

P.J. van Koppen (1991) Juridische besluitvorming.
In: J. Griffiths (red.), *Een kennismaking met de
rechtssociologie en de rechtsantropologie: De
effectiviteit van het recht* (pp. 789-801). Nijmegen:
Ars Aequi Libri.

Noot 13.3

JURIDISCHE BESLUITVORMING

Niet zo heel lang geleden werd in Nederland nog de opvatting verkondigd dat de wet duidelijk is, dat er slechts sprake is van één juiste toepassing van de wet en dat het de taak van de rechter is om erop toe te zien dat de wet juist wordt toegepast (De Vrieze 1953). Deze opvatting is gebaseerd op de negentiende eeuwse ideologie dat de rechter niet anders moet doen dan *bouche de la loi* zijn. Men was niet alleen van mening dat de rechter zo zou moeten beslissen, maar ook dat de rechter in werkelijkheid zo te werk gaat. De techniek die de rechter bij het nemen van een beslissing gebruikte - bij het bedrijven van rechtsvinding dus - was het syllogisme. Uitgaande van een scherpe scheiding tussen algemene regels en de concrete feiten van het geval waarop de regels moeten worden toegepast, is rechtsvinding dan niet anders dan subsumptie van het geval onder de regel. De rechterlijke beslissing is in die opvatting de enige juiste conclusie uit de maior (regel) en minor (feiten).

Inmiddels is het denken over de rechterlijke arbeid drastisch veranderd. Op die verandering hadden zowel juristen (in Nederland bijvoorbeeld Scholten 1974/1931; Köster 1963; Bregstein 1960/1952; Van Dunné 1971; Wiarda 1980; in het buitenland bijvoorbeeld Esser 1970; Frank 1949; Llewellyn 1960; Hart 1960; Levi 1949), als sociaal wetenschappers (die hieronder ter sprake komen) een grote invloed. In het voetspoor van de aandacht voor de rechterlijke beslissing ontstond aandacht voor beslissingen door advocaten, officieren van justitie en jury's. De beslissingen van al deze actoren in het juridische bedrijf is onderwerp van deze Noot. Ik begin met enige theoretische bespiegelingen over juridische besluitvorming in het algemeen en bespreek daarna enige bijzondere aspecten van besluitvorming door verschillende actoren in het juridische bedrijf.

De aanval op de rechter

In het Amerikaanse werd de aanval op het hierboven beschreven mechanische beeld van de rechterlijke arbeid ingezet door Roscoe Pound, exponent van de zogenaamde *sociological jurisprudence* (zie voor een bibliografie van zijn uitgebreide werk Setaro 1942 en voor een bespreking W.L. Grossman 1935). Dat werd voortgezet door de *legal realists*, met als belangrijkste exponenten Karl Llewellyn (1960) en Jerome Frank (1949). Zij vroegen aandacht voor de pragmatische basis van de rechterlijke beslissing. Het ging hen om hetgeen de rechter in werkelijkheid doet.

Dat de rechterlijke beslissing minder eenvoudig was dan tot dan toe leek, werd in Nederland ook betoogd door Scholten (1931/1974). Scholten vroeg aandacht voor het belang van de teleologisch of sociologische interpretatie van de wet, waar tot dan toe alleen grammaticale en wethistorische interpretatie aanvaardbaar werden geacht. Belangrijker was, dat hij een grote rol toedichtte aan het geweten van de rechter. Met de introductie van het geweten maakte Scholten de rechterlijke beslissing tot een hoogstpersoonlijke. De invloed van Scholten, maar later ook bijvoorbeeld van de Duitser Esser (1970), bracht verschillende juristen ertoe

bij de rechterlijke beslissing een grote rol toe te dichten aan de persoon van de rechter en het leidende element van de wet daarbij als minder belangrijk te omschrijven (bijvoorbeeld Bregstein 1939/1960 en 1952/1960). Sommigen gingen zelfs zover de rechterlijke beslissing als een hoogst individuele creatieve sprong te omschrijven (Van Dunné 1974).

Het debat over de rechterlijke beslissing in de juridische wereld heeft altijd zowel descriptieve als prescriptieve elementen gehad. Men werd het er uiteindelijk wel over eens dat bij juridische beslissingen psychische en sociale elementen een rol spelen, maar de meningen verschilden er vooral over of dat wel zou mogen en, zo niet, hoe de beslissingsruimte van de rechter ingeperkt moest worden. Voorstanders van een grote beslissingsruimte, de vrije rechtsvinders, veronderstelden namelijk dat de rechter die zou gebruiken om in het individuele geval rechtvaardiger beslissingen te nemen dan een rigide toepassing van de wet zou toelaten. Illustratief is daarvoor het adagium van Bregstein (1952/1960): "liever onzekerheid van recht, dan zekerheid van onrecht." Er is overigens geen algemeen aanvaard criterium in de juridische doctrine ontwikkeld voor de keuze uit de mogelijke interpretatiemethoden (Wiarda 1980).

In het voetspoor van deze juristen is aandacht ontstaan (er waren wel enige eerdere pogingen: Herzog 1917; Schröder 1918; Sturm 1920) voor onderzoek naar de sociale en de psychische invloeden op rechterlijke beslissingen, zowel in de Westerse als de niet-Westerse wereld (zie de hieronder benoemde literatuur). Het algemene beeld dat uit al dat onderzoek naar voren komt, is genuanceerder dan het juridische debat doet vermoeden. De rechter heeft weliswaar een grote beslissingsruimte, maar de mate waarin hij daarvan gebruik maakt, wordt sterk beperkt door sociale invloeden, die hieronder nog aan de orde komen. Er is weliswaar invloed van de persoon van de rechter op de beslissing, maar die invloed is niet extreem groot en is veeleer indirect dan direct. Ook dat komt hieronder nog aan bod.

