



Vooroordelen in de rechtspraak onderzocht: Oorzaken en mogelijke oplossingen.

Jaap Hage & Enide Maegherman

Colofon

Opdrachtgever

Raad voor de rechtspraak
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

Deze publicatie verschijnt in het kader van het wetenschappelijk onderzoeksprogramma van de Raad voor de rechtspraak. Uitgave daarvan betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Onderzoek in opdracht van de Raad voor de rechtspraak. De integrale tekst van dit rapport is gratis te downloaden van: www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak

Onderzoekers

Jaap Hage, Enide Maegherman

Uitgever

Xerox | OSAGE, Utrecht

Vormgeving

Corps, Den Haag

Opmaak binnenwerk

Xerox | OSAGE, Utrecht

De verantwoordelijkheid voor de inhoud berust bij de Raad voor de rechtspraak.

Het gebruik van cijfers en/of teksten als toelichting of ondersteuning in artikelen, scripties en boeken is toegestaan mits de bron duidelijk wordt vermeld. Vermenigvuldigen en/of openbaarmaking in welke vorm ook, alsmede opslag in een retrieval system, is uitsluitend toegestaan na schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. Raad voor de rechtspraak aanvaardt geen aansprakelijkheid voor drukfouten en/of andere onvolkomenheden.

The responsibility for the contents of this report lies with Raad voor de rechtspraak. Quoting numbers or text in papers, essays and books is permitted only when the source is clearly mentioned. No part of this publication may be copied and/or published in any form or by any means, or stored in a retrieval system, without the prior written permission of Raad voor de rechtspraak. Raad voor de rechtspraak does not accept responsibility for printing errors and/or other imperfections.

Leescommissie

Dit literatuuronderzoek is voorgelegd aan en becommentarieerd door een leescommissie, die bestond uit: Jos Hoevenaars, Shosha Wiznitzer en Lyana Francot.

Vooroordelen in de rechtspraak onderzocht: Oorzaken en mogelijke oplossingen.

Jaap Hage & Enide Maegherman

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
1 Inleiding	9
1.1 Opdracht	10
1.2 Overzicht	10
1.3 Diversen	11
2 Begrippenkader	12
2.1 Wat zijn redeneerfouten?	12
3 Discriminatie	15
3.1 Wanneer is ongelijke behandeling gerechtvaardigd?	16
3.2 Het bepalen van oorzaken	17
4 Verklaring	20
4.1 Duale besluitvorming	20
4.2 Snelle en zuinige heuristieken	26
4.3 Het sociaal-intuitionistische model (SIM)	27
4.4 Mentale modellen	29
5 Literatuur over het bestaan van vooroordelen en discriminatie in rechterlijke besluitvorming	32
5.1 Wermink, Van Wingerden, Van Wilsum en Nieuwbeerta	32
5.2 Bielen, Marneffe, Grajzl en Mocan	34
5.3 Intermezzo over stereotypen	35
5.4 Rachlinki, Johnson, Wistrich en Guthrie	36
5.5 Overig onderzoek	40
6 Literatuur over het bestrijden van discriminatie	42
6.1 Theoretisch kader	42
6.2 Beter functioneren van systeem 1	43
6.3 De functie van systeem 2	49
6.4 Kang cs (2011; 2021): Implicit Bias in the Courtroom	51
7 Evaluatie en voorstellen voor verder onderzoek	54
7.1 Wat weten we nog niet?	55
7.2 Wat is zinvol vervolgonderzoek?	56
Conclusie	59
Bibliografische details	62

Samenvatting

Het literatuuronderzoek dat wij voor dit rapport hebben uitgevoerd richt zich op vooroordelen in de rechterlijke besluitvorming. De twee centrale onderzoeksvragen waren welke mechanismen onder welke omstandigheden leiden tot vooroordelen die effect hebben op de rechterlijke besluitvorming en welke (mogelijke) oplossingen daarvoor reeds zijn aangedragen. Daarnaast hebben we ook nog een derde vraag beantwoord, namelijk hoeveel steun er is voor de hypothese dat discriminatie inderdaad een rol speelt in rechterlijke besluitvorming. Het leek ons nuttig om deze toegevoegde vraag te beantwoorden voor mogelijke oplossingen besproken worden.

Bij de beantwoording van deze vragen zijn wij uitgegaan van discriminatie, gedefinieerd aan de hand van drie kenmerken: Het gaat bij discriminatie om het ongelijk behandelen van gevallen die (juridisch gezien) gelijk behandeld hadden moeten worden, waarbij de ongelijke behandeling rechtssubjecten betreft en waarbij de ongelijke behandeling (mede) wordt veroorzaakt door een eigenschap van het rechtssubject dat ongelijk wordt behandeld.

Hieronder zullen wij, op basis van de bevindingen, de drie vragen beantwoorden.

1. *Welke mechanismen leiden onder welke omstandigheden tot vooroordelen die effect hebben op de rechterlijke besluitvorming?*

Ten eerste was het belangrijk om inzicht te verwerven in hoe discriminatie ontstaat. Daarvoor hebben wij vooral gebruik gemaakt van literatuur uit de cognitieve psychologie. Hierbij hebben wij verschillende theorieën besproken die uit kunnen leggen hoe mensen redeneren, en welke problemen daarbij kunnen ontstaan.

Wij vonden hierbij vooral de theorie met betrekking tot duale besluitvorming van belang. Deze theorie onderscheidt tussen twee 'systemen' van besluitvorming, vaak aangeduid als 'systeem 1' en 'systeem 2', of als het impliciete, respectievelijk het expliciete systeem. Systeem 1 werkt snel en onbewust en maakt gebruik van associatiemechanismen gebaseerd op heuristieken, maar ook mentale modellen en stereotypen. Het kan daardoor leiden tot besluiten die zijn gebaseerd op vooroordelen en die discriminerend werken. Systeem 2 werkt bewust, maar ook langzamer. Volgens het sociaal-intuitionistische model dat wordt gepropageerd door Haidt, produceert systeem 2 meestal rationalisering voor de uitkomsten van systeem 1. Echter, als het daartoe wordt gestimuleerd zou het, onder geschikte omstandigheden, ook de resultaten van systeem 1 kunnen corrigeren.

2. *Welke steun is er voor de hypothese dat discriminatie een rol speelt bij rechterlijke beslissingen?*

Ten tweede moest ook de rol van discriminatie bij rechterlijke beslissingen duidelijk gemaakt worden. Discriminatie is al in verschillende situaties aangetoond, maar wij hebben ons voornamelijk gericht op onderzoek naar discriminatie in de rechtspraak. Hiervoor hebben wij literatuur uit binnen- en buitenland gebruikt. Een eerste bevinding was dat er relatief veel empirische steun is voor de opvatting dat rechterlijke beslissingen – en dus ook rechters – soms discrimineren. Daarnaast bleek dat het meeste onderzoek tot nog toe zich gericht heeft op discriminatie op basis van etniciteit (of huidskleur, of religie) en op beslissingen over strafoplegging. Binnen Nederland maakte het onderzoek gebruik van dossiergegevens, waardoor het perspectief van rechters onderbelicht bleef. Ook buiten Nederland waren de wijzen waarop discriminatie in rechtspraak onderzocht werd in het algemeen beperkt.

3. *Welke (mogelijke) oplossingen zijn daarvoor reeds aangedragen?*

Ten derde hebben we onderzocht welke methodes al zijn geprobeerd om discriminatie te verminderen. Hierbij bleek dat, in tegenstelling tot onderzoek naar het bestaan van discriminatie, er weinig onderzoek bestaat naar het verminderen van discriminatie dat zich specifiek richt op de rechtspraak. Aangezien discriminatie een universeel probleem lijkt te zijn, hoeft dat niet problematisch te zijn, maar er moet wel rekening mee worden gehouden als een vertaalslag naar de rechtspraak gemaakt moet worden. Zo kan er bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt worden tussen de relatie tussen werknemers en de relatie tussen rechters en rechtszoekenden.

In het algemeen kunnen de mogelijke oplossingen gerelateerd worden aan de twee systemen die bij het beantwoorden van de eerste vraag naar voren kwamen. Eén manier die gebruikt kan worden om discriminatie tegen te gaan is om systeem 1 andere reacties aan te leren, niet gebaseerd op de vooroordelen die tot een ongelijke behandeling leiden. Bijvoorbeeld, door meer blootstelling aan personen met een andere etniciteit die niet verbonden zijn met criminaliteit, zou de associatie met mensen van deze etniciteit en criminaliteit minder sterk worden. Om dergelijke aanpassingen teweeg te brengen, is vaak veel tijd en inzet nodig.

Een andere manier die gebruikt kan worden, is systeem 2 te activeren om systeem 1 te corrigeren. Dat kan bijvoorbeeld door rechters te confronteren met hun eigen vooroordelen en ze te motiveren deze te verminderen door bijvoorbeeld de negatieve gevolgen te benadrukken. Systeem 2 kan ook, door middel van procedurele aanpassingen, vaker gebruikt worden bij het nemen van beslissingen, om op die manier automatische invloeden zoals discriminatie te verminderen, en kritische en bewuste beslissingen te bevorderen. Wanneer bijvoorbeeld kritisch gekeken moet worden naar hoe men tot een beslissing komt, is er minder ruimte voor onterechte factoren om de beslissing te beïnvloeden.

Op basis van de antwoorden op de onderzoeksvragen hebben wij vervolgonderzoek beschreven dat nuttig kan zijn om uit te zoeken wat we nog niet weten. Hierbij willen we bijvoorbeeld inzicht krijgen in hoe rechters zelf denken over de invloed van vooroordelen op hun oordeelsvorming en hoe zij zich hiertegen proberen te beschermen. Op die manier verwachten wij een inschatting te kunnen maken van welke methodes om vooroordelen tegen te gaan het meeste kans maken om effectief toegepast te worden binnen de Nederlandse rechtspraak. De kennis verkregen door middel van de bevraging van rechters zou dan gecombineerd worden met experimenteel onderzoek naar de verschillende methodes om discriminatie te verminderen. Uiteindelijk hopen wij op basis van dat verdere onderzoek tot een concrete aanbeveling te komen die geïmplementeerd kan worden om discriminatie tegen te gaan binnen de rechtspraak in Nederland.

Inleiding

De *World Justice Project Rule of Law Index 2021* (<https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2021>; laatst geraadpleegd op 10 december 2021) is een meting van perceptie en ervaringen van het algemene publiek, juristen en deskundigen ten aanzien van de rechtsstaat in brede zin. De index geeft een actueel overzicht voor 139 landen van acht verschillende factoren die betrekking hebben op de *rule of law*. Eén van de factoren die onderzocht werd betreft fundamentele rechten, waaronder ook gelijke behandeling en het verbod van discriminatie. Onder de factor *Criminal Justice* valt nog een meting over discriminatie, namelijk *impartiality*. In het algemeen scoort Nederland goed en staan het zesde op de lijst, met een score van 0,83 op 1. Voor fundamentele rechten zakt Nederland tot de 8^{ste} plaats en voor *criminal justice* tot de 9^{de} plaats. Voor *no discrimination* bij fundamentele rechten scoort Nederland 0,81, en bij *criminal justice* slechts 0,69 voor *impartiality*. Dat is één van de slechtste scores die Nederland behaalde voor alle metingen. Op basis van deze metingen zou men kunnen concluderen dat discriminatie binnen de Nederlandse rechtspraak aandacht vergt.

In Nederland erkende minister-president Rutte¹, naar aanleiding van de dood van George Floyd in de Verenigde Staten, discriminatie als systemisch probleem. Ybo Buruma (Buruma, 2020) betoogde dat de wet, die discriminatie verbiedt, en politiek-bestuurlijke maatregelen niet noodzakelijkerwijs voldoende bescherming bieden tegen discriminatie. Agenten en juristen handelen, net als andere mensen, vaak op basis van intuïtie. Zoals hieronder zal worden uitgelegd, brengt het gebruik van intuïtie een risico mee op denkfouten. Het lijkt er dan ook op dat er behoefte is aan kennis over de oorzaak en rol van discriminatie om de rechtspraak effectief tegen discriminatie te beschermen.²

- 1 De erkenning door Rutte vond plaats tijdens een persconferentie. Zie <https://www.nu.nl/politiek/6055638/rutte-ook-in-nederland-is-racisme-een-systemisch-probleem.html>; laatst geraadpleegd op 24 december 2021.
- 2 Omdat het onderzoek gaat over vooroordelen en systematische redeneerfouten van rechters, zullen we schrijven over rechters. Er zijn echter goede redenen om aan te nemen dat het gedrag van rechters, inclusief hun redeneerfouten, niet wezenlijk verschilt van dat van andere mensen.

1.1 Opdracht

In opdracht van de Raad voor de rechtspraak werd een literatuuronderzoek verricht met de volgende twee centrale onderzoeksvragen:

1. Welke mechanismen leiden onder welke omstandigheden tot vooroordelen die effect hebben op de rechterlijke besluitvorming?
2. Welke (mogelijke) oplossingen zijn daarvoor reeds aangedragen?

Bij de beantwoording van de tweede vraag zou de nadruk dienen te liggen op het voorkomen van discriminatie. Daarnaast hebben we ook nog een derde vraag beantwoord, namelijk hoeveel steun er is voor de hypothese dat discriminatie inderdaad een rol speelt in rechterlijke besluitvorming.

Het onderzoek werd uitgevoerd door Enide Maegherman en Jaap Hage, beiden werkzaam aan de Universiteit van Maastricht.

1.2 Overzicht

In de sfeer van discriminatie en vooroordelen is regelmatig gepubliceerd, maar veel daarvan is slechts zijdelings relevant voor de onderzoeksvragen die hier aan de orde zijn. Om het domein van onderzoek af te bakenen, is paragraaf 2 daarom gewijd aan essentiële begripsomschrijvingen.

Paragraaf 3 gaat kort in op de vragen wat discriminatie precies is en hoe discriminatie kan worden gemeten, omdat de wijze van meting van invloed is op de vaststelling van discriminatie.

Om discriminatie door rechters te kunnen voorkomen is het nodig te weten hoe deze discriminatie kan worden verklaard. Verklaring van discriminatie staat centraal in paragraaf 4 en wordt daar ingebed in een bespreking van vooroordelen in het algemeen. Op basis van de besproken verklaring van discriminatie wordt in paragraaf 5 aandacht besteed aan de vraag in hoeverre discriminatie in de rechtspraak voorkomt. Paragraaf 6 bespreekt de bestaande literatuur over methodes om discriminatie te voorkomen en de ervaringen die daarmee zijn opgedaan.

In paragraaf 7 wordt een voorstel gedaan voor vervolgonderzoek om leemtes in de beschikbare kennis op te vullen en zodoende het voorkomen van discriminatie door rechters van een steviger wetenschappelijk fundament te voorzien.

Paragraaf 8 vat de bevindingen samen en geeft de antwoorden op de twee centrale onderzoeksvragen.

1.3 Diversen

Een voorbeeld van discriminatie door rechters dat in veel onderzoeken een rol speelt is discriminatie op basis van etnische achtergrond. Ook in Nederland is onderzocht of etnische achtergrond een grond is voor discriminatie bij strafoplegging. Daarom zullen we hieronder discriminatie ten gevolge van etnische achtergrond in een strafrechtelijke setting als lopend voorbeeld gebruiken. Het veelvuldig gebruik van dit voorbeeld dient niet te worden geïnterpreteerd als aanwijzing dat dit de enige of de meest voorkomende vorm van discriminatie is.

Ten slotte over het gebruik van mannelijke/vrouwelijke voornaamwoorden: we hebben dat willekeurig door elkaar proberen te doen. Wij gebruiken ook de beschrijving 'wit' en 'zwart' aangezien dat op basis van verschillende bronnen de beste woordkeuze is.³ Bij de beschrijving van eerder experimenteel onderzoek blijven we soms wel de bewoording van de onderzoekers gebruiken.

3 Zie bijvoorbeeld [Blank of wit: een taalstrijd met een politieke ondertoon \(nos.nl\)](#)

Begrippenkader

In deze studie zullen we de vooroordelen zoals bedoeld in de opdracht mede opvatten als een bepaald soort redeneerfouten en wel de systematische redeneerfouten die in de Engelstalige literatuur bekend staan als *biases*.⁴ Het gaat dus niet enkel om opvattingen die zonder voldoende rechtvaardiging voor waar worden gehouden – vooroordelen in enge zin – maar ook om de neiging om bepaalde soorten redeneerfouten te maken. Een voorbeeld van een vooroordeel in enge zin zou zijn de opvatting dat mannen beter dan vrouwen in staat zouden zijn om rechterlijke beslissingen te nemen. Een voorbeeld van een redeneerfout zoals hier bedoeld zou zijn om ten gevolge van het feit dat een bepaalde rechter een vrouw is aan te nemen dat haar beslissingen minder goed zouden zijn dan die van haar mannelijke collega's. Zoals uit deze twee voorbeelden blijkt, kunnen vooroordelen in enge zin ten grondslag liggen aan vooroordelen in de zin van redeneerfouten. Overigens geldt dat de literatuur vaak geen scherp onderscheid maakt tussen vooroordelen en redeneerfouten. Wij zullen daarom bij de bespreking van die literatuur daar ook niet altijd precies in zijn.

