

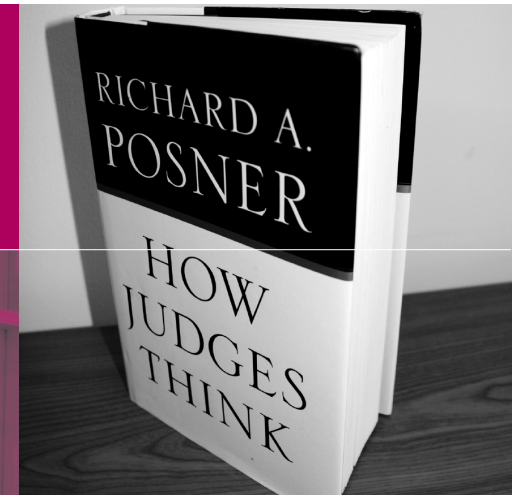
Rechtstreeks is een periodiek van de Raad voor de rechtspraak en richt zich op de praktijk en de ontwikkeling van de rechtspraak in Nederland.

De Amerikaan Richard Posner laat in zijn economisch georiënteerde studie *How Judges Think* zien dat rechters veel meer doen dan alleen maar rechtsregels toepassen. Heeft hij gelijk en geldt dit ook voor Nederland?

Recent verschenen

- 2010 - nr 3 Taakstraffen langs de lat: strafopvattingen van Nederlanders
- 2010 - nr 2 Minderjarigen en jongvolwassenen: pleidooi voor een evidence based strafrecht
- 2010 - nr 1 Rechtspraak en digitale rechtsbronnen: nieuwe kansen, nieuwe plichten

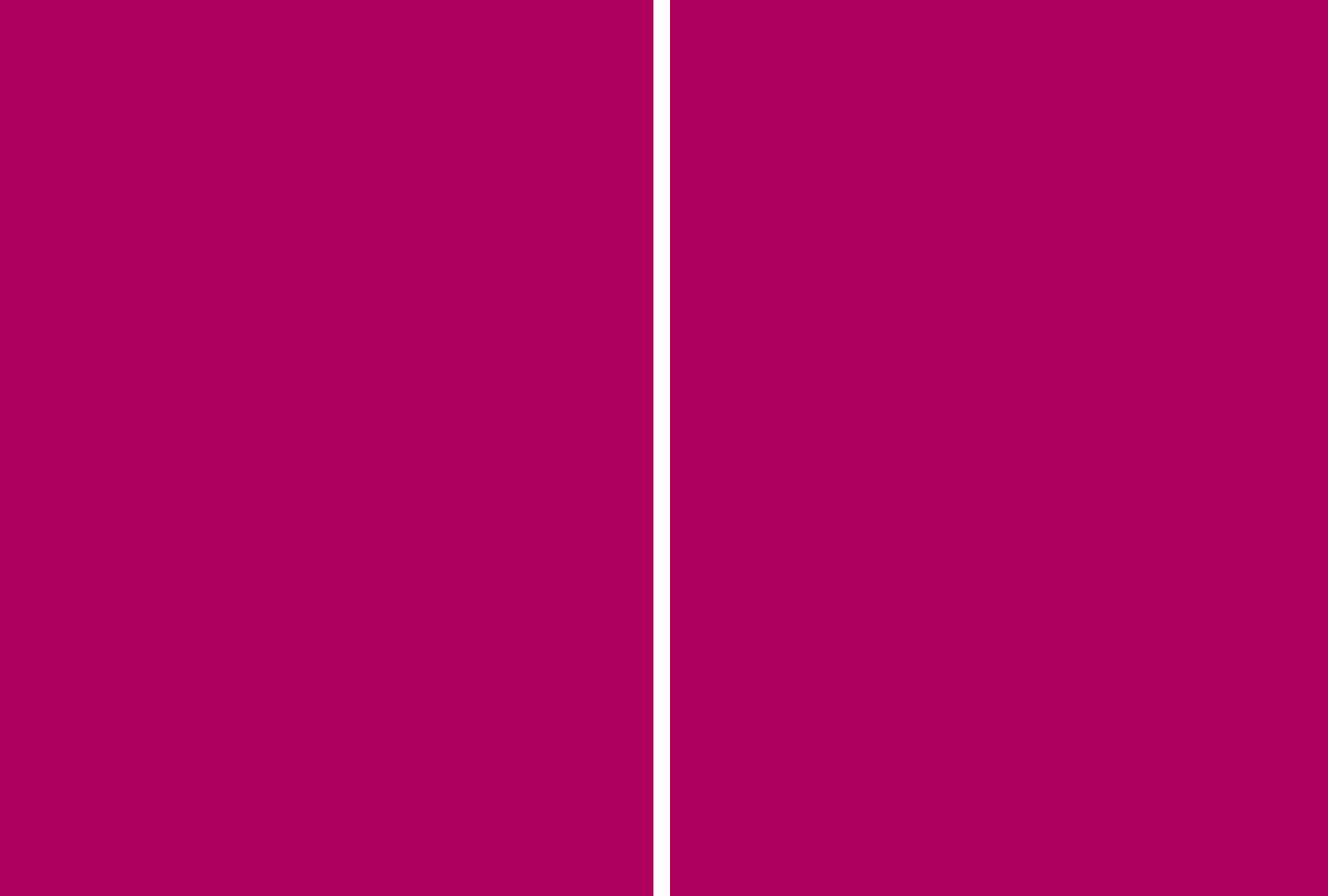
rechtstreeks 2010 nr 4



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

Hoe rechters denken:
wat Posner ons leert



Hoe rechters denken:
wat Posner ons leert

Colofon

Rechtstreeks is een periodiek van de Raad voor de rechtspraak en richt zich op de praktijk en de ontwikkeling van de rechtspraak in Nederland. Het blad stelt zich ten doel wetenschappelijke inzichten en bijdragen aan het publieke debat over de rechtspraak ter kennis te brengen van allen die beroepshalve bij de rechtspraak betrokken zijn. Opname in *Rechtstreeks* betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Redactieraad

Mr. dr. M.I. Blagrove
Rechter rechtbank Rotterdam

Mr. drs. E.C.M. Bouman
Rechter in opleiding Rechtbank Den Haag

Mr. W. Duitemeijer
Raadsheer gerechtshof Arnhem

Prof. mr. J.L.M. Gribnau
Bijzonder hoogleraar kwaliteit van fiscale regelgeving,
Universiteit Leiden en hoofddocent fiscale metho-
dologie, Universiteit van Tilburg

Mr. R. Hartendorp
Rechter, sector kanton rechtbank Utrecht

Dr. C.M. Klein Haarhuis
Senior onderzoeker Wetenschappelijk onderzoek- en
documentatiecentrum (WODC), ministerie van Justitie,
Den Haag

Mr. J.J.M. de Laat
Vicepresident, sector kanton
Rechtbank Utrecht

Redactie

Dr. A. Klijn (hoofdredacteur)
Adviseur wetenschappelijk onderzoek
Raad voor de rechtspraak

Mr. dr. R.P. Mulder (eindredacteur)
Reinjan Mulder research & editing

M.I. Scholtz (secretaris)
Programmasecretaris wetenschappelijk onderzoek
Raad voor de rechtspraak

Dr. F.P. van Tulder
Adviseur wetenschappelijk onderzoek
Raad voor de rechtspraak

Redactieadres

Redactie Rechtstreeks
Raad voor de rechtspraak
Afd. Ontwikkeling
Postbus 90613
2509 LP Den Haag
E-mail: rechtstreeks@rechtspraak.nl

Uitgever

Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Oplage

5000 exemplaren

ISSN 1573-5322

Abonnementen

Rechtstreeks wordt gratis toegezonden aan hen die tot de doelgroep behoren. Wie meent voor toezending in aanmerking te komen wordt verzocht zijn naam, postadres en functie kenbaar te maken aan het secretariaat van *Rechtstreeks* (rechtstreeks@rechtspraak.nl).

Adresmutaties

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel. 070-3789880
of via: www.sdu.nl/service

Retouren

Bij onjuiste adressering verzoeken wij u gebruik te maken van de adresdrager en daarop de reden van retournering aan te geven.

© Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.

Redactioneel

Hebben rechters nog tijd om naast hun dossiers ook andere dingen te lezen? De invloedrijke Amerikaanse filosoof en rechter Richard Posner heeft daarover zijn twijfels. In een discussie met studenten van Duke University antwoordde hij op een vraag die hem werd gesteld:

I have received very little feedback from judges. I don't think that judges do much reading – at least, not much secondary reading. The ordinary judicial job itself requires a great amount of reading. Most judges probably figure that that is enough.'

De discussie, die recent werd afgedrukt in *Duke Law Journal*,¹ ging over zijn veelbesproken boek *How Judges Think* uit 2008, het boek waaraan dit nummer van *Rechtstreeks* is gewijd.² De bijeenkomst met de studenten moet een soort 'Meet the judge' zijn geweest, zoals die bij ons op 24 november j.l. plaatsvonden. Maar voor zover uit de berichtgeving in de dagbladen valt op te maken ging het er bij ons aanzienlijk gemoedelijker aan toe dan in Posners Amerika. De meest opvallende krantenkop was wel: 'Verrassing: rechters zijn best aardig' in *NRC-Handelsblad* van 25 november. Inderdaad: verrassend, vooral omdat daar niet het grootste probleem ligt bij de veel

bediscussieerde 'kloof' tussen burgers en strafrechters. Burgers die ervaring met rechters hebben, zo blijkt uit onderzoek, geven hun vaak een grote pluim voor hun respectvolle optreden. Aardige mensen, die rechters, maar hoe gaan we daarmee om? (Met dank aan Sire.)

Die vraag komt eens te meer op waar het de straftoemeting betreft. Immers, in bevolkingsonderzoeken krijgt de stelling 'criminelen worden in ons land te licht gestraft' of variaties daarop, doorgaans forse instemming. Tegelijkertijd is het zo dat de opvattingen van de bevolking over de vraag hoe de rechter zich in strafzaken moet opstellen – moet hij strenger straffen als het publiek dat wil? – niet erg afwijken van de mening die rechters en aankomend rechters daarover hebben. Vraag aan hen wat de opinie van de bevolking op dit punt zal zijn en ze geven als antwoord dat dit ver verwijderd is van hun eigen opvatting dat rechters zich niet moeten laten leiden door 'de stem des volks'. Maar de bevolking neigt juist duidelijk naar een 'nee' op de vraag of de rechter meer naar het publiek moet luisteren, en staat daarmee niet zover van de magistratuur af. Ook de stelling dat de beslissing van strafrechters vaak niet acceptabel voor de burgers is, kan op minder steun van de burgers

1 'A Conversation with Judge Richard A. Posner', *Duke Law Journal* Vol 58. p. 1807-1823.

2 Richard A. Posner, *How Judges think*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 2008.

rekenen dan (aankomend) rechters denken.³ Wie de plaatjes erop naslaat, ziet dat er op een aantal punten duidelijke verschillen van mening zijn, geen misverstand daarover. Maar er is variatie en dat betekent dat men elkaar in zekere zin verstaat. Er is geen onoverbrugbare zwart-wit tegenstelling. Dat laatste blijkt ook uit het (naar mijn mening binnen de Rechtspraak veel te weinig besproken) onderzoek van Willem Albert Wagenaar.⁴ Dat maakt duidelijk dat burgers die van alle relevante informatie zijn voorzien eenzelfde afweging als rechters kunnen maken en ook op vergelijkbare straffen kunnen uitkomen.

De moraal van dit verhaal is: voorkom de hyperbool, de overdrijving, die de indruk wekt dat we in een situatie leven waarin rechters lijnrecht tegenover burgers staan. Een wat dit betreft triest stemmend voorbeeld is het omslagverhaal dat onlangs in *Elsevier* verscheen.⁵ Daarin werd weer eens de canard gedebiteerd dat daders van ernstige delicten al te vaak met een taakstraf weggelaten, waaraan zij zich vervolgens ook nog eens gierend van de lach onttrekken. Een versleten echo van de *Zembla*-uitzending uit de herfst 2007, waarvan inmiddels allang is vastgesteld dat die de feiten verdraaide. De onderliggende suggestie van *Elsevier* dat de bevolking de taakstraf niks vindt, is bovendien een overdrijving van jewelste. En wat doet het blad

met het gegeven dat taakstraffen meer positief effect lijken te hebben dan de gevangenisstraf? Daarover ging onder meer nog het vorige nummer van *Rechtstreeks*, maar ach, ook journalisten hebben misschien wel veel te weinig tijd om te lezen. Ontluisterend, dat wel.

