

Redactioneel

De kennis van de jurist voorbij: wanneer weten twee samen meer dan een?

Onze troostrijke overtuiging dat we de wereld kunnen begrijpen, berust op een zekere grondslag: ons bijna onbeperkte vermogen om onze onwetendheid te negeren.
Daniel Kahneman¹

Twee verschillende werelden

Werd de brand in een horecapand veroorzaakt door naligheid van het personeel of was daarvoor een andere oorzaak?² Kreeg een schilder door zijn beroep blaaskanker?³ Werd een vrouw blind door het slikken van antimariapillen zonder effectieve controle?⁴ Doodde deze advocate haar twee babyzoontjes?⁵ Regelmatig worden advocaten en rechters geconfronteerd met dit soort kwesties die beslist buiten het kennisdomein van de rechtsgeleerdheid liggen. Dan heb je als jurist de hulp en inbreng van andere disciplines nodig, van experts op dat gebied.

Maar hoe verloopt de samenwerking tussen jurist en deskundige? De gangbare praktijk is dat bij een procedure de rechter in overleg met partijen of ambtshalve een deskundige aanwijst. Die expert krijgt een aantal vragen voorgelegd, schrijft vervolgens zijn rapport en dient dat in bij de rechtbank. Of de advocaat van een partij vraagt advies aan een deskundige en brengt dat rapport in de procedure in. Rechter en partijen nemen van die rapporten kennis, discussiëren erover en uiteindelijk volgt er een beslissing.

Dit lijkt een typisch functioneel contact – het door de jurist geven van een opdracht aan een expert. Er moet een probleem opgelost worden, maar *wat* is hier nu precies de kwestie en zijn de betrokken professionals zich wel voldoende bewust *welke* kennis ze daarbij nodig hebben? Ligt die kennis misschien buiten hun eigen kennisdomein? En wat staat hier voor partijen allemaal op het spel? Lastige vragen. Juristen klampen zich daarom bij het afhandelen van een casus maar al te graag vast aan de toepasselijk geachte rechtsregels en denken en handelen het liefst vanuit hun vertrouwde rechtsgeleerde denkraam. 'Hij [de jurist, RG] denkt en argumenteert meteen in juridische termen,' zo stelt Vranken, 'in plaats van als uitgangspunt te nemen de vraag: waar gaat

het eigenlijk om?'⁶ De deskundige doet waarschijnlijk precies hetzelfde. In de rechtszaal ontmoeten twee essentieel verschillend opererende 'denkcollectieven' elkaar.⁷ Geldt hier Rudyard Kiplings '*East is East, and West is West, and never the twain shall meet*'? Hoe brengen we ze wél nader tot elkaar?

Wat weten we feitelijk over dwalingen van deskundigen?

Een vonnis kan formeel op de juiste wijze tot stand zijn gekomen terwijl materieel de deskundigenbijdrage gebrekkig was; het resultaat kan dan een gerechtelijke dwaling zijn. Wast de rechter dan zijn handen in onschuld? Het was immers niet zijn fout, maar die van de expert. Er is vrijwel geen systematisch onderzoek naar dwalingen van deskundigen gedaan. In het strafrecht werden de in het nieuws gekomen gerechtelijke dwalingen toch vooral als incidenten gezien en niet als een structureel probleem. Er werd een *Commissie evaluatie afgesloten strafzaken* (CEAS) ingesteld, maar die richtte zich alleen op geselecteerde zaken. Het zou bij deskundigenonderzoeken inhoudelijk weleens vaker mis kunnen gaan dan we ons realiseren – maar waaruit blijkt dat? De juridische beslisser kan – en wil (?) – dat niet beoordelen want die is welbeschouwd ter zake ondeskundig. Maar wie controleert en corrigeert zo nodig de deskundige? Een roemrucht voorbeeld is de al eerdergenoemde zaak waarbij een moeder, Sally Clark, ervan werd verdacht haar twee babyzoontjes om het leven te hebben gebracht. De deskundige, een kinderarts met wereldfaam op het gebied van kindermishandeling, onderzocht deze zaak en kwam tot de conclusie dat hier beslist sprake van moord moest zijn omdat de kans dat het hier om een natuurlijke doodsoorzaak zou gaan astronomisch klein was, namelijk een op 73 000 000.⁸

Nadat Sally Clark definitief schuldig was bevonden, roerde de Royal Statistical Society (VK) zich en bekritiseerde openlijk de handelwijze van zowel deze gerenommeerde deskundige als het blindweg overnemen van zijn

* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is arts en jurist, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR en redacteur van dit tijdschrift. E-mail: raimondgiard@gmail.com. Met dank aan Gert Haverkate en Diederik Aben voor hun commentaren en suggesties bij het tot stand komen van dit artikel.

