

Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is hoogleraar 'Methodologie en aansprakelijkheid' bij de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit te Rotterdam en is voorts als klinisch patholoog verbonden aan het Maasstad Ziekenhuis in die stad. Met dank aan Siewert Lindenberg voor diens waardevolle suggesties bij de totstandkoming van dit artikel.

Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan naderen

Waarheidsvinding

Het onderzoek naar de feiten krijgt weinig of geen expliciete aandacht tijdens de rechtenstudie noch in de opleiding tot rechter maar vraagt nadrukkelijk een eigen wetenschappelijk gefundeerde aanpak. Een rechter dient de juiste rechtsregels toe te passen op de relevante feiten. Maar er bestaat een spanningsveld tussen optimale kennisvergaring en de juridische praxis. Hoe kunnen we accuraat feitenonderzoek en een goede toepassing van het recht nader tot elkaar brengen en wat kan of moet de rechter daarbij doen? De zoektocht naar mogelijke antwoorden op deze vraag staat centraal in dit artikel waarbij vooral de civiele rechtspraak als voorbeeld dient.



Foto: Berry Stokvis/Hollandse Hoogte

1. De feiten(!)rechter

Een juridische procedure eindigt met een schikking tussen partijen of een beslissing van de rechter(s). Ongeacht de wijze van afloop zal bij aanvang eerst duidelijk moeten zijn wat het probleem is, de conflict diagnose, welke belangen er een rol spelen in het geschil, welke feiten daarbij worden aangedragen en daaruit voortvloeiend wat er aan de rechter als rechtsvraag of -vragen ter beoordeling wordt voorgelegd. De rechtbank en het gerechtshof zijn de 'feitenrechters' en deze instanties zullen de aan hen voorgelegde zaak nader onderzoeken. Het grote belang van het juist vaststellen van de feiten binnen elke juridische procedure wordt onderstreept in de openingszin van het recente proefschrift van rechter Ruth de Bock: *"De belangrijkste grondstof voor elke beslissing van de civiele rechter zijn de feiten van het geval."*¹ En zij voegt daar nog aan toe: *"Een goede rechterlijke uitspraak vergt niet alleen dat de rechter de juiste rechtsregels toepast, maar vóór alles dat de feitenvaststelling deugdelijk is."* Wie dit onderschrijft – en wie kan hier nu tegen zijn? – ontkomt echter niet aan de praktische vervolgvraag: maar hoe realiseren we nu de juiste waarheidsvinding in de dagelijkse praktijk, zowel in procedurele als in materiële zin? Die vraag heeft ook te maken met de noodzakelijkheid het oordeel achteraf te kunnen rechtvaardigen: werden in deze rechtsgang de juiste dingen op de juiste wijze gedaan? Maar in hoeverre verschilt het abstracte ideaal van deugdelijke feitenvaststelling van de actuele rechtspraktijk? Tijdens een procedure bij de feitenrechter vloeien er twee verschillende wetenschapsdomeinen samen, die beide een hoofdrol in de juridische procedure vervullen: de rechtsgeleerdheid én de kennistheorie (i.e. epistemologie). Het eerste domein betreft het materiële toetsingskader en de procedurele voorwaarden om tot een juiste beslissing te komen, het tweede houdt zich bezig met de vraag hoe je aan betrouwbare kennis kunt komen en die op de juiste wijze moet toepassen; het eerste is in essentie rationalistisch van aard, het tweede empirisch.² Daarmee stuiten we niet alleen op de kwestie *hoe* tegelijk aan zowel de juridische als de epistemologische eisen kan worden voldaan maar praktisch ook *wie* waarvoor verantwoordelijk dient of dienen te worden gehouden. Wat is de rol hierbij van de feitenrechter? In haar bijdrage aan de NJV-adviezen 2012 stelt Dineke de Groot dat laatstgenoemde probleem aan de orde: *"De puzzels die zich rondom deze onderwerpen in verband met waarheidsvinding kunnen voordoen, hebben in essentie meestal een relatie met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter in de procedure."*³ Binnen een procedure ontmoeten drie geledingen elkaar: de eiser, de gedaagde en de rechter(s), en die hebben elk hun eigen belangen en verantwoordelijkheden en zijn voortdurend in wisselwerking met elkaar. Er ontstond een

geschil waarover partijen met elkaar in debat traden, maar daarbij is op enig moment ook de rechter betrokken geraakt; daardoor is er feitelijk eerder sprake van een 'trialoog' dan van een dialoog.⁴

Wanneer we ons op de epistemologische dimensie van feitenonderzoek en -vaststelling richten, stuiten we ook op de kwestie wat de door het formele recht omschreven rol van partijen en de rechter hierbij is. Mag de rechter de door partijen aangevoerde rechtsfeiten en rechtsgronden ter discussie stellen en/of aanvullen? Welk spanningsveld bestaat er bij waarheidsvinding tussen de juridische en epistemologische vereisten en kunnen die nader tot elkaar worden gebracht zonder elk hun integriteit te verliezen? Deze vragen staan centraal in dit artikel.

