

P.J. van Koppen (1996) Juridische besluitvorming. In: J. Griffiths (red.), *De sociale werking van recht: Een kennismaking met de rechtssociologie en de rechtsantropologie* (2e druk ed., pp. 705-716). Nijmegen: Ars Aequi Libri

Noot 20

Juridische besluitvorming

Peter J. van Koppen

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 niets 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 ging. 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).

Een juridische beslissing lijkt dus in beginsel eenvoudig. De beslisser zoekt uit wat de feiten zijn, slaat wet of jurisprudentie op om de toepasselijke rechtsregel te vinden, past de regel toe op de feiten en bepaalt vervolgens welke consequenties dat heeft voor zijn beslissing. Inmiddels is het denken over de rechterlijke arbeid drastisch veranderd ten opzichte van het Negentiende Eeuwse ideaal. Wij weten inmiddels dat de vier stappen in de juridische beslissing niet van elkaar kunnen worden gescheiden, noch theoretisch, noch praktisch. Zo kan een rechter bijvoorbeeld pas bepalen welke wettelijke regeling van toepassing is, als de feiten bekend zijn, maar evenzeer kan alleen bepaald worden welke feiten relevant zijn, als de toepasselijke wettelijke regeling bekend is. Zo is een rechterlijke beslissing niet alleen afhankelijk van hetgeen in het verleden is gebeurd, maar evenzeer van de gevolgen van die beslissing. Een advocaat in onderhandeling heeft het nog moeilijker. Hij moet bijvoorbeeld niet alleen bepalen wat zijn cliënt en hijzelf wil, maar moet ook nog rekening houden met beslissingen van de tegenpartij en met hetgeen de rechter vermoedelijk zal doen als het tot een civiel proces komt. In onderstaande maak ik om bovengenoemde redenen dan ook meestal geen onderscheid tussen de verschillende stappen in de juridische besluitvorming, simpelweg omdat die vaak niet van elkaar te scheiden zijn.

Op de veranderingen in deze eeuw in het denken over de juridische besluitvorming hadden zowel juristen (in Nederland bijvoorbeeld Scholten 1931; Köster 1963; Bregstein 1952; Van Dunné 1971; Wiarda 1963; in het buitenland bijvoorbeeld Cardozo 1921; Cuenta-Rua 1981; Esser 1970; Frank 1949; Llewellyn 1960; Hart 1961; Holmes 1881, 1897; Levi 1949), als sociaal wetenschappers (voor een overzicht Crombag 1982; Crombag & Cohen 1991; Crombag & Van Koppen 1991a; Crombag, De Wijckerslooth & Cohen 1977; Van Koppen & Hensing 1988) 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 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

De aanval op het hierboven beschreven mechanische beeld van de rechterlijke arbeid werd in de Verenigde Staten wat eerder ingezet dan op het Europese continent (Holmes 1881, 1897; Marke 1964). Hij beschouwde het recht niet meer als bepalend voor hetgeen de rechter doet, maar: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law" (Holmes 1897:43). Door Pound (zie voor een bibliografie van zijn uitgebreide werk Setaro 1942 en een bespreking Grossman 1935) – evenals Cardozo (1921) exponent van de zogenaamde sociological jurisprudence – werd vervolgens de rechter centraal gezet in het recht. De rechter was volgens hem het werkelijk creatieve element in het recht; degene die ervoor zorgt dat in de moderne complexe tijden het recht kon blijven voldoen aan de eisen die de maatschappij stelt. Dat werd voortgezet door de legal realists, met als belangrijkste exponenten Llewellyn (1960; Llewellyn & Hoebel 1941) en Frank (1949). Met name de twee laatstgenoemden vroegen aandacht voor de pragmatische basis van de rechterlijke beslissing. Het ging hen meer om hetgeen de rechter in werkelijkheid doet, dan de Negentiende Eeuwse afspiegeling van juridische ideologie.

