

Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming

Wibo van Rossum¹

EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR RECHTERLIJKE OORDEELSVORMING BLIJKT ANDERE INZICHTEN OP TE LEVEREN DAN HET ONDERZOEK NAAR RECHTSVINDING, ARGUMENTATIE EN MOTIVERING VAN JURIDISCHE BESLISSINGEN IN STRIKTE ZIN.

Het proces van rechterlijke rechtsvinding of rechterlijke oordeelsvorming krijgt regelmatig wetenschappelijke aandacht, maar de empirische component op het alledaagse niveau van de lagere rechters, zeker als het gaat om de civiele rechtspleging, wordt daarin ten onrechte weinig betrokken. De 'intuïtie' die in de sprong van Scholten centraal staat, krijgt nog maar weinig handen en voeten. Nu uit verschillende empirische onderzoeken enig inzicht in het praktische proces van oordeelsvorming is verkregen, is het van belang om systematischer onderzoek te doen en de resultaten van het onderzoek in te zetten in de rechtenstudie en bij de training van rechters en advocaten.

In de afgelopen jaren zijn twee empirische onderzoeken naar het proces van rechterlijke oordeelsvorming of rechtsvinding verschenen.² In 2007 publiceerde ik *Gelet op de cultuur*, waarin ik vijf rechtszaken reconstrueer aan de hand van interviews met partijen, advocaten,

rechters en derden. Hoewel de focus in het onderzoek ligt bij de vraag hoe de betrokkenen de relevantie van de culturele achtergrond van de partijen met een allochtone achtergrond inschatten en in hun beslissingen verdisconteren, bieden de resultaten ook inzicht in hoe rechters tot hun oordeel komen. In 2008 verscheen de dissertatie van Rogier Hartendorp, *Praktisch gesproken, naar de praktische kanten van rechtsvinding of oordeelsvorming*.³ Ook hij heeft rechters geïnterviewd over hoe hun juridische oordeel tot stand komt. Beide onderzoeken laten zien dat de manier waarop rechters tot een 'acceptabel oordeel' komen vooral neerkomt op intuïtie.⁴ Dat is niet een intuïtie die uit de lucht komt vallen en evenmin gaat het om een gewetensbeslissing. Rechters blijken niet vrij te associëren en dan een keuze te maken die 'goed aanvoelt', maar maken gebruik van een geofende intuïtie die op kennis en ervaring is gebaseerd.⁵ Intuïtie is in deze betekenis niet 'irrationeel', maar kent een eigen rationaliteit

Auteur

1. Dr. mr. W.M. van Rossum is universitair docent rechtssociologie bij Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht. Hij dankt Theo Rosier voor commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

Noten

2. We zouden beide analytisch kunnen onderscheiden door rechterlijke oordeelsvorming breed op te vatten als het sociale, psychologische, interactieve, morele, juridische, enz. proces waarin rechters tot

een uitspraak komen, terwijl rechterlijke rechtsvinding dan enger wordt opgevat dan het proces waarin rechters vaststellen wat de betekenis is van het recht in concrete casussen. In dit artikel gaat het vooral om het brede proces van oordeelsvorming, maar wordt voor de afwisseling ook de term rechtsvinding gebruikt.

3. R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken; Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Rotterdam) 2008.

4. Maurits Barendrecht en Martin

Gramatikov gebruiken in hun artikel 'Aanvaardbaarheid van rechtspleging; Toegankelijkheid en rechtvaardigheid als gezien door gebruikers', *NJB* 2010, 853, afl. 17, p. 1102-1110, de term 'acceptabele' en 'aanvaardbare' beslissing. Daarmee willen zij aangeven dat rechters vooral een pragmatisch oog hebben voor de vraag hoe hun beslissing valt bij partijen en voor hen acceptabel is. Uiteraard zijn voor het proces van oordeelsvorming ook andere contextuele factoren van belang. De efficiency van de organisatie, het gegeven dat

beslissingen snel moeten worden genomen, maar ook tijd die de derden in de zaak kunnen steken (jeugdhulpverlening bijvoorbeeld) en de financiële keuzes die een ministerie moet maken bij het bepalen van het aantal rechters, hun werkdruk en administratieve en digitale ondersteuning enzovoort, zijn relevante factoren die van invloed zijn op beslissingen. Ik ga daar hier niet verder op in.