Ook bij dit soort onderzoek liepen de Verenigde Staten voorop. Pas in een later stadium ontstond aandacht voor beslissingen door de advocaat en de officier van justitie en, in de Verenigde Staten, de jury. Voor de bespreking van de resultaten van empirisch onderzoek dienaangaande, zal ik een overzicht geven van de gemeenschappelijke kenmerken van de beslissingen die al deze participanten in het juridische proces nemen.

Kenmerken van juridische beslissingen

Alle participanten in het rechtsbedrijf nemen voortdurend beslissingen. De rechter beslist in een strafzaak of het bewijs wettig en overtuigend is en beslist vervolgens over de strafmaat. In civiele zaken moet hij beslissen over de argumenten van partijen en uiteindelijk kiezen voor één van de standpunten. De officier van justitie beslist tussen sepot en vervolgen en over de te eisen straf. De advocaat beslist, samen met zijn cliënt, over voortzetten van onderhandelingen of het beginnen van een civiele procedure. In strafzaken moet hij beslissen over de meest gerede processtrategie. Alle deze en andere beslissingen in het recht hebben een aantal kenmerken gemeen.

Vooropgesteld dient te worden dat door alle genoemde participanten een groot deel van de beslissingen routinematig genomen worden, met uitzondering wellicht

van de jury. Zo is 48 procent van de handelszaken bij de Nederlandse rechtbank een verstekzaak en bestaat de rol van de rechter uitsluitend uit het marginaal toetsen of de vordering niet bovenmatig of evident ongegrond is (Van Koppen en Malsch 1991). Deze toetsing leidt slechts in enkele uitzonderingsgevallen tot afwijzing of matiging van de vordering; in feite bestaat de rechterlijke arbeid in de helft van de zaken uitsluitend van het zetten van een goedkeuringsstempel op de dagvaarding van de eiser. Ook een groot deel van de zaken waarin wel verweer wordt gevoerd, is sprake van routinematige beslissingen. Voor de officier van justitie geldt hetzelfde. De strafzaken die hij aanbrengt, leiden in ongeveer 96 procent van de gevallen tot klip en klare veroordelingen (Malsch 1990). Het routinematige van het merendeel van de juridische beslissingen vindt men overigens niet terug in al het empirische onderzoek. Een deel van het empirische onderzoek, met name over de rechterlijke beslissing, is altijd gericht geweest op juist de bijzondere gevallen. Ik kom daarop hieronder terug.

Elke juridische beslissing is gericht op het bereiken van een resultaat in de toekomst, maar gaat over een huidige situatie en wordt meestal beargumenteerd met hetgeen in het verleden gebeurde. De rechter in een privaatrechtelijke zaak beslist bijvoorbeeld over de toekomstige verhouding tussen partijen, op initiatief van een eiser die niet tevreden is met de bestaande situatie, terwijl de argumenten voor en tegen zijn gebaseerd op het gedrag van partijen dat die situatie deed ontstaan. Dit zorgt ervoor dat juridische beslissingen gekenmerkt worden door onzekerheid. De rechter zal nooit weten of zijn beslissing juist was, want in het recht ontbreekt een absoluut criterium voor juistheid of onjuistheid, tenzij - in het beperkte aantal gevallen waarin beroep voorkomt - men beslissingen van een hogere rechter als zodanig wil aanvaarden (Houwing 1947). Ook over het verleden is de rechter niet zeker. In een civiel geschil heeft immers zelden één van de partijen helemaal gelijk; in veel strafzaken wijst het bewijsmateriaal zelden uitsluitend naar de schuld van de verdachte. Maar ook de advocaat moet beslissen in onzekerheid: moet hij nu procederen of toch maar het laatste bod van de gedaagde tijdens de onderhandelingen accepteren? Een civiele procedure is immers een riskante en soms kostbare aangelegenheid. Hetzelfde probleem geldt, *mutatis mutandis*, voor de officier van justitie en de jury.

Juridische beslissingen door verschillende participanten hebben ook gemeen dat daarbij de feiten, waarover geoordeeld moet worden, en de normen die van toepassing zijn, sterk zijn verweven. De feiten moeten niet alleen vastgesteld en geïnterpreteerd worden, maar ook worden geselecteerd op relevantie voor de beslissing. Welke feiten precies relevant zijn, hangt af van de toepasselijke rechtsregel. In het recht zijn regels echter geschreven voor gevallen in het algemeen en passen dus slechts zelden precies op de feitenconstellatie in concreto. Welke rechtsregel van toepassing is op een zaak en welke interpretatie van de regel juist is, hangt weer af van de feiten die door de rechter als relevant worden beoordeeld. Welke feiten relevant zijn voor de beslissing hangt echter weer af van de toepasselijke rechtsregel. Deze vicieuze cirkel kan alleen doorbroken worden als de rechter eerst een (al dan niet voorlopige) beslissing neemt en vervolgens, door terug te redeneren (het zogenaamde *regressieve redeneren*: zie Crombag, De Wijkerslooth en Cohen 1977), onderzoekt of de beslissing in stand kan blijven.

De keuze van een voorlopige beslissing verloopt minder doelloos dan op het eerste gezicht lijkt. Mensen hebben namelijk een schema in hun hoofd van hoe de wereld in elkaar zit (Beijk 1980; Ten Kate en Van Koppen 1984) of in een concrete zaak,

bijvoorbeeld, hoe het gemiddelde onrechtmatige-daad-geschil in elkaar zit. Zo'n schema is gebaseerd op ervaringen van de beslisser in het verleden en is dus uit de aard der zaak hoogstpersoonlijk. Via de intuïtief genomen voorlopige beslissing zou de beslissing van de rechter dus onderhevig kunnen zijn aan allerlei hoogstpersoonlijke invloeden. Dezelfde redenering geldt voor jury's, waarbij er echter rekening mee gehouden moet worden dat de ervaringen van jury-leden veel meer uiteenlopen want ze zijn zelden opgedaan in het juridische bedrijf. Het verhaal voor de advocaat en de officier van justitie is wat ingewikkelder, omdat zij met hun beslissingen proberen te anticiperen op de beslissing van de rechter in het concrete geval. Voor het ontstaan van deze beslissingsstructuur zijn overigens geschreven regels niet essentieel. Uit het onderzoek van Fallers onder de Basoga (1969) blijkt dat zonder wettelijke regels en jurisprudentie het combineren van de juiste feiten bij een cultureel bepaalde "finite repertory of concepts of wrong" (1969: 310) rechterlijke besluitvorming veel op die in het Westen lijkt (vgl. ook Gluckman 1955).