Ik dwaal af. Komt dat door het gezapige karakter van de discussie op Duke University met Richard Posner? En dat terwijl de Dean van de faculteit, David Levi, in de zaal zat: van hem verscheen juist een uitermate kritische recensie van Posners boek, onder de titel *Autocrat of the armchair*.⁶ Na enkele plichtplegingen aan het adres van Posner valt Levi in die recensie meteen met de deur in huis. Laat ik hem maar uitgebreid citeren:

Is he an empiricist? To be more precise, as a researcher who purports to describe how most judges think at all levels of the legal system, does he identify a reliable, sufficiently large data set and then apply appropriate statistical tests to the data such that others can evaluate the strength of his generalizations and replicate his conclusions using the same or other reliable data sets? Put somewhat differently, if Judge Posner were to take the stand as an expert on how most judges think most of the time, would his testimony be based upon

3 Van der Kraats e.a., *Magistrale perspectieven: de Raio's anno 2010*, Zutphen (SSR), 2010, p. 19-21.

4 W.A. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken. Bewijsbeslissingen, straffen en hun argumentatie*, Research Memoranda nr. 2 2008.

5 S. Wynia, 'De rechter ontluisterd', *Elsevier*, 20 november 2010, p. 21.

6 David F. Levi, 'Autocrat of the Armchair. Reviewing Richard A. Posner, How Judges Think,' *Duke Public Law & Legal Theory. Research Paper Series*, nr. 243, April 2009, p.1791-1805.

“sufficient facts or data” to qualify as “reliable” under the Federal Rules governing admissibility of expert testimony?

Furthermore, as a distinguished judge who advocates for a particular approach to judging, an approach he calls “pragmatism”, does he give sufficient attention to the need for reliable “empirics”: transparent fact-finding that can be challenged and tested, at the very least, by the parties to the litigation? (...)

*Judge Posner is certainly capable of empirical work and understands how it is done and its importance. But in his latest work on judging, *How Judges Think*, he is no empiricist unless we are satisfied with “armchair empiricism”. His generalizations about the ways of the judge and the world are *ex cathedra* pronouncements that generally lack any identified objective support outside of his own experience and belief. For many of his assertions, it would appear that his dataset of judges is a set of one – himself. Further, as an advocate for a particular kind of pragmatic judging – consciously and explicitly making law embodying sound social policy – Judge Posner gives little or no attention to the critical, what I would call “empirical” question: How does the judge, particularly the appellate judge, know what the consequences of a new rule of law will be and whether those consequences are likely to be good for society?*

Tsja, is empirische betrouwbaarheid de enige toetssteen waarmee we een boek als dat van Posner zouden willen beoordelen? Is er niet ook zoiets als de grote visie?

Twee andere auteurs, Charles D. Kelso en R. Randall Kelso, waren milder in hun oordeel. Zij schreven over Posner:

*A reader who, like a legalist, is looking for an organized presentation of principles and supporting evidence, will be disappointed. However, on each topic that occurs to Judge Posner, he has the energy and insight to tell us most or all that he knows about the topic. He seems too absorbed with the fun of writing to worry about such values as succinctness or conciseness. On the other hand, he is quite attentive to clarity, accuracy, comprehensiveness, and vivid imagery. And with extensive footnotes he relates his observations and views to the mainstream of scholarship in America. (...) This book is a valuable addition to a long line of scholarly efforts to describe how American judges think. Its length will prevent it from becoming a classic because, unlike Cardozo’s *The Nature of the Judicial Process* or Karl Llewellyn’s short book *The Bramble Bush*, it cannot or will not be assigned, or even enthusiastically recommended, to every student in law school. Perhaps excerpts or Chapters will find their way into materials on Jurisprudence or into courses on Appellate Advocacy. More likely, some of its ideas will find their way into the thinking of teachers, judges, or practitioners who manage to*

find time to read the book. If so, their time will have been well spent. (...)

Maar dan komt het venijn:

The major drawback of the book is the failure fully to acknowledge that many judges may not decide cases exactly as does Judge Posner.

En dat allemaal nadat de recensenten zo mooi begonnen waren met de constatering dat Richard Posner een wonder is.

Valt er voor gewone magistraten dan niets van Richard Posner te leren? Zeker. Maar wat dan?

Die vraag ligt ten grondslag aan ons besluit zijn boek als onderwerp te nemen voor deze aflevering van *Rechtstreeks*. Een besluit dat mede geïnspireerd werd door wat Carel Smith dit voorjaar in de *Academische Boekengids* over Posner schreef.⁷ In zijn bespreking van *How Judges Think* ging hij dieper in op Posners centrale begrip ‘*pragmatic adjudication*’. Het rechterlijk oordeel, aldus Smith, is in Posners visie niet een afgeleide van regels en redeneringen ‘naar analogie’, maar een oordeel dat gestuurd wordt door een goed oog voor de consequenties van zo’n oordeel voor de samenleving.

Wanneer de lezer bij deze constatering het woord ‘politiek’ te binnen schiet, dan is dat terecht, zolang het maar niet om partijpoli-

tiek gaat. Volgens Posner gaat het bij het vonnissen om een pragmatische ‘grondhouding’, die wellicht gedeeltelijk de ‘toonsoort’ van het oordeel bepaalt, maar niet de uiteindelijke melodie.

Rechterlijke beslissingen zijn ook niet zo maar een mening, afhankelijk van de persoon die ze neemt. Rechtspraak als geschilbeslechting of bestraffing is een proces dat ‘malleable’ is onder invloed van tal van institutionele factoren. ‘De pragmatische rechter’, zo citeert Smith Richard Posner, ‘is een gebonden pragmatist. Hij is, net als de andere rechters, gebonden aan de standaarden die rechters voorschrijven onpartijdig te zijn, zich bewust te zijn van het belang dat het recht voldoende voorspelbaar is om het gedrag te sturen van degenen die eraan zijn onderworpen (inclusief de rechters zelf!), en voldoende gezag toe te kennen aan het geschreven woord in contracten en wetten.’⁸

Er mag dan misschien wat aan te merken zijn op de logische gestrengheid van Posners betogen – vergelijk zijn conclusie dat rechters niet lezen alleen maar omdat hij van hen nauwelijks *feedback* heeft gekregen – als hij gelijk heeft en veel rechters zulke extensieve traktaten als het zijne inderdaad niet ter hand nemen, dan is dat een reden te meer om u hierna in kort bestek te laten zien

7 Carel Smith, ‘Rechters maken eigen regels. En toch is de rechtspraak onpartijdig.’ *De academische boekengids*, nr. 79 maart 2010, p. 13-15.

8 Terzijde kan opgemerkt worden dat Logister in zijn bespreking van een eerder werk van Posner, in *Law, Pragmatism, and Democracy*, uitdrukkelijk wijst op de te snel gemaakte associatie met het pragmatistisch gedachtegoed van de filosoof Dewey. Logister verwijt Posner daar een reductionistische, neoliberale denkwijze onder een verkeerd label binnen te smokkelen. Vgl. *Rechtstheorie & Rechtsfilosofie* nr. 3 2005, p. 319-325.

wat de lezing van zijn boek bij ons teweeg kan brengen. Aan twee rechtseconomen en twee rechtsfilosofen vroegen wij om aan te geven welke waardevolle inzichten de Nederlandse rechter aan Posners boek zou kunnen ontleenen.

Albert Klijn

Inhoudsopgave van Richard Posners *How Judges Think*

How Judges Think?

Introduction

Part I THE BASIC MODEL

- Ch 1 Nine Theories of Judicial Behavior
- Ch 2 The Judge as Labor-Market Participant
- Ch 3 The Judge as Occasional Legislator
- Ch 4 The Mind of the Legislating Judge

Part II THE MODEL ELABORATED

- Ch 5 The Judicial Environment:
External Constraints on Judging
- Ch 6 Altering the Environment:
Tenure and Salary Issues
- Ch 7 Judicial Method:
Internal Constraints on Judging
- Ch 8 Judges are not Law Professors
- Ch 9 Is Pragmatic Adjudication Inescapable?

Part III JUSTICES

- Ch 10 The Supreme Court is a Political Court
- Ch 11 Comprehensive Constitutional Theories
- Ch 12 Judicial Cosmopolitanism

Conclusion



Heico Kerkmeester

Heico Kerkmeester is raadsheer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven en bekleedt een deeltijd professoraat Economische analyse van het recht aan de Universiteit Antwerpen. Tot 2005 was hij Universitair Hoofddocent Rechtseconomie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zijn belangstelling op rechtseconomisch gebied gaat tegenwoordig vooral uit naar de publiekrechtelijke regulering van nutsbedrijven en de rechtshandhaving.



Louis Visscher

Louis Visscher is Universitair Hoofddocent Rechtseconomie bij het Rotterdam Center of Law and Economics (RILE) van de Erasmus School of Law aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij publiceert over uiteenlopende onderwerpen op het terrein van de economische analyse van het privaatrecht, waaronder contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, schadevergoeding, verzekeringen en rechtshandhaving. Hij doceert Rechtseconomie in de opleiding Rechtsgeleerdheid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, alsmede het vak Economics Analysis of Torts and Insurance in de European Master in Law and Economics (EMLE).

Hoe rechters denken: Richard Posner over het werk van de rechterlijke macht

Heico Kerkmeester en Louis Visscher

1 Inleiding

Toen de jurist en rechtsfilosoof Richard A. Posner (1939) in 1981 de overstap maakte van een professoraat aan de University of Chicago naar de rechterlijke macht, had hij al een grote naam verworven met het toepassen van economische inzichten op het recht. Hoewel hij daarna blijk gaf van een nog bredere belangstelling, bleef die economische aanpak kenmerkend voor zijn publicaties, ook voor zijn in 2008 verschenen boek *How Judges Think*.¹ Voldoende aanleiding om dit boek hier vanuit een rechtseconomische invalshoek te bespreken.

Bij het schrijven over de rechterlijke macht kunnen drie economische perspectieven worden onderscheiden.

- In de eerste plaats kan worden gekeken naar factoren die het *handelen* van een individuele rechter bepalen. Welke rationele, economische keuzes maakt hij zelf?
- In de tweede plaats kan de organisatie centraal staan waartoe de rechter behoort. De vraag is dan welke middelen deze organisatie kan inzetten om zijn gedrag te beïnvloeden. Hoe laat hij zich *aansturen*?
- In de derde plaats kunnen economische inzichten worden gebruikt als interpretatiemethode. Ze dienen dan als alternatief voor onder meer de door Posner bekritiseerde legalistische benadering. De centrale vraag is dan hoe rechters hun zaken *beslissen*.

Hierna zullen al deze drie perspectieven aan bod komen, waarbij wij steeds zullen ingaan op de vraag in hoeverre Posners benaderingswijze en conclusies voor de Nederlandse situatie van belang zijn. Maar voor we daartoe overgaan eerst een korte, globale beschrijving van *How Judges Think*.

¹ Posner 2008.

2 How Judges Think, het model en zijn uitwerking

2.1 Het basismodel en Posners negen theorieën

In de eerste vier hoofdstukken van zijn boek *How Judges Think* ontwikkelt Posner wat hij het basismodel van zijn benadering noemt. Dat begint met twee observaties. De eerste is dat het domein van het legalisme zodanig is ingekrompen dat aan rechters nu een grote vrijheid toekomt, de tweede is dat slechts weinig bekend is over de wijze waarop rechters van die vrijheid gebruikmaken.

In zijn streven inzicht te geven in de rechterlijke besluitvorming, zet Posner allereerst negen bestaande theorieën hierover uiteen. De *economische* theorie is daar één van. Op deze theorie zullen wij in paragraaf 3 nader ingaan, maar kort gezegd komt deze erop neer dat de rechter een rationele nutsmaximaliseerder is, die streeft naar een zo goed mogelijke realisatie van zijn eigenbelang. De elementen van zijn nutsfunctie indiceren hierbij waaraan de rechter nut ontleent.

