

MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID: HOE ONWETENDHEID KAN LEIDEN TOT ONJUISTE OORDELEN

Raimond W.M. Giard¹

“Onze troostrijke overtuiging dat we de wereld kunnen begrijpen, berust op een zekere grondslag: ons bijna onbeperkte vermogen om onze onwetendheid te negeren.”²

Wanneer een arts foutief handelt, kunnen de gevolgen voor de patiënt desastreus zijn. Indien de gelaedeerde naderhand veronderstelt dat die letselschade de schuld is van zijn behandelaar en voorkomen had kunnen worden, zal de zorgverlener zich juridisch moeten verantwoorden.³ Enkele voorbeelden:

Casus 1: Een man ontwikkelt loopklachten die bij neurologisch onderzoek op een tumor in het ruggenmerg blijken te berusten. Om de aard van die tumor te onderzoeken, wordt via een neurochirurgische ingreep een stukje daaruit genomen om dit proces te typeren. Vrij kort na deze ingreep kan deze patiënt zijn benen niet meer bewegen en enkele uren later wordt hij opnieuw geopereerd waarbij in het operatiegebied een bloeding wordt gevonden. Hij blijkt inmiddels echter een beschadiging van het ruggenmerg te hebben, een dwarslaesie, door deze bloeding. Hij zal, verlamd aan beide benen, verder levenslang in een rolstoel zitten. Het ziekenhuis wordt verweten ondanks eerdere waarschuwingssignalen niet tijdig genoeg te hebben ingegrepen want daarmee had dit voorkomen kunnen worden.⁴

Casus 2: Na een zwangerschap van 41 weken wordt een vrouw opgenomen in het ziekenhuis om te gaan bevallen. Die bevalling verloopt echter moeizaam en het kind wordt uiteindelijk via een kunstverlossing (een zogenoemde vacuüm-extractie) geboren. Het kind blijkt ernstige hersenbeschadiging te hebben opgelopen en zal verder levenslang moeten worden verpleegd. Het ziekenhuis wordt verweten alarmsignalen gedurende de elektronische bewaking van de

1 Arts n.p. en jurist, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR Rotterdam.

2 Kahneman 2011, p. 209.

3 Giard 2005.

4 Deze casus werd buitengerechtelijk afgehandeld.

kinderlijke hartslag tijdens de weeën niet voldoende serieus te hebben genomen, waardoor de kans op het verminderen of zelfs afwenden van deze brein schade door het eerder uitvoeren van die kunstverlossing niet tijdig was benut.⁵

Casus 3: Een vrouw van 42 jaar valt flauw tijdens het douchen. Daags tevoren had haar huisarts ernstige bloedarmoede bij haar vastgesteld. Nadat zij is bijgekomen brengt haar familie haar naar de spoedeisende hulp (SEH). Daar wordt ze onderzocht maar er wordt niets afwijkends gevonden anders dan de reeds vastgestelde bloedarmoede, die als meest waarschijnlijke oorzaak wordt geduid. Een afspraak voor vervolgonderzoek wordt gemaakt. De volgende dag herhaalt dit flauwvallen zich, ze komt echter nu niet meer bij en wordt met spoed naar het ziekenhuis vervoerd waar ze overlijdt. Bij obductie wordt een uitgebreide longembolie als doodsoorzaak gevonden (een zogenoemde massale longembolie) en daarmee wordt achteraf aannemelijk dat haar eerste flauwte ook daardoor verklaard kon worden. Het ziekenhuis wordt verweten bij het SEH-bezoek onvoldoende onderzoek gedaan te hebben naar de mogelijkheid van een longembolie. Bij de juiste diagnose had dit overlijden door tijdige therapie zeer waarschijnlijk kunnen worden voorkomen.⁶

Dit had volgens eisers allemaal niet hoeven gebeuren als de betrokken medici beter hun best hadden gedaan. Dat is nogal wat en daarover moet nu een oordeel worden geveld. Het is dan van het grootste belang dat deze kwestie tot op de bodem wordt uitgezocht en adequaat wordt afgehandeld want er staat veel op het spel: het lot van de gelaedeerde, de reputatie van de arts en daarmee van de geneeskunde maar ook het gezag van juridische geschilbeslechting.

Gebleken is echter dat probleemoplossers beschikbare relevante kennis lang niet altijd gebruiken omdat ze gewoon niet weten wat ze niet weten. Dan overschatten ze hun eigen kennen en kunnen en worden problemen vaak niet op de juiste wijze opgelost.⁷ Onwetendheid blijkt zo een intrinsiek element van sociale organisaties te zijn.⁸

Is dat ook zo in de rechtspraak? Aan de hand van genoemde voorbeelden stel ik de vraag in hoeverre onwetendheid de afhandeling parten heeft gespeeld; onwetendheid als toestand van afwezigheid van bepaalde kennis bij een persoon, dus gebrek aan noodzakelijke geestelijke bagage.⁹ Dit hoofdstuk gaat over onwetendheid bij medische aansprakelijkheid.¹⁰ Voor dit onderwerp geldt stellig het Cruijffiaanse credo dat je zoiets pas gaat zien als je het doorhebt.

