

JURIDISCH OORDELEN OVER MEDISCHE MISSERS

Hoe medische aansprakelijkheid de kwetsbare plekken van civiele rechtspraak blootlegt

Raimond Giard*

We do not explain events, only aspects of events. – Peter Lipton¹

1 (Alweer) die waarheidsvinding

Aansprakelijkheidsrecht is een vakgebied vol van verdrietige gebeurtenissen – zeker wanneer het over medische aansprakelijkheid gaat. Steeds betreft het kwesties die in het maatschappelijke verkeer zijn misgegaan of dreigen mis te gaan. Kenmerkend daarbij is dat de eisers stellen dat het allemaal beter af had kunnen lopen als er door de gedaagde partij op een cruciaal moment anders was gehandeld of een andere keuze zou zijn gemaakt. Dat speelt *a fortiori* bij de medische aansprakelijkheid, want volgens de gelaedeerde patiënt werd er bij hem of bij haar letselschade veroorzaakt door nalatigheid van artsen en dat had in diens ogen niet hoeven te gebeuren. Een voorbeeld uit de rechtspraak:

Een vrouw van 37 jaar meldt zich bij de huisarts omdat zij pijn heeft in haar linkerarm, schouder en vingers. Ze krijgt pijnmedicatie maar dat helpt niet, en twee weken later belt ze daarover met de dienstdoende huisarts en krijgt ze andere pijnstillers. Weer vijf weken later bezoekt ze de huisartsenpost vanwege deze aanhoudende pijn en de dienstdoende arts ziet haar hyperventileren (te snel en te diep ademen). Hij stelt haar gerust en zegt dat ze zekerheidshalve nog een keer naar haar eigen huisarts moet gaan. Dat doet ze twee dagen later en deze arts komt tot dezelfde conclusie; niets verontrustend. Enkele dagen later worden de klachten plots heftiger, ze belt weer de dienstdoende huisarts en die stelt telefonisch de diagnose van een slijmbeursontsteking in haar linkerarm. De volgende dag gaat ze op eigen initiatief naar de afdeling spoedeisende hulp van een ziekenhuis en daar wordt een ernstig hartinfarct geconstateerd. Dat wordt spoorslags behandeld, maar desondanks blijkt dat ze blijvende hartschade heeft opgelopen. Door dit hartfalen zal ze de rest van haar leven geïnvaleerd blijven. Ze verwijt de huisartsen dat zij een onjuiste diagnose hebben gesteld. Bij een juiste beoordeling van haar klachten zou ze eerder zijn doorverwezen naar een cardioloog en adequaat behandeld zijn, waardoor ze geen of minder hartschade zou hebben opgelopen. Daarom stelt ze hen voor de schade aansprakelijk.²

ook de stellige mening van eiseres. Zij stelt daarom dat de artsen jegens haar verwijtbaar tekort zijn geschoten, maar die denken daar anders over en dus is er sprake van een conflict tussen hen. Als dat niet onderling opgelost wordt, kan de zaak aan de civiele rechter worden voorgelegd voor geschilbeslechting. De eerste stap voor deze mevrouw is dan ook om de hulp van een letselschadeadvocaat in te roepen. Die beziet de kwestie en concludeert dat de huisartsen niet de zorg van een goed hulpverlener hebben geleverd zoals omschreven in artikel 7:453 BW. Er wordt vervolgens een dagvaardingsprocedure gestart en partijen en de rechter gaan met deze kwestie aan de slag. De uiteindelijke normatieve uitspraak van de rechter over het handelen van de huisartsen en het al dan niet bestaan van causaal verband tussen dat handelen en het letsel zal bindend zijn.

Aansprakelijkheidsrecht is een vakgebied vol van verdrietige gebeurtenissen – zeker wanneer het over medische aansprakelijkheid gaat

Wat verwacht een rechtzoekende nu van zo'n procedure? Deze mevrouw is zowel boos op als teleurgesteld in haar behandelaars. Die verdienen het dan ook om te worden veroordeeld omdat ze slecht werk geleverd hebben. Maar ze heeft ook lichaamsschade geleden en die kan niet meer worden hersteld. Daarom komt rechtsherstel in de vorm van schadevergoeding in beeld en daartoe zullen de nodige stappen moeten worden genomen.

* Prof.dr.dr. R.W.M. Giard is bijzonder hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid aan de Erasmus School of Law te Rotterdam en praktiserend medisch-specialist in het Maasstad Ziekenhuis in die stad. Met dank aan Willem van Boom voor diens waardevolle suggesties.

¹ P. Lipton, 'Contrastive explanation and causal triangulation', *Philosophy of Science* 1991-4, p. 687-697.

² Rb. Utrecht 8 december 2010, LJN: BO6888.

Wie deze korte geschiedenis leest, krijgt de indruk dat hier iets fout gegaan moet zijn; had dit hartinfarct niet eerder kunnen worden ontdekt? Dat is

Bij een kwestie als deze is een causale verklaring van de gebeurtenissen essentieel voor een juist oordeel; met de juiste uitleg kunnen we begrijpen *wat* er gebeurd is en vooral *waarom*, maar die zoektocht is in veel gevallen bepaald niet eenvoudig.³ Bij het speuren naar de oorzakelijke verklaring van de omstreden gebeurtenis is gezond verstand alleen niet genoeg – het kan zelfs gevaarlijk zijn!⁴ Onze patiënte zal als leek op medisch gebied vooral een intuïtief bepaald waardeoordeel over het handelen van de artsen hebben. Maar binnen de juridische context zal het verstand moeten domineren; de rechter is immers een rationele beslisser en de kwestie zal eerst goed uitgezocht dienen te worden.

