

Prof. dr. R.W.M. Giard¹

WAT JURISTEN ALLEMAAL VAN EEN TRAMONGEVAL KUNNEN LEREN

Waarheidsvinding is het weeskind van de rechtswetenschap, niemand lijkt zich er echt om te bekommeren. Echter, elk rechterlijk oordeel is zo goed als de feiten waarop het rust. Het op de juiste wijze vaststellen van de feiten en omstandigheden van het geval verdient daarom veel meer aandacht. De materiële waarheid en de formele waarheid dienen zoveel mogelijk congruent te zijn. Derhalve moeten beoefenaren van deze normatieve wetenschap een tweevoudig normatief kader leren hanteren, juridisch én kennistheoretisch.

1 Inleiding

Bij de bijeenkomst van de *Vereniging Corporate Litigation* op 23 november 2017 ten kantore van Freshfields Bruckhaus Deringer in Amsterdam heette mr. Michael Broeders de deelnemers welkom met de volgende prikkelende stellingen:

- a. Juristen zijn niet getraind om te denken over feiten; eigenlijk kunnen we het gewoon niet, omdat we te weinig kennis hebben van kennistheorie en de empirische wetenschap. *Present company excluded natuurlijk.*
- b. Voor het civiele proces, het enquêteonderzoek en het onderzoek door curatoren geldt in hoge mate: *garbage in, garbage out*. Daarmee bedoel ik dat alles staat of valt met het juist vaststellen van de feiten en het leggen van betekenisvolle verbanden tussen die feiten.
- c. De belangrijkste stimulans voor de ontwikkeling van de rechtspraktijk en de rechtsvinding zal komen van buiten de rechtswetenschap, namelijk vanuit de cognitieve psychologie en de empirische *evidenced based* wetenschappen. Het voordeel van dit alles: u hoeft uw vakliteratuur niet meer te beperken tot de JOR en de NJ. Tot zover Michael Broeders.

Zo werd het probleemveld, waar deze VCL-najaarsbijeenkomst bij stil zou staan, scherp verwoord. Hier lees je niets anders dan dat het werkproces van de waarheidsvinding, zoals dat gewoonlijk wordt uitgevoerd door juristen, welbeschouwd ontoereikend is. Om te beoordelen of praktijkjuristen in staat blijken de waarheid fatsoenlijk boven tafel te krijgen, is dus naast een juridisch positiefrechtelijk-dogmatisch kader een tweede nodig: een epistemisch. Epistemologie, kennisleer,

¹ Raimond Giard is arts, jurist en methodoloog. Hij is emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, Erasmusuniversiteit Rotterdam. Website: www.epistemo.nl.

helpt ons te beschrijven welke kenmerken betrouwbare kennis behoort te hebben en hoe we die kunnen verwerven.²

Iedere rechtspraktijk kent het spanningsveld tussen de formele en de materiële waarheidsvinding. De jurist is van nature geneigd vooral op het formele te letten. Weten we eigenlijk wel hoe ver die twee uit elkaar kunnen liggen? Hebben we enig idee hoe we ze vervolgens nader bijeen zouden kunnen brengen?³ Daarover gaat deze bijdrage.

2 Een tragisch tramongeval

In een Amerikaans stadje werkt Jim als trambestuurder. Hij staat erom bekend dat hij meestal te hard rijdt. Op een dag is het noodweer en tijdens een windvlaag wordt een boom ontworteld die boven op een tram valt, bestuurd door juist deze snelle man. Er vallen gelukkig geen doden, maar er zijn wel enkele gewonden. Enkele van die gehavende passagiers eisen schadevergoeding met als feitelijke grondslag dat als de bestuurder niet te hard had gereden, de tram niet op de plaats des onheils zou hebben gereden en de boom dus niet op de tram zou zijn beland en er geen gewonden zouden zijn gevallen. De rechter wijst deze vordering af.⁴

