

Law and medicine: dokters aan het recht



Prof. dr. dr. R.W.M. Giard*

Artsen en juristen zitten professioneel gezien in hetzelfde schuitje. Ze moeten beslissingen nemen in situaties van onzekerheid en als het genomen besluit verkeerd uitpakt, kan dat voor de betrokken patiënt of het rechtssubject dramatische gevolgen hebben. De samenleving kan voor dergelijke dwalingen steeds minder begrip opbrengen, wat nog versterkt wordt door het feit dat er soms onhandig over mislagen naar de betrokkenen en de buitenwereld wordt gecommuniceerd. Het terugdringen van de kans op bedrijfsongevallen vereist kritische reflectie op de manier van werken en daarvoor is het besef nodig dat er voor een sterk door traditie bepaalde werkwijze veelal betere alternatieven kunnen bestaan. Dat vraagt om een meer methodologisch gerichte benadering van de weerbarstige dagelijkse praktijk. In de geneeskunde is dat proces al verder op weg dan in de juristerij, daar gebeurt dat nog te weinig. Het recht moet zichzelf beter leren bewijzen maar hoe dan? Dat dient verder uitgedokterd te worden.

1. De overeenkomsten tussen recht en geneeskunde

Recht en geneeskunde kunnen erom strijden wie zich het op één na oudste beroep van de wereld mag noemen. Als mensen gewond raken of ziek worden, hebben ze medische verzorging nodig. Die behoefte roept de vraag op naar geneeskundige zorg en ontwikkeling van de specifieke deskundigheid daarvan. En dan de juristerij. Een samenleving moet, om goed te kunnen functioneren, gewenst gedrag omschrijven en ongewenst gedrag van burgers sanctioneren. Dat is een duidelijke taak die de rechtsgeleerdheid als vakgebied heeft doen ontstaan.

Beide disciplines hebben zich derhalve van meet af aan een duidelijke functie verworven in de samenleving en hebben zich gaandeweg verder ontplooid, vooral ook door fundamentele maatschappelijke ontwikkelingen. Rechtsgeleerdheid en geneeskunde hebben vanzelfsprekend verschillende praktische doelstellingen en opereren elk vanuit hun eigen grondslagen en bedienen ze zich daarbij van verschillende werkwijzen binnen verschillende instituties. Maar toch hebben ze veel meer gemeen dan het op het eerste gezicht lijkt.

Het zijn allebei disciplines die praktische problemen moeten oplossen of zelfs voorkomen. *Professional decision-making* staat dus centraal. Bij zowel medische zorg als rechtspraak speelt de noodzaak om op een vraag van een cliënt te responderen een centrale

rol. Afstel van acties is praktisch respectievelijk wet-
telijk ondenkbaar; er moet gewoon steeds adequaat
gehandeld worden. De snelheid van handelen is duid-
delijk wel verschillend: artsen moeten soms binnen
seconden handelen, rechtszaken kunnen zich jaren
voortslepen.

Een andere gemeenschappelijkheid is dat artsen
zowel als rechters beslissingen dienen te nemen in
situaties van onzekerheid: de hen ter beschikking
staande informatie is veelal onvolledig, tegenstrijdig
of onbetrouwbaar – de informatie suggereert in aan-
vang dan soms een andere werkelijkheid dan die zich
later heeft ontplooid. Daardoor is er steeds een reële
mogelijkheid dat de arts of de rechter het verkeerde
besluit blijkt te hebben genomen – met alle conse-
quenties voor de slachtoffers, het rechtssubject of
de patiënt, maar ook voor de aanstichters van dit
onheil. Die gedeelde onzekerheidsproblematiek
heeft al vaker geleid tot congressen en themanum-
mers waarbij zowel juristen als artsen hun bijdragen
leverden.¹ De materialen en de gereedschappen die
de beroepsmatige beslissers ter beschikking staan
mogen dan niet perfect zijn, er bestaan wel degelijk
methoden om de kansen op falen in te perken. Een
zowel doordachte als expliciete werkwijze maakt het
mogelijk zich steeds te kunnen verantwoorden. Wat
juristen daarbij van artsen kunnen leren – en natuur-
lijk ook omgekeerd – staat centraal in deze bijdrage.

2. Afbrokkende onaantastbaarheid

Er zijn tijden geweest dat discussie over het maken
van fouten door artsen of rechters een anathema
was. Het gezag van de arts of rechter leek vanzelf-
sprekend en de beroepsbeoefenaren stonden niet
open voor kritiek. Sterker nog: hen bekritisieren was
een affront. Dat is de laatste decennia sterk ver-
anderd. Hoewel iedere burger doordrongen is van de
stelling dat vergissen maar al te menselijk is, bestaat
er evenwel een geringe tolerantie voor medische of

* Praktiserend arts (klinisch patholoog bij het Maastricht Ziekenhuis te Rotterdam) en jurist (hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, capaciteitsgroep privaatrecht, EUR Rotterdam).
(giard@law.eur.nl)

Met dank aan Jan Vranken en Gijs van Dijk voor hun suggesties voor verbeteringen van dit artikel.

1. Zie voor een recent voorbeeld het themanummer 'Understanding decision-making in healthcare and the law', *Healthcare Quarterly* 2009 vol. 12 – special issue.

gerechtelijke dwalingen – en dat gevoelen lijkt nog steeds eerder toe- dan af te nemen. Misslagen worden in de media breed uitgemeten en steevast klinkt dan de roep om harde maatregelen en meer toezicht om herhaling te voorkomen. Met die ontwikkelingen hebben medici al langer praktische ervaring dan rechters. Maar voor beide groepen is het steeds weer slikken geblazen.

Welke factoren hebben bijgedragen aan dergelijke ontwikkelingen? Zonder naar volledigheid te willen streven, noem ik enkele omstandigheden, die bij beide disciplines een rol spelen.

