

# ‘Dit had niet hoeven gebeuren’. De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband

67

In het aansprakelijkheidsrecht staat de zoektocht naar de juiste causale verklaring van de ongewenste gebeurtenis centraal maar die kent talrijke valkuilen. Dit artikel behandelt mogelijke valstrikken en stelt dat intuïtief-emotioneel bepaalde causale noties bij het slachtoffer van meet af aan zowel bewust als onbewust een cruciale rol spelen. Die kunnen sturend en storend werken op het als rationeel beschouwde feitelijk onderzoek, de interpretatie van gegevens en het daaruit trekken van conclusies. De kans op een onjuist oordeel is daardoor aanwezig. De contrafeitelijke denkfout kan doorwerken wanneer de vraag naar causaal verband expliciet aan bod komt bij de CSQN-toets.

## 1. Het startpunt van een geschil en het juridische ideaal

Iedere rechtszaak in de sfeer van persoonlijke aansprakelijkheid begint met een onaangename gebeurtenis – of soms de anticipatie daarvan – in iemands bestaan en draait bij de gelaedeerde vooral om de vraag ‘wie betaalt de schade?’. Een calamiteit komt bijna altijd onverwacht en laat het slachtoffer en diens naaste omgeving niet onberoerd. Maar na de eerste schrik komen ook de eerste reacties van het slachtoffer: wat is hier nu toch gebeurd, hoe is dit nu precies veroorzaakt, welke schadelijke gevolgen heb ik daarvan ondervonden, wie of wat heeft hier schuld aan en had dit voorval niet voorkomen kunnen worden?<sup>2</sup> Een uitdijende reeks van vragen. De antwoorden daarop kristalliseren zich bij de gelaedeerde uit tot een verklarend verhaal waarin niet alleen oorzaak en gevolgen duidelijk zijn, maar ook wie er voor de schade verantwoordelijk is. Dat relaas maakt vaak ook duidelijk dat met wat meer aandacht en oplettendheid dit allemaal niet had hoeven gebeuren. Die causale verklaring van de gelaedeerde is psychologisch en juridisch van groot belang want het vormt het startpunt en vooral de inkadering van het geschil. Daardoor worden de volgende stappen in de procedure gestuurd en maar ook verstoord met een onjuiste beslissing als resultaat.

1 Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid bij de capaciteitsgroep privaatrecht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit te Rotterdam en is als klinisch patholoog verbonden aan het Maasstad Ziekenhuis in diezelfde stad. Met dank aan Willem van Boom voor diens commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

Deze publicatie maakt onderdeel uit van het interdisciplinair onderzoeksprogramma *Behavioural Aspects of Contract and Torts: Relevance for Policymaking* (BACT).

2 D.R. Mandel, ‘Counterfactuals, emotions, and context’, *Cognition and Emotion* 2003, vol. 17(1) p. 139-159.

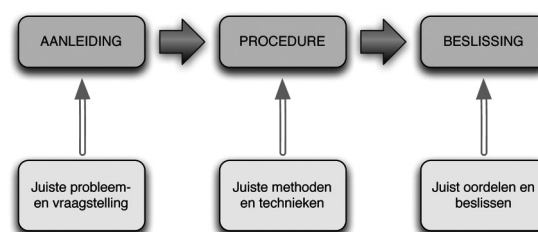
Wie de kwaliteit van het werk van juristen niet alleen wil onderzoeken maar vooral ook verbeteren, begint met het in kaart brengen van de mogelijke valkuilen. Vanuit kentheoretisch perspectief blijken de belangrijkste foutenbronnen te liggen bij de processen van kennisvergaring en -interpretatie. De benodigde inzichten daarvoor komen voort uit praktisch psychologisch onderzoek en theoretische inzichten uit de wetenschapsfilosofie. We zijn dus op zoek naar bronnen van betrouwbare kennis en naar manieren van optimale kennisverwerking en oordelen. In dit artikel staat deze problematiek centraal, laat ik zien hoe een aansprakelijkheidsprocedure van meet af aan doordeesemd is van causale noties en hoe die uiteindelijk ook de causaliteitstoets kunnen beïnvloeden.

## 2. De procedure

### 2.1. *Geschilbeslechting*

In verreweg de meeste gevallen worden kwesties inzake aansprakelijkheid buitengerechtelijk geregeld maar als dat niet lukt, wordt de zaak aan de burgerlijke rechter voorgelegd. Maar wordt er voor het vraagstuk steeds de juiste oplossing gekozen? De beantwoording van die vraag veronderstelt enerzijds dat er uit alternatieve beslissingsopties gekozen kan worden en anderzijds dat er een onafhankelijke maatstaf beschikbaar is aan de hand waarvan de juistheid van het oordeel achteraf kan worden afgemeten.

Aan iedere civiele procedure liggen steeds een of meer rechtsvragen ten grondslag die vervolgens beantwoord moeten worden. In het aansprakelijkheidsrecht is de centrale kwestie: had de aansprakelijke anders kunnen en moeten handelen en zou de schade dan zijn uitgebleven? Vestiging van aansprakelijkheid kent de volgende achtereenvolgende fasen: (1) omschrijving van het probleem en het daaruit afleiden van de te beantwoorden vragen, (2) het uitvoeren van de procedure en (3) de uitkomst daarvan, de beslissing (schema).



Deze drie achtereenvolgende fasen bepalen elk en in hun onderlinge samenhang de kwaliteit van een rechterlijke beslissing.

## 2.2. *Kwaliteitstoetsing*

Om uitkomsten op hun deugdelijkheid te kunnen toetsen is een terugkoppelingsmechanisme nodig, een zelfstandig referentiepunt als 'gouden standaard'. Helaas is een dergelijke verificatiemogelijkheid voor de rechtspraak eigenlijk niet beschikbaar. De enige toetsingsmogelijkheid is eventueel het instellen van een rechtsmiddel zoals hoger beroep. Dat levert echter geen 'gouden standaard' op om de waarheid en werkelijkheid mee vast te stellen omdat het juridische rechtsmiddel niet een extern referentiepunt oplevert maar een herhaling van dezelfde procedure met dezelfde middelen en de appelrechters ook inzage hebben in het dossier van de eerste feitenrechter(s) en daardoor beïnvloed kunnen worden.