Bij het speuren naar de oorzakelijke verklaring van de omstreden gebeurtenis is gezond verstand alleen niet genoeg – het kan zelfs gevaarlijk zijn!

De Deense rampdeskundige Erik Hollnagel formuleerde de problematiek treffend: 'To err is human; to understand why humans err is science.'⁵ Het uitpluizen van iedere onheilsgeschiedenis betekent het zoeken naar de juiste causale verklaring, een wetenschappelijk verantwoorde verklaring. Uit onderzoek is namelijk gebleken dat voor het analyseren van incidenten en calamiteiten speciale kennis en vaardigheden nodig zijn. Daarom heeft die discipline zich tot een apart wetenschapsgebied ontwikkeld en dus zullen advocaten en rechters ten minste de basisprincipes van dat onderzoek dienen te kennen.⁶ Een belangrijk maatschappelijk argument hierbij is dat aansprakelijkheidsrecht naast schadecompensatie ook een preventiefunctie heeft. We kunnen alleen echt van onze fouten leren als we die op een goede wijze hebben geanalyseerd.⁷

Zo belanden we (weer) bij het nieuwe *buzzword* van de juridische professie: waarheidsvinding. De aandacht voor dat belangrijke begrip, dat momenteel ruim in de belangstelling staat,⁸ komt niet zomaar uit de lucht vallen. Een rechtvaardige beslissing rust idealiter op ware feiten en die vind je door op de juiste wijze het onderzoek te doen. Waarheidsvinding omschrijft daarom zowel een proces als een uitkomst. De werkwoorden van het proces van waarheidsvinding zijn: nadenken, plannen, onderzoeken, interpreteren, selecteren, begrijpen, verklaren en oordelen. De wijze waarop het proces van waarheidsvinding wordt uitgevoerd – de methode – is dus bepalend voor de deugdelijkheid van de uitkomst van het onderzoeksproces.⁹ Maar hoe moeten in het aansprakelijkheidsrecht dergelijke geschilkwesities tussen een patiënt en diens behandelaar nu op de juiste wijze binnen een juridische context worden onderzocht en opgelost? En wat kan er daarbij misgaan? Wat leren we daarvan en heeft dat ook betekenis voor andere rechtsgebieden? Daarover gaat dit artikel. Maar eerst de zo essentiële juridische context waarbinnen de medische aansprakelijkheid zich af zal spelen.

2 De juridische context

Als onderzoek van en oordelen over letselschade binnen een juridische procedure plaatsvindt, worden speelveld en spelregels bepaald door de materiële en de formele regelgeving. Medische aansprakelijkheid is primair een contractuele aansprakelijkheid. In boek 7 BW zijn bij de bijzondere overeenkomsten in afdeling 7.7.5 de rechten van de patiënt vastgelegd. Wanneer een patiënt – de opdrachtgever – zich tot een arts – de opdrachtnemer – wendt met een hulpvraag en die vervolgens wordt aanvaard, ontstaat er van rechtswege een behandelovereenkomst. Daarbij verbindt de opdrachtnemer, een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, zich tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst (art. 7:446, lid 1 BW). Deze bepalingen zijn van dwingend recht.

Als onderzoek van en oordelen over letselschade binnen een juridische procedure plaatsvindt, worden speelveld en spelregels bepaald door de materiële en de formele regelgeving. Medische aansprakelijkheid is primair een contractuele aansprakelijkheid

De hulpverlener verplicht zich om de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen (art. 7:453 BW), om de patiënt goed te informeren met name over de risico's van de voorgenomen diagnostische en therapeutische opties (de 'informed consent'; art. 7:448-449 BW), zorg te dragen voor het goed vastleggen van diens gegevens in een zorgdossier (art. 7:454 BW) en om de privacy van zijn patiënt te waarborgen.¹⁰

Tekortkomingen in de nakoming van deze behandelovereenkomst leveren wanprestatie op (art. 6:74 BW); dat is wanneer de arts niet doet wat er gedaan zou moeten worden of op een ondeugdelijke of ongeoorloofde wijze te werk is gegaan. Deze rechtsfiguur bepaalt vervolgens de juridische agenda, want er zal bewezen moeten worden (1) dat er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de behandelovereenkomst, (2) dat die tekortkoming toe te rekenen is aan de behandelaar, (3) dat er schade is en (4) er een causaal verband bestaat tussen de tekortkoming en de schade. Er zal tegelijk aan al die vier vereisten dienen te worden voldaan. Het vaststellen van causaal verband is daarbij vaak de lastigste kwestie.¹¹

De materiële norm van 'een goed hulpverlener' (art. 7:453 BW) wordt in de jurisprudentie vaak aangetroffen in de formulering of de gedaagde geneeskundige wel heeft gehandeld met de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en/of redelijk handelend arts die in deze specifieke professionele situatie verwacht mocht worden.¹² Gedragingen die ten grondslag liggen aan wanprestatie kunnen tevens een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) opleveren, een samenloop van rechtsgronden dus. De te volgen praktisch-juridische weg is echter in essentie voor beide benaderingen identiek, want steeds moet het tegelijk bestaan van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad, van schade en van causaal verband tussen gedraging en schade worden bewezen.