5. Zie P. van Schilfgaarde, *Acciditutie in de rechtsvinding*, Amsterdam: KNAW 2006.

Rechters blijken niet vrij te associëren en dan een keuze te maken die ‘goed aanvoelt’, maar maken gebruik van een geoefende intuïtie die op kennis en ervaring is gebaseerd

die gecontroleerd en getraind kan worden.⁶ Onderzoek naar en reflectie op hoe die intuïtieve sprong gemaakt wordt en door welke factoren hij beïnvloed wordt, levert daarom een bijdrage aan de vorming en training van juridisch denken in de opleiding rechtsgeleerdheid en later in de beroepspraktijk.

Het proces dat tot het rechterlijk oordeel leidt, kan onderscheiden worden van het proces van redeneren en argumenteren dat de uitkomst van het intuïtieve proces bevestigt, gedeeltelijk corrigeert of geheel weerlegt. In wetenschapstheoretische termen behoort het moment van

intuïtie tot de ‘context of discovery’ en het moment van juridische argumentatie tot de ‘context of justification’.⁷ Ik zal nu aandacht vragen voor de ‘context of discovery’ door uitgebreid de casus van Mohammed en de argumentatie van de beslissing door de rechter in het vonnis en het interview te bespreken.⁸

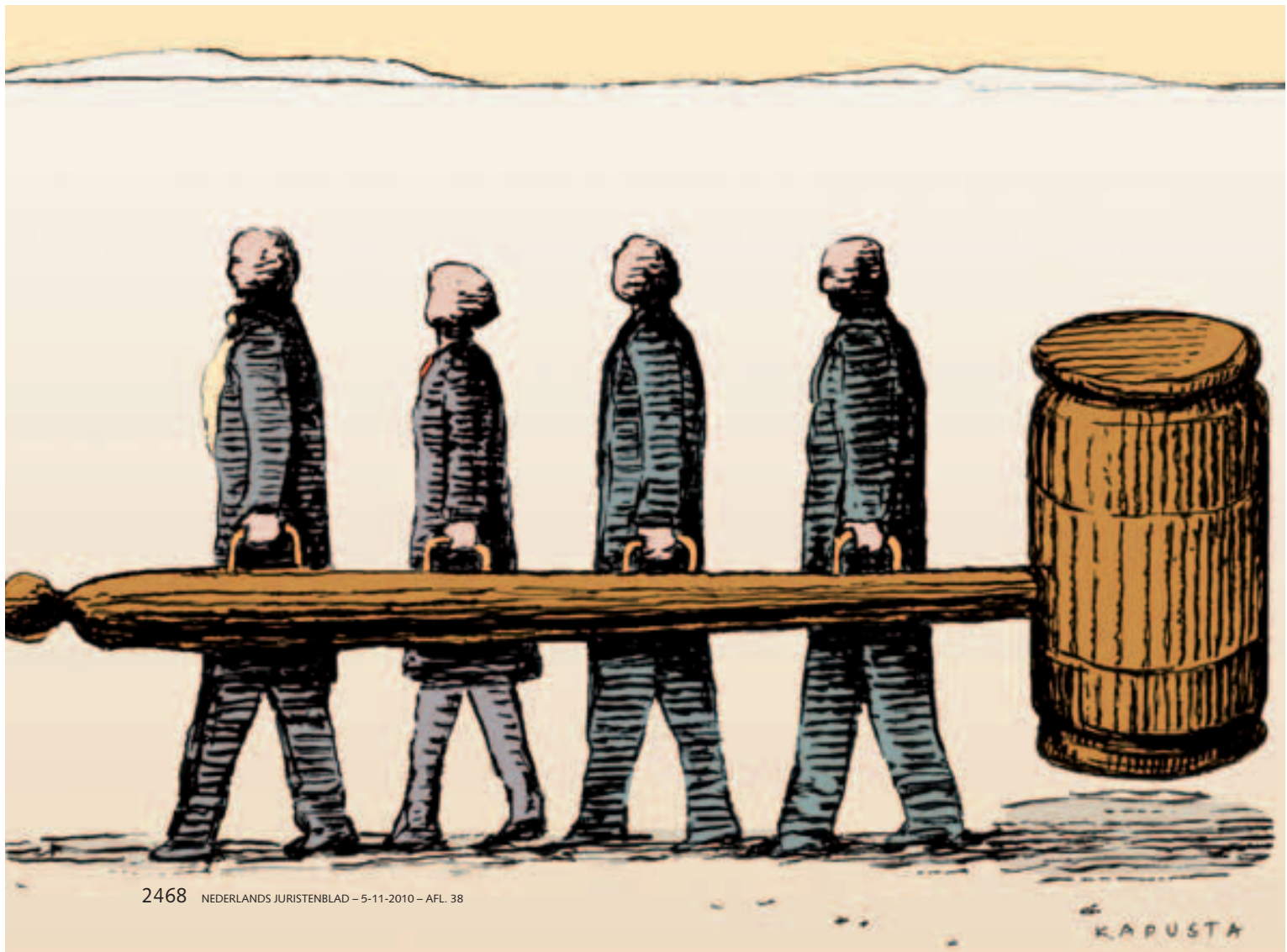
Het ontslag van Mohammed

Chronologisch verloop van de zaak van Mohammed

Na bijna vier jaar goed functioneren, wordt Mohammed aan het einde van het voorjaar van 2005 door de politie opgepakt. Hij verblijft twee dagen op het politiebureau en mag met niemand contact opnemen. Tijdens zijn arrestatie weet hij zijn telefoon aan zijn neef te geven en hem te zeggen dat hij zijn werkgever moet bellen. De neef belt nog diezelfde nacht naar de werkgever en vertelt wat er is gebeurd. Mohammed kan dus niet op zijn werk verschijnen. Na zijn vrijlating heeft hij een gesprek met de personeelschef. Mohammed zegt dat tegen hem een ‘valse aangifte’ is ingediend. Zonder op details in te gaan, wordt besloten ‘de zaak te laten rusten’. Het kost Mohammed twee dagen salaris.

Twee weken na de arrestatie meldt Mohammed zich na een uur werken ziek, terwijl hij die dag ook al een half

