cognitieve acties is dat van het abstraheren. Het uiteindelijke kennisproduct, het rapport van de deskundige, levert diens conclusies op.³⁶ Die vormen weer de grondstof voor een oordeel, het eveneens abstracte juridische dictum. Als resultaat van dit cognitieve proces van observeren-interpreteren-abstraheren kunnen we de onheilsgebeurtenis nu wezenlijk begrijpen ('explanatory understanding'). Dit uiteindelijk op een abstract niveau begrijpen wordt dus epistemisch bepaald en dit is de cruciale onderbouwing voor het oordeel.³⁷

Al deze factoren kunnen verklaren waarom verschillende experts tot verschillende conclusies kunnen komen, die niet noodzakelijk onjuist hoeven te zijn. Die verschillende determinanten van de kwaliteit van een expertise zijn dus zowel op rechtbank- als op partijdeskundigen van toepassing. Ze betekenen vooralsnog niet dat we à priori minder vertrouwen zouden moeten hebben in het werk van partijdeskundigen. Procesrechtelijke desiderata voor de deskundige – handel onpartijdig en naar beste weten – zijn te theoretisch en ook te globaal om praktisch te kunnen zijn. Sturing van het deskundigenonderzoek in de juiste richting vraagt daarom een epistemisch – dus een niet-juridisch! – normatief kader.

Wat weten we nu eigenlijk van de kwaliteit van deskundigenrapporten? Ik ken voorshands geen studies, die de *inhoudelijke* kwaliteit van expertises van rechtbank- en

31. Dror & Charlton (2006) en Dror (2008).

32. Radder (2014).

33. Zie over de juiste methodologie Giard (2016) en (2017a).

34. Kaptchuck (2003).

35. Lundberg et al. (2009).

36. Radder (2014).

37. De Regt (2009).

partijdeskundigen bij dezelfde casuspositie systematisch vergelijkend hebben beoordeeld op zowel het proces als het product. Er zijn echter genoeg veldstudies die aangeven hoe deskundigen over dezelfde zaak verschillend oordelen. Veel van die studies zijn afkomstig uit de VS, waar een *common law* rechtssysteem vigeert dat anders functioneert dan het op het Europese vasteland toegepaste *civil law* systeem. In de VS en het VK kent men voornamelijk partijdeskundigen, die ingehuurd worden door de tegenover elkaar staande procespartijen.

Er zijn wel de nodige studies verricht naar de reproduceerbaarheid van deskundigenbeoordeling. Enkele voorbeelden:

- Bij forensisch DNA-onderzoek van hetzelfde DNA-monster bleken 19 verschillende deskundigen zeer uitlopend te rapporteren.³⁸
- Bij het herbeoordelen van dezelfde vingerafdrukken, die ze al eerder beoordeeld hadden maar nu met een andere contextuele informatie kregen aangeboden, gaven de meeste deskundigen een totaal ander oordeel.³⁹
- Bij een systematische studie naar de mate van overeenstemming tussen beoordelaars van de mate van arbeidsongeschiktheid bleek deze gering en dus te beperkt.⁴⁰
- Bij onderzoek van de geestelijke toestand van dezelfde criminelen bleken psychiaters bij hun beoordeling van dezelfde personen sterk te verschillen, zulks met een geringe mate van overeenstemming.⁴¹

Bij zowel veld- als experimentele studies wordt bij herhaling aangetoond dat er sprake is van 'adversarial allegiance', partijgebondenheid dus een loyaliteit van de expert aan diens opdrachtgever.⁴² Qua conclusies levert dat de opdrachtgever dus een rapport dat gunstig is voor diens procespositie. Met name Murrie heeft in een experimentele setting duidelijk aangetoond dat deskundigen hun opdrachtgevers willen behagen.⁴³ Hij heeft hiervoor drie verklaringen. Ten eerste als resultaat van een psychosociaal proces waarbij de deskundigen zich vereenzelvigen met het team dat aan de zijde staat van die procespartij. Vervolgens is het mogelijk dat hier cognitieve biases spelen, met name de bevestigingsbias. Ten slotte zouden financiële motieven een rol kunnen spelen: ze worden gekozen en betaald voor het resultaat.⁴⁴ Dergelijke deskundigen staan dan vaak al bekend om hun standpunt in de betreffende kwestie en worden daarom gekozen.