Het rechtseconomische perspectief stopt niet bij die economische theorie, want zij overlapt met andere theorieën. Zo is er in de tweede plaats de *attitudinale* theorie. Deze kan worden gezien als een nadere invulling van de nutsfunctie van rechters, doordat zij een element hiervan verabsoluteert. Volgens deze theorie laten beslissingen zich het beste verklaren op grond van de politieke voorkeuren van de rechters die deze beslissingen nemen.

De *strategische* theorie kan worden opgevat als een theorie die aangeeft op welke wijze rechters trachten hun doelen te bereiken, dus met andere woorden welke methoden zij zullen toepassen om hun voorkeuren zo goed mogelijk te realiseren, bijvoorbeeld het op een handige manier stemmen.

Zelfs de *sociologische* theorie kan als een concretisering van de economische theorie worden gezien, aangezien zij een toepassing is van de strategische theorie, gecombineerd met de attitudinale. In deze sociologische theorie ligt de nadruk op de samenstelling van het rechtsprekende college. Een belangrijke reden waarom de samenstelling van het college de uitspraak kan beïnvloeden is dat de intensiteit van de voorkeur voor een bepaalde uitkomst tussen leden kan verschillen. Bij een driemancollege waarbij één lid een sterke voorkeur heeft, kan een van de leden zonder een dergelijke voorkeur zich laten overtuigen. Omdat rechters er meestal een afkeur van hebben een afwijkende mening te uiten, is het te verwachten dat het derde lid dan meegaat. Het lid met de sterke voorkeur zal zich minder laten weerhouden door genoemde afkeur, omdat vanwege die sterke preferenties de baten van afwijking voor hem groter zijn.

Posner constateert terecht ook overlap van de economische met de *psychologische*, *organisatorische* en *pragmatische* theorie.

De *psychologische* theorie besteedt aandacht aan cognitief onderzoek, inclusief onderzoek naar de vuistregels die mensen gebruiken, in plaats van formele redeneringen. Men kan die vuistregels zien als een poging op informatiekosten te besparen.

De *organisationale* theorie is gebaseerd op het inzicht dat rechter en overheid gezien kunnen worden als respectievelijk agent en principaal. Zij kunnen uiteenlopende belangen hebben, waarbij de principaal een organisationalle structuur zal willen opzetten die hiermee rekening houdt en de agent zich tegen die structuur zal verzetten.

De *pragmatische* theorie gaat ervan uit dat rechters hun oordeel baseren op de gevolgen ervan, en niet op een syllogistische redeneerwijze.

Waar het bij de psychologische theorie vooral onbewuste processen betreft, gaat het bij de *fenomenologische* theorie vooral om bewuste ervaringen, om het ‘gevoel’ van het nemen van een rechterlijke beslissing.

Als laatste komt Posner uit bij de *legalistische* theorie, die nog steeds als de heersende theorie kan worden beschouwd. Volgens deze theorie worden rechterlijke beslissingen bepaald door ‘het recht’ in de zin van een al bestaande verzameling van regels die gevonden worden in de diverse rechtsbronnen. Ideaaltypisch levert het legaliteitsbeginsel de major-premissie en de feiten de minorpremissie. De uitspraak is de conclusie in dit syllogisme. Subjectieve factoren die per rechter kunnen verschillen, spelen in dit verband geen rol.

2.2 De rechter als economisch wezen

De negen theorieën die hij aldus onderscheidt, kunnen volgens Posner geïntegreerd worden door de rechter te zien als iemand die als aanbieder van arbeid deelneemt aan de arbeidsmarkt. Op die markt zijn er aan de vraagzijde afnemers van die arbeid die rechters aanstellen en er belang bij hebben dat rechters op de door hen gewenste wijze beslissen. Die afnemers hebben enerzijds belang bij rechters die het recht onpartijdig en vrij van politieke invloed uitoefenen (legalistische theorie), maar anderzijds bij rechters die de politieke doelen van de afnemers gunstig gezind zijn (attitudinale theorie). Eenmaal benoemd ontvangt een rechter echter weinig prikkels meer om andermans politieke doelen na te streven, behalve als dat voor zijn carrière goed is (economische, organisationalle, strategische theorie). Er zal een zekere zelfselectie optreden, niemand is immers verplicht rechter te worden, zodat ook de wens om goed recht te spreken (fenomenologische theorie) mee kan spelen. Rechters kunnen zelfs het recht als zodanig beïnvloeden (legalistische theorie). Ook al worden rechters geacht objectief te zijn, ze hebben wel hun eigen ideeën, achtergrond, ervaringen en vooroordelen (psychologische, sociologische, pragmatische theorie).

De negen theorieën zijn volgens Posner alle incompleet en overlappend, maar het inzicht dat een rechter een werknemer is op een bijzondere arbeidsmarkt kan ze samenbrengen.

Vervolgens constateert Posner dat de beweegredenen van rechters oninteressant zouden zijn als zij werkelijk in extreme mate als legalist zouden optreden. Het valt volgens Posner echter niet te ontkennen dat (hoger beroeps)rechters bij gelegenheid ook als wetgever optreden, vooral binnen een common law-stelsel. De vraag die deze constatering oproept is, waardoor zij zich hierbij laten leiden.

Posner tracht die laatste vraag vooral te beantwoorden vanuit de denkbare ideologische opvattingen van rechters, maar gaat ook in op rol van de rechterlijke intuïtie.

2.3 Het model uitgewerkt, interne en externe factoren

In de hoofdstukken 5 tot en met 9 van *How Judges Think* wordt het model dat aldus is geschetst, uitgewerkt.

Die uitwerking begint, in hoofdstuk 5, met de vaststelling dat een rechter in zijn gedragsmogelijkheden niet slechts wordt beperkt door interne factoren zoals zijn wens om zijn reputatie te behouden of door geïnternaliseerde gedragsnormen. Ook externe normen spelen een rol. De belangen van de rechter als *agent* en de overheid als principaal die hem heeft ingehuurd, zullen daarbij niet volkomen parallel lopen.

Hoofdstuk 6 bespreekt dan ook welke sturingsmiddelen de principaal dan heeft. Op deze – beperkt werkzame – middelen gaan wij in paragraaf 4 van onze bijdrage nader in.

In hoofdstuk 7 komt Posner terug op de door een rechter intern gevoelde beperkingen. Hij bespreekt daar vooral de mogelijkheid dat rechters ondanks de Amerikaanse institutionele context toch voor een legalistische benadering kiezen. In dat verband werkt Posner nader uit welke verschillen er zijn met de pragmatische en beleidsgeoriënteerde benadering.

In hoofdstuk 8 bespreekt hij de academische kritiek, een ander soort externe beperking op rechterlijk gedrag. Academici kunnen zich, behalve op inhoudelijke argumenten, ook richten op het meten van rechterlijke prestaties, bijvoorbeeld ten aanzien van invloed of productiviteit, maar van dergelijk wetenschappelijk werk valt slechts beperkt, indirect effect op de rechters te verwachten. Posner wijst er echter op dat hoogleraren aan Amerikaanse rechtenfaculteiten zich nu, naast het ordenen van jurisprudentie, in toenemende mate op deze nieuwe overwegingen richten. Ook deze overwegingen kunnen rechters helpen bij het beslissen van lastige zaken, maar de hoogleraren komen daarmee wel verder van hen af te staan. Zij lijken daardoor nu meer voor hun collega's en hun studenten dan voor rechters te schrijven.

Hoofdstuk 9 is daarna gewijd aan de vraag of een op pragmatisme gestoelde rechtspraak onvermijdelijk is.

2.4 Amerika en Nederland, verschillen en gelijkenissen

Na deze eerste twee delen volgt nog een derde deel, met de titel 'Justices'. Dat gaat in op een aantal specifiek Amerikaanse kwesties – het *Supreme Court* als politiek orgaan, constitutionele theorieën en rechterlijk kosmopolisme – die voor ons niet van bijzonder belang zijn. Van *How Judges Think* zijn voor ons in Nederland vooral hoofdstuk 8 en 9 interessant, vanwege het perspectief dat economische inzichten als interpretatiemethode kunnen worden gebruikt.

Wij zullen hier in paragraaf 5 op terugkomen, maar er is meer dat voor ons van belang is. Richard Posner richt zich – begrijpelijk – vooral op de rechterlijke macht in de Verenigde

Staten, maar er zijn twee redenen waarom zijn analyses ook elders van toepassing zijn. In de eerste plaats onderscheidt het boek zich van veel andere analyses van de Amerikaanse rechtspraak doordat niet het *Supreme Court* centraal staat. Het richt zich op de federale hogere beroepsinstanties in het algemeen, waardoor de vergelijkbaarheid met Nederland groter wordt. In de tweede plaats geeft Posner zelf op een aantal plaatsen aan waar er relevante verschillen zijn tussen de Amerikaanse en andere rechtsculturen.

Van de verschillen die er tussen de Amerikaanse en de Nederlandse situatie bestaan, zijn met name de volgende van belang.

- In de eerste plaats zijn rechterlijke benoemingen in de Verenigde Staten – ook die op lagere niveaus dan het Supreme Court – politiek.
- In de tweede plaats worden rechters in Nederland voor het leven benoemd, waardoor er minder externe invloed mogelijk is. Dit politieke element geldt echter niet voor alle rechters in de Verenigde Staten, en als er daar een benoeming voor het leven plaatsvindt, kan men daar ook tot (ver) na zijn zeventigste blijven werken.
- In de derde plaats kennen de Verenigde Staten een aantal rechterlijke functies die worden ingevuld via verkiezingen door de justitiabelen.
- In de vierde plaats is in de Verenigde Staten het aantal rechters relatief beperkt, met name ten opzichte van het totaal aantal afgestudeerde juristen.
- In de vijfde plaats geldt dat hoewel ook Nederland zij-instromers kent, er hier in veel sterkere mate sprake is van een carrière voor het leven. Veel rechters zijn als RAIO begonnen, en ook rechters voor wie dit niet geldt, zijn, vergeleken met hun Amerikaanse collega's, vaak op jonge leeftijd benoemd. De mogelijkheden voor interne promotie zijn daardoor relatief groot.
- In de zesde plaats is de verhouding tussen wetgeving en rechtspraak sterk verschillend, met name door de grotere rol van precedenten binnen de Common Law en de mogelijkheid voor Amerikaanse rechters om wetgeving te toetsen aan de grondwet.
- Tot slot noemen wij de mogelijkheid voor Amerikaanse rechters om 'dissenting opinions' te publiceren, tegenover een strikt geheim van de raadkamer in Nederland.

Hoewel wij niet op alle relevante verschillen even uitgebreid kunnen ingaan, zullen wij waar mogelijk aangegeven in hoeverre Posners conclusies ook voor Nederland houdbaar zijn.

3 De nutsfunctie van rechters

Men zou rechtseconomie kunnen definiëren als het toepassen van de rationele keuzetheorie op het recht. In deze theorie wordt verondersteld dat mensen rationeel handelen. Dit houdt in dat:

- de actor uit de verschillende alternatieven die optie kiest waarvan hij zelf denkt dat het deze beste past bij zijn voorkeuren, gegeven zijn verwachtingen;
- de verwachtingen zijn gebaseerd op de aanwezige informatie;
- de actor een optimale hoeveelheid informatie vergaart.

Het kiezen van ‘de beste optie’ heet in economische termen dat individuen hun eigen nut maximaliseren, dus dat ze consistent handelen, in overeenstemming met hun eigen voorkeuren.

Een meer concrete inhoud krijgt een hierop gebaseerde theorie, als ook wordt aangegeven waaraan de objecten van onderzoek hun nut ontleen.² Richard Posner noemt als elementen van de rechterlijke nutsfunctie:

- geld;
- vrije tijd;
- macht;
- prestige;
- reputatie;
- zelfrespect;
- intrinsiek plezier in het werk.