Van fatalisme naar activisme. Waar in de middeleeuwen de mens tegenslag, ziekte of heuse catastrofes nog als de wil van het Opperwezen beschouwde, is met de geleidelijke secularisatie en de daarmee verbonden emancipatie van de burger diens mondigheid toegenomen en de fatalistische houding afgenomen. Met de groei van kennis en de technologische ontwikkelingen is het mogelijk gebleken veel ongewenste gebeurtenissen in te dammen. Als risico's beheersbaar blijken, dan hadden ongewenste gebeurtenissen in veel gevallen voorkomen kunnen worden: het bekende 'weg met pech'. Daarom is de tolerantie voor fouten van anderen afgenomen en dat merken artsen en juristen (en anderen trouwens ook).

Verwetenschappelijking van de wereld. Niet alleen door de enorme kennistoename maar ook doordat steeds meer mensen hogere onderwijsvormen volgen, is het algemene kennisniveau sterk gestegen. In het Internettijdperk zijn wetenschappelijke bronnen voor een veel breder publiek bovendien gemakkelijk toegankelijk geworden. De professional is niet langer eenoog in het land der blinden. Hij wordt geconfronteerd met kritisch tegenspel. Soms zijn er zelfs stevige uitingen van afkeuring over een manifest gebrek aan wetenschappelijkheid, zoals de strafrechtspraak naar aanleiding van een aantal ernstige dwalingen heeft kunnen merken.² Er is meer tegenspraak – en dat is toch een juridisch kernbegrip?

Transparantie en verantwoording. Posities zijn niet langer onaantastbaar. Positionele macht maakt plaats voor overwicht door overtuiging. Socioloog De Swaan omschreef dit als de verandering van bevelshuishouding naar onderhandelingshuishouding.³ Transparantie en motivering zijn kernbegrippen geworden – maar soms ook wint de vorm het daarbij van de inhoud. Wederom heeft deze ontwikkeling gevolgen voor de medicus en de magistraat.

Kwaliteitsdenken. Er is gaandeweg een apart onderzoeksgebied ontstaan dat zich bezighoudt met het toetsen en de bevordering van kwaliteit van geleverde prestaties. De rechterlijke beslissing en de medische interventie vragen meer dan alleen de vakwetenschap. De werkprocessen moeten met speciale zorg omgeven worden: besturen, beveiligen en con-

troleren om zo de best mogelijke uitkomsten te kunnen garanderen.

Door deze, soms kolkende, rivieren worden de landschappen van recht en geneeskunde veranderd; maar er is niet alleen erosie, er worden ook nieuwe afzettingen gevormd. En de mens heeft geleerd daarbij de natuur waar nodig een handje te helpen met ingrepen zoals opspuiten of indammen – typisch Hollands! Hoe gaat een jurist of medicus om met deze geologische krachten? De cruciale stap is reflectie.

3. De macht der gewoonte en de wet van willekeur

De belangrijkste overdenking is misschien wel: waar zijn we nu eigenlijk - of soms: in hemelsnaam - mee bezig? Die vraag noopt tot het bewust afstand nemen van het dagelijkse geploeter en tot diepgaande kritische (zelf)reflectie. De daaruit opwellende vragen zijn uiteindelijk normatief van aard met voor de geneeskunde als grootste gemene deler: hoe werken artsen en hoe zouden artsen moeten werken?⁴ Precies diezelfde vragen werden in 1935 al door de Amerikaanse jurist Felix Cohen op soortgelijke wijze voor de rechtspraak geformuleerd.⁵ Hoe nemen rechters hun beslissingen en hoe zouden ze die moeten nemen?

Als blijkt dat er een discrepantie bestaat tussen de antwoorden op deze twee vragen, dan worden de gewenste doelstellingen dus niet gerealiseerd. Er is dan werk aan de winkel. Omdat instituten als geneeskunde en recht al millennia lang bestaan, dreigt het antwoord op de vraag 'waarom zijn wij hier op aarde?' door degenen werkzaam binnen het beroep als vanzelfsprekend te worden beschouwd. Wie of wat schudt ons dan wakker? Wel beschouwd bleek veel van de medische praktijk van generatie op generatie door artsen doorgegeven gewoonte te berusten en was niet of onvoldoende gebaseerd op fatsoenlijk wetenschappelijk onderzoek. Vanaf de tachtiger jaren van de vorige eeuw is uitgebreid empirisch onderzoek gedaan naar hoe de medische praktijk van alledag verloopt en daarbij kwam onder meer naar voren dat artsen voor hetzelfde probleem vaak onderling sterk verschillen in hun aanpak (praktijkvariatie) en dat heel veel toegepaste diagnostische of therapeutische methoden onvoldoende wetenschappelijk onderbouwd bleken. Ook succespercentages voor eenzelfde interventie liepen soms behoorlijk uiteen. Zo bleek bijvoorbeeld recent dat het behandelen van huidwonden, een veel voor-

2. Zie daarvoor H.F.M. Crombag e.a. *Dubieuze zaken*, Uitg. Olympus 2006, W.A. Wagenaar e.a., *De slapende rechter*, Uitg. Bert Bakker 2009 en T. Derksen, *De ware toedracht*, Uitg. Veen 2010.
3. A. de Swaan, *De mens is de mens een zorg*, Meulenhoff 1989.
4. Zie J. Dowie & A. Elstein (red.), *Professional judgment. A reader in clinical decision making*, Cambridge University Press 1988.
5. F.S. Cohen, 'Transcendental nonsense and the functional approach', *Columbia Law Review* 1935, vol. 35 p. 809 e.v.

komend probleem, nauwelijks een solide wetenschappelijke fundering heeft maar eerder historisch op basis van trial-and-error bepaald lijkt. Weer de gewoonte.⁶

Diezelfde materie speelt ook in de rechtspraak, bijvoorbeeld bij het beginsel van rechtseenheid: wordt eenzelfde kwestie door verschillende rechtbanken op dezelfde manier afgehandeld? Komen die verschillende manieren van aanpak uiteindelijk tot het gewenste resultaat? Het (schaarse) empirische onderzoek op dit gebied stelt niet gerust.⁷ Ieder volgt de gewoontes zoals afgekeken van oudere generaties beroepsbeoefenaren. Een aan dit vraagstuk gerelateerde kwestie is: is hier bewust gekozen voor die manier van werken, die de beste kans op het juiste resultaat geeft of is het weer (rechts)macht der gewoonte? We hebben het tenslotte over het belangrijke beginsel van de rechtszekerheid.