- 3 F.C. Keil, 'Getting to the Truth. Grounding incomplete knowledge', *Brooklyn Law Review* 2009-3, p. 1035-1052.
- 4 D.J. Watts, *Everything is obvious – once you know the answer*, London: Atlantic Books 2011.
- 5 E. Hollnagel, 'The phenotype of erroneous actions', *International Journal of Man-Machine Studies* 1993-1, p. 1-32.
- 6 Zie bijv.: S.W.A. Dekker, *The Field Guide to Understanding Human Error*, Aldershot: Ashgate Publishing Ltd. 2006; E. Hollnagel, *The ETOO principle: Efficiency-Thoroughness Trade-Off*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd. 2009; en D. Woods et al., *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd. 2010.
- 7 K. Henriksen & H. Kaplan, 'Hindsight bias, outcome knowledge and adaptive learning', *Quality & Safety in Health Care* 2003-12, p. 46-50.
- 8 Zie de preadviezen van de Nederlandse Juristenvereniging 2012: M.A. Loth, G. de Groot, A. Gerbrandy & M.S. Groenhuysen, *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Deventer: Kluwer 2012.
- 9 Zie R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht. Over binnendijs denken, de buitengrenzen van waarheidsvinding en betrouwbare kennis* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2012.
- 10 Overigens is de wetgever bezig met de invoering van een nieuw wetgevingskader, de Wet cliëntenrechten zorg, waarbij verschillende wetten op het gebied van patiëntenrechten en kwaliteit van zorg worden geïntegreerd waardoor de rechten van cliënten worden verbeterd en goede zorg beter gewaarborgd kan worden. Wetsvoorstel Cliëntenrechten Zorg, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 2.
- 11 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* 2011-9, p. 471-478.
- 12 Ontleend aan HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.



Foto © Marten Hoogstraat (www.whiteframe.nl)

het vaststellen van de feiten en het toepassen van rechtsregels zijn nauw met elkaar verweven. Het vaststellen van feiten is gericht op waarheid in de zin van correspondentie met de werkelijkheid.¹⁷ Dat impliceert dat er aan de werkprocessen van het verzamelen, schiften, ordenen en interpreteren van feiten eisen zullen moeten worden gesteld.¹⁸ 'Het vaststellen van feiten lijkt mij wel ongeveer het meest onderbelichte aspect van de werkzaamheden van een jurist' verzuchtte onlangs hoogleraar algemene rechtswetenschap Schutgens.¹⁹ Advocaten en de rechter zullen van betrouwbare kennis gebruik willen maken en dus zien de juristen zich geconfronteerd met een vakgebied dat dit tot onderwerp van studie heeft: de kennisleer of epistemologie. Om bij het feitenonderzoek tot een goed resultaat te komen, hebben we die epistemologische inzichten nodig. Daarom is het gewenst die kennistheoretische inzichten wat betreft goed feitenonderzoek en -interpretatie langs methodologische weg vorm te geven en te integreren met het juridische denken.

Het wordt ons juristen met de papelel ingegoten: het vaststellen van de feiten en het toepassen van rechtsregels zijn nauw met elkaar verweven. Het vaststellen van feiten is gericht op waarheid in de zin van correspondentie met de werkelijkheid

Wat betreft de procesrechtelijke kant ligt de nadruk op de autonomie van procespartijen bij de bewijsvoering (art. 149 Rv) en wat betreft de bewijslast dient de eisende partij haar stellingen te bewijzen (art. 150 Rv). Zeker in zaken van medische aansprakelijkheid zal de patiënt daarbij vaak in bewijsnood kunnen komen. In de jurisprudentie is echter aangegeven dat de gedaagde partij (ziekenhuis of individuele arts) een verzwaarde stelplecht heeft, dat wil zeggen dat zij de eisende partij aanknopingspunten moet bieden door voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting, die de eiser weer aanknopingspunten kan verschaffen om bewijs van diens stellingen te kunnen leveren.¹³ Een andere mogelijkheid is het vorderen van toepassing van de zogenaamde omkeringsregel, waarbij de bewijslast kan worden verplaatst naar de gedaagde partij.¹⁴

Bij onze casus hebben we te maken met een mogelijke fout van een zorgverlener, dus bij het onderzoek daarnaar komen we Hollnagels stelling weer tegen. Hoe een en ander zodanig te integreren dat dit leidt tot juridisch correcte en feitelijk juiste rechterlijke uitspraken? Dat blijkt steeds weer een opgave.¹⁵

3 De casus oplossen

Een civiele procedure is ervoor bedoeld dat (rechts) personen hun burgerlijke rechten eerlijk, effectief en efficiënt kunnen doen vaststellen en verwezenlijken.¹⁶ Het wordt ons juristen met de papelel ingegoten:

De waarheidsvinding bij medische aansprakelijkheid verlangt daarom dat er gestructureerd te werk wordt gegaan bij de reconstructie van de gebeurtenissen en het zoeken van een betrouwbare causale verklaring daarvoor. De uitkomst van dat onderzoek bepaalt immers of we schuld aan de gedaagde kunnen toewijzen en wat we moeten doen om herhaling van het incident of de calamiteit te voorkomen. Het oplossen van een juridische casus verschilt overigens in essentie niet van andere probleemoplossende disciplines qua opzet en uitvoering. Zo'n aanpak bestaat uit verschillende stappen in een logische volgorde. De eerste is het verrichten van een toepasselijke probleemanalyse, te weten wat het concrete doel van het onderzoek is en vervolgens welke vraagstelling(en) en daaraan gerelateerde subvragen daaruit voortvloeien. Dat gebeurt nog achter het bureau, het is de conceptuele fase. Dan volgt het actieplan: welke gegevens dient men daarvoor te verzamelen, hoe daarbij te werk te gaan en hoe de verkregen data te verwerken en te interpreteren om uiteindelijk tot een antwoord op de gestelde vragen te komen. Nu gaan we over tot actie, dat is de technische fase.²⁰ Zo maakt men idealiter ook het werkplan om een juridische casuspositie te onderzoeken. Maar wordt er ook zo te werk gegaan in een civiele procedure? Het antwoord is vooralsnog: niet of nauwelijks. Wie echter het feitenonderzoek van een procedure als een wetenschappelijke onderneming vorm wil geven, kan dat doen aan de hand van de volgende vier vragen:

13 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman).

14 Zie bijv. HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307.

15 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2005.

16 Zie *Kamerstukken II* 2006/2007, 30 951, nr. 1.

17 Zie daarover het preadvies van M.A. Loth, 'Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden: een rechtstheoretische bijdrage', *NJV* 2012 (zie noot 8).

18 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011.

19 R.J.B. Schutgens, 'Onderbelicht: het vaststellen van de feiten', *AA* 2012-4, p. 246-247 (AA20120246).

20 P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Houten: Het Spectrum 2011.

- 1 *Waarom* doen we dit onderzoek? Deze vraag omschrijft de doelstelling van het onderzoek. In feite formuleren we hiermee de rechtsvraag. Hebben de bij bovengenoemde casus betrokken huisartsen bij hun diagnostiek voldoende zorgvuldig gehandeld? Dit is een ja/nee-vraag en dat antwoord bepaalt, mede aan de hand van de andere na te lopen juridisch-dogmatische vereisten bij wanprestatie (of eventueel onrechtmatige daad) zoals fout, schade en causaal verband, hoe de rechter de vordering honoreert. Een vanzelfsprekende vooronderstelling is dat het onderzoek op een zo objectief mogelijke wijze wordt uitgevoerd. Daarover gaan de volgende punten.
- 2 *Wat moet ik onderzoeken?* Dat is de vraagstelling die voorafgaat aan het vaststellen van de feiten en is dan ook bedoeld om het te verrichten onderzoek te sturen maar het tegelijk ook te begrenzen. Die onderzoeksopgave dient steeds in de vorm van een open vraag te worden geformuleerd, dus een vraag die een vragend voornaamwoord bevat, meestal aan het begin van de zin. We zoeken immers naar een causale verklaring voor wat er gebeurd is.²¹ Bij ons voorbeeld: waarom werd de diagnose hartinfarct bij deze jonge vrouw gemist? En dus niet de vraag 'handelden de artsen hier onjuist?' want die hoort bij het eerste punt thuis, de kwestie van de rechtsvraag, die gaat steeds aan deze tweede vraag vooraf. De rechtsvraag kan dus praktisch pas worden beantwoord, als de causale verklaring voor het voorval is gevonden.
- Het open karakter van de opgave dwingt de onderzoekers om de verschillende hypothesen of verklarende scenario's voor wat er is geschied te inventariseren en die vervolgens stuk voor stuk nader te analyseren. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de artsen de klachten inderdaad verkeerd hebben beoordeeld, maar het is ook denkbaar dat de beschikbare diagnostische gegevens niet ondubbelzinnig genoeg waren voor een juiste diagnose – die bleek pas achteraf. We kunnen de rechtsvraag niet als onderzoeksvraag gebruiken: die kent maar twee mogelijkheden, het wel of niet vaststellen van wanprestatie of onrechtmatige daad; het al genoemde type ja/nee-vraag.²² Het onderzoek naar de feitelijke toedracht en de verklaring daarvoor laat zich eenvoudigweg leiden door twee vragen: beschrijvend, namelijk 'wat gebeurde er?' en verklarend, 'waarom gebeurde dit?'. Die vragen mogen eenvoudig lijken, maar de praktische beantwoording daarvan – de hierna te bespreken twee punten – is veelal ingewikkeld.
- 3 *Waar haal ik die gegevens vandaan?* Om de vraag 'wat gebeurde er?' te beantwoorden, zal een reconstructie van de gebeurtenissen nodig blijken die vanaf een zorgvuldig te kiezen startpunt wordt uitgevoerd. Dat onderzoek kan aan de hand van in het patiëntendossier vastgelegde gegevens, want daartoe is de arts verplicht (art. 7:454 lid 1 BW) en de patiënt heeft recht op inzage in diens dossier en kan afschriften daarvan vragen (art. 7:456 BW). Daarnaast is het doen van navraag bij de betrokkenen mogelijk. Vaak ook wordt er een deskundig vakgenoot gevraagd de zaak te onderzoeken en te commentariëren.
- Maar bepalend voor het uiteindelijk oordeel is het antwoord op de vraag 'waarom gebeurde dit?'. We kunnen er niet omheen dat er door de

huisartsen een diagnostische misslag is gemaakt. Maar was dat tekortschieten qua diagnostiek hen aan te rekenen? We worden geconfronteerd met de ongewenste afloop maar daaraan gaat steeds een werkproces vooraf. Een ongewenste uitkomst van een diagnostische of therapeutische interventie betekent niet per definitie dat een onjuiste werkwijze is gehanteerd, want alle werkprocessen in de geneeskunde worden gekenmerkt door inherente onzekerheid. Het toepassen van de juiste behandeling wil nog niet zeggen dat de patiënt geneest en geen enkele diagnostische test is 100% accuraat. Het is dus mogelijk dat er in de gegeven situatie door de arts de juiste dingen werden gedaan, maar dat dit toch een voor de patiënt ongewenste uitkomst oplevert. Daarom moeten we de werkprocessen nauwkeurig reconstrueren, liefst 'blind' maar ook de context waarbinnen dit handelen plaatsvond, want die blijkt in veel gevallen nog belangrijker.²³