Dat de rechterlijke beslissing minder eenvoudig was dan tot dan toe leek, werd in Nederland ook betoogd door Scholten (1931). Scholten vroeg, als eerste Nederlandse jurist, aandacht voor de rol 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 en 1952). 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 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): "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 1963). Over de juridische discussie is recent een uitstekend overzicht verschenen (Feteris 1994).

In het voetspoor van deze juristen is aandacht ontstaan (er waren wel enige eerdere pogingen: Herzog 1917; Schröder 1918; Sturm 1910) voor onderzoek naar zowel de sociale als 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.

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 in die zaken de rol van de rechter uitsluitend uit het marginaal toetsen of de vordering niet bovenmatig of evident ongegrond is (Van Koppen & Malsch 1991). 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 vooral 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 (Van Koppen 1992). De rechter in civilibus beslist bijvoorbeeld over de toekomstige verhouding tussen partijen, op initiatief van een eiser die niet tevreden is met de status quo, terwijl de argumenten pro en contra zijn gebaseerd op het gedrag van partijen dat de status quo 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 men beslissingen van een hogere rechter als zodanig wil aanvaarden (Houwing 1947).

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. Een vergelijking kan dat duidelijk maken. Een meteoroloog heeft uitsluitend met feiten te maken als hij moet beslissen of hij in de krant zal zetten dat het morgen gaat regenen. Hij kan een foute beslissing nemen en hij kan met collega's van mening verschillen over de juiste interpretatie van de feiten waarop de beslissing gebaseerd moet worden, maar voor hem is niet van belang of regen nu 'beter', 'juister' of meer maatschappelijk aanvaardbaarder is. Dit soort normatieve overwegingen spelen wel een rol voor rechters, advocaten en officieren van justitie. Hun beslissingen houden naast een feitelijk oordeel ook een normatief oordeel in (Cohen 1986).

Bij een juridische beslissing is, evenals bij de beslissing van de meteoroloog, slechts zelden sprake van een enkel feit dat in de overwegingen moet worden betrokken, maar meestal van een constellatie van feiten, relevante, minder relevante en irrelevante door elkaar. Feiten moeten dus niet alleen 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 in casu 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 Wijckerslooth & 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 & Van Koppen 1984) of in een concrete zaak, bijvoorbeeld, hoe het gemiddelde onrechtmatige daad geschil in elkaar zit. Die schemata zijn gebaseerd op ervaringen van de beslisser in het verleden en zijn dus uit de aard der zaak hoogstpersoonlijk. Via de intuïtief genomen voorlopige beslissing zou de eindbeslissing 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 juryleden zelden zijn opgedaan in het juridische bedrijf. Het verhaal voor de advocaat en de officier van justitie is wat ingewikkelder, omdat zij met hun beslissingen ook nog moeten proberen te anticiperen op de beslissing van de rechter in het concrete geval. 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 manier waarop juridische beslissers te werk gaan is niet typisch voor landen met geschreven regels. Uit het onderzoek van Fallers in Busoga (1969) blijkt dat ook zonder wet en jurisprudentie het combineren van de juiste feiten bij de juiste regels - nu een uit een cultureel bepaalde "finite repertory of concepts of wrong" (p. 310) - problematisch is. Gluckman (1955) vond eveneens een grote gelijkenis met het rechterlijke werk in het Westen bij de Barotse, hoewel ook bij hen het recht ongeschreven is en procedureregels eenvoudig.

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. 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; de zogenaamde dissenting opinions). Dit heeft tot gevoig 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, slechts in 11 procent van de gevallen een kamer van drie rechters dat minderheidsstandpunt als beslissing zal geven.

Van Duyne & Verwoerd (1985) lieten zien dat daarnaast in strafzaken 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 ook 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 & Van Koppen 1991).

Ook de officier van justitie plukt niet zomaar zijn eis uit de lucht. Ook hij is onderhevig aan sociale invloeden, die echter minder formeel zijn dan alleen de wettelijk regeling. De straffen waaruit de officier van justitie in een concrete zaak kan kiezen, worden ingeperkt door invloeden uit zijn werkomgeving (uitgebreid beschreven door Van de Bunt 1985): 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 hoe hij de feiten van een zaak beoordeelt: als juristen het over de feiten eens zijn, zijn zij dat meestal ook over de uiteindelijke beslissing (zie ook Hogarth 1971).