Loyaliteitseffecten zijn beslist niet uniek voor partijdeskundigen maar kunnen ook spelen bij rechtbankdeskundigen. Die kunnen zich teveel vereenzelvigen met

hun functie als adviseur van de rechter of warempel zichzelf een beetje rechter voelen. Rechtbankdeskundigen maken het rechters gemakkelijk om te beslissen wanneer ze rapporten leveren met een eenduidige conclusie en zich daardoor geliefd weten. Rechtbankdeskundigen kunnen ook trouw tonen aan hun eigen professie en het opnemen voor hun ter verantwoording geroepen collega. Ze kunnen om emotionele redenen juist loyaliteit tonen jegens de slachtoffers en zich daardoor laten leiden. Of ze zijn te zeer gehecht aan hun eigen superieure status en kunnen zo schitteren op het juridische toneel ('Ik had dat beslist wél goed gedaan!').⁴⁵ Het is buiten kijf dat deze loyaliteitseffecten een waarachtige bedreiging vormen voor de kwaliteit van de expertises. Het is wederom vooral de interpretatiefase waarin er voor dit fenomeen 'goede' mogelijkheden liggen.

Murrie – en hij zeker niet alleen – stelt dat juist het toernooikarakter van de rechtsstrijd deze loyaliteitseffecten oproept.⁴⁶ Zolang die weg van strijd in de juridische arena wordt gevolgd, zullen deze problemen blijven bestaan. Het gaat partijen immers om het winnen. Het probleem van de aldus geëvoceerde partijdigheid van deskundigen moge dan duidelijk zijn, maar naar de precieze oorzaken en met name de mogelijke remedies is nog veel te weinig onderzoek gedaan. De procesregel dat de rechter feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist als vaststaand moet beschouwen nodigt toch uit om hoe dan ook met tegenargumenten te komen?⁴⁷ Dat betekent dat een partijdeskundige in een contra-expertise bewust zal toewerken naar bepaalde conclusies.

Het is bekend en ook in buitenlandse studies aangetoond dat het geregeld voorkomt dat partijdeskundigen op verzoek van advocaten hun rapporten aanpassen door bepaalde zaken weg te laten, anders te formuleren en/of hun conclusies te wijzigen; de deskundige als marionet van de advocaat.⁴⁸ Ook kunnen advocaten ingeval van partijdeskundigen gaan 'shoppen' en dan hem onwettelijke rapportages kan achterhouden. De rechter heeft geen zicht op hetgeen de advocaat allemaal al niet heeft gedaan om een rapport van een (partij)deskundige te verkrijgen. We stuiten met dit alles op duidelijk ethische kwesties, namelijk de opvattingen van individuele advocaten en deskundigen en hun beroepsverenigingen over de (on)toelaatbaarheid van dergelijke praktijken.⁴⁹ Hier zijn gedragscodes zeker op hun plaats.

De vraag of het werk van partijdeskundigen onderdoet voor dat van rechtbankdeskundigen laat zich niet op voorhand als een betrouwbare wetmatigheid beantwoorden. Er zijn zeker partijdeskundigenrapporten die de

38. De Keijser et al. (2016).

39. Dror & Rosenthal (2008).

40. Barth et al. (2017).

41. Gowensmith et al. (2012).

42. Zie hierover ook Merckelbach (2016).

43. Murrie et al. (2013).

44. Murrie & Boccaccini (2015).

45. Zie voor een overzicht over dwalende deskundigen Giard (2014a).

46. Zie bijvoorbeeld Simon (2004) en Gowensmith et al. (2012) en recent de studie van Hiil, Barendrecht et al. (2017).

47. Art. 149 lid 1 Rv.

48. Zie daarvoor onder meer Dalrymple (2003).

49. Over deze ethische aspecten o.a. Murphy (2000), Bubela (2004) en Sanders (2007).

toets der kritiek niet kunnen doorstaan – maar dat geldt ook voor die van deskundigen in rechte. Voor de Nederlandse situatie weten we hierover gewoon veel te weinig bij gebrek aan onderzoek naar de kwaliteit van rapportages, vooral vergelijkende studies.⁵⁰ Er is daarover wel onderzoek verricht in de VS en het VK, maar die conclusies zijn gebonden aan de context van het aldaar vigerende rechtssysteem, waarin vrijwel geen rechtbankdeskundigen optreden en een jury optreedt als beslisser.

5. Wat is nu écht het probleem en wie zijn daarbij betrokken?

Tot nu toe hebben we de deskundigenkwestie vooral bezien vanuit de vraag of er een kwaliteitsverschil bestaat tussen het werk van partij- en rechtbankdeskundigen. Maar wat is hier nu op een conceptueel niveau het werkelijke probleem? Wat betreft het deskundigenadvies stelt De Groot: 'Mijn uitgangspunt is dat een deskundigenadvies in een civiele procedure een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de rechter in het geschil van partijen.'⁵¹ Die stelling geldt temeer voor het straf- en het bestuursrecht. De functie van de rechter is die van een probleemoplosser en deze wil daarbij niet dwalen op grond van een onjuiste expertise.