Om deze diagnostische fout bij een individueel geval te kunnen beoordelen, hebben we ook achtergrondkennis nodig en die kennis komt voort uit empirisch onderzoek van soortgelijke gevallen in de medische praktijk. Onze patiënte komt met pijnklachten in haar linkerhand en -elleboog: hoe kenmerkend zijn die voor een (dreigend) hartinfarct of is het logisch dat de huisarts eerder aan andere verklaringen daarvoor denkt? Gegeven een groep vrouwen die qua leeftijd en initiële klachten vergelijkbaar is met onze patiënte: hoe betrouwbaar is de diagnose hartinfarct bij vrouwen van deze leeftijd te stellen? Gebleken is dat dit vaak problematisch is, want vrouwen hebben vaker een specifieke presentatie van een (dreigend) hartinfarct dan mannen en daarom is het stellen van de diagnose dus lastiger.²⁴ Dat geeft weer een ander perspectief aan de onderhavige casus dan het idee van laktheid van de arts.

Daarnaast bestaan er praktijkrichtlijnen voor huisartsen hoe om te gaan met bepaalde klachten of ziektebeelden. Was op er een op deze situatie geënte richtlijn beschikbaar? En als dat zo is: werd die ook gevolgd? De waarom-vraag verlangt het onderkennen van het fundamentele probleem bij de voorliggende casuspositie (is de herkenbaarheid van hartinfarcten bij de categorie patiënten waar deze vrouw toe behoort problematisch?), het plaatsen van het individuele geval in een breder epidemiologisch kader ('get the big picture') en het kritisch beoordelen van de verkregen antwoorden op de gestelde vragen ('hoe goed is dit antwoord?').²⁵

- 4 *Hoe kom ik op de juiste wijze aan mijn gegevens?* Dit is een normatieve vraag en die heeft tegelijk een juridische én een kennistheoretische dimensie. We zagen hierboven al dat degene die stelt, moet bewijzen (art. 150 Rv). Ik ga hier niet verder in op de procesrechtelijke aspecten die relevant zijn voor dit punt. Ten minste zo belangrijk is de manier waarop de feiten werden verzameld en geïnterpreteerd. Uitvoerig psychologisch en wetenschapsfilosofisch onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat we daarbij kunnen dwalen; dit is helder beschreven in het recent verschenen lezenswaardige boek van Nobelprijswinnaar Daniel Kahneman.²⁶

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

22 Er zijn zeven verschillende vraagtypen: 1) hetzij, 2) ja-nee, 3) welke, 4) wat, 5) wie, 6) waarom, 7) wat te doen? Zie D. Harrah, 'The logic of questions', in: D.N. Gabbay & F. Guenther (red.), *Handbook of Philosophical Logic* (deel 8), Dordrecht: Kluwer 2002.

23 P. Croskerry, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly* 2009, p. 171-176.

24 Zie bijv. B. Xhyheri & R. Bugiardini, 'Diagnosis and treatment of heart disease: are women different from men?', *Progress in Cardiovascular Diseases* 2010-3, p. 227-236.

25 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.

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

We kunnen bij de uitvoering van onze taken toevallige en daardoor onvoorspelbare fouten maken, maar er zijn ook structurele tekortkomingen bij de processen van feiten verzamelen en beoordelen. Daarmee kunnen we ten prooi vallen aan wat met de Engelse term *bias* wordt aangeduid. Dit woord is niet goed met één algemene Nederlandse term te vertalen maar het duidt op verwante fenomenen als vooringenomenheid, eenzijdigheid, vooroordeel, partijdigheid of kortweg als 'intuïtieve vooringenomenheden'. Wie eenmaal weet heeft van die valkuilen die het eigen oordeel en dat van de rechter kunnen beïnvloeden, zal de werkprocessen van waarheidsvinding vervolgens zo moeten inrichten dat die foute invloeden stelselmatig gecorrigeerd worden. Immers, systematische fouten kunnen systematisch aangepakt worden, willekeurige niet. Daarover nu uitgebreider.