5 Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV2474.

6 Rechtbank Amsterdam 4 november 2015, C/13/589350/HA ZA 15/580.

7 Daarover Dunning 2011; Wu & Dunning 2017.

8 Zo betoogt Roberts 2013, p. 216.

9 nl.wikipedia.org/wiki/Onwetendheid.

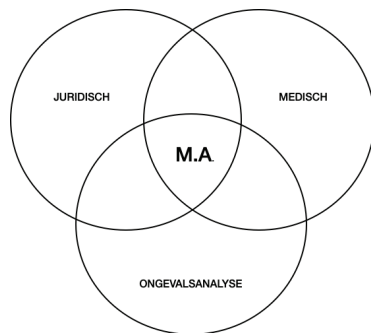
10 Zie over onwetendheid Roberts 2013, p. 217-219 en Bakken & Wiik 2018, p. 1112-1115.

Hoe kunnen we het risico op onjuist juridisch oordelen op grond van gebrekkige kennis zo klein mogelijk maken? Welke kennis missen we, wie is voor dat tekort verantwoordelijk en hoe lossen we dit alles op?

MEER SAMENWERKING TUSSEN DISCIPLINES, MINDER ONWETENDHEID

De juridische beslisser heeft het laatste woord, maar omdat het om specifieke medische kwesties gaat, ligt dit buiten het kennisdomein van de rechtsgeleerdheid. Bijgevolg is inbreng van kennis uit het desbetreffende medische vakgebied noodzakelijk. De medisch deskundige wordt weer geconfronteerd met een juridische materie, die buiten zijn denkwereld ligt.

En dan zijn we er nog niet, want het retrospectief onderzoeken en beoordelen van incidenten en calamiteiten vraagt bovendien om kennis en vaardigheden uit nóg een domein: ongevalsanalyse. Gebleken is dat zo'n onderzoek allerlei dwaalwegen en valkuilen kent, die dan tot een onjuist oordeel kunnen leiden. Er is daarom een beproefde onderzoeksmethode nodig om dat te vermijden.¹¹ Precies op dat gebied zijn de jurist en de arts weer onkundig. Zo speelt medische aansprakelijkheid zich af binnen de intersectie van deze drie kennisdomeinen (figuur 1).



Figuur 1 Medische aansprakelijkheid (M.A.) als werkgebied door de samenvloeiing van drie kennisdomeinen

Kenniswerkers bezien een probleem uiteraard steeds vanuit hun eigen perspectief en met hun eigen kennisplafond. Tegelijk zijn ze vaak onwetend over hun kennisgemis. Een op te lossen probleem houdt zich zelden aan discipline-grenzen, maar doorbreekt die.¹² Daarom is samenwerking tussen professionals nodig met als eerste stap een multidisciplinaire kennisdialoog, maar dat kan toch nog te vrijblijvend blijken.

¹¹ Zie Dekker 2014; Giard 2016.

¹² Popper 1963, p. 88.

Om een kwestie juist op te lossen, moet je die vanuit meerdere invalshoeken bekijken. Dat vraagt het doelgericht overschrijden van domeingrenzen van de eigen discipline, het bijeenbrengen van alle relevante kennis en het ontwikkelen van geschikte onderzoeks- en oplossingsmethoden met zich mee. Zo komt men tot een *transdisciplinaire* aanpak en die is meer verplichtend.¹³

Die werkwijze wil verder én diepgaander zijn dan een multidisciplinaire aanpak; bij transdisciplinair werken wordt juist een innovatieve synthese beoogd en die is juist daarom minder vrijblijvend.¹⁴ Tegelijk is begrenzing van de taak nodig en die wordt bepaald door het op te lossen juridische probleem.

JURIDISCHE ONWETENDHEID: FRAMING EN FEITENONDERZOEK, DE RELATIE NORM EN CAUSALITEIT

Iedere schadeclaim start met de bewering dat er door een fout van de zorgverlener schade is geleden. Voor vestiging van aansprakelijkheid moet aan drie eisen worden voldaan: (1) de zorgverlener handelde verwijtbaar onzorgvuldig, de *normschending*, (2) de eiser leed *schade* en (3) er bestaat een *causaal verband* tussen deze twee.¹⁵ Deze drie hangen met elkaar samen want het gaat namelijk over het vaststellen van de oorzaak en de effect(en) daarvan. Deze juridische causaliteitsbenadering is te beperkt (zie hieronder).¹⁶

De afhandeling van de schadeclaim vraagt om het vaststellen van de feiten en omstandigheden van het geval, om waarheidsvinding. Het onderzoek wordt echter ingekaderd door het stellige standpunt van de eiser – zie de beschreven casuïstiek. Deze framing beperkt echter de volgende punten: de vraagstellingen voor het onderzoek, de selectie en daardoor de relevantie van de feiten, de interpretatie van de bevindingen, de causale veronderstellingen, de veronderstelde motivatie en ijver van de zorgverlener en zo in haar totaliteit op het uiteindelijke oordeel.¹⁷

De toetsingsnorm omschrijft dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen.¹⁸ Deze regel begrenst eveneens het onderzoek; er kunnen toch andere oorzaken voor het letsel zijn? Zo stuurt de rechtsregel het feitenonderzoek en de feiten bepalen vervolgens of er normschending heeft plaatsgevonden; norm en oorzakelijk onderzoek blijken met elkaar vervlochten.¹⁹ Gevolg: causale selectie.