Wanneer de rechter gevraagd of ongevraagd met een deskundigenadvies geconfronteerd wordt, geldt voor hem steeds de opgave: hoe weet hij of hij zich op de uitkomsten van het rapport kan verlaten? Deskundigen kunnen immers, al dan niet opzettelijk, dwalen.⁵² Juridisch gezien gaat het dus om het nemen van een juiste bewijsbeslissing door de rechter. Die berust op een juiste bewijswaardering van het deskundigenrapport. De vraag is vervolgens waarop die bewijswaardering zou moeten stoelen. Wat geeft daarbij de doorslag: is dat de juridische status van de deskundige, de persoon van de deskundige, diens project of diens product? Die bewijsbeslissing wordt door de rechter(s) in afzondering in de raadkamer genomen.

Het analyseren van dit complexe deskundigenvraagstuk en het zoeken naar oplossingen ervan is alleen maar mogelijk als alle direct en indirect belanghebbenden daarbij betrokken worden en hun verantwoordelijkheden nemen. Een opsomming van de *dramatis personae*: de rechter, de advocaten en de deskundige(n), als directe deelnemers. Die zijn echter steeds verbonden aan hun professionele of wetenschappelijke organisaties en die professionele instanties hebben elk hun eigen opleidingen, hun maatschappelijke functies, hun specifieke professionele rollen in de juridische procedure. Daaruit ook vloeien niet alleen hun praktische maar ook hun ethische verantwoordelijkheden voort.

De deskundige: die treedt weliswaar als individu op, maar gedraagt zich idealiter niet als een *lone wolf*. Hij is representant van een bepaald beroep c.q. kennisdomein. In die professionele hoedanigheid onderzoekt en beoordeelt hij niet alleen de casus maar ingeval er al eerder is gerapporteerd tevens het handelen van een beroepsgenoot en de gevolgen daarvan. Wanneer de expert dwaalt, wordt er onjuist geoordeeld over het handelen van zijn collega en dat kan weer negatieve repercussies hebben voor de betreffende professie. Daarom hebben dergelijke professionele organisaties ook hun verplichtingen om te zorgen voor goede deskundigen uit hun midden. Het is ook wenselijk dat zij het handelen van hun experts met enige regelmaat toetsen.

Verschillende medisch-wetenschappelijke verenigingen bijvoorbeeld hebben die plicht op zich genomen. Zo hebben onder meer KNO-artsen, klinisch-pathologen en orthopedisch chirurgen commissies hiervoor in het leven geroepen en gedragsregels voor hun deskundigen opgesteld. Het Nederlands Instituut van Psychologen heeft recent een vernieuwde richtlijn neuropsychologische expertise gepubliceerd.⁵³ De Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie bijvoorbeeld stelde al in 2005 gedragsregels voor haar leden op.⁵⁴ Een van die regels verlangt dat de deskundige beschikt over specifieke ervaring en kennis gerelateerd aan de opdracht.

De praktijk leert echter dat die gedragsnormen niet altijd het gewenste effect hebben. Een gynaecoloog trad bijvoorbeeld op als deskundige in een strafzaak over een levensdelict en postuleerde een ongefundeerde verslepingstheorie bij een spermaspoor, dat later als non-bewijs werd gekwalificeerd.⁵⁵ Diezelfde gynaecoloog trad ook als partijdeskundige buiten zijn eigen vakgebied op in een zaak over een complicatie bij een man na verwijdering van een goedaardig vetgezwel uit diens hals.⁵⁶ Als gedragsregels al *soft law* zijn, dan zijn ze dus voorerst boterzacht.

Er zijn tegenwoordig instanties die deskundigen opleiden en die bij goed resultaat de deskundige (en eventueel de door hem toegepaste methode) certificeren. Deskundigen in spe leren daar meer over de juridische context waarbinnen zij hun werk zullen moeten doen en over het schrijven van deskundigenrapporten. Nederland kent twee van dergelijke instanties, namelijk de al genoemde NRGD voor deskundigen in het strafrecht en de LRGD, een meer algemeen deskundigenregister voor straf-, civiel- en bestuursrecht.⁵⁷ Voor het LRGD bestaat het programma uit het bijbrengen van de beginselen van het procesrecht, het beschrijven van de rollen van de verschillende actoren, kennis van het juridische jargon en de denkwereld achter de rechtswetenschap.

50. Ik weet uit een mondelinge mededeling van een der deelnemers dat in het verleden een vereniging van medisch adviseurs in verzekeringszaken onderzoek naar medische deskundigenrapporten heeft uitgevoerd, maar ik heb daarvan geen publicatie kunnen terugvinden.

51. De Groot (2008), p. 2.

52. Daarover Giard (2014a) en Pal (2016).

53. Zie daarover Ponds (2017).

54. <http://nvog-documenten.nl/index.php?pagina=/site/pagina.php&id=54321>.

55. Zie Parket HR 23 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9992.

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

57. LRGD = Landelijk Register van Gerechtigd Deskundigen; zie www.lrgd.nl. Het LRGD accrediteert ook opleidingen van verschillende organisaties – zie www.lrgd.nl/Deskundigheidenopleiding/Erkendeopleidingen.