1. D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011, p. 209.
2. Hoge Raad 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478.
3. Hof Arnhem 27 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0025.
4. Rb. Midden-Nederland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3261.
5. Deze zaak speelde in het VK en is bekend als de *Sally Clark*-zaak. *R. v. Sally Clark*, Case No: 1999/07495/Y3 en *R. v. Clark* [2003] EWCA Crim 1020 (11 april 2003).
6. J.B.M. Vranken, *Asser/Vranken Algemeen Deel ***. Een Vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
7. F. Darbellay, 'Rethinking inter- and transdisciplinarity: undisciplined knowledge and the emergence of a new thought style', *Futures* 2015 (65), p. 171.
8. Zie noot 5.

conclusies door de rechtsprekenden.⁹ Deze statistisch-epidemiologische benadering ging niet alleen de kennis van de juridische beslissers te boven maar ook die van de deskundige, die bovendien met deze aanpak een essentiële misslag maakte, de *prosecutor's fallacy*. Bij de berekening werden niet de juiste getallen gehanteerd. Ook had de obductie bij een van de kinderen ontlastend bewijs opgeleverd.¹⁰

Hoe ontstaan – maar vooral: hoe voorkom je – dergelijke gerechtelijke dwalingen? Werd er binnen beide disciplines te weinig nagedacht over de aard van het probleem en de juiste methode van onderzoek? Zou die fout niet zijn gemaakt als er een intensievere samenwerking had bestaan tussen rechtbank en expert? Het beantwoorden van dergelijke vragen kent twee verschillende perspectieven: formeelrechtelijk en die van de materiële waarheidsvinding. De eerste is juridisch en betreft ook de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige. De tweede is epistemologisch en gaat mede over de inhoudelijke juistheid van het deskundigenbericht. Wie draagt of wie dragen verantwoordelijkheid bij de sturing van het onderzoek, de praktische uitvoering en de controle op de inhoud? Dit laatste punt betreft wederom de rechtsverhouding.

De rechtsverhouding tussen rechter en deskundige

'Over de aard van de relatie tussen de deskundige en de rechter ben ik in de literatuur geen duidelijke standpuntbepaling tegengekomen,' zo schrijft Klaassen in 2002 bij de totstandkoming van het vernieuwde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹¹ Twee jaar later wil De Groot daarover geen twijfel laten bestaan en stelt onomwonden dat de rechter géén contractuele relatie aangaat met de deskundige maar dat hun relatie uitsluitend bepaald wordt door het formele recht.¹² Wat wordt er dan precies geregeld over de deskundige in de negende afdeling (*Bewijs*)?¹³ De paragrafen 6 en 8 van die afdeling zeggen toch eigenlijk alleen maar *hoe* deze relatie tot stand komt, maar niets over het wezenlijke van de deskundigenpraxis en het *doel* ervan? Over partijdeskundigen wordt niet gerept.¹⁴ Hetzelfde geldt ook voor de Wet deskundigen in strafzaken; het is – logisch – allemaal puur formeel civiel en strafrecht. In het verlengde van deze wetgeving zijn inmiddels voor het straf-, bestuurs- en civiele recht gedragsregels voor deskundigen versche-

nen.¹⁵ Deze codes hebben een evident formeelrechtelijk karakter en hanteren open normen. De gepaste materiële waarheidsvinding is hiermee voorshands evenmin expliciet gemaakt.

Is er wat betreft de rechtsverhouding dan helemaal geen rol weggelegd voor het materiële civiele recht? Wat is bijvoorbeeld de status van het leerstuk betreffende de overeenkomst van opdracht?¹⁶ De deskundige krijgt toch een opdracht en is dus opdrachtnemer? Vanuit verschillende disciplines zijn inmiddels richtlijnen voor het uitvoeren van een deskundigenonderzoek verschenen. Opvallend zijn hier de parallellen tussen bepalingen uit die voorschriften (trouwens ook bij de gedragsregels) en verschillende materieelrechtelijke wetsartikelen uit de overeenkomst van opdracht: de opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW); de opdrachtnemer is gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht (art. 7:402 lid 1 BW); de opdrachtnemer legt aan de opdrachtgever verantwoording af van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten (art. 7:403 lid 2 BW).