Alle bij de procedure betrokken partijen, eventueel geraadpleegde deskundigen en uiteindelijk de rechter, krijgen met de sturende en versturende werking van kennis achteraf te maken

4 De valkuilen

Hoe beoordeel je de geschiedenis? Een kernprobleem is dat er normatief geoordeeld moet worden over een kwestie waarvan de ongelukkige afloop inmiddels iedereen bekend is. We zagen al dat de neiging groot is om te veronderstellen dat aan een ongewenste gebeurtenis steeds foutief medisch handelen vooraf moet zijn gegaan. Maar we moeten dat handelen zo zuiver mogelijk waarderen. Alle bij de procedure betrokken partijen, eventueel geraadpleegde deskundigen en uiteindelijk de rechter, krijgen echter met deze sturende en versturende werking van kennis achteraf te maken. Voor deze problematiek werden de termen *hindsight bias* en *outcome bias* gemunt.²⁷ Met *hindsight bias* wordt bedoeld dat een gebeurtenis voorspelbaarder wordt als we de afloop ervan al kennen; dan zijn mensen geneigd om te denken dat zij die uitkomst beter hadden kunnen voorzien dan in werkelijkheid het geval was. Bij medische aansprakelijkheid ontmoeten we dit fenomeen bij de beoordeling van een gemiste diagnose.²⁸ Bij zeer jonge kinderen bijvoorbeeld wordt de diagnose bacteriële hersenvliesontsteking nogal eens door huisartsen gemist, vaak met dramatische gevolgen. Die ziekte is echter zeer zeldzaam en de ziekteverschijnselen zijn bovendien niet specifiek, maar wanneer de afloop eenmaal bekend is, zal men snel de neiging hebben om te menen dat de huisarts toch aan meningitis had moeten denken en dat hij de juiste diagnose had moeten kunnen stellen.²⁹ Hetzelfde geldt ook voor onze casus: op haar leeftijd (37 jaar!) is een hartinfarct zeer zeldzaam.

Bij *outcome bias* vertekent kennis van de ongewenste afloop de waarneming en het oordeel van degenen die als deskundige over de gebeurtenissen

moeten beoordelen. Wanneer er bijvoorbeeld een afwijking op een röntgenfoto door de radiodiagnost werd gemist, kan in de loop van de procedure een deskundig vakgenoot gevraagd worden om de foto's opnieuw te beoordelen om te zien of er door de radioloog een fout was gemaakt.³⁰ Wanneer die deskundige dan weet heeft van de uitkomst, zal die wetenschap diens herbeoordeling sturen. Dat kan vermeden worden. Een objectiverende herbeoordelingsprocedure verlangt daarom dat de geraadpleegde deskundige de foto's 'blind', dat wil zeggen zónder voorkennis, moet beoordelen en dat vraagt weer een speciale geprotocolleerde werkwijze.³¹ Dan wordt liefst zoveel als mogelijk is de normale – dus oorspronkelijke – beoordelings situatie nagebootst. Opvallend is dat bij zo'n 'blinde' herbeoordeling gemiste afwijkingen in de meeste gevallen wederom niet gezien worden in tegenstelling tot bij de niet-geblindeerde herbeoordeling.³² Overigens kunnen dergelijke fenomenen ook het technische bewijs in het kader van forensisch onderzoek in het strafrecht parten spelen, vandaar dat ook daar gepleit wordt voor 'blind' – dus objectief – onderzoek van bewijsmateriaal.³³ Met deze opsomming zijn de mogelijkheden voor *bias* niet uitgeput.³⁴ We dienen een goed inzicht te hebben in hoe de rechtspraak beïnvloed kan worden door deze psychologische fenomenen.³⁵ Empirisch onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat rechters niet immuun zijn voor fenomenen van *hindsight bias*. De juridische beslisser kan de afloop niet zomaar 'wegdenken', dat vraagt gepaste werkwijzen.³⁶

Empirisch onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat rechters niet immuun zijn voor fenomenen van *hindsight bias*. De juridische beslisser kan de afloop niet zomaar 'wegdenken', dat vraagt gepaste werkwijzen

Bij de gelaedeerden spelen daarnaast nog andere psychologische fenomenen mee, bepaald door hun perceptie van hun rol als slachtoffer van de omstandigheden. Als er tijdens het maatschappelijk of beroepsmatige verkeer tussen burgers schade ontstaat, is het een bekend psychologisch fenomeen van het slachtoffer om onmiddellijk een dader aan te wijzen; 'dit moet wel door de schuld van de ander zijn veroorzaakt', de *fundamentele attributiefout*.³⁷ Bij ons voorbeeld wijst de gelaedeerde vrouw de door haar geconsulteerde huisartsen als de daders van het onheil aan. Dat kan natuurlijk terecht zijn, maar het gevaar van de fundamentele attributiefout is dat men de context waarin dit handelen plaatsvond niet genoeg onderzoekt. Bij het hierboven genoemde voorbeeld van de gemiste diagnose hersenvliesontsteking is juist die context zo belangrijk; het is een zeldzaam en moeilijk te herkennen ziektebeeld en daarmee wordt begrijpelijk waarom die diagnose vaak wordt gemist. We zagen ook dat het stellen van de diagnose hartinfarct bij vrouwen problemen geeft. Daarom is het stellen van een open vraag (meestal

27 J. Baron, & J.C. Hershey, 'Outcome bias in decision evaluation', *Journal of Personality and Social Psychology* 1988-4, p. 569-579.

28 R.W.M. Giard, 'Een gemiste diagnose: retrospectie, reconstructie en deconstructie in het aansprakelijkheidsrecht', *Letseel & Schade* 2011-2, p. 6-20.

29 Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 september 2009, *JA* 2010, 5 (m.nt. R.W.M. Giard).

30 Zie Hof Arnhem, 17 januari 2006, *JA* 2006, 37 (m.nt. R.W.M. Giard).

31 R.W.M. Giard, 'Medische expertise bij diagnostische missers', *Expertise en Recht* 2008-2, p. 56-63.

32 S. Hofvind et al., 'Influence of Review Design on Percentages of Missed Interval Breast Cancers: Retrospective Study of Interval Cancers in a Population-based Screening Program', *Radiology* 2005-2, p. 437-443.

