

Rechtspraak is een riskante onderneming

De noodzaak van een geïntegreerd normatief kader

Rechterlijke dwalingen hebben voor onrust gezorgd. Maar magistraten hebben niet het monopolie op missers. Ook artsen, piloten en CEO's bijvoorbeeld kunnen – achteraf gezien – onjuiste beslissingen nemen met ernstige gevolgen. De crux zit hem in de wijze waarop beslissingen werden genomen: daar ging kennelijk iets mis. Hoe kunnen rechters meer vat krijgen op beslisprocessen en verminderen ze daarmee dan de kans op gerechtelijke dwalingen? Dat vraagt om inzicht en een aanpak via een tweesporenbeleid: zowel kritisch terugkijken als voortuitblikken naar beslissingen. Verbeteringen zijn beslist mogelijk maar rechtspreken is en blijft riskant.

1. Een tweesporenbeleid

Een reeks van dwalingen heeft de maatschappelijke druk op de rechtspraak doen toenemen om herhaling hiervan te voorkomen, want de geloofwaardigheid van de rechtspraak staat op het spel. Rechtsprekende organisaties ontlenen hun legitimiteit niet alleen aan het feit dat zij bij wet zijn ingesteld en daarmee bevoegdheden hebben gekregen; zij moeten die ook verdienen door de wijze waarop zij functioneren en waarop zij daarover jegens politiek en publiek verantwoording afleggen.¹ Hoe komt het dat competente en toegewijde rechters toch fouten maken? Waar zitten er in de werkprocessen van de rechtspraak mogelijkheden om te dwalen en op welke wijze zijn dwalingen eventueel te voorkomen? Dit zijn de kernvragen die uit de gesignaleerde problematiek naar voren komen en dus ook beantwoord dienen te worden en over deze kwesties gaat dit artikel. Maar hoe pakken we het probleem dan aan?

'Het leven kan alleen achterwaarts begrepen worden', aldus de Deense filosoof Søren Kierkegaard, 'maar het moet voorwaarts worden geleefd'. Een diepe wijsheid, relevant voor zowel ons persoonlijke als ons professionele bestaan. Tegelijk biedt dit inzicht hulp bij de beantwoording van de vraag hoe we meer greep kunnen krijgen op het vraagstuk van genoemde gerechtelijke dwalingen: dat is steeds een combinatie van evalueren en anticiperen – een tweesporenbeleid dus. Lering willen trekken uit in het oog springende misslagen is goed maar daarmee beschouwen we slechts betrekkelijk willekeurig optredende gebeurtenissen. Belangrijker is om systematisch na te gaan waar zich de kwetsbaarheden in onze werkprocessen bevinden. Het doel van beide is kwaliteitsbewaking en -bevordering van rechtspraak en het middel is een proces van kritische reflectie, daaruit vloeit een agenda voort. Nadenkend over waar het in de zaak *Lucia de B.* misgegaan kon zijn, somde rechter Hofhuis de volgende mogelijkheden op:²

'... de patronen van gebezigde redeneringen, de psychologische wetmatigheden of valkuilen bij rechterlijke oordeelsvorming, de impact van een al gevormd dossier op de (on)bevangenheid van de rechter in zijn verdere onderzoek, de wijze waarop – mogelijk – intuïtief gevormd oordeel doorwerkt in de rechterlijke beslissing en de daarvoor te geven motivering, de keuze van deskundigen, de wijze van vraagstelling aan de deskundigen en de interpretatie van de door hen gegeven antwoorden, en de waarschijnlijkheid van nog veel meer.'

Daarmee benoemt Hofhuis weliswaar de mogelijke pijnpunten maar daarmee zijn ze nog niet opgelost. De aandacht zal zich dus moeten richten op de verbeterprocessen.

Ieder proces verloopt langs de lijnen van achtereenvolgens het feitenonderzoek³ en de uiteindelijke bewijsbeslissing met als ijkpunten:⁴

- de (on)behoorlijkheid van het bewijsmateriaal: wordt er voldaan aan de specifieke voorschriften omtrent het proces van bewijzen? Dit is de *procedurale* rechtvaardigheid;
- de (on)betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal: komt dat op een deugdelijke wijze tot stand? Dit is de *epistemische* rechtvaardigheid.⁵

Filosoof Larry Laudan poneert dat als vaststellen van de waarheid het doel van ieder proces is, dit dan ook betekent dat we eerst en vooral te maken hebben met een kennismachine die ervoor moet zorgen dat er op de juiste wijze naar informatie wordt gezocht en dat die op de juiste manier wordt verwerkt en gehanteerd voor het nemen van een beslissing.⁶ Daarmee doet de kennistheoretische dimensie van de juristerij haar intrede. Deze juridische epistemologie heeft niet alleen een beschrijvende maar juist ook een normatieve functie in hoe we tot het best mogelijke resultaat kunnen komen. In dit artikel zal ik vooral de nadruk leggen op de epistemische dimensie. Iedere rechterlijke beslissing is immers zo goed als de informatie waarop deze is gebaseerd. Dat

* Dr. dr. R.W.M. Giard is als universitair hoofddocent verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law van de Erasmus Universiteit te Rotterdam en werkt als klinisch patholoog in het Maasstad Ziekenhuis in die stad. Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan mr. Diederik Aben en prof. Willem van Boom voor hun commentaren op eerdere versies van dit artikel.

1. Zie Ph.M. Langbroek, 'Kwaliteitszorg voor rechtspraak', *Justitiële verkenningen* (35) 2009-4, p. 31-41.

2. H.F.M. Hofhuis, 'De Rechtspraak en Lucia de Berk', *TREMA* 2010-6, p. 226-227.

3. Zie daarover D.J.C. Aben, 'De facto', *RMThemis* 2010-5/6, p. 223-232.

4. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, § 10.3 en M.J. Dubelaar, 'Nullius in verba: waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces', in: J.H. Crijns e.a. (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 95 e.v.