In dat opzicht voldoet civiele appelrechtspraak dus niet aan de eis van wetenschappelijke onafhankelijkheid. De praktijk laat soms ook zien dat rechtsmiddelen geen garantie tegen dwaling zijn, zoals in het strafrecht de afgelopen jaren enkele malen is gebleken. Het is erg onwaarschijnlijk dat de civiele rechter nooit zoiets zou overkomen. Over het bestaan en de omvang van civielrechtelijke dwalingen zijn we nauwelijks geïnformeerd.<sup>3</sup> Het zou zelfs kunnen zijn dat de kans op dwalingen in het civiele recht groter is dan in het strafrecht. Factoren ter verklaring daarvan zijn onder meer de andere bewijsregels, de lijdelijkheid van de rechter en de foutkans bij het aannemen van een CSQN-verband.

## 2.3. *Foutenbronnen*

Aan de hand van het schema kunnen we bepalen in welke fase het fout kan gaan. We kunnen op het verkeerde been gezet worden door een onjuiste probleem- en vraagstelling. Vervolgens kan het feitenonderzoek onvolledig of foutief blijken (fout over de werkelijkheid), de feiten kunnen onjuist worden geïnterpreteerd en die conclusie kan of geen grond bieden voor een onrechtmatige daad terwijl dat wel het geval is of omgekeerd (fout antwoord op rechtsvraag) en er kan ten onrechte een causaal verband of het ontbreken daarvan worden vastgesteld (fout in het contrafeitelijke redeneren).

Een juridisch oordeel kan in principe op twee manieren fout gaan – of eventueel zelfs een combinatie daarvan: of er ging iets mis met het feitenonderzoek of de juridische oordeels- en besluitvorming faalde. Bij cassatierechtspraak wordt geen nieuw onderzoek naar feiten gedaan maar de voorliggende beslissingen voornamelijk getoetst op eventueel verzuim van vormen of schending van het recht (art. 79 lid 1 Wet RO).

Nu we constateren dat een betrouwbare ijking van een eindoordeel niet echt voorhanden is, komt praktisch gesproken vanzelf het accent bij kwaliteitstoetsing en -bevordering van geschilbeslechting op de eerste twee stappen in deze keten te liggen namelijk het formuleren van de juiste probleem en -vraagstelling en vervolgens het hanteren van de juiste methoden en technieken want optimale uitvoering

<sup>3</sup> Zie R.W.M. Giard, 'Rechtspraak is een riskante onderneming. De noodzaak van een geïntegreerd normatief kader', *Expertise en recht*, 2011/2, p. 34-40.

van die stappen zijn een *sine qua non* voor een goede beslissingen. Maar ten behoeve van welk doel?

## 2.4. *Juridische ideaal*

In het civiele recht bepalen partijen waar de juridische strijd over gaat. We dienen dus te begrijpen hoe het geschil ontstond en wat de invloed daarvan kan zijn op de verdere afhandeling van de zaak. Voor wat betreft het juist doen verlopen van de procedure zelf zijn ten minste twee perspectieven te kiezen, namelijk een juridische en een epistemologische. Voor sommige juridische denkers staat procedurele rechtvaardigheid voorop.<sup>4</sup> De procedurele wijze waarop de vonnissen tot stand zijn gekomen vormt immers hun legitimatie.<sup>5</sup> De rechter is niet primair waarheidsvinder maar een gemotiveerde beslisser volgens rechtssocioloog Huls.<sup>6</sup> Door deze aandacht voor de procedurele aspecten kan het proces van waarheidsvinding echter in het gedrang komen.<sup>7</sup> Vooral de al genoemde reeks gerechtelijke dwalingen in het strafrecht heeft duidelijk gemaakt hoe belangrijk de juiste praktische werkwijze is bij het verzamelen, ordenen en interpreteren van feitelijke informatie.

Maar hoe kijken we daar in het civiele recht tegen aan? Wat is hier het juridische ideaal? Gaat het in het aansprakelijkheidsrecht principieel om het op wetenschappelijke wijze 'vinden' van de waarheid? Of stellen we ons pragmatisch op en hebben we het over de 'waarheid' zoals partijen die aan de rechter presenteren? In hoeverre moet de civiele rechter nu een lijdelijke of een leidende rechter zijn?<sup>8</sup> Van de civiele rechter wordt overeenkomstig art. 20, 21 en 22 Rv procesbewaking verwacht.

Het is een vanzelfsprekend juridisch ideaal dat de rechter waarheidsgetrouw oordeelt.

## 3. *Drie casusposities*

Hier drie letselschadeclaims, een historische en twee actuele gevallen van medische aansprakelijkheid. Elk van deze voorbeelden laat zien hoe algemeen maar tegelijk ook hoe verborgen de nog te bespreken kwesties ingebed zijn.

*Casus 1:* Jim is trambestuurder en staat erom bekend dat hij meestal te hard rijdt. Op een dag is het noodweer en tijdens een windvlaag wordt een boom omver geblazen die boven op een tram valt waarvan Jim de bestuurder is. Er vallen gelukkig geen doden maar er zijn wel enkele gewonden. Een van die gehavende passagiers eist scha-

<sup>4</sup> Zie bijv. J. Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2006.

<sup>5</sup> Bekend is natuurlijk Luhmann's *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein/Berlin: Luchterhand Verlag 1969.

<sup>6</sup> N. Huls, 'De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!', *R&R* 2006, p. 5.

<sup>7</sup> A.R. Mackor, 'Het belang van waarheid in het strafproces', *RMThemis* 2010, nr. 5-6, p. 245 e.v.

