

Redactioneel

Raimond Giard*

Onwetendheid

Artsen, advocaten, officieren van justitie en rechters: het zijn allemaal professionele beslissers. Er wordt hun een probleem voorgelegd dat ze moeten oplossen en daarvoor hebben ze vakkennis, vaardigheden en praktische ervaring nodig. Maar de belangrijkste componenten van die beslissing zijn natuurlijk de feiten en omstandigheden van het geval. Je zou kunnen stellen dat iedere beslissing zo goed is als de feiten waarop zij gebaseerd is. Nog een stapje verder: het feitenonderzoek is de achilleshiel van de rechtspraak. De spraakmakende gerechtelijke dwalingen van de afgelopen jaren hebben met elkaar gemeen dat het feitenonderzoek steeds niet deugde en dat die manco's tijdens de procedure onopgemerkt bleven. Hier werd door rechters een onjuiste beslissing genomen, gebaseerd op een incorrecte rechterlijke overtuiging. Maar hoe voorkom je nu dergelijke misslagen?

Als normatieve discipline wil de rechtsgeleerdheid dwalingen zo veel als mogelijk is trachten te voorkómen door te omschrijven hoe de werkprocessen van waarheidsvinding en oordelen dienen plaats te vinden. Maar die normering van beide handelingen omvat twee verschillende zaken: enerzijds het formele ('doing the right thing') en anderzijds het materiële aspect ('doing the thing right'). Dat eerste facet is abstract en vindt zijn weerslag in formele rechtsregels:

'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv).'

'Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen (art. 338 Sv).'

Maar nu de praktische vertaalslag hiervan, het tweede aspect, want *hoe* komt de rechter nu tot de juiste beslissing? Is dat (denk)proces goed in regels te vangen? In deze aflevering van *Expertise en Recht* bespreekt Diederik Aben vanuit historisch perspectief de functie van bewijsvoorschriften in het strafrecht. Welke minimumeisen stel je aan het bewijs en wat is het belang van de expliciete motivering door de rechter van diens vonnis? Laat dit complexe proces van data verzamelen, die schiften, analyseren en interpreteren om vervolgens te beslissen en te oordelen, zich vangen in enkele algemene regels van juridische aard als garantie voor de juistheid?

Deze problematiek hoe beslissers tot een optimaal besluit zouden moeten komen, is niet uniek voor het rechtssysteem. Natuurwetenschappelijk gezien kent elk dynamisch systeem achtereenvolgens een input, een verwerkingsproces en een output. Volgens de controletheorie is een systeem controleerbaar als bij een gepaste input het systeem binnen een tijdsperiode van de uitgangssituatie goed naar de eindsituatie kan worden gestuurd. Dat vergt dus dat het gedrag van dat systeem kan worden beïnvloed door het adequaat manipuleren van een overzichtelijk aantal inputvariabelen.¹ Zo geformuleerd klinkt dat bijna nog abstracter dan een formele rechtsregel, maar het gaat over dezelfde problematiek als in Abens artikel: hoeveel en welke inputvariabelen heeft de rechter nodig voor een juiste bewijsbeslissing en hoe gaat hij daarmee om?

* Prof. dr. dr. R.W.M. Giard is hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid bij de Erasmus School of Law, capaciteitsgroep privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1. Y.Y. Liu e.a., 'Controllability of complex networks', *Nature* 2011/473, p. 167-173.

Een ander vakgebied dat zich met deze besluitvormingsproblematiek bemoeit, is de cognitieve psychologie. Hoe nemen mensen beslissingen?² De veronderstelling dat het merendeel van onze beslissingen steeds het resultaat is van een expliciet rationeel proces werd de afgelopen decennia flink onderuitgehaald. Ons functionele brein valt uiteen in twee systemen; systeem I is automatisch/intuïtief en systeem II is expliciet/rationeel.³ Vrijwel al onze besluiten worden automatisch genomen door systeem I. Gevoelens en emoties blijken daarop van grote invloed. Geldt dat nu ook voor rechterlijke besluitvorming en zet dat de betekenis van juridische beslisregels nu feitelijk op de tocht? Dat de rechter via systeem I (vanzelf) beslist is waarschijnlijk en gaat waarschijnlijk in de meeste gevallen goed. Maar gelukkig is er systeem II, de controleur van systeem I, maar dat moet dan wel actief aangesproken worden. De motiveringsplicht dwingt de rechter dat systeem II te hanteren en expliciete argumenten aan te dragen voor de genomen beslissing. Cognitief psychologen betwijfelen overigens of die rationele motiveringsvlag de intuïtief bepaalde beslissingslading steeds voldoende dekt. Maar daarmee wordt de noodzaak tot een goede motivering zeker niet minder, integendeel. Misschien zou voor de door Aben zo goed beschreven problematiek die motivering juist nog meer nadruk moeten krijgen en loont het de moeite er door een methodologische bril preciezer naar te kijken.

Een laatste perspectief op de boven beschreven problematiek vormt de kenistheorie. Essentiële vragen zijn immers: waar vind ik betrouwbare kennis en hoe pas ik die op de juiste wijze toe? De wetenschapsfilosoof Adam Morton spoort voortdurend aan om onszelf steeds de vragen te stellen: wat *denk* ik te weten, wat *zou* ik moeten weten en wat *kan* ik weten?⁴ Ook al is dit geen formele rechtsregel, het belang van deze vragen voor de rechter is er niet minder om. De opdracht tot een juist feitenonderzoek verplicht ons om na te denken over de methoden waarmee we welke informatie verzamelen en de manier waarop we daar vervolgens mee om dienen te gaan.

Misschien is het nog belangrijker dat we in plaats van te inventariseren wat we denken te weten erachter proberen te komen wat we niet weten. Onwetendheid kan simpelweg gezien worden als stupiditeit ('Dat had je toch moeten weten?'). Maar ook betekent dit het volledig in kaart proberen te brengen van de problematiek door het stellen van de juiste – vooral open – vragen zodat onze onwetendheid zichtbaar wordt en zo het verdere onderzoek kan sturen.⁵

Professionele beslissers zijn steeds gedwongen binnen beperkte tijd en met beperkte middelen hun werk te doen. Binnen een juridische context zullen altijd formele regels geformuleerd moeten worden als toetsingskader voor een procedure en de discussie over hun gepastheid en juistheid zal voortduren, maar dit toetsingskader zal geen blijvende oplossing bieden. Maar als het vaststellen van de feiten die de werkelijkheid het dichtst benaderen een kernbeginsel is van billijke rechtspraak, dan vraagt het realiseren daarvan een bredere insteek van meerdere wetenschapsgebieden want het juridische 'doing the right thing' en het kennistheoretische 'doing the thing right' zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

2. Een goed overzicht biedt J. Brockman (red.), *Thinking. The new science of decision-making, problem solving, and prediction*, New York: Harper 2013.

3. Zie D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Business Contact 2011.

4. A. Morton, *A guide through the theory of knowledge*, Oxford: Blackwell 1997.

5. Dit gedachtegoed is mooi uitgewerkt in het boek van Stuart Firestein, *Ignorance. How it drives science*, Oxford: Oxford University Press 2012.