Op zichzelf onderscheiden rechters zich met zo’n nutsfunctie niet van veel andere beroepsgroepen. Wél zal er verschil bestaan in het relatieve gewicht dat rechters aan de verschillende elementen in hun nutsfunctie toekennen. Posner besteedt op diverse plekken in zijn boek aandacht aan het relatief lage salaris van rechters, in vergelijking met bijvoorbeeld advocaten en bedrijfsjuristen. Het verdienen van geld heeft in de nutsfuncties van rechters dus een relatief laag gewicht. Ditzelfde geldt voor factoren als macht, publieke bekendheid, respect en dergelijke, waarin het rechterschap slechts in beperkte mate voorziet.

Dat betekent dat intrinsieke motivatie een belangrijke factor in de nutsfunctie is: een rechter moet rechtstreeks nut ontleen aan het spreken van recht, met alle werkzaamheden die daarbij komen kijken.

Verder is het rechterschap volgens Posner minder zwaar dan een baan in de advocatuur, kent het meer vrije tijd en biedt het de mogelijkheid om tot op een hogere leeftijd door te werken. Ook is er de factor van de macht. Ook al heeft een rechter weinig macht als zodanig, hij heeft wel meer invloed op de ontwikkeling van het recht dan een advocaat of een academicus.

2 In dit verband kan worden gewezen op Cabrillo & Fitzpatrick, die eenzelfde benadering hanteren.

Onze eerste indruk is dat Nederlandse rechters wat betreft het relatieve gewicht van dit rijtje factoren in hun nutsfunctie niet sterk verschillen van hun Amerikaanse collega's. Ook bij ons zal iemand met een relatief grote voorkeur voor geld en een relatief geringe voorkeur voor vrije tijd eerder voor de advocatuur dan voor de rechtspraak kiezen. Dat de verschillen in salaris ten opzichte van succesvolle advocaten hier minder groot zijn en er in Nederland veel advocaten en bedrijfsjuristen zijn die minder verdienen dan rechters, doet aan het voorgaande weinig of niets af. Hier staat immers tegenover dat het aantal rechters in Nederland relatief groter is, wat tot gevolg heeft dat, om voldoende capabele sollicitanten te krijgen, het salaris ook relatief hoger moet liggen.

Ook wat betreft andere voorkeuren lijken de verschillen beperkt. Posner bespreekt het feit dat de intrinsieke motivatie om recht te spreken samenhangt met een behoefte de publieke zaak te dienen en dat het in overeenstemming hiermee is dat relatief veel rechters voor hun benoeming een andere functie in de publieke sector bekleedden. Het lijkt ons dat ook dit voor Nederland opgaat.

Voorts zijn er onder de Nederlandse rechters ten opzichte van de bevolking als geheel weinig met een extreme politieke voorkeur. Ook in de Verenigde Staten worden aanhangers van extreme opvattingen zelden tot rechter benoemd. Posner wijst er in dit verband op dat de manier waarop rechters worden opgeleid en benoemd invloed heeft op wie er uiteindelijk daadwerkelijk rechter worden. Deze instrumenten kunnen dus ook worden gebruikt om die kandidaten over te houden die een nutsfunctie hebben die goed bij het rechterschap past. Zo moet een kandidaat voor het Amerikaanse *Supreme Court* na voordracht door de president worden goedgekeurd door de Senaat. Dit politieke proces zorgt ervoor dat juist kandidaten met een uitgesproken politieke voorkeur niet benoemd zullen worden, wat relevant is omdat rechters niet alleen recht spreken, maar ook recht vormen.

De beschouwing over extreme politieke voorkeuren kan overigens anders uitvallen wanneer rechters rechtstreeks worden gekozen, maar dit is ook in de Verenigde Staten slechts in beperkte mate het geval. Daarentegen zal de afkeer van het uiten van een afwijkende mening in ons systeem met een strikt 'geheim van de raadkamer' minder groot zijn dan in Posners analyse wordt verondersteld.

In paragraaf 4, waar wij nader ingaan op de manieren waarop de overheid het gedrag van rechters kan proberen te sturen, zal nog blijken dat veel van de 'wortels en stokken' die werkgevers op andere arbeidsmarkten voorhanden hebben, bij Nederlandse rechters niet aanwezig zijn. Daarmee wordt de rechterlijke onafhankelijkheid gewaarborgd. Juist dit verlangen naar onafhankelijkheid is een belangrijk onderdeel van de nutsfunctie die rechters voor zichzelf zien weggelegd. De beperkte aanwezigheid van externe sturingsfactoren zorgt ervoor dat de interne factoren (de wens tot zelfrespect, respect van collega's en van niet-rechters, de wens om recht te spreken) in die nutsfunctie zwaarder wegen.

4 Sturing van gedrag

Werkgevers kunnen de onderdelen van een nutsfunctie proberen aan te passen om zo het gedrag van de werknemer (dus ook een rechter) te beïnvloeden of om invloed uit te oefenen op wie een bepaalde baan ambieert. Dit illustreert nog eens waarom sommige in paragraaf 2 onderscheiden theorieën, zoals de strategische en de sociologische, onder de economische theorie kunnen worden gebracht.

Nu Posner de rechter als een werknemer op een bijzondere arbeidsmarkt ziet, kunnen we nagaan waarin dat bijzondere dan zit. Een van die bijzonderheden is de omstandigheid dat rechters om verschillende redenen slechts beperkt gevoelig zijn voor economische prikkels. Daardoor wordt hun gedrag minder gestuurd dan het gedrag van deelnemers op andere markten.

Uitgangspunt van Posners analyse is het principaal-agent model waarbij de agent in opdracht van de principaal handelt en de belangen van beiden niet parallel lopen. De agent kan dan andere doelen nastreven dan de principaal. Als een rechter inderdaad een relatief grote voorkeur heeft voor vrije tijd, zou zijn productie daardoor lager kunnen liggen dan de principaal wenst. De laatste probeert dan meestal op verschillende manieren het gedrag van de agent te beïnvloeden, zodanig dat hij zich gaat gedragen zoals de principaal dat wil. Een van de instrumenten die een principaal dan kan gebruiken, is de evaluatie van de output van de agent, om daar eventueel zijn beloning op af te stemmen.

Het is echter moeilijk om de output van rechters te evalueren. En als hun beloning afhankelijk wordt gesteld van deze evaluatie, kan hun rechterlijke onafhankelijkheid in het geding komen. Juist vanwege deze gewenste onafhankelijkheid wordt een rechter van veel van de prikkels die in andere arbeidsmarkten worden toegepast, afgeschermd.

Posner beschrijft in dit kader de ontwikkeling van meer kwantitatieve methoden van outputevaluatie en stelt dat deze methoden minder snel als politiek gemotiveerd zullen worden gezien.

Deze kwantitatieve methoden kennen echter ook problemen. Zo zullen de gehanteerde criteria zoals werkachterstand en het percentage uitspraken dat in hogere instantie in stand blijft, niet voor elk type rechter even relevant zijn.

Ook kunnen de betrokken actoren proberen de resultaten te beïnvloeden. Ze kunnen hun aandacht verschuiven naar factoren die wel in de meting worden meegenomen, waarbij ze hun prestaties bij de niet-meegewogen factoren (en hierdoor ook de totale kwaliteit van het werk van deze rechter) laten verslechteren.

Voorts is het nog maar de vraag of de gehanteerde criteria wel relevant zijn bij het beoordelen van de kwaliteit van de output. Uitspraken van een rechter die met creatieve oplossingen komt, zullen wellicht minder vaak in stand blijven in een hogere instantie, maar dat wil nog niet zeggen dat ze ook minder goed zijn.

Op al deze punten lijkt Posners analyse ons zonder meer ook op de Nederlandse situatie toepasbaar.

Waar dan niet? Posner beschrijft dat in het Amerikaanse systeem van zij-instrooming promoties relatief onbelangrijk zijn, omdat rechters daar op latere leeftijd worden benoemd, er weinig doorstromingsmogelijkheden zijn en daarbij de salarisverschillen beperkt blijven. Op dat punt, dat van de promotiekansen, is er wel enig verschil met Nederland. Al zijn ook hier de salarisverschillen tussen rechtbank en hof en tussen rechter/raadsheer en vice-president beperkt en wegen ze niet voor iedereen op tegen de aan de hogere functie verbonden nadelen, zoals de geringere zelfstandigheid bij de collegiale rechtspraak in een hof, of het meer bestuurlijke werk als vice-president.

Daarmee zijn er in Nederland iets meer sturingsmogelijkheden, althans in de gevallen waarin promotie niet op basis van anciënniteit plaatsvindt.

Posner gaat nog dieper op de salariëring van rechters in, en bespreekt daarbij de in de Verenigde Staten gehouden pleidooien voor een substantiële salarisverhoging. Grond hiervoor zou kunnen zijn dat de lage salariëring zou kunnen leiden tot weinig instroom en een grote uitstroom van goede rechters die in een andere werkomgeving veel meer zouden kunnen verdienen. Posner stelt hiertegenover dat een lager salaris er juist ook voor kan zorgen dat mensen wie het om het geld te doen is, geen rechter worden of blijven, zodat degenen met een intrinsieke motivatie overblijven.

In de praktijk blijkt in de Verenigde Staten dat er geen tekort maar juist een overschot bestaat aan kandidaten voor het rechterschap en dat maar weinig rechters hun rechterschap beëindigen. Ook miskennen de pleidooien voor een hoger salaris dat het rechterschap naast het salaris nog andere beloningen kent, zoals vrije tijd en baanzekerheid. Uit de omstandigheid dat veel Amerikaanse rechters na de pensioengerechtigde leeftijd blijven werken zonder dat dit extra inkomen oplevert, valt volgens Posner op te maken dat de niet-financiële voordelen het belangrijkste zijn.

Het doorvoeren van een salarisverhoging zou waarschijnlijk dan ook weinig effectief zijn. De private sector zou nog steeds (veel) meer kunnen bieden en het zou vooral extra mensen kunnen trekken die, in vergelijking met bijvoorbeeld de advocatuur, grote waarde hechten aan meer vrije tijd. Juist het grote salarisverschil zorgt ervoor dat de extra vrije tijd erg duur is zodat er vooral intrinsiek gemotiveerde mensen rechter worden.

Een salarisverhoging zou dus precies de verkeerde mensen kunnen trekken. Wel zou een verhoging kunnen voorkomen dat rechters, uit onvrede met hun lage salaris, gaan onderpresteren.

Hoewel de benadering van Posner zich zeker ook voor de Nederlandse situatie laat doordenken, is het de vraag of deze tot dezelfde uitkomsten zou leiden. Een overeenkomst is dat ook Nederlandse rechters slechts zelden overstappen naar een andere functie, maar dit kan het gevolg zijn van – zeker ten opzichte van het Amerikaanse systeem van benoeming van buitenstaanders – een gebrek aan ervaring met en daarmee ook geschiktheid voor andere beroepen.

Daar staat tegenover dat er in Nederland ten opzichte van het totaal aantal juristen veel meer functies moeten worden vervuld. Daarbij komt het, anders dan in de Verenigde Staten, zelden voor dat iemand het lagere rechterlijke salaris voor lief neemt omdat zijn eerdere carrière hem financieel onafhankelijk heeft gemaakt. Bovendien is het prestige van de rechterlijke functie in Nederland vermoedelijk lager dan dat in de Verenigde Staten en is het aannemelijk dat dit prestige verder af zou nemen naarmate de salarisverschillen ten opzichte van vergelijkbare beroepen zou toenemen. Er is in het algemeen een samenhang – zij het geen perfecte – tussen de beloning en het prestige van een functie. Bovendien kan een vicieuze cirkel ontstaan waarin goede juristen het rechtersambt minder aantrekkelijk gaan vinden, de gemiddelde kwaliteit van rechters daalt, het prestige van de functie hierdoor verder afneemt, enzovoort.