Hoe gaat een mens om met zijn kwetsbaarheid en met de grillen van het bestaan? Na een rampzalige gebeurtenis wordt eerst en vooral gezocht naar de causale verklaring ervan. In de afgelopen decennia is er vanuit de sociale psychologie onderzoek gedaan naar reactiepatronen van slachtoffers op calamiteiten. Hoe ervaren ze de calamiteit en hoe beïnvloedt dat hun reacties hierop? En wat doen ze daar dan verder mee? Slachtoffers reageren veelal met impliciete automatische patronen en die zijn vervolgens weer bepalend voor de manier waarop binnen een procedure het gedrag van de vermeende aanstichters van het onheil wordt beoordeeld.⁵ De gelaedeerden ervaren hun nare ervaring vaak allereerst als een verrassing (*fundamental surprise*) en een schending van de orde die in een goede wereld hoort te heersen (*just world hypothesis*). Het accident is altijd de schuld van iemand, de fundamentele attributiefout (*fundamental attribution error*). Die persoon had anders kunnen en moeten handelen, de contrafeitelijke denkfout (*counterfactual fallacy*).⁶ Bovendien worden er door het slachtoffer causale verbanden gelegd tussen zaken die gewoon niet met elkaar in causaal verband kunnen staan, de *conjunction fallacy*.⁷

2 Een standaardwerk is bijvoorbeeld dat van Robert Audi, *Epistemology*, New York: Routledge 2011.

3 Zie over de waarheidsvinding: R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

4 *Berry v. Borough of Sugar Notch* (1899) 43 Atl. 240 (Pa.).

5 J.S. Uleman et al., 'Spontaneous inferences, implicit impressions, and implicit theories', *Annual Review of Psychology* 2008 vol. 59, p. 329-360.

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

7 D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011, p. 166.

Bovenstaande tramcasus is illustratief voor al deze reacties. Jim wordt als schuldige aangewezen – de fundamentele attributiefout. Als die niet zo hard had gereden, was dit niet gebeurd – de contrafeitelijke denkfout. Daarbij wordt onterecht een causale relatie gelegd tussen het rijgedrag van Jim en het omvallen van de boom – de conjunctiedenkfout. Die onjuiste aannames zitten vervolgens ‘ingebakken’ in de onderbouwing van de vordering en met name de rechter zal deze denkfouten dienen te herkennen en hun invloed proberen te mitigeren. De in deze alinea genoemde drie denkfouten zijn de meest frequente bron van dwalingen in de civiele rechtspraak.

3 Wacht u voor wijsheid achteraf!

Friedrich Nietzsche had het ooit al haarscherp geformuleerd: vóór het gevolg gelooft men aan andere oorzaken dan er na.⁸ In 1972 bezocht psychologiestudent Baruch Fischhoff een medische conferentie waar artsen zich afvroegen hoe het toch komt dat ze achteraf, als eenmaal duidelijk is waar een patiënt aan lijdt, beter de aard en het beloop van een ziekte konden vaststellen dan toen ze voor het probleem geplaagd werden. Dat zette Fischhoff aan het denken, hij dook in de psychologische literatuur, deed experimenten en publiceerde in 1975 zijn beroemde artikel waarin hij het begrip *hindsight bias* muntte.⁹

Inmiddels wordt er onderscheid gemaakt tussen twee verschillende vormen van wijsheid achteraf: *hindsight* en *outcome bias*.¹⁰ Hindsight bias gaat over de voorspelbaarheid van een gebeurtenis (‘they didn’t see it coming’) terwijl bij outcome bias de werkwijze en de besluitvorming wordt bekritiseerd (‘slecht gedaan betekent slecht gedaan’). Iedere rechtszaak onderzoekt een historische gebeurtenis: waarom ging bedrijf x failliet? Waarom nam de raad van bestuur toch zo’n verkeerde beslissing? Herkent men altijd aan het gevolg de oorzaak ervan?