2. Kwaliteitsborging van rechtspraak

Al enige tijd is er discussie gaande over de toekomst van de rechtspraak en de inrichting van het ideale gerecht.⁵ Wie vanuit het perspectief van kwaliteitsbeoordeling en -bevordering gaat nadenken over toetsing en mogelijkheden voor verdere verbetering van rechtspraak, zal de gewenste situatie willen omschrijven en de knelpunten die zich in de praktijk voordoen inventariseren. Over welke algemene en domeinspecifieke cognitieve vaardigheden dient een rechter te beschikken om zijn taken optimaal te kunnen verrichten? Wanneer we de rechtspraak vooral vanuit het perspectief van het feitenonderzoek willen bezien, krijgen we te maken met de methodologisch-kennistheoretische aspecten daarvan. Dergelijke kennis is eerder algemeen dan domeinspecifiek; de taak is echter die twee op een juiste en bruikbare wijze te synthetiseren.⁶ Welke knelpunten komen we bij het feitenonderzoek tegen en tegen welke procesrechtelijke kwesties lopen we aan?

3. De gedragswetenschappelijke kant van waarheidsvinding

Wat staat een juiste en zorgvuldige uitvoering van de waarheidsvinding nu feitelijk in de weg? Het onlangs verschenen boek *Ons feilbare denken* van de Israëlisch-Amerikaanse psycholoog en Nobelprijswinnaar Daniel Kahneman laat ons een opvallend maar herkenbaar spectrum aan denkfouten en dwaalwegen zien.⁷ Vergissen is menselijk en het is praktisch van groot belang daarbij onderscheid te maken tussen enerzijds willekeurige en anderzijds systematische fouten. Willekeurige fouten vertonen een grillig patroon, hun optreden en effecten zijn daardoor onvoorspelbaar en ze lenen zich daarom niet of hooguit in zeer beperkte mate voor preventieve acties

1 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg) (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 11), Deventer: Kluwer 2011, p. 1.]

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

3 G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: *Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Deventer: Kluwer 2012, p. 47 e.v.

4 A.D. Trajanoska, 'The logical structure of legal justification: dialogue or "trialogue"?', in: D.M. Gabbay, et al. (red.), *Approaches to legal rationality*, Dordrecht: Springer Netherlands 2011, p. 265-280.

5 Zie *Visie op de rechtspraak 2020* en C.M.T. Eradus, 'Naar een ideaal gerecht' (Rechtspraaklezing 2010), *Rechtstreeks* 2010.

6 D. Perkins, & G. Salomon, 'Are cognitive skills context-bound?', *Educational researcher* 1989, nr. 1, p. 16-25.

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

van algemene aard, bijvoorbeeld het aanpassen van de werkomstandigheden of de werkdruk.

Bij systematische fouten echter is er een patroon herkenbaar, ze zijn daardoor wel voorspelbaar. Ze worden ook aangeduid als denkfouten, systematische afwijkingen van de juiste rationaliteit, het optimale logische, verstandige denken en handelen.⁸ Deze groep misslagen is daardoor beter toegankelijk voor hetzij correcties achteraf of beter nog: voor preventieve maatregelen door de werkmethode aan te passen. Het (her)kennen van systematische fouten bij het proces van waarheidsvinding is daarom zo belangrijk. Eerst een casus die als kapstok kan dienen om het verdere betoog over de omgang met systematische fouten binnen een juridische procedure aan op te hangen.

Een 37-jarige vrouw gaat naar haar huisarts omdat zij pijn heeft in haar linkerarm, schouder en vingers. Ze krijgt pijnmedicatie maar dat helpt onvoldoende en in de daarop volgende weken heeft ze driemaal contact met een huisarts omdat de klachten niet echt verminderen. Uiteindelijk 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. Ze verwijt de huisartsen niet de juiste diagnostiek te hebben verricht, anders zou ze eerder zijn doorverwezen naar een cardioloog en dan adequaat zijn behandeld waardoor ze geen of minder hartschade zou hebben opgelopen. Daarom stelt ze hen voor de schade aansprakelijk.⁹

De letselschadeadvocaat legt namens cliënte deze kwestie aan de rechter voor. De eis en de onderbouwing daarvan vormen de feitelijke inkadering, die begrijpelijk is gekleurd door de negatieve perceptie van de gebeurtenissen door de gelaedeerde en bepaalt binnen een procedure zo het daaruit voortvloeiende partijbelang. De waarnemingen en de interpretatie van de gebeurtenissen door de gelaedeerde hoeven evenwel niet altijd in overeenstemming te zijn met de werkelijkheid zoals die zich heeft voorgedaan. Die door de advocaat doelbewust zo gekozen selectieve introductie zal daardoor niet alleen sturend zijn maar kan ook storend blijken voor de wijze waarop de waarheidsvinding bij de casuspositie wordt aangepakt; dat is het psychologische fenomeen van *framing*.¹⁰

Bij het oplossen van elk probleem is gelet op de eisen van doelgerichtheid en doelmatigheid een gepaste inkadering

We kunnen onszelf als waarnemers en beoordelaars kennelijk objectiever inschatten dan we in werkelijkheid zijn.

daarvan steeds nodig. Een te beperkt beeldraam kan echter uitmonden in het fenomeen 'tunnelvisie' dat laat zien hoe de oorspronkelijke inkadering – achteraf – onjuist bleek.¹¹ Dat gevaar dreigt niet alleen in het civiele recht. Bij evaluatie van de gerechtelijke dwaling in de Schiedammer parkmoordzaak was tunnelvisie bijvoorbeeld het hoofdpunt van de analyse van deze gerechtelijke dwaling.¹² Ook bij de zaak Lucia de B. is van een dergelijke selectieve sturing sprake geweest omdat het vermoeden van het plegen van meerdere levensdelicten het verdere onderzoek

domineerde en het feitenonderzoek en de interpretatie daarmee stuurde.¹³

Hoe kan zo'n onjuiste *framing* worden voorkomen? Op het moment dat de rechter in actie moet komen, ligt die inkadering er meestal al. Het meeste feitenonderzoek, maar ook het debat tussen partijen, heeft zich immers al in de voorgerechtelijke fase afgespeeld. In het civiele recht geldt dat pas als partijen hun onenigheid onderling niet kunnen oplossen, de rechter eraan te pas moet komen. Bij het hiervoor getoonde voorbeeld zal dat ook gelden en wordt door de eiser de positie ingenomen dat de huisartsen niet de zorg van een goed hulpverlener hebben betracht en de kwestie al ingebed in een juridisch leerstuk: wanprestatie of onrechtmatige daad.