Juridische besluitvorming wordt verder gekenmerkt doordat men in vrijwel alle gevallen *moet* beslissen en daarbij meestal de keuze heeft uit twee mogelijkheden. Dat is lastig, want meestal zijn voor beide keuzes min of meer goede argumenten aan te voeren. De advocaat kent hetzelfde probleem. Hij moet kiezen tussen wel en niet procederen, terwijl geen van beide mogelijkheden geheel onaantrekkelijk zal zijn.

Juridische beslissingen lijken, gezien bovenstaande, een uitgesproken *open* karakter te hebben, waarbij de beslissers alle kanten op kunnen. Dat zou echter alleen het geval zijn, als juridische beslissingen in een sociaal vacuüm zouden worden genomen. (vgl. Griffiths 1986). In feite staan juristen onder invloed van collega's en anderen binnen het juridische bedrijf (Van Duyne 1983). De meest in het oog springende sociale invloed is de collegiale rechtspraak. In Nederland streven rechters in een meervoudige kamer er naar om zoveel mogelijk tot een unaniem oordeel te komen (in veel andere landen kunnen individuele rechters hun minderheidsstandpunt publiek bekend maken) Dit heeft tot gevolg dat in de beslissingen van meervoudige kamers als geheel meerderheidsopvattingen versterkt naar voren komen en minderheidsopvattingen juist onderdrukt worden (Van Koppen 1990b). Berekend kan worden dat in zaken waarin bijvoorbeeld 20 procent van de rechters een minderheidsstandpunt huldigt, in slechts 11 procent van de gevallen een kamer van drie rechters dat minderheidsstandpunt als beslissing zal geven.

Van Duyne en Verwoerd (1985) lieten zien, dat in strafzaken de sociale druk van de andere rechters, met name de officier van justitie, een grote invloed heeft op de rechterlijke beslissing door met zijn eis de 'bandbreedte' aan te geven waarbinnen de rechters in de raadkamer beslissen. Zij vonden daarentegen dat de invloed van de advocaat op de rechterlijke beslissing nogal gering is. De rechter bleek nauwelijks acht te slaan op hetgeen advocaten tijdens de zitting te berde brachten. De invloeden van collega's, anderen en - voor lagere rechters - de beroepsinstantie waaronder zij ressorteren, leidt er bij rechters toe dat de beslissingsruimte feitelijk nogal ingeperkt wordt (Van Duyne en Van Koppen 1991).

Ook de officier van justitie plukt niet zomaar zijn eis uit de lucht. Hij is onderhevig aan sociale invloeden. Zo zijn de straffen waaruit de officier van justitie in een concrete zaak kan kiezen, ingeperkt door invloeden uit zijn werkomgeving

(uitgebreid beschreven door Van de Bunt 1985): collega's, de politie, rapporten van de reclassering of hetgeen door de rechter serieus genomen zal worden. Op welke straf de officier van justitie binnen die bandbreedte uitkomt, lijkt, blijkens onderzoek van Van Duyne (1991), grotendeels bepaald te worden door de wijze waarop hij informatie uit het dossier verwerkt. Opmerkelijk hierbij is dat Van Duyne geen verband vond tussen geëiste straf en de door de officier van justitie gekozen strafdoelen.

De beslissingen van officieren van justitie, maar ook van advocaten, vinden plaats in een enigszins andere sociale context dan die van de rechter. Hun besluitvorming wordt voor een groot deel gestuurd door hetgeen zij verwachten dat de rechter met de concrete zaak zal gaan doen. De officier ziet ongaarne dat een te groot deel van de door hem aangebrachte zaken zal eindigen in vrijspraak of dat te vaak de opgelegde straf sterk afwijkt van zijn eis (Van Duyne 1991). De advocaat in strafzaken laat zijn processtrategie hangen van het verwachte oordeel van de rechter (Malsch 1991). De advocaat in civiele zaken laat de keuze tussen dooronderhandelen of het accepteren van een schikking van de tegenpartij en een civiele procedure grotendeels hangen van het te verwachten oordeel van de rechter over de zaak (zie hieronder).

Na deze algemene karakterisering van de juridische beslissing, zal ik een aantal elementen bespreken die specifiek zijn voor beslissingen door de verschillende actoren in het juridische bedrijf.

Onderhandelende advocaten: De meeste civiele geschillen eindigen in een schikking. Dat is niet verwonderlijk omdat procederen geld kost en de partijen dus *gezamenlijk* geld verliezen als zij het tot een procedure laten komen (Van Koppen, Richters en Ten Kate 1989). Een eiser zal dus alleen een procedure doorzetten en een gedaagde zal het alleen op een procedure aan laten komen als zij denken dat zij daarmee een beter resultaat zullen behalen. Hoe ver een partij toegeeft tijdens onderhandelingen wordt dus voor een groot deel bepaald door haar subjectieve verwachtingen over een toekomstige civiele procedure: de subjectief verwachte kans op winnen en de verwachten kosten van de procedure. De kosten betreffen overigens niet alleen advocaatkosten en griffierechten, maar ook allerlei andere materiële en immateriële kosten, zoals slapeloze nachten, een handelsrelatie die door de procedure verstoord zou worden of, als opbrengst, het hebben van een 'day in court' (Luban 1985; Menkel-Meadow 1983).