In de geneeskunde was de uitkomst van het overdenken de constatering dat er dringend behoefte is aan meer systematisch-wetenschappelijke fundering van de praktijk en dat leidde tot het ontstaan van de beweging van de *evidence-based medicine* (zie § 4). Een dergelijke fundamentele kritiek op eenzelfde gebrek aan voldoende wetenschappelijke onderbouwing, is ook groeiende binnen de rechtsgeleerdheid. Met de publicatie van de diesrede in 2003 van Carel Stolker⁸ in Leiden over de (on)wetenschappelijkheid van het recht werd een steen in de ogenschijnlijk rimpelloze rechtsvijver geworpen. Dit bleek een krachtige katalysator voor het debat, maar of die discussie werkelijk tot de zo noodzakelijk geachte verbeteringen leidt, wordt nog betwijfeld.⁹

De voor recht en geneeskunde gemeenschappelijke uitkomst van deze bespiegelingen - ‘reflection-in-action’ en ‘reflection-on-action’ - is dat er duidelijke praktische maar ook theoretische tekortkomingen aanwijsbaar zijn die om nadere aandacht vragen.¹⁰ We dienen weet te hebben hoe we problemen op de juiste manier kunnen oplossen, methodologie dus (zie ook § 6).

4. Evidence-based medicine: bewijsgedoe in de geneeskunde

Welke factoren waren er verantwoordelijk voor het ontstaan van de al eerder genoemde beweging van de *evidence-based medicine*? Zo’n drie decennia geleden kreeg de geneeskunde zowel in eigen kring als van buitenaf in toenemende mate kritiek te verduren op haar weinig uniforme werkwijze, de tekortschietende kwaliteit van geleverde zorg en de alsmaar sterk stijgende zorgkosten. Arnold Relman, de hoofdredacteur van het toonaangevende medische vakblad *The New England Journal of Medicine*, signaleerde in 1988 deze ontwikkeling en schetste een agenda voor de toekomst. Hij voorspelde voor artsen een toenemende beoordeling van hun prestaties en vraag naar verantwoording van buiten hun professie.¹¹ Artsen zouden dus, meer dan hen lief was, rekenschap over hun doen en laten moeten gaan afleggen.

De medische wetenschap was vanaf de zestiger jaren in een stormachtige ontwikkeling geraakt. De mogelijkheden voor diagnostiek en behandeling namen spectaculair toe. Maar er werden ook in toenemende mate vragen gesteld door zorgverzekeraars en politici of de ontwikkelingen, als het allemaal zo door zou blijven gaan, niet uit de hand zouden kunnen gaan lopen. De kosten dreigden de pan uit te zullen rijzen. Maar een andere, misschien nog belangrijker, vraag was: gebeurt alles wat artsen doen wel goed? Systematische toetsing van de werkprocessen en de daaruit voortvloeiende uitkomsten maakten niet alleen structurele tekortkomingen van het systeem duidelijk, maar ook bleek dat er veel onnodige schade werd veroorzaakt, zowel letselschade als economische schade.

In de Verenigde Staten verscheen in 1999 het rapport *To err is human*, waarin geschat werd dat jaarlijks tussen de 44.000 en 98.000 patiënten onnodig overleden als gevolg van medische fouten.¹² Onderzoek naar de situatie in Nederland bleek dat er in 2004 van de 1,3 miljoen patiënten opgenomen in een ziekenhuis er 74.100 (5,7%) te maken kregen met onbedoelde schade. Bij 29.900 van hen (2,3% van het totaal) bleek er sprake van vermijdbare schade.¹³

De media kregen oog voor deze problematiek en als door een zichzelf versterkend fenomeen werden beroepsbeoefenaren daardoor steeds vaker onderwerp van aandacht vanwege vermeende medische missers. Na het herhaaldelijk in de openbaarheid komen van een aantal magistrale missers in het strafrecht, kan de Nederlandse rechterlijke macht daar nu ook een woordje over meepraten.

Er wordt dus meer structurele aandacht gevraagd voor het onderzoeken en waarborgen van de kwaliteit van de medische en de juridische dienstverlening. Kennelijk vormt de manier waarop te werk wordt gegaan niet op voorhand de garantie voor het best mogelijke resultaat. Er zal iets moeten gaan gebeuren. Derhalve dient vanuit een normatief perspectief naar het dagelijkse werk te worden gekeken: doen we wel de goede dingen op de juiste manier?

6. Zie A.J. Singer & A.B. Dagum, ‘Current management of acute cutaneous wounds’, *New England Journal of Medicine* 2008 vol. 359 p. 1037-1046.
7. Zie E.M. Hoogervorst et al. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Kluwer 2005.
8. C.J.J.M. Stolker, ‘“Ja, geléerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap’, *NJB* 2003, p. 766-778.
9. Zie H. Gommer, ‘Ik ben een rechtswetenschapper! De geboorteweën van een verbeterde rechtenopleiding?’, *NJB*. 2011, p. 1256-1260. Zie het visitatierapport Koers van 2010. Daar wel aanvaard.
10. D. Schön, *The reflective practitioner: how professionals think in action*, Basic Books 1983.
11. A.S. Relman, ‘Assessment and accountability. The third revolution in medical care’, *New England Journal of Medicine* 1988 vol. 319, p. 1220-1222.
12. L.T. Kohn e.a. (red.), *To err is human. Building a safer health system*, National Academy Press 1999.
13. M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam: Instituut voor Extramuraal Geneeskundig Onderzoek NIVEL 2007.

Maar dat vraagt niet minder dan een cultuuromslag. De best denkbare uitkomsten worden niet bereikt door zich eenvoudigweg te voegen in de werkwijze van het systeem maar het vraagt om een aparte benadering, die van kwaliteitszorg.

De *evidence-based medicine*-stroming beoogt de medische praktijk zo in te richten dat die gebaseerd is op empirisch-wetenschappelijk bewezen optimale werkmethoden. Dat betekent steeds weer de spiegeling van de al genoemde vraag ‘hoe werken artsen’ aan de vraag ‘hoe zouden artsen moeten werken?’, vragen die ook getransponeerd moeten worden naar de werksituatie van juristen.

