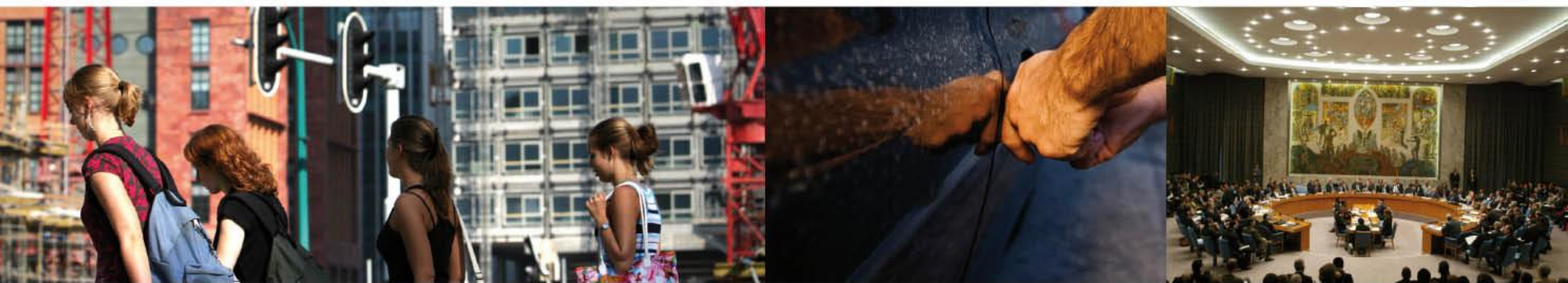


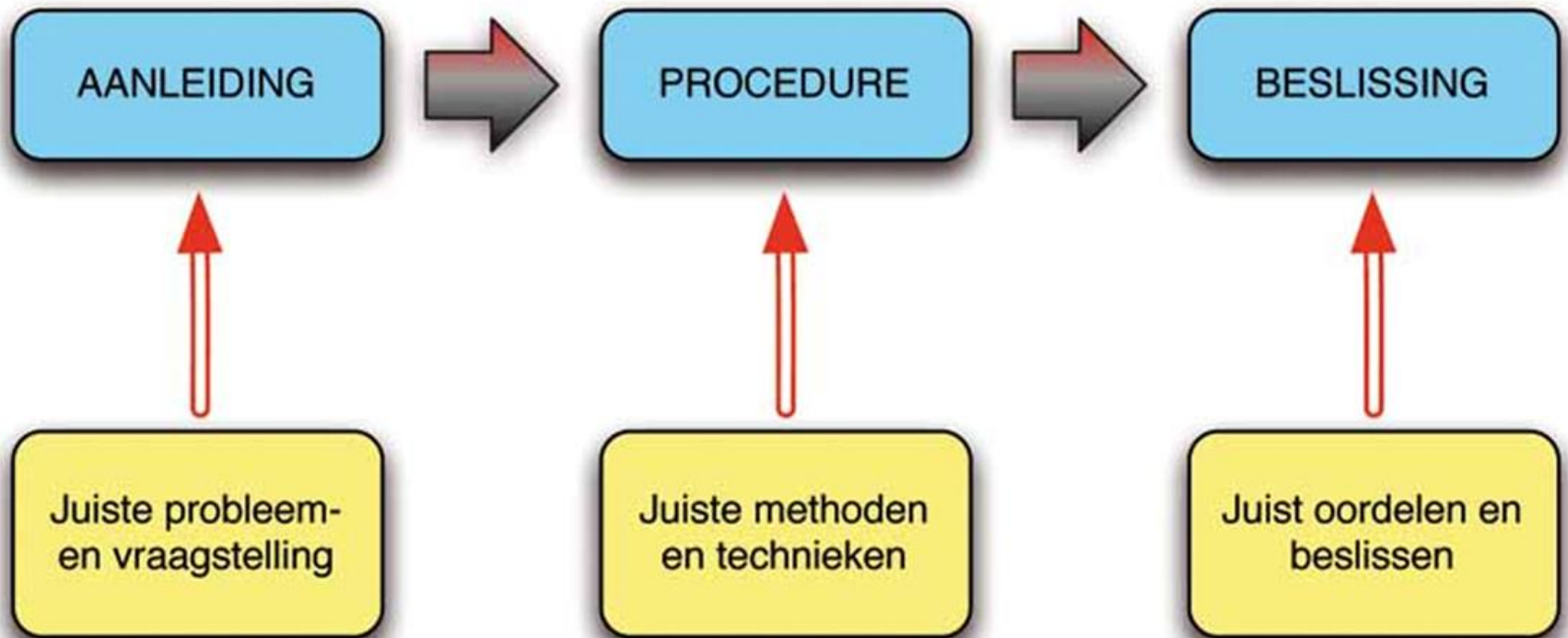


Aansprakelijkheid en waarheidsvinding - Afscheidssymposium Raimond Giard

**Stelling 3: De causale selectie van eiser is geen juiste grondslag voor beoordeling van het causale verband**



*Prof. Arno Akkermans*



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 schadevergoeding 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.

[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]

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

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.

## 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.

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.

## De fundamentele attributiefout

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

Casus 1. 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 gebonden voertuig kan moeilijk uitwijkmanoeuvres maken en het is niet in te schatten waar en wanneer er bomen omvallen.



## NB: casus 1 stuit naar NL recht reeds af op het relativiteitsvereiste

### Artikel 6:163 BW

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

Casus 2. 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. Ook de uitgebreidheid en de zorgvuldigheid van het inventariserend onderzoek van de patiënt bij opname is van belang, dat is de klinische context.