13 Zie voor transdisciplinaire benadering Giard 2017a.

14 Zie daarover Nicolescu 2010; Darbellay 2015.

15 Art. 6:162 lid 1 BW.

16 Zie over causaliteit Giard 2011, Mumford & Anjum 2013 en Giard 2018a.

17 Te vergelijken met de 'historian's fallacy', zie Fischer 1970.

18 Zie art. 7:453 BW.

19 Zie over die samenhang Kronfeldner 2014 en Hitchcock & Knobe 2009.

Op deze wijze ontstaat simplificering van het probleem en het causale denkmodel: er is één oorzaak, één gevolg. Juist onderzoek naar alle relevante contextuele factoren is nodig die in het oordeel worden betrokken. Dat maakt het ingewikkelder, want de ontstaanscontext blijkt altijd meervoudig en causaliteit houdt een complex samenspel van factoren in.²⁰

De psychologische reacties van de gelaedeerde blijken bepalend voor het aansprakelijkheidsrecht.²¹ Allereerst is er de respons van *attributie*: er wordt naar een schuldige gezocht want dit kan geen pech zijn door een blind toeval. Daarna volgt het *contrafeitelijke denken*: een reconstructie in gedachten van de onheilsgebeurtenis maakt duidelijk dat de aanstichter van dit onheil anders had kunnen en moeten handelen.

De eiser kan natuurlijk gelijk hebben – echter vaak ook niet. Het contrafeitelijke denken staat centraal in de *condicio sine qua non* (CSQN)-toets voor het vaststellen van causaal verband tussen schade en normschending. Als gedachte-experiment blijkt de CSQN-toets zeer feilbaar te zijn door de al genoemde causale selectie en het te simplistische causale model.²² Opnieuw lopen we tegen onwetendheid aan.

Uiteindelijk zal de juiste causale verklaring geleverd moeten worden door de medisch deskundigen. De juridische beslisser draagt in ieder geval formeel-rechtelijke verantwoordelijkheid, maar wil ook dat het oordeel inhoudelijk op juiste feitelijke gronden berust, epistemisch juist is.²³ De rechter zal het ingebrachte bewijsmateriaal immers dienen te waarderen want deze waardering ligt ten grondslag aan diens beslissing.²⁴

De juridische beslisser is bijgevolg onwetend over de sturende en storende werking van de psychologische reacties van het slachtoffer, de juridische normering en daardoor een te beperkte waarheidsvinding met als gevolg simplificering en selectiviteit van de causale verklaring. Plus nog onvoldoende kennis van ongevalsanalyse.

MEDISCHE ONWETENDHEID: ONVOLDOENDE DIEPGANG EN REIKWIJDTE VAN HET ONDERZOEK

De jurist wil van de medisch deskundige weten of de arts wel de zorg van een goed hulpverlener heeft geleverd. Alleen de vraag *waardoor* dit voorval kon geschieden, levert het antwoord op. Meestal pluist de medisch deskundige de casus uit en levert daarna commentaar op de handelwijze. Maar al te vaak ver-

20 Over het belang van context Croskerry 2009 en Giard 2018a.

21 Giard 2010b.

22 Zie voor de argumentatie Giard 2011.

23 Epistemologie = kennisleer.

24 Giard & Merckelbach 2018.

zuimt de specialist dieper te graven en zichzelf hierbij de juiste kritische vragen te stellen over de beweringen van de eiser.²⁵

Schadeclaims gaan over individuele gevallen en lijken dan uniek, maar vaak bestaat er over dat specifieke probleem al de nodige kennis ontleend aan analyses van systematisch verzamelde soortgelijke gevallen. Dat levert informatie op hoe vaak kwesties voorkomen, welke oorzakelijke factoren daarbij een rol spelen, hoe het ziektebeloop is, het effect van therapie et cetera. Die reikwijdte van het onderzoek ontbreekt te vaak. Hoe is dat bij onze drie casusposities?

