

# De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen

*Asking a question is not an innocent thing to do.<sup>1</sup>*

*Hoe een jurist op de juiste wijze de opdracht tot onderzoek aan een deskundige dient te formuleren, is al langer onderwerp van studie en debat. Een bevredigende oplossing voor die kwestie is er vooralsnog niet. In veel gevallen is het de taak van de deskundige om uitleg te geven hoe een gebeurtenis zich kon voltrekken – een analyse – terwijl de juridische interventie tot doel heeft te evalueren of een partij of een verdachte ergens voor verantwoordelijk gehouden kan worden – een normatief oordeel. Met dit onderscheid wordt eigenlijk de oplossing voor het vraagstuk al aangereikt: er is een juridische doelstelling en een feitelijke vraagstelling. Wanneer die twee goed uit elkaar worden gehouden en de vraagstelling op de juiste wijze wordt geformuleerd en op de juiste wijze beantwoord, moet het mogelijk zijn het ideaal van een werkelijk betrouwbaar en juridisch bruikbaar deskundigenbericht dichter te benaderen.*

## 1. Inleiding

Wanneer advocaten of rechters bij het oplossen van juridische problemen knopen moeten doorhakken over kwesties die buiten hun kennisdomein liggen, zullen ze een beroep willen doen op een vakdeskundige. Dat geldt met name binnen het strafrecht, maar ook binnen het civiele recht en het bestuursrecht.<sup>2</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om het vaststellen van een bestaande situatie, het verklaren van een ongewenste gebeurtenis of het vaststellen van schade of waarde. Dat nader onderzoek richt zich bij het aansprakelijkheidsrecht vooral op het vaststellen van normschending en de gevolgen daarvan, omdat de rechter uiteindelijk vooral een causaliteitsoordeel moet vellen en verantwoordelijkheid toewijzen. De vakspecialistische exploratie door de deskundige bestaat uit het doen van metingen en/of waarnemingen, vervolgens het schiften, sorteren en interpreteren van verkregen data en ten slotte het trekken van conclusies. Het deskundigenonderzoek dient steeds een concreet juridisch doel, maar vaak zijn er uiteenlopende belangen bij partijen in het spel. Verschillende deskundigen kunnen na onderzoek van hetzelfde incident tot een verdeelde slotsom komen en daarom kan het bepalend zijn voor de afloop van de rechtskundige bemoeienis wie er als expert wordt aangezocht en op welke manier deze de onderhavige kwestie gaat onderzoeken.

Vanaf het moment dat die behoefte aan specifieke niet-juridische deskundigheid ontstaat, roept dat met name binnen een geding tegelijk juridische vragen op, vooral: wie bepaalt of wie bepalen welk onderzoek er naar welke feiten gedaan zal worden en door wie dan wel?<sup>3</sup> Er zijn dus criteria voor de selectie van de juiste deskundigen nodig en regels hoe ze zich dienen te gedragen maar er is natuurlijk meer dan alleen dit procedurele aspect; minstens zo belangrijk is de materiële dimensie – de

wijze waarop het kennisgenererend onderzoek zal worden uitgevoerd. Als het doel is tot een zorgvuldige normatieve beoordeling van een probleemsituatie te komen, zijn zowel juridische als kennistheoretische facetten van belang en die moeten zorgvuldig geïntegreerd worden. Het is gebruikelijk dat de opdracht aan een deskundige in de vorm van een of meer vragen wordt gegeven.

Waarom juist in vragende vorm en niet als een opdracht: ‘beoordeelt u de gebeurtenissen eens vanuit uw perspectief en geef daar uw vakkundig commentaar op’? Het gevaar bestaat dat er te weinig sturing is en er zo niet tot de (juridische) kern van de zaak wordt gekomen: er is namelijk behoefte aan doelgerichte kennisverwerving en vragen vormen een geschikt raamwerk om dat proces van onderzoek te starten, te kanaliseren – maar ook te begrenzen. Het stellen van vragen is misschien wel de communicatieve praktijk bij uitstek binnen de juridische institutionele praxis.<sup>4</sup>

Tegen welke kwesties lopen we op als we voor deze vragende benadering kiezen? Fundamenteel is dat de vraag het antwoord zal bepalen en dus is het logisch stil te staan bij de kwestie *hoe* de vraagstelling aan de deskundige op de juiste wijze te formuleren.<sup>5</sup> Dat impliceert dat we over criteria zullen willen beschikken om juiste van onjuiste vragen te onderscheiden. Maar welke maatstaven hebben we daar dan voor en hoe betrouwbaar zijn die? Daarmee richten we ons primair op het proces van het *formuleren* van een vraag en dat betekent dat we ons bezig zullen moeten houden met de basale noties daarvan – de kunst om de juiste vragen te bedenken en die op de juiste wijze te formuleren.<sup>6</sup> Daarnaast is er ook nog het proces van het *beantwoorden* van de vraag. Wie zich over deze problematiek wil buigen, kan dat niet doen zonder daarbij ook het bredere methodologische perspectief van *problem solving* te betrekken. De casus

\* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid bij de Erasmus School of Law, capaciteitsgroep privaatrecht, Erasmus Universiteit te Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan Siewert Lindenbergh en Willem van Boom voor hun kritische kanttekeningen bij eerdere versies van dit artikel.