Omdat rechtspraak altijd oordelen achteraf is, speelt hindsight bias iedere praktijkjurist parten. Het gevaar ervan voor de waarheidsvinding en de formulering van het oordeel wordt ernstig onderschat.¹¹ “*Die hindsight bias kennen wij als rechters toch, daar houden we echt wel rekening mee!*”. Maar dat laat zich niet zomaar ‘wegdenken’. In zijn recente proefschrift heeft Hermans het gevaar

8 F. Nietzsche, *De vrolijke wetenschap*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1976, fragment 217.

9 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.

10 J. Baron & J.C. Hershey, ‘Outcome bias in decision evaluation’, *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, vol. 54, nr. 4, p. 569-579.

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

van denkfouten, met name van de hindsight bias, voor het ondernemingsrecht onderzocht en laat zien hoe dat de rechter parten speelt.¹²

Een procedure kan bezien vanuit het perspectief van het formele recht vlekkeloos verlopen, maar dat garandeert nog niet dat de materiële waarheid dan ook op de juiste wijze werd vastgesteld.¹³ De formele en materiële waarheid moeten zo dicht mogelijk bij elkaar gebracht worden.¹⁴ Hoe bereiken we dat? Nog een casuspositie.

4 Een fout van de radioloog?

Een vrouw neemt deel aan het bevolkingsonderzoek naar borstkanker. Bij dit screeningsonderzoek worden alle vrouwen in de leeftijdscategorie 50 tot 75 jaar tweejaarlijks onderzocht door middel van het maken van een mammografie, een röntgenfoto van beide borsten. Die foto's worden door twee radiologen onafhankelijk van elkaar beoordeeld. Worden er geen afwijkingen geconstateerd, dan ontvangt de vrouw geen bericht en krijgt ze twee jaar later automatisch weer een oproep voor de volgende ronde. Indien er wel abnormaliteiten worden vastgesteld, zal de vrouw via de huisarts worden verwezen voor nader diagnostisch onderzoek.

Bij deze mevrouw werden geen afwijkingen gevonden; geen nieuws is dus goed nieuws voor haar. Echter, een halfjaar na het maken van de screeningsfoto's bemerkt ze afwijkingen in haar linkerborst, wordt via haar huisarts doorverwezen naar de afdeling chirurgie en daar wordt alsnog borstkanker geconstateerd. Dit tumorproces blijkt al in een vergevorderd ziektestadium te verkeren. Ondanks intensieve lokale chirurgische behandeling, aangevuld met chemotherapie, overlijdt patiënte ruim twee jaar later aan de gevolgen van dit mammacarcinoom.

Omdat het met deze ziektegeschiedenis evident is dat de omvangrijke kwaadaardige tumor bij de vrouw niet op de screeningsfoto's herkend was, veronderstelt haar man dat de verantwoordelijke radiologen een kunstfout hebben gemaakt. Hij start daarom een aansprakelijkheidsprocedure en stelt dat haar overlijden het gevolg is van het tekortschieten van de radiologen van het screeningscentrum en vordert schadevergoeding. Dit had in zijn ogen niet hoeven te gebeuren.¹⁵ We herkennen bij deze casus de fundamentele attributiefout en de contrafeitelijke denkfout.

12 R.M. Hermans, 'Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van rechtspersonen', in: *Het Onderzoek in de Enquêteprocedure* [proefschrift Nijmegen] Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 499-546.

13 Zie voor voorbeelden de noten bij Hof Arnhem 17 januari 2006, *JA* 2006/37 en Rb. Zeeland-West-Brabant 22 juni 2016 en voorts J.W. de Keijser, *Als de waarheid eraan moet geloven*, [Oratie] Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 11 e.v.

14 R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding. Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan naderen', *Trema* 2013, nr. 36, p. 89-96.

15 Rb. Zwolle 4 februari 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AO6195.

Aan het begin van de procedure benoemt de rechter in overleg met partijen een onafhankelijke deskundige aan wie gevraagd wordt de foto's van deze mevrouw opnieuw te bekijken. Bij dit onderzoek ziet de deskundige nu, in tegenstelling tot de eerste beoordeling, wel degelijk afwijkingen – zij het geringe. Als die bij eerste onderzoek wél zouden zijn gesignaleerd, zo stelt de expert, dan zou mevrouw voor nader onderzoek zijn opgeroepen en dan was de tumor zeer waarschijnlijk ontdekt.