Casus 1. Bij de eerste casuspositie werd gesteld dat de postoperatieve bloeding de oorzaak was van de ruggenmergsbeschadiging. Daarnaast dat hoe eerder zou zijn ingegrepen, des te beter de kansen op herstel was geweest. Maar hoe zeker weten we dat? De geraadpleegde deskundige was hier van de oorzaak overtuigd, gebaseerd op de observaties bij soortgelijke gevallen. Maar zo'n redenering *post hoc, ergo propter hoc* is op zich al dubieus, want een associatie betekent nog geen causale verklaring.²⁶

De kans op zo'n bloedingscomplicatie is klein, maar komt zo'n complicatie eigenlijk niet veel vaker voor zonder dat we dat weten? Een prospectief MRI-onderzoek bij patiënten die een dergelijke neurochirurgische wervelkolomoperatie ondergingen, liet zien dat bij meer dan de helft van de geopereerden een bloeding in het operatiegebied werd aangetroffen zonder klinische verschijnselen.²⁷

Zoiets zaait toch ten minste twijfel over de eerdergenoemde veronderstelling? Dat zou de deskundige moeten dwingen om dieper te graven. Bij deze man bleken bovendien meerdere oorzakelijke factoren een rol te spelen, waaronder de aard van het tumorproces (een vaattumor) en een op het moment van de eerste ingreep nog onbekende verhoogde bloedingsneiging. We zien hier het fenomeen van *premature closure*: de eerste verklaring werd voor waar aangenomen zonder voldoende diepere exploratie van de problematiek.²⁸

Casus 2. Ook hier bestonden impliciete vooronderstellingen dat het kind tot aan het moment van de bevalling in goede gezondheid verkeerde, dat de hersenbeschadiging tijdens de bevalling ontstond, dat dreigend gevaar voor dit kind diagnostisch ondubbelzinnig herkenbaar was en een bruikbaar signaal om te interveniëren en dat een verloskundige spoedinterventie het gevaar daadwerkelijk had kunnen keren.

Geen van deze aannames is bij empirisch wetenschappelijk onderzoek juist gebleken, met name de herkenbaarheid van dreigend gevaar en het gunstig effect van spoedinterventies. In de meeste gevallen blijkt de hersenbeschadiging al vóór de bevalling te hebben plaatsgevonden en maakt een spoedinter-

25 Giard 2013.

26 Cummings 2020.

27 Sokolowksi et al. 2008.

28 Zie Howard 2019.

ventie niet het verschil.²⁹ De deskundige bleek zich deze vragen niet te hebben gesteld en bleek, wat dat betreft, dus onwetend.

Casus 3. Hoe ondubbelzinnig herkenbaar is een longembolie eigenlijk? Bestaan er zogenoemde *red flags*, dat wil zeggen klachten, symptomen en ziektekenmerken die met voldoende zekerheid wijzen op een longembolie? Uitgebreide studies hebben aan het licht gebracht dat die er gewoon niet zijn. De ziekteverschijnselen, zoals bij deze mevrouw, kunnen evengoed op iets anders wijzen.³⁰ Een Europese praktijkrichtlijn meldt dan ook: 'Pulmonary embolism may escape prompt diagnosis since the clinical signs and symptoms are non-specific'.³¹ Met name als de diagnose longembolie pas bij obductie werd gesteld, bleek dat bij 84% van de onderzochte patiënten een volkomen verassing, met name bij een zogenoemde massale longembolie.³² Noch de twee rechtbankdeskundigen noch de Inspectie hebben deze cruciale vraag gesteld en omdat ze zich niet gewaagd hadden aan literatuuronderzoek; wederom onwetendheid. Hier domineerde wijsheid achteraf.³³

Onwetendheid bij experts omvat wat de juiste onderzoeksvragen zijn, welke onderzoeksmethoden gehanteerd moet worden, welke literatuuranalyse nodig is en hoe dat alles te synthetiseren.³⁴ Het is vooral de verantwoordelijkheid van de medisch-wetenschappelijke verenigingen, waartoe de deskundigen qua vakgebied horen, om deze kennishiaten te doen verdwijnen.³⁵

ONGEVALSANALYSE: ONBEKENDE DWAALWEGEN EN VALKUILEN

Na een calamiteit willen slachtoffers, betrokken verantwoordelijken, overheid en samenleving weten waardoor die ramp kon gebeuren, hetzij om de veroorzakers te bestraffen en/of om herhaling ervan te voorkomen door ervan te leren. Het eigen 'gezonde verstand' blijkt geen goede leidraad.³⁶ Alweer ligt onwetendheid hier op de loer want een behoorlijk onderzoek naar de juiste toedracht vraagt om specifieke kennis en vaardigheden.

Het antwoord geven op de waardoorvraag is minder eenvoudig dan het lijkt. Bij zo'n onderzoek wordt er maar al te gemakkelijk vanuit het effect naar de

29 Zie voor argumentatie Giard 2019.

30 De maat daarvoor is het discriminerend vermogen aan de hand van een relatief risico: dit is voor de diverse kenmerken bij longembolie steeds rond de 1 – dus niet onderscheidend. Voor uitleg zie https://nl.wikipedia.org/wiki/Relatief_risico.