1. Steensig & Drew 2008, p. 7.

2. Krans e.a. 2011.

3. De Groot 2008, p. 6.

4. Tracy & Robles 2009, p. 131.

5. Zie Van 2003, Akkermans 2005 en Akkermans e.a. 2009 en ook De Groot 2008.

6. Zie voor een klassieke tekst daarover Payne 1951 en recent McClimans 2012.

moet doelgericht en op transparante wijze opgelost worden en dat vraagt een goede organisatie en de bewaking van de kwaliteit van series werkprocessen die in dit verband worden uitgevoerd.<sup>7</sup>

In dit artikel stel ik – opnieuw – de kwestie aan de orde hoe je vragenderwijs het beste een probleem aan een expert kunt voorleggen, maar bij de beschouwing daarvan beperk ik me niet tot het onderwerp van de juiste formulering van de opdracht. Ik kies voor een bredere insteek en zie de kwestie ook vanuit kennistheoretisch en methodologisch perspectief – vanzelfsprekend met aandacht voor de juridische kaders.

Bij de opdracht aan de deskundige spelen steeds twee zaken: door de juridische beslisser moet er een oordeel worden uitgesproken, dat is het sluitstuk, maar daarvoor is eerst kennisgenererend onderzoek nodig. De deskundige krijgt daarom met twee verschillende soorten vraagstukken te maken, die respectievelijk evaluatief en analytisch van aard zijn; de evaluatie volgt op de analyse. Waarom dat onderscheid praktisch zo belangrijk is en hoe dit vormgegeven moet worden, staat centraal in dit artikel. Ik zal eerst voorbeelden laten zien van de gangbare werkwijze van vraagformuleringen, dan zal ik de globale eisen formuleren die aan een deskundigenrapport gesteld mogen worden. Bij de oplossing van een casuspositie is het belangrijk om planmatig te werk te gaan en daarbij scherp onderscheid te maken tussen enerzijds het doel van de procedure en anderzijds de daaruit voortvloeiende vraagstelling voor empirisch onderzoek. Er worden voorbeelden van foute typen vragen getoond en na dat alles volgt het vraagstuk hoe dan wel te werk te gaan.

## 2. Voorbeelden van vragen

Alvorens de theorie van het proces van vragen stellen nader te bezien, geef ik eerst enkele voorbeelden van dergelijke opdrachten aan deskundigen uit de praktijk van het (medische) aansprakelijkheidsrecht:

1. 'Had een redelijk bekwaam en redelijk handelend huisarts eiseres op 25 augustus 2003 (met spoed) doorverwezen naar een cardioloog?'<sup>8</sup> Bij deze casus ging het om een gemiste diagnose hartinfarct.
2. 'Was naar uw oordeel een verwijzing naar de neuroloog door de huisarts, gelet op de aanwezige klachten bij deze man, eerder geïndiceerd dan 12 november 2002?'<sup>9</sup> Bij deze casus was de eiser van mening dat hij eerder aan diens rughernia geopereerd had moeten worden.
3. 'Bent u van mening dat een redelijk vakbekwaam en zorgvuldig werkend orthopedisch chirurg onder deze omstandigheden gehandeld zou hebben zoals de collega orthopedisch chirurg heeft gedaan?'<sup>10</sup> Bij deze casus ging het om complicaties van een orthopedische ingreep.

Wat hebben deze vragen met elkaar gemeen? Er zijn meer overeenkomsten dan je op het eerste gezicht zou denken:

- het zijn *hypothetische* vragen;

- het zijn samengestelde vragen, dus semantisch *complex*;
- het zijn steeds gesloten *categorische* vragen die slechts met 'ja' of 'nee' beantwoord kunnen worden;
- het gaat om *contrastering*: het juist versus onjuist handelen;
- het zijn *beladen* vragen naar schuld in die zin dat onderzocht moet worden of een beweerdelijke fout door gedaagde vermeden had kunnen worden;
- de ongewenste afloop van de gebeurtenis is de *motivatie* voor de vraag en die wordt bekend geacht bij de deskundige;
- er wordt aan de deskundige uiteindelijk een *waardeoordeel* gevraagd over de gedragingen van de gedaagde partij om te kunnen vaststellen of deze onrechtmatig handelde.

Waren dit nu gepaste vragen aan deskundigen en hebben die in de respectievelijke procedures ook tot de juiste antwoorden geleid? Maar let op: om die vraag naar de juiste formulering te kunnen beantwoorden, dienen we te beseffen dat we bij een deskundigenonderzoek te maken hebben met een geheel van werkprocessen. Er is steeds een concrete gebeurtenis, bijvoorbeeld een ongeval, een constructiefout of een misdrijf met nadelige gevolgen voor een (rechts)persoon. Die onwenselijke afloop krijgt juridische gevolgen en bij de afhandeling daarvan duiken beoordelingskwesties op, die door een vakdeskundige moeten worden uitgezocht.

Daarom moet er een concrete opdracht in de vorm van een of meer vragen aan de specialist door de praktijkjurist worden geformuleerd, de expert gaat vervolgens op zoek naar antwoorden en die uitkomst wordt weer gewikt en gewogen door procespartijen en ten slotte bepaalt de juridische beslisser of en zo ja hoe hij de conclusies uit het deskundigenrapport zal gebruiken.

Het doel van het stellen van vragen is vanzelfsprekend om er een passend antwoord op te krijgen waar de opdrachtgever ook wat mee kan. De geschetste keten overziende, is de juiste vraag daarvoor vanzelfsprekend een essentiële voorwaarde – maar zeker niet de enige. Bovendien maakt dit alles deel uit van een institutionele juridische praktijk en kan het derhalve niet los gezien worden van de leidende juridische concepten en de formeelrechtelijke eisen die aan een procedure gesteld worden.<sup>11</sup> Ik zal deze keten in de volgende paragraaf nader uitwerken.