Framing impliceert de contextuele sturing van een procedure en dat gebeurt automatisch en daardoor onbewust. Uit onderzoek is echter gebleken dat advocaten ook opzettelijk gebruik kunnen maken van dit fenomeen door de manier waarop de informatie wordt gepresenteerd, het manipuleren van deskundigenonderzoeken enzovoort in de hoop daarmee het oordeel in hun voordeel te laten uitvallen.¹⁴ De praktische consequentie van dit alles is om stelselmatig de vraag te stellen: hoe is of hoe wordt de kwestie ingekaderd?

Naast dit verschijnsel van *framing* is er tevens dat van wijsheid achteraf. De rechterlijke beslissing is vrijwel steeds een oordelen à posteriori. Wie voorgaande synopsis van de casus leest, kan gezien de onfortuinlijke afloop bijna niet anders dan tot de slotsom komen dat de artsen hier de situatie niet op juiste waarde hebben geschat. Omdat degenen die het feitenonderzoek uitvoeren steeds bekend zijn met de onzalige afloop – het ongeluk, de ramp, de letselschade of het delict – wordt er door de onderzoekers steeds met die 'voorkennis' gewerkt. Zij moeten daarom leren inzien hoe het zoeken naar informatie, het interpreteren van de data en het beoordelen van de gebeurtenissen door die voorkennis wordt beïnvloed.

8 R. Dobelli, *De kunst van het heldere denken. 52 denkfouten die je beter aan anderen kunt overlaten*, Amsterdam: De Bezige Bij 2012.

9 Rb. Utrecht 8 december 2010, LJN BO6888.

10 Zie bijv. A. Tversky, & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981, p. 453-458; R. Leboeuf, & E. Shafir, 'Deep thoughts and shallow frames. On the susceptibility to framing effects', *Journal of Behavioral Decision Making* 2003, p. 77-92 en B. O'Brien, & D. Oyserman, 'It's not what you think, but also how you think about it. The effect of situationally primed mindsets on legal judgment and decision making', *Marquette Law Review* 2008, p. 149-172.

11 E.G.C. Rassin, 'Vijf jaar tunnelvisiecommotie: het moet niet gekker worden', *RM Themis* 2010, nr. 5/6, p. 206-214.

12 F. Posthumus, *Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2005, p. 76, 167 en 174.

13 Hof Arnhem 14 april 2010, LJN BM0876, m.n. r.o. 2.2.

14 J.J. Rachlinski, C. Guthrie, & A. J. Wistrich, *Context effects in judicial decision making* (paper), 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies 2009.

Deze cognitieve achterafbias kent twee gedaantes, de *hindsight bias* en de *outcome bias*.¹⁵

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.¹⁶ Bij *outcome bias* vertekent kennis van de ongewenste afloop de waarneming en het oordeel van degenen die als deskundige over de gebeurtenissen moeten oordelen. Dat wijsheid achteraf in de vorm van *hindsight*

of *outcome bias* in rechterlijke beslissingen een structurele rol speelt, is inmiddels empirisch voldoende aangetoond.¹⁷ Het is een systematisch versturende factor en dit fenomeen laat zich niet zo maar bewust wegdenken ('U mag bij uw overwegingen de ongelukkige afloop er niet in betrekken'), want die opdracht is net zo weinig kansrijk als het gebod 'Denk *niet* aan de roze olifant!'. De praktische consequentie is hier om de effecten van achterafbias door methodologische kunstgrepen te neutraliseren, bijvoorbeeld door de onderzoekers te blinderen voor de ongelukkige uitkomst of de wijze van onderzoek daarop in te richten.¹⁸

Dit beknopte overzicht geeft aan dat we onszelf als waarnemers en beoordelaars kennelijk objectiever kunnen inschatten dan we in werkelijkheid zijn. Daarnaast bepalen ook emoties in belangrijke mate hoe een procedure zich ontvouwt.¹⁹ Waar empirisch onderzoek van de (rechts)praktijk de versturende rol van denkfouten en emoties heeft laten zien, zal dat consequenties hebben voor de inrichting van het proces van waarheidsvinding.²⁰ Het uitvoeren van feitenonderzoek is niet eenvoudigweg een kwestie van gezond verstand maar vraagt geëigende kennis en vaardigheden.²¹ Daar zullen we nu nader op ingaan.

4. De praktische kant van waarheidsvinding

De feitengevoeligheid van het recht impliceert dat elk abstract juridisch begrip steeds een concrete empirische referentie zal hebben. "Het vaststellen van feiten lijkt mij wel ongeveer het meest onderbelichte aspect van de werkzaamheden van een jurist", verzuchtte onlangs de Nijmeegse hoogleraar algemene rechtswetenschappen Schutgens en hij is daarin niet de

Het uitvoeren van feitenonderzoek is niet eenvoudigweg een kwestie van gezond verstand maar vraagt geëigende kennis en vaardigheden.

enige.²² Maar hoe dit aan te pakken? Voor het ontwerpen en uitvoeren van dat feitenonderzoek is een planmatige aanpak vereist en die begint bij het stellen van de juiste vragen.²³ Eerst zal er een onderzoeksstrategie moeten worden uitgestippeld waarom we welk onderzoek willen gaan doen, de conceptuele fase, en dan volgt de wijze waarop de gegevens daadwerkelijk zullen worden verzameld en geanalyseerd, de praktische of technische fase.