De situatie van de onderhandelende advocaat lijkt op het eerste gezicht ideaal om te onderzoeken middels een economisch model, waarin aan de subjectieve verwachtingen en de uitkomsten van advocaten waarden, zogenaamde utiliteiten, gehangen kunnen worden (Kelley en Thibaut 1978). Deze richting in het onderzoek naar onderhandelen is echter gestrand op de complexiteit van het onderhandelen. Om het gedrag van advocaten in formules om te zetten is het namelijk nodig de te bespreken situatie sterk te vereenvoudigen door assumpties aan te nemen die weinig reëel zijn voor de juridische situatie (Gauthier 1985, 1986). Zo wordt in economische modellen van onderhandelen altijd aangenomen dat de partijen gelijkwaardig zijn, iets dat in de juridische praktijk zelden het geval is (Young 1975). De genoemde economische modellen kunnen dus op zijn best als een normatief model beschouwd worden: onderhandelaars zouden zich zo *moeten* gedragen. Advocaten doen dat echter niet. Zo verschillen partijen, afhankelijk van hun rol in een civiel geschil, in de mate waarin zij bereid zijn risico te nemen

(Van Koppen 1990a; Van Koppen en Ten Kate 1991). Eisers en degenen die verwachten een civiele procedure te winnen mijden over het algemeen het risico van een proces 'teveel' en geven dus tijdens onderhandelingen meer toe dan hun procespositie zou rechtvaardigen. Gedaagden en degenen die een niet zo sterke zaak voor zichzelf bij de rechter verwachten, nemen juist 'teveel' risico en geven tijdens onderhandelingen juist te weinig toe.

De keuze tussen onderhandelen en procederen is een keuze die een advocaat steeds opnieuw moet nemen tijdens de onderhandelingen. Dat heeft te maken met het voortschrijdende, cyclische karakter van onderhandelingen (Gulliver 1979). Onderhandelingen ontwikkelen zich van de aanvang van het geschil tot de schikking of de procedure en gaan zelfs vaak door na de aanvang van de procedure. In eenderde van de geschillen wordt zelfs dooronderhandeld nadat een vonnis in kracht van gewijsde ging (Van Koppen en Malsch 1991). De onderhandelingen ontwikkelen zich vooral langs de weg van verstrekken en manipulatie van informatie. Een advocaat, met name die van de eiser, moet meestal aan onderhandelingen beginnen uitsluitend op basis van de informatie die hij van zijn cliënt kreeg. De uitwisseling tussen de advocaten bestaat daarna niet zozeer uit loven en bieden maar aan het uitwisselen van informatie (Gulliver 1979). Het probleem voor de partijen is nu dat men, door in onderhandelingen te treden, heeft afgezien van eerlijkheid van de tegenpartij (Luban 1985). Zouden partijen volstrekt eerlijk zijn, dan zouden onderhandelingen immers niet nodig of onmogelijk zijn (Van Koppen, Richters en Ten Kate 1989).

Door de uitwisseling van informatie tijdens onderhandelingen kan de situatie in de tijd drastisch veranderen. Nieuwe informatie kan immers een grote invloed hebben op de subjectieve proceskansen. Mensen zijn echter niet erg goed in staat om aanvankelijke verwachtingen aan te passen aan nieuwe informatie (Kahneman, Slovic en Tversky 1982). Het is daarbij overigens nog de vraag of advocaten in staat zijn een redelijke schatting te maken van hun proceskansen. Dat blijkt lang niet altijd het geval te zijn, zoals hieronder bij strafzaken zal blijken. Als een of beide partijen zijn proceskansen overschat, heeft dat tot gevolg dat het geschil te vaak in een procedure zal eindigen; bij onderschatting komt relatief makkelijk een schikking tijdens onderhandelingen tot stand.

Naast de verwachte procesposities en de verwachte kosten van een procedure, spelen uiteraard tal van andere factoren een rol bij het al dan niet tot stand komen van een schikking. Er bestaan niet alleen verbanden tussen kenmerken van de advocaten, zoals ervaring, en het gemak waarmee schikkingen tot stand komen, maar het tot stand komen van schikkingen wordt ook beïnvloed door de relatie tussen de advocaten en de wijze waarop advocaten elkaar beoordelen (Ten Kate 1989). Deze verbanden bespreek ik verder niet, omdat zij niet anders zijn dan men zelf kan bedenken. Een tegenintuïtief resultaat werd wel gevonden door Williams (1983). Sommige advocaten zijn *coöperatief* en streven dus naar een voor beide partijen bevredigende oplossing, anderen onderhandelen *competitief*, en proberen voor hun cliënt een maximaal resultaat te behalen. Williams vond echter dat de coöperatieve advocaten over het algemeen effectiever onderhandelen dan hun competitieve collega's.

Voorspellende advocaten: Evenals in civiele zaken, is het in strafzaken van belang de mate waarin advocaten het verloop en de uitkomst van de zaak bij de rechter juist kunnen voorspellen. Onjuiste voorspellingen kunnen immers tot een onjuiste

processtrategie leiden en juiste voorspellingen kunnen voor de cliënt teleurstellingen voorkomen. Naar de kwaliteit van voorspellingen door advocaten is in het civiele recht geen onderzoek gedaan. Advocaten blijken de kans dat zij het doel bereiken dat zij zich in een strafzaak stellen - bijvoorbeeld "ik wil voor mijn cliënt maximaal drie maanden gevangenisstraf" - in vrij hoge mate te overschatten (Malsch 1990). Dit soort onterecht optimisme vindt men weliswaar relatief meer bij onervaren advocaten en bij mannelijke advocaten, maar de verschillen tussen advocaten zijn niet spectaculair. Advocaten kunnen overigens de mate waarin zij de beslissing van de rechter juist voorspellen wel verbeteren: zij zouden minder moeten letten op specifieke kenmerken van de betreffende zaak en veel meer op algemene tendenties in de straftoemeting (Malsch 1991). Om een juiste voorspelling te maken van de strafmaat, is het voor een advocaat dus van meer belang om te weten hoe deze rechtbank of deze politierechter in het algemeen reageert op dronken rijders dan zich af te vragen welke specifieke kenmerken zijn of haar drinkende cliënt heeft.