## 3. Aan de deskundigenopdracht te stellen eisen binnen een juridische context

We hebben te maken met een wederkerige relatie tussen vraag en antwoord: er wordt vraaggestuurd geantwoord en antwoordgestuurd gevraagd. Hoe bereik je een optimaal resultaat van een opdracht aan een deskundige?

Die krijgt de juiste vraag, die doet het juiste onderzoek en die geeft het juiste antwoord. Uiteraard bepalen deze drie elementen samen de kwaliteit van de rapportage, maar een goed startpunt is om eerst de wezenlijke eisen

7. Verschuren 2011b.

8. Rb. Utrecht 8 december 2010, L/JN BO6888.

9. Rb. Alkmaar 18 april 2012, L/JN BW7789.

10. Parafrazering in vragende vorm zoals vermeld in Akkermans e.a. 2009 op p. 92 van HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

11. De Groot 2008.

die je wilt stellen aan het deskundigenrapport te overdenken en dan na te gaan welke consequenties dat weer heeft voor het stellen van de vraag of vragen en de uitvoering van het deskundigenonderzoek. Wat kenmerkt een geschikt deskundigenrapport?<sup>12</sup>

- Het rapport dient blijk te geven van voldoende breedte en diepgang van het onderzoek: de eis van *volledigheid* van de uitkomst.
- Het rapport dient valide te zijn: het geeft de relevante empirische werkelijkheid op accurate en precieze wijze weer en de observaties zijn gegrond in leidende wetenschappelijke kennisclaims, de eis van *conformiteit*.
- De conclusies van het rapport zijn logisch juist en mede daardoor bruikbaar voor het juridische doel: de eis van *effectiviteit* van het antwoord.
- De mogelijkheid van rivaliserende antwoorden op eenzelfde vraag dient geïnventariseerd te worden en de keuze voor een van die opties moet vrij van vooringenomenheid worden onderbouwd: de eis van *argumentatieve billijkheid*.

De vanzelfsprekende taak van de expert om iets uit te leggen aan de betrokken juristen en partijen kan plaatsvinden vanuit twee verschillende posities: als partijdeskundige om de stellingname van de desbetreffende partij te helpen onderbouwen of als deskundige in rechte om de magistraat voor te lichten over de feiten van het geval en hoe die geïnterpreteerd kunnen worden. Die verschillende uitgangspunten kunnen weer gevolgen hebben voor de uitkomst van het onderzoek.

Wanneer er steeds aan de zojuist opgesomde eisen voor een goed deskundigenrapport zou worden voldaan, zou het strikt genomen niet uit mogen maken of de deskundige namens een procespartij of in opdracht van de rechtbank het onderzoek uitvoert. De praktijk wijst echter anders uit: de keuze van de (partij)deskundige blijkt wel degelijk van belang in het juridische schaakspel en dus kiezen advocaten bewust voor een bepaalde deskundige.<sup>13</sup> Bij sommige procedures roept het ene rapport weer vragen op die door een andere expert moeten worden onderzocht en zo groeit het aantal deskundigen per procedure. Uiteindelijk staan er namens partijen meerdere experts tegenover elkaar en ontardt de rechtsstrijd in een 'battle of experts'. Het komt voor dat de deskundigen het wel eens zouden moeten zijn of kunnen worden over de feiten/bevindingen maar ze kunnen (blijven) verschillen in hun interpretatie en waardering van die feiten. Dat laatste is namelijk eerder een subjectieve kwestie en uiteindelijk niet objectiveerbaar. Het komt soms voor dat 'deskundigen' het niet zo nauw nemen met hun kennistheoretische verantwoordelijkheden en dat ze met enige creativiteit de 'wetenschap' aan het partijbelang aanpassen.<sup>14</sup> Daarom is het niet verstandig de conclusies van deskundigen altijd blindelings te volgen, maar moeten deze kritisch worden beschouwd.

Omdat de rechter bovendien vaak pas bij een zaak betrokken raakt als er al veel onderzoek en feitenuitwisseling heeft plaatsgevonden, is het van belang om daarbij aan een deskundigenonderzoek te stellen methodologische eisen expliciet te formuleren. Dat biedt namelijk retrospectief een toetsingskader voor al eerder verricht al dan niet partijgebonden deskundigenonderzoek en prospectief een methodologisch kader voor de nog uit te voeren navorsing. Dat kader zal ik nu nader uitwerken.

#### 4. Het deskundigenonderzoek kent een doelstelling en een vraagstelling

Juist binnen een juridische context, waar het begrip 'waarheidsvinding' – veelal impliciet – zo'n belangrijke rol speelt, is het onmisbaar om bij de opdracht aan een deskundige planmatig te werk te gaan en deze de kwestie tegelijk zorgvuldig én volledig te laten onderzoeken.<sup>15</sup> Een dergelijk werkplan bestaat uit twee componenten: (1) een duidelijk omschreven doel van het onderzoek en (2) het noemen van de benodigde middelen om dat doel te kunnen bereiken, respectievelijk het *conceptuele* en het *technische* aspect van de uit te voeren taak.

Dit tweefasenmodel heeft ook gevolgen voor de inrichting van het deskundigenonderzoek. De conceptuele fase omvat het op de juiste wijze formuleren van de opdracht aan de deskundige en daarbij rust er een belangrijke verantwoordelijkheid bij de betrokken praktijkjuristen. De technische uitvoering is primair de verantwoordelijkheid van de deskundige en die moet daarbij op concrete vragen antwoord geven. Bij het invullen van de conceptuele fase, de probleemstelling van de deskundigenopdracht, zijn twee verschillende aspecten te onderscheiden, namelijk de doelstelling en de vraagstelling van het onderzoek.