De beslissingen van officieren van justitie, maar ook van advocaten, vinden plaats in een enigszins andere sociale orde 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 afhangen van verwachte oordeel van de rechter (Malsch 1991 en hieronder). De advocaat in civiele zaken laat de keuze tussen dooronderhandelen of het accepteren van een schikking van de tegenpartij en een civiele procedure grotendeels afhangen 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 (Macaulay Tekst 2). Dat is ook niet verwonderlijk omdat procederen geld kost en de partijen dus *gezamenlijk* geld verliezen als zij het tot een procedure laten komen (Van Koppen 1990a). Een eiser zal dus alleen een procedure doorzetten en een gedaagde zal het alleen tot een procedure 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 verwachte 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 door middel van een economisch model, waarin aan de subjectieve verwachtingen en de uitkomsten van advocaten waarden, zogenaamde utiliteiten, gehangen kunnen worden (Kelley & Thibaut 1978). Deze richting in het onderzoek naar onderhandelen is 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 assump-

ties die gehanteerd worden, zijn zo irreëel dat economische modellen nauwelijks relevant zijn voor de praktijk. 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 & Ten Kate 1991). Eisers en degenen die verwachten een civiele procedure te winnen mijden 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 & Malsch 1991). Dat is niet iets typisch Westers. ook bijvoorbeeld de Minangkabau op West-Sumatra gebruiken een groot deel van de rechterlijke beslissingen uitsluitend als extra argument in de onderhandelingen (K. von Benda-Beckmann 1984:h5).

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 uit 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 1990a).

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 & 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 gevonden door G.R. 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 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 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, maar veel meer op algemene tendenties in de straftoemeting (Malsch 1991). Om een juiste voorspelling te maken van de strafmaat, is het voor advocaten dus meer van 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 hun 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, 1978; en Grossman 1966), richtte al dit onderzoek zich op beslissingen van het federale Hooggerechtshof in de Verenigde Staten, het U.S. Supreme Court (bijvoorbeeld Pritchett 1941 en 1978; Rohde & Spaeth 1976; Schubert 1965, 1974; zie het overzicht in Van Duyne & 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 één of meer raadsheren hun minderheidsstandpunt bekend maakte en de raadsheren dus onderling van mening verschilden. Op die manier werd de invloed van de persoon van de rechter op zijn beslissingen wel erg overschat.

De twee enige studies waarin de invloed van persoonlijkheidskenmerken van de rechter op het beslissingsgedrag direct werd onderzocht zijn van Ten Kate & Van Koppen (1984) en van 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 & 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) werden die verschillen gevonden. Aan 114 rechters werden negen eenvoudige casus werden 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 beïnvloedt 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 werkelijk op in een minderheid van de zaken waarbij dat mogelijk zou zijn.

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 & 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 & Wynne 1989; Fienberg 1989; Vidmar & Van Koppen 1991). Niet alleen maken rechters bij het waarderen van bewijs aanwijsbare fouten (Crombag & Cohen 1991), maar bewijsmiddelen kunnen 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. De ene stroming tracht de typische wetenschappelijke top-down-manier van redeneren op de rechterlijke beslissing toe te passen. De beslissing is dan als het ware het testen van een hypothese tegen het aanwezige bewijs. De andere stroming acht het 'story'-model een adequate beschrijving van de beslissing over de feiten.

Degenen die de feitenbeslissing beschouwen als een berekenbare beslissing waarin hypothesen worden getoetst, hebben voornamelijk hun toevlucht gezocht tot het zogenaamde Baysiaanse beslissingsmodel dat is vernoemd naar de Achttiende eeuwse Schotse dominee Bayes (Cohen 1977; Edwards 1988; Eggleston 1983; Finkelstein & Fairly 1970; Goldsmith 1980; Kadane & Schum 1996; Kaplan 1968; Tribe 1971a; Saks & Kidd 1980; Schum 1979 1994). Het model gaat uit van het probleem waarvoor ook 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 (Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992; Wagenaar, Van Koppen &

Crombag 1993). 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 verandert. De mate waarin die waarschijnlijkheid verandert wordt bepaald door de diagnostische waarde van het bewijsmiddel (zie Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992; vgl. Green & Swets 1966).