© Images.com/Corbis



uur te laat op zijn werk is gekomen. Diezelfde ochtend om 9.00 uur staat de arbo-arts voor controle op de stoep. Mohammed is echter niet thuis. Als de werkgever later die dag telefonisch contact met hem opneemt, blijkt hij verhuisd. Hij heeft onenigheid met zijn vrouw en is bij haar weg. Hij heeft verzuimd zijn verhuizing te melden. Hij krijgt van de werkgever een brief waarin hij formeel wordt gewaarschuwd.

Een paar weken na deze incidenten gaat Mohammed op vakantie naar Marokko. Op een van de laatste dagen van de vakantie meldt hij zich telefonisch vanuit Marokko ziek. Hij stuurt een fax met de officiële papieren van het CNSS, de organisatie die in Marokko de medische keuringen verricht. Mohammed 'moet wegens maagklachten drie weken rust houden'.

De werkgever schrijft Mohammed direct op zijn huisadres aan dat hij informatie aangaande zijn ziekmelding moet verstrekken. Mohammed reageert niet. Ruim twee weken later volgt een brief met de mededeling dat zijn salaris voorlopig wordt ingehouden. Een paar dagen daarna is Mohammed terug in Nederland. Hij meldt zich op het spreekuur van de arbo-arts. Deze ziet geen medische gronden om arbeidsongeschiktheid aan te nemen. Mohammed gaat de volgende dag aan het werk, maar meldt zich na een half uur ziek. De werkgever schrijft hem een brief met het verzoek haar in te lichten over wat er aan de hand is. Mohammed reageert niet.

Het schrijven van brieven met een steeds dreigender toon gaat nog even door, totdat Mohammed meldt dat hij een *second opinion* van het oordeel van de arbo-arts heeft aangevraagd. De werkgever vraagt dat na bij het UWV, maar daar is de aanvraag niet bekend. Daarop start de werkgever de ontslagprocedure.

In het najaar van 2005 wijst de kantonrechter het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af. Enige tijd na de uitspraak gaat Mohammed halve dagen aan het werk, met de bedoeling om volledig te gaan werken als hij genoeg hersteld is.