5. Het woord 'epistemisch' heeft betrekking op de term 'epistemologie', d.i. kennistheorie, afgeleid van het Griekse woord epistēmē = kennis.

6. Zie L. Laudan, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*, New York: Cambridge University Press 2006. Zie ook A.R. Mackor, 'Het belang van waarheid in het strafproces', *RMThemis* 2010-5/6, p. 245. e.v.

vraagt dus, op z'n Kierkegaards, waar het epistemisch is misgegaan bij een dwaling en waar het mis zou kunnen gaan aan de hand van een risico-inventarisatie. Die twee lijnen worden verkend en ik pleit voor een geïntegreerd normatief kader waarbinnen de juristerij opereert.

2. Achterwaarts begrijpen

Iedere dwaling verlangt een causale verklaring, maar het op objectieve wijze achterwaarts begrijpen is beslist niet eenvoudig. Daarbij liggen vele methodologische valkuilen op de loer, want calamiteitenonderzoek is een vakgebied op zich. Bij het zoeken naar de uitleg lopen we enerzijds het risico ons te veel te laten leiden door de bekende afloop en anderzijds niet diep genoeg te graven. De methodologie van onderzoek naar missers is zowel van belang bij de dagelijkse rechtspraktijk als bij het onderzoek van gerechtelijke dwalingen.⁷

Na tal van rapporten en beschouwingen over misslagen van magistraten te hebben gelezen, valt mij het volgende op. In de eerste plaats beperken rapporteurs zich vooral tot het benoemen van fenomenen ('tunnelvisie', 'een cascade van fouten' etc.) zonder naar de dieper liggende oorzaken daarvoor te zoeken. Uit zowel observationeel als experimenteel psychologisch onderzoek is gebleken waarom en hoe mensen kunnen dwalen en welke maatregelen kunnen helpen bij het voorkomen daarvan. Waarom wordt er amper van die inzichten gebruikgemaakt? En zijn de aanbevolen therapeutische maatregelen (waaronder: reflectie, vaker gebruikmaken van meervoudige kamers etc.) wel voldoende empirisch op hun waarde getoetst? Ze zouden ook een averechtse uitwerking kunnen hebben.

Vervolgens wordt deze problematiek – vergissen is immers al te menselijk – te weinig in een breder kader geplaatst. We zullen het foutbegrip nader operationeel dienen te omschrijven. In het aansprakelijkheidsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen een wel of niet toerekenbare tekortkoming. Hoe 'vertaal' je dat leerstuk nu voor het definiëren en beoordelen van vermeende magistratuurlijke misslagen? De in de publiciteit gekomen strafrechtelijke bedrijfsongevallen maken deel uit van de grotere verzameling van alle fouten gemaakt door de rechter. Pas dan blijkt de werkelijke omvang ervan en die bepaalt mede de urgentie om er iets aan te gaan doen. Voor wie niet alleen inzicht in maar ook overzicht over de rechterlijke onvolkomenheden wil hebben, zijn dit belangrijke aandachtspunten.

Er mag tevens zowel meer over de grenzen van het vak als die van het land gekeken worden. Dwalingen zijn niet uitsluitend aan rechters voorbehouden maar komen ook bij andere professionals voor die in situaties van onzekerheid beslissingen moeten nemen. Wat zijn de overeenkomsten en wat de verschillen als die uiteenlopende professionele contexten worden vergeleken? De problematiek van gerechtelijke dwalingen is bepaald geen puur Nederlandse kwestie. Waarom wordt er zo weinig over de grens gekeken? Voor een beter begrip van het ontstaan

en ook het voorkomen van dwalingen bepleit ik verplichte grensoverschrijdingen maar ook meer interdisciplinairiteit.

2.1. De tunnelvisie van tunnelvisie

Hoe blijkt of we een kwestie ook werkelijk hebben doorgrond? Daarvoor hebben we criteria nodig: benoemen we of verklaren we een fenomeen, hoe diepgravend is de verklaring en maken we ons niet schuldig aan circulariteit?⁸ We kunnen ergens een etiket opplakken zonder dat dit ons daadwerkelijk inzicht verschaft. Bij analyse door de commissie-Posthumus van de Schiedammer parkmoord in 2005 bijvoorbeeld wordt 'tunnelvisie' als belangrijkste verklaring voor de dwaling aangevoerd, maar daarmee wordt vooral een etiket opgeplakt en niet doorgepakt naar de oorzaken van dit psychologisch fenomeen.⁹ We moeten dieper in deze problematiek duiken.¹⁰ Welke cognitieve oorzaken liggen aan tunnelvisie ten grondslag en kunnen we die vervolgens weer verklaren? Ten slotte wijs ik op de circulariteit van de uitleg: tunnelvisie verklaart de gerechtelijke dwaling, terwijl de dwaling tunnelvisie als verklaring rechtvaardigt. Politiek en samenleving vragen om een snel resultaat van onderzoek van een foute rechterlijke beslissing, maar daarbij gaat de aandacht meer uit naar *wie* er iets fout heeft gedaan dan *wat* er in die specifieke situatie aanleiding tot het abuis gaf, de fundamentele attributiefout.¹¹ Objectief oordelen achteraf is knap lastig.¹²

2.2. Het topje van de ijsberg?

Zijn de gerechtelijke dwalingen slechts onwelkome op zichzelf staande incidenten of bestaat er tussen die verschillende misslagen toch enige samenhang en moeten we ons daarover zorgen maken? De enige manier om inzicht te krijgen, is goed onderzoek doen. Het is bepalend hoe we een bedrijfsongeval opvatten: als een buitengewone maar op zichzelf staande gebeurtenis of als een structureel probleem. Gerechtelijke dwalingen zijn op twee essentieel verschillende manieren te onderzoeken: of je onderzoekt elke mogelijke dwaling die kenbaar is geworden tot in detail, een incidentanalyse, of je gaat systematisch op zoek naar mogelijke fouten en je onderzoekt de gevonden afwijkingen zowel individueel als in hun samenhang, een structurele analyse. De eerste modus is passief, de tweede actief.