5. Kwaliteitsdenken: de doctrine volgens Donabedian

Als we meer te weten willen komen of we in de beroepssituatie wel de goede dingen doen en of we die vervolgens op de juiste wijze uitvoeren stelt dat ons voor drie elementaire vragen: (a) Hoe is betrouwbaar te bepalen of medische zorg dan wel rechtspraak wel of niet de goede dingen op de goede manier doen (goede kwaliteit leveren)?; (b) Wat moet er veranderen als de kwaliteit tekortschiet, en langs welke weg of wegen moet die verandering worden bereikt?; (c) Hoe is overtuigend vast te stellen of de doorgevoerde veranderingen blijvend tot betere resultaten leiden? De laatste vraag betreft het stadium van de effectmeting. Als we deze drie vragen niet zowel grondig als in samenhang met elkaar op wetenschappelijk verantwoorde wijze proberen te beantwoorden, verspillen we tijd en moeite.¹⁴ We hebben derhalve een coherent kader nodig om werk te maken van kwaliteit. De Libanees-Amerikaanse arts Avedis Donabedian (1919 – 2000) is de bedenker van een dergelijk model voor de gezondheidszorg. Het onderzoeken en het verbeteren van de deugdelijkheid van medische dienstverlening vraagt het integraal bezien van structuren, processen en uitkomsten – in de geneeskunde bekend als de driehoek van Donabedian.¹⁵ Is dit ook een bruikbaar denkmodel voor de juristerij?

5.1. Uitkomsttoetsing

Hoewel alle drie de punten stevast in onderlinge samenhang beoordeeld dienen te worden, is onderzoek van de uitkomsten een logisch beginpunt. Wie zich over de kwaliteit van het geleverde werk zorgen maakt, zal graag eerst willen weten of het echt allemaal wel zo erg is. We hebben daarvoor terugkoppelmechanismen nodig waarbij gerealiseerde uitkomsten worden gespiegeld aan een onafhankelijke objectieve norm, vaak aangeduid met de term ‘gouden standaard’.¹⁶ De toezichthouder van de gezondheidszorg, de inspectie, is daar de laatste jaren bijvoorbeeld dapper mee bezig met het project ‘Zichtbare Zorg’ waarbij men de zorgkwaliteit transparant probeert te maken aan de hand van een groot aantal indicatoren zodat de zorgconsument weet waar die aan toe is. De meest recente ontwikkeling is het openbaar maken van gestandaardiseerde zieken-

huissterftecijfers. De cliënt kan ziekenhuizen daarvoor onderling vergelijken en ook beoordelen wie de gestelde norm het best weet te halen. Dat klinkt natuurlijk allemaal mooi en het lijkt zo vanzelfsprekend, maar is dat praktisch bruikbaar en vooral ook betrouwbaar vorm te geven? Wat betreft de gestandaardiseerde ziekenhuissterfte zeker niet.¹⁷ Is het denkbaar dergelijke kwaliteitsmaten voor rechtbanken te ontwikkelen, zodat duidelijk wordt welke kans er met betrekking tot een bepaald schadeveroorzakend handelen bestaat op aansprakelijkheid en schadevergoeding?

Het is veelzeggend dat recent nogal wat publicaties over de beperkingen van kwaliteitsmetingen van medische zorg zijn verschenen.¹⁸ De methodiek van kwaliteitsmeting en -normering blijkt nog allesbehalve uitgerijpt.¹⁹ Het nauwkeurig en reproduceerbaar meten van kwaliteit is in veel gevallen lastig en dus is enige voorzichtigheid gerechtvaardigd.

Dit wil niet zeggen dat er nu helemaal niets van kwaliteitsbeoordeling mogelijk is, maar de goedbedoelende onderzoekers dienen weet te hebben van de beperkingen van hun methoden en tevens te streven naar het ontwikkelen van meer accurate meetinstrumenten die reproduceerbare resultaten opleveren. Bij het beoordelen van de kwaliteit van de uitkomsten van werkprocessen zijn, zoals we al stelden, steeds terugkoppelmechanismen noodzakelijk. In de medische zorg openbaren fouten of tekortkomingen van diagnostiek en behandeling zich vaak vanzelf in de loop van de tijd (‘time will tell mechanism’). Door omschreven groepen patiënten zorgvuldig en langdurig te volgen, kunnen fouten en ongewenste neveneffecten boven water komen. Bijvoorbeeld een methode voor het opsporen van kanker kan zo worden geëvalueerd: wanneer een kwaadaardig gezwel in eerste instantie door een test zou zijn gemist, blijft dat tumorproces echter aanwezig en groeit daarna meestal verder uit zodat het zich vrijwel altijd later op een of andere wijze zal manifesteren. Evaluaties van kwaliteit van zorg vragen dus een systematische aanpak door middel van vervolgstudies waarbij nieuw verkregen informatie wordt vergeleken met eerdere informatie. Daarvoor kan een waarheidstabel worden gebruikt, bijvoorbeeld voor de evalua-

14. R.W.M. Giard, ‘De kwintessens van kwaliteitszorg’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2009 vol. 153 B12.
15. A. Donabedian, ‘The quality of care. How can it be assessed?’, *JAMA* 1988 vol. 260, p. 1743-1748.
16. Hier dan bedoeld om het goudgehalte van een munt of sierraad nauwkeurig te kunnen vaststellen.
17. Daarover recent. W. van den Bosch e.a.; ‘Gestandaardiseerd ziekenhuissterftecijfer (HSMR): correctie voor ernst hoofd-diagnose kan beter’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2011, vol. 135. A3299.
18. R.W.M. Giard, ‘Prestatie-indicatoren als maat voor de kwaliteit van medische zorg: retoriek en realiteit’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2005 vol 149 p. 2715 e.v.
19. I.Heath I, J. Hippisley-Cox & L. Smeeth, ‘Measuring performance and missing the point?’ *British Medical Journal*. 2007 vol. 335 p. 1075-1076.

tie van een diagnostische test gebruikt voor het opsporen van een bepaalde ziekte:

	Testuitslag: afwijkend	Testuitslag: normaal
Feitelijk: heeft de ziekte	Juiste test-uitkomst	Fout-negatieve uitslag
Feitelijk: heeft geen ziekte	Fout-positieve uitslag	Juiste test-uitkomst

Op deze manier kan men aan de hand van vervolgonderzoek de kwaliteit van die test beoordelen en door middel van percentages de kansen op bijvoorbeeld fout-positieve of fout-negatieve testresultaten aangeven. Op eenzelfde manier is ook de evaluatie van rechtspraak mogelijk door die te beschouwen als een diagnostische test waarbij aangegeven wordt of de vordering van eiser op de gedaagde wel of niet terecht wordt af- of toegewezen (in de tabel versimpeld met de dichotomie schuldig/onschuldig).