Juridisch kader

In het BW7 worden twee begrippen genoemd die voor de werkgever een reden voor ontslag kunnen opleveren: 'dringende redenen' (art. 7:678 BW jo. art. 7:677 BW) en 'gewichtige redenen' (art. 7:685 BW). Vanwege 'dringende redenen' kan iemand ontslagen worden op staande voet. Onder 'dringende redenen' vallen bijvoorbeeld misleiding van de werkgever, diefstal, weigeren te voldoen aan bevelen van de werkgever en door roekeloosheid buiten staat raken om de arbeid te verrichten (art. 7:678 lid 2 BW). Voor ontslag wegens 'gewichtige redenen' is de tussenkomst van de kantonrechter nodig. Het systeem van de wet is zo opgezet dat uiteraard ook de 'zwaardere' dringende redenen voor de kantonrechter reden kunnen zijn om het

Noten

6. Zie Jonathan Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie; Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2005 (3), p. 235-261. Termen als 'associatief' of 'bevlindend den-

ken', die Schoordijk gebruikt, hebben naar mijn smaak te veel de connotatie van maar wegdromen 'ins Blaue hinein'. Zie Herman Schoordijk in 'Van Maanen en de arresten van 1919 en 1959', *NJB* 2009, 765, afl. 16, p. 1036-1037.

7. Geformuleerd door H. Reichenbach

Rechtsregels en feitenvaststelling raken met elkaar verweven waardoor het analytische onderscheid tussen oordeelsvorming en rechtsvinding moeilijk aanwijsbaar is

verzoek tot ontbinding wegens gewichtige redenen toe te wijzen. 'Gewichtige redenen' omvatten de 'dringende redenen' en daarnaast de open norm 'veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen' (art. 7:685 lid 2 BW). De werkgever heeft deze grond gekozen voor het verzoek tot ontbinding. Naar de mening van de werkgever is door de incidenten met Mohammed het vertrouwen zodanig geschaad dat dit een verandering in de omstandigheden inhoudt op grond waarvan de arbeidsovereenkomst behoort te beëindigen. Dat betekent dat de kantonrechter dient te bepalen of de incidenten in deze casus 'van dien aard' zijn dat beëindiging van de overeenkomst gerechtvaardigd is.

We zien hier hoe rechtsregels en feitenvaststelling met elkaar verweven raken en het analytische onderscheid tussen oordeelsvorming en rechtsvinding moeilijk in de praktijk aanwijsbaar is. Enerzijds kunnen we volhouden dat het om de interpretatie en vaststelling van het recht gaat. De rechter moet immers een beslissing nemen die past in het systeem van het recht en die zo veel mogelijk past bij de bedoeling van de wetgever om de werknemer een zekere mate van bescherming tegen ontslag te geven. Anderzijds is de formulering 'veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn' zo open dat het voor een groot deel van de feiten van het geval afhangt of het ontslag gerechtvaardigd is of niet. Die feiten zijn er niet zomaar, maar moeten aan de hand van het dossier en de communicatie ter zitting worden vastgesteld, waarbij kennis en ervaring van de rechter meespelen, de communicatietechnieken ter zitting, en psychologische processen van gegevensverwerking. Met andere woorden: tussen de feiten en het recht bevindt zich de rechter die de connectie tussen beide gebieden moet fabriceren.

De beslissing en de rechtvaardiging daarvan, zowel op papier als in het interview

In de beschikking van de kantonrechter wordt onder andere 'als vaststaand aangenomen' dat Mohammed gedurende

in *Experience and prediction*, Chicago: University of Chicago Press 1938.

Zie o.a. [www.comnet.ca/~pbellan/Reich\(1938,chapter1\).htm](http://www.comnet.ca/~pbellan/Reich(1938,chapter1).htm).