Een zwak punt bij deze algemene certificerende instanties is echter het tekortschietende onderricht in de methodologie van analyse; de juiste aanpak van het onderzoek is vaak de achilleshiel van de deskundigenrapportages.⁵⁸ Hoe gebeurtenissen achteraf te onderzoeken, kent een aantal algemene principes en de grootste gevaren zijn wijsheid achteraf en tunnelvisie.⁵⁹ Daardoor vraagt het analyseren van onheilsgebeurtenissen voor elke discipline specifieke kennis en methoden. Een vaak vergeten punt is bovendien het zoeken naar relevante achtergrondkennis: hoe vaak komt het onderzochte fenomeen voor en welke factoren spelen bij het optreden ervan een rol?

Omdat er binnen elk vakgebied een gamma is aan onheilsgebeurtenissen, met elk eigen bijzonderheden bij het onderzoeken en beoordelen ervan, ligt het ontwikkelen en toepassen van een dergelijke methodologische kennis dus meer bij de betreffende vakgebieden of beroepsgroepen. Als er een heel specifieke deskundigheid wordt gevraagd, waarbij dergelijke experts dun gezaaid blijken, is het maar de vraag of zo'n expert gecertificeerd is door een instantie als de NRGD of de LRGD.

De advocaten: het is begrijpelijk dat een advocaat graag een deskundige zoekt die hem kan helpen bij het bepleiten van de zaak indachtig het al eerder al genoemde beginsel dat de advocaat zich vol inzet voor zijn cliënt – maar hopelijk niet tegen beter weten in.⁶⁰ De advocaat dient tegelijkertijd ook zijn cliënt te beschermen tegen onjuiste aantijgingen op grond van misslagen van een rechtbank- of partijdeskundige. Naar aanleiding van de reeks ernstige strafrechtelijke dwalingen in ons land is er niet of nauwelijks enige discussie geweest over de rol en de verantwoordelijkheid van de advocaten van de onterecht veroordeelde verdachten. Dergelijke misslagen kennen vrijwel nimmer één determinant of veroorzaker, de rechterlijke macht, maar worden door een samenloop van factoren en actoren bepaald.⁶¹

Rechters en advocaten zitten welbeschouwd steeds in hetzelfde schuitje. Ze zijn meesterlijk juridisch geschoold maar ze missen de specifieke niet-juridische deskundigheid die nodig is om bepaalde zaken te kunnen afhandelen. Het studiecentrum rechtspleging SSR organiseert een breed scala aan cursussen, bijvoorbeeld over interpretatie en bewijswaarde van DNA-onderzoek.⁶² Maar in die cursussen prevaleert steeds het juridische – begrijpelijk. Toch zou meer kennis van de bredere methodologische principes de mogelijkheid scheppen beter naar de processen van waarheidsvinding en deskundigenonderzoek te kijken. Dat zou een plaats kunnen krijgen bij de rio/oio-opleidingen⁶³ voor rechters en die voor stagiair-advocaten.

Meer specialisatie zou ook een optie kunnen zijn, met name binnen de rechterlijke macht. Het is niet meer van deze tijd om te veronderstellen dat iedere rechter iedere kwestie naar behoren zou moeten kunnen beoordelen.⁶⁴ Er zijn al diverse sectoren, die speciale rechtspraak kennen zoals de ondernemingskamer, de belastingkamer, raad van arbitrage voor de bouw enzovoorts. Ook wettelijk geregelde tuchtrechtspraak is gebonden aan bepaalde beroepen (advocatuur, notarissen, accountants, militairen, BIG-geregistreerde beroepen zoals medici, tandartsen etc.).

6. De rechter, de bewijswaardering en de bewijsbeslissing: een *black box*?

Hiervoor kwam de bewijsbeslissing al ter sprake. Een deskundigenrapport kan door partijen worden aangedragen als bewijsmiddel en daarnaast kan de rechter een rapport van een deskundige in rechte hebben gelast. De rechter moet nu beslissen welke elementen hij uit welke rapporten tot de zijne maakt. De formele rechtsregels voor het bewijs zijn in het civiele recht neergelegd in art. 149-155 Rv en voor het strafrecht in art. 338 – 344a Sv.

Giesen onderscheidde in het verleden al wat betreft bewijswaardering in algemene zin drie essentiële vragen, die nog steeds actueel zijn.⁶⁵ Allereerst de vraag welke waarde de rechter mag of moet hechten aan bepaalde bewijsmiddelen. Vervolgens de vraag of vooral een subjectieve dan wel een meer objectieve opvatting van de rechter beslissend is bij deze waardering. Ten slotte de vraag welke mate van overtuiging de rechter dient te bezitten alvorens hij kan en mag zeggen dat het feit (naar zijn overtuiging) bewezen is.⁶⁶ Wat betreft de eerste vraag geldt voor het civiele, straf- en bestuursrecht een zgn. vrije bewijsleer. De rechter beschikt daarmee over een aanzienlijke mate van vrijheid bij de waardering van hetgeen als bewijs, dus ook expertises, werd aangedragen.