31 Konstantinides et al. 2014.

32 Stein & Matta 2010.

33 Zie Giard 2018b.

34 Giard & Stolker 2003, Giard 2013 en Giard 2017b.

35 Zie Giard 2018c.

36 Daarover Kahneman 2011 en Watts 2011.

oorzaak teruggedeneerd. Voor causaliteit geldt echter: de oorzaak gaat steeds vooraf aan het gevolg; de oorzaak produceert wél het effect maar het effect produceert niet de oorzaak. Daarom mogen we de oorzaak beslist niet uit het gevolg afleiden, want er is geen symmetrische omkeerbare relatie tussen oorzaak en gevolg. Als het regent, wordt de straat nat. Maar wanneer de weg nat blijkt, mogen we niet zondermeer concluderen dat het dus geregend heeft. Daarvoor kunnen verschillende andere verklaringen bestaan, ook al zal een regenbui vaak de oorzaak zijn.

Onderzoekers blijken daarnaast bij het oordelen ook te worden gehinderd door hun intuïtieve vooringenomenheden, *biases* genaamd.³⁷ Die worden vaak uitgelokt door het frame van de beschuldiging en dat stuurt en stoort de waarheidsvinding. Er bestaan tientallen verschillende biases, maar ik beperk me voor deze discussie tot de meest relevante.³⁸

Allereerst de *bevestigings- of selectiebias*, waarbij doelgericht wordt gezocht naar die informatie die de vooropgestelde ideeën van de onderzoeker zullen bevestigen. Dat leidt tot tunnelvisie. Dan de *outcome* of achterafbias, de neiging om een beslissing of een handeling op grond van de ongunstige afloop als foutief te beoordelen in plaats van op de intentie en de kwaliteit van de uitvoering; wijsheid achteraf. Al deze biases spelen bij onze drie voorbeelden.

Daarnaast is er de *presence bias*. Die is verwant met de bevestigingsbias en impliceert dat men alleen oog heeft voor de direct herkenbare of naar voren gebrachte kwesties en zich onvoldoende afvraagt wat er niet direct zicht- of kenbaar is maar wel relevant voor het oordeel – onwetendheid bij uitstek dus. Dan is er de *conjunction fallacy* waarbij twee zaken causaal met elkaar worden verbonden, die dat echter niet zijn. Is er bij casus 1 wel een oorzakelijke relatie tussen bloeding en ruggenmergschade? Ten slotte is er de *autoriteitsbias*, waarbij niet de argumenten maar het aanzien van de deskundige die ze presenteert bepalend is voor de geloofwaardigheid ervan, de gezagsdrogreden.

Op grond van kritische evaluaties van rampenonderzoeken en inzichten uit de psychologie waarom mensen bij de uitoefening van hun taken falen – ook onderzoekers van calamiteiten – zijn er de afgelopen decennia betrouwbare methoden en technieken voor ongevalsanalyse ontwikkeld.³⁹ Bij geschilbeslechting, echter, participeren zelden afzonderlijke ongevalsanalyzedeskundigen, maar deze cruciale kennis zal dan wel door de deelnemers zelf moeten worden ingebracht. Maar hoe (on)wetend zijn ze wat dit betreft?

37 Kahneman 2011, p. 12.

38 Zie voor een overzicht Giard 2016, hoofdstuk 5.

39 Zie Mertens et al. 2013; Dekker 2014 en Giard 2016.

OMGAAN MET ONWETENDHEID – EN ONZEKERHEID

Wie de kwalijke effecten van onwetendheid op de geschilbeslechting wil aanpakken, zal eerst het bestaan daarvan moeten (h)erkennen, want je gaat het pas zien als je het doorhebt. Maar hoe? Dat kan retrospectief: door systematisch reeds afgehandelde zaken van medische aansprakelijkheid kritisch te analyseren – maar dan wel transdisciplinair.⁴⁰ Werden hier de juiste vragen gesteld, werd hier het juiste onderzoek naar de feiten en omstandigheden gedaan, werd in de medisch-wetenschappelijke literatuur nagezocht wat er over dit probleem bekend was? Zo komen de onvolkomenheden boven water: wat deden we hier verkeerd, wat leren we daarvan en hoe verbeteren we onze werkwijze?

Het kan ook prospectief: door na te denken hoe je eigenlijk zo'n zaak behoort aan te pakken met het opstellen van een beproefd werkplan: het methodisch toepassen van de juiste kennis, technologie en ervaring. Dat betekent het formuleren van het doel van het onderzoek en dat conceptuele ontwerp is de *probleemstelling*. Wat er onderzocht zal gaan worden, gebeurt aan de hand van de *vraagstelling*. We zien de noodzaak van het stellen van open vragen.⁴¹ Om op die vragen antwoord te kunnen geven, wordt vervolgens de onderzoeksmethode geëxpliciteerd en aangegeven welke objecten daarmee zullen worden onderzocht (zie figuur 2).