De epistemologische invalshoek verlangt de juiste beantwoording van de kernvragen 'wat is hier nu precies de kwestie?' en 'hoe

onderzoeken we dit?'. De verantwoordelijkheid voor het omschrijven van het probleem en de feitelijke onderbouwing van de eis legt het formele recht primair bij degene die een procedure initieert, de eiser. De wet wijst hun weliswaar die verantwoordelijkheid toe, maar omschrijft niet de wijze van uitvoering. En als het in die startfase fout gaat? Zodra er een methodologie voor probleemanalyse en onderzoek binnen een juridische context is omschreven, biedt dat een toetsingskader. Dat raamwerk zou de rechter ijkpunten kunnen verschaffen om daarmee zo nodig de planning en uitvoering van het feitenonderzoek bij te sturen. Hoe zou een dergelijke methodologische mal eruit kunnen zien?

5. De probleemanalyse: het formuleren van een heldere doel- en vraagstelling

Waarheidsvinding, het onderzoek naar de feiten en omstandigheden van het geval, is kennisgenererend onderzoek.²⁴ Tijdens de conceptuele fase daarvan, de probleemanalyse, is het cruciaal scherp onderscheid te maken tussen enerzijds de doelstelling en anderzijds de vraagstelling van het onderzoek. De *doelstelling* behelst de vraag 'waarom doen we dit onderzoek?' en verschaft bij een procedure de rechtsvraag of -vragen. Het antwoord op een rechtsvraag naar schuld kan alleen bevestigend of ontkennend zijn; om dat antwoord te kunnen formuleren, zal eerst nader onderzoek nodig zijn en daartoe dient de *vraagstelling* 'wat gaan we onderzoeken?' en die kwestie bepaalt weer hoe er verder praktisch te werk zal worden gegaan, de *uitvoering*. In schema:²⁵



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

16 R.W.M. Giard, & H.L.G.J. Merckelbach, 'Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is', *NJB* 2009, p. 1014-1021.

17 E.M. Harley, 'Hindsight bias in legal decision making', *Social Cognition* 2007, p. 48-63 en J.J. Rachlinski, C. Guthrie, & A.J. Wistrich, 'Probable cause, probability, and hindsight', *Journal of Empirical Legal Studies* 2011, p. 72-98.

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

19 S.A. Bandes, & J.A. Blumenthal, 'Emotion and the law', *Annual Review of Law and Social Science* 2012, nr. 1, p. 161-181.

20 Zie Kahneman, a.w. en Dobelli, a.w., alsook J. Hallinan, *Uitglijers. Waarom we fouten maken en hoe we ze kunnen voorkomen*, Schiedam: Scriptum psychologie 2009.

21 Zie daarover D.J. Watts, *Everything is obvious – once you know the answer. How common sense fails*, London: Atlantic Books 2011.

22 R. Schutgens, 'Onderbelicht: het vaststellen van de feiten', *AA* 2012, nr. 4, p. 246-247. Zie daarover ook W. Twining, 'Taking facts seriously', *Journal of Legal Education* 1984, p. 22-42 en W. Twining, 'Taking facts seriously again', *Journal of Legal Education* 2005, p. 360-380.

23 Zie P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Houten: Het Spectrum 2011 en R.W.M. Giard, *Dokters aan het aansprakelijkheidsrecht. Over binnendijks denken, de buitengrenzen van waarheidsvinding en betrouwbare kennis* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

24 Zie voor een beschrijving van deze fase uitvoerig Verschuren, a.w., m.n. hfd. 2-4.

25 Naar Verschuren, a.w.

De doelstelling geeft aan *waarover* de rechter moet oordelen, de vraagstelling moet de juiste verklarende informatie leveren *waarop* het oordeel zal worden gebaseerd en de methodologie stuurt *wat* er moet worden onderzocht en *hoe* dat moet worden gedaan, de praktische uitvoering van het onderzoek. Maar deze abstracte weergave vraagt natuurlijk enige concretisering.

De doelstelling

Bij de hiervoor beschreven casus kunnen we de doelstelling formuleren naar analogie van de bekende formulering uit het Speerkaert/Gradener-arrest:²⁶ *hebben de artsen bij deze patiënte gehandeld met de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en/of redelijk handelend in de perifere praktijk werkzame huisarts?*

De juiste keuze en formulering van de doelstelling als initiële stap in het kennisgenererend proces is dus uitermate belangrijk want die gidst de praktische uitvoering, motiveert alle betrokkenen tot het leveren van het benodigde maatwerk en geeft bovendien het ijkpunt om te beoordelen of het onderzoek erin is geslaagd de doelstelling op de juiste wijze te realiseren.²⁷ Het moge duidelijk zijn dat een te vage, foutieve of te beperkte doelstelling in het algemeen niet tot een goede beslissing kan leiden, want dat werkt in negatieve zin door in de formulering van de vraagstelling.