Het Baysiaanse model van beslissen kent nogal wat problemen. De eerste is de *a priori* waarschijnlijkheid. Die moet 0 zijn, want de verdachte is onschuldig totdat het tegendeel bewezen is. Als dan de *a priori* waarschijnlijkheid wordt vermenigvuldigd met de diagnostische waarden van de aangedragen bewijsmiddelen (want zo gaat dat in de formule van Bayes), dan kan de *a posteriori* waarschijnlijkheid van schuld nooit anders dan 0 worden, en wordt niemand veroordeeld (vgl. Wagenaar 1988:149). Bayes formule mag dan rechtstheoretisch onjuist zijn, in de praktijk blijkt de *a priori*-waarschijnlijkheid van schuld juist doorslaggevend voor de uiteindelijke beslissing. Experimenten van Schönemann lieten zien dat als rechters voorafgaand aan de zitting het dossier hebben gelezen -- in het inquisitoire systeem voornamelijk samengesteld uit materiaal dat het openbaar ministerie heeft aangedragen -- aanzienlijk meer veroordelen dan rechters die zonder voorbereiding aan de zitting beginnen (Schönemann 1983; Schönemann & Bandilla 1989). Schönemanns resultaten werden bevestigd in onderzoek door Koehler (1991), die concludeerde dat "[a]ny task that prompts a person to temporarily accept the truth of a hypothesis will increase his or her confidence in that hypothesis" (1991:502).

Een voorwaarde voor het Baysiaanse model is eveneens dat de diagnostische waarde van bewijsmiddelen zinvol in getallen omgezet kan worden. Dat kan als er goed onderzoek gedaan is (de diagnostische waarde van een goed uitgevoerde Oslo-confrontatie is bijvoorbeeld 15, zie Wagenaar & Veefkind 1992, en van de zogenaamde poppenmethode slechts 4,5, zie Jampole & Weber 1987; Skinner & Berry 1993). Van de meeste vormen van bewijs kennen wij de diagnostische waarde niet, zelfs niet van vingerafdrukken en DNA-onderzoek (Easteal, McLeod & Reed 1991; Macalister 1989; Roberts 1991; Saks 1989; Saks & Koehler 1991). Empirisch onderzoek kan daarom nauwelijks tot getalsmatige conclusies voor de forensische praktijk leiden (Bekerian 1993; Egeth 1993; Wells 1993; Yuille 1993). Door deze en andere problemen is de Baysiaanse benadering slechts bruikbaar voor sommige bewijsmiddelen in een zeer beperkt aantal zaken (zie Edwards 1991; Schum 1994; Kadane & Schum 1996).

Uit onderzoek blijkt dat het 'story'-model (zie in het algemeen Rumelhart 1975; Robinson 1981; Van Dijk 1980; Van Koppen 1995) een adequatere beschrijving geeft van de feitelijke beslissing (Bennett & Feldman 1981; Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992; B.S. Jackson 1988; Pennington & Hastie 1986, 1988, 1991, 1992, 1993; Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993). De kern van het 'story'-model is dat bewijs van een tenlastelegging niet geleverd wordt door het aaneenschakelen van bewijsmiddelen, voor ieder waarvan wettig en overtuigend bewijs geleverd is, maar dat afzonderlijke bewijsmiddelen slechts betekenis krijgen door hun plaats temidden van de andere bewijsmiddelen. De afzonderlijke bewijsmiddelen dienen weliswaar op de een of andere wijze in de werkelijkheid verankerd te worden, maar 'wettig en overtuigend bewijs' kan slechts slaan op het verhaal van de tenlastelegging als geheel. Een verhaal is niet enkel een aaneenschakeling van losse mededelingen, maar bestaat tevens en vooral uit de -- dikwijls door de verteller impliciet gelaten -- verbanden tussen de afzonderlijke mededelingen. Bewijzen is derhalve een kwestie van verhalen vertellen, gebruik makend van bewijsbare feiten.

