

Redactioneel

Raimond Giard*

**In de rechtszaal voert hindsight bias nog te vaak de regie.
Wie doet er wat aan?**

Terugblikken op voorbije zaken

Historici hadden het lang geleden al door: je kunt met de kennis van nu niet wezenlijk doorgronden hoe de beslissers van toen de zaken beschouwden en tot hun besluit kwamen. In 1973 woonde de psychologiestudent Baruch Fischhoff een conferentie bij waar verteld werd dat artsen achteraf de afloop van een ziektegeval beter wisten te voorspellen dan vooraf. Dat zette hem aan het denken. Hij dook in de wetenschappelijke literatuur, deed experimenten en in 1975 verscheen zijn klassieke artikel over *hindsight bias*.¹

Zo werd een belangrijk begrip gemunt. Fischhoff leerde ons dat mensen, zodra ze de afloop van een onverwachte gebeurtenis eenmaal kennen, geneigd zijn te denken dat ze die uitkomst (beter) hadden kunnen voorzien. De recente terroristische aanslag met een vrachtauto op een Berlijnse kerstmarkt was toch te bevroeden geweest en dus hadden passende maatregelen genomen moeten worden. En ja, dat Donald Trump de presidentsverkiezingen zou winnen, dat was toch voor iedereen wel duidelijk?

Naast deze hindsight bias bestaat er nog een ander verwant fenomeen, de *outcome bias*. Met kennis van de afloop wordt een gebeurtenis onderzocht en de kwaliteit van de toen genomen beslissing in twijfel getrokken op grond van wat men nu weet.² Bij een ernstig zieke man staat de chirurg voor de keuze om wel of niet te opereren; wél opereren is hoe dan ook riskant. De chirurg opereert en de patiënt overlijdt kort daarna. Op grond daarvan concludeert de familie achteraf dat de chirurg een onjuiste beslissing heeft genomen.

Hindsight bias maakt gebeurtenissen achteraf voorspelbaarder, outcome bias beziet beslissituaties met wijsheid achteraf. Inmiddels wordt de term 'hindsight bias' als een containerbegrip gehanteerd dat mede de outcome bias omvat. Nu u, als lezer, met dit – subtiele – onderscheid tussen outcome en hindsight bias bekend bent, hanteer ik in dit artikel verder alleen de laatste als een overkoepelende term.

Als deskundige voel je je lekker bij hindsight bias

Wie als deskundige op een onheilsgebeurtenis terugblijkt, heeft steeds weet van het volgende:

- de ongelukkige afloop van het te onderzoeken voorval;
- welke feiten en signalen achteraf van kritisch belang blijken te zijn geweest voor het voorspellen van deze afloop;
- welke acties deze afloop zeer waarschijnlijk hadden kunnen voorkomen.

Met deze wijsheid achteraf is het niet langer mogelijk om onbevooroordeeld het handelen te beoordelen want we versimpelen een geschiedenis. We denken dat een bepaalde aaneenschakeling van gebeurtenissen wel tot deze afloop moest leiden, zien daarvoor maar één oorzaak en simplificeert aldus de causale relatie tussen de vermeende oorzaak en het noodlottige gevolg.

Twee recente voorbeelden. Bij een voorlopig deskundigenonderzoek kreeg een expert de opdracht om te onderzoeken waarom een arts op de afdeling spoedeisende hulp de diagnose longembolie had gemist, die de patiënt uiteindelijk fataal was geworden.³ Zonder enige aarzeling oordeelde de voor deze taak aangezochte internist dat die diagnose wel degelijk gesteld had kunnen en moeten worden. Uit de medisch-wetenschappelijke literatuur

* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is jurist en arts. Hij is emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid bij de Erasmus School of Law, EUR en redactielid van dit tijdschrift. E-mail: raimondgiard@gmail.com.

1. B. Fischhoff, 'Hindsight ≠ foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1975/3, p. 288-299.
2. J. Baron & J.C. Hershey, 'Outcome bias in decision evaluation', *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, vol. 54, nr. 4, p. 569-579.
3. Rb. Amsterdam 7 april 2016, C/13/5933032 / HA RK 15-267.

blijkt echter dat de ziekteverschijnselen bij zo'n longembolie steeds specifiek zijn en dat de diagnose daarom vaak gemist wordt – zeker bij dodelijke gevallen.

Bij een deelprocedure werd een hoogleraar chirurgie als deskundige aangezocht om te onderzoeken waarom een wegens darmkanker geopereerde patiënt ernstige postoperatieve complicaties had gekregen.⁴ Zijn oordeel was heel simpel: dat kwam door chirurgisch-technisch falen. Juist het ontstaan van de bij deze patiënt opgetreden ongewenste verwikkeling, een zogenaamde naadlekkage, is bij onderzoek heel complex gebleken en blijkt maar in zeer beperkte mate te voorkomen, laat staan tot één oorzaak te herleiden.

In beide gevallen was de hindsight bias hier volop in actie en triomfeerde. De respectieve artsen werden weggezet als niet capabel, de deskundigen konden hun professionele superioriteit tonen, de rechters knikten bevestigend en sloten hun zaken af.

Waarom blijft iedereen toch maar biasen?

Harley wees een decennium geleden al uitgebreid op de gevaren van hindsight bias in de rechtszaal.⁵ Ook in ons land werden de nadelen ervan onder de aandacht gebracht.⁶ Maar deze twee recente voorbeelden getuigen noch van enig besef van dit fenomeen, noch van het gebruik van methoden om de effecten ervan te beteugelen – en dat is eerder regel dan uitzondering, is mijn ervaring als deskundige en annotator.