8. Het gaat om een van de vijf zaken die in mijn onderzoeksverslag *Gelet op de cultuur*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak

2007, uitgebreid is beschreven. Dat onderzoek was erop gericht om na te gaan op welke momenten en in welke vormen de cultuur van etnische minderheden opduikt in arbeids- en familierectzaken. In deze bijdrage gebruik ik de casus om het proces van rechtsvinding te verhelderen.

de tijd dat hij in dienst bij de werkgever is geweest, goed heeft gefunctioneerd. Over de arbeidsongeschiktheid zijn er echter 'vragen gebleven' en bovendien was de arbo-arts duidelijk in zijn oordeel dat Mohammed niet ziek was. Dan komt een interessante overweging:

'Dat die vragen zijn gebleven dient in beginsel aan Mohammed te worden toegerekend, nu het op zijn weg lag een deskundigenoordeel aan te vragen en niet is gebleken dat hij dat in eerste instantie (tijdig) heeft gedaan. Indien echter op grond van zijn verklaring wordt aangenomen dat dit wel is gebeurd, waartoe de kantonrechter bereid is, komt de zaak in een ander licht te staan. In dat geval mocht Mohammed zich, in afwachting van het deskundigenoordeel, op het standpunt stellen dat hij arbeidsongeschikt was.'

De passage is interessant, omdat zij aangeeft dat de rechter bereid is aan te nemen dat Mohammed een deskundigenoordeel heeft aangevraagd, met andere woorden 'geloof hechtte' aan de beweringen van Mohammed. Op de zitting vroeg de rechter aan Mohammed of het inderdaad wel zo was dat hij dat deskundigenoordeel had aangevraagd. Mohammed vertelde daarop dat hij naar de wijkwinkel was gegaan en daar met iemand had gesproken en samen met die man (zijn naam wist hij niet meer) het formulier had ingevuld. Hij maakte aan het einde van het verhaal een beweging met zijn hand naar de tafel en vertelde dat hij zelf daarop de enveloppe op de post had gedaan. In het interview vertelde de rechter hierover het volgende:

Rechter: Wat me opviel is dat hij, maar dat kun je nooit helemaal taxeren, goed uit z'n woorden kwam. Hij kon het goed uitleggen, eh, ik vond hem overtuigend. Iemand kan mij daarmee ook om de tuin leiden, ik weet het niet, maar dat weet je nooit.

WvR: Probeer u die intuïtie eens in te vullen. Waar ligt dat dan aan?

Rechter: Ja, dat is onzichtbaar. Dat zijn hele kleine dingen. Kijk ik vraag hem bijvoorbeeld, als hij zegt 'ik heb die eerste *second opinion* toen verstuurd', vraag ik hem 'wat heb je toen dan gedaan?' Dan zegt hij 'ik ben naar de wijkwinkel gegaan, ik heb een enveloppe gepakt en ik heb daar een postzegel opgeplakt'. [Ze gaat met haar duim naar het bureau in een beweging 'postzegel plakken'; WvR] Dat is voor mij belangrijk. Die man ziet zichzelf die postzegel plakken, die weet nog dat hij die postzegel geplakt heeft.

WvR: Oké.

Rechter: En wat het waard is, ik weet het niet. Hij kan net zo goed zeggen dat hij een postzegel geplakt heeft als hij het niet gedaan heeft, maar dan had hij het van tevoren moeten bedenken. Ik bedoel, het zijn allemaal imponderabilia, maar op die manier probeer ik dus erachter te komen van 'hoe wáár is dat'. En dat zit 'm in details.

Het detail van de postzegel telde met twee andere op tot wat de rechter in haar uitspraak afwoog met 'al met al is

de kantonrechter van oordeel dat ...', waarbij de weegschaal als gezegd in het voordeel van Mohammed uitsloeg. De twee andere details betreffen de privéomstandigheden van Mohammed en zijn houding in de rechtszaal.

Het interessante van de privéomstandigheden (de omstandigheden rond zijn arrestatie) is dat niemand ze kende en dat niemand ernaar heeft gevraagd, maar dat ze desondanks meespeelden. Achteraf redenerend, zei de rechter dat de reden om er niet naar te vragen was dat zij een mogelijke discussie in de rechtszaal wilde voorkomen en dat het overigens juridisch gezien niet relevant zou zijn.

Rechter: Nee, nee ..., nee ... Waarom heb ik daar nou niet naar gevraagd? Ik had de indruk dat de werkgever ook niet wist wat er nou precies speelde en ik dacht 'moet ik dat nou doen? Wat voegt dat toe voor mijn beslissing?' Dat is maar net de vraag hè, of het relevant is. Maar hij heeft wel, nota bene, in de nacht nog laten bellen door familie, dat hij niet kon komen. Hm, ja.

WvR: En u zegt 'nota bene', dat houdt dus in?