De persoon van de rechter: De belangstelling die in juridische kring in de eerste helft van deze eeuw ontstond voor de persoon van de rechter, heeft geleid tot een vloedgolf van onderzoek naar de invloed van psychische en sociale kenmerken van de rechter op zijn beslissingen. Het merendeel van dat onderzoek is echter uitgevoerd zonder dat rechters daadwerkelijk aan het onderzoek meewerkten, of, als dat wel gebeurde, zonder dat concrete beslissingen in het onderzoek werden betrokken (bijvoorbeeld Becker 1966). Met enkele uitzonderingen, zoals Goldman (1966 en 1978) en J.B. Grossman (1966), richtte al dit onderzoek zich op beslissingen van het federale Hooggerechtshof in de Verenigde Staten (bijvoorbeeld Pritchett 1941 en 1978; Rohde en Spaeth 1976; Schubert 1965 en 1974; zie het overzicht in Van Duyne en Van Koppen 1991). Persoonlijkheidskenmerken van de negen raadsheren in dat hof werden afgeleid uit hun persoonlijke geschiedenis of eerdere publicaties, want zij werkten zelf niet mee aan onderzoek. Er bestonden ook problemen aan het andere eind van het onderzoek: het voorspelde beslissingsgedrag. In al het onderzoek over het federale Hooggerechtshof werd alleen gekeken naar zaken waarin de raadsheren onderling van mening verschilden. Op die manier werd de invloed van de persoon van de rechter op zijn beslissingen wel erg overschat.

De enige twee studies waarin de invloed van persoonlijkheidskenmerken van de rechter op het beslissingsgedrag direct werd onderzocht zijn Ten Kate en Van Koppen (1984) en Hogarth (1971). Uit deze onderzoeken, uitgevoerd op beslissingen in respectievelijk civiele en strafzaken, komt een genuanceerder beeld naar voren dan men zou vermoeden. De invloed van persoonlijkheidskenmerken op de beslissing zijn weliswaar aantoonbaar, maar niet van grote omvang (Van Koppen en Ten Kate 1984). Toch vindt men in de praktijk vaak dramatische verschillen tussen rechters, bijvoorbeeld indien de rechtbank aanvankelijk een vordering in een zaak toewijst, die later door het hof geheel wordt ontzegd. Ook in het onderzoek van Ten Kate en Van Koppen (1984) kwamen dergelijke verschillen naar voren. Aan 114 rechters werden negen eenvoudige casus voorgelegd. Bij elke casus bleek steeds een minderheid van ongeveer 20 procent een aan de meerderheid tegengestelde beslissing te geven. Een bespreking van de oorzaken voor dat verschijnsel voert hier te ver.

Uit het onderzoek van Hogarth (1971) naar beslissingen in strafzaken blijkt dat de invloed van de persoon van de rechter veel meer *indirect* is. Zoals gezegd beïn-

vloedt de werkomgeving ook bij de rechter de beslissingen. Die invloed hangt echter, blijkens het onderzoek van Hogarth, weer af van de manier waarop de rechter zelf die taakomgeving waarneemt en waardeert. Zo zijn rechters het er vaak niet over eens welke criteria gehanteerd moeten worden om te bepalen welke gegevens uit het dossier wel of niet relevant zijn voor de beslissing. Als rechters het wél over de relevantie van feiten in een zaak eens zijn, blijken zij het ook in grote mate eens te zijn over de te nemen beslissing.

De rechter over de feiten: In een strafzaak moet de rechter achtereenvolgens drie beslissingen nemen: (1) bewijzen de door het OM aangedragen middelen in voldoende mate en op technisch juiste wijze de ten laste gelegde feiten?, (2) ben ik, gezien de bewijsmiddelen, overtuigd van de schuld van de verdachte? en (3) welke strafmaat dien ik op te leggen? In een groot aantal landen, waaronder de Verenigde Staten, Engeland en Wales en België, bestaat de mogelijkheid de beantwoording van de eerste twee vragen - is het bewijs wettig *en* overtuigend geleverd - over te laten aan een jury. Overigens treedt de jury slechts in een kleine minderheid van de zaken waarbij dat mogelijk zou zijn ook werkelijk op. Er is nogal wat onderzoek gedaan naar de manier waarop rechters en jury's de beslissing over de feiten nemen. Die beslissing is niet zonder problemen, omdat het bewijsmateriaal vaak niet geheel zonder problemen is. Getuigen kunnen liegen of zich vergissen. De politie kan getuigen op zodanige manier hebben ondervraagd, dat de juiste toedracht niet meer te achterhalen is (Wagenaar 1989; Wolters 1991), waarbij vooral met kinderen als getuige problemen kunnen ontstaan (Sergeant en Nijboer 1991). Bewijsmiddelen kunnen soms niet zonder experts gewaardeerd worden en bij het waarderen van het oordeel van de experts ontstaan weer nieuwe problemen (Smith en Wynne 1989; Fienberg 1990; Vidmar en Van Koppen 1991). Niet alleen maken rechters bij het waarderen van bewijs aanwijsbare fouten (Crombag en M.J. Cohen 1991), maar bewijsmiddelen kunnen, met enkele uitzonderingen zoals vingerafdrukken, op z'n best de schuld of onschuld van een verdachte waarschijnlijker of minder waarschijnlijk maken, nooit met zekerheid vaststellen.

De beslissing van de rechter en de jury over de feiten in strafzaken is inmiddels uitgebreid onderwerp geweest van onderzoek. Daarbij kunnen twee stromingen onderscheiden worden: onderzoekers die van oordeel zijn dat de waarde van bewijsmiddelen en dus de schuld van de verdachte, weliswaar in graden van waarschijnlijkheid, ten leste berekend kunnen worden en onderzoekers die het *story* model als een adequate beschrijving van de beslissing over de feiten beschouwen.

