

# Niet alleen aandacht voor een *equality of arms* maar ook voor de *quality of arms*

Raimond Giard<sup>1</sup>

**Z**owel Lemmens als De Groot bieden een juridisch heldere beschouwing (*NJB* 2017/472 en *NJB* 2017/473) over het recht van iedere rechtzoekende op een eerlijk proces en het belang daarbij van de naleving door de (bestuurs)rechter van het beginsel van *equality of arms*, zoals dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM. Die aandacht van de rechter moet ervoor zorgen dat een partij effectief een relevant tegengeluid heeft kunnen laten horen.

Dat is echter maar een deel van het probleem. Idealiter voldoet een deskundige aan de eisen van onpartijdigheid, onafhankelijkheid en objectiviteit. Die expert levert een kennisproduct, dat het resultaat is van een wisselwerking tussen de onderzoeker en het onderzoeksobject. De verrichte waarnemingen en getrokken conclusies dienen op twee manieren te worden gewaardeerd: hun accuratesse (klopt het met de werkelijke situatie?) en reproduceerbaarheid (komen we bij herhaling tot hetzelfde resultaat?).

Bij arbeidsongeschiktheidskwesties baseert de bestuursrechter zich op medische experts. Hun rapport vormt het bewijsmiddel. Een recente uitgebreide analyse in de *British Medical Journal* (*BMJ* 2017;356:j14) liet echter zien dat het beoordelen van arbeids(on)geschiktheid onderhevig is aan een hoge mate van beoordelingsvariatie bij dezelfde ziektegevallen. Zo'n slechte reproduceerbaarheid betekent dat een tegengeluid afkomstig van een nieuwe expertise, gerealiseerd vanwege het effectueren van het beginsel van de *equality of arms*, alleen al daarom vaak zal afwijken van een eerder oor-

deel. Zo ontstaat er niet meer maar juist minder duidelijkheid over de werkelijke toestand. Dan is er wel voldaan aan juridische abstracties, maar niet aan concrete epistemische.

En nog iets. Iedere deskundige zal na het materieel realiseren van diens onderzoek de bevindingen conceptueel moeten interpreteren. Twee verschillende deskundigen, geconfronteerd met precies dezelfde feiten en omstandigheden, kunnen daarom in hun interpretaties wezenlijk verschillen en tot uiteenlopende conclusies komen en dan hoeft het niet altijd duidelijk te zijn waarom dat zo is.

## Op een terrein waarop de rechter zich niet deskundig acht, geven experts dus verschillende conclusies

Om juist te kunnen oordelen moet de (bestuurs)rechter dus niet alleen doctrinair op gepaste wijze gepokt en gemazeld te zijn, maar ook weten hoe om te gaan met conflicterende uitkomsten van deskundigenrapporten over eenzelfde kwestie. Als bij de zaak *Korošec/Slovenië*, de ene deskundige stelt dat er een thuiszorgindicatie van 70% is, terwijl een andere die op 100% zou

waarden of bij de aanvraag van een wajonguitkering de ene deskundige een jongeman voor minder dan 25% arbeidsongeschikt acht, terwijl in appel een tweede expert dat percentage hoger inschat (CRvB 22 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2778) wat dan?

Op een terrein waarop de rechter zich niet deskundig acht, geven experts dus verschillende conclusies. De Groot stelt in haar artikel (p. 582): '..... moeilijker is het voor een jurist om te doorgronden of de conclusies van de deskundige daadwerkelijk worden gedragen door de feiten en onderzoeksbevindingen op diens vakgebied.' Maar is het voor de rechter ook onmogelijk?

Er moet allereerst meer duidelijkheid komen over de kwaliteit van deskundigenrapportages: zijn expertisepartijen en contra-expertisepartijen van hetzelfde gehalte en dus aan elkaar gewaagd? Is er dus naast een *equality of arms* dan ook een *equality of quality*?

En als dat zo is, hoe gaan we dan om met deze verschillende standpunten? Dat is het relatief nieuwe gebied van de sociale epistemologie. Aan de finale uitspraak van de rechter zal meer samenspraak van partijen en hun deskundigen vooraf moeten gaan. Daaruit zal de magistratuur dan diens oordeel moeten destilleren. Er liggen nog vele vragen over deze problematiek op ons te wachten (zie ook *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017-1, p. 3-11). •

Auteur

1. Prof. dr. R.W.M. Giard is arts en jurist en emeritus hoogleeraar methodologie en aansprakelijkheid bij de Erasmus School of Law (EUR).