Wat betreft de tweede vraag geldt dat de opvatting van de rechter in de onderhavige kwestie over de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel beslissend is.⁶⁷ Diens innerlijke overtuiging geeft de doorslag en die kent daarmee een hoge mate van subjectiviteit die met bewijsmotivering – achteraf! – moet worden gestaafd. De derde vraag betreft de bewijsmaatstaf en die draait vooral om de vraag hoe zeker de rechter is omtrent de juistheid van de gestelde feiten. De rechter is dus vrij om een keuze te maken uit de aangeboden bewijsmiddelen en bepaalt zelf hoe die te waarderen. Idealiter zou dat denkproces zich in de motivering van het vonnis moeten weerspiegelen, maar die is meestal vrij summier als het juist om deze drie vragen gaat.

58. Zie Giard (2016), m.n. hoofdstuk 8 en Giard (2017b).

59. Zie daarvoor het standaardwerk van Sidney Dekker (2014), inmiddels al de derde druk. Ook: Mertens et al. (2012), Giard (2016) en Giard (2017b).

60. Zie Gedragsregels NOvA, art. 5: 'Het belang van de cliënt, niet enig eigen belang van de advocaat, is bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.'

61. Zie Mertens et al. (2012).

62. Zie voor meer informatie <https://ssr.nl/>.

63. Rio = rechters in opleiding, oio = officieren van justitie in opleiding.

64. Zie daarover De Bock in haar NJV-pleadvies.

65. Giesen (1999).

66. Giesen (1999), p. 624.

67. Zie bijv. art. 152 lid 2 Rv: 'De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt.'

Het proces van waarheidsvinding door de rechter is te vergelijken met dat van de arts die een diagnose moet stellen; hierbij zijn veel van de cognitieve processen automatisch en is de kennisverwerking voor een belangrijk deel intuïtief. Toch kan en moet de arts achteraf de keuze van de diagnose kunnen expliciteren aan de hand van criteria en zo is ook een reconstructie te maken van dat diagnostisch proces. Dat zou in mijn ogen ook voor de rechter dienen te gelden. De bewijswaardering van expertises wordt door de rechter in de vonnissen meestal nauwelijks of niet zo expliciet beargumenteerd. De motivering is meestal nogal mager.

Wanneer de opinies van deskundigen over dezelfde zaak verschillen, kan – zoals eerder gesteld – het voor de rechter verhelderend zijn om in een comparitie de verschillende experts met elkaar te confronteren en hen te bevragen. Het allerbelangrijkste voor de rechter is te beseffen wat op een conceptueel niveau het probleem in de onderhavige kwestie is. Dat inzicht is cruciaal want daarover moet de deskundige uitleg geven.

Zeker bij wetenschappelijke expertises zal de geconstateerde onwetendheid van de rechters en advocaten ter zake problemen opleveren. Veel hangt dan af van de manier van rapporteren. Wanneer het bij een expertise gaat om het zoeken naar een verklaring voor een gebeurtenis (en dus niet om de bepaling van de omvang van de schade) zal de expert met name uitleg moeten geven aan de aanvrager waarom hij de kwestie op deze manier heeft onderzocht, welke aannames daarbij een rol speelden en waarom hij tot deze conclusies komt. Begrijpen door de rechter is essentieel voor het juist beslissen.

7. Waarheidsconcepties

We hebben het steeds over waarheidsvinding en die naam lijkt aan te geven dat er een unieke waarheid is die na goed zoeken alleen nog maar gevonden hoeft te worden. Momenteel worden we geconfronteerd met de toch wat ongemakkelijke opvattingen over *fact-free politics* en de *post-truth society*. Maar over wat waarheid nu eigenlijk is, wordt al millennia lang nagedacht en zijn ontelbare publicaties en boeken verschenen met verschillende ideeën over waarheid. Dat waarheid simpelweg een kwestie van zoeken en vinden is, lijkt onder de huidige opvattingen niet het geval: de werkelijkheid dringt geen eenduidige interpretaties of beschrijvingen aan ons op, waarheid lijkt eerder een constructie. Het vinden daarvan kan en moet op een doordachte methodische manier geschieden. Als we het hebben over deskundigen die de rechter gevraagd of ongevraagd diens opinies voorschotelen, kunnen we niet om dit waarheidsvraagstuk heen.⁶⁸ Als meerdere deskundigen op zoek gaan naar de ware toedracht, veronderstelt dat een integere basishouding en voldoende kennis en ervaring bij hen.