Degenen die de feitenbeslissing als een berekenbare beslissing beschouwen hebben voornamelijk hun toevlucht gezocht tot het zogenaamde *Baysiaanse* beslissingsmodel, vernoemd naar de achttiende eeuwse Schotse dominee Bayes (L.J. Cohen 1977; Eggleston 1983; Goldsmith 1986). Het model gaat uit van het probleem waarvoor een rechter staat: hij moet beslissen of een van de volgende twee hypothesen waar is, de verdachte is schuldig of de verdachte is niet schuldig. Het probleem in veel strafzaken - dit overigens in tegenstelling tot de meeste civiele zaken - is niet de juridische kwalificatie van het gedrag van de verdachte, maar of de aangedragen bewijsmiddelen voldoende zijn om een van de twee hypothesen logisch uit te sluiten (Wagenaar 1991). In de praktijk dragen de bewijsmiddelen bij aan de waarschijnlijkheid waarmee een van de twee hypothesen juist is, vaak zonder de juistheid van de andere hypothese logisch uit te sluiten. Met het mathematische model van Bayes kan met behulp van een vrij willekeurig gekozen

a priori waarschijnlijkheid van de schuld van de verdachte op grond van elke aangedragen bewijsmiddel bepaald worden in welke mate de waarschijnlijkheid van schuldig naar boven of naar beneden veranderd. De mate waarin die waarschijnlijkheid veranderd wordt bepaald door de *diagnostische* waarde van het bewijsmiddel. Voorwaarde voor de gehele exercitie is echter dat de diagnostische waarde van bewijsmiddelen zinvol in getallen omgezet kan worden. Dat blijkt in de praktijk in slechts een zeer beperkt aantal zaken mogelijk te zijn. Die paar zaken worden in de literatuur dan ook keer op keer als voorbeeld gebruikt.

Deze en andere problemen verbonden aan het Baysiaanse model hebben ertoe geleid dat het model steeds minder wordt beschouwd als een beschrijvend model en steeds meer als een normatief model van het waarderen van bewijs. Uit onderzoek - overigens uitsluitend uitgevoerd onder jury's die in de Verenigde Staten immers bij wat moeilijker zaken de beslissing omtrent schuld nemen - blijkt dat het zogenaamde *story* model een adequatere beschrijving geeft van de feitelijke beslissing (Bennett en Feldman 1981; Pennington en Hastie 1986, 1988). De tenlastelegging is immers een verhaal waarin met een meer of minder grote mate van detaillering beschreven wordt wat de verdachte heeft gedaan. Het verhaal van de tenlastelegging moet geloofwaardig zijn voor de beslisser. Aan die geloofwaardigheid wordt bijgedragen door de mate waarin het verhaal in de werkelijkheid verankerd is en ook intern consistent is. Verder moet een verhaal in voldoende mate compleet zijn, dat wil zeggen dat niet een te groot deel van de gebeurtenissen onverklaard is. Een deel van de verankering wordt weliswaar geleverd door de bewijsmiddelen, maar primair gaat het om de geloofwaardigheid van het verhaal als geheel (Wagenaar 1991).

De jury over de feiten: Zoals gezegd neemt de jury in een aantal landen de beslissing over de schuldvraag. De beslissing van de jury is uitgebreid onderwerp geweest van onderzoek (zie voor een overzicht Klik en Van Koppen 1991; Hans en Vidmar 1986; voor België: Van Langenhove 1989). Na het proces trekt de jury zich terug in de jurykamer en begint met de beraadslagingen. Alleen de juryleden mogen daarbij aanwezig zijn. Sinds 1950 is het overal verboden om de besprekingen van de jury bij te wonen, zelfs voor wetenschappelijk onderzoek. De kennis over wat de jury tijdens de beraadslagingen doet, is daarom gebaseerd op verhalen achteraf en op laboratoriumonderzoek met *mock-jury's*, personen die zich moesten voorstellen dat zij in een jury zaten. Overigens lijkt dat onderzoek een goede afspiegeling van de werkelijkheid te geven, mits het onderzoek deugdelijk is uitgevoerd (Kramer en Kerr 1989). De *mock-jury*leden blijken het werk ontzettend serieus nemen.

Bij het begin van de beraadslagingen hebben de meeste leden van de jury een (voorlopig) standpunt en is de jury zelden unaniem. De juryleden mogen tijdens het proces niet praten over de zaak, ook niet met elkaar. Dat geeft, zeker als het proces lang duurt, enige spanning die ontladen wordt bij het begin van de beraadslagingen. Toch blijkt dat juryleden, voordat de beraadslagingen beginnen, vaak een redelijke indruk hebben van de mening van de overige juryleden. Zij hebben immers tijdens het proces vooral over andere dingen gepraat, die toch informatie geven hoe men algemeen in het leven staat en hoe dat zou kunnen uitwerken op het betreffende geval.

De jury is onderhevig aan hetzelfde soort processen als iedere groep mensen die bijeen komt om een beslissing te nemen. Allereerst moet er een 'foreman' gekozen

worden. Dat wordt meestal degene die het eerst zijn mond open doet of degene die aan het hoofd van de tafel is gaan zitten. Verder heeft men de neiging om degene met de hoogste status, bijvoorbeeld de meeste opleiding, als 'foreman' te kiezen. De 'foreman' heeft doorgaans een grote invloed op het oordeel van de jury. Daarnaast speelt ook een rol hoe de besprekingen gestructureerd worden, of men tussentijds de meningen peilt en de wijze waarop men dat doet. In de wijze waarop de beraadslagingen worden ingericht, is de jury overigens geheel vrij.