Rechter: Ja, dat houdt dus in dat hij onder die omstandigheden aan zijn werkgever heeft gedacht. Dat is voor mij relevant. En hoe en waarom hij in die omstandigheden terecht is gekomen, dat vind ik dan eigenlijk, zeg maar, te weinig bepalend voor mijn beslissing om die toch wel nogal private omstandigheden dan op de zitting dan helemaal ... Want kijk, weet je wat het is, het is ook nog een soort intuïtie. Als je over dat soort dingen gaat praten ... je moet goed weten wat relevant is. Want het is een gepolariseerde situatie waarin mensen erop uit zijn om niks over hun kant te laten gaan. Dus als je te veel vraagt dan gaat dat over allerlei details waarvan je denkt 'wat heb ik er eigenlijk aan?' Daar gaat dus eindeloos tijd mee heen. Daar gaan ze over zitten bekvechten en dat loopt op niks uit. Dus je moet nogal selectief zijn in wat je nou wel en niet moet vragen.

Hoewel onbekend is gebleven wat er precies is gebeurd en waarom Mohammed op het politiebureau verzeild is geraakt, komt bij de rechter een interpretatie tot stand waaruit blijkt dat zij Mohammed niet ziet als degene die een actieve rol in de situatie heeft gehad. Hij lijkt in haar beleving eerder slachtoffer dan dader, wat contra-intuïtief is nu Mohammed degene was die was aangehouden.

De rechter hierover: Kijk, het is voor iedereen erg als je huiselijke situatie ontregeld raakt. Kennelijk is hij dus bij zijn gezin weggegaan. Maar ik denk eerlijk gezegd dat dat in hun cultuur nog erger is. Dat heeft ook met die eer te maken. Dat zo iemand z'n vrouw en z'n kinderen kwijt is. Ik vermoed dat dat psychologisch een andere uitwerking heeft dan in onze westerse cultuur. En dat dat misschien voor zo iemand nog ontregelender en nog, ja, nog desoriënterder is dan voor iemand die in onze cultuur is opgegroeid. (...) Dat zo'n man echt volledig, helemaal even de weg kwijt is, daar kan ik mij iets meer bij voorstellen. En dat heeft lichtelijk een rol gespeeld.

Het andere detail dat meetelde bij de intuïtieve sprong van de rechter om het verzoek van de werkgever af te wij-

zen om Mohammed te ontslaan, betreft zijn lichaamshouding in de rechtszaal. Hij zat een beetje voorovergebogen op zijn stoel en keek vooral omlaag. Mohammed zei in het interview over zijn houding dat hij geconcentreerd was. Uit het interview met de rechter:

WvR: Maar als we het dan over non-verbaal gedrag hebben. Die meneer die ..., hoe zat hij erbij?

Rechter: Ja, hij zat er een beetje ... Hij luisterde goed, vond ik. Maar ... ja, het was een geslagen ... Het was een geslagen man, zo vond ik hem erbij zitten.

WvR: Niet zielig?

Rechter: Niet zielig nee, hij was niet zielig. Hij deed niet ..., kijk dat heb je ook, er zijn ook mensen die gaan zitten van 'kijk eens hoe ziek ik ben'. Nou, dat kan waar zijn of niet. Maar goed, dat zijn allemaal dingen, dit zijn zaken die samenhangen met je taxatie van hoe iets in elkaar zit. Je zit een uurtje in zo'n zaal en je moet het ermee doen. En ik gebruik alles wat ik heb om te kijken van 'wat kan ik hier oppikken wat van belang is' en dat zijn echt niet alleen woorden. Maar ik kan er ook naast zitten. En het maakt dus helemaal niks uit of het nou een Nederlander of een Marokkaan is. Wat natuurlijk wél speelt is dat je de signalen van een andere cultuur misschien minder, nee wel zeker minder goed begrijpt dan van je eigen cultuur. En dat ben ik me ook wel bewust dat dat moeilijker is. Dat voel je niet van nature aan.

