

Keith Hawkins (red.) (2001) *The Uses of Discretion*, (tweede druk), Oxford Socio-Legal Studies Series, Oxford: Clarendon Press.

*Door: Peter Mascini*

Deze bundel, die in 1992 voor het eerst is gepubliceerd, is tot op heden onbesproken gebleven in de Nederlandse sociologische tijdschriften. Dit wil ik alsnog doen, omdat het volgens mij een belangrijk en nog steeds actueel overzichtswerk betreft. Het doel van de bundel is om zowel vanuit rechten als sociale wetenschappen inzichten te bieden in de centrale vraagstukken met betrekking tot het gebruik van discretie door individuen die geautoriseerd zijn om beslissingen te nemen op basis van wettelijke regels. Discretie wordt gedefinieerd als de ruimte die beslissers hebben om te kiezen hoe ze regels toepassen op concrete gevallen. Deze definitie wordt flexibel gehanteerd, aangezien sommige auteurs ook beleidsdoelstellingen als regels opvatten, terwijl anderen de bepaling van wat eigenlijk het geval is waarover moet worden beslist ook tot het te bestuderen verschijnsel rekenen. Als gevolg van deze ruime definitie valt bijvoorbeeld ook Manning's hoofdstuk over de besluitneming ten aanzien van ongewone gebeurtenissen als rampen en schandalen binnen het bestek van de studie. Het boek behandelt de overkoepelende vraagstukken met betrekking tot discretionaire beslissingen, de krachten die er vorm aan geven alsmede de voor- en nadelen ervan.

Deel een handelt over de generieke kenmerken van discretie. Na een brede en heldere inleiding door Hawkins over beslistheorieën in het algemeen en discretionaire beslissingen in het bijzonder, volgen twee hoofdstukken over het gebruik van discretie door rechters. Schneider stelt dat de voor- en nadelen van discretie contextafhankelijk zijn en dat onder andere benoemingen, socialisatie en bezwaarprocedures de discretionaire ruimte in de praktijk inperken. Volgens Bell maakt sociologisch onderzoek naar discretie duidelijk dat het recht beter kan worden opgevat als een van de vele mogelijkheden om beleidskeuzes te legitimeren, dan als een gegeven systeem van richtinggevende normen.

De gemeenschappelijke noemer van deel twee betreft de veronderstelde paradox dat discretionaire beslissingen tegelijkertijd particularistisch en voorspelbaar zijn. Deze paradox komt er op neer dat individuele beslissers weliswaar keuzevrijheid hebben, maar deze in de praktijk toch grotendeels voorspelbaar benutten, zo stellen alle auteurs in dit deel. Dit deel is dan ook tevens bedoeld als een kritiek op de individualistische visie waarin discretie wordt opgevat als rechtdoen aan de unieke kenmerken van specifieke zaken en die vooral juristen er op nahouden. Er worden twee oorzaken voor de voorspelbaarheid van discretionaire beslissingen naar voren gebracht: de sociale en institutionele inbedding van beslissers en hun ervaringen met beslissingen op eerdere gevallen. Minstens een van beide oorzaken komt in alle vijf hoofdstukken van deel twee aan de orde, maar afzonderlijk worden ze het meest overtuigend uitgewerkt door Baumgartner respectievelijk Emerson en Paley. Baumgartner baseert zich op Donald Black's invloedrijke theorie over de 'behavior of law' om te demonstreren dat discretionaire beslissingen van mensen die in het rechtssysteem werken in sterke mate worden gedetermineerd door de sociale kenmerken van de betrokken partijen. Beslissers zijn strenger naarmate de daders minder verbonden zijn met hun slachtoffers, de daders minder en de slachtoffers meer respect genieten en naarmate de daders een lagere en de slachtoffers een hogere sociale status hebben. Deze verschillen treden sterker op naarmate actoren die ondersteuning

bieden meer gelijkenis vertonen met de partij die zij vertegenwoordigen. Het bewijs dat mensen niet gelijk zijn voor de wet is volgens Baumgartner zo overweldigend dat er geen oplossing voor bestaat. Emerson en Paley laten zien dat beslissingen in individuele gevallen worden genomen tegen de achtergrond van wat zij een '*organizational decision horizon*' noemen: de institutionele context zoals die bekend is en begrepen wordt door de beslissers in concrete beslissingen. Hierbij speelt zowel de kennis over de manier waarop een geval totstand is gekomen een rol - '*organizational histories*' -, als kennis over de manier waarop anderen het verder zullen afhandelen - '*organizational futures*'.