Casus 3. 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 vastgesteld? Dat blijkt zeer frequent. Waarom worden die dan gemist?

Herbeoordeling van de röntgenfoto's door een deskundige die weet heeft van de uitkomst is 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.

## 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. 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.

# De contrafeitelijke denkfout

- 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'

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 screeningssituatie heeft laten zien dat het merendeel van de ‘gemiste’ afwijkingen intrinsiek niet herkenbaar zijn.



# 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! 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 contrafeitelijke denkfout en CSQN-verband

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. 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. Zaken met elkaar in causaal verband brengen zonder een beproefd verklarend mechanisme is hachelijk. Er is dus voor een goede beoordeling van een claim relevante wetenschappelijke (achtergrond)informatie met betrekking tot de situatie noodzakelijk.

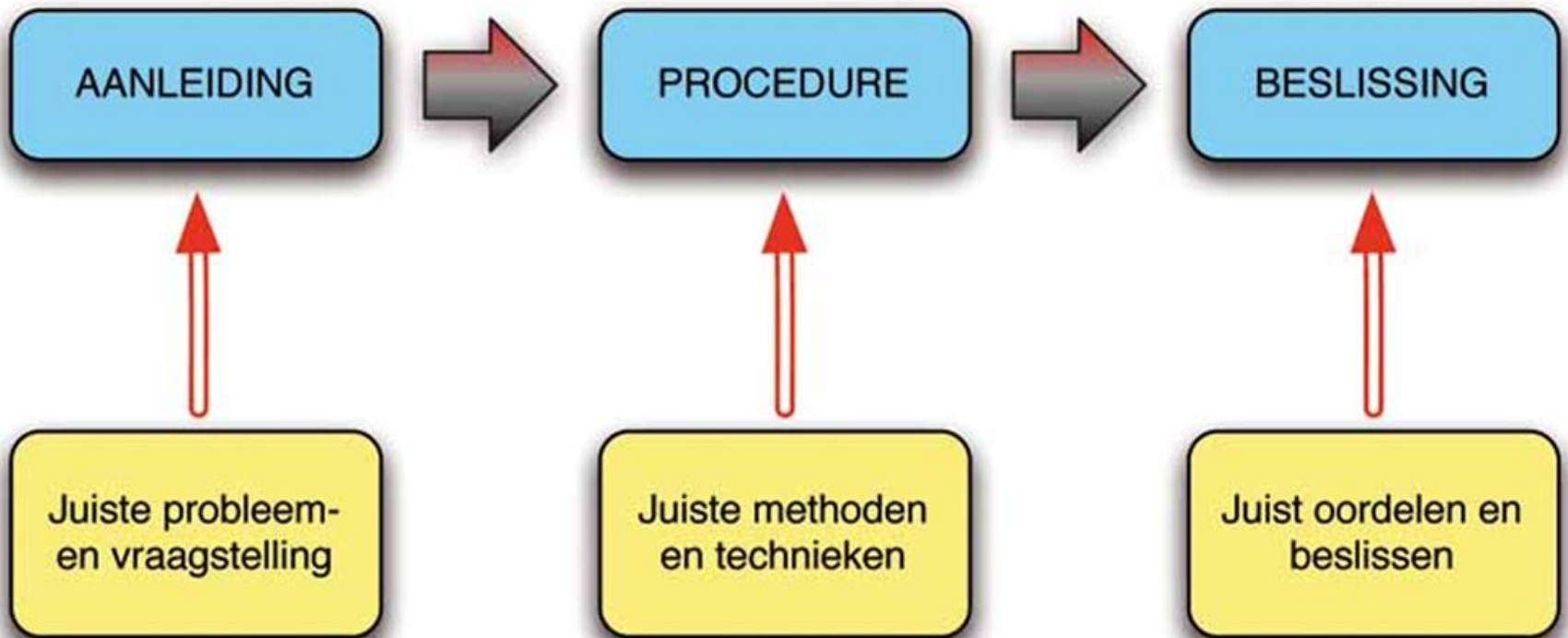
Redeneerfouten in de stellingen van eiser moeten in een adversariefel systeem worden 'gerepareerd':