2.1 Wat zijn redeneerfouten?

Een redeneerfout treedt op als een persoon een conclusie trekt, veroorzaakt door bepaalde informatie, welke op grond van die informatie niet getrokken had mogen worden. Om bij het voorbeeld te blijven: iemand die ten gevolge van de informatie dat Renate een vrouw is, concludeert dat haar rechterlijke uitspraken minder goed zullen zijn, maakt een redeneerfout, omdat het feit dat Renate een vrouw is geen goede grond is om deze conclusie te trekken. Het is misschien goed erop te wijzen dat een redeneerfout tot een juiste conclusie kan leiden. Zo kan uit het feit dat Renate een vrouw is logisch gezien niet worden geconcludeerd dat zij een slechte

4 Strikt genomen is een vooroordeel een oordeel dat niet op enige grond berust. In het gewone taalgebruik betreft het oordelen zonder goede gronden, die onwaar zijn. *Bias* is een begrip dat afkomstig is uit de Engelstalige literatuur over de psychologie van het redeneren. Het onderzoek naar *biases* heeft een grote stimulans gekregen en is in bredere kring bekend geworden door het werk van Kahneman en Tversky (Kahneman & Tversky, 1982; Kahneman, 2012).

rechter is, maar dat sluit niet uit dat zij om een andere reden inderdaad een slechte rechter is.

In bovenstaande alinea wordt een onderscheid gemaakt tussen het trekken van een conclusie 'veroorzaakt door' bepaalde informatie en 'op grond van' informatie. Het onderscheid is dat tussen causale en logische relaties. Causale relaties zien op de kwestie of een persoon er door het bezit van bepaalde informatie oorzakelijk toe werd gebracht om een zekere conclusie te trekken. Logische relaties hebben betrekking op de vraag of het rationeel is om op grond van bepaalde informatie een zekere conclusie te trekken.⁵ Het is niet rationeel om uit het feit dat Renate een vrouw is te concluderen dat haar rechterlijke beslissingen minder goed zullen zijn. Maar dit sluit niet uit dat iemand door de informatie dat Renate een vrouw is er oorzakelijk toe wordt gebracht om deze conclusie te trekken. In dat geval is er sprake van een redeneerfout.

Ook als er geen sprake is van een redeneerfout en iemand op basis van bepaalde informatie een conclusie trekt die, logisch gezien, op grond van die informatie getrokken mocht worden, is er een verschil tussen het causale en het logische perspectief. Men kan biologisch, psychologisch, of sociologisch bestuderen hoe het komt dat iemand een conclusie trekt en daarnaast logisch of kentheoretisch bestuderen of deze conclusie rationeel gezien getrokken had mogen worden. De resultaten van deze twee soorten studies kunnen met elkaar in harmonie zijn, namelijk als de informatie die het trekken van een conclusie veroorzaakte ook het trekken van die conclusie rechtvaardigde. Bijvoorbeeld, de informatie dat verdachte schuldig is aan diefstal kan er de oorzaak van zijn dat de verdachte straf krijgt en deze informatie rechtvaardigt ook dat dit het geval is. Het kan ook zijn dat er een discrepantie is tussen het causale en het logische, namelijk als de informatie die het trekken van de conclusie veroorzaakte geen goede grond oplevert voor het trekken van de conclusie. Deze situatie doet zich voor als de rechter een verdachte een langdurige vrijheidsstraf oplegt ten gevolge van het feit dat verdachte een allochtoon is. Dat is geen goede reden en dan hebben we weer de redeneerfout.

5 Redeneringen kunnen vanuit een logisch perspectief worden geëvalueerd en het gangbare onderscheid is dan tussen *geldig* en *ongeldig* (Gamut, 1982, p. 15).

De redeneerfouten waar we hier in zijn geïnteresseerd, zijn *systematische* redeneerfouten: fouten die inhouden dat mensen *geneigd zijn* om bij het redeneren te worden beïnvloed door factoren die rationeel gezien geen invloed zouden behoren te hebben.

Discriminatie

Discriminatie van het soort waarin we hier zijn geïnteresseerd, heeft drie kenmerken:

- a. het, al dan niet bewust⁶, ongelijk behandelen van gevallen die gelijk behandeld hadden moeten worden;
- b. de ongelijke behandeling betreft rechtssubjecten, meestal mensen⁷;
- c. de ongelijke behandeling wordt (mede) veroorzaakt door een eigenschap van het rechtssubject dat ongelijk wordt behandeld.⁸

De kenmerken a en b moeten worden gezien in het licht van het gelijkheidsbeginsel, dat inhoudt dat rechtssubjecten door de overheid gelijk moeten worden behandeld, tenzij er een goede reden voor ongelijke behandeling is. Er is een presumptie dat zo'n goede reden ontbreekt en het is aan de instantie die ongelijk zou behandelen om te bewijzen dat daar een goede reden voor is.

6 Dat discriminatie onbewust kan plaatsvinden, wordt uitvoerig beargumenteerd door Greenwald en Krieger (2006).

7 Een voorbeeld van discriminatie van rechtssubjecten die geen mensen zijn, zou zijn als een belangenvereniging van homoseksuelen niet in aanmerking zou komen voor subsidies, met als oorzaak de doelstelling van de vereniging. Of dergelijke discriminatie ook wordt verboden door het recht, of door een specifieke wettelijke bepaling, is een andere kwestie.

8 Er circuleren vele definities van discriminatie. Bijvoorbeeld, de website [encyclo.nl](https://www.encyclo.nl/begrip/discriminatie) noemt 22 verschillende definities: <https://www.encyclo.nl/begrip/discriminatie> (laatst geraadpleegd op 20 november 2021).

De hier genoemde vereisten voor discriminatie sluiten tamelijk goed aan bij de definitie van Van Dale. Van Dale omschrijft discriminatie als het "ongeoorloofd onderscheid dat gemaakt wordt op grond van bepaalde, m.n. aangeboren kenmerken zoals ras, geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid: rassendiscriminatie; positieve discriminatie waarbij bep. achtergestelde groepen een voorkeursbehandeling krijgen"

(<https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/discriminatie#>; laatst geraadpleegd op 20 november 2021).

Voorbeelden van discriminatie, al dan niet door de overheid, zijn:

1. het weigeren van potentiële huurders omwille van hun etnische herkomst;
2. het niet-benoemen van vrouwen in managementfuncties;
3. het niet-aannemen van mannen op vacatures in de kleuteropvang;
4. het beëindigen van arbeidsovereenkomsten ten gevolge van de leeftijd van de werknemer; en
5. het opleggen van ongelijke straffen aan veroordeelde verdachten ten gevolge van hun etniciteit.

3.1 Wanneer is ongelijke behandeling gerechtvaardigd?

De presumptie van gelijkheid houdt in dat voor de overheid – en dus ook voor de rechter – gevallen gelijk zijn, tenzij er een reden is voor ongelijkheid. Dit brengt mee dat rechters ongelijke behandeling moeten (kunnen) rechtvaardigen. Vaak zal deze rechtvaardiging inhouden dat de wet een onderscheid maakt. Maar waar de wet niet spreekt, is een rechtvaardiging buiten de wet om nodig. De voorbeelden – met name de voorbeelden 1, 3 en 4 – laten zien dat men het oneens kan zijn over de vragen of verschillen juridisch gezien relevant zijn en of ongelijke behandeling gerechtvaardigd is.

Een complicerende factor in dit verband is dat de kwestie van rechtvaardiging vanuit verschillende perspectieven beoordeeld kan worden en dat dit tot verschillende oordelen kan leiden. Als, geheel hypothetisch, huurders met een bepaalde etnische achtergrond slechtere huurders zouden zijn, dan is het anders behandelen van deze potentiële huurders vanuit het perspectief van de verhuurder verstandig. Maar het kan toch zijn dat een dergelijke ongelijke behandeling juridisch gezien verboden is. Iets soortgelijks geldt voor het etnisch profileren door de politie. Stel, ook nu geheel hypothetisch, dat mensen die afkomstig zijn uit Frankrijk meer dan anderen handelen in bepaalde verboden middelen. Dan kan het bij het onderzoek naar de handel in die middelen vanuit het perspectief van opsporing opportuun zijn om mensen uit Frankrijk aan meer onderzoek te onderwerpen. Het gebruik van risico-indicatoren kan dan wel gerechtvaardigd worden, maar kan desalniettemin nog steeds een discriminerende werking hebben, en daarom toch juridisch ontoelaatbaar zijn.

Omdat de kwestie welke verschillen in behandeling al dan niet gerechtvaardigd zijn voor serieuze discussie vatbaar is, hebben wij ervoor gekozen in onze definitie van discriminatie te abstraheren van welke soorten onderscheid discriminatie opleveren. Onze definitie noemt enkel dat ongelijk behandelde rechtssubjecten gelijk behandeld hadden moeten worden, zonder te specificeren vanuit welk perspectief dit moeten

dient te worden gedefinieerd, of welke maatstaven hierbij dienen te worden gehanteerd.

Waar het gaat om discriminatie door rechters kunnen we wat specifiekere zijn: het gaat dan om factoren die *juridisch gezien* geen verschil zouden moeten of mogen maken.⁹ Ook dan kan het nog omstrede zijn welke verschillen juridisch gezien relevant zijn. Mogen rechters bijvoorbeeld moreel gezien relevante verschillen als juridisch irrelevant behandelen, of – andersom – moreel gezien irrelevante verschillen als juridisch relevant? Bijvoorbeeld, zou een rechter onderscheid mogen maken tussen iemand die uitkeringsfraude pleegt om haar gezin overeind te houden en iemand die dat doet om een vakantieje te kunnen maken? Wij zullen deze vragen hier niet beantwoorden. Maar we willen benadrukken dat ongelijke behandeling niet per se discriminatie oplevert en dat de vraag wanneer ongelijke behandeling gerechtvaardigd is, een rechtsvraag is waarop soms verschillende antwoorden te verdedigen zijn.

3.2 Het bepalen van oorzaken

Ongelijke behandeling die niet te rechtvaardigen is, levert niet altijd discriminatie op. Voor discriminatie geldt de extra vereiste dat de ongelijke behandeling *veroorzaakt* moet worden door een factor die (juridisch gezien) niet relevant is. Om discriminatie te kunnen vaststellen is het daarom vereist dat een causale vraag wordt beantwoord: wat is de oorzaak van de ongelijke behandeling?

Juristen weten, na lange discussies over de aard van veroorzaking, dat causale vragen soms moeilijk te beantwoorden zijn en dat de antwoorden meer een kwestie van toerekening (vaak: naar redelijkheid) zijn, dan objectieve constatering van wat zich in een anormatieve werkelijkheid afspeelt.¹⁰ Dit roept de vraag op hoe kan worden vastgesteld of rechters soms discrimineren. Deze vraag bestaat ook als we voorbijgaan aan het feit dat er serieuze meningsverschillen mogelijk zijn over de kwestie of een verschil in behandeling (juridisch gezien) gerechtvaardigd is.

9 Wettelijke bepalingen die aangeven onder welke omstandigheden geen onderscheid tussen rechtssubjecten mag worden gemaakt zijn onder meer art. 1 van de Grondwet en de artikelen 5 – 7a van de Algemene wet gelijke behandeling.

10 De theorie over causaal verband in het recht is op zijn minst terug te voeren op debatten aan het einde van de 19e eeuw in de Duitse rechtsgeleerde literatuur. Zie Asser-Hartkamp 4-1, 424.

De pragmatische oplossing voor het probleem van de vaststelling van causaliteit is het meten van correlatie, het samengaan van twee soorten feiten.¹¹ Als blijkt dat verdachten met een donkere huidskleur vaker zwaardere straffen krijgen opgelegd dan verdachten met een lichtere huidskleur voor een vergelijkbare vergrijp – de correlatie – dan is dat een aanwijzing dat de huidskleur een oorzaak kan zijn van de zwaardere straf. Er moet dan nog worden nagegaan of er andere factoren zijn die de zwaardere straf (in voldoende mate) zouden kunnen verklaren, maar als er geen aannemelijke andere verklaringen te vinden zijn, is het mogelijk dat de huidskleur van de verdachte een invloed heeft gehad op het verschil in zwaarte van de straf.

Het 'bewijs' voor veroorzaking is dus vooral statistisch en het is nooit waterdicht. Het is immers mogelijk dat een alternatieve oorzaak over het hoofd werd gezien. Zo kan een zwaardere straf statistisch in verband worden gebracht met de etniciteit van de verdachte, maar ook met de aard van het delict waarvoor deze wordt vervolgd. Maar het kan ook gebeuren dat er een alternatieve oorzaak lijkt te zijn, maar dat dit alternatief zelf weer wordt veroorzaakt door de oorzaak die onderzocht wordt. Bijvoorbeeld, misschien kan de vrijheidsstraf voor een verdachte worden verklaard vanuit diens vluchtgevaarlijkheid in plaats van diens etnische achtergrond, maar kan de inschatting van de vluchtgevaarlijkheid zelf weer worden verklaard op basis van de etnische achtergrond. Zo kan er bij een dubbele nationaliteit bijvoorbeeld worden uitgegaan van een hoger vluchtgevaar dan wanneer de verdachte geen andere nationaliteit heeft dan de Nederlandse.

Ten slotte moet men ook bedenken dat oorzakelijk verband, zeker als het gaat om juridisch relevant oorzakelijk verband, niet iets is dat in de werkelijkheid 'ontdekt' wordt, maar iets dat wordt toegeschreven aan een opeenvolging van

11 Het onderscheid tussen correlatie en veroorzaking speelt een centrale rol in de toepassing van statistische gegevens om causaliteit vast te stellen. Een moderne bespreking van dit onderwerp is Pearl en Mackenzie (2018).

gebeurtenissen.¹² Zelfs als 'men' het eens is over de identificatie van een bepaalde factor als oorzaak van een (discriminerende) handeling, dan nog is het in theorie steeds mogelijk om de consensus met goede argumenten ter discussie te stellen. Deze systematische onzekerheid doet er echter niet aan af dat een positieve correlatie tussen de aanwezigheid van een bepaalde factor, bijvoorbeeld een donkere huidskleur, en een bepaalde behandeling, bijvoorbeeld het opleggen een zwaardere straf, vaak als voldoende wordt gezien om de factor als oorzaak van de behandeling aan te merken.

Het verdient aandacht dat het oordeel van de persoon die handelde geen speciale rol speelt in de toeschrijving van oorzakelijk verband. Als bijvoorbeeld een rechter ervan uit gaat dat haar besluit om een bepaalde straf op te leggen niet gebaseerd is op de huidskleur van de verdachte, dan is dat niet beslissend voor wat de 'werkelijke' oorzaak was. Mensen zijn niet per se goede beoordelaars van wat hun gedrag beweegt en hun oordeel is niet meer dan één element dat een rol kan spelen bij de toeschrijving aan een factor van de status van oorzaak.¹³

12 Een veel genoemd criterium om causaal verband te onderkennen is dat A enkel de oorzaak van B kan zijn als B niet was ingetreden zonder A. A is dan een *conditio sine qua*, een noodzakelijke voorwaarde, voor B. Maar als een gebeurtenis meer dan één oorzaak heeft, is geen van de oorzaken een *conditio sine qua non* voor het gevolg. Denk bijvoorbeeld aan een vuurpeloton, waarbij het slachtoffer sterft ten gevolge van meerdere kogels, waarvan elk een voldoende voorwaarde was om hem te doden. Juristen behandelen dan elk van de voldoende voorwaarden als oorzaak.

Bekend is ook dat niet elke noodzakelijke voorwaarde als oorzaak wordt aangemerkt. Al sinds lang stellen juristen een extra voorwaarde, zoals voorzienbaarheid, om onderscheid te maken tussen noodzakelijke voorwaarden.

13 Dat mensen – en dus ook rechters – geen goede beoordelaars zijn van wat hen tot hun gedrag beweegt is herhaaldelijk aangetoond in cognitief wetenschappelijk onderzoek (Wilson, 2002; Slors, 2012; Dijksterhuis, 2016; Bargh, 2017).

Verklaring

Als we discriminatie en andere vooroordelen willen tegengaan, is het belangrijk te weten hoe die verklaard moeten worden. Immers, als we weten welke mechanismes ten grondslag liggen aan het trekken van bevooroordeelde conclusies of aan discriminerende behandeling, dan hebben we een aanknopingspunt om dit ongewenste gedrag te bestrijden.

Er zijn veel soorten vooroordelen en oorzaken van discriminatie en vele manieren om te discrimineren. Het is dan ook niet mogelijk om een uitputtende opsomming te geven van wat er in dit opzicht fout kan gaan en welke mechanismen aan vooroordelen en discriminatie ten grondslag liggen. Gelukkig is er in de psychologie een consensus aan het groeien over een theoretisch kader waarbinnen vooroordelen verklaard kunnen worden. We zullen dit kader onder de naam van 'duale besluitvorming' (*dual system decision-making*) bespreken in paragraaf 4.1. In paragraaf 4.2 gaan we dieper in op één aspect van duale besluitvorming, te weten het gebruik van heuristieken. Een voor het recht mogelijk aantrekkelijke variant van duale besluitvormingstheorie, is het door Haidt en zijn medewerkers gepropageerde 'sociaal-intuitionistische model'. Daar gaan we in paragraaf 4.3 dieper op in. Ten slotte gaan we in paragraaf 4.4 nader in op de rol van mentale modellen. Met dit alles scheppen we een kader om de bestaande literatuur over discriminatie (door rechters) te duiden.