De rechter concludeert dat de eerste radioloog verwijtbaar onzorgvuldig heeft gehandeld door deze afwijking te missen en daarmee staat de normschending vast. Maar de deskundige heeft de foto's met wijsheid achteraf bekeken en wist dus dát er ziekte aanwezig was en wáár die was gelokaliseerd. De formele waarheid was hier vastgesteld, maar is die wel congruent met de materiële? Dat vraagt nader onderzoek.

5 Oorzaak en gevolg

Uit het bovenvermelde citaat van Nietzsche bleek al dat het gevaar bestaat dat er achteraf iets als de oorzaak wordt aangewezen, wat dat echter niet verdient. De crux van waarheidsvinding is dus het zoeken naar een objectieve causale verklaring voor de te beoordelen gebeurtenis, dus het beschrijven van de juiste en toepasselijke oorzaak-gevolg relatie. Er zijn dan twee verschillende benaderingen van deze relatie tussen oorzaak en gevolg mogelijk: (1) het vaststellen van effecten van oorzaken; en (2) het vaststellen van oorzaken van effecten.

Ten onrechte wordt steeds verondersteld dat er een symmetrische relatie tussen oorzaak en gevolg bestaat. Uit het kwalijke gevolg moet toch de oorzaak ervan zijn af te leiden? Maar zie de volgende redenering: als het regent wordt de straat nat – de straat is nat – dus het heeft geregend. Maar de straat kan ook nat zijn door bijvoorbeeld dauw, een gebroken waterleiding, de sproei-auto van de gemeente die net is langs geweest enzovoort. Je mag pas concluderen dat het heeft geregend als je de meest waarschijnlijke oorzaken hebt geïnventariseerd en die stuk voor stuk hebt nagelopen als mogelijke verklaring.

Het rechterlijke oordeel bij bovenvermelde casus lijkt ook zo'n (drog)redenering te volgen.¹⁶ Onzorgvuldigheid leidt tot het missen van afwijkingen door radiologen – hier blijkt iets te zijn gemist – dus de radioloog was onzorgvuldig. Wie een gebeurtenis als deze werkelijk goed wil onderzoeken, zal twee verschillende wegen dienen te bewandelen. Ten eerste: hoe vaak komt een gebeurtenis als deze voor? Dat is zoeken naar descriptieve gegevens. Dan volgt de tweede stap: hoe kunnen we deze gebeurtenis verklaren? Dat is een causale analyse.

16 Deze fout staat bekend als de bevestiging van het consequens.

Eerst dus het zoeken naar achtergrondkennis. Als je bij alle vrouwen, die steeds deelnemen aan het bevolkingsonderzoek naar borstkanker, onderzoekt hoe vaak een tumor bij de screening wordt gemist, dan blijkt dat allerm minst zeldzaam. Bij ongeveer een op de drie vrouwen wordt hun borstkanker tussentijds, dat wil zeggen niet met de screeningsfoto maar wel tussen twee screeningsronden vastgesteld.¹⁷ Zo'n hoog percentage duidt er dus veel eerder op dat we hier te maken hebben met een structureel probleem inherent aan het screeningsproces dan met suffende radiologen. Dan is de volgende logische stap ons af te vragen waardoor dit komt.

6 De juiste causale verklaring

Was onzorgvuldig gedrag van de radioloog de werkelijke verklaring voor het 'missen' van de afwijking, zoals dat naar voren kwam in het (tussen)vonnis van de rechter? Nee, beslist niet. Hier werd een veronderstelde maar feitelijk niet bewezen gedraging gekoppeld aan het niet-detecteren van een afwijking. In ieder geval is hier dus sprake van een conjunctiefout tussen gedrag en afloop. Een andere fout gemaakt bij deze oordeelsvorming is dat het gevolg de oorzaak verklaart. Radioloog B ziet – met outcome bias! – iets dat radioloog A niet zag. De conclusie is dan onzorgvuldigheid van radioloog A: het effect verklaart hier de oorzaak. Maar net zoals bij het eerdergenoemde voorbeeld van de natte straat moeten we hier alle mogelijke oorzaken op gaan sporen en dan afwerken en niet eenvoudigweg terug redeneren van effect naar oorzaak.