Met name de ruimte die de wet aan de opdrachtgever toekent voor het geven van verantwoorde aanwijzingen aan de expert omtrent de uitvoering van de opdracht aan het begin, en de verplichting om rekenschap af te leggen met betrekking tot de methodologie aan het eind van de opdracht worden zowel in genoemde wet over de overeenkomst van opdracht als de richtlijnen benadrukt. Bovendien wordt er van de rechters tegenwoordig een actievere rol – en dus meer verantwoordelijkheid – gevraagd waar het gaat om de waarheidsvinding.¹⁷ De nieuwe KEI-wetgeving vereist een meer actieve (civiele) rechter die duidelijk de regie voert.¹⁸ In de strafrechtstoepassing heeft de rechter een eigen verantwoordelijkheid bij de waarheidsvinding.¹⁹ In het bestuursproces wordt weliswaar een actieve rechter gevraagd, maar dat is verder weinig geëxpliciteerd.²⁰

Bij de formele rechtsregels, de genoemde gedragsregels en specifieke richtlijnen, geldt steeds hetzelfde probleem: ze zijn (erg) globaal. De deskundige wordt bijvoorbeeld aanbevolen zich van de juiste methoden te bedienen en zowel de aanpak als de analyse zelf dienen deugdelijk te zijn verankerd in de wetenschappelijke literatuur.²¹ Maar hoe is de kwaliteit van de rapportage

9. Royal Statistical Society (VK), 'Letter from the President to the Lord Chancellor regarding the use of statistical evidence in court cases', 2002.

10. Zie over deze *Sally Clark*-affaire D.J. Levitin, *A Field Guide to Lies and Statistics. A Neuroscientist on How to Make Sense of a Complex World*, Londen: Viking/Penguin Books 2017, p. 106-107 en 134, en over genoemde denkfout N. Fenton, M. Neil & D. Berger, 'Bayes and the law', *Annual Review of Statistics and Its Applications* 2015 (3), p. 1-27.

11. C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht', *TCR* 2002, afl. 4, p. 93-102.

12. G. de Groot, 'De rechter contracteert niet. De rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen, bezien vanuit het procesrecht', *TCR* 2004, afl. 4, p. 79-86.

13. Te weten: de Negende afdeling van de Tweede titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

14. R.W.M. Giard, 'Rechters en partijdeskundigen: over de (on)deskundigheid en (on)partijdigheid van experts', *EeR* 2017, afl. 4, p. 135-145.

15. Dat zijn: 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' (Raad voor de rechtspraak; ongedateerd), de 'Leidraad voor deskundigen in bestuursrechtelijke zaken (eveneens Raad voor de rechtspraak; wederom ongedateerd), de 'Gedragscode behorende bij de wet deskundigen in strafzaken' (NRGD; 2015) en de 'Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken' (Raad voor de rechtspraak; 2012).

16. Zie titel 7 van Boek 7 BW; art. 7:400 lid 1 BW luidt: 'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.'

17. Zie *Advies Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht*, Den Haag, 2017.

18. C.J.M. Klaassen, 'De civiele procedure volgens "KEI"', *RM Themis* 2016, afl. X, p. 74-84.

19. Art. 338 en 340 Sv.

20. Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: VAR Vereniging voor Bestuursrecht, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 117-184.

21. A. Vredeveldt, H.P. Otgaar, H.L.G.J. Merckelbach & P.J. van Koppen, 'Het Rechtspsychologische Deskundigenrapport', verschijnt in *EeR* 2017, afl. 6.

nu praktisch te waarborgen? Welke epistemische standdaarden worden er gehanteerd? En welke rol vervult de rechter hierbij?

De epistemische verhouding tussen rechter en deskundige

Bij juridische procedures gaan steeds professionele probleemoplossers – de advocaten, rechters en hun deskundigen – aan de slag. De waarheid moet boven tafel komen. 'We are not students of some subject matter, but students of problems. And problems,' zo stelt filosoof Karl Popper, 'may cut right across the borders of any subject matter or discipline.'²² De jurist krijgt – zie de al genoemde voorbeelden – te maken met de vakgebieden brandonderzoek, epidemiologie, farmacotherapie en het vaststellen van de doodsoorzaak; allemaal ver buiten de kennisgrenzen van de rechtswetenschap. En de deskundige wordt geconfronteerd met de vraagstukken van de juridische wereld, die dan weer buiten zijn denkwereld liggen. Hoe pakken ze dit elk nu aan? Is het een kwestie van interdisciplinaire of zelfs multidisciplinaire samenwerking?