<sup>8</sup> Zie J. Wolfhagen & W. de Zanger, 'De letselschadekamer: van een lijdelijke naar een leidende rechter', *AA* 2010, p. 742-746.

devergoeding met als feitelijke grondslag dat als Jim niet te hard had gereden, de boom niet op de tram zou zijn beland en hij dus geen verwondingen zou hebben opgelopen.<sup>9</sup>

*Casus 2:* Tijdens een ruzie wordt een 19-jarige man met een mes in de buik gestoken. Hij wordt door een familielid naar de afdeling spoedeisende hulp van een academisch ziekenhuis gebracht alwaar een reeks onderzoeken wordt uitgevoerd om de ernst van de buikverwondingen te kunnen beoordelen. Er wordt, gezien de geruststellende resultaten van die diagnostiek, tot een afwachtend beleid besloten. Echter, vier dagen na opname verslechtert het klinische beeld en wordt besloten tot een buikoperatie om vast te stellen wat er aan de hand is. Het buikletsel blijkt daarbij ernstiger dan aanvankelijk werd vermoed. Na deze ingreep treden diverse complicaties op en blijken bovendien nog enkele heroperaties noodzakelijk. Eiser houdt het ziekenhuis aansprakelijk voor de dientengevolge ontstane blijvende gezondheidsschade. Gesteld wordt dat er wel direct tot een buikoperatie had moeten worden besloten in plaats van af te wachten, waardoor het ziektebeloop gunstiger zou zijn geweest en het slachtoffer van de steekpartij geen of in ieder geval minder schade zou hebben geleden.<sup>10</sup>

*Casus 3:* Een vrouw neemt voor het eerst deel aan het bevolkingsonderzoek naar borstkanker. De foto's worden als niet afwijkend beschouwd. Enkele maanden later voelt zij iets raars in haar linker borst en wordt verwezen naar de afdeling chirurgie van een naburig ziekenhuis. Daar wordt de diagnose borstkanker gesteld. Ondanks de best beschikbare chirurgische en oncologische behandeling overlijdt zij twee jaar later aan de gevolgen van deze ziekte. Haar echtgenoot veronderstelt dat de screeningsradioloog de afwijking heeft gemist, dus onzorgvuldig was en start een civiele procedure. Een door partijen benoemde deskundig vakgenoot ziet bij herbeoordeling minimale afwijkingen, die – indien eerder opgemerkt en juist geïnterpreteerd – tot verwijzing voor nader onderzoek zouden hebben geleid. In een tussenvonnis wordt op grond hiervan geoordeeld dat de radiologen tekort zijn geschoten in de jegens de inmiddels overleden patiënte te betrachten zorg.<sup>11</sup>

Het startpunt van deze procedures is steeds dat de slachtoffers in al deze gevallen stellen dat er een verklarend verband bestaat tussen het gedrag van gedaagden en de ontstane schade: de trambestuurder reed te hard, de SEH-artsen miskenden de ernst van de situatie en de screeningsradiologen herkenden de afwijking niet. Alle gedaagden handelden steeds onzorgvuldig, de oorzaak staat vast, zo

9 Berry v. Borough of Sugar Notch (1899) 43 Atl. 240 (Pa.). Deze casuspositie wordt onder meer besproken in het boek van H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 170.

10 Rb. Rotterdam 31 maart 2010, nr. 330503/HA ZA 09-1341, *LJN* BM0829.

11 Rb. Zwolle 4 februari 2004, *LJN* AO6195, en Rb. Zwolle 8 september 2004, *LJN* AQ9892.

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

redeneren de slachtoffers.<sup>12</sup> Die causale perceptie is voor de gelaedeerden het startpunt voor hun juridische actie en daarmee onderbouwen zij hun eis tot schadevergoeding, waarover de rechter uiteindelijk mag gaan beslissen. Maar aan eisers opvattingen ligt hun moreel oordeel over de gedragingen van gedaagden ten grondslag. Daarom zullen we nader op de verwerking van de ongewenste gebeurtenissen door de slachtoffers ingaan.

#### 4. Het verklaren van een ongewenste gebeurtenis

Wie een nare en dus ongewenste gebeurtenis heeft meegeemaakt, wil graag begrijpen waarom dit hem of haar is overkomen, zoals we in de inleiding al stelden.<sup>13</sup> Het slachtoffer of diens nabestaanden zoeken naar de causale verklaring ervan. Het woord 'verklaring' impliceert dat dit het resultaat is van een rationeel denkproces, van logisch redeneren – dus een cognitief proces. In dit verband is het van belang onderscheid te maken tussen perceptie en logisch denken; alles draait om de perceptie van de calamiteit.<sup>14</sup> Bij het slachtoffer en diens naaste omgeving is er sprake van verontwaardiging, ingegeven door een intuïtief bepaald moreel oordeel. Die perceptie gaat vooraf aan en is bepalend voor de verdere cognitieve acties want er worden naderhand rationele argumenten voor het in eerste instantie emotioneel bepaalde oordeel aangevoerd.<sup>15</sup> Eerst is er dus de perceptie, dan volgt de min of meer beredeneerde attributie.

De invloed op een juridische procedure van de perceptie door de slachtoffers van rampzalige gebeurtenissen kan licht worden onderschat. De observaties van de gelaedeerde zijn niet passief-zintuiglijk maar er is sprake van een gemotiveerde waarneming en interpretatie van de gebeurtenissen. Daarop gebaseerd worden conclusies getrokken en posities ingenomen die het eigen belang dienen, zoals de drie besproken casusposities al tonen.<sup>16</sup> Het aldus door die sociale percepties bepaalde vertrekpunt blijkt beslissend voor de verdere aanpak en de conclusies van de eisende partij. Dat blijkt vervolgens weer van invloed op welke omstandigheden naar voren worden gebracht en hoe die gestelde feiten worden geïnterpreteerd ('priming').<sup>17</sup> Dit alles is bepalend voor de eerste fase, die van de probleem- en vraagstelling.

Dan komt de volgende fase, de procedure. In de rechtspraak wordt vanzelfsprekend enerzijds aan het nauwkeurig volgen van de doctrine en anderzijds het zorgvuldig in acht

13 Zie R. Hoekstra & J. Breuker, 'Commonsense causal explanation in a legal domain', *Artificial Intelligence and Law* 2007, 15, p. 281-291 en M.S. Pardo & R.J. Allen, 'Juridical proof and the best explanation', *Law and Philosophy* 2008, 27, p. 223-268.

14 Ph. Quinlan & B. Dyson, *Cognitive Psychology*, Pearson Education Ltd 2008, hoofdstuk 5 'An introduction to perception', p. 143 e.v.

15 J. Haidt, 'The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment', *Psychological Review* 2001, 108, p. 814-834.