Binnen een juridische context komen we bij het nadenken over waarheid al snel bij het onderwerp objectiviteit terecht. Je kan objectiviteit onderzoeken en beschrijven als een proces of als een product.⁶⁹ Bij de waarheidsvin-

ding draait dat streven naar objectiviteit vooral om de procesmatige benadering daarvan. Daarbij komt de beschouwing van het recht als discursieve grootheid ons wederom goed van pas: waar partijen en deskundigen aan dit discours deelnemen, komt het aan op hun inzet, hun eerlijkheid en hun integriteit. Bij die interactie is de rol van de rechter ook uitermate belangrijk. Organiseert en regisseert hij alles goed en vooral: stelt hij kritische vragen en lokt hij discussies uit? En ook: doorvorst hij het wezenlijke probleem waar het hier om gaat?

Een belangrijk punt is dat we bij het deskundigenonderzoek steeds geconfronteerd worden met het *ground truth problem*: er is in de meeste gevallen geen onafhankelijke 'gouden' standaard, waaraan de absolute juistheid van beweringen kan worden afgemeten. De enige toetssteen is die van methodologische aard: werd het onderzoek wel op de juiste wijze gedaan? En als er meerdere methodologische wegen naar Rome lijken te leiden, geven die dan ook eenzelfde of juist verschillende resultaten? Hier blijkt wederom het nut dat partijen hierover – onder rechterlijke regie – debat voeren. En als ze niet tot een overeenstemming kunnen komen: waaraan ligt dat dan?

8. Deskundigen en de rechter: conclusies

Hoe geef je het deskundigenonderzoek op de beste wijze vorm? Wat zijn de taken en vooral de verplichtingen van de verschillende soorten experts? In dit artikel heb ik me met name gericht op de partijdeskundige vanuit de notie dat die kwalitatief vaak als de mindere van de rechtbankdeskundige wordt beschouwd. Waarop is dat oordeel gebaseerd? Wat weten we daar nu feitelijk van? De inhoudelijke kwaliteit van deskundigenonderzoeken is nog maar weinig systematisch-empirisch in kaart gebracht. Dat klemt temeer voor het praktisch functioneren van de deskundigenmodule binnen een juridische procedure. De partijdeskundige is niet de zwakste schakel; de problemen zijn ingebakken in het hele systeem.

Het functioneren van partijdeskundigen kan niet los gezien worden van de traditionele inrichting van een procedure. Zodra door partijen of door de rechter deskundigen worden ingezet, laat de vertroebelende sfeer van het toernooimodel zich volop gelden. Dat is een belangrijke zo niet de belangrijkste factor die meebrengt dat partijen zich verder ingraven, zich vastbijten. Veelvuldig wordt een nieuwe deskundige benoemd uitsluitend om de impasse te doorbreken. Diens rapport roept echter weer tegenreacties op van de andere partij en/of de door deze geraadpleegde deskundigen. Zodoende kan de rechtspleging verzeild raken in een gestage cumulatie van rapportages.

De expertgroep modernisering bewijsrecht wil deze problematiek benaderen vanuit de gedachte dat de rechter in een eerder stadium regie moet voeren over de inschakeling van deskundigen. Dat is dus in feite een meer processuele benadering want het wordt gezien als

68. Zie over deze problematiek het uitdagende essay van Rob Wijnberg (2017).

69. Reiss & Sprenger (2014).

een processueel probleem.⁷⁰ Maar dat is een typische juridische reflex. Als het strijddoel de boosdoener is, de procedure als toernooi, dan is de vaag of daarvoor een beter alternatief gezocht moet worden, zoals recent door het Hiil bepleit.⁷¹

Het gaat daarbij om kwaliteitstoetsing van structuren, processen en uitkomsten van rechtspleging en in het bijzonder de rol en betekenis van expertises, waarmee verantwoording afgelegd wordt naar de samenleving en de rechtspraak en de betreffende professies van deskundigen feedback krijgen op hun handelen. Welke determinanten bepalen de kwaliteit van het werk van de (partij)deskundigen en wie draagt, behalve de deskundige in kwestie, nog welke verantwoordelijkheid daarbij? Er moet meer aandacht zijn voor de *equality of quality* bij partijen. Beantwoording van die vragen is van groot praktisch belang want bij procedures zijn tegelijkertijd de waarheid, de reputatie en de belangen van gedaagden of verdachten in het geding, de kwaliteit van rechtshulp alsook de effectiviteit van het formele recht en de legitimatie van de rechtspraak. Er staat hier dus heel veel op het spel.

En als er al iets van de kwaliteit van expertises in kaart gebracht is, stellen de uitkomsten daarvan ons bepaald niet gerust. Hiervoor gaf ik voorbeelden van de soms problematische reproduceerbaarheid van DNA-onderzoek, de psychiatrische beoordeling van delinquenten, de arbeidsgeneeskundige beoordeling enzovoorts. Als expertises en contraexpertises van dezelfde zaak met elkaar worden vergeleken en beoordeeld, wat levert dat dan op? Er ligt een lange researchagenda op ons te wachten en we moeten ons realiseren dat dergelijk onderzoek van expertises tijdrovend zal zijn, maar het is dringend gewenst.