Interdisciplinariteit is een wijze van onderzoek waarbij personen vanuit verschillende disciplines data, informatie, concepten, theorieën, technieken en methoden willen uitwisselen en gebruiken om een probleem op te lossen dat buiten het bereik van de deelnemende enkelvoudige disciplines ligt.²³ Doel is de waarde en betekenis van kennis te vergroten door het ontwikkelen van een dialoog en samenwerking tussen twee of meer disciplines, maar dat kan allemaal snel verwateren tot een mantra.

Wat zijn bij een dergelijke samenwerking de onderliggende aannames, hoe stuur je de interdisciplinaire praktijk, hoe kom je tot een goed resultaat en hoe maak je de meerwaarde van deze benadering expliciet? Het integreren van verschillende disciplinaire soorten kennis is een *epistemische* taak.²⁴ En het communiceren van die ontwikkelde kennis naar de verschillende toehoorders is de communicatieve of *retorische* taak. Ondanks haar lange geschiedenis kent de interdisciplinaire benadering vele vraagpunten en onzekerheden.²⁵ Komt de waarheid zodoende inderdaad boven tafel? En hoe je dat allemaal realiseert, is nog te weinig echt goed geëvalueerd.²⁶ Bovendien geldt bij rechtszaken een dwingende procedurele context en is het beschermen van de onafhankelijke positie van de rechter cruciaal.

De kennisgrenzen voorbij: transdisciplinariteit

Nadere beschouwing van de voorbeelden aan het begin van dit artikel laat zien dat de daarbij genoemde kennisgebieden meestal geen pasklaar antwoord hebben op de voorliggende juridische vragen. De methoden en routines uit dat vakgebied werden niet primair voor een juridisch

doel ontworpen. Het ontstaan van brand kan in natuurwetenschappelijke modellen worden beschreven, epidemiologische kennis kan een verband tussen het uitoefenen van een bepaald beroep en ziekte constateren, bijwerkingen van geneesmiddelen worden onderzocht, naar de oorzaken van wiegendoed kan onderzoek worden gedaan; allemaal met een discipline-specifiek – en dus niet juridisch – doel: het begrijpen, verklaren en voorspellen van gebeurtenissen. De juridische context en de belangen die er bij partijen op het spel staan, maken een andere, dat wil zeggen een innovatieve en voor het juridische doel geschikt gemaakte, methodische benadering noodzakelijk.²⁷

Bij veel juridische kwesties gaat het in essentie om schuldvragen: *who messed up here?* Hoe zeker ben je daarbij als expert van je zaak en hoe sterk is de bewijskracht van jouw conclusies? Waar zitten de mogelijke zwaktes in de gebruikte methodologie of is hier maatwerk geboden? Is die aanpak sowieso voldoende wetenschappelijk onderbouwd, zijn de resultaten reproduceerbaar en werd het voor de specifieke rechtspraakpraktijk getoetst? Ken ik de foutkansen van deze aanpak en wat zijn de juridische gevolgen daarvan? Kortom: een gewetensvolle deskundige stuit hier op de methodologische en kennisgrenzen van zijn vak. Hij overziet vaak te weinig voor welk concreet juridisch doel zijn informatie wordt gebruikt. De jurist moet op zijn beurt de betekenis en de bewijskracht van de aangeboden informatie beoordelen en stuit dus eveneens op kennisgrenzen van zijn vak. Daar moet wat aan gaan gebeuren.

Er dienen dus bij het deskundigenonderzoek wederzijds grenzen ontdekt én bewust overschreden te worden; hier is een welbedachte synthese nodig tussen de juridische denkwereld en die van het op de kwestie van toepassing zijnde kennisdomein. Daarmee komen we terecht bij het begrip transdisciplinariteit.²⁸ Hieronder wordt de samenwerking verstaan tussen beoefenaren van verschillende disciplines met het doel tot een integratie en synthese van kennis te komen: epistemologisch en theoretisch is de werkwijze dus *trans*-disciplinair en die gaat verder én dieper dan *inter*-disciplinair.²⁹ Daarbij hoeft de eigen discipline beslist niet te worden verloochend. Maar hoe verwezenlijk je transdisciplinariteit nu in de praktijk? De eerste stap is het erkennen dat een deskundigenbijdrage in een juridische context steeds een geëigende aanpak vergt. De tweede stap is het conceptualiseren van het te beoordelen probleem: dat is niet de rechtsvraag, want die is steeds toegespitst op een (rechts)persoon, maar breder naar de causale verklaring van de gebeurtenis in kwestie. Voorts ontkomt de juridische beslisser er niet aan om na te gaan of de expert zich op de gewenste wijze van zijn taak heeft gekwetend: maar hoe? In diverse uitspraken van hoogste rechtsorganen zijn toetsingscriteria geformuleerd, waaraan een deskundi-