De bedrijfskundige Herbert Heinrich heeft al in 1931 laten zien dat de structurele benadering duidelijk maakt dat:

- er bij actief systematisch zoeken veel meer misslagen naar voren komen dan uit de gerapporteerde incidenten blijkt;
- er binnen die verzameling dwalingen een hiërarchie van fouten is: er zijn majeure accidenten met veel schade (weinig frequent), incidenten met geringer nadeel (frequenter) en fouten die geen consequen-

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

8. P. Lipton, 'What good is an explanation?', in: J. Cornwell (red.), *Explanations. Styles of explanation in science*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-22.

9. *Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord*, Openbaar Ministerie 2005.

10. E.G.C. Rassin, 'Vijf jaar tunnelvisiecommotie: het moet niet gekker worden', *RMThemis* 2010-5/6, p. 206 e.v.

11. N.J. Roese, 'Counterfactuals, causal attributions, and the hindsight bias: a conceptual integration', *Journal of Experimental Social Psychology* 1996, vol. 32, p. 197-227.

12. R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf', *EeR* 2009-2, p. 41-45.

ties hebben, de bijna-ongelukken (veelvuldig).¹³ Zo vormen deze drie foutklassen in kwantitatieve zin een piramide, waarvan de basis door de misslagen met beperkte betekenis wordt gevormd.

De majeure ongevallen vormen daardoor het topje van de accidentenijtsberg. Alleen aan de hand van 'toevallige' incidenten kan men van een systeem de structurele voedingsbodemp van misslagen niet goed opsporen.¹⁴ Bij de beschouwing van medische misslagen overheerste in het begin de gedachte dat fouten uitzonderlijk waren en eenmalig, maar naarmate men steeds actiever en methodischer naar foutief medisch handelen ging zoeken, bleek het vaker voor te komen en tekende zich een fundamenteel probleem af.¹⁵

De Nederlandse gerechtelijke dwalingen werden tot op heden steeds als incident onderzocht. De uitgangspunten dat rechtspraak een rationeel proces is en dat rechtsmiddelen de gelegenheid bieden om eventuele fouten te achterhalen en te corrigeren, hebben de betreffende dwalingen in elk geval niet weten te vermijden. Bovendien bieden deze uitgangspunten geen systematische toetsing van alle gevallen, want slechts bij een klein deel van alle rechterlijke beslissingen in eerste aanleg wordt geappelleerd. Empirisch onderzoek naar de vraag hoe vaak en waarom uitspraken in tweede aanleg van het eerste oordeel verschilden, heeft tot nu toe nauwelijks plaatsgevonden. Het is in het licht van de kernvragen van dit artikel belangrijk dat dergelijk onderzoek gaat plaatsvinden.

Wie zich vragen stelt over de kwaliteit van rechtspraak, wordt genooddaakt tot het doen van planmatig observationeel onderzoek van de verschillende schakels in de procesketen en de precisie van de beslissing. Maar dan stuit je vervolgens op even fundamentele als praktische vragen als: Hoe definieer je kwaliteit? Hoe meet je dat dan? Hoe moet je de resultaten interpreteren en rapporteren? En hoe moet je het eventueel tekortschieten van de kwaliteit bijsturen? Kwaliteitsbeoordeling is bij uitstek een achterwaarts gericht proces, maar beslist een vak apart.

2.3. Falende forensische diagnostiek

Welke rol falend forensisch onderzoek speelt bij gerechtelijke dwalingen is in ons land nog nauwelijks stelselmatig onderzocht. Een van de weinige enigszins systematische studies van gerechtelijke dwalingen is het *Innocence Project* van de Amerikaanse Cardozo Law School.¹⁶ Inmiddels werd bij 261 veroordeelden vastgesteld dat zij het hun ten laste gelegde misdrijf – vaak

een levensdelict – niet hadden gepleegd, overwegend op basis van later alsnog uitgevoerd DNA-onderzoek dat hen exculpeerde. Waarom waren zij ten onrechte veroordeeld? Misidentificatie door getuigen bleek in bijna driekwart van de gevallen de oorzaak. Bij ongeveer de helft bleek er sprake van onjuist forensisch onderzoek. In een kwart van de gevallen was een valse bekentenis (mede) de oorzaak van de dwaling.¹⁷

Ook studies in andere landen hebben duidelijk gemaakt dat missers bij forensisch onderzoek vaak de belangrijkste oorzaak van een gerechtelijke dwaling zijn. De forensische kennis blijkt dikwijls meer te pretenderen dan zij waar kan maken, te weinig wetenschappelijk onderbouwd te zijn en in de praktijk onvoldoende methodisch getoetst.¹⁸ Nader onderzoek naar verbeteringen is dringend geboden.¹⁹ Professionalisering is het sleutelwoord.²⁰ Een belangrijk facet daarbij is de 'blinding' van forensische onderzoekers voor de contextuele informatie van het misdrijf omdat hierdoor zowel opzet als interpretatie van dat onderzoek kan worden beïnvloed.²¹ Recent heeft de Amerikaanse *National Research Council* een lijvig rapport over deze problematiek uitgebracht.²² Ook in andere landen, bijvoorbeeld Groot-Brittannië, Australië en Canada, verschenen er rapporten over deze materie.²³ Op dit terrein is nog veel te doen, zowel wetenschappelijk als beleidsmatig. Daarnaast dient er meer aandacht te zijn voor de vraag hoe rechters en deskundigen met elkaar communiceren, met name als het gaat om de interpretatie van uitkomsten van forensische diagnostiek.²⁴ We dienen ons te realiseren dat forensisch-technisch onderzoek in kwantitatief opzicht slechts een beperkt aandeel heeft in het totaal van strafprocessen – slechts enkele procenten. Dat verklaart waarom een onjuiste identificatie of een onterechte bekentenis een relatief groot aandeel heeft in de oorzaken van gerechtelijke dwalingen. Forensische fouten dragen echter buitenproportioneel bij aan het totaal aan rechterlijke misslagen.²⁵ Besproken studie laat zien dat het nodig is om zowel methodisch als breed georiënteerd te beoordelen, dan pas kunnen de uitkomsten helpen de weg voorwaarts te vinden.