Ten slotte willen wij wijzen op de aandacht die Posner besteedt aan de omstandigheid dat rechters in de Verenigde Staten niet altijd voor het leven worden benoemd. Benoeming voor het leven vergroot de onafhankelijkheid, maar het verkleint de prikkels die de principaal heeft om inertie tegen te gaan. We zagen al dat salarisdifferentiatie en loopbaanbeleid in dit kader weinig effectief zijn. Als een rechter eenmalig voor een bepaalde periode wordt benoemd, is de onafhankelijkheid niet rechtstreeks in het geding. Hij krijgt dan echter, zeker aan het eind van de periode, prikkels om zich met zijn volgende baan bezig te houden, wat zijn uitspraken zou kunnen beïnvloeden.

Een ander probleem is dat bij niet-herbenoembaarheid veel expertise verloren gaat. De balans valt bij Posner voor tijdelijke benoemingen derhalve niet positief uit, en wij zien geen reden waarom dit in Nederland anders zou zijn.

5 Economische interpretatie

Het derde economische perspectief dat Posner onderscheidt, is van een andere aard dan de eerste twee. Terwijl de economie tot dusverre werd gebruikt als een verklarende en voorspellende theorie, gaat het hier om een meer normatieve benadering.

Zoals gezegd plaatst Posner kanttekeningen bij de toepasbaarheid van een legalistische benadering en geeft hij aan dat een pragmatische benadering een alternatief kan zijn. Amerikaanse rechters treden ook als (beheerste) pragmatisten op. Het belangrijkste kenmerk van de pragmatische benadering is dat de rechter zich afvraagt welke doelen er liggen achter een rechtsregel en op welke wijze de verschillende mogelijke uitspraken in een casus het bereiken van deze doelen zullen beïnvloeden.³

De pretentie is daarbij niet om de beste uitspraak te doen, want daarvoor ontbreekt de vereiste informatie, maar een uitspraak die voor het bereiken van de doelen goed genoeg is. De economische benadering is daarbij een belangrijke steun omdat deze inzicht in de effecten van recht geeft en zo helpt bij de vraag hoe de achterliggende doelen bereikt kunnen worden. Daar komt bij dat de pragmatische benadering, anders dan de andere theorieën, op veel terreinen kan worden toegepast. Posner betoogt dat het beperkte gebruik dat Amerikaanse rechters maken van expliciete economische terminologie niet wegneemt dat het maken van een economische analyse goed weergeeft wat zij de facto doen, met name waar het gaat om het afwegen van de voor- en nadelen van een beslissing.

Wat betreft de vraag hoe de achterliggende doelen van wetgeving het beste kunnen worden bereikt, zijn de rechters minder goed toegerust dan de wetgever of een bestuursorgaan, dat vaak zelfs een hele staf van economen in dienst heeft. Gezien de bij vele (*'public choice'*-) economen heersende scepsis over wetgeving, die vaak het product zou zijn van het lobbyen door belangengroepen waardoor niet is gegarandeerd dat het algemeen belang wordt bevorderd, is het opmerkelijk dat Posner zich hier over wetgeving relatief positief uitlaat. De critici zouden volgens hem te sceptisch zijn over de mate waarin de wetgever in staat is door middel van interpersonele communicatie tot een collectief gedeelde opvatting te komen. Wij willen bij deze stelling van Posner slechts de kanttekening plaatsen dat het denkbaar is dat een amendement op een voorstel tot wetgeving relatief minder goed doordacht is en vaker is ingefluisterd door belangengroepen dan het voorstel als geheel.

Posner geeft zelf al aan dat de institutionele verschillen tussen Europa en de Verenigde Staten ertoe leiden dat rechters op het Europese continent zich meer door legalisme en minder door pragmatisme zullen laten leiden dan hun Amerikaanse collega's.

3 Overigens is een pragmatische opvatting niet noodzakelijkerwijs in strijd met een legalistische benadering, bijvoorbeeld waar het gaat om procedurele vereisten zoals termijnen en kwesties van ontvankelijkheid.

- Doordat het rechterschap bij ons meer een levenslange carrière inhoudt dan in de Verenigde Staten is er hier meer sprake van een bureaucratie waarin rechters passen die geneigd zijn zich naar gezaghebbende teksten te richten.
- Door een beperktere ervaring buiten de rechterlijke macht zijn continentaal-Europese rechters minder dan hun Amerikaanse collega's vertrouwd met commerciële en andere economische vraagstukken.
- Doordat er in Europa meer specialisatie door rechters plaatsvindt, is er meer eensgezindheid over premissen en lukt het ons beter om de bij een legalistische benadering behorende regels van logica te hanteren.
- De meer gecentraliseerde Europese overheden slagen er beter in om heldere wetsteksten te produceren dan de Amerikaanse wetgevers.

Deze institutionele verschillen verklaren naar onze mening dat ook de Nederlandse rechter in het algemeen veel ruimere mogelijkheden heeft voor een legalistische benadering dan zijn Amerikaanse collega's.

Wij willen daar nog aan toevoegen dat ook de invloed van Europese wet- en regelgeving, die binnen Europa uniform dient te worden uitgelegd, een legalistische benadering bevordert. In onze institutionele context is een legalistische benadering dan ook veel eerder efficiënt in die zin dat de rechter door zich te richten op de wetsteksten en eventueel de achterliggende parlementaire geschiedenis een zaak relatief eenvoudig kan beslissen.

Dit alles neemt niet weg dat zich ook voor de Nederlandse rechter – zeker in hoger beroep – gevallen voordoen waarin de legalistische methoden tekortschieten en er ruimte is voor een pragmatische benadering. Evenals hun Amerikaanse collega's zouden Nederlandse rechters kunnen profiteren van inzichten uit de economie en andere sociale disciplines.

Maar het verwerven van deze inzichten wordt bemoeilijkt doordat de interdisciplinaire wetenschappen, zoals Posner het zegt, in toenemende mate 'esoterisch' zijn geworden.

Wetenschappers zijn zich in toenemende mate gaan richten op hun vakgenoten en hebben minder oog gekregen voor de praktische kwesties waarvoor rechters staan. Het door Posner gesignaleerde effect dat bijvoorbeeld aan de universiteit ontwikkelde economische inzichten slechts indirect doorwerken in de rechtspraak doet zich ook in Nederland voor. Die inzichten zullen eerder worden opgepikt door (jonge) stafleden van wetgevende instanties of van (vooral) bestuursorganen om uiteindelijk zo hun weg naar de rechter te vinden.

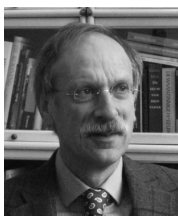
6 Conclusie

Met *How Judges Think* is Posner erin geslaagd om een boek te schrijven dat tot nadenken aanzet. Zoals in de Verenigde Staten wel vaker gebeurt, is zijn boek ontstaan uit een bundeling van artikelen, wat de structuur van het betoog niet altijd ten goede is gekomen. Posner is er ook niet de persoon naar om al zijn gedachten helemaal systematisch uit te werken. Maar hij is wel een bron van talloze originele ideeën waarmee anderen nu aan de slag kunnen. Die anderen kunnen zowel rechtssociologen zijn die nader onderzoek willen doen naar de beweegredenen van rechters, bestuurders die het gedrag van rechters in een bepaalde richting willen sturen, als ook, en vooral, rechtseconomen die willen nadenken over de vraag hoe zij met hun wetenschap de rechter kunnen bereiken.



Elaine Mak

Elaine Mak is als universitair hoofddocent Rechtstheorie verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Haar onderzoek betreft de wisselwerking tussen grondwet en rechtspraak in een veranderende rechtsorde en samenleving. Haar huidige onderzoek betreft de rol van hoogste rechters in de context van globalisering. In opdracht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak doet zij rechtsvergelijkend onderzoek naar de kernwaarden van de magistratuur.



Antoine Hol

Antoine Hol is hoogleraar Encyclopedie van het recht en Rechtsfilosofie aan de Universiteit Utrecht, rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Haarlem en raadsheerplaatsvervanger bij het gerechtshof Amsterdam. Hij is tevens wetenschappelijk directeur van het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing.

Van legaliteit naar pragmatisme

Over rechterlijke rede, emotie en intuïtie

Antoine Hol en Elaine Mak

1 Inleiding

1.1 De drie niveaus van Posner

Hoe denken Nederlandse rechters, en hoe zouden ze moeten denken? In navolging van Richard Posner¹ willen we deze vragen op drie niveaus beantwoorden. In de eerste plaats op het niveau van de *rechter* als persoon. Weliswaar is de rechterlijke professional gericht op het vellen van neutrale oordelen waarbij hij zijn persoonlijke voorkeuren of vooringenomenheid uitschakelt, maar kan hij dat wel? Spelen zijn karakter en wellicht ook zijn persoonlijke belangen, al dan niet bewust, niet ook een rol in zijn redeneringen en beslissingen? Deze vraag wordt nijpender als men bedenkt dat op het tweede niveau, het niveau van het *rechtstelsel*, in veel gevallen ruimte bestaat voor verschillende oplossingen. Het recht is niet zo ‘bepaald’ dat het het rechterlijke denken volledig determineert. Open en vage begrippen maken dat het recht ‘op kan raken’ en er voor de rechter ruimte is om verschillende kanten op te gaan. En dan is er nog de problematiek van de waarheidsvinding. Het vaststellen van feiten is uiteraard gerelateerd aan rechtsvragen, maar deze activiteit berust hoofdzakelijk op niet-juridische oordeelsvorming. Ook hier heeft de rechter ruimte om te oordelen. Hoe wordt deze ruimte opgevuld?

Bij deze vraag stuiten we meteen op het derde niveau, dat van de *maatschappelijke effecten* van rechterlijke beslissingen. Als er dan voor de rechter zoveel ruimte om te beslissen is, dan komen naast strikt juridische en feitelijke overwegingen – veelal impliciet – al gauw meer algemene, maatschappelijke, economische en politieke overwegingen in beeld. Hoe verwerkt de rechter deze in zijn denken?

1.2 Drie recente ontwikkelingen

Maar eerst een andere vraag. Waarom zouden we zo veel aandacht aan het rechterlijk denken besteden? Naar ons idee zijn er tenminste drie recente ontwikkelingen die hierom vragen.

1 Posner 2008.

In de eerste plaats is er de veranderende gezagsstatus van de rechter. Alhoewel minder sterk dan bij andere publieke instituties, geldt ook voor de rechterlijke macht dat haar gezag minder vanzelfsprekend dan vroeger is geworden.² De ontwikkelingen in de moderne democratie maken dat normering van bovenaf kritisch wordt gevolgd en dit weerspiegelt zich in een versterkte aandacht voor meer horizontale vormen van geschiloplossing zoals *mediation* en lekenparticipatie in de rechtspraak.

Een tweede ontwikkeling heeft betrekking op de positie van de rechter ten opzichte van bestuur en politiek. De rechter heeft, onder andere door de ontwikkeling van de mensenrechten, vastgelegd in internationale verdragen, steeds meer mogelijkheden gekregen om besluiten van het bestuur en de wetgever te toetsen en zodoende invloed uit te oefenen op het beleid. Niet in de laatste plaats speelt daarbij een rol dat burgers, al dan niet vertegenwoordigd door belangengroepen, tegenwoordig gemakkelijker de weg tot de rechter vinden om invloed te kunnen uitoefenen op het politieke en bestuurlijke bestel.

Tot slot is er de maatschappelijke emancipatie van de wetenschap. In de twintigste eeuw hebben met name de sociale wetenschappen en de economie een zelfstandige positie verworven binnen de wetenschappelijke wereld, maar niet alleen daar. Ook op het gebied van beleidsontwikkeling spelen ze een steeds grotere rol. Het is dan ook niet verwonderlijk dat ook het recht dat vaak aan de basis ligt van beleidsontwikkelingen, mede vanuit hun perspectief onder de loep wordt genomen. De analyse van het recht is daarmee niet langer meer het privilege van juristen, ook andere wetenschappers eigenen zich dit domein toe. Dit geldt voor het wetgevingsproces, maar meer en meer wordt ook de rechtspraak door dergelijke niet-juridische disciplines getoetst. Het kan dan gaan om de bestuurlijke en organisatorische inrichting van de rechtspraak, maar ook om haar effecten op de maatschappij en het besluitvormingsproces zelf. De recente discussie over rechterlijke dwalingen die is aangezwengeld vanuit de rechtspsychologische hoek is hiervan een goed voorbeeld.