4.1 Duale besluitvorming

In de laatste decennia heeft zich in de psychologie van het redeneren en de besluitvorming een zekere consensus gevormd over wat wel 'duale besluitvorming' (*dual system decision-making*) wordt genoemd. Een 'zekere' consensus, want hoewel er veel overeenstemming bestaat over de theorie dat er in menselijk redeneren en menselijke besluitvorming twee 'systemen' aan het werk zijn, bestaat er geen consensus over wat deze systemen precies zijn, hoe ze van elkaar verschillen en zelfs

of het wel 'systemen' zijn.¹⁴ Deze verschillen doen er niet aan af dat de theorie over duale besluitvorming een aantrekkelijk kader biedt om vooroordelen in het algemeen en discriminatie in het bijzonder te verklaren en om mogelijke remedies tegen discriminatie te suggereren.¹⁵

Hieronder zullen we een – niet-uitputtende – lijst opnemen van punten waarop de twee systemen van elkaar verschillen, waarbij we steeds eerst het kenmerk van systeem 1 noemen en daarna het contrasterende kenmerk van systeem 2.

Onbewust – bewust

Eén belangrijk contrast is dat systeem 1 onbewust werkt, terwijl systeem 2 bewust functioneert. Ervaren verkeersdeelnemers navigeren hun fiets of auto vaak gedachteloos door het verkeer en enkel als er iets bijzonders gebeurt, denken ze bewust na over wat ze doen. Dit illustreert dat meedoen aan het verkeer wordt gestuurd door systeem 1, maar dat onverwachte gebeurtenissen de bestuurder doen overstappen van systeem 1 naar systeem 2. Bijvoorbeeld, als een bestuurder langs de weg aanwijzingen ziet dat er een snelheidscontrole zou kunnen plaatsvinden, gaat hij nadenken over zijn rijgedrag en past zijn snelheid aan.

Overigens is het niet zo dat verkeersdeelname altijd wordt gestuurd door systeem 1. Als je leert autorijden, heb je nog overal je aandacht bij nodig. Dan wordt het rijden geheel gestuurd door systeem 2. Maar als de ervaring groeit, worden steeds meer taken overgedragen van systeem 2 naar systeem 1. Dat is geen bewust proces en pas nadat het heeft plaatsgevonden kun je in retrospectief vaststellen dat je niet meer hoeft na te denken bij autorijden.

Wat geldt voor autorijden geldt voor veel mentale processen en het nemen van rechterlijke beslissingen is daarvan niet uitgezonderd. Een ervaren rechter voelt soms, terecht of onterecht, aan dat een procespartij liegt, of dat hij spijt heeft van wat hij

14 Duale besluitvorming is een centraal onderwerp geworden in de psychologie van het redeneren. Het onderwerp is – ook in Nederland – bekend geworden door Kahneman (2012). Een kort en helder overzicht van een andere proponent is Evans (2017). Dit laatste boek bevat ook een langere lijst van punten waarop de systemen 1 en 2 van elkaar zouden verschillen. Een neurofysiologische onderbouwing wordt gegeven in Greene (2013).

15 Om de volgende uiteenzetting van de theorie niet nodeloos te compliceren, zullen we schrijven alsof er in de menselijke geest inderdaad twee systemen zijn, die gebruikt worden bij het redeneren en om besluiten te nemen.

gedaan heeft. Dan is het oordeel dat de partij liegt of spijt heeft gevelde door systeem 1. En omdat het oordeel onbewust tot stand is gekomen kan de rechter het soms moeilijk vinden om het oordeel te motiveren. En als de rechter het wel 'kan', is het nog maar de vraag of de gevonden en aangevoerde redenen inderdaad ook de oorzaken waren en of de motivering, of het oordeel, correct was. Zelfs rechters hebben geen toegang tot de werking van systeem 1.

Als het gaat om systeem 2, dat bewust functioneert, ligt dat anders. Als een rechter bewust een regel toepast, bijvoorbeeld om te constateren dat iemand een verdachte is in de zin van art. 27 Sv, dan zal zij normaal gesproken haar oordeel wel waarheidsgetrouw kunnen motiveren.

Automatisch – gecontroleerd

De voorbeelden van autorijden en rechterlijke besluitvorming illustreren ook een ander verschil tussen de systemen 1 en 2. Systeem 1 werkt automatisch. De ervaren automobilist heeft soms niet eens door dat zij stopt voor een rood verkeerslicht, of remt als de voorligger dat doet. De ervaren rechter voelt gewoon aan – al dan niet correct – dat de verdachte oprecht berouw heeft, of dat een beschikking onvoldoende of foutief gemotiveerd is. Het functioneren van systeem 2 is gecontroleerd. Een beginnende automobilist bedenkt dat hij eerst de versnelling in zijn vrij moet zetten, dan de motor moet starten, om ten slotte een beetje gas te geven en over te schakelen naar de eerste versnelling om weg te rijden.

Zelfs een ervaren rechter moet op een relatief onbekend rechtsgebied de wet raadplegen om na te gaan aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg. Dan kan hij één voor één nagaan of aan die voorwaarden is voldaan. En als zich bijzondere omstandigheden voordoen, kan hij nadenken of het opportuun is te zoeken naar een uitzondering op de regel.

Een speciaal geval van deze tegenstelling tussen het automatische van systeem 1 en het gecontroleerde van systeem 2 is dat systeem 1 autonoom fungeert terwijl het gecontroleerde van systeem 2 maakt dat geredeneerd kan worden over hypothetische situaties. Als een rechter 'aanvoelt' dat verdachte staat te liegen, wordt dit aanvoelen veroorzaakt door wat de rechter voor zich ziet. De rechter heeft daar in eerste instantie geen controle over, al blijft het mogelijk om, indien daartoe (onbewust) getriggerd, over te schakelen naar systeem 2 en zich af te vragen of het intuïtieve gevoel wel juist is.

Als de rechter 'overschakelt' naar systeem 2, verkrijgt zij controle over haar oordeelsvorming en worden nieuwe technieken beschikbaar. De rechter kan zich bijvoorbeeld hypothetische situaties voorstellen en bedenken wat de gevolgen van haar voorlopige oordeel zouden zijn in die situaties (mentale simulatie en besluitvorming geïnspireerd door gevolgen). De rechter kan zich bijvoorbeeld voorstellen wat de gevolgen van een opgelegde straf zouden zijn voor verdachte en voor diens naasten, maar ook voor de samenleving als geheel. Deze mentale simulatie kan nieuwe intuïties oproepen (systeem 1), maar ook nieuwe redenen voor of tegen een bepaald vonnis suggereren (systeem 2).

Snel – langzamer

Systeem 1 werkt heel snel. Gelukkig is een ervaren automobilist in staat direct op de rem te springen als er onverwacht een voetganger oversteekt. Een ervaren rechter 'ziet' de rechtsgevolgen van een eenvoudig geval als het ware direct voor zich. Systeem 2 werkt langzamer, zij het niet per se heel langzaam. Een automobilist die een kruising nadert waar vanuit elke richting verkeer komt, moet mogelijk even nadenken over wie er precies voorrang heeft, of moet krijgen. Maar dat kan nog steeds in enkele seconden gebeuren. Een ambtenaar die een plan voor de vermindering van uitstoot van broeikasgassen moet bedenken zal daar wellicht langer voor nodig hebben. Rechters die zien aankomen dat hun besluit rechtsvormende gevolgen zal hebben – bijvoorbeeld, moet de 'schade' van 'wrongful life' worden vergoed? – zullen ook langer nadenken over welk besluit zij het beste kunnen nemen.

Vooroordeel – rationeel

Mogelijk het belangrijkste voor onze doeleinden is het contrast dat bestaat tussen vooroordelen (*biases*) en rationele (regelgeleide) besluitvorming. Het snelle, onbewuste proces van systeem 1 kan leiden tot bevooroordeelde en irrationele besluiten.¹⁶

Een klassiek voorbeeld is de zogenaamde *availability bias*: mensen denken vaak dat hetgeen hen het eerst te binnen schiet ook de beste beschrijving van de feiten is. Hoe staat het met de armoede in de wereld? Als we afgaan op wat het nieuws ons vertelt – en dat is wat velen het eerste te binnen schiet – is het daarmee droevig gesteld. Velen zullen dan ook denken dat er meer armoede is dan vroeger. Maar als we wetenschappelijk onderzoek mogen geloven, is het met de armoede in de wereld

16 De redeneerfouten waartoe systeem 1 aanleiding zou geven komen uitvoerig aan de orde in Kahneman en Tversky (1982), Ariely (2009) en Kahneman (2012).

relatief – dat is natuurlijk wel een belangrijke toevoeging – goed gesteld. Het aandeel mensen dat in extreme armoede leeft is de laatste twee eeuwen gedaald.¹⁷

Een ander voorbeeld is de *anchoring bias*. Een getal dat op één of andere manier – en dat kan geheel willekeurig zijn – in onze geest is geprent trekt als het ware de getallen waarover een oordeel moet worden gegeven aan. Zo werd het oordeel van studenten die een inschatting moesten maken van het aantal Afrikaanse lidstaten van de Verenigde Naties ‘aangetrokken’ door de uitkomst van een roulettewiel. Als het wiel tot een hoger getal leidde, werd het aantal lidstaten hoger ingeschat dan als het wiel tot een lager getal leidde. Deze *anchoring bias* werd ook vastgesteld bij rechters. Als in een onrechtmatige daad-zaak een hoge schadevergoeding werd geëist, kenden rechters in een experimentele setting een hogere schadevergoeding toe dan wanneer in dezelfde zaak minder werd geëist. Het experiment werd in de Verenigde Staten uitgevoerd, maar er is weinig reden om aan te nemen dat rechters in Nederland dit anders zouden doen, tenzij het juridisch kader (systeem 2) hen daarvoor minder ruimte biedt.

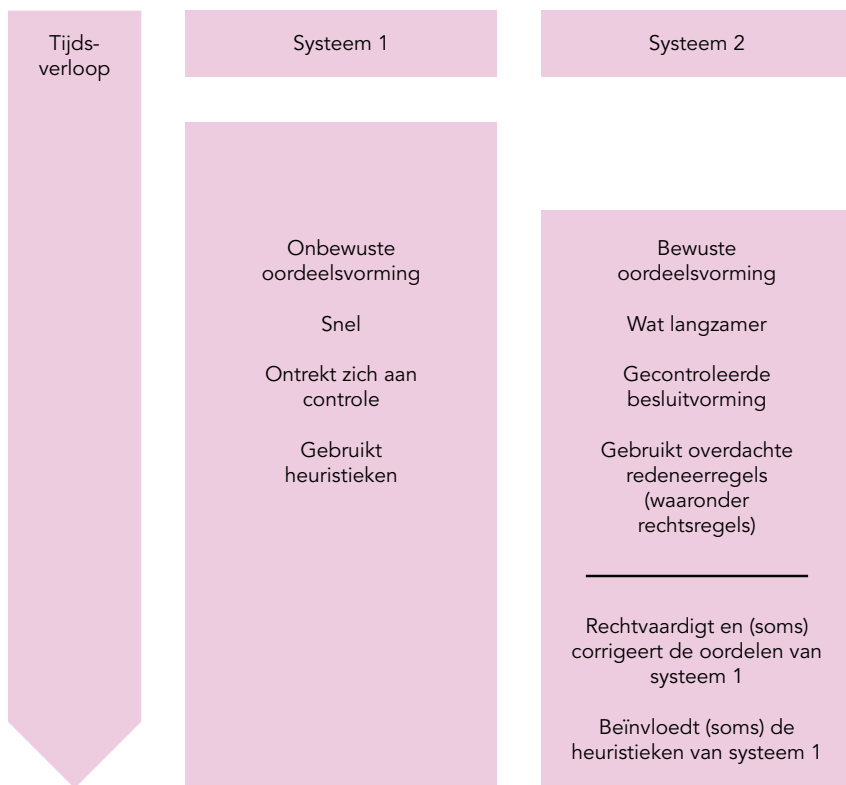
Een derde voorbeeld dat we ten slotte willen noemen is de *confirmation bias*. Als iemand een bepaalde opvatting heeft, bijvoorbeeld de opvatting dat Karel de moord op Solange heeft gepleegd, zal hij eerder zoeken naar bewijsmateriaal dat deze opvatting ondersteunt dan naar bewijsmateriaal dat laat zien dat de opvatting onjuist is. Daarnaast zal het bewijsmateriaal ook geïnterpreteerd worden op een manier die de opvatting ondersteunt. In Nederland is deze zoekfout in de sfeer van het strafrecht bekend geworden als ‘tunnelvisie’.¹⁸

Systeem 2 werkt met expliciete criteria voor rationele besluitvorming, zoals (rechts) regels. Als die regels rationeel zijn – en dat mogen we hopen – dan zullen besluiten waarin de regels worden gevolgd ook rationeel zijn. En zelfs als er uitzonderingen op regels worden gemaakt zullen deze uitzonderingen, als ze gemotiveerd kunnen worden met goede redenen, rationeel zijn.

17 Een betoog dat het tegenwoordig minder erg is wat betreft armoede dan het lange tijd geweest is, is te vinden in Harari (2016, pp 3-6).

18 Het verschijnsel tunnelvisie heeft veel aandacht gekregen in de Nederlandse pers, naar aanleiding van enkele onterechte strafrechtelijke veroordelingen. Het staat centraal in het rapport Focus in de opsporing (Liedenbaum ea, 2015) en in Rassin, (2007). Beschermen tegen tunnelvisie werd onder andere bestudeerd door Maegherman (Maegherman & Horselenberg, 2020; Maegherman, 2021).

Deze tegenstelling tussen de vooroordelen van systeem 1 en de rationaliteit van systeem 2 suggereert dat het voorkomen van vooroordelen en discriminatie veelal neerkomt op het verschuiven van (rechterlijke) besluitvorming van systeem 1 naar systeem 2. Deze suggestie is zeker waardevol, maar we zullen zien dat het soms toch wat ingewikkelder is. Dat heeft te maken met het vermogen van systeem 1 om te leren.



Figuur 1: Schematische weergave van systeem 1 en systeem 2

Figuur 1 geeft een indruk van hoe de systemen 1 en 2 zich tot elkaar verhouden. Het is niet overbodig hier te herhalen dat de wetenschappelijke opvattingen over de systemen 1 en 2 variëren. Het is daarom niet mogelijk een schematisch overzicht te maken dat door alle deskundigen wordt onderschreven.

4.2 Snelle en zuinige heuristieken

Systeem 1 is het resultaat van zowel evolutie als van wat een individu tijdens haar leven leert. Zo zijn de meeste mensen instinctief bang voor slangen. Deze angst kan worden overwonnen, maar zit er bij de meeste mensen 'van nature' in. Dergelijke neigingen kunnen evolutionair worden verklaard vanuit de overlevingswaarde die zij hadden – en soms nog hebben – voor mensen en hun voorgangers in de evolutie.

Uit het voorbeeld over leren autorijden hebben we geleerd dat andere automatismen kunnen worden aangeleerd. Bij autorijden is het aanleren het internaliseren van procedures die eerst bewust moesten worden uitgevoerd. Het gaat daarbij om de verschuiving van systeem 2 naar systeem 1. Een voorbeeld van een aangeleerd automatisme is het verhaal van een ervaren brandweerman die zijn collega's waarschuwt om snel een brandend pand te verlaten. Iets later stortte het pand in. De brandweerman kon niet uitleggen waarom hij zijn collega's waarschuwde. Hij had enkel het 'buikgevoel' dat er gevaar dreigde. Een dergelijk intuïtief aanvoelen kan worden aangeleerd door veel ervaring op te doen. Er ontstaat dan impliciete kennis die niet zonder hulp van buitenaf expliciet gemaakt kan worden en die zich manifesteert in gevoelsmatige en intuïtieve reacties. Als een rechter ten gevolge van jaren ervaring een intuïtie heeft ontwikkeld over wanneer een verdachte liegt, dan is er sprake van een impliciete aangeleerde heuristiek.¹⁹ Deze heuristiek werkt bij het aansturen van systeem 1. Het verdient opmerking dat de heuristiek 'goed' kan zijn, in de zin dat de daarop gebaseerde oordelen meestal correct zijn, maar ook foutief.²⁰

Het is dus niet zo dat systeem 1 enkel maar een onbewust werkende generator is van snelle bevooroordeelde meningen en besluiten. Systeem 1 heeft zeker zijn nut, maar maakt gebruik van kennis die mogelijk niet of niet meer klopt en die niet

19 Heuristieken zijn 'regels' die snel werken en weinig informatie nodig hebben om conclusies te kunnen trekken (snel en zuinig), daardoor handig zijn in situaties waarin snelle besluitvorming wenselijk is, maar die niet altijd tot de juiste conclusies leiden.

20 De proponent van snelle en zuinige (*fast and frugal*) heuristieken is Gerd Gigerenzer (2007, 2008; Gigerenzer & Engel, 2006). Vergelijkbaar gedachtegoed wordt uiteengezet door Gladwell (2005).

onderworpen is geweest aan een expliciete testprocedure. Kortom, systeem 1 heeft nut, zeker als er snel besluiten moeten worden genomen of meningen moeten worden gevormd, maar haalt het niet bij systeem 2 als het gaat om de rationaliteit van de output.