2.4. Blijven steken in schema's en verdwalen in verhalen

Ieder mens maakt, om betekenis te geven aan informatie, gebruik van *schema's*, een mentaal overzicht dat in de loop der tijd is ontstaan door ervaringen met verschillende soorten prikkels. Het is een georganiseerd kennispatroon dat dienst doet als cognitieve kaart en geheugen-

13. H.W. Heinrich, *Industrial accident prevention: a scientific approach*, New York: McGraw-Hill 1931.

14. E. Hollnagel, *Barriers and accident prevention: or how to improve safety by understanding the nature of accidents rather than finding their causes*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd. 2004, p. 10-24.

15. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 112-116.

16. Zie <www.innocenceproject.org>.

17. Zie de factsheet op <www.innocenceproject.org/Content/351PRINT.php>.

18. M.J. Saks & D.L. Faigman, 'Failed forensics: how forensic science lost its way and how it might yet find it', *Annual Review of Law and Science* 2008, vol. 4, p. 149-171.

19. P. Neufeld & B. Scheck, 'Making forensic science more scientific', *Nature* 2010, vol. 464, p. 351.

20. C. de Ruiter, 'Forensische wetenschappen: op weg naar professionalisering', *EeR* 2010-2, p. 41-45.

21. Zie A.P.A. Broeders, 'De blinde onderzoeker', *TREMA* 2009-6, p. 237-243.

22. Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, Washington DC: The National Academies Press 2009.

23. Voor een (rechts)vergelijkende beschouwing zie: K. Roach, 'Forensic science and miscarriages of justice: some lessons from comparative experience', *Jurimetrics* 2009, p. 67-92.

24. A.P.A. Broeders, "'Begrijpt de rechter wel wat ik bedoel?' – Over het gebruik van "logisch correcte" conclusies in het forensisch identificatieonderzoek', *Ars Aequi* 2010, p. 494-498.

25. P.J. van Koppen, 'Miscarriages of justice in inquisitorial and accusatorial legal systems', *The Journal of the Institute of Justice & International Studies* 2007, vol. 7, p. 50-58.

kapstok. Dit mentale model helpt ons – vaak automatisch – snel en efficiënt te beslissen, maar tegelijkertijd ontnemt het ons zicht op alles wat we hadden kunnen denken en doen als dat schema er niet was geweest.²⁶

Het vormt een bron van bevestigingsbias, omdat schema's gedrag induceren dat dit model bevestigt. De juridische dimensie ervan is dat schema's een beoordelingsmaatstaf vormen. Schema's kunnen ook tot stereotypering leiden. Uiterlijke kenmerken blijken via interpersoonlijke interacties van invloed op het oordeel. Als iemand behoort tot een immigrantengroepering neemt de kans op een negatief oordeel toe terwijl als iemand er goed uitziet dit de kans op een sanctie juist weer vermindert.²⁷

Schema's vormen dus een potentiële bron van beoordelingsfouten en het is daarom noodzaak voor beroepsbeoordelaars om zich hiervan bewust te zijn.

Verwant hiermee is nog een andere kwestie. Er wordt soms gesteld dat het strafrecht noodzakelijkerwijs werkt met een 'narratief waarheidsbegrip'.²⁸ Niet alleen slachtoffers maar ook professionals zullen een buitengewone gebeurtenis proberen te beschrijven door middel van een samenhangend en aannemelijk verhaal.²⁹ Het risico van een dergelijke aanpak is dat de toehoorder overtuigd raakt van de waarheid van een ogenschijnlijk plausibel verhaal dat achteraf onjuist blijkt te zijn. In de epistemologie van het bewijs speelt coherentie een leidende rol. De coherentie van een verhaal is een belangrijk argument voor de geloofwaardigheid ervan, maar is – alweer – tegelijkertijd een valkuil.³⁰

Wanneer we ons beter bewust zijn van deze eigenaardigheden kunnen we onderzoeken hoe dergelijke mechanismen ons kunnen helpen of tegenwerken. Bijvoorbeeld het welbewust zoeken naar alternatieve en aannemelijke verhalen is een goede remedie tegen het misleidend effect van al gepresenteerde coherente verdichtelsels, maar dat is niet alleen de zaak van een van de officieren van justitie of een van de rechters binnen een rechterlijk college, het is een basishouding van alle betrokken onderzoekers.