1.3 De roep om transparantie

De hier aangeduide ontwikkelingen maken dat er een toenemende behoefte is aan inzicht in de wijze waarop rechters beslissen. Er is een roep om transparantie. Men wil zicht krijgen op de persoon en de instituties achter rechterlijke beslissingen. Deze nieuwsgierigheid betreft niet alleen de eventuele nevenfuncties van de rechter, maar ook zijn persoonlijke voorkeuren en afkeuren.

Ook komt er meer aandacht voor de argumenten die in de rechtspraak, al dan niet expliciet, worden gehanteerd. Onmiskenbaar is de rechterlijke macht zich daarvan ook bewust, getuige de discussie over openheid naar het publiek die nu wordt gevoerd. Vergelijk ook de toegenomen aandacht voor de manier waarop een rechter tot een vonnis komt en het debat dat, zij het voorzichtig, is ontstaan over het bekend maken van *dissenting opinions*.

2 Zie hierover o.a. Van der Meer 2004.

Ook deze reflectie op het rechterlijke denken strekt zich niet alleen uit tot de strikt juridische argumentatie van de rechter, maar ook tot de persoonlijke en maatschappelijke overwegingen die bij zijn vonnis een rol kunnen spelen, en ook tot de betekenis die hij toekent aan onderzoeksresultaten van wetenschappers en andere niet-juridische experts.

2 Theorie en praktijk

2.1 Rechtspraak als praktijk

Naar aanleiding van Richard Posners boek *How Judges Think* zal in deze bijdrage een aantal van de hiervoor genoemde kwesties worden aangeroerd. Maar voor we daartoe overgaan eerst iets meer nog over het ‘pragmatisch perspectief’ dat Posner kiest. Wat is dat, en is er ook voor Nederland reden om naast het gebruikelijke, legalistische perspectief in de rechtspraak een pragmatisch perspectief te accepteren?

Een van Immanuel Kants minder bekende publicaties draagt de fraaie titel: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793). Hoe juist een theorie ook kan zijn, de praktijk heeft er niet altijd wat aan.

Wellicht geldt dat ook voor de theorievorming die tot nu toe bij ons heeft plaatsgevonden over het rechterlijk denken. Daarin zijn al dan niet expliciet tal van afwegingen gemaakt die in veel gevallen nog nader uitgewerkt zouden kunnen worden, maar de vraag is wat de praktijk daarmee opschiet. En die vraag is niet onbelangrijk. Rechtspraak is immers geen wetenschap, maar een praktijk. Het gaat er in het recht niet in de eerste plaats om de werkelijkheid te begrijpen, maar eerder om haar te veranderen.

Daarin ligt ook de kracht van de rechtspraak: er wordt niet slechts gewikt en gewogen, maar er worden ook knopen doorgehakt en beslissingen genomen. Partijen vragen de rechter niet zozeer om bespiegelingen, zij willen een – vooral tijdig genomen – beslissing.

Dat betekent onder meer dat er limieten zijn aan de tijd die men in zaken kan steken. Er is geen tijd om het juridisch stelsel net zo lang te doorgronden tot er een garantie kan worden gegeven dat de gevonden juridische oplossing de (enig) juiste is. Iets moet afgesloten kunnen worden.

Binnen de rechtstheorie wordt een dergelijke beperking overigens ook wel onderkend. Zo verwees Ronald Dworkin in 1981 al naar een soort ideale ‘superrechter’, die hij Hercules noemde, iemand die een sluitende interpretatie zou moeten vinden in moeilijke gevallen.³ Maar rechters, aldus Dworkin, zijn niet als de bovenmenselijke Hercules. Rechtspreken blijft mensenwerk. Of we nu naar de strikt juridische kant van het rechterlijk denken kijken of naar zijn andere afwegingen.

Vandaar dat het interessant kan zijn om al meteen bij het maken van wetgeving te rade te gaan bij de economie, de sociologie en de psychologie. In die wetenschappen gaat het niet om individuele gevallen maar om algemene tendensen en effecten. Men werkt met statistieken en gemiddelden. De wetgever, die eveneens is gericht op het algemene, kan hiervan profiteren.

3 Dworkin 1981, p. 105 e.v.

2.2 De pragmatische benadering

En de rechter? Moet hij zich ook in deze wetenschappen verdiepen? Op zaaksniveau gaat het natuurlijk vooral om het bijzondere, het individuele en het concrete van een geval. Het lijkt daar onmogelijk om de algemene inzichten van de hiervoor genoemde wetenschappen maar meteen te vertalen naar ieder concreet, individueel geval. Het zou dan om zodanig complexe afleidingen gaan dat het de rechter alleen al aan tijd ontbreekt om zich erin te verdiepen, laat staan dat hij steeds de benodigde deskundigheid zou kunnen verwerven, om die toe te passen.

Wat betreft de relatie tussen de rechter als persoon en als roldrager moet men ook beseffen dat de rechter niet al te zeer te gedepersonaliseerd moet worden. Juist door zijn persoonlijke vorming, en zijn ‘karakter’, kan hij zich in een zaak een mening vormen. Zoals Gadamer ons voorhoudt, berust elk oordelen op vooroordelen. Men oordeelt altijd vanuit een bepaald perspectief, dat zelf buiten het oordeel blijft. Men kan zich nu eenmaal niet aan zijn eigen pruiik omhoogtrekken.

Dat neemt niet weg dat wel onderzocht kan worden hoe we door middel van onderzoek en wetenschap het rechterlijk denken kunnen versterken. Een rechterlijk oordeel legt nu eenmaal een waarheidsclaim neer waar het om de feiten gaat en een juistheidsclaim waar het gaat om de rechtsvragen. Dergelijke claims verdienen verantwoording en brengen een verantwoordelijkheid met zich mee om de aan de oordelen ten grondslag liggende motieven en overwegingen nauwkeurig te onderzoeken op hun juistheid en houdbaarheid.

Overzien we de literatuur over rechtsvinding dan ligt daarin nog altijd de nadruk op wat Posner aanduidt als een legalistische benadering. In die legalistische benadering wordt slechts gekeken of de rechter volgens de juridische criteria in een concrete zaak het recht correct heeft toegepast. Er is geen aandacht voor de invloed van de persoon van de rechter op de beslissing, voor de afweging die de rechter maakt van de beleidsmatige consequenties van zijn oordeel, of voor de betekenis van niet-juridische argumenten afkomstig uit andere disciplines.

Hiertegenover stelt Posner de benadering van het ‘pragmatisme’. Deze benadering legt andere accenten in de analyse van het rechterlijk denken. Net zoals de filosofische stroming van het pragmatisme het criterium van ‘waarheid’ zoekt in dat wat ‘werkt’, zo gaat bij de pragmatische benadering van het recht de aandacht uit naar de vraag hoe het recht binnen de samenleving kan werken. Bij de beoordeling van de kwaliteit van de rechterlijke beslissing wordt dan niet alleen gekeken naar de juridische argumentatie en hoe die kan worden afgeleid uit het vooraf gegeven rechtssysteem. Minstens zo belangrijk is te kijken of de beslissing hout snijdt met het oog op de maatschappelijke doelstellingen die aan het recht ten grondslag liggen. Zo kan in een pragmatische benadering ook worden nagegaan of rechterlijke beslissingen bijdragen aan de verhoging van de welvaart. De criteria aan de hand waarvan het rechterlijk denken wordt getoetst, worden op die manier niet langer primair gezocht binnen het systeem van het recht zelf, maar zeker zoveel daarbuiten, bij de

sociale, economische, culturele en politieke doeleinden die de wetgever had.

Iets vergelijkbaars kan bij het pragmatisme gebeuren waar het gaat om de persoon van de rechter. De belangstelling die pragmatisten daarvoor hebben, getuigt ook van grote aandacht voor de niet juridische invloeden die op zijn denken kunnen uitgaan. Het pragmatisme wil ook die elementen van het rechterlijk denken in beeld brengen die worden aangeduid als buiten-juridische determinanten.

Ten slotte kan pragmatisme in het recht op nog een andere wijze worden begrepen, en ook daar heeft Posner zich mee beziggehouden. Het rechterlijk denkproces is uiterst complex. Binnen een en dezelfde zaak kan een rechter worden geconfronteerd met kwesties die onderwerp kunnen zijn van diepgaande morele of wetenschappelijke studie. De rechter is echter geen ethicus, noch wetenschapper. Dat kan hij ook niet zijn. Van hem worden tijdige beslissingen verwacht, geen uitgesponnen morele of wetenschappelijke analyses waarin definitieve oordelen kunnen worden opgeschoven, uitgesteld, of zelfs geheel niet aan de orde zijn. Een rechter moet knopen doorhakken, en wel tijdig. Binnen een pragmatische benadering komt dan de vraag naar voren hoe hij, gegeven alle praktische beperkingen, dan toch een verantwoorde beslissing kan nemen. ‘Pragmatisch’ krijgt dan de betekenis die we er ook binnen ons taalgebruik vaak aan toekennen: wellicht in principieel of theoretisch opzicht niet geheel onderbouwd en doordacht, maar wel praktisch, dat wil zeggen, werkzaam.

2.3 Common law vs. civil law

Het denken van Richard Posner kan alleen worden begrepen tegen de achtergrond van het Amerikaanse *common law*-systeem. Dat systeem is gebaseerd op rechtersrecht. Tegen hem kan daarom worden ingebracht dat in de Nederlandse rechtspraak, die past in de *civil law*-traditie en het daarmee verbonden primaat van de wet, de legalistische benadering beter past. Posner plaatst ook zelf deze kanttekening, maar het is de vraag in hoeverre rechters op het Europese continent zich kunnen vinden in zijn nogal gechargeerde typering van hun attitude:

*The European (civil law) legal systems, and the European systems of government more broadly, have been constructed along lines that greatly limit judicial discretion and hence departures from legalism. The judicial career attracts the type of person who is comfortable in a bureaucracy, and it breeds in him once there habits of obedience to directives and other authoritative texts.*⁴

Het is bekend dat ook rechters in een *civil law*-traditie, ook in Nederland, in de praktijk zowel de pragmatische als de legalistische benadering hanteren. Zo komen bij het zoeken

4 Posner 2008, p. 263.

naar een oplossing, in de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming, vaak alle mogelijke argumenten en inzichten aan de orde. Pas als het gaat om het legitimeren van uitspraken, de fase van legitimatie, worden deze redeneringen vernaauwd legalistische. Wat pragmatisch is maar daar niet in past, sneuvelt dan.

Daarbij is de beslissingsruimte die het recht aan de rechter laat in het privaatrecht doorgaans groter dan in het publiekrecht. Het privaatrecht kent immers veel meer open normen en regelend recht. Het publiekrecht is voor de rechter veel dwingender. In het strafrecht wordt hij sterk gebonden aan strikte, procesrechtelijke uitgangspunten, en in het bestuursrecht mag hij het overheidshandelen slechts ‘marginaal’ toetsen.

2.4 Argumenten voor het pragmatisme

Ondanks de verschillen met het *common law*-systeem, denken wij dat ook in Nederland een pragmatische benadering nuttig kan zijn, al was het maar vanwege de hoge eisen die de hedendaagse maatschappij aan de rechtspraak stelt. Het pragmatisme speelt in de praktijk ook nu al een grote rol in zaken met beperkte maatschappelijke gevolgen, zoals in de kantonrechtspraak of in het jeugdstrafrecht. Maar een groeiend aantal andere zaken vraagt, juist vanwege de gevolgen voor de samenleving, eenzelfde pragmatische benadering. Zo wordt nu steeds vaker van de rechter gevraagd om een afweging van belangen te maken waarbij ook meer rechtspolitieke argumenten een rol spelen. Een recent voorbeeld hiervan is de afweging van belangen van opsporing en verdediging in het strafprocesrecht. *NJ*-annotator Schalken wijst erop dat de Hoge Raad bij de uitleg van de Salduz-jurisprudentie van het EHRM zowel voor een minimalistische als een expansionistische uitleg van het recht op bijstand van een raadsman had kunnen kiezen: alleen een consultatierecht voorafgaand aan het eerste verhoor of een aanwezigheidsrecht tijdens het verhoor.⁵ Het arrest van het EHRM liet ruimte voor veel verschillende interpretaties. De Hoge Raad koos hier echter pragmatisch voor de gulden middenweg, door het recht te erkennen op raadpleging van een raadsman voorafgaand aan het politieverhoor maar, behalve in het geval van een minderjarige verdachte, niet het recht op aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor.