	Vonnis: aansprakelijk	Vonnis: niet aansprakelijk
Feitelijk: is aansprakelijk	Juist vonnis	Fout vonnis
Feitelijk: is niet aansprakelijk	Fout vonnis	Juist vonnis

Is een dergelijke aanpak bruikbaar om te zien of een beslissing van een gerechtelijk orgaan juist is? In de geneeskunde is de getoonde tabel meestal samen te stellen, in het recht nauwelijks. Het mechanisme dat een fout zich openbaart omdat de werkelijkheid zich veelal op een later tijdstip alsnog duidelijk aandient, is in de rechtspraak zeldzaam – beslist veel sporadischer dan in de geneeskunde.

Een dergelijke 'correctie' achteraf zal zich eerder in het strafrecht dan in het civiele recht manifesteren om verschillende redenen. De Schiedammer parkmoordzaak is een voorbeeld van een toevalligheid. Toen de werkelijke dader van de moord op het 10-jarige meisje Nienke enkele jaren na het misdrijf werd gearresteerd, bekende die *en passant* het misdrijf, terwijl er inmiddels wel een naar nu bleek onschuldige, Cees B, voor dat levensdelict vastzat.²⁰ Soms ook is sterke druk van externe deskundigen nodig om tot inkeer en praktisch tot herziening te komen, zoals in de zaak tegen Lucia de Berk.²¹ Rechtspsycholoog Van Koppen had al jaren voor de uitspraak van het Arnhems Hof zijn twijfels over de juistheid van de eerdere vonnissen geuit, maar nog zonder direct resultaat voor Lucia.²² De gerechtelijke dwalingen speelden zich vooral af in de sfeer van het strafrecht, maar het zou naïef zijn te veronderstellen

dat bij andere soorten rechtspraak zoals civiel- of bestuursrecht geen fouten worden gemaakt. Waarom is er zo weinig wetenschappelijke belangstelling voor opsporing, oorzaken en frequentie van gerechtelijke dwalingen? Het argument dat ze moeilijk vast te stellen en daardoor te meten zijn? Met een goed ontwikkelde werkprocestoetsing is wel degelijk onderzoek te doen, maar dat vraagt het ontwikkelen van juiste methoden.

Een andere mogelijkheid om onvolkomenheden op te sporen zou via het aanwenden van een rechtsmiddel kunnen zijn. Dat heeft echter twee bezwaren. De eerste is inhoudelijk, kwalitatief: deze benadering levert geen 'gouden standaard' op om de waarheid en werkelijkheid objectief mee vast te stellen, eenvoudigweg omdat het juridische rechtsmiddel niet een extern referentiepunt oplevert, maar een herhaling is van dezelfde procedure met dezelfde middelen waarbij de appelrechters bovendien ook inzage hebben in het dossier van de eerste feitenrechter(s) en daardoor beïnvloed kunnen worden. Het tweede is kwantitatief: maar in een klein deel van de gevallen stelt een van de procespartijen een beroep tegen het vonnis in. De motieven om in beroep te gaan zijn uiteenlopend en daarnaast kunnen sommigen (velen?) zich het gezien de kosten en vaak ook de emotionele belasting gewoon niet permitteren om door te procederen. Het resultaat van een ingesteld beroep kan weliswaar leerzaam zijn – er bestaat immers in ons land een bloeiende traditie van annotaties – maar het systeem van rechtsmiddelen zal niet kunnen pretenderen een systematische kwaliteitscontrole van rechtspraak op te leveren, hooguit sporadisch. Maar hoe dan wel?

Een door de Raad voor de Rechtspraak ingestelde commissie rapporteerde eind 2010 over een pilotstudie inzake de vraag of het mogelijk is een kader te ontwikkelen met behulp waarvan de ambachtelijke kwaliteit van civiele vonnissen van rechtbanken kan worden getoetst.²³ Vanuit methodologisch oogpunt bezien is dit een teleurstellende studie, omdat men zich niet of nauwelijks rekenschap heeft gegeven van welke fundamentele vraagstukken men bij dit type kwaliteitsonderzoek tegenkomt en hoe daarmee praktisch om te gaan.²⁴ In feite was het niets anders dan aan de hand van de volledige dossiers nogmaals de procedure door twee koppels rechters na te gaan lopen. Andere disciplines met kennis van kwaliteits-toetsingsprocessen werden hier niet bij betrokken.

20. Zie o.m. Gerechtshof 's-Gravenhage 22 november 2005 LJN: AU6566.

21. Zie Hof Arnhem 14 april 2010 LJN: BM0876.

22. P.J. van Koppen, *De Schiedammer parkmoord: een rechtspsychologische reconstructie*, uitg. Ars Aequi Libri, Nijmegen (2003).

23. P. Neleman en P.J. Nijt, *Toetsingscommissie civiele vonnissen*, Den Haag, Raad voor Rechtspraak, 9 december 2010.

24. Te denken valt aan heel elementaire kwesties als begripsdefinities, beschrijving van de onderzoeksmethoden en de betrouwbaarheid daarvan maar vooral ook de onafhankelijkheid van methoden én onderzoekers t.o.v. eerdere uitkomsten.

Het was puur een keuring van het functioneren van rechtspraak door rechters.