##### De doelstelling

De lopende gerechtelijke of buitengerechtelijke juridische interventie is steeds doelgericht en dat blijkt uit de rechtsvraag of -vragen die naar aanleiding van de onheilsgebeurtenis worden geformuleerd en moeten worden beantwoord. Het gaat om het normatief beoordelen van menselijk gedrag: heeft de huisarts wel de zorg van een goed hulpverlener betracht? Handelde de orthopedisch chirurg voldoende zorgvuldig? Daarover moet de deskundige zijn licht laten schijnen. Het is dus steeds het beoordelen of hier sprake is van een normschending door de arts in kwestie en als die wordt vastgesteld, leidt dat weer tot een juridische sanctie.<sup>16</sup> In het strafrecht zal een forensisch deskundige onderzoek doen aan de hand waarvan bewezen kan worden of de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het hem ten laste gelegde delict.

In vragende vorm gegoten, is de juridische doelstelling qua type meestal een (catorale) hetzij-vraag, een gesloten vraag dus.<sup>17</sup> Het enig mogelijke antwoord daarop is bevestigend of ontkennend. Doch dat is een eindoordeel en daaraan hoort eerst gedegen onderzoek aan vooraf

12. Zie Elder & Paul 2008.

13. Zie Goldman 2001, Bernstein 2008 en Edens 2012.

14. De zogenaamde 'junk science'; zie hierover Kritzer 2009.

15. Verschuren 2011b, hoofdstuk 4.

16. Steeds als norm art. 7:453 BW.

17. Zie voor een overzicht over verschillende typen vragen: Harrah 2002.

te gaan. De juiste keuze en formulering van de doelstelling als initiële stap in het kennisgenererend proces is dus uitermate belangrijk want die gidst de praktische uitvoering, motiveert alle betrokkenen tot het leveren van het benodigde maatwerk en geeft bovendien het ijkpunt om te beoordelen of het onderzoek erin is geslaagd de doelstelling op de juiste wijze te realiseren.<sup>18</sup> Iedere vraag, dus ook een rechtsvraag, heeft een portee en die wordt bepaald door het domein en het beweerde van die vraag.<sup>19</sup> Het *domein* van de vraag betreft het object van onderzoek en het *beweerde* omschrijft welke kennisbehoefte men daarbij heeft. Bij een rechtsvraag gaat het steeds om (rechts)personen als kenobjecten en de eigenschappen daarvan m.n. hun gedragingen en de oorzaken daarvan. In de hierboven getoonde vragen aan deskundigen draait het steeds om artsen (domein) en de manier waarop ze hun beroep hebben uitgevoerd (beweerde). Daarmee wordt de reikwijdte van de rechtsvraag beperkt tot alleen het handelen van de gedaagde(n). Maar hun doen of laten wordt door tal van persoonlijke maar ook externe factoren bepaald, de context van hun handelen.

Voor een juist oordeel over een incident of calamiteit dient het onderzoek van voldoende breedte en diepgang te getuigen. Om dat te realiseren zijn brede analytische vragen nodig maar dat staat weer op gespannen voet met het toegespitste karakter van de normatieve rechtsvraag. Het handelen van personen vindt steeds plaats binnen bepaalde maatschappelijke of organisatiestructuren en binnen een bepaald kennisdomein, dus is er steeds sprake van een uitgesproken handelingscontext. Juist die omstandigheden blijken van grote betekenis en zijn vaak van doorslaggevend belang voor de gevolgde handelwijze.<sup>20</sup> Daarom is het nodig de doelstelling expliciet te 'vertalen' in een agenda voor nader onderzoek: eerst willen we namelijk een verklarende analyse van de gebeurtenissen, dan pas kunnen we het handelen van mensen die daarbij betrokken waren evalueren.<sup>21</sup> De daadwerkelijke praktische opdracht aan de deskundige is dus de vraagstelling en niet de rechtsvraag – die vermeldt alleen de juridische inkadering voor het onderzoek. Maar hoe ziet een vraagstelling er dan uit?

### De vraagstelling

We dienen ons te realiseren dat de expert zal gaan oordelen over een geschiedenis en voor het goed beschouwen van die historie hebben we tegelijk een beschrijving ('wat gebeurde er?') en een verklaring ('waarom gebeurde dit?') nodig. Het eerste punt levert slechts een verhaal op, maar het tweede punt is het belangrijkste want we zoeken naar de causale verklaring voor dat voorval.<sup>22</sup> Om aan de eis volledigheid te kunnen voldoen, dient een vraagstelling steeds in de vorm van een *open* vraag te worden geformuleerd, vaak van het type 'waarom ...?'. Immers, dit type vraag biedt een breed scala aan ant-

woordmogelijkheden en daarmee wordt weer aan het volledigheidseis voldaan.<sup>23</sup> Op die wijze zorgt een adequate vraagstelling namelijk voor sturing en efficiëntie van het onderzoeksproces. Sturing wil zeggen dat de gekozen vraagstelling richtinggevend is voor het onderzoek en dat kan verder worden bewerkstelligd door naast de centrale vraag ook daarvan afgeleide deelvragen te formuleren. Ook helpt het om de precieze betekenis van kernbegrippen uit de vraagstelling vast te leggen, zeker als die voor verschillende uitleg vatbaar zijn zoals 'redelijk bekwaam', 'zorgvuldig' of 'nalatig'.