16 Zie de serie artikelen daarover gebundeld in deel 8 van D.L. Hamilton (ed.), *Social Cognition*, New York: Psychology Press 2008, p. 485 e.v.

17 B. O'Brien, 'It's not just what you think, but also how you think about it: the effect of situationally primed mindsets on legal judgments and decision making', *Marquette Law Review* 2008, p. 149-172.

nemen van de geldende regels over logisch redeneren grote waarde toegekend. Verondersteld wordt dat de aanpak van de kwestie door de juridische beslisser daardoor objectief, rationeel en zorgvuldig zal zijn. Maar wat wordt dan bedoeld met die term 'rationaliteit'? Is dat misschien vooral een veronderstelling, een wensbeeld?<sup>18</sup> De perceptie door de eisende partij is meestal eenzijdig terwijl een goed oordeel juist een meerzijdige blik vraagt. Reageert de gedaagde partij alleen op het gestelde of weet die ook de context van de gebeurtenissen erin te betrekken? En hoe gaat de rechter hiermee om?

De beperkte probleemstelling door de gelaedeerde kan tot fouten leiden, want daardoor wordt er selectief naar informatie gezocht en die wordt beoordeeld met vooringenomenheid.<sup>19</sup> Daardoor kunnen onterechte gevolgtrekkingen over toerekenbaar onzorgvuldig handelen en causaal verband worden gemaakt. Maar op welke manier dan? We zullen nu twee verschillende vertekende mechanismen bespreken, namelijk de fundamentele attributiefout en de contrafeitelijke denkfout. Die hangen conceptueel met elkaar samen.<sup>20</sup>

## 5. De fundamentele attributiefout

De cases hierboven laten alle drie dit fenomeen zien: voor deze ellende moet toch *iemand* verantwoordelijk zijn? Het woordje 'pech' is uit de vocabulaire geschrapt. De trambestuurder, de chirurg, de radioloog, steeds was het *hun* fout. Dit staat bekend als de fundamentele attributiefout.<sup>21</sup> De consequentie hiervan is dat alle aandacht zich op het gedrag van de persoon richt en niet op de context waarbinnen de gebeurtenis heeft plaatsgevonden. We hebben hierbij te maken met de zogenoemde *actor-observer asymmetrie*.<sup>22</sup> Het slachtoffer, dat is de waarnemende partij, schuift de schuld van de gebeurtenis in de schoenen van de dader en diens gedragingen terwijl laatstgenoemde, de actor, vooral de omstandigheden de schuld geeft. Het gevolg van de opstelling van de gelaedeerde is dat bij het zoeken naar informatie en het interpreteren ervan selectief tewerk wordt gegaan, bewust of onbewust, om dat 'daderschap' aan te tonen – ook aangeduid met het begrip tunnelvisie of bevestigingsbias.<sup>23</sup>

18 Zie E. Shafir & R.A. LeBoeuf, 'Rationality', *Annu. Rev. Psychol.* 2002, 53, p. 491-517.

19 E. de Bono, *Think! Before it's too late*, Ebury Publishing 2009, hoofdstuk 10 'Perception', p. 137 e.v.

20 Daarover N.J. Roese & J.M. Olson, 'Counterfactuals, causal attributions, and the hindsight bias: a conceptual integration', *J. Experiment. Soc. Psychol.* 1996, 32, p. 197-227.

21 Zie hierover uitgebreid I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181 e.v.

22 Zie B.F. Malle & J. Knobe, 'Which behaviors do people explain? A basic actor-observer asymmetry', *Journal of Psychology and Social Psychology* 1997/2, p. 288-304.

23 R.S. Nickerson, 'Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises', *Review of General Psychology* 1998/2, p. 175-220.

Analyse van de situatie waarin het onheil zich voltrokken heeft, vindt daardoor niet of onvolledig plaats. Juist die contextuele factoren blijken vaak doorslaggevend voor het verloop van de gebeurtenissen. Maar het reconstrueren van de exacte context waarbinnen het beslissen en handelen oorspronkelijk heeft plaatsgevonden levert meestal niet meer op dan een benadering ervan.<sup>24</sup> Daarom is voor een gewogen juridisch oordeel een integraal onderzoek van de situatie en hoe daarin gehandeld werd dringend noodzakelijk. Bij onze eerste casus levert beschouwing van de situatie de doorslaggevende argumenten waarom het ongeval niet het gevolg is van het rijgedrag van de trambestuurder. Het omwaaien van een boom wordt niet bepaald door de snelheid waarmee de tram reed maar wel door factoren als windrichting en -sterkte, de toestand van de stam van de boom en diens wortelsysteem etc. Dat de boom op de tram viel, was puur toevallig. Een snelheidsnorm is er voor de verkeersveiligheid en heeft daardoor geen beschermende werking tegen omvallende bomen. Een redelijk bekwame trambestuurder zal vanzelfsprekend diens rijgedrag op de (weers)omstandigheden afstemmen maar een aan rails geboden voertuig kan moeilijk uitwijkmanoeuvres maken en het is niet in te schatten waar en wanneer er bomen omvallen.

Wanneer de fundamentele attributiefout ons van de noodzaak bewust maakt om de contextuele factoren in ons oordeel te gaan betrekken, wordt de beoordeling uitgebreider en daarmee een stuk ingewikkelder. Iedere context is altijd meervoudig. Het onderzoek van de situatie waarin de gebeurtenis plaatsvond is descriptief-historisch, de *situatiecontext*. De bewuste cases dienen ook in een breder perspectief te worden geplaatst. Bij de tweede casus bijvoorbeeld gaat het om het te volgen beleid bij steekwonden in de buik en de daaraan gekoppelde vraag wanneer je direct dient te opereren en wanneer je liever afwacht. Die kennis komt voort uit systematisch empirisch onderzoek van soortgelijke ziektegevallen, hetzij observationeel van aard, hetzij experimenteel. Bij steekwonden in de buik wordt op grond van de resultaten van dergelijke navorsingen zoveel mogelijk voor een afwachtend beleid gekozen, dat is de normatieve *wetenschappelijke context* op basis van de stand van de wetenschap wat betreft dit specifieke probleem.<sup>25</sup> Ook de uitgebreidheid en de zorgvuldigheid van het inventariserend onderzoek van de patiënt bij opname is van belang, dat is de *klinische context*.