- Door verweer gedaagde
- Door waarheidsvinding door de rechter
- Door onpartijdige deskundigenrapportages

Giard wijst op tekortkomingen die hierin kunnen sluipen, en doet aanbevelingen voor beter functioneren

# Aansprakelijkheidsrecht anders

- Een betere beginfase
- Een betere onderzoeksfase
- Betere opdrachten geven aan deskundigen
- Beter besluitvorming door de rechter



## **Stelling: De causale selectie van eiser is geen juiste grondslag voor beoordeling van het causale verband**

In de adversariele civiele procedure zijn de stellingen van eiser noodzakelijkerwijze wel het vertrekpunt van het processuele debat

Aanbevelingen blijven onvermijdelijk binnen die context

- Betere regie door de rechter, ook in kader deskundigenbericht
- Betere waarheidsvinding door de rechter
- Beter benutten wetenschappelijke inzichten

- De adversariele procedure heeft ook belangrijke nadelen op het psychosociale vlak
- De benadeelde krijgt al heel snel in het proces de impliciete boodschap dat hij in een arena is beland, waarin hij zich moet wapenen om te krijgen waar hij recht op heeft
- De door Giard beschreven valkuilen krijgen dan hun kans
- Maar ook allerlei antitherapeutische processen, die kunnen leiden in secundaire victimisatie