22. K.R. Popper, *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, New York: Routledge 1963, p. 88.

23. Committee on Facilitating Interdisciplinary Research, *Facilitating Interdisciplinary Research*, Washington: National Academies Press 2005, p. 2.

24. Zie daarover R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 294 e.v.

25. R. Frodeman (red.), *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford: Oxford University Press 2017.

26. J.A. Jacobs & S. Frickel, 'Interdisciplinarity: a critical assessment', *Annual Review of Sociology* 2009, p. 43-65.

27. Zie voor een uitwerking hiervan: R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2016, hfdst. 8 (p. 129-144).

28. Het concept van interdisciplinariteit werd ontwikkeld door de Zwitserse psycholoog en filosoof Jean Piaget in 1970. Daarover B. Nicolescu, 'Methodology of transdisciplinarity – levels of reality, logic of the included', *Transdisciplinary Journal of Engineering and Science* 2010 (1), p. 19-38.

29. Darbellay 2015 (zie noot 7), p. 166.

genrapportage dient te voldoen.³⁰ Voor het civiele recht heeft De Bock als ijkpunten voor de beoordeling van het deskundigenrapport relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie aangegeven.³¹ Dat zijn echter globale toetsingscriteria die geconcretiseerd dienen te worden. Ook hierbij helpt het als juristen en deskundigen die normen in een synthetiserende samenspraak – dus op transdisciplinaire wijze – concreter maken. De Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage heeft bijvoorbeeld in haar meest recente Richtlijn medisch-specialistische rapportage een bredere waaier van voorwaarden geformuleerd: de eisen van deskundigheid, zorgvuldigheid, toetsbaarheid, relevantie, spaarzaamheid, consistentie, begrijpelijkheid, het hanteren van de juiste methodologie en het onbevooroordeeld zijn. Zo'n opsomming kan een aanzet zijn voor de beantwoording van de vraag hoe die verder te concretiseren.

Het wordt de hoogste tijd dat er zowel binnen als buiten de rechtszaal een brede dialoog tussen (organisaties van) juristen en (beroeps- of wetenschappelijke verenigingen van) experts gaat plaatsvinden en ook dat er zowel een onderzoeks- als onderwijsagenda wordt opgesteld. Binnen de rechtsgeleerdheid blijft men eindeloos ronddraaien in abstracte beschouwingen over deskundigen in rechte, terwijl het juist de concrete problemen zijn die bij het afhandelen van een procedure om aandacht vragen. Het betekent ook dat over de bewijsleer moet worden nagedacht want dat is de beoordelings- en gebruikscontext voor deskundigenbijdragen.³² De beroeps- of wetenschappelijke verenigingen als leveranciers van experts zijn nog te weinig doordrongen van het speciale karakter van deskundigenoordelen en van de noodzaak voor het ontwerp van speciale methoden en technieken die gebaseerd zijn op de resultaten van empirisch en experimenteel onderzoek. Het leren om transdisciplinair te gaan werken schept daarbij een ambiance waarin, zoals expert op dit gebied Julie Klein het zo mooi formuleert, transgressie, transcendentie en transformatie mogelijk worden.³³ Dan komen we hopelijk verder, dus aan de slag hiermee!

30. Zie voor het strafrecht Hoge Raad 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:735, r.o. 4.3.4., voor het wettelijk medisch tuchtrecht: de jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, o.a. CTG 4 december 2001, *Medisch Contact* 2002, nr. 9, p. 343 e.v.

31. De Bock 2011 (zie noot 24) § 6.6 (p. 259-275) en § 7.9 (p. 322-325).

32. Zie bijvoorbeeld de gebundelde essays van William Twining in: *Rethinking evidence* (2nd ed.), Cambridge: Cambridge University Press 2006.

33. J.T. Klein, 'Discourses of transdisciplinarity: looking back to the future', *Futures* 2014 (63), p. 68-74.