2.5. Vergissen blijft menselijk!

Falend menselijk oordeel is allesbehalve uniek voor de rechter die tot een beslissing wordt geroepen.³¹ Piloten of artsen bijvoorbeeld kunnen situaties verkeerd beoordelen met soms desastreuze gevolgen. CEO's kunnen onjuiste keuzes maken en hun bedrijf te gronde richten. Het kernprobleem is, zoals al gezegd, de noodzaak van beslissen op basis van informatie waarvan de juistheid

inherent onzeker is, en dan – achteraf gezien – verkeerde keuzes maken.³²

Bij de medische aansprakelijkheid blijkt een diagnostische fout een van de meest frequente redenen voor de eis tot schadevergoeding. Het strafvorderlijke onderzoek en het medisch-diagnostische proces hebben qua problemen praktisch veel met elkaar gemeen, want er moet na onderzoek een opgave opgelost worden en een oordeel geveld. De mogelijke praktische en cognitieve foutenbronnen tonen bij dit alles ook opvallende parallellen. De lessen die er in de geneeskunde zijn geleerd dankzij het systematisch opsporen van fouten en het nader onderzoeken daarvan kunnen daarom ook van betekenis zijn voor het strafrecht.³³ Wat betreft diagnostische fouten kunnen er drie groepen oorzaken worden onderscheiden:³⁴

- aan het systeem gerelateerde fouten: tekortkomingen in de organisatiestructuur, technische tekortkomingen van gebruikte procédés;
- cognitieve fouten;
- 'no-fault errors': de restgroep die overblijft als de eerste twee geen behoorlijke verklaring kunnen verschaffen.

Cognitieve fouten vormen van deze drie de meest frequente oorzaak. Het gaat dan om tekortschietende kennis, fouten bij het verzamelen van gegevens, onjuiste integratie en interpretatie van data, foutief redeneren en verkeerde besluitvorming. Alhoewel nog maar weinig systematisch onderzoek naar de oorzaken van justitiële dwalingen is gedaan, lijkt het aannemelijk dat dergelijke cognitieve misleiding hier ook een rol zal spelen omdat het fundamenteel menselijke patronen zijn.

Toch hebben we ook hier het probleem weliswaar benoemd maar nog niet verklaard. Om welke cognitieve fouten gaat het dan en waarom kunnen we die soms maken? Dit zijn fundamentele vragen en daarom vraagt de bestudering van cognitieve vertekeningen onze aandacht. In dit verband is het m.i. zinvol om deze cognitieve fouten te categoriseren. Eigenlijk kan het denken op drie manieren fout gaan:³⁵

1. het ontbreekt ons aan de juiste gegevens want bij onze zoektocht missen we iets dat we wél hadden moeten ontdekken, of we menen al zeker te zijn van onze zaak na een beperkte opsporingsactie,
2. we trekken onjuiste conclusies uit de beschikbare data en maken zo niet de juiste keuze uit de verschillende opties of

26. Zie R. Vonk, 'Schema's', in: R. Vonk (red.), *Cognitieve sociale psychologie. Psychologie van het dagelijks denken en doen*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2001, hoofdstuk 4, p. 143-194.

27. Zie bijv. J.D. Lieberman, 'Head over the heart or heart over the head? Cognitive experiential self-theory and extralegal heuristics in juror decision making', *Journal of Applied Social Psychology* 2002, vol. 32, p. 2526-2553 en S.R. Sommers, 'Race and the decision making of juries', *Legal and Criminological Psychology* 2007, vol. 12, p. 171-187.

28. Zie F.J. Bex, H. Prakken & B. Verheij, 'Formalising argumentative story-based analysis of evidence', *Proceedings from the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Palo Alto 2007, <rechten.eldoc.ub.rug.nl/root/Algemeen/Recht2/2007/formarsta/>.

29. Zie F. de Jong, 'Tussen schuld en waarheid: narrativiteit', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 207 e.v.

30. A. Amaya, 'Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding', *Episteme: A Journal of Social Epistemology* 2008, vol. 5(3), p. 306-319.

31. J. Reason, *Human error*, Cambridge University Press 1990 en *The human contribution*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd. 2008.

32. Zie S.W.A. Dekker, *Ten questions about human error. A new view of human factors and system safety*, New York: Lawrence Erlbaum Associates 2005.

33. Zie voor een overzicht D.P. Mears & S. Bacon 'Improving criminal justice through better decision making: lessons from the medical system', *Journal of Criminal Justice* 2009, vol. 37, p. 142-154.

34. Zie M.L. Graber et al., 'Diagnostic error in internal medicine', *Archives of Internal Medicine* 2005, vol. 165, p. 1493-1499.

35. Zie J. Baron, *Thinking and deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2008 (4th ed.), hoofdstuk 9 'Actively open-minded thinking', p. 199 e.v. en K. Stanovich, 'The computational biases of human cognition', in: R.J. Sternberg et al. (red.), *The psychology of problem solving*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 291 e.v.

3. we raken de weg kwijt omdat we domweg te veel en te ingewikkeld denken ('Complexity is failed simplicity'³⁶)!

Wanneer we aan de hand van dergelijke psychologische inzichten naar concrete dwalingszaken gaan kijken helpt dat om ze niet alleen beter te begrijpen maar ook kansen op te sporen en te kunnen benutten om dwalingen te voorkomen.

Tot nu toe hebben we vanuit verschillende perspectieven gekeken naar hoe we het best het verleden kunnen onderzoeken. De morele opdracht dat we van onze fouten moeten leren, is vaak makkelijker gezegd dan gedaan. Wie op het punt staat een beslissing te nemen, weet nog niet hoe die uit zal pakken. Achteraf kunnen we onszelf op de borst slaan vanwege onze slimheid of ons geselen vanwege onze stomiteit. Of hadden we domweg geluk of vette pech? Hoe objectiever onze terugblik, des te beter kunnen we lessen trekken en die kunnen ons helpen bij het voorwaarts leven. Maar ervaring is niet alleen de som van onze fouten, we dienen inzicht te hebben in wat we aan het doen zijn. We willen immers in dit opzicht de teugels stevig in handen hebben.