Bij de getoonde drie voorbeelden kunnen de vraagstellingen zijn: (1) Waarom werd de diagnose hartinfarct bij deze patiënte gemist?, (2) Wanneer wordt een hernia geacht in aanmerking te komen voor operatie? en (3) Welke complicaties kunnen er bij dit type operatie optreden en waardoor worden die dan veroorzaakt? Alleenmaal open vragen die met relevante deelvragen aangevuld zullen worden. Zo wordt informatie verkregen over de handelings situatie en kan daarbinnen de wijze van handelen van de arts worden getoetst.

Voor wat betreft de efficiëntie van de vraagstelling wordt verwacht dat deze aan het vereiste van volledigheid maar ook van voldoende diepgang voldoet, werkelijk open van karakter is en dat aan de vraag ten grondslag liggende vooronderstellingen expliciet zijn gemaakt en bewust op hun juistheid worden getoetst. Met de term 'efficiëntie' formuleren we het abstracte idee dat we juist genoeg willen weten om goed te kunnen oordelen, maar hoe weten we dat? Onze feitelijke reconstructie van elke gebeurtenis is steeds incompleet maar nadenken wat we hiervan zouden moeten weten, helpt ons maat te houden bij het onderzoek.

Een andere noodzakelijke en tegelijk finale toetssteen is om de verkregen antwoorden inhoudelijk op hun waarde te toetsen: hoe goed zijn die?<sup>24</sup> Het gevaar is niet denkbeeldig dat we de illusie hebben helemaal te begrijpen wat er aan de hand is maar dat kan de val van de 'illusion of explanatory depth' blijken.<sup>25</sup> Om de juistheid van het antwoord te kunnen peilen, helpen vragen als: is dit werkelijk een verklaring of eigenlijk een beschrijving met andere termen of middelen? Past de gevonden verklaring in een betrouwbaar groter wetenschappelijk kader? Zijn we ons het gevaar van circulair redeneren bewust, waarbij de benoeming van de oorzaak het gevolg logisch verklaart terwijl die oorzaak zelf onvoldoende onafhankelijk werd vastgesteld.<sup>26</sup> Bijvoorbeeld: 'Doordat de arts onzorgvuldig handelde, ontstond deze schade.' Dit is een schijnverklaring, want waaruit blijkt de onzorgvuldigheid dan en waarom handelde de arts dan onzorgvuldig?

18. Verschuren 2011b, hoofdstuk 3.

19. Verschuren 2011a, p. 203 e.v.

20. Stevens & Shojania 2011 en Croskerry 2009.

21. Lombrozo 2009.

22. Keil 2006.

23. Verschuren 2011b, p. 85 e.v.

24. Lipton 2004.

25. Keil 2008.

26. Rips 2002, Keil 2006 en Hahn 2011.

## 5. Verkeerde soorten vragen

In par. 2 heb ik voorbeelden van drie vragen – gesteld aan deskundigen – laten zien en de overeenkomsten tussen deze. Die bleken niet geschikt als deskundigenopdracht. Dat is niet alleen op grond van wat ik hierboven heb beschreven, maar ook vanwege de volgende kritiekpunten.

### *Stel geen hypothetische vragen*

Bij de getoonde drie voorbeelden was er sprake van hypothetische vragen. In het recht is het stellen van dergelijke vragen niet ongevoel. De strekking is steeds: 'Wat zou er gebeurd zijn als ...?' Dergelijke veronderstellende vragen spelen praktisch onder meer een belangrijke rol bij het vaststellen van de causaliteit, het CSQN-verband – maar het gebruik daarvan is niet zonder risico's.<sup>27</sup> Het hanteren van hypothetische vragen is echter controversieel en stuitte in het verleden rechtsgeleerden zoals John Henry Wigmore of rechter Learned Hand al tegen de borst; de laatste benoemde dit type vraag als 'the most horrific and grotesque when on the fair face of justice'.<sup>28</sup> Hypothetische vragen zijn steeds sturend, want die nodigen de deskundige uit te bedenken wat er gebeurd zou zijn als iemand op een bepaald punt anders gehandeld zou hebben. Dat berust op een vooronderstelling van onjuist handelen en daar ligt bovendien het fenomeen van causale selectie aan ten grondslag: waarom oordelen over juist deze handelingssituatie?<sup>29</sup> Zo wordt het onderzoek door de deskundige vooringenomen.<sup>30</sup> Om deze redenen wordt het gebruik van hypothetische vragen bij normatief juridisch oordelen ontmoedigd.<sup>31</sup> Er is trouwens nog een belangrijke praktische vraag: is er wel een betrouwbaar antwoord op zo'n hypothetische vraag te geven want waarop is het antwoord van de deskundige nu eigenlijk gebaseerd? Geeft hij vooral een intuïtief oordeel of berust zijn respons op uit betrouwbare empirisch-wetenschappelijke bronnen verkregen data waarmee de afloop bij verschillende handelwijzen betrouwbaar valt in te schatten en daardoor met elkaar te vergelijken zijn? We zijn gebaat bij het stellen van open actuele vragen die aansporen tot het geven van een empirisch onderbouwde goede uitleg, zeker ook wanneer het gaat om kwesties van causaliteit.<sup>32</sup>

### *Stel geen complexe vragen*

De derde vraag is bij uitstek het voorbeeld van een complexe vraag: 'Bent u van mening dat een redelijk vakbekwaam en zorgvuldig werkend orthopedisch chirurg onder deze omstandigheden gehandeld zou hebben zoals de collega orthopedisch chirurg heeft gedaan?' Een dergelijk verzoek is (1) semantisch complex, (2) beladen, vanwege de vooronderstelling dat de arts verkeerd zou hebben gehandeld, (3) categoriaal, want er is alleen een bevestigend of ontkenkend antwoord mogelijk en (4) bovendien ligt de bewijslast niet (meer) bij de eisende

partij, maar verschuift stilletjes naar de gedaagde: de deskundige wordt diens virtuele plaatsvervanger en moet vanuit die positie aangeven of het handelen wel of niet juist was.