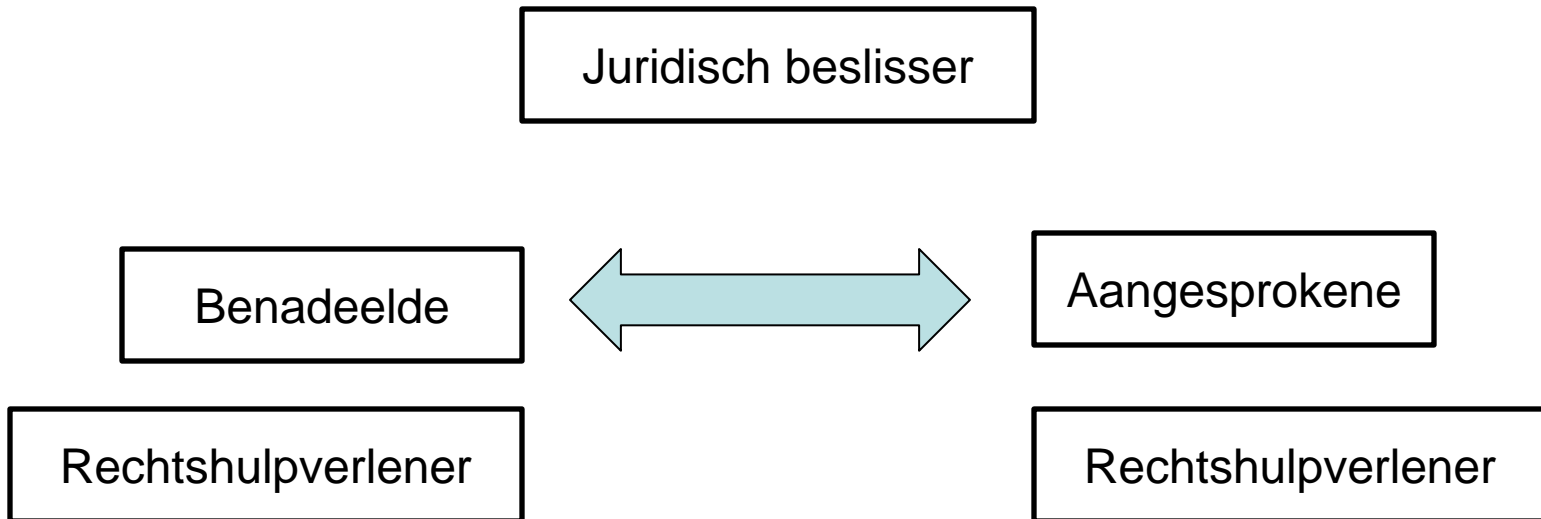
Juridisch beslisser

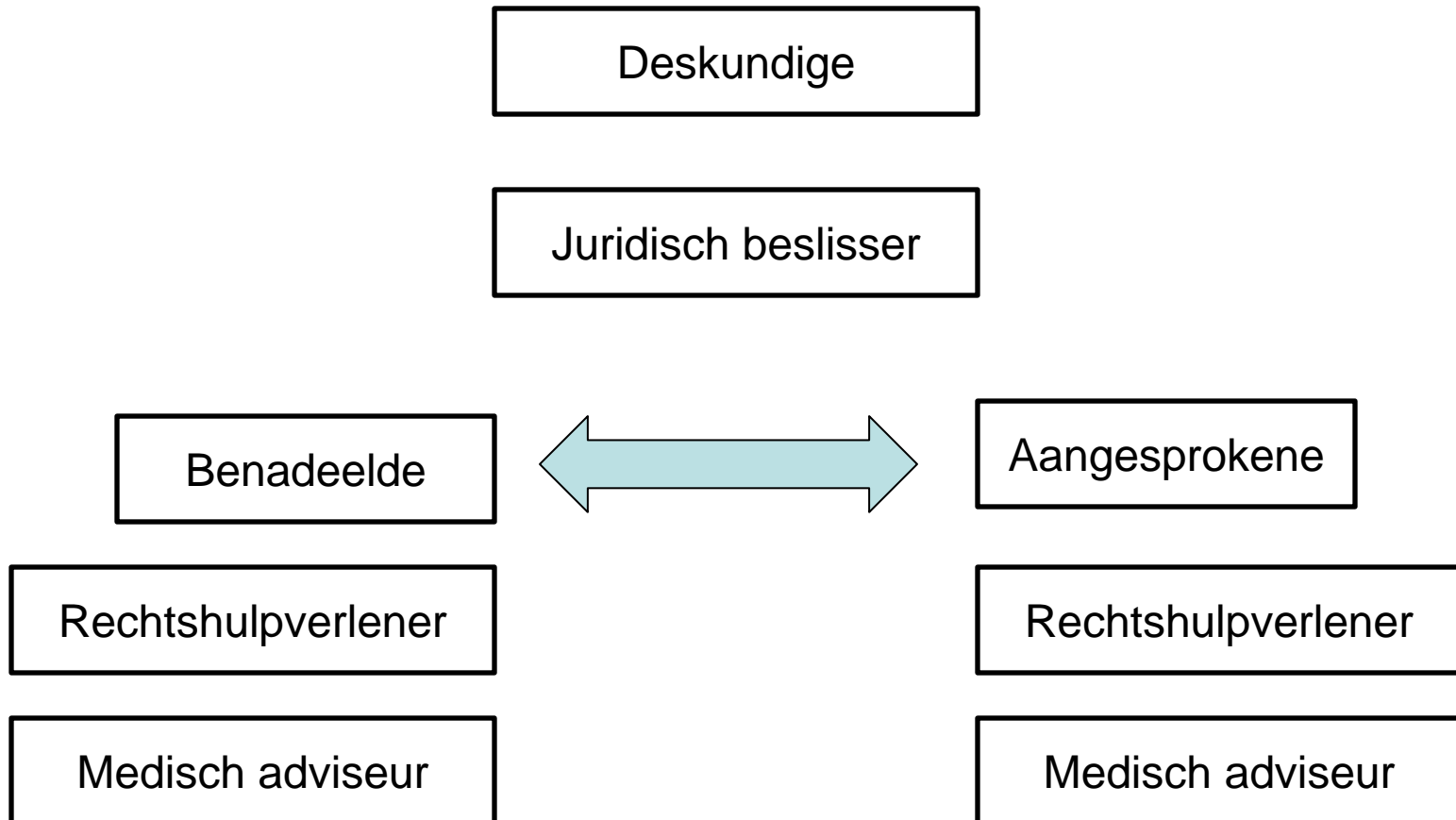
Benadeelde

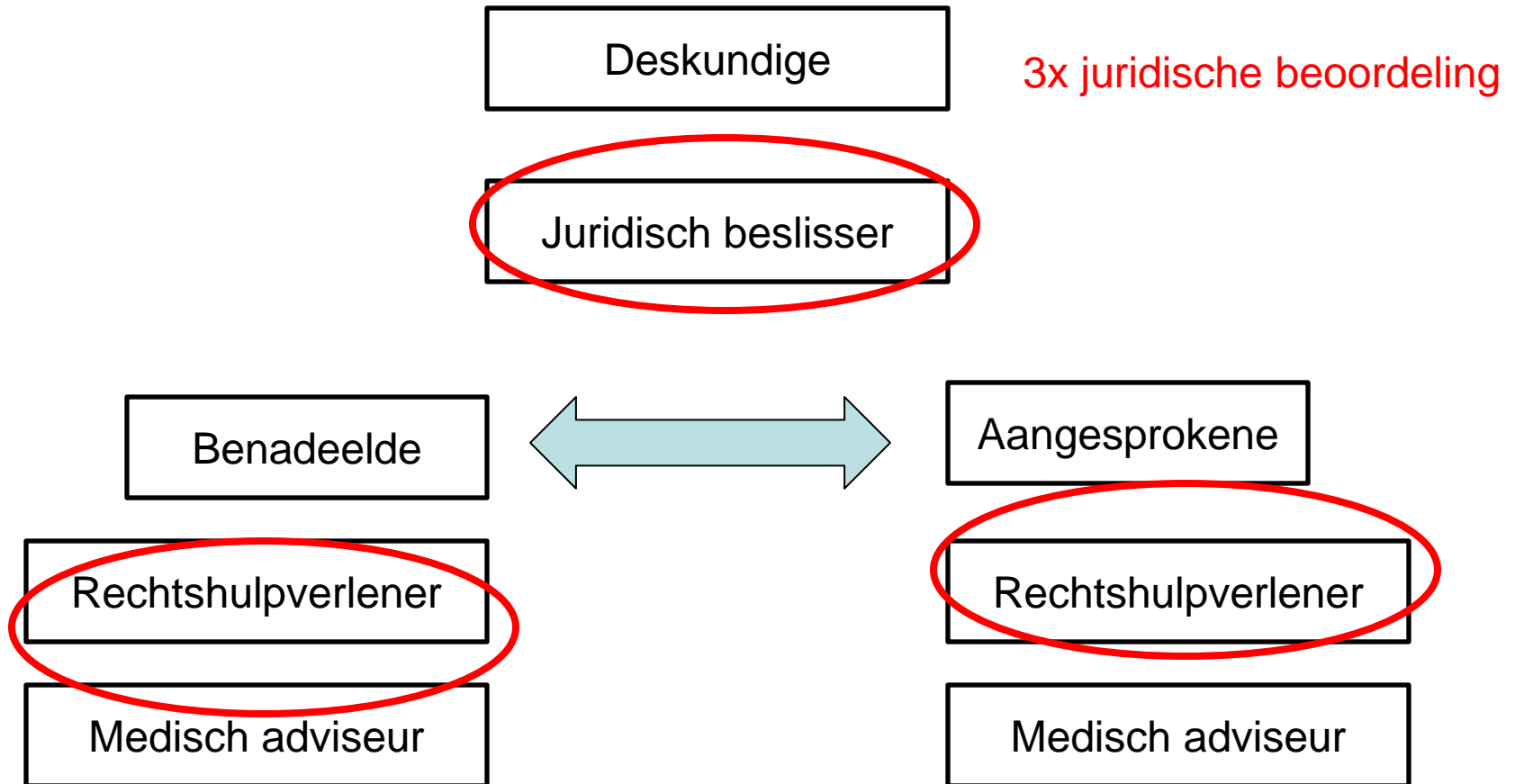