Misschien mogen we op basis van wat de rechter zegt, 'dit zijn zaken die samenhangen met je taxatie van hoe iets in elkaar zit', de interpretatie van de houding van Mohammed als een 'geslagen man' optellen bij de imponderabilia van de postzegel en de privéomstandigheden. Bij elkaar opgeteld, ontstaat het beeld van Mohammed als een betrouwbare werknemer die buiten zijn schuld overvallen wordt door privéproblemen en die daardoor psychisch van de weg raakt. Op mijn vraag hoe zwaar de afzonderlijke feiten wogen, zei de rechter:

Ja, zo werkt dat niet hè. Althans bij mij werkt dat niet zo. Op het moment dat die zitting is afgelopen dan zeg ik tegen de griffier 'dit wordt een afwijzing'. En dat is een, ja, een 'pakket' zal ik maar zeggen. Dat is alles wat je gelezen hebt, alles wat gehoord hebt, en dan denk ik van 'nou, ik gun deze man dat hij weer op de rails komt'. Als je die beslissing hebt genomen, dan loop je al die argumenten af. Dan kan het nog zijn dat je zegt van 'ik heb die beslissing wel genomen maar ik kom er niet, dit kan ik niet hard maken'. Dat kan. Dat gebeurt ook. En ik moet zeggen, ik heb hier redelijk mijn best gedaan om, zeg maar, om dit te bereiken.

Details bij elkaar opgeteld, gaven de rechter na de zitting de 'intuïtieve overtuiging' dat de vordering van de werkgever moest worden afgewezen. En ook na het toepassen van de juridische argumentatie 'om er te komen' kon het oordeel 'ik gun het de werknemer' in stand blijven (zij het dat er wel moeite voor gedaan moest worden).

Vier reflecties

De eerste reflectie betreft de rol van het recht in de casus van Mohammed. Het is duidelijk dat de rechter gezien de formulering 'veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn' van art. 7:685 lid 2 BW tamelijk vrij is in haar oordeel. Het oordeel wordt in elk geval niet bepaald door de rechtsregel, maar geeft in open bewoordingen de voorwaarden aan op basis waarvan het oordeel mogelijk is. We mogen verder veronderstellen dat de juridische scholing en ervaring van de rechter de ruimte voor het nemen van verschillende oordelen tamelijk ver inperkt. Metaforisch kunnen we zeggen dat het juridische discours (de gangbare en dominante opvatting onder juridische professionals van wat 'het recht' op dit punt 'zegt') de piketpaaltjes heeft geslagen die de keuzevrijheid van de rechter omschrijven. Het oordeel wordt niet door het recht gedictoord.

De tweede reflectie betreft de 'getrainde intuïtie' van de rechter. Wat het recht en de gangbare interpretaties betreft, moeten we veronderstellen dat de kennis van de rechter voldoende is. In het interview is daar niet over gesproken. De casus maakt wel duidelijk dat de 'getrainde intuïtie' veel meer omvat dan alleen juridische kennis. Het is ook kennis die is opgebouwd uit ervaring, door dagelijks gedurende jaren rechtszaken te behandelen en advocaten en partijen aan te horen en het 'aannemelijkheidsgehalte' van hun uitlatingen te beoordelen. Dat zit hem kennelijk deels in 'onzichtbare dingen' zoals het gebaar van het plakken van een postzegel, die de aannemelijkheid van het verhaal van het posten van de aanvraag voor een *second opinion* ondersteunt. De intuïtie zit ook in de inschatting dat een rechter met vragen naar de achtergrond van een gebeuren zoals een arrestatie, persoonlijke omstandigheden naar boven haalt die uiteindelijk misschien niet relevant blijken te zijn. Maar tegelijk zou er ook een besef bij de rechter moeten postvatten dat de interpretatie dat de arrestatie Mohammed 'overkomen is', contra-intuïtief is, omdat voor een arrestatie doorgaans goede redenen zijn. Verder had de rechter vraagtekens kunnen plaatsen bij haar vaststelling dat het voor een Marokkaanse man ontregelender is dan voor een Nederlandse man, om gescheiden te worden van zijn vrouw en kinderen. Misschien dat dat zo is, maar het kan ook een stereotype van Nederlanders zijn 'dat Marokkanen zo'n hechte familieband hebben' en in ieder geval is het zaak om na te gaan of dat dan ook in het geval van Mohammed zo was. Ten slotte is een moeilijk punt de interpretatie van non-verbaal gedrag. De betekenis van 'gebogen voorover zitten' verschilt per cultuur. Het kan zijn dat iemand 'een geslagen man' is, maar ook kan hij