3. Voorwaarts leven

Op welke manier komen we nu vooruit? Hoe kunnen we de kans op mislagen verkleinen? Wie de deugdelijkheid van rechtspraak wil waarborgen, ontkomt niet aan het methodisch reflecteren over de organisatiestructuur, de uitvoering van werkprocessen en het – liefst systematisch – toetsen van uitkomsten. Een belangrijke stap voorwaarts is als we iedere procedure gaan zien als een logische keten van gebeurtenissen waarbij in elke fase wat mis kan gaan en daarbij ons dan af gaan vragen wat er mis zou kunnen gaan. De risico's waaraan rechters blootstaan blijken praktisch uit analyses van dwalingen in het verleden en theoretisch uit een gedegen risico-inventarisatie.

3.1. Ketenkwaliteit

Het strafvorderlijke proces bestaat uit verschillende stappen, de strafrechtenketen. De strafrechter dient, vóór hij de bewijsbeslissing neemt, die hele keten op volledigheid en deugdelijkheid te beoordelen (art. 338 Sv).³⁷ Wie de kwaliteit van rechtspraak wil optimaliseren en garanderen, komt daarom uit op een aanpak die als *ketenkwaliteit* wordt aangeduid.³⁸ In deze keten zijn coördinatie en coöperatie belangrijke factoren. De schakels zijn:

- er komt een delict ter kennis van de politie,
- de plaats van het misdrijf wordt nauwgezet onderzocht,
- de wandaad zal door iemand zijn gepleegd en die moet worden opgespoord,
- er wordt vervolgens door het OM een beslissing genomen om tot vervolging over te gaan,

- er volgt onderzoek ter terechtzitting die ten slotte uitmondt in de bewijsbeslissing.

Deze keten is – spreekwoordelijk – zo sterk als zijn zwakste schakel. Juist *chain management* vraagt enerzijds verbeteringen op grond van ervaringen uit het verleden en anderzijds voor de toekomst een systematische risico-inventarisatie van wat er binnen elke schakel verkeerd zou kunnen gaan. Waar liggen de knelpunten in de ketensamenwerking?

De eerste stap, het onderzoek van een mogelijk misdrijf door de politie, blijkt een cruciale fase want hier gemaakte fouten of tekortkomingen werken door in de rest van de keten. Vandaar dat momenteel veel energie wordt gestoken in de beantwoording van de vraag hoe in dat beginstadium optimaal kan worden gewerkt.³⁹

3.2. De risico's in het algemeen

Wat kan er allemaal misgaan indien zich een kwestie aandient die opgelost moet worden? De rechter wordt geconfronteerd met een probleem dat binnen een juridische context opgelost moet worden en heeft daardoor het volgende gemeen met alle probleemoplossers: het kan misgaan bij de probleemdefinitie, bij het genereren van hypothesen, bij het verzamelen, ordenen en interpreteren van gegevens en ten slotte bij het nemen van beslissingen.

De moeilijkheden van de eerste fase, waarbij de aard van het probleem (of problemen) herkend, gedefinieerd en beschreven dient te worden, kunnen licht worden onderschat, waardoor men op een verkeerd spoor kan komen.⁴⁰ Bij de *Lucia de B.*-zaak bijvoorbeeld werd in de aanvangsfase onvoldoende stilgestaan bij de kwalificatie van de doodsoorzaak: 'of het wetenschappelijk verantwoord is om in de situatie van een onverwacht en onverklaarbaar overlijden menselijk handelen als oorzaak daarvan aan te nemen zonder dat (onder meer) obductie heeft plaatsgevonden'.⁴¹ Het gevaar van *framing*, het op een bepaalde wijze inkaderen van een vermeend delict, is groot. Het vraagt om actief genereren van mogelijke hypothesen, die toetsen en de bereidheid om een probleemstelling gaandeweg te herformuleren wanneer verkregen informatie daar aanleiding toe geeft.

Bij het verzamelen, ordenen en interpreteren van gegevens komt men enerzijds technische en anderzijds cognitieve kwesties tegen. Er zijn bij die denkprocessen verschillende klassen van misvattingen (zie hierboven par. 2.5) die vooral neerkomen op hetzij fouten bij het zoeken naar en interpreteren van informatie, hetzij het trekken van onjuiste conclusies uit de gegevens. Ten slotte dient er door de rechter een bewijsbeslissing genomen te worden: waar kan het daarbij misgaan? Bij dit alles spelen fundamentele psychologische kwesties een rol. Vooral inzichten uit de cognitieve psychologie hebben die problemen zichtbaar gemaakt maar ook mogelijk-

36. E. de Bono, *Simplicity*, London: Viking 1998.

37. Zie o.m. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, m.n. hoofdstuk XVIII (p. 641 e.v.).

38. In de Angelsaksische literatuur wordt dit vaak als 'chain management' aangeduid.

39. Zie Th. Derksen, *Scenariomapping en informatiegestuurd politiewerk*, Politieacademie 2009.

40. Zie J.E. Pretz, A.J. Naples & R.J. Sternberg, 'Recognizing, defining, and representing problems', in: R.J. Sternberg et al. (red.), *The psychology of problem solving*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 3-30.

41. Hof Arnhem 14 april 2010, *LJN* BM0876, r.o. 2.2.1.

ke oplossingen aangedragen.⁴² Het is dus de moeite waard daarvan kennis te nemen.