Dan is er nog een belangrijk punt, dat in de rechtspraak steeds weer wordt miskend. Hier wordt voor een monocausale benadering gekozen: menselijk falen (hier is de fundamentele attributiefout!) als de – dus enige – oorzaak voor deze gebeurtenis. In iedere procedure wordt van meet af aan de onderhavige kwestie steeds gepersonifieerd: het is de schuld van de gedaagde (rechts)persoon. Er is de afgelopen decennia een aparte wetenschap ontstaan wat betreft het doen van onderzoek naar calamiteiten. Als daarmee iets duidelijk is geworden, dan is het dat iedere onheilsgebeurtenis altijd ontstaat door een samenloop van verschillende factoren die in een complex samenspel tot de nare afloop leiden.¹⁸ Een calamiteit is dus nooit enkel toe te schrijven aan het doen of laten van de persoon van de gedaagde.

17 Dat noemt daarom men een intervalcarcinoom, diagnose borstkanker in het interval tussen twee screeningsrondes. Zie: S. Tornberg et al., 'A pooled analysis of interval cancer rates in six European countries', *European Journal of Cancer Prevention: The Official Journal of the European Cancer Prevention Organisation* 2010, vol. 19, p. 87-93.

18 Zie daarover: J. Rasmussen, 'Human error and the problem of causality in the analysis of accidents', *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B* 1990, vol. 327, p. 449-462; J. Reason, *Human Error*, Cambridge: Cambridge University Press 1990; D. Woods, S.W.A. Dekker, R. Cook, L. Johannesen & N. Sarter, *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd. 2010 en S. Dekker, *The field guide to understanding 'human error'*, (3rd ed.) Farnham: Ashgate Publishing Ltd 2014.

Dat geldt dus ook voor de zaak tegen het borstkankerscreeningscentrum. Inmiddels is er veel onderzoek gedaan naar mogelijke verklaringen voor de hoge frequentie ‘gemiste’ borstkanker bij het bevolkingsonderzoek mammacarcinoom.¹⁹ Het soort diagnostiek met een op voorhand lage kans op het vinden van afwijkingen, de intrinsieke eigenschappen van de ‘gemiste’ laesies en het gegeven dat geen enkele test een 100% detectiekans levert, nuanceert al de hypothese dat persoonlijk falen de oorzaak is. Vooral de uitkomst dat bij een ‘blinde’ herbeoordeling, dat wil zeggen dat de radioloog geen weet heeft van de uitkomst, 99% van de als normaal beoordeelde screeningsfoto’s afkomstig van vrouwen met borstkanker weer als normaal wordt beoordeeld.²⁰ Het is dus uitermate belangrijk dat er goed gezocht wordt naar dit soort kennis over het probleem. Daarmee komt de gebeurtenis in een heel ander licht te staan dan bij de behandeling van deze casus door de rechter.

Een ander goed voorbeeld daarvan is ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat sprake was van wanbeleid bij Fortis na overname ABN AMRO dat ook in appel en cassatie stand hield.²¹ In de conclusie van de procureur-generaal wordt stilgestaan bij het verwijt van oordelen met hindsight bias (eigenlijk gaat het hier om outcome bias!). We hebben hier echter te maken met een mondiaal probleem van de bankencrisis, een dominante neoliberale tijdgeest met een daarop gebaseerde liberale dus niet-restrictieve wetgeving, opkomst van door exacte wetenschappers bedachte economische modellen, een ontbreken van voldoende risico-inschattingen en het ontbreken van tegenspraak. Het oordeel ‘wanbeleid’ is daarmee te simpel en ontkent de complexe genese van deze problematiek waaraan ook de politiek heeft bijgedragen.²² De crux is steeds dat men niet de juiste vragen stelt, die ingebed horen te liggen in de te hanteren methodologie.