De 'getrainde intuïtie' wordt opgebouwd door jarenlang advocaten en partijen aan te horen en het 'aannemelijkheidsgehalte' van hun uitlatingen te beoordelen

zich concentreren, zich schamen, of respect tonen.⁹

De derde reflectie betreft het onderscheid tussen 'context of discovery' en 'context of justification'. Het onderscheid, geïllustreerd met de casus van Mohammed, maakt duidelijk dat empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming andere inzichten oplevert en om andere aandacht in de juridische opleiding vraagt dan het onderzoek naar rechtsvinding, argumentatie en motivering van juridische beslissingen in strikte zin. De opleiding zou aangevuld moeten worden met kennis en vaardigheden die tot doel hebben het ontwikkelen van de 'common sense' of 'praktische wijsheid' waarmee de juridisch relevante feiten in een casus worden 'gevonden', maar zou vooral ook die alledagskennis moeten problematiseren. Daarbij mogen inzichten uit de psychologie en communicatiewetenschappen – en liefst met aandacht voor de interculturele component – niet ontbreken. Het onderscheid tussen 'context of discovery' en 'context of justification' laat *en passant* ook nog iets anders zien waarvan het besef in de opleiding mag doordringen. Het betreft het gegeven dat een optelsom van op zichzelf onbetekenende details, waaronder non-verbale, tot het oordeel 'dit wordt een afwijzing' leidt, terwijl slechts enkele gegevens in de uitspraak worden genoemd waarvan de dragende conclusie luidt 'al met al is de kantonrechter van oordeel dat ...'. Met het motiveren van de uitspraak gebeurt kennelijk meer dan alleen het motiveren van de uitspraak, waaronder het zodanig motiveren dat de beslissing in een eventueel hoger beroep standhoudt. Het betekent dat de betekenis en status van de geschreven motivering van een rechterlijke uitspraak problematisch is.

De vierde en laatste reflectie betreft de relatie tussen empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming en

het model van rechtsvinding. Het dominante model van rechtsvinding lijkt uit te gaan van de rechter als juridisch-rationele actor die expliciet bij elke beslissing de feiten van het geval toetst aan het recht en zoekt naar de steekhoudende en consistente argumentatie die zijn beslissing kan dragen (en die argumentatie ook daadwerkelijk op papier zet). Hartendorp noemt dit het rationeel-positivistische perspectief op rechtsvinding. Dit model wil hij voor een goed kunnen begrijpen van rechterlijke oordeelsvorming uitbreiden met de praktische oordeelsvorming van de rechter in zijn of haar sociale handelingspraktijk (Hartendorp 2008: p. 187-188). Spijkerboer bekritiseert het rationeel-positivistische perspectief op rechtsvinding omdat het nauwelijks onderzoek naar de inhoudelijke (politieke, morele, ethische) keuzes in het rechtsbedrijf toelaat.¹⁰ Hij stelt voor om het rechtsvindingsonderzoek uit te breiden door de 'dubbelzinnigheden in het recht' op te sporen die juristen in staat stellen om met 'degelijke ambachtelijke redeneringen' verschillende uitkomsten te bereiken. Beschrijving van die dubbelzinnigheden brengt de (politieke, ethische, morele) keuzemomenten in juridische argumentatie aan het licht, aldus Spijkerboer.

Het dominante model van rechtsvinding kan derhalve in twee richtingen worden verruimd: enerzijds door de 'context of discovery' mee te nemen door de sociale handelingspraktijk van de rechter in onderzoek en onderwijs te betrekken, anderzijds door de 'context of justification' niet eng (= rationeel-positivistisch), maar ruim (inclusief dubbelzinnigheden in het recht die keuzes toelaten) op te vatten. We krijgen dan een compleet en multidisciplinair zicht op het proces van rechterlijke oordeelsvorming in de huidige samenleving. •

Noten

⁹ Zie Wibo van Rossum, *Verschuiven voor de rechter; Hoe het hoort en het ritueel van Turkse verdachten in de rechtszaal*, Amsterdam: Uitgeverij Duizend & Eén.

¹⁰ Thomas Spijkerboer, 'Voor een fundamentele rechtswetenschap', *NJB* 2010, 491, afl. 10, p. 604-609.