Onder psychologen heerst er geen groot verschil van mening over de functies en kwaliteiten van de systemen 1 en 2, maar er is wel een verschil in benadering. Kahneman, Tversky en hun navolgers benadrukken graag de gebrekkige rationaliteit van besluiten genomen door systeem 1. Gigerenzer en zijn navolgers benadrukken de waarde van 'snelle en zuinige heuristieken', de gevolgtrekkingsmechanismen van systeem 1, voor vele praktische gevallen. Gemeten naar maatstaven voor rationaliteit zijn deze conclusies niet altijd optimaal, maar doordat ze zijn uitgeselecteerd in de evolutie of zijn aangeleerd door kennisoverdracht of door ervaring, zullen ze vaak goed functioneren.

4.3 Het sociaal-intuitionistische model (SIM)

Als menselijke besluitvorming wordt beheerst door systemen 1 en 2 en we willen ingrijpen in het besluitvormingsproces om discriminatie tegen te gaan, dan is het van belang meer te weten over het functioneren van beide systemen en met name ook over hoe ze interacteren (zie ook figuur 1). Harde kennis hierover hebben we momenteel nog niet, maar er zijn interessante theorieën die de moeite waard zijn om nader te onderzoeken, ook in de context van rechterlijke besluitvorming. Eén zo'n theorie is het door Jonathan Haidt en zijn medewerkers ontwikkelde 'sociaal-intuitionistische model' van oordeelsvorming (SIM).²¹

Volgens dit model roepen waargenomen situaties een directe goed/slecht-waardering op. Deze waardering is het intuitionistische aspect van het model; het correspondeert met de werking van systeem 1 in de eerder geïntroduceerde terminologie. De intuïtie op zich is nog onbewust, maar als hij tot het bewustzijn doordringt, leidt hij tot een intuïtief gevormd *waardeoordeel*. Deze stap van voorbewuste intuïtie naar een bewust op intuïtie gebaseerd oordeel is de eerste van de zes links die het SIM identificeert. Deze intuïtie is bij morele waardeoordelen grotendeels gebaseerd op geïnternaliseerde sociale regels over wat goed is voor de samenleving.

21 Het sociaal intuitionistische model van besluitvorming is het geesteskind van Jonathan Haidt, die het model introduceerde in Haidt (2001), toepaste op morele oordeelsvorming (Haidt & Bjorklund, 2008) en inbedde in bredere theorievorming (Haidt, 2012).

De tweede link betreft de stap van een intuïtief oordeel naar een beredeneerd oordeel. Het gaat hier, in de eerder geïntroduceerde terminologie, om de werking van systeem 2. Er wordt nagedacht over het waarom van het oordeel en er worden redenen geproduceerd die het oordeel ondersteunen. Een belangrijk aspect van het SIM is dat deze tweede link van intuïtief naar beredeneerd oordeel een *post hoc* rationalisatie is van het intuïtief gevormde oordeel. Het is dus geen zelfstandig proces van nieuwe oordeelsvorming. Aangezien het intuïtieve oordeel tot stand kwam zonder bewust redeneerproces, kunnen de redenen die in de tweede stap worden geproduceerd niet de oorzaak voor het oordeel aanwijzen. Het zijn mogelijk redenen die het oordeel rechtvaardigen, maar niet de oorzaken waardoor het intuïtieve oordeel werd gegeven. Omdat het oordeel intuïtief was, konden bewuste redenen geen causale rol spelen.

Link nummer drie betreft het produceren van redenen om anderen te overtuigen. Dit moet vooral letterlijk worden genomen: het gaat om het *overtuigen* van anderen, niet zozeer om te laten zien dat het gegeven oordeel waar of juist was, al kan dat laatste natuurlijk wel effectief zijn om te overtuigen.

De vierde link is een soort alternatief voor de derde: het is ook mogelijk om anderen te overtuigen op andere manieren dan door het geven van redenen. Zoals de recht en literatuur-beweging laat zien, kunnen literaire producten zoals romans, toneelstukken, of teksten van liedjes effectieve middelen zijn om iemands opvattingen over de rechtmatigheid van handelingen te veranderen (luister maar eens naar 'Masters of War' van Bob Dylan, of naar 'Every Soldier is a Mother's Son' van Heather Nova). Speelfilms kunnen een vergelijkbaar effect hebben.

Link nummer vijf betreft de stap waarin de redenen die iemand bedenkt om het eigen, aanvankelijke oordeel te rechtvaardigen, dit oordeel veranderen. Dit is een voorbeeld van de corrigerende werking van systeem 2. Bijvoorbeeld, de rechter die aanvankelijk een vrijheidsstraf wilde opleggen kan dit intuïtieve oordeel vervangen door het oordeel dat een geldboete beter is, geïnspireerd door het feit dat dit haar oordeel in een vergelijkbare eerdere zaak was. Het SIM benadrukt dat een dergelijke stap relatief uitzonderlijk is: redenen worden vooral geproduceerd om een intuïtief oordeel achteraf te rechtvaardigen (link 2), niet om het te corrigeren. Maar het *kan* voorkomen dat systeem 2 de resultaten van systeem 1 niet rechtvaardigt, maar corrigeert.

De zesde link is, als het ware, link vijf in het kwadraat. Nadenken over een oordeel teneinde redenen te produceren kan er niet alleen toe leiden dat het aanvankelijke

oordeel wordt vervangen, maar zelfs dat de aanvankelijke intuïtie verdwijnt en dat er een nieuwe intuïtie voor in de plaats komt. Het is dan niet meer zo dat de persoon die een oordeel had gevormd zich realiseert dat zijn intuïtie niet klopt; het gevolg van de redenen is een geheel nieuw inzicht. Ook voor deze link geldt dat hij volgens het SIM kan voorkomen, maar dat dit gewoonlijk niet het geval is.

4.4 Mentale modellen

Theorieën gebaseerd op duale besluitvorming verklaren redeneerfouten op basis van de heuristieken die systeem 1 gebruikt om conclusies te trekken. Een andere insteek is de theorie van mentale modellen, die vooral is uitgewerkt door Johnson-Laird.²² De heuristieken waar het systeem van duale besluitvorming van uitgaat zijn een soort regels die mensen er toe brengen om ten gevolge van bepaalde uitgangspunten conclusies te trekken. De benadering via mentale modellen wil een visie geven op redeneren die psychologisch aannemelijk is (anders dan deductieve logica) en die een verklaring kan bieden voor redeneerfouten die mensen maken, maar een andere verklaring dan het model van duale besluitvorming.

In de deductieve logica is een redenering geldig als de conclusie waar is in alle – echt alle – omstandigheden waarin de premissen waar zijn. Volgens de mentale modellen-theorie proberen mensen zich bij het redeneren bewust of – vaker – onbewust een voorstelling te maken van een situatie waarin de premissen van de redenering waar zijn, maar de conclusie onwaar. Als dat lukt, kan de redenering niet geldig zijn. Maar als dat niet lukt, gaan ze ervan uit dat de conclusie uit de premissen volgt en de redenering geldig is.

Dit lijkt een beetje op deductieve logica, maar er is een belangrijk verschil. In de deductieve logica wordt er gekeken of het, logisch gezien, *mogelijk* is dat de premissen van een redenering waar zijn terwijl de conclusie onwaar is. In de mentale modellentheorie gaat het er niet om wat logisch gezien mogelijk is, maar wat mensen zich *kunnen voorstellen*. Als iemand zich geen voorstelling (mentaal model) kan maken van een situatie waarin de premissen van een redenering waar zijn en de conclusie onwaar, zal zij de redenering voor geldig houden, ook als dit onvermogen berust op een gebrek aan verbeeldingskracht.

22 Mentale modellen als middel om de psychologie van het redeneren te analyseren werden in de jaren 80 van de vorige eeuw geïntroduceerd door Philip Johnson-Laird (1980, 1983). Deze benadering vertegenwoordigt sindsdien een lopende onderzoeklijn (Johnson-Laird, 2006).

Bijvoorbeeld, als iemand een vooroordeel heeft over het vermogen van vrouwen om als rechter op te treden, kan dit vooroordeel tot uitdrukking komen in het onvermogen zich een vrouw voor te stellen die goed functioneert als rechter. Voor zo iemand – laten we hopen dat die niet bestaat – zal de redenering ‘Renate is een vrouw. Daarom kan Renate geen goede rechter zijn.’ geldig zijn. Dit is een extreem en daardoor onaannemelijk voorbeeld, maar het wordt al aannemelijker als we kijken naar redeneringen met waarschijnlijke, in plaats van zekere, conclusies. Als iemand zich maar enkele mentale modellen kan voorstellen van vrouwen die kunnen rechtspreken en daardoor uit het gegeven dat Renate een vrouw is concludeert dat Renate waarschijnlijk geen goede rechter zal zijn, leidt dit gebrek aan voorstellingsvermogen nog steeds tot een redeneerfout.²³

Volgens de mentale modellentheorie is het niet altijd eenvoudig om af te wijken van een eenmaal gevormd mentaal model. Mensen kunnen zich maar een beperkt aantal mentale modellen voorstellen en dit maakt dat ze vaak vasthouden aan een eenmaal gemaakt model. Een voorbeeld hiervan dat uit onderzoek, bijvoorbeeld van Murray en Byrne (2013), naar voren is gekomen is de moeilijkheid die we hebben om zogenaamde *insight* problemen op te lossen. Bij dat soort problemen wordt een representatie gemaakt op basis van de informatie die beschikbaar is. Die representatie bevat mogelijk een aantal aannames die aannemelijk zijn onder normale omstandigheden. Het is dan lastig om afstand te kunnen nemen van de eerste, incorrecte, representatie van het probleem om vervolgens tot de juiste oplossing te kunnen komen. Om dat te doen moeten we de representatie van de informatie veranderen en dus een ander mentaal model toepassen.

Een voorbeeld: u krijgt de taak om een kaars aan de muur te hangen en die aan te steken, zonder dat er kaarsvet op de vloer zal druipen. U krijgt ook een pakje lucifers en een doosje punaises.²⁴ In eerste instantie is de oplossing voor dit raadsel lastig te vinden, omdat een mentaal model van de situatie wordt gevormd waarin de lucifers en het doosje punaises hun gangbare functies vervullen. Andere functies voor deze

23 Hoewel de theorie over mentale modellen niet samenvalt met de in par. 5.3. nog te bespreken stereotypen, is er wel een interessante parallel. Als iemand er een stereotype op na houdt, bijvoorbeeld het stereotype van de emotionele vrouw, dan zal het hem lastiger vallen om een mentaal model op te roepen van een vrouw die niet emotioneel is. Zo iemand zal volgens de theorie van mentale modellen de ongeldigheid van een redenering als ‘Renate is een vrouw. Dus Renate is emotioneel’ minder makkelijk herkennen.

24 Dit voorbeeld staat bekend als *the Candle problem* of de ‘kaars-taak’ van Duncker (1945).

objecten komen niet bij ons op. Maar een ander mentaal model kan de oplossing eenvoudig maken. De oplossing is namelijk om het doosje waar de punaises inzitten met behulp van de punaises als een plankje vast te maken aan de muur. De kaars kan dan in het doosje worden gezet en aangestoken zonder dat er kaarsvet op de vloer zal druipen.

Een ander voorbeeld is het volgende vraagstuk:

“Een man in een dorp trouwde 20 vrouwen. Hij en de vrouwen leven nog en de man is nooit gescheiden. Toch is hij geen polygamist en hij heeft geen regels gebroken. Hoe kan dat?”.

De eerste mentale representatie van deze informatie houdt in dat de man met de 20 vrouwen trouwde. Dit mentale model maakt het lastig om het vraagstuk op te lossen. Pas wanneer we het woord “trouwen” op een andere manier interpreteren, kan duidelijk worden dat de man priester is en de huwelijken heeft voltrokken.

Deze voorbeelden betreffen probleempjes die juridisch niet erg relevant zijn. Maar mentale modellen kunnen bijdragen aan vooroordelen van rechters. Op basis van beperkte informatie kan een beeld verkregen worden, dat mogelijk incorrect is, waar vervolgens moeilijk van af te wijken is. In de context van rechterlijke beslissingen kan een mentaal model dat werd gevormd op basis van eerdere ervaringen van de rechter – de rechter kent bijvoorbeeld alleen maar allochtonen die verdacht werden van een strafbaar feit – een onjuiste invloed hebben op de beslissing van de rechter.²⁵

25 Er is hier een interessante parallel met tunnelvisie (zie par. 4.1). Bij tunnelvisie wordt uitgegaan van één bepaalde theorie en wordt informatie welke tegen deze theorie pleit genegeerd. Een mentaal model kan ertoe leiden dat niet eens wordt gedacht aan alternatieve theorieën. Het gebruik van een bepaald model kan tot tunnelvisie leiden.

Literatuur over het bestaan van vooroordelen en discriminatie in rechterlijke besluitvorming

Om een overzicht te bieden van wat de huidige kennis is over discriminatie in de rechtspraak, is een literatuuronderzoek uitgevoerd naar Nederlandse en buitenlandse literatuur over discriminatie. Daarbij werd gebruikgemaakt van de zoektermen 'discrimination', 'biases', 'judges' en 'legal decision-making'. Er werd ook een verzoek uitgezet naar relevante literatuur bij onderzoekers op het gebied van discriminatie uit andere landen. Hieronder is een overzicht te vinden van de belangrijkste bevindingen.

Er is niet gestreefd naar een volledig overzicht. Gezien de universele aard van vooroordelen, die blijkt uit het theoretisch kader dat hierboven werd beschreven, is een niet-uitputtend overzicht van de literatuur voldoende om de stand van zaken en de ruimte voor mogelijk verder onderzoek in kaart te brengen. Dit blijkt ook uit het feit dat de empirische bevindingen uit verschillende landen vergelijkbaar zijn. Daar komt nog bij dat het meeste onderzoek dat tot nog toe werd uitgevoerd met betrekking tot discriminatie door de rechterlijke macht betrekking heeft op een beperkt aantal mogelijke oorzaken van discriminatie – etniciteit en sekse – en een beperkt aantal soorten van rechterlijke besluiten, namelijk besluiten in de strafrechtelijke sfeer, zoals voorlopige hechtenis en modaliteit en hoogte van de eventuele sanctie.

5.1 Wermink, Van Wingerden, Van Wilsum en Nieuwbeerta

Discriminatie binnen de rechtspraak is in Nederland eerder onderzocht, met een bijzondere nadruk op straftoemeting. Een overzicht van eerder onderzoek werd al gegeven door Wermink *cs* in 2015. Wij zullen dat overzicht hier niet herhalen, maar wel kort de belangrijkste bevindingen benoemen.

De eerdere onderzoeken die werden beschreven door Wermink *cs* (2015) waren alle empirische onderzoeken naar etnisch gerelateerde verschillen in straftoemetingsbe-

slissingen door rechters. Deze onderzoeken werden gedaan op basis van gegevens zoals delict-, dader- en proceskenmerken en waren gericht op straftoemeting bij verdachten met een allochtone achtergrond in vergelijking met autochtone Nederlanders. Uit het beschreven onderzoek bleken etnisch-gerelateerde verschillen in de straftoemeting, hoewel dit varieerde bij verschillende misdrijven, strafsoorten en andere factoren die ook invloed hebben op de straftoemeting.

Het eigen onderzoek van Wermink cs (2015) maakte gebruik van drie verschillende gegevensbestanden die gedetailleerde informatie bevatten over dader-, delict- en proceskenmerken en betrof de oplegging van onvoorwaardelijke gevangenisstraffen. De onderzoekers concludeerden dat er significante verschillen bestonden in straftoemeting tussen verschillende groepen wanneer geen rekening werd gehouden met andere straftoemetingsfactoren. Daders met een 'andere' etnische achtergrond kregen vaker en langere vrijheidsstraffen opgelegd. Er waren echter ook verschillen tussen de etnische groepen in andere straftoemetingsfactoren, zoals bijvoorbeeld voor welk delict zij veroordeeld werden. Wanneer er rekening werd gehouden met de verschillen in delict en met dader- en proceskenmerken, waren de verschillen tussen de etnische groepen minder groot maar nog steeds significant. Hoewel Wermink cs geen eenduidige verklaring voor deze verschillen gaven, noemden zij stereotypen (zie par. 5.3) als mogelijke oorzaak.

In 2016 werd door Van Wingerden en Wermink vervolgonderzoek uitgevoerd. In dat onderzoek werd niet alleen naar onvoorwaardelijke gevangenisstraffen gekeken, maar ook naar andere straffen, zoals taakstraffen en boetes. De onderzoekers maakten daarvoor gebruik van het RISC-bestand van de reclassering.²⁶ Uit hun analyse bleek dat allochtone groepen een grotere kans hebben op een onvoorwaardelijke taakstraf dan autochtone groepen. Daarmee correspondeert dat allochtone groepen een kleinere kans hebben op een (on)voorwaardelijke taakstraf of een onvoorwaardelijke geldboete. De verschillen in straftoemeting tussen de etnische groepen zijn dus verklaarbaar uit welke soort straf werd opgelegd. Daarnaast bleek uit de analyse dat de verschillen tussen etnische groepen in straftoemeting in grote mate verklaard konden worden door delict-, dader- en proces-kenmerken. Net als in het eerdere

26 De RISC is een risicotaxatie- en adviesinstrument waarmee de reclassering op gestructureerde wijze de risico- en beschermende factoren in beeld brengt, een inschatting maakt van het recidiverisico en een advies over bijzondere voorwaarden formuleert.

Zie <https://www.reclassering.nl/over-de-reclassering/wat-wij-doen/risc> (laatst geraadpleegd op 10 december 2021).

onderzoek door Wermink *cs* bleek ook hier dat het meenemen van de andere kenmerken ervoor zorgde dat de verschillen in straftoemeting tussen etnische groepen kleiner werden, maar niet geheel verdwenen. Van Wingerden en Wermink concludeerden dat deze verschillen hoogstwaarschijnlijk niet toevallig zijn.