Bij dergelijke complexe vragen ligt er een drogredenering op de loer ('the fallacy of complex questions' of 'the fallacy of many questions').<sup>33</sup> Immers, de respondent wordt gedwongen tot een situatie waarin de ongewenste afloop uitsluitend te verklaren zou zijn door onjuist handelen van de gedaagde en de bewijslast wordt aan de eisende partij daardoor onttrokken.<sup>34</sup> Zo wordt andermaal de ongeschiktheid van de doelstelling van de procedure als gids voor het onderzoek getoond.

Het gebruik van complexe vragen wordt derhalve ontraden. Stel een open vraag in combinatie met bijbehorende subvragen, die steeds separaat worden geformuleerd en daarna stuk voor stuk zullen worden beantwoord.

### *Geen waardeoordeel*

Hoe dicht schurkt de deskundige tegen de rechter aan? Er is al vaker aandacht besteed aan de kwestie of de deskundige door diens opdracht wellicht in de verleiding zou kunnen komen op de stoel van de rechter te gaan zitten.<sup>35</sup> Het probleem van de deskundige die de rechterstoga lijkt aan te willen trekken, is ook weer te verhelpen door onvermurwbaar vast te houden aan het scheiden van doel- en vraagstelling. De deskundige onderzoekt en verklaart de gebeurtenissen aan de hand van de analytische vraagstelling. Pas na afronding daarvan kan vastgesteld worden of het gedrag onrechtmatig was en of er sprake was van causaal verband. Het is uiteindelijk de rechter die het definitieve antwoord op de rechtsvragen, de doelstelling, formuleert en het antwoord op de vraagstelling van de deskundige verschaft de magistratuur mede de argumenten daarvoor.

## 6. Eerst vragen formuleren en ze dan beantwoorden: methodologische implicaties

Zijn we verzekerd van een adequaat deskundigenbericht wanneer we eenmaal de juiste vraagstelling hebben geformuleerd? Een onberispelijk deskundigenrapport vraagt meer dan dat: het gaat om het integrale proces vanaf het moment dat die vraag geformuleerd is tot en met het daarop geformuleerde antwoord. Immers, de logische structuur van deze op uitleg gerichte vragen kan niet los gezien worden van het antwoord dat we zoeken en de manier waarop er naar het antwoord wordt gezocht.<sup>36</sup> Het ideale deskundigenbericht zal langs methodologische weg integraal vormgegeven moeten worden met een stappenplan, waarbij er drie fasen met elk hun typerende problemen te onderscheiden zijn.

### *De formuleringsfase*

Zoals al uiteengezet: stel een open, liefst enkelvoudige, vraag die uiteraard ook helder en precies is – maar lukt

27. Mandel 2003, Lombrozo 2010 en Giard 2011.

28. Geciteerd in Brodsky e.a. 2012, p. 357.

29. Zie Hesslow 1988, Lipton 1991 en Lagnado e.a. 2008.

30. Fitzsimons & Shiv 2001.

31. Brodsky 2012, Moore e.a. 2012.

32. Keil 2006, p. 235 e.v.

33. Walton 1999, Walton 2006 p. 191 e.v. en Tindale 2007, p. 69 e.v.

34. Zie ook de toets met kritische vragen van Tindale 2007, p. 71.

35. Akkermans e.a. 2009, p. 89, Dekker & Hartman 2006, p. 6 e.v. en Wagenaar 1988.

36. Koertge 1992, p. 96.

dat ook zo? Voor wat betreft de begrijpelijkheid van de vraag geldt de metafoor van zender (de juridische opdrachtgever) en ontvanger (de vakspecialist). Een vraag die gesteld wordt, moet zeker ook juist worden begrepen. De jurist en de vakspecialist zullen voor het slagen van de opdracht in ieder geval enige gedeelde kennis dienen te hebben – hun *common ground*.<sup>37</sup> Uit onderzoek is gebleken dat de semantische uitleg van eenzelfde vraag – ook een ogenschijnlijk simpele – nogal uiteen kan lopen.<sup>38</sup> De betekenis van sleuteltermen als ‘bekwaam’, ‘zorgvuldig’ en ‘onrechtmatig’ wordt niet alleen contextueel bepaald, maar deze benamingen worden ook verschillend gehanteerd met of zonder kennis van de meestal onfortuinlijke afloop! Het nader omschrijven van die bedoelde betekenis in een toelichting op de vragen is daarom wenselijk. Bovendien liggen aan elke vraag een of meer premissen ten grondslag en het is nodig daar voor de juiste beantwoording ervan expliciet bij stil te staan.

### Onderzoeksfase

Wat kan de deskundige bij het praktische onderzoek fout doen? Er zijn vele valkuilen mogelijk: cognitieve vooringenomenheden, het gebruik van onjuiste oplossingsstrategieën (heuristieken) en argumentatiefouten.<sup>39</sup> De belangrijkste daarvan is dat er steeds a posteriori onderzocht en geoordeeld moet worden, de achterafbias. Die potentiële fout zit bijvoorbeeld ingebakken in de besproken vraagstellingen 1 en 2 van par. 2. Immers, hier zien we de vraag in de vorm van ‘Was het niet beter geweest, gelet op de onfortuinlijke afloop van de kwestie, als er door de arts eerder ...’.