Figuur 2 Het maken van een werkplan

Wat betreft het onderzoek kunnen we ons meerdere dingen afvragen: (1) wat *denken* we te weten, (2) wat *zouden* we moeten weten en (3) wat *kunnen* we weten?⁴² Dit helpt bij het formuleren van de meer specifieke vragen. Het goed uitwerken van de tweede vraag is van cruciaal belang. Maar tegelijk is het ook nodig om zicht te hebben op de kennisgrenzen die met vraag 3 verkend worden. Het is wezenlijk om op een open vragende wijze te starten en vervolgens methodisch te werk te gaan, maar dat belang wordt schromelijk onderschat en vaak verwaarloosd.⁴³

40 Giard 2005; Giard 2016.

41 Zie Giard 2013; Giard 2016, p. 45 e.v.

42 Morton 2003, p. 9-10.

43 Zie Giard 2013.

Worden de opgaven voor het onderzoek wél bewust en grondig geformuleerd, dan komt het vervolgens aan op bedrevenheid bij het zoeken naar de juiste antwoorden. En ten slotte is het nog een vereiste om te controleren of de gevonden antwoorden aanvaardbaar zijn: begrijpen we deze kwestie nu werkelijk?⁴⁴

Een dergelijke aanpak is ontegenzeggelijk normatief van aard en zo maatgevend voor allen die bij de geschilbeslechting betrokken zijn – in welke rol dan ook. De vraag is dan hoe zich dat alles beleidsmatig en praktisch vertaalt voor de betrokken juristen: wat moeten ze weten, welke onkunde dient er bij hen bestreden te worden?

DE JURIDISCHE DISCIPLINE IN TRANSITIE

De rechtswetenschap koestert van oudsher een groot – en soms te groot – vertrouwen dat kennis van het positieve recht en doctrine voor de dagelijkse praktijk toereikend zullen zijn. Daar vloeit een sterk gevoel van isolationistisch, zelfs monolithisch, denken uit voort.⁴⁵ “Juristen blijven maar zeggen: we zijn bijzonder, we zijn anders, het lukt niet met NWO of in Brussel, want we zijn nu eenmaal anders” aldus Stolker.⁴⁶

Rechtswetenschap is kennistheoretisch te kenschetsen als rationalistisch. Rationalisme wijst het denken als de enige juiste kennisbron aan, het idee als startpunt van ware kennis.⁴⁷ Maar is rationalisme wel zo onalledaags?

Het andere kennistheoretische kamp is dat van het empirisme. Hier berust ware kennis op zintuiglijke waarnemingen, op ervaring en de duiding daarvan. Rationalisme en empirisme werken niet antagonistisch, maar kunnen elkaar juist prachtig aanvullen. De rationalistisch gefundeerde rechtspraktijk heeft baat bij het invoeren van empirische wetenschappen, maar tegelijk is dat voor de jurist wennen. De toegevoegde waarde van empirische wetenschappen voor het privaatrecht wordt getoond in een nieuwe loot: de civilologie.⁴⁸ Waar het privaatrecht het sturen en normatief beoordelen van het gedrag van individuen, ondernemingen en organisaties tot doel heeft, wil de civilologie met behulp van empirische wetenschappen de kennis vergroten over dit menselijk doen en laten en incorporeren binnen de theorie en praktijk van dit rechtsgebied.⁴⁹

44 Daarover Lipton 2001.

45 Van Krieken 2006.

46 Westerman 2015, p.1348.

47 Giard 2010a.

48 Van Boom et al. 2013 en voor een recent overzicht met uitgebreide literatuurverwijzingen Van Boom & Giesen 2018.

49 Van Boom et al. 2013, p. 1.

Het doel van de civilologie is een beter privaatrecht en het middel daartoe het gebruik van meer empirische wetenschappen; beter qua methodieken, beter qua kennis, beter te verantwoorden – en dus ook minder onwetendheid. Aansprakelijkheidsrecht is natuurlijk een toepasselijk werkterrein voor de civilologie, maar dat kan dan weer niet los gezien worden van onderwerpen als procesrecht, rechtspleging, vermogensrecht algemeen, overeenkomstenrecht en ondernemingsrecht.⁵⁰ Het recht krijgt daarmee te maken met een dubbele normativiteit: zowel een juridisch-dogmatische als een epistemologische verantwoording van de rechtspraktijk.⁵¹ Dat stelt opnieuw de vraag naar de wetenschappelijke grondslagen van het recht.⁵²

Over het belang van de empirische wetenschappen voor de rechtsgeleerdheid bestaat eigenlijk geen discussie meer, wel over de wijze waarop dat zou moeten gebeuren. De term ‘kruispuntwetenschap’ wordt zelfs gebezigd.⁵³ De civilologische benadering van het privaatrecht vraagt reflectie over en herijking van leerstukken. In het al geciteerde boek *Capita Civilologie* (zie noot 47) staan besprekingen van aansprakelijkheid, zorgplicht, zorgvuldigheidsnorm, informatieplicht, juridische normering, consumentenbescherming, verzekeringsrecht et cetera. Ook vraagt het reflecteren over bewijslevering en -waardering en oordeelsvorming.⁵⁴

Stolker beschreef het recht als een discipline in transitie.⁵⁵ Er is qua wetenschappelijk onderzoek aanpassing, verdieping en met name een inzichtelijker publicatie- en verantwoordingscultuur door een meer externe oriëntatie van het juridisch onderzoek nodig. Dat betekent een andere wijze van publiceren en de wetenschappelijke kwaliteitszorg die daarbij hoort, een meer thematische profilering en het zichtbaar maken van de maatschappelijke impact (‘valorisatie’).