Bij de derde casus blijkt beoordeling van de situatie op een andere manier instructief. Wie die context wil beoordelen, stuit op een aantal vrij fundamentele vragen. Wat is het doel van kankerscreening? Welke voorwaarden moeten aan een goed functionerende kankerscreening worden gesteld? Hoe vaak komt het voor dat binnen de groep vrouwen die regelmatig aan borstkankerscreening deelnemen borstkanker niet door de screeningsfoto maar tussentijds wordt

24 P. Croskerry, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly* 2009, 12 e171-e177.

25 K. Inaba & D. Demetriades, 'The nonoperative management of penetrating abdominal trauma', *Adv Surg.* 2007, 41, p. 51-62.

vastgesteld? Dat blijkt zeer frequent.<sup>26</sup> Waarom worden die dan gemist? Maakt het uit of een deskundige met kennis van de afloop de foto's opnieuw bekijkt of wanneer die foto's 'blind' worden beoordeeld?

Het onderzoek van de contextuele aspecten vraagt in de eerste plaats om brede inventarisatie welke factoren allemaal van belang kunnen zijn en in de tweede plaats dient bij het feitelijke onderzoek daarvan vooringenomenheid door kennis van de onfortuinlijke afloop actief te worden bestreden door waar nodig het onderzoek van sommige factoren geblindeerd, dat wil zeggen zonder kennis van de uitkomst, te laten plaatsvinden. Nog belangrijker is dat screening niet tot doel heeft bij de onderzochte vrouwen borstkanker uit te sluiten.

Bij de derde casuspositie bijvoorbeeld is herbeoordeling van de röntgenfoto's door een deskundige die weet heeft van de uitkomst ongeoorloofd. Experimenteel onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat het een wezenlijk verschil oplevert of er met of zonder 'voorkennis' van de uitkomst opnieuw naar als normaal beoordeelde röntgenfoto's van vrouwen zoals die van casus 3 wordt gekeken. De meeste blind beoordeelde foto's worden opnieuw als niet-afwijkend beoordeeld.<sup>27</sup> Eenzelfde fenomeen speelt ook bij het forensisch onderzoek en daarom is blinde beoordeling zo belangrijk, de *herbeoordelingscontext*.<sup>28</sup>

De wetsteksten die als referentiepunt voor het civielrechtelijke oordeel moeten dienen, leggen ook de nadruk op het gedrag en reppen niet over de noodzaak om de context te beoordelen.<sup>29</sup> Art. 6:162 lid 2, art. 7:401 en 7:453 BW gaan primair over de zorgplicht, maar de realisatie daarvan wordt zowel door de context als door het gedrag van de persoon bepaald en die twee zullen expliciet steeds in samenhang met elkaar dienen te worden beoordeeld. Voor een eerlijk proces is het nodig om de fundamentele attributiefout structureel te vermijden. Dat vraagt van de juridische beslissers om die contextuele factoren systematisch bij het oordeel te betrekken.

## 6. De contrafeitelijke denkfout

Een andere – eveneens aan de causaliteitsvraag gerelateerde – kwestie is dat het slachtoffer gaat nadenken hoe die nare gebeurtenis voorkomen had kunnen worden.<sup>30</sup> Daartoe wordt er impliciet of expliciet een alternatief scenario ontwikkeld: als men op dat moment op die manier te werk was gegaan dan zou de ongelukkige afloop beslist niet hebben plaatsgevonden. Daarvoor moet een proces van

causale selectie doorlopen worden.<sup>31</sup> Eigenlijk zijn er twee kwesties, niet alleen het selectieprobleem, welke factor kiezen we als oorzaak uit, maar ook het connectieprobleem: is er ook werkelijk een causaal verband tussen een bepaalde gedraging en de schade?<sup>32</sup> Welke gebeurtenis in de reeks van het oorspronkelijke scenario wordt nu uitverkoren om te worden gemuteerd door middel van dit contrafeitelijke denken? Dat hangt af van de volgende factoren:<sup>33</sup>

- Gebeurtenissen aan het begin van de reeks worden gemakkelijker veranderd dan latere.
- Uitzonderlijke gebeurtenissen worden eerder dan 'normale' veranderd.
- Gebeurtenissen die met de kern van het verklarend verhaal te maken hebben, worden eerder gemuteerd.
- Factoren die door personen kunnen worden beïnvloed worden vaker gemuteerd dan niet door mensen te sturen zaken.
- Gebeurtenissen die door de gelaedeerde als immoreel worden gepercipieerd, worden vaker gemuteerd.
- De gelaedeerde partij put zich niet uit in het bedenken van alle mogelijke mutaties, maar beperkt zich tot de voor het eigen verhaal 'bruikbare'.

Deze contrafeitelijke denkfout (Engels: counterfactual fallacy) is vanuit juridisch perspectief minstens zo belangrijk als de fundamentele attributiefout en hangt, zoals al besproken, hier conceptueel ook mee samen. We schetsten deze manier van denken hierboven al bij de drie casusposities. Bij de tramcasus wordt het rijgedrag gemuteerd, maar daarbij wordt nog een tweede denkfout gemaakt namelijk die van de conjunctiedenkfout want er worden twee zaken aan elkaar verbonden, rijgedrag en de vallende boom. De waarschijnlijkheid dat er een boom op een tram valt, wordt niet vergroot door het rijgedrag van de bestuurder, die twee zijn volledig onafhankelijk van elkaar.

Bij de tweede casus wordt geopperd dat er direct chirurgisch geïntervenieerd had dienen te worden, wat vanuit het perspectief van een medische leek met de kennis van de afloop niet onlogisch lijkt. Maar vanuit het oogpunt van door empirisch bewijs ondersteund medisch handelen ('evidence-based medicine') blijkt het een onterechte gevolgtrekking, want langs wetenschappelijke weg werd bepaald welke strategie de minste risico's voor de patiënt oplevert. Ook bij de derde casus geldt een soortgelijke redenering van de eisende partij. Weer draait het om een aan een persoon gebonden factor maar empirisch onderzoek naar het fenomeen van 'missen' van afwijkingen op in de screenings-situatie heeft laten zien dat het merendeel van de 'gemiste' afwijkingen intrinsiek niet herkenbaar zijn.<sup>34</sup>

26 Binnen de groep vrouwen die regelmatig deelneemt aan borstkankerscreening blijkt een op de drie geconstateerde borstkankers niet te zijn ontdekt door de screeningsfoto maar in de periode tussen twee screeningsronden te worden geconstateerd.