In deze fase gaat het om het doen van empirisch onderzoek en dat impliceert aandacht voor de wijze waarop metingen en/of observaties worden uitgevoerd. De context waarbinnen dat alles gebeurt, met name de al beschikbare informatie, mag niet sturend zijn en daarom zal de deskundige zich in diens rapportage ook reflectief uitspreken over de mogelijkheden en beperkingen van de door hem gehanteerde methoden van onderzoek. Verzamelde gegevens worden pas door een proces van interpretatie getransformeerd tot kennis. Een onheilgebeurtenis staat nooit op zich, maar maakt deel uit van eenzelfde familie van soortgelijke voorvallen die meestal al eerder onderwerp van empirisch onderzoek waren. Het zoeken naar en het beoordelen van die achtergrondkennis en het plaatsen van de methoden en de uitkomsten van het onderzoek daarin maakt integraal deel uit van de navorsing door de deskundige.

### Rapportage en conclusies

Het rapport geeft idealiter een correct antwoord op de gestelde vragen. Hier past de al eerder genoemde reflectie: hoe goed is dat antwoord? Er zijn steeds controlevragen nodig: ‘Is dit antwoord relevant, inhoudelijk juist, voldoende onderbouwd, niet circulair en coherent?’<sup>40</sup> Aan de hand van deze punten controleert niet alleen de

opdrachtnemer het resultaat van zijn werk, de interne kwaliteitscontrole, maar ook de opdrachtgever, de externe kwaliteitscontrole.

### 7. Afsluiting

Een belangrijk beginsel bij iedere juridische interventie, of die nu gerechtelijk of buitengerechtelijk is, is dat de gebeurtenis in kwestie zo waarheidsgetrouw mogelijk wordt beoordeeld en dat alle betrokkenen aan dat waarheidsstreven gebonden zijn. Wie als vakdeskundige bij het oplossen van een juridisch vraagstuk betrokken raakt, moet onderzoek doen en daaruit conclusies trekken. Dat onderzoek wordt gestuurd door vragen. Het idee dat je van een deskundige altijd het juiste antwoord krijgt als je hem of haar maar de juiste vraag stelt, is enigszins te begrijpen maar stelt een complexe problematiek veel te eenvoudig voor. Er is in de Nederlandse juridische literatuur veel aandacht aan dit probleem van het stellen van de juiste vraag geschonken, vooral wat betreft de rol van medische deskundigen in het (aansprakelijkheids)recht.<sup>41</sup> Er is in 2008 een *Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage in bestuursrechtelijk en civielrechtelijk verband* verschenen, die deskundigen aanwijzingen geeft hoe hun opdracht te vervullen.<sup>42</sup> Een in die richtlijn gegeven voorbeeld van een te beantwoorden vraag is: ‘Is er medisch onzorgvuldig gehandeld? Zo ja, waarin is de medische onzorgvuldigheid gelegen?’ Na lezing van dit artikel zal u duidelijk zijn dat dit niet de juiste beginvraag aan de deskundige is, want dit verwoordt wel de doel- maar niet de juiste vraagstelling van het onderzoek; het is een evaluatieve en geen analytische vraag. Niet alleen het handelen maar bovenal de context waarbinnen dit plaatsvond is essentieel. De sleutel tot verbetering van deskundigenrapportages zit hem in dit wezenlijke onderscheid, tussen het middel en het doel. Binnen de bestaande procesrechtelijke kaders is het niet alleen mogelijk maar ook dringend noodzakelijk voor de hierboven beschreven open-vraagbenadering van de opdracht aan de deskundige te kiezen. Maar daar mag het dan niet bij blijven. Ook de uitwerking van de opdracht, de technische fase, moet meer aandacht van de juristen krijgen. Het rapport komt niet uit een *black box* tevoorschijn, maar vraagt een expliciet omschreven uitwerking, waarbij dat methodologische kader zowel ex ante als ex post voor alle betrokken juristen en partijen als toetssteen dient. Dat vergroot nauwkeurigheid van het rechterlijk oordeel. Als het adagium ‘er bestaan geen verkeerde vragen’ al enig bestaansrecht heeft, dan is dat beslist niet het geval in de rechtspraktijk!

### Literatuur

#### Akkermans 2005

A.J. Akkermans, ‘Verbeterde vraagstelling voor medische expertises’, *TVP* 2005-3, p. 69-80.

37. Gibbs e.a. 1988.

38. Vinten 1994.

39. Kahneman 2011.

40. Keil 2006, p. 238 e.v.

41. Zie noot 5.

42. <http://knmg.artsenet.net/Publicaties/KNMGpublicatie/Richtlijn-medischspecialistische-rapportage-in-bestuurs-en-civielrechtelijk-verband-2008.htm>.

**Akkermans, Hendrix & Van 2009**

A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix & A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken', *TVP* 2009-3, p. 89-99.

**Bernstein 2008**

D. Bernstein, 'Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution', *Iowa Law Review* 93, 2008, p. 451-489.

**Brodsky, Titcomb & Sams 2012**

S. Brodsky, C. Titcomb & D. Sams, 'Hypothetical constructs, hypothetical questions, and the expert witness', *International Journal of Law and Psychiatry* 35, 2012, p. 354-361.

**Croskerry 2009**

P. Croskerry, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly* vol. 12 *Spec No.*, 2009, p. 171-176.

**De Groot 2008**

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

**Dekker & Hartman 2006**

B.P. Dekker & M. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten', *Letsel & Schade* 2006, p. 6-10.