Het zal duidelijk zijn dat een proces met een jury bijzonder kostbaar is, omdat alles ten behoeve van de jury mondeling afgehandeld moet worden. Het is daarom de vraag of de uitkomsten van het juryproces deze kosten rechtvaardigen en dus of de jury andere beslissingen neemt dan de rechter. Een onderzoek daarnaar is uitgevoerd door Kalven en Zeisel (1966). Zij onderzochten 3576 werkelijke procedures, zowel op het gebied van het strafrecht, als op het gebied van het civiele recht. Op het moment dat de jury zich had teruggetrokken voor de beraadslagingen, vroegen zij het oordeel van de rechter (deze is in de Verenigde Staten in de eerste, en enige, feitelijke instantie altijd een *unus iudex*). Zij vonden dat zowel in strafzaken als in civiele zaken de rechter en de jury het in 78 procent van de gevallen met elkaar eens zijn. Als de rechter en de jury het in strafzaken niet met elkaar eens zijn, beslist de jury vaker in het voordeel van de verdachte. De oordelen waarover de rechter en de jury van mening verschillen, zijn in civiele zaken vrijwel gelijk verdeeld over beide partijen. Op basis van deze gegevens kan nog niet een conclusie getrokken worden over de kwaliteit van jury-rechtspraak. Zowel in straf- als in civiele zaken blijft 22 procent van de gevallen over waarover rechter en jury een tegengesteld oordeel hebben. Als ervan wordt uitgegaan dat de rechter een professional is, zou kunnen worden beweerd dat de 22 procent meningsverschil ontstaat doordat de jury in die zaken het recht of de bewijsvoering niet goed heeft begrepen. Kalven en Zeisel hebben echter ook de zaken gescoord op de mate van ingewikkeldheid van de zaak. De zaken waarin rechter en jury van mening verschilden bleken niet ingewikkelder te zijn dan de overige zaken. De jury doet het dus soms anders, maar kennelijk niet slechter dan een rechter.

LITERATUUR

BECKER, T.L.

1966 'A survey study of Hawaiian judges: the effect on decisions of judicial role variations'. *American Political Science Review* 60: 677-680.

BEIJK, J.

1980 'De cognitieve revolutie in de psychologie. II: de attributietheorie'. *De Gids* 143: 429-445.

BENNETT, W.L. en M.S. FELDMAN

1981 *Reconstructing Reality in the Courtroom*. London: Tavistock.

BREGSTEIN, M.H.

1960a 'De betrekkelijke waarde der wet'. In *Verzameld Werk*. Zwolle: Tjeenk Willink (oorspr. 1952).

1960b 'Het gezag van de rechter tegenover het geldend recht'. In *Verzameld Werk*. Zwolle: Tjeenk Willink (oorspr. 1939).

BUNT, H.G. van de

1983 *Officiëren van Justitie* (dissertatie Utrecht). Zwolle: Tjeenk Willink.

COHEN, L. J.

1977 *The Probable and the Provable*. Oxford: Clarendon.

COHEN, R.L. (red.)

1986 *Justice: Views from the Social Sciences*. New York: Plenum.

COMAROFF, J.L. en S. ROBERTS

1981 *Rules and Processes: The Cultural Logic of Disputes in an African Context*. Chicago: University of Chicago Press.

- CROMBAG, H.F.M. en M.J. COHEN
 1991 'Ook rechters maken menselijke fouten'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke Factor: Psychologie voor Juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- CROMBAG, H.F.M., J.L. de WIJKERSLOOTH en M.J. COHEN
 1977 *Een theorie over rechterlijke beslissingen*. Groningen: Tjeenk Willink.
- DUNNÉ, J.M. van
 1971 *Normatieve uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (dissertatie Leiden). Deventer: Kluwer.
 1974 *Riskante Rechtsvinding* (oratie Rotterdam). Deventer: Kluwer.
- DUYNE, P.C. van
 1983 *Beslissen in eenvoud* (dissertatie Leiden). Arnhem: Gouda Quint.
 1991 'Vervolgen en strafvordering'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- DUYNE, P.C. van en J.R.A. VERWOERD
 1985 *Gelet op de persoon van de rechter: Een observatie-onderzoek naar het strafrechterlijk beslissen in de Raadkamer*. 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij, WODC-rapport nr. 58.
- DUYNE, P.C. van en P.J. VAN KOPPEN
 1991 'Beslissende rechters: algemene modellen en individuele verschillen'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De Menselijke Factor: Psychologie voor Juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- EGGLESTON, R.
 1983 *Evidence, Proof and Probability*. London: Weidenfeld en Nicolson (2e dr.).
- ESSER, J.
 1970 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Athenäum.
- FALLERS, L.A.
 1969 *Law Without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*. Chicago: University of Chicago Press.
- FIENBERG, S.E. (red.)
 1969 *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*. New York: Springer.
- FRANK, J.N.
 1949 *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- GAUTHIER, D.
 1985 'Bargaining and Justice'. *Social Philosophy and Policy* 2(2): 29-47.
 1986 *Morals of Agreement*. Oxford: Clarendon.
- GLUCKMAN, M.
 1955 *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*. Manchester: Manchester University Press.
- GOLDMAN, S.
 1966 'Voting behavior on the United States Courts of Appeals'. *American Political Science Review* 60: 374-383.
 1978 'Voting behavior on the United States Courts of Appeals revisited'. In S. Goldman en A. Sarat, red., *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*. San Francisco: Freeman.
- GOLDSMITH, R.W.
 1980 'Studies of a model for evaluating judicial evidence'. *Acta Psychologica* 45: 211-221.
- GRIFFITHS, J.
 1986 'De rechtspsychologische benadering van rechterlijk beslissingsgedrag: enkele kanttekeningen bij recent Nederlands onderzoek'. *Mens en Maatschappij* 61: 199-208.
- GROSSMAN, W.L.
 1935 'The legal philosophy of Roscoe Pound'. *Yale Law Journal* 44: 605-619.
- GROSSMAN, J.B.
 1966 'Social background and judicial decision-making'. *Harvard Law Review* 72: 1551-1564.
- GULLIVER, P.H.
 1979 *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*. New York: Academic Press.
- HANS, V.P. en N. VIDMAR
 1986 *Judging the Jury*. New York: Plenum.
- HART, H.L.A.
 1961 *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.
- HERZOG, A.W.
 1917 'A psychology of judges'. *Medico-Legal Journal* 34: 10-12.
- HOGARTH, J.
 1971 *Sentencing as a Human Process*. Toronto: University of Toronto Press.
- HOUWING, P.A.N.
 1947 *Zekerheid omtrent het recht* (diëсреde Rotterdam). Zwolle: Tjeenk Willink.