Deel drie gaat over de beleidsmatige implicaties van discretie. Volgens Sainsbury moet discretie zowel worden beoordeeld in het kader van precisie - die betrekking heeft op de uitkomsten - als van eerlijkheid - die betrekking heeft op de procedure. Hij stelt dat beide dimensies los van elkaar staan en zelfs tegen elkaar kunnen inwerken. Lacey beroept zich op dezelfde dimensies en betoogt dat de beoordeling van discretie niet aan juristen alleen kan worden overgelaten, omdat die de neiging hebben het belang van een eerlijke procedure te overbelichten en die van precieze uitkomsten te onderbelichten. Handler stelt tenslotte dat het belangrijk is om burgers die afhankelijk zijn van bureaucratieën te transformeren van objecten van discretie tot subjecten die participeren in discretie.

Het laatste deel is wat mij betreft het minst interessant, aangezien de persoonlijke standpunten van de auteurs hun analyse enigszins overschaduwden. Deel een biedt een heldere inleiding in de problematiek en maakt duidelijk wat juristen van sociale wetenschappen kunnen leren - andersom nauwelijks. In deel twee wordt de mythe van discretie als individuele keuzevrijheid overtuigend ontmaskerd. Het is duidelijk dat sociale voorkeuren en institutionele inbeddingen de individuele keuzevrijheid inperken om de ruimte die regels laten geheel naar eigen inzicht toe te passen. Methodologisch wijst dit inderdaad op het belang om de gewoonte om individuele gevallen als eenheid van analyse te nemen te vervangen door een holistische bestudering van discretie. Dit neemt niet weg dat deze conclusie de vraag oproept hoe kan worden verklaard dat het bepaald geen uitzondering is dat individuen in vergelijkbare gevallen verschillende beslissingen nemen, zoals Hawkins zelf ook onderkent (p. 118). Er zijn twee mogelijkheden. De eerste is dat de context waarin individuele beslissers werken minder homogeen is dan hier wordt gesuggereerd, bijvoorbeeld omdat zij op verschillende manieren zijn ingewerkt of gesocialiseerd. De andere mogelijkheid is dat er weldegelijk een zekere mate van vrijheid overblijft om regels naar eigen inzicht toe te passen, bijvoorbeeld op grond van persoonlijke taakopvattingen. Beide mogelijkheden verdienen het aan een nader onderzoek onderworpen te worden. Deze kritiek op het boek dringt zich overigens juist op als gevolg van de zorgvuldige samenstelling van deze bundel en de explicitering van de gekozen uitgangspunten.

Feldman beargumenteert dat bepaalde sociale condities kunnen helpen voorkomen dat discretie leidt tot ongelijkheid, terwijl ze het tegelijkertijd wel mogelijk maken om recht te doen aan de unieke kenmerken van specifieke gevallen. Lempert laat zien dat een commissie voor de uithuisplaatsing van woninghuurders hun discretionaire bevoegdheid steeds restrictiever zijn gaan invullen onder invloed van sociale factoren. De sociale druk was zo sterk dat de leden ten onrechte steeds het gevoel hadden geen keuzevrijheid te hebben. Ook Manning gaat in op de inperking van keuzevrijheid als gevolg van de definiëring van een geval ('framing'). Zogauw de definitie van de situatie verandert van 'normaal' in 'crisis' neemt ook het gebruik van discretie een andere vorm aan. In het laatste geval staan beslissingen geheel in het teken van de schuldvraag en proberen partijen de retoriek van een noodsituatie te gebruiken om het besliskader naar eigen hand te zetten en om hun eigen discretionaire ruimte te vergroten.