33 A.P.A. Broeders, 'De blinde onderzoeker', *Trema* 2009-6, p. 237-243.

34 Zie voor een opsomming http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases.

35 Zie bijv. P.P. Peters, 'Hindsight Bias and Tort Liability: Avoiding Premature Conclusions', *Arizona State Law Journal* 1999, p. 1277-1314; I. Weinstein, 'Don't believe everything you think: cognitive bias in legal decision making', *Clinical Law Review* 2003, p. 783-833.

36 E.M. Harley, 'Hindsight Bias in Legal Decision Making', *Social Cognition* 2007-1, p. 48-63.

37 P.E. Tetlock, 'Accountability: a Social Check on the Fundamental Attribution Error', *Social Psychology Quarterly* 1985-3, p. 227-236.

een waarom-vraag) zo belangrijk om de toedracht te achterhalen, dan kijken we verder dan de beschuldigende vinger lang is. De jurist zal de uitkomst van dit onderzoek moeten inpassen in het systeem van wettelijke vereisten voor de kwalificaties wanprestatie of onrechtmatige daad.

Een tweede fenomeen heeft te maken met wat als 'contrafeitelijk denken' wordt omschreven: het slachtoffer reconstrueert virtueel de onheilsgebeurtenissen en daarbij wijst hij/zij een bepaald moment aan dat als cruciaal voor de uitkomst van het voorval wordt geduid. Als op dat moment de gedaagde anders (anders dan er in werkelijkheid gebeurde, dus contrafeitelijk) had gehandeld of anders had beslist, dan zou het allemaal beter of zelfs goed zijn afgelopen, zo redeneert men dan. Hier ligt dan ook de contrafeitelijke denkfout op de loer.³⁸ Net zoals bij de attributiefout kan de eiser het bij het juiste einde hebben. Maar misschien ook niet: als de diagnose niet was gemist, was de schade misschien ook wel ontstaan. Het onderliggende probleem hier is het punt van causale selectie.³⁹ De onderliggende motivatie is dat het controleerbare gebeurtenissen betreft waarbij die beheersing tekortschoot.⁴⁰ Waarom verloor Ajax de wedstrijd? Was dat vanwege fouten van de keeper? Miste de spits niet een paar kansen? Stond X niet net op de verkeerde plaats, was de kopbal van Y geen gemiste kans, enzovoort? Zo kunnen we vele mogelijke redenen voor het verlies bedenken. Kunnen we achteraf één duidelijke 'oorzaak' aanwijzen? Vaak is er een samenspel van factoren verantwoordelijk voor een nare afloop. In veel situaties hebben we niet te maken met een simpele stap-voor-stap loop van de gebeurtenissen, maar van een ingewikkeld samenspel van factoren, het fenomeen van causale complexiteit.⁴¹ Het aanwijzen van één beslissend causaal moment – als dat al mogelijk is – vraagt het stap voor stap nalopen van alle gebeurtenissen vanaf het startpunt en zorgvuldig wegen of een bepaalde factor wel of niet oorzakelijk zou kunnen zijn. Hier speelt ook het verschijnsel dat bekend staat als WYLFWIYF: what-you-look-for-is-what-you-find.⁴² De manier waarop de eiser diens juridische stellingen betreft, is van meet af aan doorspekt van causale percepties.⁴³ Men kan genoemde psychologische fenomenen bij de gelaedeerde met de paraplueterm 'gemotiveerde bias' omschrijven.

Dit alles overziende is er dus veel om rekening mee te houden bij medische aansprakelijkheid. Wat betekent dat voor de juridische praktijk – ook in bredere zin?

5 De kwetsbaarheid van een juridische procedure

Beslissen is kiezen uit alternatieven. Het ideaalbeeld daarbij is dat de mens steeds als een rationele beslisser handelt. Die kiest weloverwogen na zich eerst goed geïnformeerd te hebben en daarna de consequenties van de verschillende keuzemogelijkheden te hebben onderzocht en vergeleken: het rationele keuzemodel. Maar de praktijk wijst anders uit. Voor psychologen is menselijke irrationaliteit oud nieuws.⁴⁴ Ook de rechter ziet zichzelf als een rationele beslisser. Die werkt zoals het uiterst rationele formele recht het voorschrijft en voegt zich in de gewoontes van de rechtspraktijk. Maar hoe rationeel handelt de rechter?

Als bij een juridische procedure het objectief onderzoeken van en het oordelen over gedragingen van rechtssubjecten het hoofddoel is, dan illustreert wat hierboven beschreven is van de praktijk van de medische aansprakelijkheid dat die waarheidsvinding belemmerd kan worden door tal van valkuilen en dwaalwegen. Het gaat om de inmiddels uitvoerig onderzochte psychologische mechanismen van onjuiste denkprocessen (cognitieve fouten) en door emoties bepaalde interacties tussen mensen (sociaal-psychologische fenomenen). Dat alles blijkt van invloed op de motieven om te procederen en het verzamelen van feiten en het interpreteren daarvan.