Wat betreft het onderwijs komen in de huidige initiële en post-initiële juridische opleidingen de hierboven beschreven methodologische en epistemische kwesties beslist onvoldoende en zeker niet systematisch aan bod. De NJV-pleadviezen uit 2018 bijvoorbeeld zijn daarover vooralsnog weinig concreet.⁵⁶ De methodologische aspecten van waarheidsvinding komen als zelfstandig onderdeel noch in het initiële onderwijs, noch in de post-initiële scholing van met name advocaten en rechters voor. Zo is er dus nog veel onwetendheid.

50 Van Boom & Giesen 2018, p. 21-25.

51 Giard 2016 p. 145-147.

52 Zie daarover Stolker 2003.

53 Van Boom 2015.

54 Giard & Merckelbach 2018.

55 Stolker 2011.

56 Ahsmann e.a. 2018.

ONWETENDHEID NIET LANGER NEGEREN

Zelfgenoegzaamheid en monolithisch denken zijn geen wetenschappelijke deugden. Hiertegen helpt transgressie: om als discipline grensoverschrijdend bezig te willen zijn, zowel vakmatig als geografisch. Vakmatig wil zeggen: de eigen kennisgrenzen in kaart brengen en niet-juristen kritisch naar jouw kennis, methoden en technieken laten kijken. Geografisch betekent: hoe gaat men in andere rechtsculturen met dit probleem om?

Vanuit intellectuele twijfel word je aangemoedigd steeds taxerende vragen te stellen of we de dingen wel goed doen, of we wel de goede dingen doen en hoe we dat eigenlijk kunnen weten.⁵⁷ Dat is kwaliteitsbewaking en -bevordering van de rechtspraktijk, de wens om vanuit een metaperspectief naar je eigen vak te durven kijken.

In dit hoofdstuk heb ik onmiskenbaar kennishiaten gesignaleerd, zeker niet alleen bij de juristen. Als wetenschap ontkomt de rechtsdiscipline er niet aan om haar intellectuele engte en onwetendheid bloot te leggen en verder aan te pakken.⁵⁸ Hoe dan? Door te leren om bij het onderzoeken van en het oordelen over voorgelegde kwesties meer transdisciplinair te gaan werken. Dat schept een ambiance waarin, zoals expert op dit gebied Julie Klein het zo treffend formuleert, het transdisciplinaire denken en werken condities voor transgressie, transcendentie en transformatie realiseert.⁵⁹ Transdisciplinair werken wil beslist niet zeggen dat 'oude' kennis overboord gegooid wordt, het gaat juist om het toevoegen van nieuwe dimensies aan de al bestaande kennis. Hier geldt zeker wat Stolker in 1988 al schreef: "Veranderende opvattingen leiden tot nieuwe vragen aan de rechtswetenschap".⁶⁰ Die vragen dienen voortdurend te worden gesteld en natuurlijk ook beantwoord.

LITERATUURVERWIJZINGEN

- M. Ahsmann e.a., *Herijking van de juridische opleidingen. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging, deel 2018-1), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- T. Bakken & E.L. Wiik, 'Ignorance and organization studies', *Organization Studies*, vol. 39, 2018, p. 1109-1120.
- W.H. van Boom, *Door meten tot weten – over rechtswetenschap als kruispunt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, red., *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