Dergelijke processen van intercollegiale toetsing zijn ook al eerder in de geneeskunde toegepast. Dat levert enerzijds zeker nuttige informatie op maar anderzijds blijkt uit empirisch onderzoek dat deze aanpak methodologisch beperkingen kent en geen volledige kwaliteitscontrole oplevert. Illustratief is bijvoorbeeld dat wanneer artsen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) over de kwaliteit van zorg moesten oordelen er statistisch significante verschillen in beoordeling tussen de inspecteurs bestonden. Tevens bleek de aanwezigheid van een onderbouwing bij een oordeel zowel afhankelijk te zijn van de inspecteur als van het gegeven oordeel.²⁵ Dit laat zien dat wie aan kwaliteitstoetsing begint zich rekenschap dient te geven van doelen en middelen: wat willen we precies vaststellen, hoe uitgebreid dient het onderzoek te zijn en welke observatie- en meetinstrumenten staan ons daarvoor ter beschikking en hoe goed is hun geschiktheid voor dat doel, in het bijzonder ook hun nauwkeurigheid en reproduceerbaarheid?

Er is in dit kader nog één vanuit psychologisch oogpunt belangrijk verschil tussen artsen en rechters: het feit dat artsen veel frequenter en directer met hun feilen worden geconfronteerd dan rechters heeft gevolgen voor de wijze waarop ze elk met de problematiek van menselijk falen omgaan. De motivatie om onderzoek te doen naar oorzaken en relevante omstandigheden van fouten en om verbeteringen aan te brengen in hun kennis, vaardigheden en werkprocessen is daarmee dwingender bij artsen dan bij leden van de rechterlijke macht. Bovendien worden rechters opgeleid met de gedachte dat het op rationele wijze toepassen van het recht en de formeel-rechtelijke inkadering steeds tot goede resultaten moet leiden. Als de strafrechter aangeeft dat iets 'wettig en overtuigend' is bewezen, getuigt dat van aan onfeilbaarheid grenzende zekerheid. Maar dat is gevaarlijk.²⁶

Nu we vastgesteld hebben dat we bij uitkomsttoetsing lang niet altijd de absolute waarheid – als die al bestaat! – kunnen achterhalen, verschuift de aandacht daardoor naar het volgende onderdeel, de procestoetsing, het tweede element van de driehoek van Donabedian. Want als we zoeken naar de best denkbare manier om onze taken uit te voeren, is de kans op een goede uitkomst natuurlijk het grootst.

5.2. Procestoetsing (misschien wel: civilologie!)

We keren terug naar de vaker gestelde primaire vragen: hoe functioneert het recht en hoe zou het moeten functioneren? Voor wat betreft de tweede vraag kiezen we voor een benadering dat we in ieder geval gaan onderzoeken (1) wat we beslist *niet* moeten doen en (2) wat we *wel* dienen te doen, gebaseerd op een wetenschappelijk onderbouwde keuze uit alternatieve mogelijkheden. Voor het wel-

slagen van deze exercitie is allereerst het besef nodig dat er voor een door een lange traditie bepaalde werkwijze betere alternatieven kunnen bestaan. Wie voor die route kiest, wordt vervolgens geconfronteerd met het bepalen van de weg waarlangs het resultaat zal worden gerealiseerd en dat is een methodologische kwestie.

De laatste jaren, mogelijk verband houdende met de kritiek op de onwetenschappelijkheid van het recht, heeft er een groot aantal universitaire benoemingen plaatsgevonden met als leeropdracht 'rechtsmethodologie'. Maar wie hun voordrachten en publicaties volgt, wordt voornamelijk vergast op het onderwerp 'rechtsvinding', een juridisch-doctrinaire benadering die niet wordt gekoppeld aan *werkelijk* empirisch-wetenschappelijk gefundeerde methodologische verhandelingen: hoe praktisch te handelen bij het oplossen van een casus, de 'echte' methodologie van materiële waarheidsvinding. Wel wordt de rechterlijke rechtsvinding meer en meer tegenover de wetenschapper geplaatst. Dat is een andere tegenstelling waarover men ook theoretisch-dogmatisch en empirisch kan schrijven. Kortom, er is m.i. een dubbele tegenstelling.

Het heeft er soms ten minste de schijn van dat juristen liever binnen eigen kring problemen proberen op te lossen zonder bemoeienis van buiten ('binnendijks denken'): weer een verbluffend staaltje autonomie van juristen. Door socioloog Robert van Krieken wordt dit fenomeen omschreven de verbazingwekkende truc van het recht ('laws amazing trick') en hij citeert daarbij Fish: "the trick by which the law rebuilds itself in mid-air without ever touching down".²⁷ Hoe bereiken we nu dat juristen wél met beide benen op de grond willen gaan staan, zich kwetsbaar opstellen en hun beroepsbeoefening vanuit breder perspectief met gebruikmaking van uitkomsten van empirisch of zelfs experimenteel onderzoek gaan beschouwen, iets waartoe medici door de hierboven geschetste omstandigheden al eerder werden gedwongen. De stap van monodisciplinair naar interdisciplinair en van puur rationalistisch naar gemengd rationalistisch/empiristisch moet door de juristerij worden genomen, maar dat is praktisch én emotioneel niet zonder problemen.²⁸

25. S.M. Tuijn e.a., 'Het ene oordeel is het andere niet. Kwantitatieve analyse van de variatie bij inspecteurs van de inspectie voor de gezondheidszorg', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2009 vol. 153, B63.
26. Daarover S. Porter & L. ten Brinke, 'Dangerous decisions: a theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom', *Legal and Criminological Psychology* 2009, vol. 14 p. 119-134.
27. R. van Krieken, 'Legal reasoning as a field of knowledge production: Luhman, Bourdieu and Law's autonomy'. Deze symposiumtekst is te downloaden via: ses.library.usyd.edu.au/bitstream/2123/967/1/legal%20reasoning.pdf.
28. Zie daarover H.S. Taekema en B.M.J. van Klink, 'Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *NJB* 2010 en ook H. Gommer, 'Rechtsgelerdheid versus interdisciplinair recht: een loopgravenoorlog?' als reactie op een artikel van Lokin in *RM Themis*, zie <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96473>.

In dit verband is een fundamenteel onderscheid tussen recht en geneeskunde van belang: de traditionele rechtswetenschap is eerst en vooral een rationalistische wetenschap terwijl de geneeskunde juist een empirische is.²⁹ Dit onderscheid helpt ons te begrijpen waar we bij het onderzoek en de verbetering van juridische werkprocessen op kunnen letten. De 'grote' gerechtelijke dwalingen van de laatste jaren waren niet zozeer het gevolg van onjuiste rechtsopvattingen en –toepassing maar veeleer van te beperkte of onjuiste informatie en foutief redeneren, van empirische tekorten dus.