- KAHNEMAN, D., P. SLOVIC en A. TVERSKY (red.)
 1982 *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KALVEN, H. en H. ZEISEL
 1966 *The American Jury*. Boston: Little, Brown.
- KATE, J. ten
 1989 'Schikken tijdens civielrechtelijke geschillen: enige psychologische kanttekeningen bij het gedrag van onderhandelaars'. *Recht der Werkelijkheid* 10: 63-80.
- KATE, J. ten en P.J. van KOPPEN
 1984 *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, (dissertatie Rotterdam). Arnhem: Gouda Quint.
- KELLEY, H.H. en J.W. THIBAUT
 1978 *Interpersonal Relations: A Theory of Interdependence*. New York: Wiley.
- KLIK, P. en P.J. van KOPPEN
 1991 'De democratie van de jury: theorie en praktijk in de Verenigde Staten'. *Nederlands Juristenblad* 66: 767-778.
- KOPPEN, P.J. van
 1990a 'Risktaking in civil law negotiations'. *Law and Human Behavior* 14: 151-165.
 1990b 'Cassatieadvocaten en de selectiekamer: effecten van de invoering van een verlostelsel bij de Hoge Raad'. *Nederlands Juristenblad* 65: 14-26.
- KOPPEN, P.J. van en J. ten KATE
 1984 'Individual differences in judicial behavior: personal characteristics and private law decision making'. *Law and Society Review* 18: 225-247.
 1991 'Procederen of niet?' In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- KOPPEN, P.J. van en M. MALSCH
 1991 'Defendants and one-shotters win after all: compliance to the Courts' decisions in civil cases'. *Law and Society Review* (in druk).
- KOPPEN, P.J. van, H.W. RICHTERS en J. ten KATE
 1989 *Schikken of procederen: psychologische kanttekeningen bij de economie van civielrechtelijke geschillen* (rapport aangeboden aan de minister van justitie). Rotterdam: Erasmus Universiteit.
- KÖSTER, H.K.
 1963 *Causaliteit en voorzienbaarheid: de betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Universiteit van Amsterdam). Zwolle: Tjeenk Willink.
- KRAMER, G.P. en N.L. KERR
 1989 'Laboratory simulation and bias in the study of juror behavior'. *Law and Human Behavior* 13: 89-99.
- LANGENHOVE, L. van
 1989 *Juryrechtspraak en psychologie*. Arnhem: Gouda Quint.
- LEVI, E.H.
 1949 *An Introduction in Legal Reasoning*. Chicago: Chicago University Press.
- LLEWELLYN, K.N.
 1960 *The Common Law Tradition*. Boston: Little, Brown.
- LUBAN, D.
 1985 'Bargaining and compromise: recent work on negotiation and informal justice'. *Philosophy and Public Affairs* 14(2): 397-416.
- MALSCH, M.
 1990 *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*. Amsterdam: Swets en Zeitlinger, (vertaling van M. Malsch, *Lawyers' Predictions of Judicial Decisions: A Study on Calibration of Experts*; ongepubliceerde dissertatie Leiden).
 1991 'Hoe voorspellen advocaten de uitkomsten van hun zaken?' In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- MENKEL-MEADOW, C.J.
 1983 'Legal negotiation: a study of strategies in search of a theory'. *American Bar Foundation Research Journal* 1983: 905-937.
- PENNINGTON, N. en R. HASTIE
 1986 'Evidence evaluation in complex decision-making'. *Journal of Personality and Social Psychology* 51: 242-258.
 1988 'Explanation-based decision-making: Effects of Memory Structure on Judgment'. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition* 14: 521-533.
- PRITCHETT, C.H.
 1978 'Voting behavior on the United States Supreme Court'. In S. Goldman en A. Sarat, red., *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*. San Francisco: Freeman.
 1941 'Divisions of Opinion among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941'. *American Political Science Review* 35: 890-898.

- ROMDE, D.W. en H.J. SPAETH
 1976 *Supreme Court Decision-Making*. San Francisco: Freeman.
- SCHOLTEN, P.
 1974 *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: algemeen deel*. Zwolle: Tjeenk Willink (3e druk; herzien door G.J. Scholten; 1e druk 1931).
- SCHRÖDER, Th.
 1918 'The psychological study of judicial opinions'. *California Law Review* 6: 89-113.
- SCHUBERT, G.A.
 1965 *The Judicial Mind: Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press.
 1974 *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*. London: Oxford University Press.
- SERGEANT, J.A. en J.F. NIJBOER
 1991 'Uitspraken over personen in strafzaken: de klinisch psycholoog als getuigedeskundige'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- SETARO, F.C.
 1942 *Bibliography of the Writings of Roscoe Pound*. New Haven: Yale University Press.
- SMITH, R. en B. WYNNE
 1989 *Expert Evidence: Interpreting Science in the Law*. London: Routledge en Kegan Paul.
- STURM, A.
 1910 *Die Psychologische Grundlage des Rechts*. Hannover.
- VIDMAR, N. en P.J. van KOPPEN
 1991 'Gedragswetenschappelijk bewijs: een overzicht'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- VRIEZE, J. de
 1953 'De magistratuur in verleiding'. *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 83: 1.
- WAGENAAR, W.A.
 1989 *Het herkennen van Iuxn*. Amsterdam: Swets en Zeitlinger.
 1991 *Waar logica faalt en verhalen overtuigen: een beschouwing over het strafrechtelijk bewijs* (oratie Leuven, ongepubliceerd).
- WIARDA, G.J.
 1972 *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- WILLIAMS, G.R.
 1983 *Legal Negotiations and Settlement*. St. Paul, Minn.: West.
- WOLTERS, G.
 1991 'De betrouwbaarheid van ooggetuigen'. In P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag, red., *De menselijke factor: psychologie voor juristen*. Arnhem: Gouda Quint.
- YOUNG, O.R.
 1975 'The Bargainer's Calculus'. In O.R. Young, red., *Bargaining*. Urbana, Ill.: University of Illinois Press.