57 Dit is de zogenoemde 'triple loop learning'. Zie hierover Giard 2016, p. 147.

58 Rees 2020.

59 Klein 2014.

60 Stolker 1988.

- W.H. van Boom & I. Giesen, 'Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?', in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p.15-46.
- P. Croskerry, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly*, vol.12, 2009, p. e171-176.
- L. Cummings, 'Post hoc, ergo propter hoc', in: *Fallacies in medicine and health*, Cham: Springer 2020, p. 231-270.
- F. Darbellay, 'Rethinking inter- and transdisciplinarity: undisciplined knowledge and the emergence of a new thought style', *Futures*, vol. 65, 2015, p. 163-174.
- S. Dekker, *The field guide to understanding "human error"* (3rd ed.), Farnham: Ashgate Publishing 2014.
- D. Dunning, 'The Dunning-Kruger effect. On being ignorant of one's own ignorance', *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 44, 2011, p. 247-296.
- D.H. Fischer, *Historian's fallacies*, New York: Harper Perennial 1970.
- R.W.M. Giard *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- R.W.M. Giard, 'Heraclites en Parmenides voor de rechter', *Expertise en Recht*, (5/6), 2010a, p. 155-158.
- R.W.M. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* nr. 2, 2010b, p. 6-12.
- 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*, vol. 17, 2011, p. 471-478.
- R.W.M. Giard, 'De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en Recht*, nr. 2, 2013, p. 50-58.
- R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.
- R.W.M. Giard, 'De kennis van de jurist voorbij: wanneer weten twee samen meer dan een?' *Expertise en Recht*, nr. 5, 2017a, p. 181-184.
- R.W.M. Giard, 'Over het kundig inzetten van deskundigen in een procedure', *Tijdschrift Voor de Procespraktijk*, nr. 1, 2017b, p. 3-11.
- R.W.M. Giard, 'Het naadje van de causaliteit. Wetsevaluatie en rechtspraak vanuit een ander perspectief', *Expertise en Recht*, nr. 3, 2018a, p. 108-114.
- R.W.M. Giard, 'Leren van fouten? Achteraf oordelen is te simpel', *Medisch Contact*, nr. 3, 2018b, p. 18-21.
- R.W.M. Giard, 'Wie zijn er betrokken bij en verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van een deskundigenrapport?', *Ars Aequi*, nr. 3, 2018c, p. 216-220.
- R.W.M. Giard, 'Over beschadigde breinen bij pasgeborenen en de beheersbaarheid van bevallingsrisico's. Een medische controverse en een onjuist normatief kader', *Letsel & Schade*, vol. 23(4), 2019, p. 16-22.
- R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet. Hoe de rechter empirisch gefundeerd bewijs kan waardenen', *NJB*, nr. 3, 2018, p. 181-188.
- R.W.M. Giard & C.J.J.M. Stolker, 'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige. Valkuilen, voetangels en zelfs klemmen', *NJB*, nr. 12, 2003, p. 610-616.
- C. Hitchcock & J. Knobe, 'Cause and norm', *The Journal of Philosophy*, vol. 106(11), 2009, p. 587-612.
- J. Howard, 'Premature closure', in: *Cognitive errors and diagnostic mistakes*, Cham: Springer 2019, p. 379-423.
- D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011.
- J.T. Klein, 'Discourses of transdisciplinarity: looking back to the future', *Futures*, vol. 63, 2014, p. 68-74.
- S.V. Konstantinides et al., '2014 ESC Guidelines on the diagnosis and management of acute pulmonary embolism', *European Heart Journal*, vol. 35(43) 2014, p. 3033-3080.

- R. van Krieken, 'Law's autonomy in action: anthropology and history in court', *Social and Legal Studies*, vol. 15, 2006, p. 574-590.
- M. Kronfeldner, 'How norms make causes', *International Journal of Epidemiology*, 43(6), 2014, p. 1707-1713.
- P. Lipton, 'What good is an explanation', in: G. Hon & S.S. Rakover (red.), *Explanations: Theoretical Approaches and Applications*, Dordrecht: Springer 2001, p. 43-59.
- F. Mertens et al. (red.), *Methodische aspecten van het onderzoek naar ongevallen*, Delft: Eburon 2012.
- A. Morton, *A guide through the theory of knowledge*, Oxford: Blackwell Publishing 2003.
- S. Mumford & R.L. Anjum, *Causation. A very short introduction*, Oxford: Oxford University Press 2013.
- B. Nicolescu, 'Methodology of transdisciplinarity – levels of reality, logic of the included', *Transdisciplinary Journal of Engineering and Science*, vol. 1(1), 2010, p. 19-38.
- NJV Handeligen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 'Herijking van de juridische opleidingen', Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- K.R. Popper, *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, New York: Routledge 1963.
- M. Rees, 'The good scientist', *Aeon*, May 2020, p. 1-9.
- J. Roberts, 'Organizational ignorance: towards a managerial perspective on the unknown', *Management Learning*, vol. 44(3), 2013, p. 215-236.
- M.J. Sokolowski et al., 'Prospective study of postoperative lumbar epidural hematoma: incidence and risk factors', *Spine*, vol. 33(1), 2008, p. 108-113.
- P.D. Stein & F. Matta, 'Acute pulmonary embolism', *Current Problems in Cardiology*, vol. 35(7), 2010, p. 314-376.
- C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Wolters Kluwer 1988.
- C.J.J.M. Stolker, "'Ja, geleerd zijn jullie wel!' Over de status van de rechtswetenschap", *NJB* nr. 15, 2003, p. 766-778.
- C.J.J.M. Stolker, 'Een discipline in transitie. Rechtswetenschappelijk onderzoek na de Commissie Koers', *Recht en methode in onderzoek en onderwijs*, vol. 1(1), 2011, p. 13-43.
- D.J. Watts, *Everything is obvious – once you know the answer*, London: Atlantic Books 2011.
- P. Westerman, 'Het Calimero-gevoel van de jurist', *NJB*, nr. 20, 2015, p. 1348-1354.
- K. Wu & D. Dunning, 'Hypocognition: making sense of the landscape beyond one's conceptual reach', *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 22(1), 2018, p. 25-35.