Deel twee gaat over de regelmatigheden in het gebruik van discretie en zet zich af tegen de dominante individualistische visie op discretie, waarin de vaardigheid om recht te doen aan de unieke kenmerken van specifieke zaken. (Feldman en Lempert onder deze algemene noemer behandelen, uitgebreider stilstaan bij de verschillende waarde van Baumgartner en van Emerson en Paley.) Baumgartner stelt zichzelf tot doel om de mythe van discretie als een individuele beslissing te ontmaskeren. Geënt op Donald Black's relational distance hypothesis laat zij zien dat hoe meer de beslisser zich verbonden voelt met zijn cliënt, hoe respectabeler hij die acht en hoe hoger de sociale status van zijn cliënt hoe toegeeflijker zijn beslissingen. Dit brengt haar tot de conclusie dat mensen niet gelijk zijn voor de wet en dat zolang er recht is deze discriminatie zal bestaan. Een visie op discretie als het product van sociale in plaats van regels betekent dat beslissingen voorspelbaar zijn volgens sociologische theorieën in plaats van volgens de regels van het recht. (Dit is belangrijk.) Hoe overtuigend haar analyse ook is, het is niet het hele verhaal, aangezien vergelijkbare gevallen tot verschillende uitkomsten leiden. Feldman houdt zich bezig met de vragen hoe discretie wordt en zou moeten worden ingeperkt door de organisationele context. Lempert beargumenteert dat de verschijning en waarde van discretie afhankelijk is van de vraag of het vanuit een juridisch, analytisch of gedragsmatig perspectief wordt gezien. Emerson en Paley bekritiseren de gangbare dichotomisering van 'regels' en 'discretie' als een zero sum. Deze visie heeft tot gevolg dat discretie als een restcategorie wordt gezien, zodat de indruk ontstaat dat die niet zelf hoeft te worden geanalyseerd. Volgens hen is dit juist van essentieel belang, omdat het gebruik van regels afhangt van interpretatie die niet is gegeven door de regels zelf. Dit interpretatieproces is zelf onderwerp van discretie: wat de relevante feiten zijn en welke regels moeten worden toegepast. Dichotomiseren leidt ook tot het veronachtzamen van het belang van de context voor de uitoefening van discretie. Deze hangt af van de organizational horizon: de context zoals die bekend is en begrepen wordt door de beslissers in concrete beslissingen. Regels worden toegepast in het licht van de geanticiperde consequenties. Deze zijn afhankelijk van reacties op eerdere beslissingen en van assumpties over het gedrag van anderen die met de case te maken krijgen. De belangrijkste implicaties van hun benadering is dat juristen en sociale wetenschappers doorgaans ten onrechte individuele cases als de eenheid van analyse nemen. Hiermee wordt ten eerste veronachtzaamd dat beslissingen op individuele gevallen afhangen van een bredere case-set of caseload. Ten tweede wordt

hiermee veronachtzaamd dat aan beslissingen het maken van dossiers voorafgaat dat niet alleen de constructie maar ook de selectieve reconstructie van de werkelijkheid inhoudt. Hun analyse laat zien dat er een verband bestaat tussen discretie en tijd: beslissingen hangen af van een organisationeel verleden en toekomst. Emerson en Paley laten zien dat cases niet worden behandeld als geïsoleerde entiteiten, maar als onderdeel van bredere organisatorische processen en kennis die zowel lokaal als variabel is. (Dit is belangrijk.) Manning is de enige die zich bezig houdt met kritieke beslissingen ten aanzien van catastrofale gebeurtenissen, in plaats van met routinematige en repetitieve beslissingen. Hij suggereert dat het karakter van discretie verandert als besluitnemers worden geconfronteerd met crises. Hij wijst op de paradox dat ten tijde van crises zorgvuldigere beslissingen worden genomen, terwijl het tegendeel het geval is, omdat beslissers een gevoel van 'business as usual' vervangen door een gevoel van 'emergency'. Kenmerkend is ook dat beslissingen in het teken van verantwoordelijkheid en schuld (blameworthiness) staan. Het adopteren van een retoriek van 'emergency' stelt leidinggevenden in staat om het kader waarin beslissingen worden genomen in hun eigen voordeel te veranderen en de eigen discretionaire ruimte te vergroten.