5.2 Bielen, Marneffe, Grajzl en Mocan

Discriminatie is uiteraard niet iets dat beperkt is tot de Nederlandse rechtspraak en is al in verschillende landen op meerdere manieren onderzocht. Een recent experimenteel onderzoek in België maakte gebruik van *virtual reality* technologie (Bielen, Marneffe, Grajzl & Mocan, 2021). Hierdoor was het mogelijk om aan deelnemers van het onderzoek een rechtszaak in diverse varianten te laten zien, waarbij tussen de varianten enkel de etniciteit van de verdachte verschilde. Aldus kon onderzocht worden of mogelijke verschillen in beslissingen gekoppeld waren aan etniciteit. Een video van een zaak (inbraak of mishandeling) werd gemaakt met behulp van echte rechters, procureurs (officieren van justitie) en advocaten. Er waren zes verschillende versies, drie met witte verdachten en drie met niet-witte verdachten.

De proefpersonen waren merendeels rechten- en economiestudenten en advocaten. Proefpersonen kregen alle zes zaken te zien. Hen werd gevraagd of ze de verdachten zouden veroordelen en, zo ja, welke straf ze zouden opleggen. Uit de resultaten bleek dat zowel witte beoordelaars als beoordelaars die tot minderheidsgroepen behoren witte verdachten gunstiger behandelden in vergelijking met verdachten uit minderheidsgroepen. Dat leidde ertoe dat verdachten uit minderheidsgroepen 12 procent meer kans hadden om veroordeeld te worden voor het hetzelfde feit en bij dezelfde rechtszaak. Ook bij de strafoplegging was een verschil zichtbaar: veroordeelden die werden veroordeeld door iemand van hetzelfde ras als zichzelf kregen een gevangenisstraf die ongeveer 4 maanden korter was. Bielen *cs* concludeerden dat, aangezien de meeste rechters wit zijn, deze *in-group bias* zich uit als *racial bias*. Hetzelfde effect werd ook gezien bij het opleggen van boetes: veroordeelden uit minderheidsgroepen kregen hogere boetes dan witte veroordeelden. Vergelijkbare resultaten werden ook gezien bij advocaten. Een kleine groep rechters en officieren deed het experiment ook en verschilde niet aanzienlijk van de advocaten die het experiment deden. Dat wijst op een onderliggend denkproces dat niet lijkt te verschillen op basis van functie of rol.

Ook de naam van een verdachte, in het bijzonder of deze op een etnische minderheid duidt, blijkt invloed te kunnen hebben op de kans om veroordeeld te worden. Dat werd in België onderzocht door Bielen, Grajzl en Marneffe (2020). Zij

gebruikten drugszaken voor hun onderzoek. Uit dit onderzoek bleek dat verdachten met een islamitisch uitziende naam een grotere kans hadden om veroordeeld te worden dan verdachten met een typisch Belgische naam. Dat was ook het geval bij verdachten die nooit in persoon voor de rechter verschenen.

Het verschil werd nauwelijks gevonden bij de zwaarte van de straf, of bij beslissing over vrijheidsberoving en waar het wel werd gevonden was dat voornamelijk bij mannelijke verdachten. Hierbij maakte een eerdere veroordeling geen verschil: verdachten met een eerdere veroordeling en een islamitische naam hadden ook een grotere kans om veroordeeld te worden dan verdachten met enkel een eerdere veroordeling.

De eerdere ervaring die de beslissende rechter had met de islamitische cultuur zorgde ook voor een verschil: de invloed op veroordeling trad enkel op bij rechters die ver van een moskee wonen, of in een buurt waar weinig moskeeën te vinden zijn. Dat is mogelijk te verklaren door het feit dat rechters die meer ervaring hebben met de islamitische cultuur, een minder stereotiep beeld of genuanceerder mentaal model hebben van personen met een islamitische naam dan rechters die daar minder ervaring mee hebben. Dit zou kunnen leiden tot een andere heuristiek bij het besluit om al dan niet te veroordelen.

5.3 Intermezzo over stereotypen

Veel redeneringen zien er bij benadering als volgt uit:

Persoon X heeft eigenschap (is een) A
Wie een A is, heeft eigenschap B
Daarom heeft persoon X eigenschap B

Een voorbeeld, dat tevens een voorbeeld van een vooroordeel is, is:

Renate is een vrouw
Vrouwen zijn emotioneel
Emotionele mensen zijn slechte rechters
Daarom is Renate een slechte rechter

De tweede premisse van deze redenering zou goed gebaseerd kunnen zijn op een stereotype over vrouwen. In de sociale psychologie is onderzoek gedaan naar dergelijke stereotypen en daar kwamen onder meer de volgende bevindingen uit (Hogg & Vaughan, 2018):

- Mensen zijn opmerkelijk geneigd om grote groepen mensen te karakteriseren in termen van maar enkele, tamelijk oppervlakkige gemeenschappelijke eigenschappen (zoals bijvoorbeeld vrouw zijn).
- Stereotypen plegen maar langzaam te veranderen en als ze veranderen dan is dat in reactie op bredere sociale, politieke of economische veranderingen.
- Stereotypen worden vaak op jeugdige leeftijd verworven en ze worden meer uitgesproken en vijandig als er sprake is van sociale spanningen. In dat laatste geval zijn ze erg moeilijk te veranderen.
- Stereotypen hoeven niet per se onnauwkeurig of verkeerd te zijn, al zijn ze per definitie wel oppervlakkig.

Het voorbeeld laat zien hoe een drogreden gebaseerd kan zijn op een onjuist – te sterk generaliserend – stereotype van vrouwen. Stereotypen zijn vaak moeilijk onder woorden te brengen, want ze worden veelal onbewust gebruikt. Redeneringen gebaseerd op stereotypen zullen vaak heuristisch zijn, in de hierboven omschreven zin en stereotypen kunnen ook deel uitmaken van mentale modellen.

5.4 Rachlinki, Johnson, Wistrich en Guthrie

De impliciete associatietest (IAT)

Systeem 2 werkt bewust en de kennis waarvan het systeem gebruik maakt is expliciet, of kan eenvoudig expliciet worden gemaakt. De procedure om met een auto weg te rijden kan worden beschreven in een leerboekje en de regels die rechters moeten volgen worden expliciet gemaakt in de vorm van wet- en regelgeving.

Dit alles is niet, of niet zo goed, mogelijk als het gaat om de kennis die in systeem 1 ligt besloten. Die kennis is impliciet en kan hooguit worden gereconstrueerd uit de conclusies die mensen trekken als ze systeem 1 gebruiken. Maar er is hier een complicatie want systeem 2 kan soms corrigeren wat systeem 1 snel 'besliste'. Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van ons centrale onderwerp: discriminatie. De meeste mensen willen – hopelijk toch – niet discrimineren op basis van etniciteit en als ze van zichzelf door hebben dat ze dat intuïtief bijna doen corrigeren ze, als dat mogelijk is, hun gedrag met behulp van systeem 2.

Stel bijvoorbeeld dat een rechter een straf moet opleggen aan een eerste generatie Marokkaanse verdachte. Hij is van plan een vrijheidsstraf van twee maanden op te leggen. Maar dan realiseert hij zich dat hij vorige maand een autochtone verdachte voor een vergelijkbaar delict onder ook overigens vergelijkbare omstandigheden een boete van €1000 heeft opgelegd. Oprecht overtuigd van de waarde van het

gelijkheidsbeginsel, corrigeert de rechter zijn aanvankelijke voornemen en legt ook aan de Marokkaanse verdachte een boete op van €1000. In het uiteindelijke vonnis zien we hierdoor niets terug van de discriminatie waartoe de rechter onder invloed van zijn systeem 1 geneigd was.

Dat is qua rechtspraak goed, maar we leren dan niets over de impliciete mechanismen van systeem 1 omdat die terzijde worden geschoven door een goed functionerend systeem 2. En systeem 1 kan dan nog steeds leiden tot verkeerde rechterlijke beslissingen in die gevallen waarin systeem 2 niet wordt getriggerd en systeem 1 daardoor niet kan corrigeren.

Het is wenselijk om te kunnen leren over de mechanismen die door systeem 1 worden gebruikt in de gevallen waarin het niet wordt gecorrigeerd door systeem 2. Daartoe werd de impliciete associatietest (IAT) ontwikkeld. De IAT is gebaseerd op het gegeven dat systeem 1 sneller werkt dan systeem 2.²⁷ Het volgende onderzoek dat wordt beschreven laat zien hoe de IAT gebruikt werd om het bestaan van discriminerende stereotypen aan te tonen.

De onderzoeken

Veel van het onderzoek naar discriminatie in de rechtspraak is gedaan in de Verenigde Staten. Toch is er weinig onderzoek uitgevoerd met echte rechters. Twee van die onderzoeken werden uitgevoerd door Rachlinski *cs* (2012). Eén daarvan was een test op impliciete raciale vooroordelen bij rechters. Het andere onderzoek ging na hoe eventuele vooroordelen zich uitten in rechterlijke beslissingen. Voor het eerste onderzoek maakten zij gebruik van de *Race Implicit Association Test*.

De proefpersonen – in dit geval rechters – kregen een computerscherm te zien met linksboven de woorden “White or Good” en rechtsboven de woorden “Black or Bad”. De onderzoeker vertelden de proefpersonen dat één van vier verschillende stimuli midden op het scherm zou verschijnen: een gezicht van een witte persoon, het gezicht van een zwart (black) persoon, een goed (positief) woord, of een slecht (negatief) woord. De proefpersonen moesten dan een knop aan de linkerkant van het scherm indrukken als er een wit gezicht of een goed woord op het scherm kwam en

27 De impliciete associatie-test wordt uitvoerig beschreven in Greenwald *ea* (1998). Voor meer informatie en een demonstratie van deze test, ga naar <https://implicit.harvard.edu/implicit/netherlands/selectatest.jsp> (laatst bezocht op 24 januari 2022).

op een knop aan de rechterkant als er een gekleurd gezicht of een slecht woord kwam. De proefpersonen deden deze test enkele malen.

Voor een goed begrip van dit experiment is het van belang te weten dat de koppeling van wit aan goed en van zwart aan slecht 'stereotype-congruent' is, omdat het stereotype van een wit persoon goed zou zijn en het stereotype van een zwart persoon slecht. Of de stereotypen echt zo zijn, is de onderzoeksvraag van de test.

Nadat de proefpersonen de eerste versie van de test een aantal keren hadden gedaan werden de teksten op het scherm van de computer aangepast. Linksboven kwam nu "White or Bad" te staan en rechtsboven "Black or Good". De proefpersonen moesten in deze tweede versie een knop links op het scherm in drukken als ze een wit gezicht of een slecht woord te zien kregen en een knop rechts van het scherm als er een zwart gezicht of een goed woord werd vertoond. Deze nieuwe koppeling van wit met slecht en van zwart met goed is "stereotype-incongruent" omdat hij niet verenigbaar is met het stereotype waarop werd getest.

Het idee achter de test is dat het langer duurt om een knop in te drukken als een proefpersoon haar stereotype moet 'overrulen' – in de terminologie van duale besluitvorming: als systeem 2 het oordeel van systeem 1 controleert of zelfs corrigeert – dan als het stereotype 'gewoon' kan worden gevolgd. De meeste witte Amerikanen doen de eerste versie van het experiment, overeenkomstig het verwachte stereotype, sneller dan de tweede versie die tegen het verwachte stereotype in gaat. Voor zwarte Amerikanen blijkt het genuanceerder te liggen.

Maar vertaalt het bestaan van stereotypes zich ook in besluitvorming? Bij 'gewone' Amerikanen bleek dat wel het geval, zij het dat er voor het vooroordeel kon worden, en soms werd, gecorrigeerd als de raciale context voldoende werd benadrukt. Dit geldt voor 'gewone' Amerikanen, maar hoe staat het met rechters? Toen de IAT bij rechters werd afgenomen, bleek het resultaat niet wezenlijk af te wijken van dat bij de 'gewone' Amerikanen. Als het op het bestaan van stereotypen aankomt, blijken rechters gewone mensen te zijn.

Maar handelen rechters ook overeenkomstig deze stereotypen als het op besluitvorming aankomt? Om dit te onderzoeken, werd gebruik gemaakt van twee vignettes (korte verhaaltjes) waarbij het ras van de verdachte niet expliciet werd gemaakt, maar wel door middel van *priming* werd gesuggereerd. Deze *priming* hield in dat de helft van de rechters heel kort – te kort voor bewuste waarneming – 60 woorden te zien kreeg die verband houden met zwarte Amerikanen en de andere

helft van de rechters 60 woorden die verband houden met witte Amerikanen. Er was ook een derde vignette waarbij de huidskleur van de verdachte expliciet werd gemeld. De eerste hypothetische zaak ging over een jeugdige winkeldief, de tweede een jeugdige rover en de derde zaak ging over geweldpleging. De beslissingen die de rechters namen in de verschillende zaken werden dan vergeleken met hun scores op de IAT, om te kijken of er een correlatie was tussen de vooroordelen en de beslissingen.

Voor de zaak van de winkeldief gaven de rechters die een witte voorkeur hadden op de IAT zwaardere straffen als de *priming* die ze kregen bestond uit 'black-associated' woorden dan bij neutrale woorden. Rechters die op basis van de IAT een zwart-voorkeur hadden, gaven dan weer minder zware straffen. Voor de tweede zaak (beroving) werd hetzelfde resultaat gevonden.

Wanneer expliciet werd gezegd dat de verdachte wit of Afro-Amerikaans was, verschilden witte rechters niet in hun oordeel. Afro-Amerikaanse rechters waren meer geneigd om witte verdachten te veroordelen dan Afro-Amerikaanse verdachten. Hier werd dan weer geen verband gevonden tussen de IAT-scores en de beslissingen van rechters.

Op basis van deze resultaten concludeerden Rachlinski cs dat ook rechters vooroordelen hebben en dat deze een beslissing kunnen beïnvloeden indien zij zich niet bewust zijn dat ze moeten uitkijken voor die vooroordelen.

Wanneer zij wel bewust hun eigen reacties controleren en gemotiveerd zijn om de vooroordelen te onderdrukken, dan lijken zij daartoe in staat. Een mogelijke verklaring van deze bevinding in termen van Haidts sociaal-intuitionistische model zou zijn dat systeem 2 als het ware een extra duwtje nodig heeft om de uitkomst van systeem 1 niet enkel te rechtvaardigen, maar die ook te corrigeren.

5.5 Overig onderzoek

Discriminatie op basis van andere factoren

Hoewel veel van het onderzoek zich richt op discriminatie op basis van ras, voornamelijk tegen zwarte verdachten, zijn er ook andere factoren onderzocht op de mogelijke invloed van discriminatie. Levinson, Bennett en Hioki (2011) vonden bijvoorbeeld in de Verenigde Staten impliciete negatieve vooroordelen tegen Aziaten en Joden, hoewel dat verschilde tussen federale rechters en staatsrechters. Ook de achtergrond van rechters zelf maakte een verschil, bijvoorbeeld of zij mannelijk of vrouwelijk waren en welke religieuze overtuiging zij hadden.

Een andere factor waarvoor discriminatie vaak is onderzocht, is het geslacht van de verdachte. Zo heeft onderzoek door Doerner en Demuth (2014) bij Amerikaanse federale rechtbanken laten zien dat vrouwen in het algemeen een lichtere straf kregen dan mannen.

In Nederland werd recentelijk een verkennend kwalitatief onderzoek gepubliceerd naar klassenjustitie in de Nederlandse strafrechtketen. Dit onderzoek betrof voornamelijk de vraag wat precies onder "klassenjustitie" dient te worden verstaan (Bos, 2021).

Interactie van beslismomenten

Er zijn tenminste twee manieren waarop vormen van discriminatie kunnen worden onderscheiden. Eén manier betreft de verschillen tussen mensen op grond waarvan kan worden gediscrimineerd. De Grondwet noemt in artikel 1 een aantal van die verschillen: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht. Een andere manier betreft de beslissingen bij het nemen waarvan wordt gediscrimineerd. Hierboven zijn al de schuldbeslissing in het strafproces en beslissingen over strafmodaliteit en strafgrootte genoemd. Maar ook buiten het strafproces zullen binnen één procedure meerdere beslismomenten voorkomen.

Deze tweedeling in vormen van discriminatie is nuttig voor de analyse van vormen van discriminatie, maar gaat voorbij aan de mogelijkheid dat er in een (straf)proces meer beslismomenten zijn en dat discriminatie op één moment kan interacteren met discriminatie op een ander moment. Zo zou het kunnen dat gekleurde verdachten eerder schuldig worden bevonden en dan ook nog eens strenger gestraft worden. Maar de ene discriminatie kan andere discriminatie mogelijk ook compenseren. Zo kan het zijn dat allochtone verdachten meer kans hebben te worden veroordeeld tot een vrijheidsstraf, maar minder kans op een onvoorwaardelijke geldboete. Ook is het

denkbaar – maar niet per se waar – dat vrouwen meer kans hebben om voor een strafbaar feit te worden veroordeeld, maar dat ze dan een lichtere straf krijgen. Het is daarom van belang niet enkel discriminatie voor één soort beslissing te bestuderen, maar om ook aandacht te besteden aan mogelijke interactie van discriminatie op verschillende beslismomenten.