De voorwaarden om tot een goed resultaat te komen, of dat nu een rechterlijke beslissing is of een arts die een zieke moet behandelen, zijn tweemaal: het beschikken over betrouwbare kennis en het juist oordelen en beslissen aan de hand van die informatie. Voor beide beroepssituaties draait het in de eerste plaats om het vinden van een causale verklaring: hoe ontstond de situatie waarover het geschil gaat respectievelijk hoe verklaren we de ziekteverschijnselen bij deze patiënt? Dat vraagt het verzamelen van informatie, het ordenen, interpreteren en beoordelen daarvan en het ten slotte komen tot een conclusie, maar daarbij kan er heel veel fout gaan: het waarnemings- of meetinstrument is imperfect, of er zijn psychologische mechanismen die waarneming en oordeelsvorming vertekenen ('bias') en tot onjuiste causale oordelen leiden.³⁰

Juridische en medische professionals werken aan de hand van schema's, georganiseerde kennispatronen, die hen worden aangereikt gedurende hun beroepsopleiding en latere specialisaties.³¹ Zij staan daarbij bloot aan tal van cognitieve valkuilen, waardoor ze op een verkeerd spoor terecht kunnen komen. Procestoetsing vraagt met name die aspecten te onderzoeken en remedies aan te reiken om tot betere resultaten te komen. Dat ligt ten grondslag aan de *evidence-based medicine* en zou ook het wensbeeld mogen zijn van de *evidence-based law*.³²

Binnen de civielrechtelijke gelederen wordt inmiddels aan dit gedachtegoed vorm gegeven, want het wordt in toenemende mate als een gemis ervaren dat juristen, in plaats van in hun eigen kringetje rond te blijven draaien, te weinig over hun wetenschappelijke grenzen durven kijken en in de leer gaan bij de meer empirisch georiënteerde disciplines. Dat heeft in juridisch Nederland de beweging van de *civilologie* doen ontstaan, een term die ontleend is aan een Engels rapport over hoe we beter zicht kunnen krijgen op hoe het recht functioneert en op welke manieren dat beter zou kunnen.³³ Zie ook Faure, Van Dijk en Vranken elders in dit nummer. Bij de aankondiging van het eerste Nederlandse civilologiecongres dat op 24 juni 2011 in Rotterdam werd gehouden, was dit de omschrijving van dat nieuwe en nog wat onwennige begrip:

Civilologie is het geheel van wetenschappelijke methoden die gebruikt kunnen worden om beter zicht te krijgen op hoe privaatrecht in de werkelijkheid werkt. Rechtswetenschappelijke en sociaalwetenschappelijke inzichten kunnen gezamenlijk tot beter inzicht in de doelen, effecten, veronderstellingen, nevenwerkingen en efficiëntie van privaatrechtelijke regelgeving en rechtspraak leiden. Dat betere inzicht vormt idealiter de basis voor een 'evidence based' privaatrecht van de toekomst.

Voor het oplossen van de zich aandienende problemen, dient allereerst vastgesteld te worden om welke kwestie – of kwesties – het gaat, welke vragen daaruit voortvloeien, welke informatie daarvoor moet worden verzameld, hoe die moet worden geïnterpreteerd, hoe daarover geoordeeld kan worden en welke beslissingen op grond daarvan kunnen worden genomen. Juridische doctrine en empirische praktijk worden zo tot een intieme relatie gedwongen die een betere rechtspraak moet baren.

5.3. Structuren

Welke fysieke en organisatiestructuur biedt de beste voorwaarde voor optimale beroepsuitoefening (het derde element in de driehoek van Donabedian)? Idealiter zou ook het antwoord op die vraag uit vergelijkend empirisch onderzoek moeten voortkomen, geïnitieerd vanuit de eigen professie en ondersteund door bedrijfskundigen. Echter, zowel de geneeskunde als de rechtspraak wordt geconfronteerd met vanuit de politiek geïnitieerde acties van stelselwijzigingen, herstructurering van de gerechtelijke kaart, de introductie van marktwerking, de managementcultuur, meer toezicht en ga zo maar door. Deze ontwikkeling plaatst zowel de medische als de juridische professionals voor twee uitdagingen. Ten eerste 'getting the job done despite the organization'. Ten tweede het leren leven met de overgang van een interne professionele verantwoordelijkheid naar een gedwongen externe bureaucratische verantwoording. Ziekenhuizen zijn bijvoorbeeld tegenwoordig veel administratieve tijd kwijt aan het

29. R.W.M. Giard, 'Heraclites en Parmenides voor de rechter', *Expertise en Recht* 2010 nr. 5/6, p. 155-158.

30. Een uitstekend artikel daarover is nog steeds dat van H. Merckelbach e.a. 'Hoge verwachtingen. Over het corrumperend effect van verwachtingen op forensische expertise', *NJB* 2003, nr. 14.

31. Zie voor een goede uiteenzetting over schema's R. Vonk, 'Schema's', in: R. Vonk (red.) *Cognitieve sociale psychologie. Psychologie van het dagelijks denken en doen*. Utrecht: uitg. Lemma 2003, p. 143 e.v.

32. Daarover R.W.M. Giard, 'Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.) *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?* Den Haag Boom Juridische uitgevers 2006, p. 49 e.v.