De vraagstelling

Met het stellen van vragen komt het proces van kennisverwerking op gang. De vraagstelling fungeert als leidraad daarvoor en is steeds een 'open' vraag, dus eentje die met een vragend voornaamwoord begint of die bevat en eindigt met een vraagteken. Deze hoofdvraag dient de kern van het probleem bloot te leggen. Die vraag stuurt én begrenst het te verrichten onderzoek; door het open karakter ervan is er in principe een baaierd aan antwoorden mogelijk. De relevante hypothesen of scenario's voortvloeiend uit de vraag worden geïnventariseerd en daarna stuk voor stuk onderzocht, gewogen en afgehandeld. Dat vraagt reflectie, creativiteit en het voorkomt daarmee ook tunnelvisie.

Omdat bij onze casus het kernprobleem het missen van de juiste diagnose is, luidt hier de vraagstelling: *waarom werd de diagnose hartinfarct bij deze 37-jarige vrouw gemist?* Juist 'waarom'-vragen dwingen tot afstand nemen en nadenken.

De doelstelling ('verleenden de artsen hier de zorg van een goed hulpverlener?') is weliswaar in de vragende vorm gesteld, maar bedoelt de schuldvraag te beantwoorden, de doelstelling van het onderzoek. Door het binaire karakter ervan is die ongeschikt om het proces van waarheidsvinding te sturen. Wanneer het onderzoek zich slechts richt op het vaststellen of

Het niet scheiden van doel- en vraagstelling komen we regelmatig tegen bij de veelgebruikte formulering van de opdracht aan deskundigen.

de arts wel of niet zorgvuldig heeft gehandeld, is het zoeken naar argumenten te selectief. Een causale verklaring van de onheilsgebeurtenis vraagt dat we zowel het handelen van de artsen als de brede context waarin dat plaatsvond moeten onderzoeken.²⁸ Pas het antwoord op de vraagstelling maakt het mogelijk de doelstelling van de procedure te realiseren. Maar wie zorgt er wanneer voor dat doel- en vraagstelling expliciet worden geformuleerd en daardoor van elkaar worden gescheiden?

Wordt dit wezenlijke belang van het verschil tussen een doel- en een vraagstelling in de rechtspraak wel voldoende beseft? En wordt dit onderscheid sowieso wel in praktijk gebracht? Het niet scheiden van doel- en vraagstelling komen we regelmatig tegen bij de veelgebruikte formulering van de opdracht (lees: vraagstelling!) aan deskundigen. Vaak wordt hierbij de wettelijk bepaalde vergelijkingsmaatstaf gehanteerd en wordt de vraag gesteld: heeft deze professional gehandeld met de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht?²⁹ Bijvoorbeeld naar aanleiding van het overlijden van een patiënt in aansluiting op een hartoperatie werd binnen een aansprakelijkheidsprocedure het handelen van een cardiochirurg onderzocht met als vraagstelling door de rechtbank aan de deskundige: *"Bent u van oordeel dat dr. X heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam cardiochirurg verwacht mag worden?"*³⁰ Inderdaad: dat is de doelstelling van het onderzoek, niet de vraagstelling. De gepaste vraagstelling aan de deskundige had moeten zijn: waarom overleed deze man? Pas een goed onderbouwde causale verklaring maakt het mogelijk om de rechtsvraag te beantwoorden.

Wie een juridische procedure zo wetenschappelijk verantwoord wil inrichten, wordt praktisch geconfronteerd met het gegeven dat ieder geding in principe steeds begrensd is qua tijd, menskracht en middelen. Het expliciet moeten formuleren van de juiste vraagstelling is een extra stap die er bovendien toe kan leiden dat het feitenonderzoek zich moet verbreden. Maar die aanpak kan die juist helpen het procesverloop praktisch in goede banen te leiden, want die vraagstelling heeft twee belangrijke functies: die van sturing én van efficiëntie. Met sturing wordt aangegeven hoe de vraagstelling richtinggevend is bij de uitvoering van het feitenonderzoek. Hoe deugdelijk richting geven aan het onderzoek kan verder

28 P. Crockery, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly* 2009, p. 171-176 en 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, nr. 9, p. 471-478.

29 F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, & A.F. Snoeck Henkemans, *Argumentatie*, Groningen: Martinus Nijhoff 2001.

30 Rb. Arnhem 21 maart 2012, LJN BW1273.

26 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

27 Zie wederom Verschuren, a.w., hfd. 3.

worden bewerkstelligd door tevens deelvragen te formuleren, die helpen om het goede antwoord te vinden. Met efficiëntie wordt bedoeld dat met de kennis die wordt geproduceerd de vraagstelling ook daadwerkelijk wordt beantwoord; dan weten we precies genoeg.

Iteratief proces

Het formuleren van de juiste doel- en/of vraagstelling is vaak niet in één enkele stap te realiseren. Er is in deze conceptuele fase sprake van een creatief denkproces waarbij kan blijken dat na de eerste verkennende onderzoeken eerdere gezichtspunten moeten worden herzien, een proces van gissen en missen. Met het nader aftasten van het probleem kunnen zich immers nieuwe kwesties aandienen. Dan blijkt herformulering of uitbreiding van de doel- en/of vraagstelling soms nodig; het kan daarom een iteratief proces blijken.

Zo is in tamelijke grote lijnen een methodologisch kader omschreven dat ons in staat stelt om het kennistheoretische ideaal in de juridische praktijk te structureren. Maar hoe verhoudt zich dit alles tot de juridische werkelijkheid en wat is de procesrechtelijke toegestane en de qua methodologie gewenste rol van partijen en de rechter in dit processuele geheel?