De eerste interessante poging om een theorie te ontwikkelen over wat in strafrechtelijke context een goed verhaal vormt werd ondernomen door Bennett en Feldman (1981). Een goed, dat wil zeggen door toehoorders voor waar gehouden en dus overtuigend, verhaal: (a) een gemakkelijk te identificeren centrale handeling ('central action'); en (b) een context ('setting') die een gemakkelijke interpretatie van de centrale handeling toelaat. De centrale handeling vormt de kern van het tenlastegelegde misdrijf: wie deed wat? De interpretatieve context geeft de omstandigheden waaronder de centrale handeling zich afspeelde: tijd, plaats en overige omstandigheden. In een 'goed' verhaal moet de context voldoende aanknopingspunten bevatten om met behulp van inferentie de centrale handeling aannemelijk te maken: waarom deed de dader wat hij deed of, anders gezegd, waren de omstandigheden zo, dat het misdrijf 'logisch' was?

In een strafzaak is de officier van justitie dus als een detectiveschrijver: hij moet een 'goed' verhaal vertellen (Van Koppen 1991). Daarbij heeft hij echter een handicap: alle componenten van het verhaal moeten met behulp van bewijsmiddelen 'wettig en overtuigend' bewezen worden. Maar de bewijsmiddelen zijn op zichzelf genomen opnieuw verhalen die op zichzelf genomen niets bewijzen.

Strafrechtelijke verhalen bestaan dus uit hiërarchieën van in elkaar geneste deelverhalen. Dat geldt ook voor bewijsmiddelen als documenten en getuigenverklaringen: bij ieder bewijsmiddel hoort een verhaal, dat informatie bevat over de bewijskracht ervan. Het staat de beslisser vrij om op ieder niveau van de hiërarchie van geneste verhalen te beslissen of hij dat verhaal en alles wat daar boven ligt als waar zal aanvaarden dan wel verwerpen. Als waar aanvaarden van een (deel)verhaal gebeurt door een algemene regel voor waar te houden, waaronder het als waar te aanvaarden (deel)verhaal gesubsumeerd kan worden. Die algemene regels vormen de ankers van het (deel)verhaal; het subsumeren van een concreet (deel)verhaal onder zulk een regel vormt de verankering ervan. Hoe dieper de beslisser afdaalt in de hiërarchie van geneste deelverhalen (bijvoorbeeld door een getuigedeskundige te laten verklaren over een getuigeverklaring; Crombag 1992), hoe specifiek de algemene regel wordt, die als anker moet dienen. Hoe specifiek de algemene regel waarvoor men voor anker gaat, hoe veiliger de verankering, dat wil zeggen hoe meer vertrouwen men mag hebben in de beslissing om die regel als waar te aanvaarden of als te onwaarschijnlijk te verwerpen. Tegen een aldus genomen beslissing kan degene die bij een andere beslissing dan genomen belang heeft, zich op twee manieren verweren: ofwel de algemene geldigheid van de regel die tot anker dient aanvechten, ofwel argumenteren dat het in casu om een door de regel zelf mogelijk geachte uitzondering gaat. Hoe hoger het niveau van de hiërarchie van geneste deelverhalen waarop men beslist, hoe algemener de algemene regel waarvoor men voor anker gaat en hoe onveilig of riskanter de beslissing.