27 S. Hofvind, 'Influence of review design on percentages of missed interval breast cancers: retrospective study of interval cancers in a population-based screening program', *Radiology* 2005, 237, p. 437-443.

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

29 Zie bijv. art. 7:401 BW: 'De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen'.

30 R.M.J. Byrne, 'Mental models and counterfactual thoughts about what might have been', *Trends in Cognitive Sciences* 2002/10, p. 426-431.

31 D.A. Lagnado & S. Channon, 'Judgments of cause and blame: The effects of intentionality and foreseeability', *Cognition* 2008, 108, p. 754-770.

32 Daarover G. Hesslow, 'The problem of causal selection', in: D.J. Hilton (red.), *Contemporary science and natural explanation. Commonsense conceptions of causality*, Harvester Press 1988, p. 11-32

33 B.A. Spellman & A. Kincannon, 'The relation between counterfactual ('but for') and causal reasoning: experimental findings and implications for jurors' decisions', *Law and Contemporary Problems* 2001/4, p. 241-264.

34 Zie Lagnado, noot 31.

Omdat, zoals hierboven al geschetst, causale oordelen door de eisers deels of overwegend moreel bepaald zijn, een lenoordeel dus, kunnen we er niet omheen ons te realiseren dat we bij het waarheidsgetrouw taxeren van een calamiteit binnen de civielrechtelijke context voor een wetenschappelijk onderbouwde aanpak dienen te kiezen om de verschillende aansprakelijkheidsvereisten te onderzoeken en waarderen.<sup>35</sup> De kernwoorden daarbij zijn meerzijdige blik, zoeken naar, wegen en toetsen van alternatieve scenario's.

## 7. De contrafeitelijke denkfout en CSQN-verband

Voor het vaststellen van een causaal verband tussen het verwijtbaar onzorgvuldig handelen van de dader en de opgetreden schade bij de gelaedeerde wordt van een gedachte-experiment gebruikt gemaakt, contrafeitelijk denken dus!<sup>36</sup> Bij dit experiment wordt vastgesteld of de schade ook is opgetreden indien de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven. Of anders gesteld: hoe zou de afloop zijn geweest als op een bepaald punt de actor anders – lees: beter – had gehandeld? De bewijslast daarvoor rust in principe bij het slachtoffer overeenkomstig art. 150 Rv. De discussie over wanneer en waarom die bewijslast naar de dader verschoven zou moeten worden, de problematiek van de 'omkeringsregel', laat ik hier buiten beschouwing omdat de kern van het probleem dezelfde is.<sup>37</sup> Ook de problematiek van het causaal verband bij proportionele aansprakelijkheid zal ik hier niet verder uitwerken.<sup>38</sup>

In de rechtspraak wordt voor het vaststellen van aansprakelijkheid een reeks verschillende factoren kunstmatig van elkaar onderscheiden (fout, onrechtmatigheid, schade, causaal verband en relativiteit) en daarna systematisch afgewerkt. Daardoor komt de vraag naar causaal verband pas als er eerst het onrechtmatig handelen is vastgesteld en gevolgschade aannemelijk lijkt. Maar voor de eisende partij is dat causale verband eigenlijk al een gepasseerd station: in de beginfase van de procedure zijn fout, schade en causaal verband samengebond tot één verhaal. Het daarmee samenhangende contrafeitelijke scenario van het slachtoffer hoeft niet op voorhand onjuist te zijn, maar de contrafeitelijke denkfout ligt wel degelijk op de loer. Die kan daarmee weer van invloed zijn op het vaststellen van het CSQN-verband.

De opsomming hierboven van de verschillende factoren die bepalend zijn voor welke mutatie er in het scenario wordt gekozen, maakt duidelijk dat die keuze goed zal passen bij de procespositie van eisers. En wordt die factor vervolgens in de procedure gehanteerd voor het vaststellen van het CSQN-verband? Is er dan door partijen voldoende gezocht

naar alternatieve mutaties? Of zijn contextuele factoren hier doorslaggevend geweest en niet het gedrag van gedaagde? Hoe gaat de rechter hier mee om? Leent de CSQN-toets zich wel voor de situatie? Immers, een dergelijk gedachte-experiment gaat uit van een lineair ongevalsmodel maar meestal is er sprake van een veel complexer proces waarbij een samenspel van factoren verantwoordelijk is voor het eindresultaat. Dan is die CSQN-toets feitelijk onjuist.

De causale verklaring van de als ongewenst ervaren gebeurtenis vraagt dus een systematische en wetenschappelijk onderbouwde benadering. Het aantonen van causaal verband vraagt zeker de contrafeitelijke toetsing of de schade niet zou zijn opgetreden indien de onrechtmatige gedraging niet zou hebben plaatsgevonden. Maar er is meer voor nodig: er moet ook nog een verklarend oorzakelijk mechanisme worden gezocht.<sup>39</sup> De verleiding is groot om bij casus 3 op grond van de deskundigenrapportage – er was iets gemist – te veronderstellen dat indien de afwijkingen *wel* waren gezien dat tot een ander resultaat had geleid.<sup>40</sup> Zaken met elkaar in causaal verband brengen zonder een beproefd verklarend mechanisme is hachelijk.<sup>41</sup> Er is dus voor een goede beoordeling van een claim relevante wetenschappelijke (achtergrond)informatie met betrekking tot de situatie noodzakelijk.

## 8. Aansprakelijkheidsrecht anders

De werkwijze van het aansprakelijkheidsrecht wordt vooral door traditie bepaald. Maar het kan geen kwaad na te gaan of daarvoor alternatieven bestaan. Kan de afhandeling, gelet op de al genoemde kritiekpunten, objectiever en efficiënter? De kernfuncties van het aansprakelijkheidsrecht zijn compensatie en preventie. Het leren en eventueel voorkomen van fouten is slechts dan mogelijk als er een accurate causale verklaring voor het incident werd vastgesteld, de eis van een eerlijk, behoorlijk en wetenschappelijk gegrond proces. We belanden dan ook in de problematiek van de procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter.<sup>42</sup>

Er zijn vier punten die met name aandacht vragen, respectievelijk het omschrijven van de probleemstelling, de 'vertaling' daarvan in een juridisch leerstuk, het feitenonderzoek, de opdracht aan de deskundige(n) en ten slotte de rechterlijke besluitvorming.