Je moet allereerst bekend zijn met het bestaan ervan want anders geldt het Cruiffiaanse credo: 'Je gaat het pas zien als je het doorhebt.' Maar weet hebben van het bestaan van deze de objectiviteit bedreigende dwaalweg is nog niet genoeg, je moet actief debiasen. En als je het wel weet? 'Zeggen dat je als deskundige immuun bent voor *cognitive biases*, betekent dat je het probleem niet snapt,' zo stelde Merckelbach recent.⁷ Noch de rechter, noch de deskundige kan zichzelf voor bias onkwetsbaar maken. Het is het toepassen van beproefde methodes dat dergelijke dwaalwegen moet helpen vermijden.

Wie is, als het gaat om hindsight bias – en natuurlijk ook alle andere cognitieve biases die de waarheidsvinding sturen en verstoren – in de rechtszaal, daar nu verantwoordelijk voor? We stuiten met deze vraag op het thema van de epistemische verantwoordelijkheid.⁸ Juridisch vertaald: hoe realiseren we een zuivere waarheidsvinding en beoordeling? Er rust hier ten minste een gedeelde plicht op procespartijen, de (partij)deskundigen en de rechter. Ingevolge art. 21 Rv rust op partijen een waarheidsplicht en volgens art. 198 lid 1 Rv dient de deskundige naar beste weten te handelen. De rechter wordt geacht vrij van vooringenomenheid te zullen oordelen.

Bij de hiervoor besproken voorbeelden rust die speciale epistemische verantwoordelijkheid primair bij de deskundigen maar ook de rechters hebben hierbij een taak. Wie als deskundige gaat optreden, heeft niet alleen domeinkennis nodig maar dient ook bekend te zijn met de genoemde valkuilen en dwaalwegen en hoe daarmee om te gaan. Die kennis is beschikbaar.⁹ Er zijn certificerende instanties die deskundigen trainen in allerlei vaardigheden om zo tot betere rapportages te komen.¹⁰

De rechter heeft bij dit alles een regisserende en controlerende taak. Wie echter in de *Leidraad deskundigen in civiele zaken* zoekt naar waarschuwingen voor genoemde gevaren en verwijzingen naar bronnen hoe daarmee om te gaan, doet dat tevergeefs. Rechters kunnen zich niet immuun maken voor hindsight bias, zoals hiervoor al aangegeven. Zij zullen moeten leren hoe het beest in de bek te kijken en wat te doen met zichzelf en de deskundigen om dwalingen te vermijden of te corrigeren.

4. Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 17 november 2016, C/03/221660 / HA RK 16-119.

5. E.M. Harley, 'Hindsight bias in legal decision making', *Social Cognition* 2007, vol. 25, nr. 1, p. 48-63.

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

7. H. Merckelbach, 'Deskundigen in het traject naar herziening', *NJB* 2016/25, p. 1761-1766.

8. A. Amaya, 'Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding', *Episteme* 2008/3, p. 306-319.

9. Zie daarvoor S. Dekker, *The field guide to understanding 'human error'* (3rd ed.), Farnham: Ashgate Publishing Ltd 2014. En ook: R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

10. Bijv.: het Landelijk Register voor Gerechtelijk Deskundigen (LRGD), het Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen (NRGD) en de Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage (NVMSR).

Bias als bron voor disculpatie

Nu de kennis over bias voortschrijdt, duikt in procedures de laatste jaren het verweer op van procespartijen dat zij het slachtoffer zijn geworden van een oordeel dat in hoge mate bepaald werd door hindsight bias. Fortis bijvoorbeeld werd beticht van wanbeleid na de fusie met ABN-AMRO, maar verweerde zich door te stellen dat hier sprake was van hindsight bias. In navolging van de conclusie van de A-G oordeelde de Hoge Raad dat hier niet met wijsheid achteraf was geoordeeld.¹¹ Een andere zaak handelde over de teloorgang van zorggroep Meavita, die ook te wijten zou zijn aan wanbeleid. Ook hier verdedigde zich de gedaagde partij met de stelling dat geoordeeld werd met wijsheid achteraf.¹² Dat ontlokte een discussie daarover.¹³ Hier wordt hindsight bias als wapen opgevoerd.

Naast de al gestelde vraag hoe je hindsight bias kunt uitbannen, ligt er dus de eveneens lastige vraag hoe je het effect ervan in de rechtszaal kunt aantonen. Maar beide kwesties laten zien hoe belangrijk het is dat er binnen een juridische context zo verantwoord mogelijk met dit fenomeen wordt omgegaan. Niet de hindsight bias bepaalt het verloop van de procedure, dat moet de juiste methodologie doen. Dat vraagt allereerst een gedegen kennis van deze problematiek. De kwestie is nog lang niet beklonken dus het blijft nodig om onderzoek te doen naar de beste manieren om ermee om te gaan. Dat verlangt de inzet van praktijk- en doctrinaire juristen, van deskundigen- en professionele organisaties, kortom: een multidisciplinaire benadering. Er ligt beslist nog een lange weg voor ons.



11. Conclusie A-G Timmerman 12 juli 2013, ECLI:NL:PHR:2013:172 en Hoge Raad 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586.

12. Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454.

13. Zie bijv. C.F. Deelen, 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *WPNR* 2016/7111.