De problematiek rond het onderzoek van het functioneren van het deskundigenonderzoek mag niet onderschat worden. De oplossing van deze kwestie is een Hercules-taak. Hier ligt al decennialang een groot en vooral taai probleem, dat weliswaar uitvoerig gesignaleerd is zowel binnen als buiten het recht, maar nog nauwelijks verbeterd. Vanuit de rechtsgeleerdheid is hierover voornamelijk vanuit doctrinair perspectief veel gepubliceerd. Die publicaties gaan echter vooral om de deskundige in rechte. Dat is een juridisch-abstract onderwerp, terwijl een groot deel van de dagelijkse problemen juist de uitvoeringspraktijk betreffen.

Een belangrijke, zo niet de belangrijkste, bijdrage aan de oplossing van gesignaleerde problemen ligt buiten de juridische sfeer, namelijk bij de 'leveranciers' van deskundigen. Een uitblinker in zijn vak is niet steeds ook geschikt als deskundige in een rechtszaak. Wie als deskundig beroepsgenoot optreedt, moet dat het liefst doen met een mandaat van diens beroepsgroep. Die autorisatie berust op zowel goede beroepsspecifieke kennis maar vooral ook op vaardigheden als methodologische scholing over de vraag hoe historische gebeurtenissen objectief te onderzoeken. Dergelijke trainingen

kunnen in samenwerking met de bestaande certificerende organisaties worden opgezet en verbeterd.

We kunnen de beschreven problematiek pas echt goed tegemoet komen indien we die op conceptueel niveau diep doorgrond en empirisch in kaart gebracht hebben. Daarvoor is de inbreng vanuit verschillende disciplines nodig, met name ook vanuit niet-juridische. Hier ligt ook een taak voor rechterlijke organisaties, het organiseren van multidisciplinaire ontmoetingen om die problematiek beter in kaart te brengen. We zullen de oplossing ook niet moeten zoeken in meer en/of andere procesregels. Steeds geldt de gevlugelde uitspraak van de Amerikaanse journalist Eric Sevareid: 'The cause of problems is solutions.'

Verkort aangehaalde literatuur

- Appazov, A. (2016)**, *Expert evidence and criminal justice*, Cham: Springer.
- Amaya, A. (2008)**, 'Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding', *Episteme* 5(3), p. 306-319.
- Barendrecht, M. et al. (2017)**, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: Hiil innovating justice.
- Barth, J. et al. (2017)**, 'Inter-rater agreement in evaluation of disability: systematic review of reproducibility studies', *BMJ* 365, j14.
- de Bock, R.H. (2011)**, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer.
- de Bock, R.H. (2015)**, 'Grip op kwaliteit; een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', in: *Handelingen NJV* (p. 27-140), Deventer: Wolters Kluwer.
- Bubela, T.M. (2004)**, 'Expert evidence: the ethical responsibility of the legal profession', *Alberta Law Review* 41(4), p. 853-870.
- Corlett, J.A. (2008)**, 'Epistemic Responsibility', *International Journal of Philosophical Studies* 16(2), p. 179-200.
- Dalrymple, T. (2003)**, 'Expert witnesses are not what they seem – and I should know', *Advocates' Quarterly* 27(1), p. 1-4.
- Dekker, S. (2014)**, *The field guide to understanding 'human error'* (3rd ed.), Farnham: Ashgate Publishing Ltd.
- Dror, I.E. & Charlton, D. (2006)**, 'Why experts make errors', *Journal of Forensic Identification* 56(4), p. 600-616.
- Dror, I.E. & Rosenthal, R. (2008)**, 'Meta-analytically quantifying the reliability and biasability of forensic experts', *Journal of Forensic Sciences* 53(4), 900-903.
- Edens, J.F., et al. (2012)**, "'Hired guns," "charlatans," and their "voodoo psychobabble": case law references to various forms of perceived bias among mental health expert witnesses', *Psychological Services* 9(3), p. 259-271.
- Giard, R.W.M. (2013)**, 'De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en Recht* afl. 2, p. 50-58.