7 Het belang van de juiste methodologie

Wanneer de rechter een probleem voorgelegd krijgt, vraagt de oplossing daarvan eerst een zorgvuldige probleemanalyse: dat behelst meer dan alleen het bepalen waar het juridisch om gaat.²³ Die bredere en diepgaandere aanpak bestaat uit het formuleren en beantwoorden van de drie achtereenvolgende vragen betreffende de waarheidsvinding, zoals in figuur 1 weergegeven.

19 Een uitgebreide beschrijving daarvan is te vinden in hoofdstuk 8 van het eerdergenoemde boek *Werken aan waarheidsvinding* (zie noot 3).

20 Zie ook de noten bij Hof Arnhem *JA* 2006/37 en Rb. Gelderland, locatie Arnhem 26 augustus 2014, *JA* 2014/121.

21 In cassatie HR 6 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:1586.

22 Zie hierover ook Hermans (zie noot 12), p. 465 e.v.

23 P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, (14e druk) Houten: Het Spectrum 2011.



Figuur 1: driestappenplan (naar Verschuren 2017²⁴)

Het formuleren van de *doelstelling* is betrekkelijk eenvoudig, dat is het beantwoorden van de voorliggende rechtsvraag: dat is waarover de rechter uiteindelijk moet beslissen. Iedere procedure is gericht tegen een (rechts)persoon en de rechtsvraag vormt de personificatie daarvan, waarmee iemand als de mogelijke verantwoordelijke of schuldige wordt aangewezen. De rechtsvraag is steeds een gesloten vraag, die slechts bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord.²⁵ Die afhandeling kan echter pas worden verricht als eerst de volgende twee vragen aan bod zijn gekomen.

De tweede vraag, de *onderzoeksvraagstelling*, moet zich dus omwille van de zuiverheid van de eerste vraag los van zien te maken, die immers een verpersoonlijking van de kwestie behelst. Daarom dient men zich af te vragen: om welk *probleem* gaat het hier en hoe verklaren we dat, de onderzoeksvraag? Deze vraag moet derhalve steeds een open vraag zijn van het type waaromvraag. Daarmee wordt het onderzoek dus ontkoppeld van de (rechts)persoon en zo dus ook breder beoordeeld. Immers, we zagen eerder dat hier het zoeken naar een causale verklaring centraal staat.

De manier waarop het onderzoek dient te worden uitgevoerd, de te hanteren *methode*, vergt een voor de kwestie geëigende aanpak: dat is steeds maatwerk. Er gelden daarbij weliswaar steeds algemene regels maar elke kwestie vraagt daarnaast om een specifieke aanpak, waarbij de methodologie uiteindelijk moet zijn toegesneden op het achterliggende juridische doel.²⁶

De juiste methode van waarheidsvinding is het middel voor de doelstelling van het verkrijgen van de juiste causale verklaring. Dan kan de gebeurtenis of de situatie in kwestie verklaard én begrepen worden. Dit betekent dat praktijkjuristen tenminste enig idee moeten hebben aan welke eisen zo'n causale modellering van de werkelijkheid dient te voldoen.²⁷ Medebepalend daarvoor is hoe de waarheidsvin-

24 P.J.M. Verschuren, *Kernthema's in de methodologie. Op weg naar beter onderzoek*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2017.

25 Bijvoorbeeld: was de arts onzorgvuldig ex art. 7:453 BW?

26 De Onderzoeksraad voor de veiligheid hanteert een checklist voor de te stellen eisen aan waarheidsvinding. Zie Mertens et al. (red.), *Methodische aspecten van het onderzoek naar ongevallen*, Delft: Eburon 2012, p. 31. Zie voor de algemene principes verder S. Dekker, *The Field Guide to Understanding 'Human Error'*, (3rd ed.) Farnham: Ashgate Publishing Ltd 2014.