### 8.1. Een betere beginfase

In het civiele recht bepalen partijen zelf de aard en omvang het geschil. Wat er door de eisende partij gesteld wordt, is vanzelfsprekend een selectieve argumentatie. Het gevaar bestaat dat er zo een te beperkte of zelfs vertekende weer-

35 J. Knobe, 'Folk judgments of causation', *Studies in History and Philosophy of Science* 2009, 40, p. 238-242.

36 Zie A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, nr. 4), Deventer: Kluwer 2005, par. 12 en 18.

37 Zie daarvoor H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2008, p. 83 e.v.

38 Zie daarvoor B.J.C. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten. Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011/1, p. 18-37.

39 Zie S. Sloman, *Causal models. How people think about the world and its alternatives*, Oxford University Press 2005, p. 24.

40 Zie Hof Arnhem 17 januari 2006, JA 2006/37 m.nt. R.W.M. Giard.

41 Zie HR 7 december 2007, JA 2008/23 m.nt. R.W.M. Giard.

42 Daarover G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, (serie Recht en praktijk, nr. 165), Deventer: Kluwer, hoofdstuk 2 (p. 33 e.v.).

gave van een tot schade leidende gebeurtenis het uitgangspunt wordt. Een goed begin is ook in het aansprakelijkheidsrecht het halve werk. Maar wordt de kwestie breed genoeg, dat wil zeggen in al haar noodzakelijke hoedanigheden, onderzocht in het zich ontvouwende toernooimodel waarbij de gedaagde partij een adequate reactie biedt op de conclusies van de eisende partij? Hier geldt niet alleen dat gesteld en niet weersproken een bewezen feit oplevert (art. 149 Rv) maar vooral ook dat niet gestelde kwesties niet in de bewijsbeslissing worden betrokken. Er blijkt duidelijk dat de rechter in dit alles een regiefunctie heeft, wat betreft de vaart van de procedure (art. 20 Rv) en het leveren van informatie (art. 21 en 22 Rv). Bij een voorlopig deskundigenonderzoek speelt de rechter een actieve rol.<sup>43</sup> Maar wat mag/moet de rechter bij een bodemprocedure doen? Hoe ver reikt de partijautonomie en hoe lijdelijk dient de rechter zich hierbij op te stellen? Verhouden deze twee zich inderdaad als communicerende vaten?<sup>44</sup> De letselschadekamer die in 2005 bij de rechtbank 's-Gravenhage in werking trad, heeft als credo de ontplooiing van een lijdelijke naar een leidende rechter.<sup>45</sup> Juist in de beginfase van een geschil kunnen comparities helpen de probleemdefinitie helder te krijgen en de daaruit voortkomende agenda voor feitenonderzoek en eventuele deskundigenrapportage. Wat is nu de afbakening van het feitencomplex? Als kwaliteit en efficiëntie kenmerken zijn van een goede procedure dan is een herbezinning op die traditionele lijdelijkheid gewenst, sterker nog: onontkoombaar. Een kentering in het denken over die lijdelijkheid van de rechter is in ieder geval merkbaar. Er worden duidelijk ook mogelijkheden voor eigen onderzoek door de rechter aangegeven, zoals art. 22 en 88 Rv, maar dit zijn subtiele regels die voor verschillende uitleg vatbaar blijken.<sup>46</sup>

Een ander punt is nog dat, omdat er voor het vestigen van aansprakelijkheid simultaan aan meerdere voorwaarden moet worden voldaan, het wenselijk is om aan het begin van een procedure een *quick scan* te doen waarbij al die punten even tegen het licht worden gehouden om te zien welke problemen men waarschijnlijk tegen zal komen en daar dan de werkwijze op afstemmen.<sup>47</sup>

### 8.2. Een betere onderzoeksfase

Dit is de al besproken epistemologische dimensie van de procedure, het zoeken naar objectieve standaarden voor de keuring van de aangevoerde argumenten.<sup>48</sup> Iedere beslissing is zo goed als de informatie waarop die is gebaseerd en dus dient er bij het feitenonderzoek expliciete aandacht te zijn hoe er aan betrouwbare kennis wordt gekomen. Voor

objectief calamiteitenonderzoek zijn er methoden ontwikkeld en het is nodig dat de praktijkjuristen weet hebben van de principes van dergelijk activiteiten.<sup>49</sup> We noemden al het principe van blinding, waarbij de onderzoekers zonder kennis van de afloop onbevooroordeeld hun werk doen.

Maar het vereiste de zaak met een meervoudige blik te bekijken impliceert dat zo'n aanpak verankerd ligt in een systematisch onderzoek. Onderzoek naar een eventuele aansprakelijkheid voor schade is steeds een multifactoronderzoek, maar dan nog uitgebreider, diepgaander en wetenschappelijker dan bij het Kelderluikarrest.<sup>50</sup> We hebben, zoals we zagen bij de casussen 2 en 3, naast feitelijke ook achtergrondinformatie nodig over waarom fenomenen voorkomen en hoe vaak. Dat heeft weer implicaties voor het volgende punt.

### 8.3. Betere opdrachten geven aan deskundigen

Bij casus 2 zagen we hoe het deskundigenonderzoek zich voornamelijk beperkte tot een niet-objectieve herbeoordeling van de foto's van de inmiddels overleden vrouw. Voortbordurend op de bespreking van de fundamentele attributiefout betekent dit dat steeds niet alleen het beoordelen van de gedragingen van de gedaagde maar die vooral beschouwen met medenemen van alle relevante contextuele factoren.