70. Hammerstein et al (2017).

71. Zie Barendrecht et al. (2017). Eerder al genoemd: Murrie et al. (2013).

- Giard, R.W.M. (2014a)**, 'Dwalende deskundigen: over de persoon achter het deskundigenonderzoek', *Expertise en Recht* afl. 3, p. 88-93.
- Giard, R.W.M. (2014b)**, 'Rechtspraak: waarheidsvinding als een (zelf)kritische praktijk', *Rechtstreeks* (3&4), 16-45.
- Giard, R.W.M. (2016)**, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch.
- Giard, R.W.M. (2017a)**, 'Niet alleen aandacht voor een equality of arms maar ook voor de quality of arms', *NJB* (14), 931.
- Giard, R.W.M. (2017b)**, 'Over het kundig inzetten van deskundigen in een procedure', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* afl. 1, p. 3-11.
- Giesen, I. (1999)**, 'De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?', *AA* 48(9), 623-633.
- Goldman, A.I. (2016)**, 'Expertise', *Topoi* 2016.
- Gowensmith, W.N. et al (2012)**, 'How reliable are forensic evaluations of legal sanity?', *Law and Human Behavior* 37(2), p. 98-106.
- de Graaf, K.J. & Marseille, B. (2008)**, *Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten*, in: B. Krans, B. Marseille, F. Vellinga-Schootstra, & P. Westerman (Red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 17-33.
- de Groot, G. (2008)**, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (Serie Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer.
- de Groot, G. & Elbers, N. (2008)**, 'Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen', *Research Memoranda* nr. 3, jaargang 4, Den Haag.
- Hammerstein et al., A. (2017)**, 'Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', Den Haag, te downloaden via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/04/11/adviesrapport-modernisering-burgerlijk-bewijsrecht.
- Haverkate, G.C. (2009)**, 'De Wet deskundige in strafzaken', *Expertise en Recht* 2009, afl. 1, p. 3-12.
- Kaptchuk, T.J. (2003)**, 'Effect of interpretive bias on research evidence', *BMJ* 326(7404), 1453-1455.
- de Keijser, J.W. et al. (2016)**, 'Differential reporting of mixed DNA profiles and its impact on jurists' evaluation of evidence. An international analysis', *Forensic Science International: Genetics* 23, 71-82.
- de Keijser, J.W. (2017)**, *Als de waarheid eraan moet geloven* (oratie), Den Haag: Boom Juridisch.
- Lundberg, J. et al (2009)**, 'What-You-Look-For-Is-What-You-Find – The consequences of underlying accident models in eight accident investigation manuals', *Safety Science* 47(10), 1297-1311.
- Martini, C. (2014)**, 'Experts in science: A view from the trenches', *Synthese* 191(1), 3-15.
- Merckelbach, H. (2016)**, 'Deskundigen in het traject naar herziening', *NJB* (24), p. 1761-1766.
- Mertens, F.M. et al. (red.; 2012)**, *Methodische aspecten van het onderzoek naar ongevallen*, Delft: Eburon.
- Mnookin, J.L. (2015)**, 'Expert evidence, partisanship, and epistemic competence', *73 Brook. L. Rev.* (2007), 1, p. 1009-1034.
- Murphy, J. (2000)**, 'Expert witnesses at trial: where are the ethics?', *Geo. J. Legal Ethics* 14, 217-239.
- Murrie, D.C. & Boccaccini, M. T. (2015)**, 'Adversarial allegiance among expert witnesses', *Annual Review of Law and Social Science* 11(1), 37-55.
- Murrie, D.C., et al. (2013)**, 'Are forensic experts biased by the side that retained them?', *Psychological Science* 24(10), p. 1889-1897.
- Pal, S. (2016)**, 'Establishing bias in an expert witness: the what, why and how', *International Commentary on Evidence* 14(1), p. 43-53.
- Ponds, R.W.H.M. (2017)**, 'Nieuwe richtlijnen neuropsychologische expertise', *Letsel & Schade* 2017, nr. 1, 14-19.
- Quast, C. (2016)**, 'Expertise: A Practical Explication', *Topoi*, p. 1-17.
- Radder, H. (2014)**, 'De cognitieve drie-eenheid: realiseren, interpreteren en abstraheren', *Algemeen Nederlands Tijdschrift Voor Wijsbegeerte* 106(1), p. 3-36.
- de Regt, H.W. (2009)**, 'The epistemic value of understanding', *Philosophy of Science* 76, p. 585-597.
- Reiss, J. & Sprenger, J. (2014)**, 'Scientific objectivity', in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Sanders, J. (2007)**, 'Expert witness ethics', *Fordham L. Rev.* 76, 1539-1584.
- Schröder, M.J.C. (2016)**, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *NTBR* (3), p. 75-84.
- Simon, D. (2004)**, 'A third view of the black box: Cognitive coherence in legal decision making', *University of Chicago Law Review* 71, p. 511-586.
- Verkerk, R.R. (2007)**, 'Procesrechtelijke waarborgen voor een betrouwbaar deskundigenonderzoek', *NTBR* 2007, 71.
- Walton, D.N. (1989)**, 'Reasoned use of expertise in argumentation', *Argumentation* 3(1), 59-73.
- Walton, D.N. & Zhang, N. (2013)**, 'The epistemology of scientific evidence', *Artificial Intelligence and Law* 21(2), 173-219.
- Ward, T. (2017)**, 'Expert testimony, law and epistemic authority', *Journal of Applied Philosophy* 34(2), p. 263-277.
- Wijnberg, R. (2017)**, 'Waarom feiten niet het antwoord zijn op fake news', *De Correspondent* 3 mei 2017.