Het beslissingsproces volgens het 'story'-model moge sommigen verrassend voorkomen, het bevat tenminste één vertrouwd kenmerk: de bewijsbeslissing wordt voorgesteld als een subsumptie van het concrete geval onder een algemene regel, als een deductief redeneerproces derhalve. Het deductieve karakter van de gebruikte logica is echter grotendeels schijn: uitgangspunt van het denkproces is niet de algemene regel, uitgangspunt is het concrete geval of een deel daarvan. Vervolgens vraagt men zich af of er een generalisering te bedenken is, waarvan het concrete geval een instantie zou kunnen zijn en aan de geldigheid waarvan men zonder al te groot risico geloof kan hechten. Daarin zijn mensen zeer bedreven: het is de wijze waarop wij allerlei onverwachte gebeurtenissen die ons overkomen of die wij waarnemen verklaren. Mensen houden niet van een onbegrijpelijke wereld. Dus zoeken en vinden zij meestal voor alles een verklaring in de vorm van een regel die meestal (maar niet altijd) geldig is. Bij die generalisering gaat het om wat Jonathan Cohen 'common-sense presumption' noemde over menselijk gedrag en de wereld waarin het zich afspeelt. "[O]ver a

lifetime most people tacitly invoke enormous numbers of such generalizations about human intentions, attitudes, emotions, or actions, and about numerous other matters" (Cohen 1977:247). Vroeg of laat in de hiërarchie van geneste deelverhalen verankert de rechter een (deel)verhaal in dergelijke 'common-sense presumptions'. Dat mag hij, omdat 'feiten en omstandigheden van algemene bekendheid' overeenkomstig lid 2 van art. 339 Sv 'geen bewijs behoeven.' Bewijzen houdt in dat men het verhaal van het openbaar ministerie of delen daarvan via één of meer tussenstappen verankert in feiten en omstandigheden van algemene bekendheid, die geen (verder) bewijs behoeven. Men kan daarbij heel precies te werk gaan en diep in de hiërarchie van geneste verhalen afdalen door voor ieder aangevoerd bewijsmiddel nader bewijs te vragen. Maar aan zulk een doorvragen moet natuurlijk ooit een einde komen, vroeg of laat moet men voor een of meer feiten van algemene bekendheid voor anker gaan. Hoe vroeger men dat doet, hoe riskanter de beslissing. Een extra risico ontstaat doordat mensen zich meestal niet uitdrukkelijk realiseren hoe de algemene regel waarvoor zij voor anker gaan precies luidt. Die blijft meestal onuitgesproken en daarom meestal ook ondoordacht (zie hierover uitgebreid Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992; Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993).

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 & Van Koppen 1991; voor de U.S.A.: Hans & Vidmar 1986, Hastie 1993; voor Engeland: Robertshaw 1995; voor Noord-Ierland: Jackson & Doran 1995; 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 in de Verenigde Staten 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, met 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 & Kerr 1989). De jury-leden blijken het werk ontzettend serieus nemen. De jury is onderhevig aan hetzelfde soort processen als iedere groep mensen die bijeen komt om een beslissing te nemen. Allereerst moet er een voorzitter 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 voorzitter te kiezen. De voorzitter 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; zie ook Arce 1995). 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. Dat is in de Verenigde Staten in de eerste, en enige, feitelijke instantie altijd een *unus iudex*. De jury beslist echter over het algemeen over de meer belangrijke zaken, die in Nederland zouden worden voorgelegd aan een meervoudige kamer. Met die kwalificatie moeten de resultaten van Kalven en Zeisel ook worden beoordeeld. 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 de conclusie getrokken worden dat de jury het vrijwel even goed doet als de rechter; zowel in straf- als in civiele zaken blijft 22 procent 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 in het algemeen echter niet ingewikkelder te zijn dan de overige zaken. Wat de jury doet als het er echt op aankomt, weten wij echter niet. Vast staat dat de jury nogal wat problemen heeft met gecompliceerde zaken (Heuer & Penrod 1995). Als de jury inderdaad niet geschikt is voor bijzonder moeilijke zaken, zou dat in ieder geval het grote aantal gepubliceerde gerechtelijke dwalingen in de Angel-Saksische landen verklaren (zie onder andere Bedau & Radelet 1987, 1988; Borchard 1932; Brandon & Davies 1973; Fletcher 1992; Frank & Frank 1957; Gardner 1952; Gross 1987; Hale 1961; Hill, Young & Sergeant 1985; Radin 1964; Rattner 1988; Waller 1989; Woffinden 1987; Young & Hill 1983; Zimmermann 1964).