6. Waarheidsvinding, procesrecht en de juridische realiteit

Iedere procedure is een geschil van mening tussen partijen en kan functioneel als een argumentatieve discussie worden omschreven. Die gedachtewisseling verloopt via achtereenvolgende stadia: de confrontatiefase, de openingsfase, de argumentatiefase en de afsluitingsfase.³¹ Tijdens de confrontatiefase komt vast te staan waarover het geschil gaat en dat levert de daaruit voortvloeiende rechtsvraag of -vragen op. Tijdens de openingsfase wordt het verdere werkplan opgesteld en worden de al eerder besproken doel- en vraagstelling geformuleerd. Dan volgt het onderzoek en zullen partijen argumenten aandragen met het doel gepresenteerde standpunten te bevestigen of te ontkrachten, waarna in de afsluitende fase de rechter daarover geïnformeerd zal oordelen. Maar afhankelijk van het rechtsgebied en het soort af te handelen probleem komt de rechter veelal pas aan bod als met name de eerste twee stadia al zijn doorlopen.

Bij de gepresenteerde medische casus zijn de huisartsen in eerste instantie buitengerechtelijk aansprakelijk gesteld, werden er over en weer argumenten aangedragen en zijn er al deskundigen geraadpleegd. Tot dan toe werd in de argumentatiefase door gedaagden aansprakelijkheid niet erkend, er is een impasse ontstaan waardoor er dus (nog) geen afsluitende fase kan volgen. Daarom moet de rechter eraan te pas komen. Zoals eerder al aangegeven, is de rechter dus veelal niet van meet af aan betrokken bij de casuspositie; het feitenonderzoek

heeft al voor een belangrijk deel plaatsgevonden, de resultaten daarvan worden kant-en-klaar gepresenteerd.

In de hitte van de juridische strijd kunnen er gedurende deze voorgerechtelijke fase echter fouten worden gemaakt, zowel bij het feitenonderzoek als bij de gevoerde argumentatie – soms ernstige. Maar uiteindelijk is het toch de rechter die moet vaststellen wat als rechtsfeiten moet worden beschouwd en zal hij daar zijn vonnis op baseren. Maar wat te doen als de aangevoerde feiten en rechtsgronden (misschien) niet deugen? Nogmaals De Bock: *“De rechter mag zich niet neerleggen bij feiten waarvan het vermoeden bestaat dat zij niet correct zijn; zij heeft op dit punt een eigen verantwoordelijkheid. Een noodzakelijke consequentie van de taak van de rechter om onderzoek te doen naar de feiten, is dat de rechter de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen.”*³² Als de mogelijkheid van fouten reëel is, wat voor het verdere procesverloop van belang kan zijn, is opsporing en correctie daarvan onvermijdelijk. Hier dient zich wederom de al eerder gestelde vraag aan: mag of moet de rechter de aangevoerde rechtsfeiten en rechtsgronden ter discussie stellen en/of aanvullen? Waaraan onmiddellijk zal worden toegevoegd: wanneer dat geoorloofd is, hoe moet de rechter die bevoegdheid dan inkleden opdat diens onafhankelijkheid en geloofwaardigheid steeds worden gewaarborgd? Elke schijn van partijdigheid moet immers worden vermeden. Welke mogelijkheden voor bemoeienis met het feitenonderzoek door de rechter bestaan er thans?

In het civiele recht bepalen art. 24 en 149 lid 1 Rv de (bewijsrechtelijke) omvang van de procedure, namelijk slechts over die feiten of rechten die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. De leer van de lijdelijkheid van de rechter is in dit rechtsgebied wel het meest uitgesproken, maar die is niet zonder discussie.³³ Kan een rechter zich achter die lijdelijkheid verschuilen als later blijkt dat diens beslissing anders zou zijn geweest wanneer de feiten wel correct en volledig zouden zijn vastgesteld? In 2002 werd het burgerlijk procesrecht aangepast, waardoor de wettelijke grondslagen voor de regiefunctie en de kwaliteitswaarborgingsfunctie van de rechter ruimer werden omschreven. Gevolg hiervan was dat de taakverdeling tussen rechter en partijen werd opgeschud.³⁴ Het huidige procesrecht biedt de rechter wel degelijk ruimte om zich met de juistheid en volledigheid van het feitenonderzoek te bemoeien. De formeelrechtelijke basis daarvoor wordt in het civiele recht gevormd door het beginsel van hoor en wederhoor en het consequent realiseren daarvan (art. 19 Rv), het zorgen voor naleving van de inlichtingenplicht van procespartijen (art. 21 Rv), door partijen te vragen hun stellingname toe te lichten en relevante bescheiden over te leggen (art. 22 Rv), het ambts-halve kunnen aanvullen van rechtsgronden (art. 25 Rv), het

³² De Bock, *a.w.*, p. 128.

³³ M. Barendrecht, et al., *De goede procesorde in beeld. Over gedrag van procespartijen en de regiefunctie van de rechter* (Research Memoranda, nr. 1), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2011.

³⁴ Zie Asser, Groen, & Vranken 2006, hfd. 6 (p. 63 e.v.).