3.3. De risico's in de beginfase: politie en OM

Een even methodisch als zorgvuldig uitgevoerd technisch onderzoek in de initiële fase blijkt veelal van doorslaggevend belang. Een recent verschenen publicatie van de Politieacademie laat zien hoe de eerste stappen na het ontdekken van een delict bepalend kunnen zijn voor het succes van het onderzoek.⁴³ In het zogeheten 'scenario-mapping en informatiegestuurd politiewerk' wordt eerst door het onderzoeksteam een inventarisatie gedaan van mogelijke hypothesen over wat er gebeurd zou kunnen zijn. Die worden vertaald in scenario's en van elke mogelijkheid wordt vervolgens bepaald welke informatie nodig is, wat we al weten en wat we nog zouden moeten weten om dat script te kunnen verifiëren of falsificeren. De technische uitvoering van het onderzoek op de plaats delict wordt nationaal en internationaal meer en meer geprofessionaliseerd.⁴⁴ Het besef dat de forensische wetenschappen een kwaliteitsslag moeten maken, is overal groeiende, met een inventarisatie van problemen en een agenda voor verder onderzoek en aanpak.⁴⁵ Met name de evaluatie van de Schiedammer parkmoord heeft in 2005 geleid tot het *Programma Versterking Opsporing en Vervolging* (PVOV). In dat PVOV zijn maatregelen uitgewerkt die tot goede onderlinge communicatie tussen politie, NFI en het OM moeten leiden en ervoor zorgen dat de kwaliteit en de professionaliteit worden versterkt. In mei 2010 werd het eindrapport gepubliceerd.⁴⁶ De onvermijdelijke vraag rijst of het vanaf nu beter of eerder bureaucratischer is geworden.

3.4. De risico's bij het nemen van de bewijsbeslissing

Het nemen van een beslissing vraagt van een rechter meer dan alleen juridische vaardigheden. Wat is er nodig om onbevooroordeeld en op de juiste wijze informatie te verwerken, die te kunnen overdenken en ten slotte te beslissen?⁴⁷ Psychologie en neurowetenschappen hebben duidelijk gemaakt hoe complex het uiteindelijke proces van beslissen is en hoe mensen daarbij gemakkelijk kunnen dwalen.⁴⁸ In tegenstelling tot de gangbare opinie nemen we veel van onze besluiten onbewust. Zij hoeven daardoor niet slecht te zijn.⁴⁹ Doen rechters dat anders? Het vinden van antwoord op de ogenschijnlijk eenvoudige vraag 'Hoe oordeelt de rechter?' blijkt behoorlijk lastig.⁵⁰ Het motiveren van vonnissen dwingt de rechter argumenten aan te dragen waarop de beslissing is gebaseerd, dat is de legitimatie van het rechterlijk oordeel.

Het is echter niet onmogelijk dat op die manier een onbewust genomen besluit achteraf van (goede) redenen wordt voorzien.

Welhaast nog ingewikkelder is het proces van besluitvorming in groepen, zoals het geval is bij een meervoudige kamer van (drie) rechters. Het is maar de vraag of het groepsproces steeds garant staat voor een beter resultaat vanwege de gezamenlijke cognitieve inspanning. Dat kan inderdaad het geval zijn, maar vaker blijkt het resultaat toch achter te blijven bij de verwachtingen.⁵¹ Het kan zelfs averechts werken.⁵²

Daarnaast rijst de actuele vraag wat de invloed is van een beperkte voorbereidingstijd in combinatie met een steeds hogere werkdruk op de kwaliteit van de beslissingen. Al de zojuist genoemde thema's maken duidelijk dat meer empirische navorsing van deze materie beslist nodig is: niet alleen descriptief maar vooral ook experimenteel. Langs die weg kan duidelijk worden hoe we beslissingsprocessen kunnen optimaliseren.

Eén ding staat als een paal boven water. Met hoeveel zorg men het proces van besluitvorming ook omgeeft, het is en het blijft een feilbaar proces vanwege de onzekerheid van de juistheid van het resultaat. De finale rationele rechterlijke beslissing is weliswaar deductief en neemt de vorm aan van het zogeheten 'juridisch syllogisme', maar de benodigde premissen (in elk geval die van feitelijke aard) moeten vrijwel altijd langs empirische, dus langs niet-deductieve, weg worden verkregen. De uitkomst van de rechtspraak is daarom inherent kwetsbaar. Het zou onjuist zijn om de rechter een resultaatsverplichting op te leggen. Rechtspraak blijft in dit opzicht hoe dan ook riskant.

4. Een geïntegreerd normatief kader

Men kan juristen ruwweg in twee groepen verdelen, de traditionalisten en de contextualisten, aldus de rechtsfilosoof Ton Hol.⁵³ De eerstgenoemden hebben een groot – ja bijna blind – vertrouwen in de rechtswetenschap, terwijl de tweede groep de noodzaak onderkent van inbreng uit niet-juridische disciplines voor goede beroepsbeoefening. Immers, hoe gedetailleerd van uitvoering en hoe ver dat systeem ook reikt, het positieve recht biedt geen exacte instructies voor informatieverwerking, interpretatie en het oplossen van de beslistkundige dilemma's die voortvloeien uit de concrete problemen die de jurist voorgeschoteld krijgt. In de kennistheorie wordt wat betreft de zoektocht naar betrouwbare kennis onderscheid gemaakt tussen twee benaderingen: het rationalisme en het empirisme. Rechtsgeleerdheid wortelt ty-

42. C. Guthrie, 'Insights from cognitive psychology', *Journal of Legal Education* 2004, vol. 54, p. 42-48.

43. Th. Derksen, *Scenariomapping en Informatiegestuurd Politiewerk*, Politieacademie 2009.

44. M. Roos, 'Onderzoek op de plaats delict', *Ars Aequi* 2010, p. 490-493.

45. Zie o.a. B. Budlowe e.a., 'A perspective on errors, bias, and interpretation in the forensic sciences and direction for continuing advancement', *Journal of Forensic Sciences* 2009, vol. 54, p. 798-809.

46. Zie College van procureurs-generaal, Parket-Generaal, *Eindrapportage OM-programma Versterking Opsporing en Vervolging*, Den Haag: 2010.