27 Zie daarvoor R.W.M. Giard, 'Rechtspraak: waarheidsvinding als een (zelf)kritische praktijk', *Rechtstreeks* 2014 (3&4), p. 16-45 en Verschuren, P. J. M. (2017) *Kernthema's in de methodologie. Op weg naar beter onderzoek*. Amsterdam: Amsterdam University Press, hoofdstuk 6 (p. 162 e.v.).

ding praktisch wordt opgezet. Daarvoor is er een apart normatief kader nodig naast het juridische: de epistemologie of kennisleer.²⁸ Zo gezien geldt er dus een *dubbele* normativiteit voor rechtspraak: juridisch en epistemisch. Wat betreft de laatste helpt ons het stellen van drie elementaire hulpvragen: wat denken we te weten, wat zouden we moeten weten en wat kunnen we weten?

Kennisleer is een onderdeel van wetenschapsfilosofie.²⁹ Als betrouwbare kennis voor het vaststellen van de waarheid zo belangrijk is, zouden juristen in spé ook tijdens hun studie juist over het waarheidsbegrip en de mogelijke benaderingen daarvan kennis moeten nemen. Een sceptische attitude jegens waarheidsaanspraken – de vraag: klopt wat hier beweerd wordt wel? – is juist binnen een juridische context belangrijk.³⁰

8 De praktische uitvoering van de waarheidsvinding: het doen van empirisch onderzoek

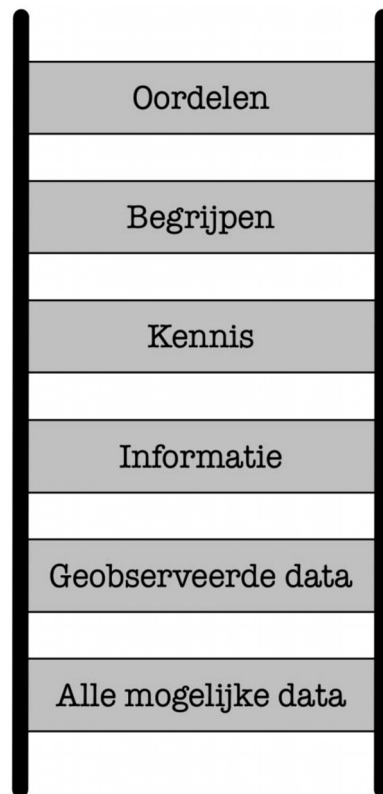
Waarheidsvinding behelst dus het doen van onderzoek, dus het verzamelen van gegevens, het duiden daarvan, interpreteren en ten slotte het oordelen en beslissen. Het klimmen op een ladder wordt vaak als metafoor voor dit hele proces gebruikt; de informatieladder of *the ladder of inference*.³¹ Zie figuur 2.

28 Een standaardwerk is bijvoorbeeld dat van Audi, *Epistemology*, New York: Routledge 2011.

29 Zie bijvoorbeeld D. Pritchard, *What is this thing called knowledge?*, London: Routledge (2e druk) 2010.

30 Zie bijvoorbeeld W. Twining, 'Rationality and scepticism in judicial proof: some signposts', *International Journal for the Semiotics of Law* 1989, p. 69-80 en T. de Mey, *Het voordeel van de twijfel*, Rotterdam: Lemniscaat 2014.

31 C. Argyris, & D.A Schon, *Organizational Learning*, Reading (MA): Addison-Wesley 1978. Verwant hieraan is ook het DIKW-schema: data-information-knowledge-wisdom. Zie daarover J. Rowley, 'The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy', *Journal of Information Science* 2007, vol. 33, p. 163-180.



Figuur 2: de informatieladder

Iedereen die te maken krijgt met het verzamelen van gegevens, zal – liefst bewust – elke sport van deze ladder moeten nemen en er geen een overslaan. Dat dwingt tot het stellen van vragen: waarom beperk ik me als onderzoeker van de beschikbare data juist tot deze? Ruwe data dienen vervolgens geordend te worden tot informatie en daarna moet er aan die informatie betekenis gegeven worden en daarmee wordt het kennis: maar hoe doe ik dat? Voor dat proces is achtergrondkennis en ervaring nodig. De volgende stap is te begrijpen waarom de situatie zo is ontstaan of waarom de gebeurtenis zo heeft plaatsgevonden. Ten slotte wordt, gewapend met dit begrip, gevraagd vanuit een meta-standpunt beschouwend en vooral met een gevoel voor wijsheid en rechtvaardigheid te oordelen.