³¹ F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, & A.F. Snoeck Henkemans, *Argumentatie*, Groningen: Martinus Nijhoff 2001.

laten toevoegen van bewijsmiddelen aan de processtukken (art. 85 Rv), het gelasten van een inlichtingencomparitie (art. 88 lid 1 Rv), door controle op de inhoudelijkheid van de dagvaarding (art. 111 Rv, met name lid 2 sub b en lid 3) en misschien wel als belangrijkste het houden van een comparitie na antwoord (art. 313 Rv).³⁵ Bij het gebruikmaken van elk van deze mogelijkheden is het consequent hanteren van het beginsel van hoor en wederhoor essentieel: men legt vragen of opmerkingen ter beantwoording of ter commentaar voor aan procespartijen.³⁶ Het bestaande civiele procesrecht biedt de rechter dus in theorie ruimte om nadere informatie te verkrijgen.

Er bestaan zodoende mogelijkheden om de doel- en vraagstelling van het onderzoek nader te toetsen door hierover vragen op te werpen en voor te leggen aan beide partijen. Maar over welke kennis en vaardigheden dient de rechter te beschikken om juist die empirische dimensie van het feitenonderzoek te beoordelen en te sturen?³⁷

7. Waarheidsvinding: initiatief, regie en bewaking

Hoe los je een casus op zoals die van de gemiste diagnose? De al besproken centrale vraag is: waarom werd de diagnose hartinfarct bij deze vrouw gemist? De daarvan afgeleide subvragen kunnen zijn: hoe vaak komt een hartinfarct op deze leeftijd voor, op welke wijze kan bij jonge vrouwen een (dreigend) hartinfarct zich presenteren en hoe specifiek voor de diagnose zijn die klachten en verschijnselen? Welk diagnostisch beleid is voor dergelijke klachten gebruikelijk? Welke mogelijkheden én beperkingen legt huisartsgeneeskunde op aan de diagnostische situatie? Er zijn meerdere subvragen te bedenken, die verlangen meerdere onderzoeken en soms kan één onderzoek op meerdere wijzen worden uitgevoerd. Al deze vragen hebben te maken met het achterhalen van de toedracht, de causale verklaring voor een ongewenste gebeurtenis (letselschade, delict) waarover recht moet worden gesproken. Niet alleen de feiten en omstandigheden van het individuele geval zijn van belang, maar ook de achtergrondkennis over deze problematiek. Immers, het verklaren van gebeurtenissen en ze daardoor begrijpelijk maken, impliceert het verkennen van de voorwaarden waarvan ze afhangen.

Het huidige procesrecht biedt de rechter wel degelijk ruimte om zich met de juistheid en volledigheid van het feitenonderzoek te bemoeien.

Hiervoor besprak ik al de beïnvloeding van het onderzoek door de inkadering daarvan en kennis van de onfortuinlijke afloop. Het toepassen van kunstgrepen in de vorm van beproefde objectiverende onderzoeksmethoden kan die werking van *framing* en *achterafbias* inperken. Voor de reconstructie van onheilsgebeurtenissen zijn er bijvoorbeeld werkmethoden ontwikkeld, waarbij de onderzoekers proberen vanaf een gekozen startpunt de gebeurtenissen en/of de beschikbare informatie chronologisch in kaart te brengen zonder de afloop daarin te betrekken.³⁸ Welke gegevens waren de actoren op welk moment bekend en hoe werden die door hen geïnterpreteerd en is

dat ook begrijpelijk? Het antwoord op de zojuist geformuleerde subvragen moet het mogelijk maken te beoordelen waarom de artsen zo reageerden op de hun gepresenteerde klachten en hoe (on)juist dat was. Op die manier kan de achterafbias worden omzeild.

En wat te doen als er uiteenlopende opties blijken te bestaan voor onderzoek naar de toedracht van eenzelfde voorval, die elk tot andere resultaten leiden? Vaak worden uit gewoonte bepaalde methoden van onderzoek gehanteerd en daarom is het nuttig om na te gaan of daarvoor mogelijk betere alternatieven bestaan. In dat geval zal er aan de hand van vergelijkend onderzoek een gemotiveerde en wetenschappelijk onderbouwde keuze voor de meest accurate en objectieve methode dienen te worden gemaakt. Een belangrijk principe is dat van 'blindering' van de onderzoekers voor de ongewenste gebeurtenis ter voorkoming van achterafbias. Ook de wijze waarop een deskundigenonderzoek wordt aangevraagd en vormgegeven, kan van invloed zijn op de uitkomst ervan.³⁹ De rechter heeft binnen de procedure als functies het voeren van de regie en het bewaken van de kwaliteit van de werkprocessen. Het feitenonderzoek vraagt, zoals beargumenteerd, een eigen toetsingskader, en van de daaraan ten grondslag liggende wetenschappelijke beginselen zou de rechter meer weet dienen te hebben.

8. De juiste conclusies? Een laatste controle!

Er moeten aan het proces van waarheidsvinding niet alleen *vooraf* eisen worden gesteld, maar het is evenzeer nodig om *achteraf* de gevonden antwoorden inhoudelijk op hun waarde te toetsen, de fase van validatie. Een plausibele verklaring voor de gebeurtenissen wil dan nog niet zeggen dat daarmee de waarheid vaststaat. Vandaar nog een laatste kritische check.

35 Zie Giard (noot 23), p. 49 e.v. en D. Alewijn, et al., *De mondelinge behandeling. Negen jaar met het nieuwe procesrecht* (Procesrechtelijke reeks NVvP, nr. 26), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

36 Zie in dat verband ook de arresten van de Hoge Raad inzake het gebruik van aanvullende informatie verkregen via Google door rechters (HR 11 april 2011, LJN BP5612 en HR 11 januari 2011, LJN BP0291).