Naast deze rechtspolitieke ontwikkeling vraagt ook de ontwikkeling van de wetenschappen om meer pragmatisme in de rechtspraak. Indien de rechter bijvoorbeeld inzicht kan krijgen in de verwachte economische effecten van een beslissing, wordt van hem verwacht dat hij de informatie over die effecten in zijn beslissing meeweegt.

Bij de rechterlijke besluitvorming spelen niet-juridische overwegingen en aannames op deze manier dus steeds vaker een rol. De rechter ontkomt er niet meer aan om rekening te houden met de gevolgen van zijn beslissing in de maatschappij. De ontwikkelingen van de rol van de rechter als toetser van overheidshandelen en de maatschappelijke emancipatie

5 Noot onder *NJ* 2009, 349.

van de wetenschappen bepalen de verwachtingen die vanuit de samenleving bestaan over het denken van rechters.

Daar komt nog bij dat burgers steeds mondiger zijn geworden en wensen dat de overheid en de rechter meer rekening houden met hun behoeften en belangen. Het New Public Management-denken ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak kan worden uitgelegd als een reactie op die ontwikkeling. Het systeem van het recht, dat in de legalistische benadering centraal staat, volstaat niet meer. Voor de rechter biedt het onvoldoende handvatten voor een kritische analyse of een toetsing van argumenten van niet-juridische aard. De rechter wordt door de samenleving steeds vaker afgerekend op zijn afweging van zulke argumenten. Een juridisch correcte beslissing is maatschappelijk niet meer aanvaardbaar indien de rechter onvoldoende inzicht geeft in beleidsoverwegingen die meespelen in zijn beslissing, of indien zijn beslissing de toetsing aan rechtseconomische of rechtspsychologische criteria niet doorstaat.

3 Common sense argumenten in de rechtspraak

3.1 Beleidseffecten

De veranderde opvattingen over de rechterlijke besluitvorming klinken duidelijk door in recente kritiek van de rechtswetenschap op de omgang van rechters met niet-juridische argumenten. Nu rechters geacht worden om niet-juridische argumenten mee te wegen in hun beslissingen, weten zij niet altijd hoe zij deze argumenten moeten waarderen. Vranken wijst er in zijn *Algemeen Deel III* al op dat het uitgaan van de eigen inschatting en van ‘common sense’ er soms toe leidt dat een beslissing wordt genomen op basis van argumenten die een deugdelijke feitelijke grondslag ontberen.⁶ Hij maakt inzichtelijk hoe dit werkt aan de hand van de Engelse Yorkshire Ripper-zaak.⁷ De moeder van het laatste slachtoffer van een seriemoordenaar claimde daar dat de moord op haar dochter voorkomen had kunnen worden indien de politie de dader sneller had opgespoord. De rechters van het House of Lords oordeelden echter dat de politie niet aansprakelijk was voor deze beweerde onzorgvuldigheid. De motivering van deze uitspraak berustte op een drietal argumenten:

- de veronderstelling dat de mogelijkheid van claims zou leiden tot een ‘defensiever beroepsuitoefening’ door de politie;
- de ongewenstheid en onmogelijkheid van rechterlijke toetsing van alle handelingen van de politie in een concreet onderzoek;
- de verwachte verspilling van publieke middelen aan proceskosten indien de politie met grotere regelmaat zou worden aangeklaagd.

Vranken wijst erop dat geen van deze argumenten van de Engelse Law Lords berust op feitelijk onderzoek dan wel op gegevens die tijdens de procedure door partijen zijn aangedragen. Ze komen voort uit verwachtingen die de rechter koestert op basis van zijn algemene kennis van de effectiviteit van politiewerk en van de rechterlijke organisatie.⁸

3.2 Gedragseffecten

Vergelijkbare constatering zijn te vinden in commentaren op de Nederlandse rechtspraak. Zo laten Van Boom, Giesen en Verheij in hun bespreking van de laadschop-zaak zien dat zowel hof als Hoge Raad empirisch onderzoek achterwege lieten en tot tegenovergestelde beslissingen kwamen. Het hof baseerde zijn uitspraak op de aanname dat kinderen bij het zien van een laadschop, bang vanwege de omvang van dit voertuig, op een veilige afstand blijven. Het kind dat wel onder de laadschop terechtkwam, vertoonde uitzonderlijk gedrag waarmee de bestuurder geen rekening hoefde te houden. De Hoge Raad ging echter uit van een andere presumptie. Hij veronderstelde dat kinderen juist worden aangetrokken door het

6 Vranken 2005, nr. 41-43.

7 Hill v The Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53.

8 Vranken 2005, nr. 41.

fascinerende apparaat dat de laadschop is. De bestuurder had daarom rekening moeten houden met dit kindergedrag.⁹

Van Boom, Giesen en Verheij laten hiermee zien dat de civiele rechter bij zijn oordeelsvorming uitgaat van gedragspresumpties in de zin van ‘de uitgesproken of onuitgesproken veronderstellingen over hoe individuen of organisaties opereren, tot wilsbepaling en besluitvorming komen, met onzekerheid omgaan, en op regelstelling reageren’.¹⁰ Zij constateren dat de rechter vaak geen empirische toetsing uitvoert ten aanzien van dergelijke gedragspresumpties.

3.3 Het effect van uitspraken

Toetsing blijft ook vaak achterwege ten aanzien van de veronderstelde gedragseffecten van de rechterlijke uitspraken, dat wil zeggen de gevolgen die deze uitspraken teweegbrengen. Dergelijke effecten leveren vooral moeilijkheden op in zaken die méér dan strikt juridische vragen betreffen. De rechter schippert dan bijvoorbeeld met rechtspolitieke vragen die door de wetgever nog niet zijn opgepakt. Vranken laat dit zien aan de hand van voorbeelden uit het civiele aansprakelijkheidsrecht. In de zaak Johanna vorderden de ouders van een meisje dat op school ernstig brandletsel opliep vergoeding van de school in verband met de vrije tijd die zij hadden opgeofferd aan de extra zorg voor hun dochter.¹¹

Een andere zaak, de zaak Krüter, betrof de claim van de echtgenote van een asbestpatiënt in verband met de zorg die zij thuis gedurende de laatste zes weken van het leven van haar man op zich had genomen.¹²

In de eerste zaak werd aansprakelijkheid aangenomen, in de tweede niet. Beide zaken plaats Vranken in het licht van de vraag ‘hoe de kennelijke, groeiende behoefte in de maatschappij aan enige vorm van genoegdoening voor naaste verwanten van gewonden die door fouten van anderen zware zorgtaken krijgen opgedrongen, dient te worden afgewogen tegen het op een algemener niveau gelegen belang niet alles met juridische aanspraken te willen oplossen.’ De rechter oordeelt hier niet enkel op grond van juridische argumenten. Hij weegt in zijn beoordeling tevens mee wat het effect van zijn beslissing zal zijn. De afwijzing van de vordering van mevrouw Krüter kon worden verklaard uit de vrees voor een ‘vloedgolf van claims’ zonder dat vaststond of deze vrees gerechtvaardigd was.¹³

Dit *floodgates*-argument, de aanname dat erkenning van een bepaalde vorm van aansprakelijkheid zal leiden tot onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen, is een typisch voorbeeld

9 HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (Martin Smit). W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij, ‘Gedrag en privaatrecht: Inleiding en verantwoording’, in: Van Boom e.a. 2008, p. 23, onder verwijzing naar Vranken 2005, nr. 50-51.

10 Van Boom e.a. 2008, a.w., p. 21.

11 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna).

12 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter-Van de Pol/Wilton-Feyenoord).

13 Vranken 2005, nr. 28.

van een gedragseffect dat vaak niet door de rechter wordt getoetst.¹⁴ En dan nog is de vraag of en in hoeverre de rechter de beantwoording van een dergelijke, rechtspolitieke vraag moet laten meewegen in zijn beslissing.

Volgens Vranken kiest de Hoge Raad er alleen in extreme gevallen voor om niet op handelen van de wetgever te wachten. Het blijft onduidelijk wanneer sprake is van zo'n 'extreem geval'. Zo handelde de rechter wel in de zaken *Johanna* en *Taxibus*.¹⁵ Vranken is echter van mening dat de Hoge Raad het liet afweten in de zaak van *Baby Joost*, door geen recht op schadevergoeding te erkennen van de ouders die ervoor kozen om zelf de zorg op zich te nemen voor hun baby die door een medische fout ernstig gehandicapt raakte.¹⁶

3.4 Kennispresumpties

Naast de omgang van rechters met gedragspresumpties en -effecten geeft ook het gebruik van kennispresumpties aanleiding tot kritiek. Waarom neemt de rechter in sommige gevallen aan dat er sprake is van een feit van algemene bekendheid en in andere gevallen juist niet? Waarom wordt als bekend verondersteld dat 'het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld en de daarbij behorende auto's die in de omgeving van die garage staan worden gestolen'?¹⁷ En waarom oordeelde de rechter dat de giftigheid van de taxusstruik, in het bijzonder voor paarden, geen feit van algemene bekendheid oplevert?¹⁸ Vaak wordt onvoldoende duidelijk gemaakt hoe dergelijke aannames van de rechter zich tot de werkelijkheid verhouden.¹⁹

14 Van Boom e.a. 2008, p. 23.

15 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Taxibus*).

16 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (*Baby Joost*). Zie Vranken 2005, nr. 28.

17 Van Boom e.a. 2008, p. 24, verwijzing naar HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 272 (*De Lage Landen Translease/Garage Kempenaar Gouda*).

18 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), genoemd door Van Boom e.a. 2008, p. 24.

19 Van Boom e.a. 2008 p. 24.

4 Het primaat van het recht

4.1 Attributiefouten

Wordt het recht nu in de rechtszaal verdrongen door beleidsmatige afwegingen of door de wetenschap? Wij denken van niet. Veeleer gaat het erom vanuit het juridische een manier te vinden om niet-juridische aspecten mee te nemen in de beslissingsvorming. De rechter blijft gebonden aan de randvoorwaarden die het juridische systeem geeft. Maar hij integreert niet-juridische elementen in zijn werkwijze, voor zover deze elementen bijdragen aan de betere vervulling van zijn wettelijke taak van de rechter.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Voor het strafrecht heeft Rozemond laten zien hoe deze integratie van niet-juridische elementen in het juridische systeem uitwerkt.²⁰ Artikel 350 lid 1 Sv draagt de rechter op om te beslissen ‘op den grondslag van de tenlastelegging’. De beslissingsmogelijkheden van de rechter worden gegeven door artikel 352 lid 1 Sv: hij kan bewezen verklaren wat is ten laste gelegd of de verdachte hiervan vrijspreken. Bij de oordeelsvorming draagt het systeem van het recht dus aan de rechter op om zich te beperken tot een onderzoek van de waarheid van de tenlastelegging.

Binnen dit beperkte kader rust echter een verplichting op de rechter om na te gaan wat er in werkelijkheid is gebeurd. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp Wetboek van Strafvordering uit 1914 dient het strafprocesrecht immers een openbaar belang: ‘het benaderen van de materiële waarheid ter bescherming van de gemeenschap’.²¹

Bovendien mag de rechter zijn oordeel niet alleen baseren op de wettige bewijsmiddelen. Hij moet tevens ‘de overtuiging (hebben) bekomen’ dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan (artikel 338 lid 1 Sv).

Het systeem van het strafprocesrecht dwingt de rechter zo om zodanig onderzoek te doen dat hij de vereiste overtuiging kan hebben bij bewezenverklaring van het feit. Deze materiële waarheidsvinding kan op verschillende manieren plaatsvinden, met inachtneming van de wettelijke eisen aan de behandeling van de zaak (artikel 268 e.v. Sv). Hierbij is het gebruik van niet-juridische elementen niet uitgesloten. Deze elementen kunnen juist bijdragen aan de kwaliteit van de oordeelsvorming. Rozemond stelt:

Wanneer rechtspsychologische inzichten laten zien dat materiële waarheidsvinding wordt bevorderd door kritische toetsing van de tenlastelegging als hypothese, dan dienen dergelijke inzichten te worden verwerkt in de wijze waarop de strafrechter het onderzoek op de terechtzitting uitvoert.²²

²⁰ Rozemond 2010, p. 39.