Stolzenberg *cs* kozen daarom een wat breder perspectief en keken naar discriminatie bij acht beslismomenten in het strafproces.²⁸ Zij gebruikten daarvoor informatie uit de Amerikaanse *Bureau of Justice Statistics*. In hun analyse codeerden zij het ras van de verdachte als zwart of wit. Daarnaast controleerden zij de rol van verschillende andere factoren, zoals wat voor feit de verdachte ten laste werd gelegd, of er meerdere aanklachten waren tegen de verdachte, en het gerechtelijk verleden van de verdachte. Uit hun analyse bleek dat het verschil op basis van het ras van de verdachte slechts bij twee van de acht beslismomenten een rol speelde: zwarte verdachten hadden een grotere kans op een gevangenisstraf en ze kregen ook een langere straf dan witte verdachten. De auteurs vonden dan ook dat, als de resultaten van alle beslismomenten werden gecombineerd, zwarte verdachten meer kans liepen te worden veroordeeld tot een zware strafsancie dan witte verdachten.

28 Deze beslismomenten waren: of vrijlaten op borg mogelijk was, of borg geweigerd was, de hoeveelheid borg, of de verdachte de borgtocht had voldaan, of de verdachte in voorlopige hechtenis zat, of de zaak als een misdrijf werd berecht, of er een gevangenisstraf werd opgelegd, en de duur van die straf.

Literatuur over het bestrijden van discriminatie

Discriminatie door rechters is aangetoond voor meerdere factoren en voor verschillende beslismomenten en ook voor de hele keten van beslissingen. Aangezien discriminatie onwenselijk is, is vaak gezocht naar een manier om discriminatie tegen te gaan. We geven hier een kort overzicht van literatuur over hoe discriminatie kan worden tegengegaan, waarbij we ons niet zullen beperken tot discriminatie door rechters. Net als bij het overzicht van vormen van discriminatie in de rechtspraak, is het ons hier niet te doen om het noemen van veel literatuur, maar om het aanduiden van de belangrijkste methoden om discriminatie tegen te gaan. Het doel van deze informatie is om inzicht te creëren in wat al is geprobeerd en in wat werkt en wat niet werkt.²⁹

6.1 Theoretisch kader

De verschillende pogingen om discriminatie tegen te gaan zijn het best te duiden als ze worden geplaatst in een theoretisch kader. We beschrijven hier een kader waarvan we denken dat het nuttig is voor het begrip van de beschreven pogingen. Het hierboven gemaakte onderscheid tussen de systemen 1 en 2 speelt daarin een centrale rol.

Zoals aangegeven in par. 3.1 kunnen we onderscheiden tussen opzettelijke en onbewuste discriminatie. We hebben het verder over onbewuste discriminatie. Deze zal primair het resultaat zijn van de werking van systeem 1. Dit systeem maakt dan onderscheiden die juridisch gezien niet gemaakt behoren te worden. Bij rechterlijke beslissingen die gemotiveerd behoren te worden zal er naast de werking van systeem 1 ook steeds sprake zijn van de rol van systeem 2. Als er sprake is van onbewuste

²⁹ De literatuur die wordt genoemd in deze paragraaf gaat vaak over bestrijding van discriminatie in het algemeen en niet specifiek over bestrijding van discriminatie bij rechterlijke oordelen. Het is daarom van belang voorzichtig te zijn met het extrapoleren van deze algemene bevindingen naar de context van rechterlijke besluitvorming.

discriminatie heeft systeem 2 blijkbaar de fout van systeem 1 niet gecorrigeerd. Als het discriminerende besluit wordt gemotiveerd, vervult systeem 2 bij onbewuste discriminatie een rationaliserende functie waarbij redenen worden geproduceerd voor een besluit dat door andere (discriminerende) oorzaken werd genomen.

Als we discriminatie door rechters willen voorkomen, dan zijn er in beginsel twee soorten aanpak. De eerste aanpak is om te bevorderen dat systeem 1 spontaan de juiste, dat wil zeggen: niet-discriminerende, beslissingen genereert. Systeem 2 kan deze onbewust tot stand gekomen beslissingen dan rechtvaardigen. Er kunnen verschillende technieken worden gehanteerd om systeem 1 van discriminatie te weerhouden. We zullen deze technieken hieronder bespreken als manieren om systeem 1 beter te laten functioneren.

De tweede aanpak is om te bevorderen dat eventuele discriminerende beslissingen van systeem 1 worden gecorrigeerd door systeem 2, met als gevolg dat de uiteindelijke beslissingen niet enkel die van systeem 1 zijn, maar van een geslaagde – namelijk niet-discriminerende – samenwerking van de systemen 1 en 2. Ook hier geldt dat er verschillende technieken kunnen worden gebruikt, die we hieronder zullen aanduiden onder de noemer van de functie van systeem 2.

6.2 Beter functioneren van systeem 1

Diversiteitstraining

Eén manier om systeem 1 te weerhouden van discriminatie is om het te laten leren om gevallen die geacht worden gelijk te zijn, ook gelijk te behandelen. Men zou dit kunnen zien als het aanleren van de juiste mechanismen die onbewust worden gebruikt.

In het algemeen blijkt dat training gericht op het voorkomen van denkfouten vaak weinig effect heeft.³⁰ Dat is mogelijk te verklaren door het feit dat men zich zelden bewust is van denkfouten bij zichzelf (de zogenaamde *bias blind spot*)³¹ en dat bewustwording vervolgens niet tot verandering in gedrag lijkt te leiden. Dit is te duiden in termen van systemen 1 en 2: onbewuste denkfouten worden gegenereerd door systeem 1 en bewuste kennis werkt via systeem 2. En veelal zal systeem 2 systeem 1 niet corrigeren.

30 Williamson & Foley, 2018

31 Pronin, Lin, & Ross, 2002

Een methode die direct gericht is op het 'verbeteren' van systeem 1 is diversiteits-training (*diversity training*). Deze training is erop gericht om de mechanismen van systeem 1 minder discriminerend te laten werken. Bezrukova cs (2016) hebben een vergelijkend overzicht gemaakt van verschillende vormen van diversiteitstraining door 178 publicaties daarover te inventariseren. Zij omschrijven diversiteitstraining als een verzameling programma's die erop gericht is om positieve interacties binnen een groep te faciliteren, vooroordelen en discriminatie te reduceren en de vaardigheden, kennis en motivatie van mensen om met 'diverse anderen' samen te werken, te vergroten. Deze omschrijving legt de nadruk op wat de training wil bewerkstelligen en zegt weinig over hoe dit doel bereikt moet worden. De door Bezrukova cs geïnventariseerde trainingen verschilden in een groot aantal opzichten van elkaar. Dit maakte het moeilijk om harde conclusies te trekken. Deze studie lijkt vooral nuttig omdat hij een aantal aspecten aan diversiteitstrainingen onderscheidt die meer gedegen toekomstig onderzoek faciliteren.

Devine, Forscher, Austin en Cox (2012)

Devine cs beschrijven een interventie die erop gericht is om duurzame reducties teweeg te brengen in onbewuste raciale vooroordelen. Deze interventie is gebaseerd op de veronderstelling dat onbewuste vooroordelen te vergelijken zijn met (slechte) gewoontes. Zo'n gewoonte zou kunnen worden doorbroken door een combinatie van:

- bewustmaking van het vooroordeel,
- het oproepen van bezorgdheid over dit vooroordeel, en
- het toepassen van een strategie om vooroordelen te reduceren.

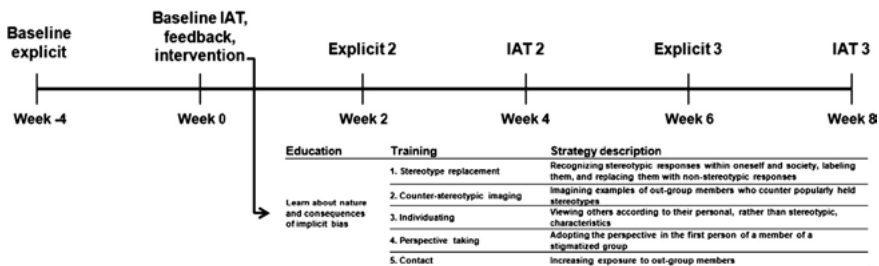
De onderzoekers noemen literatuur waaruit blijkt dat er verschillende strategieën zijn die kortstondig – bijvoorbeeld 24 uur – leiden tot substantiële verminderingen in onbewuste vooroordelen. Te denken valt aan strategieën zoals het innemen van het perspectief van gestigmatiseerde anderen, of het zich voorstellen van voorbeelden die een stereotype doorbreken. De onderzoekers trekken evenwel in twijfel of de effecten blijven en of de strategieën gebruikt kunnen worden om onbewuste vooroordelen op langere termijn te bestrijden. Daar hebben ze geen direct bewijs voor, maar wel een theoretisch argument. Onbewuste vooroordelen worden gebruikt door (het impliciete) systeem 1, terwijl de strategieën (het expliciete) systeem 2 zouden aanspreken. Strategieën die gebaseerd zijn op een eenmalige gebeurtenis, bijvoorbeeld een gedachtenexperiment, zouden daarom slechts werken in de context van die gebeurtenis en niet tot langdurige resultaten leiden. Voor een duurzame reductie van impliciete vooroordelen zou een aanzienlijke, langer-lopende doelgerichte inspanning nodig zijn.

In de door de auteurs onderzochte interventie werden proefpersonen eerst bewustgemaakt van hun vooroordelen. Er werd hen een raciale IAT afgenomen om hun vooroordelen te meten en daarna kregen de proefpersonen feedback op hun uitslag. Vervolgens kregen proefpersonen een les over vooroordelen om bezorgdheid over vooroordelen op te wekken. Zo kregen ze bijvoorbeeld informatie over impliciete vooroordelen bij de werving van personeel, of in de gezondheidszorg. Door deze combinatie van bewustmaking van vooroordelen en het oproepen van bezorgdheid over vooroordelen werd een vruchtbare bodem gelegd voor het gebruik van strategieën om vooroordelen tegen te gaan.

Ten slotte kregen de proefpersonen dan een training om dergelijke vooroordelen te elimineren. Bij deze training kregen ze strategieën uitgelegd om vooroordelen in het dagelijks leven te verminderen. Proefpersonen kregen niet één specifieke strategie aangeboden, maar juist verschillende strategieën, zodat zij zelf konden bepalen welke strategie het meest van toepassing was op de eigen situatie. Later in de interventie moesten proefpersonen ook reflecteren op welke strategieën ze hadden gebruikt. De verwachting was dat mensen die deelnamen aan de interventie op die manier hun bewustwording in dat moment konden vertalen naar langdurig bewustzijn van hun eigen vooroordelen en vooroordelen om zich heen, om zo op een zelfregulerende manier strategieën toe te passen en vervolgens impliciete vooroordelen te verminderen.

Om te meten in hoeverre de interventie effectief was, werd een combinatie gebruikt van impliciete en expliciete metingen van vooroordelen. De impliciete meting maakte gebruik van de IAT. De expliciete meting was een combinatie van vragen aan de proefpersonen over hun attitude tegenover andere rassen, over de oorsprong van hun motivatie om vooroordelen te elimineren en over de kwestie of zij denken dat zij meer vooroordelen hebben dan gepast is.

De afbeelding hieronder laat een overzicht zien van het verloop van hun onderzoek (Devine *cs*, 2012).



Figuur 2: Verloop onderzoek uit Devine *cs* (2012).

De resultaten van het onderzoek ondersteunden de effectiviteit van de interventie. De groep die had meegedaan aan de interventie had lagere scores op de tweede IAT dan de controlegroep die de interventie niet had gekregen. Dit verschil was al zichtbaar in week 4 van het experiment en was nog steeds aanwezig in week 8.

De proefpersonen die hadden meegedaan aan de interventie hadden niet alleen minder vooroordelen, maar ze waren ook meer bezorgd over discriminatie in het algemeen. Dit effect leek toe te nemen naarmate de interventie langer geleden was. Volgens de onderzoekers kwam die bezorgdheid voort uit een combinatie van dat mensen meer besef hadden van hun eigen vooroordelen en dat ze die tegelijkertijd belangrijker vonden. De interventie lijkt dus niet alleen discriminatie te verminderen bij de onbewuste, impliciete reactie, maar lijkt ook invloed te hebben op het bewuste systeem.

Een andere positieve bevinding was dat de expliciete vooroordelen, zoals gemeten aan het begin van de interventie, geen verschil maakten voor de effectiviteit van de interventie. Deze meting betrof ook de motivatie om aan de interventie mee te doen en deze motivatie bleek dus geen invloed te hebben op de effectiviteit van de interventie. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat de interventie, die interactief was, weinig kans gaf aan ongemotiveerde proefpersonen om zich *niet* in te zetten voor de training. Dat maakt deze interventie interessant voor groepen die zich mogelijk, bewust of onbewust, zouden verzetten tegen training om vooroordelen te voorkomen.

Hoewel onduidelijk is welke onderdelen van de interventie precies voor een vermindering in impliciete vooroordelen hebben gezorgd, blijft deze interventie één van de meest veelbelovende manieren om discriminatie tegen te gaan die tot nu toe in de literatuur werd beschreven. De interventie is mogelijk te complex om in elke context toe te passen. Daarom zou het de moeite waard kunnen blijken als de interventie verder wordt onderzocht ten einde na te gaan of individuele elementen de vermindering in vooroordelen veroorzaakten. Dit zou het eventueel mogelijk maken om die elementen op een minder complexe manier in te zetten.

Affirmative action

Eén manier om systeem 1 te weerhouden van discriminatie is om het aan te leren gevallen die geacht worden gelijk te zijn, ook gelijk te behandelen. Men zou dit kunnen zien als het aanleren van de juiste mechanismen, die onbewust worden gebruikt. Dit proces speelt ook bij een andere manier om discriminatie tegen te gaan, namelijk *affirmative action*, die er op gericht is diversiteit in werksituaties of in de leefomgeving te bevorderen. Kanter beargumenteerde, zoals werd beschreven door Green en Kalev (2007), dat wanneer een bepaalde groep ondervertegenwoordigd is, mensen die tot deze groep behoren kritischer beoordeeld zullen worden en dat stereotypen bij die beoordeling een rol zullen spelen. Bij *affirmative action* investeert een organisatie bewust in het tegengaan van omstandigheden die leiden tot discriminatie, met name in de bevordering van diversiteit. Evenredige vertegenwoordiging van verschillende bevolkingsgroepen leidt tot meer diversiteit, waardoor werknemers of – bij onderwijsorganisaties: studenten – meer contact hebben met minderheidsgroepen (Crosby, Iyer, & Sincharoen, 2006; Green & Kalev, 2007). Daardoor zullen zij ook beter met elkaar kunnen samenwerken en zal minder worden gediscrimineerd. Dat is te verklaren door het feit dat werknemers of studenten, als ze meer ervaringen opdoen met mensen van een andere etniciteit, minder gebruik maken van stereotypen en doordat de automatische associaties, waarop systeem 1 is gebaseerd, minder afhankelijk zijn van een beperkt contact.

Dat dit effect inderdaad optreedt, blijkt uit het feit dat er minder impliciete denkfouten optreden bij witte mensen indien een vrouw, of een Afro-Amerikaanse persoon, aanwezig is bij het nemen van een beslissing (over vrouwen respectievelijk Afro-Amerikanen; Richeson & Ambady, 2003). Ook bij de raciale IAT is gebleken dat witten minder vooroordelen laten zien wanneer de test wordt afgenomen door een Afro-Amerikaan (Lowery, Hardin, & Sinclair, 2001). Dit zou verklaard kunnen worden door het feit dat een recente ervaring die de proefpersonen hadden, en die mentaal makkelijker op te halen is, eerdere ervaringen die tot een stereotype hebben geleid onderdrukt. Dat past dan weer bij de *availability* heuristiek van systeem 1, waar

informatie die makkelijker terug te halen als belangrijker, of waarschijnlijker waar, wordt gezien. Een ander voorbeeld is het tonen van voorbeelden die niet bij stereotypen passen, om op die manier de vooroordelen te verminderen – bijvoorbeeld Martin Luther King Jr. en Jeffrey Dahmer (een witte seriemoordenaar; Green & Kalev, 2007).

Door *affirmative action* leert systeem 1 dat de indruk die werd gewekt op basis van eerdere beperkte informatie, niet noodzakelijkerwijs correct is. Er zijn immers voorbeelden voorhanden die niet passen bij die eerste indruk of het ontstane stereotype. Na verschillende aanpassingen op basis van dat soort corrigerende voorbeelden, zal de heuristiek van systeem 1 veranderen en tot minder vooroordelen leiden.

Blind beslissen

Een andere manier om systeem 1 te weerhouden van discriminatie is om het de informatie te onthouden die aanleiding zou kunnen zijn voor discriminerende besluitvorming. Men zou dit kunnen zien als een manier om onjuiste mechanismen (heuristieken) die systeem 1 zou kunnen gebruiken niet te activeren, in plaats van ze te vervangen door betere mechanismen.