37 Zie voor het privaatrecht W.H. van Boom, I. Giesen, & M. Smit, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 en voor het strafrecht J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij, & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

38 Zie daarvoor S.W. Dekker, *The field guide to understanding human error*, Aldershot: Ashgate Publishing 2006 en D.D. Woods, et al., *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing 2010.

39 R.W.M. Giard, & C.J.J.M. Stolker, 'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige', *NJB* 2003, p. 610-616 en C.T. Robertson, & D.V. Yokum, 'The effect of blinded experts on juror verdicts', *Journal of Empirical Legal Studies* 2012, nr. 4, p. 765-794.

Maar moet de rechter voor zo'n eindcontrole in kort bestek alles nog eens over doen?

Of een exposé de werkelijkheid correct beschrijft, kan aan de hand van enkele eenvoudige vragen expliciet worden getoetst.⁴⁰ Ten eerste: beschrijft het antwoord op de vraagstelling alleen een fenomeen, of geeft het antwoord er ook werkelijk een verklaring voor? Er bestaat immers een groot verschil tussen iets 'beschrijven' en iets 'begrijpen'. Bij onze casus is een conclusie als 'de diagnose hartinfarct werd gemist' beschrijvend juist, maar zij verklaart de gebeurtenissen nog niet. 'Bij deze casus werd de diagnose hartinfarct niet primair overwogen, vanwege onwaarschijnlijkheid van die diagnose gezien de jonge de leeftijd van de vrouw en de aspecificiteit van haar klachten' verklaart de gebeurtenis, zodat we die nu kunnen begrijpen. Ten tweede is het wenselijk ons af te vragen of de uitleg zelf adequaat is, omdat we die weer moeten kunnen plaatsen in een aannemelijk groter verklarend kader. De epidemiologie van hartinfarcten bij vrouwen (achtergrondkennis!) maakt duidelijk dat die ziekte op de leeftijd van patiënte vrij zeldzaam is. Onderzoek naar de betrouwbaarheid van diagnostische informatie biedt weer het kader waarin we de aard en frequentie van de klachten bij deze ziekte plaatsen. Ten slotte is er het gevaar van circulariteit. Er is namelijk voorzichtigheid geboden bij verklaringen die op het eerste gezicht vanzelfsprekend lijken omdat de daarin gepresenteerde veronderstelling de gebeurtenis verklaart en dat lijkt logisch omdat de gebeurtenis omgekeerd de hypothese weer rechtvaardigt. 'De diagnose werd hier door de huisartsen gemist' is zowel een verklaring als een plausibele – maar oppervlakkige – hypothese. Circulaire redeneringen komen vaak voor maar zijn veelal moeilijk als zodanig te herkennen.⁴¹ Een ander toepasbaar trias is de controle van het resultaat op circulariteit, relevantie en coherentie.⁴²

Het feitenonderzoek vraagt een eigen toetsingskader en van de daaraan ten grondslag liggende wetenschappelijke beginselen zou de rechter meer weet dienen te hebben.

9. Ter afsluiting

De vraag naar de beste manier om een casuspositie op te lossen, heeft ons geleid naar de kwestie hoe een feitenonderzoek idealiter wordt vormgegeven en het belang daarvan voor optimale rechtspraak. Als domeinkennis vormen het positieve recht en de gerelateerde doctrine het belangrijkste kader voor de rechter. Maar nu de sociale wetenschappen, wetenschapsfilosofie en methodologie hun licht over de praktijk van het recht hebben laten schijnen, kunnen de uitkomsten daarvan niet zonder praktische gevolgen blijven. De inzichten hoe er bij de feitenvaststelling fouten kunnen worden gemaakt en hoe die zijn te vermijden, zijn hiervoor weergegeven. Het is meer dan

wenselijk dat die kennis zijn weg vindt in de rechtspraak. Dat vraagt allereerst scholing, zowel in de rechtenstudie als in de opleiding tot rechter. Maar we staan pas aan het begin en dat vraagt langs de weg van vooral interdisciplinair wetenschappelijk onderzoek een verdere verkenning, die moet uitmonden in een zorgvuldige synthese van enerzijds het recht en anderzijds wetenschappelijk gefundeerde methoden van kennisvergaring en -toepassing.

Hiervoor heb ik aangegeven wat er te winnen valt wanneer men rechtsvragen van onderzoeksvragen weet te scheiden, hoe het besef van intuïtieve vooringenomenheden (bias) er weer toe leidt de onderzoeksmethoden aan te passen en hoe dat te doen, waarom het nodig is om nog een laatste inhoudelijke controle uit te voeren. Dat alles in het kader van kwaliteits-toetsing en -bevordering van de rechtspraak, een maatschappelijk bepaalde verantwoordelijkheid waarbij met name ook de rechter partij is. Het doel is een effectievere en efficiëntere rechtspraak te realiseren in een ideaal gerecht – eerlijke rechtspraak gebaseerd op reële informatie en juiste redeneringen, steeds ingebed in een optimaal positief recht en een juiste organisatiestructuur.⁴³ Zo willen we wetenschappelijk ideaal en juridische werkelijkheid dichter tot elkaar brengen.

40 P. Lipton, 'What good is an explanation?', in: J. Cornwell (red.), *Explanations. Styles of explanation in science*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-22.

41 L.J. Rips, 'Circular reasoning', *Cognitive Science* 2002, p. 767-795 en U. Hahn, 'The problem of circularity in evidence, argument, and explanation', *Perspectives on Psychological Science* 2011, nr. 2, p. 172-182.

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

43 J.J. Rachlinski, 'Evidence-based law', *Cornell Law Review* 2011, p. 901-924.