Veelal worden in de dagelijkse praktijk deze stappen impliciet en dus onbewust genomen. Dit model laat echter duidelijk zien waar het allemaal bij elke stap mis

kan gaan en waarom we dit proces dus bewuster moeten uitvoeren.³² Daarom moet iedere wetenschappelijk gevormde juridische professional die kennis moet verzamelen en hanteren leren stil te staan bij vragen als:

- Op welke data steunt deze bewering eigenlijk?
- Hebben we relevante data over het hoofd gezien?
- Komt iedereen met deze feiten tot dezelfde informatie en daarna tot dezelfde kennis?
- Komt bij de waaromvraag iedereen tot dezelfde conclusie – en waarom dan niet?

Men leert in de beroepsopleiding bijvoorbeeld wel hoe een getuige volgens de regels van rechtsvordering zou moeten worden gehoord en de daarbij behorende praktische communicatietechnieken gebruiken, maar inzicht in mogelijke valkuilen daarbij wordt nauwelijks geleerd. Kunnen we begrijpen waarom deskundigen elkaar tegenspreken?³³

Juist de context van een gebeurtenis en de achtergrondkennis die nodig is om uit de gegevens kennis te destilleren en alles te begrijpen. Onder punt b. zagen we drie algemene vragen voor het structureren van de probleemstelling. Keer op keer moeten we deze ladder pakken en gaan beklimmen, bijvoorbeeld om te onderzoeken waarom een kind neurologische geboorteschade heeft opgelopen. Dan pas kunnen we de vraag beantwoorden of de gynaecoloog verwijtbaar onzorgvuldig handelde bij het begeleiden van de bevalling.³⁴ Bij de dwaling van Lucia de Berk, die werd verdacht van doodslag, werd niet gezocht naar de juiste data, namelijk *waarom* de patiënten op haar afdeling waren overleden.³⁵

Al deze voor de rechtspraktijk noodzakelijke kennis over psychologie, methodologie en het doen van empirisch onderzoek, wordt de jurist of de rechter in spé nauwelijks bijgebracht. Dat moet beslist veranderen. Bij de artsenopleiding worden studenten geconfronteerd met kwesties als: leren hoe diagnostisch onderzoek te doen, hoe beslissingen te nemen, het uitvoeren en interpreteren van (wetenschappelijk) onderzoek en het hoe en waarom van evaluatietechnieken van eigen handelen.

9 Ten slotte

Het bovenstaande laat zich eigenlijk eenvoudig samenvatten met de uitspraak van de Deense psycholoog en calamiteitenexpert Erik Hollnagel: *“To err is human; to*

32 Zie hoe het mis kan gaan het filmpje *The ladder of inference creates bad judgment*, www.youtube.com/watch?v=K9nFhs5W8o8.

33 R.W.M. Giard & H.L.G.J Merckelbach, ‘De ene deskundige is de andere niet. Hoe de rechter empirisch gefundeerd bewijs kan waarderen’, *NJB* 2018

34 Rb. Zeeland-West-Brabant, *JA* 2016/144, m.nt. R.W.M. Giard.

35 Hof Arnhem 14 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM0876.

understand why humans err is science". Vooral de gedragswetenschappen, met name psychologie en sociologie, blijken onmisbaar in de rechtspraak. Ieder rechtssubject legt bij een procedure zijn of haar lot in handen van de praktijkjuristen en als de juistheid van de rechterlijke beslissing in hoge mate bepaald wordt door de uitvoering van de waarheidsvinding, dan moet die waarheidsvinding ook meer aandacht en een wetenschappelijk fundament krijgen – en niet te vergeten: een meer prominente plaats in studie en post-initiële opleiding.