Eén mogelijkheid, die al onderzocht werd bij sollicitaties, maar die wellicht niet realistisch is bij rechterlijke beslissingen, is het zogenaamde blind beslissen. Daarbij krijgt de beslisser enkel relevant geachte informatie over de persoon waarover hij of zij moet beslissen. Op die manier kunnen irrelevante factoren de beslissing niet beïnvloeden. Neumark (2021) heeft recentelijk nog aangetoond dat blinde selectie kan beschermen tegen leeftijdsdiscriminatie bij sollicitatieprocedures. Zo bleek ook dat aanmerkelijk meer vrouwelijke orkestleden werden aangenomen toen audities van achter een scherm werden gedaan (Goldin & Rouse, 2000). Maar blind beslissen kan ook positieve discriminatie tegenhouden. Zo bleek uit onderzoek van de regering van Australië dat 'blinde' sollicitatieprocedures *affirmative action* met betrekking tot vrouwen en van kandidaten uit minderheden onmogelijk maakte (Hiscox, 2017).

De methode van 'blinde' besluitvorming is wellicht moeilijk toe te passen bij rechtspraak. Zoals bleek uit het onderzoek naar discriminatie in de rechtspraak door Bielen *cs* (2021) werden zelfs al verschillen gevonden tussen beslissingen wanneer enkel de naam van de verdachte suggereerde dat de verdachte deel uitmaakte van een minderheidsgroep. De rechter zou dus van behoorlijk veel informatie afgeschermd moeten worden om op de juiste wijze blind te kunnen beslissen. Daarnaast zou het ook bepaalde rechten van de verdachte ondermijnen als die

bijvoorbeeld niet ter zitting kan verschijnen. Wij hebben deze methode hier kort toegelicht, aangezien de onderliggende methode van het verhinderen van systeem 1 mogelijk wel op andere manieren ingezet kan worden.

6.3 De functie van systeem 2

Bij de bespreking van het werk van Devine *cs* hebben we gezien hoe het gebruik van expliciete strategieën (systeem 2), mits adequaat gecombineerd met relevante motivatie, kan leiden tot duurzame verbeteringen in het onbewuste besluitvormingsproces (systeem 1). Naast het gebruik van systeem 2 om systeem 1 te verbeteren, kan systeem 2 ook geactiveerd worden bij een beslissing om op die manier denkfouten en discriminatie tegen te gaan. Het is hier wel zaak om mogelijke misverstanden te voorkomen. Met de mogelijke uitzondering van besluiten die zeer snel genomen moeten worden, zoals het besluit te remmen als er vlak voor de auto iemand of iets over steekt, zijn zowel systeem 1 als systeem 2 betrokken bij besluitvorming. Dit is niet iets waar de beslissende persoon invloed op heeft, maar 'gewoon' hoe het menselijk brein werkt. De functie van systeem 2 is veelal om gronden te bedenken voor besluiten die systeem 1 intuïtief al had genomen. Maar in de juiste setting kan systeem 2 ook corrigerend optreden ten aanzien van systeem 1. Een andere manier om discriminatie te verminderen of voorkomen – naast het verbeteren van de heuristieken van systeem 1, of van de wijze waarop die worden geactiveerd – is om deze corrigerende functie van systeem 2 te activeren. Nogmaals: het is niet aan de beslisser om systeem 2 op deze manier aan het werk te zetten; er moet een uitwendige oorzaak of reden zijn die systeem 2 aanzet tot zijn kritische functie.

Het is geen toeval dat het recht dit soort redenen genereert. Te denken valt aan de grondwettelijk verankerde plicht om rechterlijke beslissingen te motiveren, aan de mogelijkheid om beslissingen in hoger beroep of in cassatie aan te vechten en aan de periode tussen een rechtszitting en de datum waarop uitspraak wordt gedaan. Maar dergelijke technieken moeten niet ondoordacht worden toegepast, want dan kunnen ze averechts werken.

Eén van de mogelijke manieren om systeem 2 te activeren die is onderzocht, is verantwoording afleggen voor de beslissing.³² Zo is gebleken dat wanneer men voor het nemen van een beslissing weet dat men die gaat moeten verantwoorden, dit bevorderlijk is voor de kwaliteit van het beslisproces. Wanneer men daarentegen pas nadien de instructie krijgt om de beslissing te verantwoorden, dan zorgt dat er juist voor dat er bevestiging en rechtvaardiging wordt gezocht voor de beslissing die werd genomen, wat juist schadelijk kan zijn voor de kwaliteit van de beslissing.

Ook het forum waaraan de beslissing uitgelegd moet worden heeft een effect op hoe goed de verantwoording kan beschermen tegen redeneerfouten, aangezien er een neiging kan ontstaan om de verantwoording aan te passen aan het verwachte publiek. Wanneer de beslissing moet uitgelegd worden aan een publiek dat verstand heeft van de kwestie, zal er kritischer naar het eigen denkproces worden gekeken. Het verantwoorden van een beslissing biedt dus niet noodzakelijkerwijs bescherming tegen redeneerfouten en het kan deze zelfs erger maken (Lerner & Tetlock, 2003).

Zoals we weten op basis van literatuur over de zogenaamde *bias blind spot*, is het gemakkelijker om denkfouten van anderen te herkennen dan die van onszelf.³³ Dat zou ervoor pleiten om voorgenomen besluiten door collega's te laten controleren op redeneerfouten. Als er een structuur is die collega's de ruimte biedt om elkaar van feedback te voorzien, dan kan dat bijdragen aan een breder bewustzijn van de factoren die beslissingen mogelijk beïnvloeden. Dit kan dan weer de kwaliteit van de besluitvorming positief beïnvloeden, want volgens Kahnemann (2011) kan een gebrek

- 32 Over het uitleggen van een beslissing: in de Engelstalige literatuur kan dit gevonden worden onder "Accountability" – verantwoording moeten afleggen voor een beslissing of denkproces. Er is al veel onderzoek gedaan naar hoe dat precies moet gebeuren, zoals beschreven door Lerner en Tetlock (2003). Tetlock (1983) vond dat het moeten uitleggen van een beslissing, en dat vooraf weten, beschermd tegen de invloed van een indruk van schuld gewekt op basis van de eerste informatie (*primacy effect*). Pennington en Schlenker (1999) onderzochten of het een verschil maakt aan wie de uitleg moet worden gegeven.
- 33 Kukucka, Kassin, Zapf en Dror (2017) lieten forensische wetenschappers een vragenlijst invullen over denkfouten in hun werk. Een grote meerderheid dacht dat de forensische wetenschap in het algemeen wel last had van *biases*. Wanneer hen gevraagd werden of hun specifieke discipline beïnvloed werd door *biases*, dacht nog maar ongeveer de helft dat dat het geval was. Wanneer zij gevraagd werden of ze bij hun eigen werk beïnvloed werden door *biases*, vond nog minder dan een kwart dat dat zo was. Hierbij lieten zij een *bias blind spot* zien: zij herkenden het probleem van denkfouten wel in collega's maar niet in zichzelf.

aan feedback ervoor zorgen dat er overmatig gebruik wordt gemaakt van automatische denkprocessen die, zoals we eerder hebben gezien, vatbaar zijn voor denkfouten. Als men regelmatig beslissingen van anderen moet beoordelen, zorgt dit er wellicht ook voor dat er kritischer en minder automatisch wordt omgegaan met eigen beslissingen.

Ten slotte is het ook van belang dat er voldoende tijd beschikbaar is om over beslissingen na te denken en dat de rechter niet overvraagd wordt. Een gebrek aan tijd ontnemt systeem 2 de ruimte die nodig is om systeem 1 te corrigeren.

6.4 Kang *cs* (2011; 2021): *Implicit Bias in the Courtroom*

In de voorafgaande subparagraaf zijn we afgestapt van een abstracte analyse van hoe systeem 2 de werking van systeem 1 kan corrigeren. We hebben daar de theoretische inzichten over de relatie tussen de systemen 1 en 2 besproken aan de hand van manieren waarop rechterlijke besluitvorming minder gevoelig gemaakt kan worden voor vooroordelen en redeneerfouten. Dezelfde insteek werd ook gekozen in een omvangrijk artikel van Jerry Kang, met negen coauteurs, getiteld *Implicit Bias in the Courtroom*. Eerst geven de auteurs een algemene inleiding over impliciete vooroordelen en vervolgens maken ze dit concreet voor juristen door twee procesgangen te beschrijven waarin vooroordelen een rol kunnen spelen. Ten slotte doen de auteurs aanbevelingen voor interventies om de ongewenste gevolgen van onbewuste vooroordelen in de rechtspraak in te perken.

Hun eerste aanbeveling betreft het aanpassen van systeem 1, met name het veranderen van stereotypen door blootstelling aan situaties die deze stereotypen doorbreken.

Een tweede aanbeveling is dat rechters kennisnemen van het feit dat ze misschien minder objectief zijn dan ze van zichzelf dachten. Het lijkt er namelijk op dat mensen met meer scepsis over hun eigen objectiviteit minder geneigd zijn tot vooroordelen.

Niet enkel de kennis dat ze mogelijk minder objectief zijn dan ze dachten, maar ook de motivatie om eerlijke besluiten te nemen zou tot betere beslissingen kunnen leiden. Een derde aanbeveling is daarom om deze motivatie te versterken.

Een vierde aanbeveling is om de omstandigheden waaronder besluitvorming moet plaatsvinden te verbeteren. De auteurs wijzen op onderzoek waaruit zou blijken dat impliciete vooroordelen kunnen worden ontkracht door een inspanning om rustig na

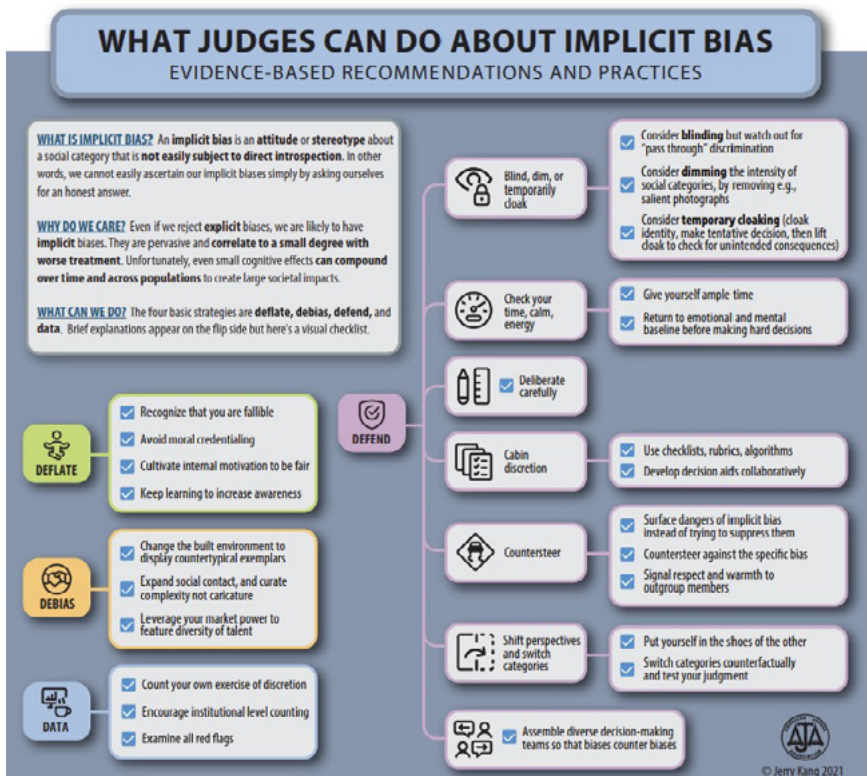
te denken over te nemen besluiten (*effortful, deliberative processing*). Ook zou besluitvorming onder invloed van sterke emoties vermeden moeten worden, omdat emoties de gevolgen van stereotypen zouden kunnen versterken.

De vijfde aanbeveling aan rechters is om te 'tellen'. Daarmee bedoelen Kang *cs* dat er kwantitatieve gegevens verzameld moeten worden, zodat duidelijk wordt wat de gevolgen van impliciete vooroordelen kunnen zijn. Ze wijzen er met name op dat die gevolgen niet te traceren zijn in individuele besluiten. Door het gebruik van kwantitatief onderzoek kan meer inzicht verkregen worden dan wanneer naar losse beslissingen wordt gekeken.

Recentelijk heeft Kang (2021) deze suggesties verder uitgewerkt in een lijst van 24 dingen die rechters kunnen doen aan impliciete vooroordelen, onder de volgende kopjes:

- *Deflate (your ego) and embrace fallibility*
- *Debias (with short-term spot cleaning and long-term interaction)*
- *Defend (against the bias that persists)*
- *Data (to create early warning systems).*

Het onderstaande schema, dat terug te vinden is op de website van Jerry Kang, geeft een overzicht van de 24 methodes.



Figuur 3: De 24 methodes van Kang (schema gemaakt door Kang en terug te vinden op zijn website).

Evaluatie en voorstellen voor verder onderzoek

Op basis van de hierboven besproken literatuur en theorieën, kunnen we stellen dat discriminatie vaak voorkomt en verschillende problemen op kan leveren. Met andere woorden, discriminatie kan een negatieve invloed hebben op de besluitvorming. Dat is aangetoond door meerdere onderzoeken uit verschillende landen, waaronder ook Nederland. Deze onderzoeken waren gebaseerd op observatie, waardoor de denkprocessen van rechters onderbelicht bleven. Volgens de implementaties die zijn voorgesteld om discriminatie te voorkomen, zijn het juist de denkprocessen die een verschil kunnen maken, namelijk door het automatische denksysteem beter te leren reageren op factoren waarop gediscrimineerd kan worden, of door het bewuste systeem te gebruiken om discriminatie te voorkomen door kritischer te redeneren.

Uit bovenstaand beperkte overzicht van onderzoek naar discriminatie in de rechtspraak blijkt een relatief consistente bevinding dat er ongegronde discrepanties te vinden zijn tussen beslissingen over mensen die van elkaar verschillen op factoren die geen rol zouden mogen spelen bij rechterlijke beslissingen. Het merendeel van de onderzoeken die zijn uitgevoerd waren gericht op raciale discriminatie en vonden voornamelijk plaats in de Verenigde Staten. Veel van het onderzoek gebeurde ook op basis van bestaande bronnen en zocht naar betekenisvolle verbanden tussen bepaalde gegevens. Kritische vragen over het bestaande onderzoek werden opgeworpen door Baumer (2013) die de manier waarop discriminatie onderzocht werd onvoldoende vond om iets te kunnen zeggen over hoe en waarom etniciteit een belangrijke rol kan spelen. Eén van de aanbevelingen van Baumer was om meer methodologie van andere disciplines te gebruiken en bijvoorbeeld meer experimenteel onderzoek te verrichten met rechters of andere juristen als participanten. Er zijn ook enkele experimentele onderzoeken uitgevoerd, die gelijkaardige resultaten vonden als de observationele onderzoeken. Ook het onderzoek dichterbij huis, door Bielen *cs*, wees niet ver af van de bevindingen van het Amerikaanse onderzoek, hoewel de methode er wel voor zorgde dat de onderzoekers meer controle konden uitoefenen op het materiaal. Naast experimenteel onderzoek benadrukte Baumer ook het belang van experimenteel veldonderzoek, waar nog weinig voorbeelden van te vinden zijn. Dat is

wellicht te verklaren door de moeilijkheid die gepaard gaat met het manipuleren van de factoren die tot discriminatie kunnen leiden. Baumer vond verder ook dat er meer aandacht moest komen voor de mechanismen die tot discriminatie leiden en dat deze gekoppeld konden worden aan breder onderzoek naar (juridische) besluitvorming.

7.1 Wat weten we nog niet?

Ondanks de kennis die we hebben op basis van de literatuur, ontbreken er nog belangrijke inzichten. Wat bijvoorbeeld ontbreekt, is het perspectief van de rechters zelf. In geen van de onderzoeken werden rechters zelf bevroegd over hun eigen opvattingen en ervaringen, waardoor een belangrijk aspect van discriminatie in de praktijk, namelijk erkenning, onderbelicht blijft. In hoeverre zijn rechters zich bewust van het gevaar van vooroordelen en op welke manier proberen zij daarvoor te waken? Het doel van toekomstig onderzoek zou zijn om inzicht te verwerven in in hoeverre vooroordelen een rol spelen bij rechterlijke beslissingen en in hoeverre rechters zich bewust zijn van een mogelijke invloed. De bewustwording van eigen vooroordelen is volgens de literatuur ook een belangrijke stap om deze denkfouten tegen te gaan en werd al bij verschillende interventies besproken. Daarnaast zou het bevragen van rechters ook enige informatie kunnen opleveren over in hoeverre systeem 1 en systeem 2 een rol spelen bij vooroordelen binnen de rechtspraak. Bijvoorbeeld, hoewel het onwaarschijnlijk lijkt, is het mogelijk dat rechters een rationeel argument hebben voor het anders behandelen van etnische groepen. Het kan ook zijn dat zij zich reeds bewust zijn van fouten die gemaakt worden in systeem 1. In dat geval is het nuttig om inzicht te krijgen in de wijze waarop zij proberen zich hiertegen beschermen en welke effecten zij daarvan zien.