Gelet op de betekenis van het deskundigenonderzoek<sup>51</sup> is het ook van belang dat de beroepsgroep waartoe de deskundige behoort zich afvraagt op welke wetenschappelijk verantwoorde wijze dat project dient te worden uitgevoerd, rekening houdend met het juridische kader waarbinnen zich die activiteit afspeelt. Wat dat betreft is het beschikbaar komen van de opleiding tot gerechtelijk deskundige een goede ontwikkeling.<sup>52</sup>

### 8.4. Betere besluitvorming door de rechter

Ten slotte is er de fase waarin de rechter diens oordeel moet vormen en uitspreken. Het juridisch afhandelen van de kwestie en het uiteindelijk formuleren van een rechterlijk oordeel wordt gezien als een rationeel proces, dat stapsgewijs verloopt en is ingebed in het positieve recht. Het oordeel van de magistraat is doordacht en gebaseerd op argumenten. De 'buitenwereld' veronderstelt dat de juridische beslisser iemand is die goed geïnformeerde keuzes maakt. Veronderstellingen over het rationeel-zijn spelen een centrale rol bij praktisch alle gebieden van onderzoek van menselijk gedrag. Een dergelijke rationaliteitsassumptie staat echter in toenemende mate ter discussie.<sup>53</sup> Binnen de cognitieve psychologie is uit zowel observationeel als experimenteel onderzoek gebleken dat bij het oordelen en be-

43 R.W.M. Giard, 'De rol van de rechter als regisseur bij het voorlopig deskundigenonderzoek', *Expertise en Recht* 2009/4, p. 87-92.

44 Zie De Groot (noot 41), p. 41-42.

45 Zie J. Wolfhagen & W. de Zanger, noot 8.

46 Zie ook A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 31 e.v.

47 Zie R.W.M. Giard, 'De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling', *Expertise en Recht* 2010/2, p. 46-51.

48 S. Haack, 'Epistemology legalized' in: *Evidence and inquiry*, New York: Prometheus Books 2009, p. 361-381.

49 Zie S. Dekker, *The field guide to understanding human error*, Aldershot Ashgate Publishing 2006.

50 HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136.

51 Zie daarover de recent verschenen bundel onder redactie van B. Krans e.a., *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2011.

52 Zie [www.lrgd.nl](http://www.lrgd.nl).

53 E. Shafir & R.A. LeBoeuf, 'Rationality', *Annual Reviews of Psychology* 2002, 53, p. 491-517.

slissen niet alleen bewuste rationale activiteiten maar juist ook onbewuste intuïtieve factoren een belangrijke rol spelen.<sup>54</sup> Het menselijke brein kent een duaal systeem: een 'snel' onbewust opererend en een 'langzaam' bewust deel.<sup>55</sup> Het is, gegeven deze nieuwe inzichten geenszins zeker dat we alle beslissingen bewust nemen. Hoe ze ook tot stand komen: vaak nemen mensen juiste beslissingen, maar we kunnen ook door uiteenlopende oorzaken en op verschillende manieren foute beslissingen nemen en rechters zijn daarvan niet uitgezonderd.<sup>56</sup>

De schijnbaar eenvoudige vraag 'hoe beslist een rechter?' laat zich dus niet eenvoudig beantwoorden. Belangrijker nog is de kwestie: hoe zou de rechter moeten beslissen? Een nadere beschouwing van deze problematiek roept tal van vragen op.<sup>57</sup> Worden de beslissingen op een rationele wijze genomen – het standaardbeeld – of zijn ze, eventueel gedeeltelijk, vooral intuïtief? Al eerder wees de onlangs in Rotterdam benoemde hoogleraar Rachlinski, jurist en psycholoog, op de verschillende psychologische valkuilen waarin rechters kunnen terechtkomen en het belang van een accuraat model van menselijk oordelen en beslissen.<sup>58</sup> Ook de onlangs verschenen bundel *Reizen met mijn rechter* schetst een breed spectrum aan psychologische kwesties waarvan de rechter zich bewust mag zijn.<sup>59</sup> Advocaten kunnen ook handig gebruikmaken van dit soort fenomenen om de rechter te beïnvloeden.<sup>60</sup> Optimale rechterlijke beslissingen vragen dus de integratie van het positieve recht, juiste wijzen van denken en beslissen met langs epistemologisch juiste weg verkregen betrouwbare kennis. Juridische en methodologische normering gaan hand in hand.<sup>61</sup>

## 9. Conclusie

Oorzakelijkheid, aldus de Schotse filosoof David Hume, is het cement van het universum. Die uitspraak geldt beslist ook voor het universum van het aansprakelijkheidsrecht want iedereen die zich met dit rechtsgebied bezighoudt, praktijkjurist of academicus, stuit vroeger of later op de

vraag of schade werd veroorzaakt door iemands onzorgvuldig handelen, dus op de problematiek van het causale verband. In dit artikel heb ik laten zien dat van meet af aan causale percepties een hoofdrol vervullen in het aansprakelijkheidsdrama en dat die allerlei onderzoeks- en beoordelingsprocessen kunnen sturen en zelfs misleiden. Daarom is inzicht in deze problematiek en aanpassing van de werkwijze van de verschillende stappen in de claimprocedure en een methodologische verankering daarvan een noodzaak om goede rechtskwaliteit te kunnen bieden.

54 J. Haidt, 'The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment', *Psychological Review* 2001, 108, p. 814-834 en N. Feigenson & J. Park, 'Emotions and attributions of legal responsibility and blame: a research review', *Law and Human Behavior* 2006, 30, p. 143-161.

55 J. Evans, 'Dual-processing accounts of reasoning, judgment, and social cognition', *Annu. Rev. Psychol.* 2008, 59, p. 255-278.

56 R. Hastie, 'Conscious and nonconscious cognitive processes in jurors' decisions', in: C. Engel & W. Springer (eds.), *Better than conscious? Decision making, the human mind, and implications for institutions*, MIT Press 2008, p. 371-390.

57 Zie C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: how judges decide cases', *Cornell Law Review* 2007/1, p. 1-44.

58 Zie J.J. Rachlinski, 'The "new" law and psychology: a reply to critics, skeptics, and cautious supporters', *Cornell Law Review* 2000, 85, p. 739-766.

59 P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010.

60 Zie J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Context effects in judicial decision making', SSRN abstract\_id=1443596.

61 Zie W.M.J. Bekkers, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de onderzoeker; normering van onderzoek en onderzoeksmethoden', in: P.F.A. Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Boom juridische uitgevers 2005, p. 41 e.v.