47. J. Baron, *Thinking and deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2008 (4th ed.).

48. E.U. Weber & E.J. Johnson, 'Mindful judgment and decision making', *Annual Review of Psychology* 2009, vol. 60, p. 53-85.

49. Zie het boek van A. Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2007.

50. Zie C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review* 2000, vol. 86, p. 777-830 en C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: how judges decide cases', *Cornell Law Review* 2007, vol. 93, p. 1-44.

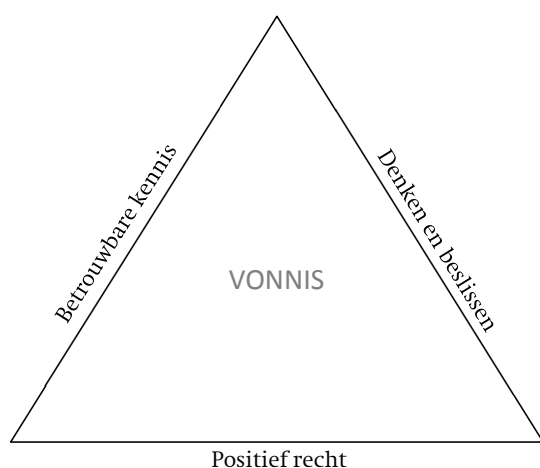
51. C.K.W. de Dreu, B.A. Nijstad & D. van Knippenberg, 'Motivated information processing in group judgment and decision making', *Personality and Social Psychology Review* 2008, vol. 12, p. 22-43.

52. W. Steinel, S. Utz & L. Koning, 'The good, the bad and the ugly thing to do when sharing information: revealing, concealing and lying depend on social motivation, distribution and importance of information', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2010, vol. 113, p. 85-96.

53. A.M. Hol, 'Rechtspraak is tegenspraak', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis, Opstellen aangeboden aan prof. J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 35-59.

pisch in die rationalistische traditie. Daarentegen vraagt forensisch onderzoek, gedragsonderzoek van een verdachte of het analyseren van medische aansprakelijkheid om feitenonderzoek dat is gebaseerd op zintuiglijke waarnemingen en het plaatsen van die uitkomsten in een breder interpretatiekader, bij uitstek het terrein van de empirische wetenschappen.⁵⁴

Het moge uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden dat bij de rechterlijke oordeelsvorming die twee kennisoriëntaties samengevoegd dienen te worden: rationalisme en empirisme zijn eenvoudigweg tot elkaar veroordeeld. Deze noodzaak wordt meer en meer erkend en dat blijkt ook uit het feit dat leden van de magistratuur via het opleidingsinstituut van de rechterlijke organisatie SSR en (andere) aanbieders van nascholing een ruimschoots 'contextualistische' opleiding kunnen volgen. Maar dat is tot nog toe tamelijk hapsnap en kan daardoor verwarrend werken omdat de grote lijn ontbreekt: hoe hangen die onderwerpen nu allemaal samen? Hoe krijg je werkelijk vat op deze problematiek? De volgende figuur probeert die verbanden te laten zien.



Het positieve recht is uiteraard belangrijk – het vormt in de figuur de basis van de kennisdriehoek – maar niet langer het enige kader. Er dient een geïntegreerd normatief kader te komen: hoe kom je aan betrouwbare kennis en wat zijn de juiste wijzen van denken en beslissen? Dat vraagt een goed doordachte aanpak. Want de keuze voor het hanteren van dit normatieve kader heeft vele gevolgen: voor de juridische studie, voor het wetenschappelijk onderzoek, voor de opleidingen van advocaten, leden van het OM en de zittende magistratuur. Dat zal allemaal niet zonder slag of stoot gaan. Onder vele juristen leeft de wens om zich onafhankelijk op te kunnen blijven stellen en dat werd al in 1993 treffend verwoord door de Engelse jurist Fish:

'The law wishes to have a formal existence. That means, first of all, that the law does not wish to be absorbed by, or declared subordinate to, some other – non-legal – structure of concern; the law wishes, in a word, to be distinct, not something else. And second, the law wishes

in its distinctness to be perspicuous; that is, it desires that the components of its autonomous existence be self-declaring and not be in need of piecing-out by some supplementary discourse; for, were it necessary for the law to have recourse to a supplementary discourse at crucial points, that discourse would be in the business of specifying what the law is, and, consequently, its autonomy would have been compromised indirectly.⁵⁵ Deze behoefte aan een autonome positie is anno 2010 niet verdwenen. Wie pleit voor een multidisciplinaire aanpak zal steeds met deze weerbarstigheid te maken krijgen.⁵⁶ Het blijft de rechter die beslist, maar aan de legitimatie van diens uitspraak worden uitgebreidere eisen gesteld, ook niet-juridische. Met methodisch uitgevoerd feitenonderzoek, een juiste ordening en interpretatie en een goed onderbouwde bewijsvoering zal een uitspraak stevig overeind blijven bij kritiek, zowel van vakgenoten als van niet-juristen. Dwalingen van rechters, dokters, piloten en CEO's zijn even onwenselijk als menselijk.

54. Zie R.W.M. Giard, 'Heraclites en Parmenides voor de rechter', *EeR* 2010-5/6, p. 155-158.

55. S. Fish, 'The law wishes to have a formal existence', in: A. Norrie (red.), *Closure or critique: new directions in legal theory*, Edinburgh: Edinburgh University Press 1993, hoofdstuk 9.

56. Zie ook R. van Krieken, 'Legal reasoning as a field of knowledge production: Luhmann, Bourdieu and law's autonomy', *Law, Power & Injustice: Confronting the Legacies of Sociological Research*, Law & Society Association Conference, Chicago 27-29, 2004, <<http://ses.library.usyd.edu.au/handle/2123/967>>.