²¹ Bijlagen Handelingen II 1913/14, 286, nr. 3, p. 9-10 (MvT Ontwerp Wetboek van Strafvordering), geciteerd door Rozemond 2010, p. 39.

²² Rozemond 2010, p. 40.

Bij het vormen van zijn beslissing helpt het bovendien als de rechter zicht bewust is van psychologische *defaults* waarmee hij als mens is behept. Rassin liet al zien hoe tunnelvisie kan ontstaan als gevolg van de ‘confirmatiebias’, de menselijke neiging om te zoeken naar bevestiging van een bepaalde hypothese en daarbij niet-passende informatie te negeren of weg te redeneren.²³

Voor het privaatrecht blijkt uit onderzoek van Giesen dat de cognitieve psychologie kan bijdragen aan de beslissing van causaliteitsvragen in het aansprakelijkheidsrecht. Daar speelt de ‘fundamentele attributiefout’, de menselijke neiging om de oorzaak van een gebeurtenis eerder te zoeken bij de handelende persoon dan bij de invloed van factoren buiten die persoon.²⁴ Giesen stelt dat deze neiging ‘zou kunnen leiden tot verkeerde ideeën over hoe de dingen gelopen zijn en dus tot verkeerde beslissingen (...) inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding’. Hij is van mening dat rechters meer moeten worden gestimuleerd om na te denken over de zaak in zijn geheel, dat wil zeggen zowel over de betrokken actoren als over de situatie. Dit kan worden bereikt door de aandacht van de rechter te spreiden over verschillende mogelijke oorzaken voor de veroorzaakte schade. Giesen wijst erop dat een dergelijke stimulans voor een correcte causale afweging in het recht reeds is ingebouwd in het systeem van proportionele aansprakelijkheid, waar de rechter meerdere factoren moet afwegen.²⁵

4.2 De rol van emoties

Het voorgaande kan worden gelezen als een waarschuwing tegen een menselijke, al te menselijke, subjectieve beoordeling door de rechter van de aan hem voorgelegde kwesties. Hij dient niet al te gemakkelijk te vertrouwen op zijn inschattingen. Dat wil echter niet zeggen dat er geen ruimte is voor andere dan slechts geheel op de rede gefundeerde oordeelsvorming. In tegendeel, de context van rechterlijke oordeelsvorming stelt onvermijdelijk ook beperkingen aan de mogelijkheid om alles wat voor een beslissing relevant is te beredeneren. Dat is niet mogelijk en ook niet wenselijk.

Niet wenselijk is het uitsluiten van emoties omdat oordeelsvorming die slechts op de rede berust te arm is. In rechtszaken gaat het om praktische aangelegenheden en niet slechts om mathematische oefeningen waarin van de werkelijkheid van alledag wordt geabstraheerd. Rechtspraak is mensenwerk en gaat over mensen.

Dat betekent dat men, om te kunnen bepalen hoe een beslissing dient uit te vallen en te kunnen inschatten wat de implicaties ervan zijn, niet voldoende heeft aan de rede. Ook emoties zijn van belang. In de tijd van de rede zijn emoties in een kwaad daglicht komen te staan. Emoties als woede, walging, of schaamte zijn inderdaad een slechte leidraad als het

²³ Rassin 2007, p. 12.

²⁴ Giesen 2008, p. 183.

²⁵ Giesen 2008, p. 196.

gaat om het objectieve, neutrale oordelen. Dergelijke emoties vervormen het redelijke. Toch is er ook een andere kant. Emoties zijn ook een niet te missen kenbron als het gaat om het maken van inschattingen, zolang ze worden gebonden aan en gestuurd door rationele afwegingen. Onder anderen Martha Nussbaum heeft hiervoor aandacht gevraagd. In haar boek *Oplevingen van het denken* gaat zij in op de epistemologische kwaliteiten van emoties binnen een politieke en juridische context.²⁶

Nussbaums meest uitgesproken voorbeeld is dat van het mededogen. Mededogen versterkt de verbeeldingskracht. In geval van ernstige misdrijven stuurt het een al te eenzijdige beschouwing van een zaak bij. Om een verruimde voorstelling van een zaak te ontwikkelen kan het van belang zijn dat een aanvankelijke verontwaardiging of zelfs walging, wordt bijgesteld door een bepaald mededogen waardoor meer inzicht in de achtergrond en motieven van een verdachte wordt ontwikkeld. Dit kan voorkomen dat een rechter ‘de misdadiger niet als een lagere mensensoort of een onbegrijpelijk vreemd wezen behandelt’.²⁷ Dit impliceert dat de ruimte die het recht aan rechters laat voor individuele afwegingen en keuzes positief kan worden gewaardeerd:

*De inrichting van het rechtsstelsel laat ruimte voor flexibiliteit en voor individuele interpretatie en normatieve argumentatie. Er zijn goede redenen voor om die ruimte te behouden, want geen enkel document kan zulke nauwkeurige, ondubbelzinnige instructies bevatten dat het elk probleem van te voren kan oplossen en zelfs een poging daartoe zou leiden tot een dodelijke starheid in de wetgeving. Zodra die ruimte er is, hebben we echter rechters nodig die de rationele argumentatie kunnen toelichten. Als mijn redenatie klopt betekent dit dat we rechters nodig hebben die passend emotioneel zijn.*²⁸

4.3 Intuïtie

In de pragmatische benadering die wij voorstaan is tevens ruimte en aandacht voor zoiets als intuïtie. Hiervoor stipten we reeds aan dat rechters onmogelijk in staat zijn om in alle casus steeds een degelijk wetenschappelijke analyse van de voorgelegde problematiek te maken, daarover uitvoerig te delibereren vooraleer tot een beslissing te komen. En ook al zouden ze die tijd wel hebben, dan nog is niet zeker of men in alle gevallen tot voldoende eenduidige, wetenschappelijk verantwoorde uitkomsten zouden kunnen komen. De praktijk is nu eenmaal grillig, wat impliceert dat zich steeds weer gevallen zullen voordoen die niet zomaar onder een bepaalde categorie kunnen worden gebracht en dus een ‘vers’ oordeel behoeven.

Bij het oplossen van dit soort zaken zou dan iets van rechterlijke intuïtie een rol kunnen spelen. Scholten maakte hiervan al gewag in zijn Algemeen deel van de Asser-serie:

²⁶ Nussbaum 2004, Hoofdstuk 8.

²⁷ Id., p. 385.

²⁸ Id., p. 384.

*Recht vinden is altijd tegelijk èn intellectueel èn intuïtief zedelijk werk. Het is beslissing over wat is en wat moet in één en juist daardoor zowel van het zedelijk als het wetenschappelijk oordeel te onderscheiden.*²⁹

Rechterlijke oordeelsvorming berust dus in ieder geval deels op een ‘inschatting’, of een ‘gevoel’, in casu rechtsgevoel. Dat wil niet zeggen dat de intuïtie waarover Scholten spreekt iets heeft uit te staan met een of andere vorm van ‘mysterieus’ aanvoelen. De intuïtie behelst een door ervaring en kennis gevoed inzicht. ‘Ook de rechter, die intuïtief, onmiddellijk nadat de zaak hem is voorgelegd, de beslissing “ziet”, ook al weet hij nog niet precies, hoe hij haar zal motiveren, gebruikt in die intuïtieve kijk zijn rechtskennis – zijn hele ervaring.’³⁰ Cruciaal is hier hoe die ‘hele ervaring’ van de rechter is gevoed. Is dat gezond verstand? Of wordt die ervaring mede gevoed door betrokkenheid op maatschappelijke implicaties en wetenschappelijke inzichten?

²⁹ Scholten 1974, p. 132.

³⁰ Id. p. 132.

5 Rechtspraak is mensenwerk

Rechtspraak is en blijft mensenwerk. Hercules bestaat niet in de dagelijkse praktijk van de rechtspraak. Dit betekent dat zelfs als rechters voortdurend oog hebben voor mogelijke vergissingen en vooroordelen en in staat zouden zijn om deze bij te stellen, zij nog zouden moeten oordelen in onzekerheid. Het idee dat er een juist antwoord is binnen het recht kan mogelijk als een regulatief principe dienst doen, wat wil zeggen dat het iets is waar rechters naar moeten streven.³⁰ Het zou echter een illusie zijn te denken dat zoiets als een enkele, absolute waarheid in de praktijk gekend kan worden. Men zal moeten onderkennen dat een dergelijke veronderstelling reeds binnen de wetenschappen discutabel is.

De werkelijkheid is zo weerbarstig dat zij zich nimmer geheel prijsgeeft. Dat geldt reeds voor de natuur, maar nog in sterkere mate voor de wetenschappen die het veranderlijke menselijke bestaan trachten te doorgronden. Voor de praktijk van de rechtspraak komt daar bij dat knopen moeten worden doorgehakt, ook als bepaalde kennis nog niet voorhanden is, of men niet over tijd en middelen beschikt om deze te verwerken.

Wat het pragmatisme zoals door Posner gepresenteerd bepleit, is dat dit nog niet betekent dat bij de kritische analyse van het rechterlijk denken kan worden volstaan met een louter interne benadering. Met de toenemende behoefte aan transparantie van de rechtspraak en de emancipatie van wetenschappen op het terrein van forensische oordeelsvorming, zal er naast aandacht voor de een toets aan de hand van juridische criteria tevens aandacht moeten zijn voor een toets aan niet-juridische criteria.

Het gebruik van ‘gezond verstand’ is hierbij een onvoldoende waarborg. Dat betekent dat de rechtspraak moet onderkennen dat ook de interne controle-mechanismen onvoldoende garantie bieden voor uitsluiting of herstel van fouten. De controle door collegiale rechtspraak in de meervoudige kamer en de mogelijkheden van beroep en cassatie, bieden geen zekerheid dat fouten in het denken worden gedetecteerd, als binnen deze controle niet ook meer expliciet aandacht is voor niet-juridische elementen die de gedachtevorming van de rechter mede bepalen.

Hier ligt het belang van een verdere doordenking van een pragmatische benadering van de rechtspraak. Zo’n benadering, op een systematische manier toegepast, geeft rechters een denkkader dat is toegesneden op de huidige tijd. Deze benadering maakt het mogelijk om beleidsmatige en wetenschappelijke argumenten op een correcte wijze te integreren.

Indien rechters zich bewust zijn van deze niet-juridische argumenten en van hun betekenis in het juridische beslissingsproces, kan dit bijdragen aan de scherpte in hun oordeelsvorming en aan een rechtspraak die nog meer dan nu met haar omgeving in contact staat.

31 Zo althans kan men ‘*the one right answer thesis*’ van de Amerikaanse rechtstheoreticus Ronald Dworkin opvatten.

Literatuur

- Cabrillo, F. & Fitzpatrick, S. (2008). *The economics of courts and litigation*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Dworkin, R. (1981). *Taking Rights Serious*, London: Duckworth.
- Giesen, I. (2008). 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: Boom, W.H. van der, Giesen I. & A.J. Verheij (red.). *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij.
- James, William (1907). *Pragmatism*.
- Meer, T. van der, (2004). Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen, Rechtstreeks 2004 nr 1. Den Haag: Raad voor de rechtspraak
- Nussbaum, M. (2004). *Oplevingen van het denken. Over menselijke emoties*, Amsterdam: Ambo/Anthos.
- Posner, R. A. (2008). *How Judges Think*, Cambridge (Mass.) / London: Harvard University Press.
- Rassin, E. (2007). *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum.
- Rozemond, K. (2010). 'Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen', *R&R* 2010, p. 35-52.
- Scholten, P. (1974). *Algemeen Deel. Asser serie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Vranken, J.B.M. (2005). *Algemeen Deel. Een vervolg ****, Deventer: Kluwer.