Beslissen is kiezen uit alternatieven. Het ideaalbeeld daarbij is dat de mens steeds als een rationele beslisser handelt. Maar de praktijk wijst anders uit

Hebben die psychologische en kennistheoretische inzichten dan geen consequenties voor de rechtspraktijk? Aan die vraag zijn twee verschillende aspecten te onderscheiden: die van verantwoordelijkheid en die van praktische invulling. Als er niet alleen aan de procedurele voorwaarden maar ook aan de eisen van betrouwbare kennis moet worden voldaan, wie draagt of wie dragen daar dan de verantwoordelijkheid voor? Binnen het civiele recht is de opvatting dominant dat het de partijen zijn die het geschil omschrijven en daarbij met argumenten onderbouwde stellingen aandragen. Het juridisch gereguleerde partijdebat moet de rechter uiteindelijk de informatie verschaffen die ten grondslag ligt aan diens oordeel. De rol van de rechter daarbij is traditioneel passief – lijdelijk. Immers: de rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, aldus artikel 24 Rv.⁴⁵ Maar kan een rechter zich hier op formele gronden achter verschuilen als later blijkt dat diens beslissing anders zou zijn geweest wanneer de feiten wel correct en volledig zouden zijn vastgesteld? En als de rechter nu toch ook inhoudelijk als eindverantwoordelijke wordt beschouwd: over welke kennis en vaardigheden dient de rechter dan ten aanzien van het praktische feitenonderzoek en de -interpretatie te beschikken? Waar het de primaire verantwoordelijkheid van partijen is om de feiten aan te dragen, is het de rechter die de feiten moet vaststellen en die het bewijs moet waarderen.

Het tweede punt, de praktische invulling: wat voor consequenties heeft dat bijvoorbeeld voor de inrichting van de procedure, de taken van de advocatuur en ook het geven van een opdracht voor het deskundigenonderzoek? Iedere procedure bestaat uit opeenvolgende stappen en in elk daarvan is het nodig fundamentele keuzes te maken. Wie zorgt er voor het aanbieden van de juiste formulering van de juridische doelstelling en de onderzoeksvraagstelling? En wie controleert dat? Een goed bezinningsmoment daarvoor is als partijen en de rechter(s) samenkomen bij de comparitie na antwoord (art. 131 Rv).⁴⁶ Hoe ontwerpen en toetsen we de

38 D.T. Miller & W. Turnbull, 'The Counterfactual Fallacy: Confusing What Might Have Been with What Ought to Have Been', *Social Justice Research* 1990-1, p. 1-19.

39 G.Hesslow, 'The Problem of Causal Selection', in: D.J. Hilton (red.), *Contemporary Science and Natural Explanation. Commonsense Conceptions of Causality*, Brighton: Harvester Press 1988, p. 11-33.

40 R. McCloy, & R.M. Byrne, 'Counterfactual thinking about controllable events', *Memory & Cognition* 2000-6, p. 1071-1078.

41 M.M. Mello & D.M. Studdert, 'Deconstructing negligence: the role of individual and system factors in causing medical injuries', *The Georgetown Law Journal* 2008, p. 599-623.

42 J.Lundberg, C. Rollenhagen & E. Hollnagel, 'What-You-Look-For-Is-What-You-Find – The consequences of underlying accident models in eight accident investigation manuals', *Safety Science* 2009-10, p. 1297-1311.

43 Zie Giard 2011.

44 E. Shafir & R.A. LeBoeuf, 'Rationality', *Annual Reviews of Psychology* 2002, p. 491-517.

45 Zie hierover C.J.M. Klaassen, 'De rol van de rechter in het kader van waarheidsvinding in letselschadezaken: leidend of lijdend?', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2005-14, p. 77-87 en A.C. van Schaik, *Het burgerlijk recht de baas. Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

46 Zie daarover het NJV-advies van De Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', paragraaf 5, noot 8.

werkprocessen van feitenonderzoek, interpretatie en oordeelsvorming aan de hand van de inzichten uit de kennistheorie, de sociale en gedragswetenschappen? Hoe bouwen we een systematische eindcontrole in?⁴⁷ Met een kritische blik op de rechtspraak rijzen er dus vele gerechtvaardigde vragen op die nadere bestudering vragen. Dat is het werkterrein aan het worden van een nieuwe beweging die de ietwat mysterieuze aanduiding 'civilologie' heeft gekregen.⁴⁸

47 R.W.M. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letseel & Schade* 2010, 2, p. 6-12.

48 Zie W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2012.

Juristen denken procedureel – dat is ook hun kracht – maar daarnaast gaat het er praktisch om hun werkwijzen te verbeteren door andere disciplines daarover te laten meedenken

6 Ter afsluiting

De besproken casus van de vrouw met haar pijnklachten illustreert hoe belangrijk het is om op de juiste manier feiten te verzamelen en die dan ook op een zorgvuldige wijze te interpreteren met gebruikmaking van de juiste achtergrondinformatie, dat alles binnen een juridische context. Zo laat het bijzondere rechtsgebied medische aansprakelijkheid een praktische problematiek zien die ook in andere rechtsgebieden voorkomt. Vanuit het perspectief van sociale wetenschappen en kennisleer heb ik tal van problemen getoond waar we in de rechtspraak mee te maken krijgen en die stuk voor stuk van invloed zijn op de uitkomst van de procedure. Daar kunnen we niet omheen. Juristen denken procedureel – dat is ook hun kracht – maar daarnaast gaat het er praktisch om hun werkwijzen te verbeteren door andere disciplines daarover te laten meedenken. Na de opzienbarende gerechtelijke dwalingen heeft het strafrecht bemerkt dat er goede redenen zijn om diep te gaan nadenken over hun manier van werken. Dat geldt op grond van dit artikel ook voor het burgerlijk recht!