33. H. Genn, M. Partington & S. Wheeler, *Law in the real world: improving our understanding of how law works*, Nuffield Foundation, London 2006.

jaarlijks verplicht aanleveren van waslijsten indicatorgetallen aan de inspectie. Klagen hierover is begrijpelijk, maar velen ontbreekt het praktisch aan tijd om zich met deze politieke dimensie van het bestaan bezig te houden. Toch is een meer proactieve opstelling gewenst tegenover de buitenstaanders die graag hun waan van de dag aan ons willen opleggen.³⁴ De oratie van WODC-directeur Frans Leeuw is daarvoor inspirerend.³⁵

6. De meerwaarde van methodologie

Wat is nu de belangrijkste conclusie die juristen kunnen trekken uit de ontwikkelingen bij medici? Voor het aanpakken van de in dit artikel genoemde kwesties is een daarvoor geëigende methodologie en zijn daarvan afgeleide methodieken nodig. Methodologie omschrijft de weg waarlangs het gewenste eindpunt bereikt moet worden, een 'handelingsleer' waarmee de uitvoerder zich kan verantwoorden, terwijl methodieken (methoden) de concrete stappen aangeven.³⁶ Daarbij zal onderscheid gemaakt dienen te worden tussen enerzijds de vakspecifieke verzameling van methoden en technieken en anderzijds de meer algemene methodologie, de principes die ten grondslag liggen aan het verwerven en toepassen van betrouwbare kennis – de wetenschappelijke methode. Die twee moeten uiteindelijk ineengeschoven worden om een goed functionerend rechtssysteem te verkrijgen.³⁷

Meer specifiek zijn de volgende wetenschappelijke invalshoeken van belang om de wegen waarlangs we het doel van optimale rechtshulp of – in de minderheid van de gevallen – geschilbeslechting willen bereiken.

- *Sociale psychologie.* Het recht gaat over rechtsbetrekkingen tussen personen onderling of tussen individuen en organisaties, maar alle rechtens relevante contacten zijn steeds intermenselijk van aard. Sociaalpsychologische inzichten zijn van belang om het ontstaan van conflicten beter te begrijpen, op welke manier die percepties van invloed kunnen zijn op de juridische presentatie van het geschil en de gevolgen daarvan voor de afwikkeling van de procedure, maar ook om te beoordelen wat vanuit dit perspectief de betekenis is van de uitkomst van geschilbeslechting.
- *Cognitieve psychologie.* De mogelijkheden en valkuilen van de kennende functies van het menselijke brein. Hoe is duidelijk te maken waar we bij de verschillende schakels in het werkproces kunnen dwalen? En wat voor gevolgen heeft dat praktisch? Een ander punt is nog hoe menselijke – dus ook rechterlijke – beslissingen tot stand komen? Is dat puur langs rationele weg of spelen hier meer emotionele, irrationele of andere aspecten bewust of onbewust een rol?³⁸ Wat hebben die neurocognitieve inzichten weer voor praktische betekenis?

- *Epistemologie.* Langs welke empirische wegen wordt betrouwbare kennis verkregen en hoe controleer je het resultaat daarop? Steeds zijn drie simpele vragen leidend: wat zouden we moeten weten, wat denken we te weten en wat kunnen we weten? Juist omdat causale verklaringen zo'n belangrijke rol spelen in het aansprakelijkheidsrecht, is dat bij uitstek een onderwerp om nader uit te werken. Een voorbeeld daarvan is de vraag of tekortschietende verloskundige hulp verantwoordelijk zou kunnen zijn voor het ontstaan van geboorteschade.³⁹

Dat vraagt om meer aandacht voor kennis en competenties die nodig zijn bij het oplossen van hun dagelijkse problemen in de rechtenstudie, maar ook bij de vervolgoopleidingen voor advocatuur en rechterlijke macht. Daaraan dient ook de voorwaarde te worden gekoppeld om zowel juridische als niet-juridische kennisbronnen beter voor dat doel toegankelijk te maken – de stap van binnendijks naar buitendijks denken.

De rechtsgeleerde wetenschap wordt thans aan soortgelijke kritische krachten blootgesteld als waar de medische professie al veel eerder mee werd geconfronteerd. Daarbij rijst ook de vraag in welke valkuilen de geneeskunde terecht kwam bij onderzoek van de problemen en bij het zoeken naar oplossingen en hoe nuttig het voor juristen is om daar weer weet van te hebben. De belangrijkste les is steeds het concrete doel voor ogen te houden. Beide disciplines staan momenteel gelijktijdig aan dezelfde negatieve ontwikkelingen bloot. Er is steeds meer aandacht voor beeldvorming waardoor inhoudelijke zaken secundair dreigen te worden; er is steeds meer politisering binnen beide disciplines omdat er steeds meer sturende en controlerende instituties in het leven worden geroepen die vooral hun macht en betekenis waar willen maken ten koste van de professionals. Er wordt vanuit de politiek steeds vaker geroepen om meer controle door toezichthouders en daaraan gekoppeld meer regelgeving. Zijn er bijvoorbeeld voor wat betreft de advocatuur werkelijke verbeteringen te verwachten van

34. Zie R.W.M. Giard, 'Klagen over bureaucratie in de zorg?', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2010;154:A1357.

35. F.L.L. Leeuw, 'Gedragsmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels', Oratie Universiteit Maastricht 2008.

36. J. Jonker & B.J.W. Pennink, *De kern van methodologie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum, 2004.

37. Zie ook R.W.M. Giard, 'Rechtspraak is een riskante onderneming. De noodzaak van een geïntegreerd normatief kader', *Expertise en Recht* 2011, nr. 2.

38. Zie bijvoorbeeld A.P. Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste. Denken met gevoel*, Uitgeverij Bert Bakker 2007 en V. Lamme, *De vrije wil bestaat niet*, Uitgeverij Bert Bakker 2010.

39. Zie de uitwerking van die vraag in mijn noot bij Hoge Raad 7 december 2007, *JA* 2008, 23.

meer toezicht of zijn dat gedachtespinsels van een studeerkamergeleerde?⁴⁰ De geneeskundige inspectie is erg actief, maar dat is vooral merkbaar aan een sterk toegenomen bureaucratische belasting van de ziekenhuizen. Daarom dreigt er teveel energie in die richtingen te verdwijnen ten koste van de primaire processen en dat vraagt waakzaamheid. Maar daarbij moeten we ook bedenken dat de buitenwereld het niet vanzelfsprekend meer acht dat artsen of juristen steeds goed werk leveren. Dat vraagt om een sociaal-intelligente respons. Hoe dan ook, het werk in beide disciplines is en blijft even boeiend als uitdagend, *never a dull moment!*

40. Zie de nota van A.W.H. Docters van Leeuwen, *Het bestaande is geen alternatief. Een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur*, Nederlandse School voor Openbaar Bestuur 2010.