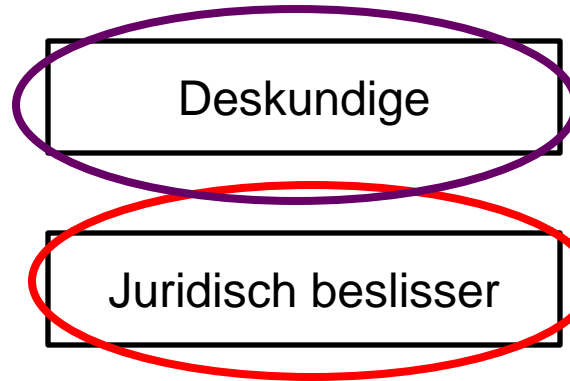
Aangesprokene





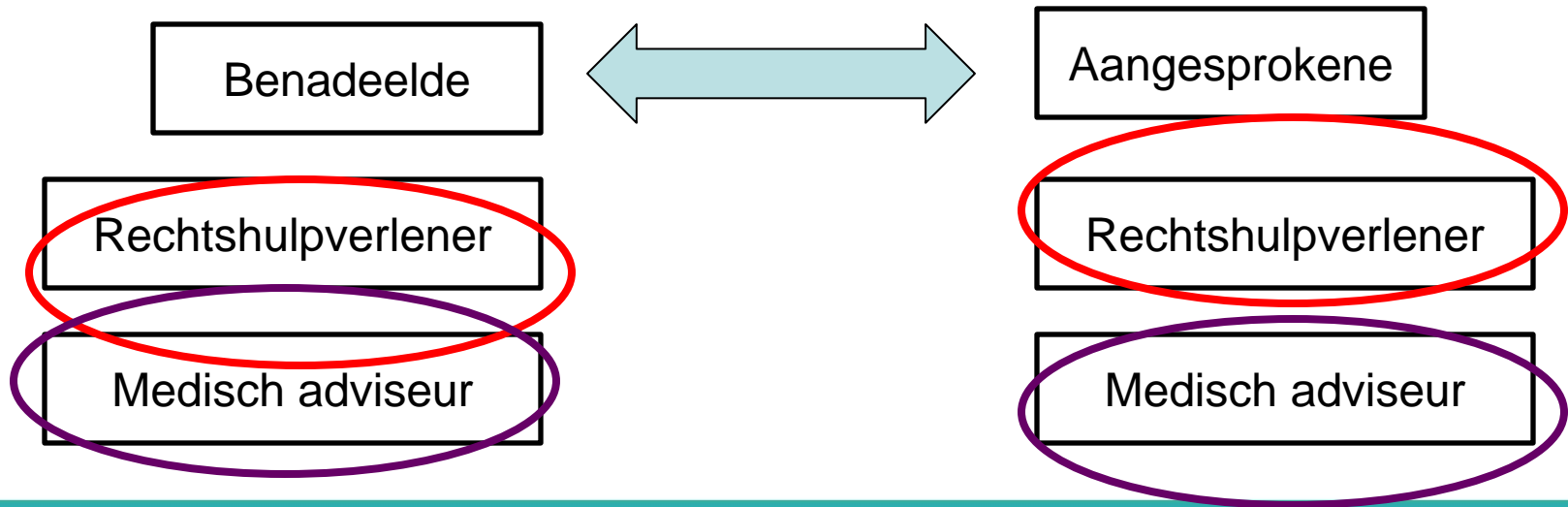




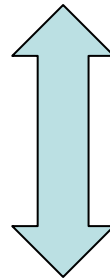


3x juridische beoordeling

3x medische beoordeling



Beslisser met juridische en  
medische deskundigheid



Benadeelde

Aangesprokene

Conclusie: de stelling is juist!