**Edens e.a. 2012**

J.F. Edens, S.T. Smith, M.S. Magyar, K. Mullen, A. Pitta & J. Petril, "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), 2012, p. 259-271.

**Elder & Paul 2008**

L. Elder & R. Paul, *Intellectual standards*, Dillon Beach, California: Foundation for Critical Thinking Press 2008.

**Fitzsimons & Shiv 2001**

G. Fitzsimons & B. Shiv, 'Nonconscious and contaminative effects of hypothetical questions on subsequent decision making', *Journal of Consumer Research*, vol. 28, 2001, p. 224-238.

**Giard 2011**

R.W.M. Giard, "Dit had niet hoeven gebeuren". De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband', *NTBR* 2011-17, p. 471-478.

**Gibbs, Mueller & Cox 1988**

R. Gibbs, R. Mueller & R. Cox, 'Common ground in asking and understanding questions', *Language and Speech* 31 (4), 1988, p. 321-336.

**Goldman 2001**

A. Goldman, 'Experts: which ones should you trust?', *Philosophy and Phenomenological Research*, LXIII (1), 2001, p. 85-110.

**Hahn 2011**

U. Hahn, 'The Problem of Circularity in Evidence, Argument, and Explanation', *Perspectives on Psychological Science* 6 (2), 2011, p. 172-182.

**Harrah 2002**

D. Harrah, 'The logic of questions', in: D.N. Gabbay & F. Guenther (red.), *Handbook of philosophical logic, volume 8*, Dordrecht: Kluwer 2002 (2e druk).

**Hesslow 1988**

G. Hesslow, 'The problem of causal selection.pdf', in: D.J. Hilton (red.), *Contemporary Science and Natural Explanation. Commonsense Conceptions of Causality*, Harvester Press 1988, p. 11-33.

**Kahneman 2011**

D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011.

**Keil 2006**

F.C. Keil, 'Explanation and understanding', *Annual Review of Psychology*, 57, 2006, p. 227-254.

**Keil 2008**

F.C. Keil, 'Getting to the Truth', *Brooklyn Law Review*, 73 (3), 2008, p. 1035-1052.

**Krans e.a. (red.) 2011**

B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

**Kritzer 2009**

H. Kritzer, 'Arts of Persuasion in Science and Law: Conflicting Norms in the Courtroom', *Law & Contemp. Probs.*, 72, 2009, p. 41-61.

**Lagnado & Channon 2008**

D.A. Lagnado & S. Channon, 'Judgments of cause and blame: the effects of intentionality and foreseeability', *Cognition*, 108 (3), 2008, p. 754-70.

**Lipton 1991**

P. Lipton, 'Contrastive explanation and causal triangulation', *Philosophy of Science*, 58 (4), 1991, p. 687-697.

**Lipton 2004**

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.

**Lombrozo 2009**

T. Lombrozo, 'Explanation and categorization: how "why?" informs "what?"', *Cognition* 110 (2), 2009, p. 248-253.

**Lombrozo 2010**

T. Lombrozo, 'Causal-explanatory pluralism: How intentions, functions, and mechanisms influence causal ascriptions', *Cognitive Psychology* 61 (4), 2010, p. 303-332.

**Mandel 2003**

D.R. Mandel, 'Judgment dissociation theory: an analysis of differences in causal, counterfactual, and covariational reasoning', *Journal of Experimental Psychology. General* 132 (3), 2003, p. 419-434.

**McClimans 2011**

L.M. McClimans, 'The art of asking questions', *International Journal of Philosophical Studies* 19 (4), 2011, p. 521-538.

**Moore e.a. 2012**

S.G. Moore, D.T. Neal, G.J. Fitzsimons & B. Shiv, 'Wolves in sheep's clothing: How and when hypothetical questions influence behavior', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 117 (1), 2012, p. 168-178.

**Payne 1951**

S.L. Payne, *The art of asking questions*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1951.

**Rips 2002**

L.J. Rips, 'Circular reasoning', *Cognitive Science* 26, 2002, p. 767-795.

**Steensig & Drew 2008**

J. Steensig & P. Drew, 'Introduction: questioning and affiliation/disaffiliation in interaction', *Discourse Studies* 10 (1), 2008, p. 5-15.

**Stevens & Shojanian 2011**

D.P. Stevens & K.G. Shojanian, 'Tell me about the context, and more', *BMJ Quality & Safety* 20 (7), 2011, p. 557-559.

**Tindale 2007**

C.W. Tindale, *Fallacies and argument appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

**Tracy & Robles 2009**

K. Tracy & J. Robles, 'Questions, questioning, and institutional practices: an introduction', *Discourse Studies* 11 (2), 2009, p. 131-152.

**Van 2003**

A.J. Van, 'Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?', *TVP* 2003-4, p. 105-110.

**Verschuren 2011a**

P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Houten: Het Spectrum 2011 (14e druk).

**Verschuren 2011b**

P.J.M. Verschuren, *Praktijkgericht onderzoek*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

**Vinten 1994**

G. Vinten, 'The art of asking questions', *Management Decision* 32 (9), 1994, p. 46-49.

**Wagenaar 1988**

W. Wagenaar, 'The Proper Seat', *Law and Human Behavior*, 12 (4), 1988, p. 499-510.

**Walton 1999**

D. Walton, 'The Fallacy of Many Questions: On the Notions of Complexity, Loadedness and Unfair Entrapment in Interrogative Theory', *Argumentation* 13, 1999, p. 379-383.

**Walton 2006**

D. Walton, *Fundamentals of critical argumentation*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.