Daarnaast weten we ook niet op welke manier het beste geprobeerd kan worden om discriminatie tegen te gaan binnen de rechtspraak. Aangezien er weinig empirisch onderzoek is naar methodes om discriminatie te verminderen specifiek in de context van rechterlijke beslissingen, weten we niet welke methode hier het meest effectief zou zijn. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het proberen aanpassen van systeem 1 reacties, hoewel dat wellicht veel tijd zou vergen, het meest effectief zou kunnen zijn. Dat zou eventueel op een passieve manier kunnen, bijvoorbeeld door rechters meer bloot te stellen aan mensen van een andere etnische achtergrond die geen verdachten zijn. Anderzijds zou het ook kunnen dat juist actieve interventies die zich richten op systeem 2 een effectievere methode zijn om discriminatie bij rechterlijke beslissingen te voorkomen. Zoals al beschreven, zou bewustwording daarbij een belangrijk onderdeel zijn. Systeem 2 kan dan gebruikt worden om systeem 1 te corrigeren, of aan te passen. Daarnaast zou het ook een mogelijkheid zijn om het

systeem 2 van rechters te activeren door verschillende mechanismen in te bouwen in de rechtspraak, zoals systematische controles, of het moeten uitleggen van hoe ze tot hun beslissing zijn gekomen.

De verschillende methodes hebben los van het effect op discriminatie ook andere factoren om mee te nemen in de overwegingen. Zo kan bijvoorbeeld de bereidheid van rechters om discriminatie te vermijden een belangrijke factor zijn, waarover op dit moment nog onvoldoende bekend is. Daarnaast zijn eventuele kosten ook niet onbelangrijk en zouden deze ook in kaart gebracht moeten worden voor de verschillende methodes om in te kunnen schatten welke het best toegepast kunnen worden. Verder is het ook belangrijk om te weten op welke termijn van een bepaalde methode een vermindering in discriminatie verwacht kan worden en in welke mate deze methode moet worden opgevolgd om die vermindering te behouden. Dat kan ook beïnvloeden hoe realistisch een bepaalde implementatie is in de context van rechtspraak.

7.2 Wat is zinvol vervolgonderzoek?

Een eerste noodzakelijke stap voor het vervolgonderzoek is in kaart te brengen op welke manier op dit moment wordt geprobeerd om discriminatie tegen te gaan. Zo kan bijvoorbeeld gekeken worden op welke manier vooroordelen aandacht krijgen in de opleiding van rechters en of ze technieken aangeleerd krijgen om zichzelf hiertegen te beschermen. Ook in welke mate, en op welke manier, rechters worden blootgesteld aan minderheidsgroepen zou in kaart gebracht moeten worden. Daarnaast kan ook gekeken worden in hoeverre de motiveringseis daadwerkelijk aanzet tot het gebruik van systeem 2.

Er zijn verschillende manieren om de huidige kennis omtrent discriminatie bij Nederlandse rechters aan te vullen. Dit kan op zowel kwalitatieve als kwantitatieve wijze. Een aanbeveling van Wermink *cs* (2015) was ook om informatie over het beslisproces van rechters bij rechters zelf te verzamelen. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een kwalitatief onderzoek naar het inzicht van de rechters zelf, en de overwegingen die zij maken, en in hoeverre zij open staan voor maatregelen die gericht zijn op discriminatie. Door middel van interviews kunnen rechters bevraagd worden over hun ervaring en opvattingen over discriminatie in rechterlijke beslissingen in de praktijk. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zou eerst meer inzicht verkregen moeten worden in hoe rechterlijke oordeelsvorming eigenlijk werkt volgens rechters, en of er bijvoorbeeld factoren zijn die volgens hen een invloed kunnen hebben op hun beslissingen. Op basis van dat onderzoek kan een eerste

beeld geschetst worden over de huidige situatie. Daar moet natuurlijk wel bij vermeld worden dat kwalitatief onderzoek dat gebruik maakt van zelfrapportage ook verschillende beperkingen meebrengt. Zo zijn rechters zich wellicht niet bewust van discriminatie en kunnen ze misschien ook weinig informatie verstrekken over hoe zij hun eigen rol daarin zien.

De waarde van kwalitatief onderzoek is dat men niet beperkt wordt door de kennis op basis van de literatuur. Er kan bijvoorbeeld een heel nieuw thema naar boven komen tijdens interviews met rechters. Dat kan vervolgens opgenomen worden in de rest van het onderzoek, waardoor de bevindingen steeds waardevoller worden. Let wel dat er te allen tijde beargumenteerd moet worden waarom er veranderingen worden gemaakt aan het onderzoeksprotocol. Het doel is dan ook om inmenging van de onderzoeker zoveel mogelijk te voorkomen. Afhankelijk van eerste bevindingen, zou het mogelijk ook interessant zijn om andere betrokken partijen, zoals bijvoorbeeld beleidsmakers, te bevragen over mogelijke implementaties waar zij toe bereid zijn om discriminatie te verminderen. Op basis van de informatie verkregen uit interviews met rechters en andere partijen zou het mogelijk zijn om een eerste inschatting te maken van welke methodes in Nederland een nuttige interventie zouden zijn. Om een paar concrete voorbeelden te noemen waar vervolgens op verder gebouwd kan worden in vervolgonderzoek: het is bijvoorbeeld nuttig om te achterhalen in welke mate rechters zich bewust zijn van hoe zij beslissingen maken, en dus in hoeverre zij systeem 1 en systeem 2 gebruiken. Daarbij zou dan ook bevestigd moeten worden in hoeverre zij verschillende factoren meenemen, of anderzijds, of zij eerder ervaren hebben dat ze beseffen dat ze beïnvloed werden door irrelevante factoren of vooroordelen. De mate waarin rechters zich bewust zijn van het gebruik van systeem 1 en systeem 2 kan dan bepalend zijn om te beslissen hoe het best getracht kan worden om discriminatie bij hun besluitvorming te verminderen. Daarnaast zou ook hun motivatie voor het verminderen van discriminatie bevestigd kunnen worden, aangezien uit eerder onderzoek bleek dat deze factor bepalend kan zijn voor de effectiviteit van interventies of maatregelen om discriminatie te verminderen. Ook hen bevragen over hoe bezorgd zij zijn over discriminatie in het algemeen, lijkt op basis van eerder onderzoek een belangrijk inzicht te zijn dat kan bijdragen aan de toepassing van methodes om discriminatie tegen te gaan. Hoewel het bevragen van rechters nieuwe inzichten kan opleveren, blijft het onderzoek dan afhankelijk van zelfrapportage. Dat kan niet representatief zijn omdat rechters hun eigen redeneren mogelijk niet goed onder woorden kunnen brengen, of omdat zij bijvoorbeeld sociaal wenselijk willen antwoorden.

Daarnaast zou het ook nuttig zijn om de vooroordelen van rechters te meten door middel van de IAT. De studie uitgevoerd door Rachlinski *cs* (2009) zou daarvoor als

inspiratie kunnen dienen. Dat zou gekoppeld kunnen worden aan de bewustwording van rechters, om vervolgens verschillende strategieën experimenteel te testen. Welke strategieën hiervoor het best gebruikt kunnen worden, is deels afhankelijk van de informatie verkregen uit de interviews. Door middel van experimenteel onderzoek kan dan getoetst worden in hoeverre de verschillende strategieën tot een vermindering in discriminatie leiden en voor hoe lang. Er kan in ieder geval gekeken worden naar drie verschillende methoden: het aanpassen van systeem 1, het corrigeren van systeem 1 door systeem 2, of het gebruik van systeem 2 om discriminatie tegen te gaan. Een vraag die bijvoorbeeld experimenteel beantwoord kan worden, is in hoeverre het haalbaar is om systeem 1 bij rechters te veranderen, zodat ze intuïtief minder, of niet zullen discrimineren. Daarnaast kunnen verschillende maatregelen getest worden op het gebied van procesrecht om te onderzoeken hoe deze ruimte en mogelijkheid kunnen creëren om systeem 2 toe te passen om systeem 1 te corrigeren. Mogelijk is het ook het meest effectief om verschillende van deze methoden te combineren. Ook dat is iets dat meegenomen kan worden in experimenteel onderzoek.

Aangezien er al eerder onderzoek gedaan is op basis van gegevens van zaken, heeft dat onderzoek niet de hoogste prioriteit. Het eerdere onderzoek zou eventueel opnieuw gedaan kunnen worden om een huidige stand van zaken in beeld te brengen. Het zou mogelijk wel interessant zijn om fictieve zaken te gebruiken, om op die manier factoren te identificeren die gerelateerd zijn aan een verschil in de beslissing die in de zaak werd genomen en de redenen die daarvoor werden gegeven. Er zou dan een dossier gemaakt kunnen worden dat enkel verschilt op de factoren waarvan verwacht wordt dat zij discriminatie zouden kunnen veroorzaken. Mogelijk kunnen ook verschillende methodes meegenomen worden in het experimenteel onderzoek die verwacht worden om discriminatie te verminderen. Het is wel van belang om de ecologische validiteit te bewaren in experimenteel onderzoek door het dossier en de rechtszaak zo realistisch mogelijk te maken. Hoewel dit waarschijnlijk een grote investering zou vereisen, zou dat wel heel waardevol onderzoek opleveren, dat zonder weinig problemen vertaald kan worden naar de rechtspraak.

De onderzoeken die we hier voorstellen zouden een toevoeging zijn aan de huidige literatuur door inzicht te bieden in de overwegingen van rechters en in welke methoden het best toegepast kunnen worden om discriminatie te verminderen in de praktijk op basis van experimenteel onderzoek. Uiteraard staan wij ook open voor andere aanbevelingen. Daarnaast is het ook mogelijk dat er bepaalde aspecten zijn waar in vervolgonderzoek de nadruk opgelegd moet worden. Ook daarin willen wij ons graag laten adviseren door de betrokken partijen.

Conclusie

Het literatuuronderzoek dat wij voor dit rapport hebben uitgevoerd richt zich op vooroordelen in de rechterlijke besluitvorming. De twee centrale onderzoeksvragen waren welke mechanismen onder welke omstandigheden leiden tot vooroordelen die effect hebben op de rechterlijke besluitvorming en welke (mogelijke) oplossingen daarvoor reeds zijn aangedragen. Daarnaast hebben we ook nog een derde vraag beantwoord, namelijk hoeveel steun er is voor de hypothese dat discriminatie inderdaad een rol speelt in rechterlijke besluitvorming.

Bij de beantwoording van deze vragen zijn wij uitgegaan van discriminatie, gedefinieerd aan de hand van drie kenmerken: Het gaat bij discriminatie om het ongelijk behandelen van gevallen die (juridisch gezien) gelijk behandeld hadden moeten worden, waarbij de ongelijke behandeling rechtssubjecten betreft en waarbij de ongelijke behandeling (mede) wordt veroorzaakt door een eigenschap van het rechtssubject dat ongelijk wordt behandeld.

Hieronder zullen wij, op basis van de bevindingen, de drie vragen beantwoorden.

1) Welke mechanismen leiden onder welke omstandigheden tot vooroordelen die effect hebben op de rechterlijke besluitvorming?

Ten eerste was het belangrijk om inzicht te verwerven in hoe discriminatie ontstaat. Daarvoor hebben wij vooral gebruik gemaakt van literatuur uit de cognitieve psychologie. Hierbij hebben wij verschillende theorieën besproken die uit kunnen leggen hoe mensen redeneren, en welke problemen daarbij kunnen ontstaan.

Wij vonden hierbij vooral de theorie met betrekking tot duale besluitvorming van belang. Deze theorie onderscheidt tussen twee 'systemen' van besluitvorming, vaak aangeduid als 'systeem 1' en 'systeem 2', of als het impliciete, respectievelijk het expliciete systeem. Systeem 1 werkt snel en onbewust en maakt gebruik van associatiemechanismen gebaseerd op heuristieken, maar ook mentale modellen en stereotypen. Het kan daardoor leiden tot besluiten die zijn gebaseerd op vooroordelen en die discriminerend werken. Systeem 2 werkt bewust, maar ook langzamer. Volgens het sociaal-intuitionistische model dat wordt gepropageerd door

Haidt, produceert systeem 2 meestal rationalisering voor de uitkomsten van systeem 1. Echter, als het daartoe wordt gestimuleerd zou het, onder geschikte omstandigheden, ook de resultaten van systeem 1 kunnen corrigeren.

2) Welke steun is er voor de hypothese dat discriminatie een rol speelt bij rechterlijke beslissingen?

Ten tweede moest ook de rol van discriminatie bij rechterlijke beslissingen duidelijk gemaakt worden. Discriminatie is al in verschillende situaties aangetoond, maar wij hebben ons voornamelijk gericht op onderzoek naar discriminatie in de rechtspraak. Hiervoor hebben wij literatuur uit binnen- en buitenland gebruikt. Een eerste bevinding was dat er relatief veel empirische steun is voor de opvatting dat rechterlijke beslissingen – en dus ook rechters – soms discrimineren. Daarnaast bleek dat het meeste onderzoek tot nog toe zich gericht heeft op discriminatie op basis van etniciteit (of huidskleur, of religie) en op beslissingen over strafoplegging. Binnen Nederland maakte het onderzoek gebruik van dossiergegevens, waardoor het perspectief van rechters onderbelicht bleef. Ook buiten Nederland waren de wijzen waarop discriminatie in rechtspraak onderzocht werd in het algemeen beperkt.

3) Welke (mogelijke) oplossingen zijn daarvoor reeds aangedragen?

Ten derde hebben we onderzocht welke methodes al zijn geprobeerd om discriminatie te verminderen. Hierbij bleek dat, in tegenstelling tot onderzoek naar het bestaan van discriminatie, er weinig onderzoek bestaat naar het verminderen van discriminatie dat zich specifiek richt op de rechtspraak. Aangezien discriminatie een universeel probleem lijkt te zijn, hoeft dat niet problematisch te zijn, maar er moet wel rekening mee worden gehouden als een vertaalslag naar de rechtspraak gemaakt moet worden.

In het algemeen kunnen de mogelijke oplossingen gerelateerd worden aan de twee systemen die bij het beantwoorden van de eerste vraag naar voren kwamen. Eén manier die gebruikt kan worden om discriminatie tegen te gaan is om systeem 1 andere reacties aan te leren, niet gebaseerd op de vooroordelen die tot een ongelijke behandeling leiden. Bijvoorbeeld, door meer blootstelling aan zwarte personen die niet verbonden zijn met criminaliteit zou de automatische reactie om zwarte personen als crimineel te zien aangepast kunnen worden. Om dergelijke aanpassingen teweeg te brengen, is vaak veel tijd en inzet nodig.

Een andere manier die gebruikt kan worden is systeem 2 te activeren om systeem 1 te corrigeren. Dat kan bijvoorbeeld door rechters te confronteren met hun eigen vooroordelen en ze te motiveren deze te verminderen. Systeem 2 kan ook, door middel van procedurele aanpassingen, vaker gebruikt worden bij het nemen van beslissingen, om op die manier automatische invloeden zoals discriminatie te verminderen, en kritische en bewuste beslissingen te bevorderen. Wanneer bijvoorbeeld kritisch gekeken moet worden naar hoe men tot een beslissing komt, is er minder ruimte voor onterechte factoren om de beslissing te beïnvloeden.

Op basis van de antwoorden op de onderzoeksvragen hebben wij vervolgonderzoek beschreven dat nuttig kan zijn om uit te zoeken wat we nog niet weten. Hierbij willen we bijvoorbeeld inzicht krijgen in hoe rechters zelf naar discriminatie kijken en zich hiertegen proberen te beschermen. Op die manier verwachten wij een inschatting te kunnen maken van welke methodes om discriminatie tegen te gaan het meeste kans maken om effectief toegepast te worden binnen de Nederlandse rechtspraak. De kennis verkregen door middel van de bevraging van rechters zou dan gecombineerd worden met experimenteel onderzoek naar de verschillende methodes om discriminatie te verminderen. Uiteindelijk hopen wij op basis van dat verdere onderzoek tot een concrete aanbeveling te komen die geïmplementeerd kan worden om discriminatie tegen te gaan binnen de rechtspraak in Nederland.

Bibliografische details

Ariely, D. (2009). *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. Harper.

Hartkamp, A. (1996). C. Asser's handeiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht Deel 1: De verbintenis in het algemeen*. 10e druk, bewerkt door Mr. A.S. Hartkamp. Tjeenk Willink.

Bargh, J. (2017). *Before You Know It. The Unconscious Reasons We Do What We Do*. Windmill Books.

Baumer, E. P. (2010). Reassessing and Redirecting Research on Race and Sentencing, *Justice Quarterly*, DOI: 10.1080/07418825.2012.682602.

Bezrukova, K., Jehn, K. A., & Spell, C. S. (2012). Reviewing diversity training: Where we have been and where we should go. *Academy of Management Learning & Education*, 11(2), pp. 207-227.

Bielen, S., Grajzl, P., & W Marneffe, W. (2020). Blame based on one's name? Extralegal disparities in criminal conviction and sentencing, *European Journal of Law and Economics*, DOI:10.1007/S10657-020-09670-6 Corpus ID: 229073479.

Bielen, S., Marneffe, W., Mocan, N.H.,(2021) 'Racial Bias and In-group Bias in Virtual Reality Courtrooms', *Journal of Law and Economics*, 64, pp. 269-300.

Van den Bos, K., Ansems, L., Schiffelers, M.J., Kerssies, S. & Lindeman, J. (2021) *Een verkennend kwalitatief onderzoek naar klassenjustitie in de Nederlandse strafrechtketen*, nog ongepubliceerd onderzoek in opdracht van het WODC.

Buruma, Y. (2020). Racisme en discriminatie als systemische problemen, *NJB*, pp. 716.

Crosby, F. J., Iyer, A., & Sincharoen, S. (2006). Understanding affirmative action. *Annual Review of Psychology*, 57, pp. 585-611.

Devine, P. G., Forscher, P. S., Austin, A. J., & Cox, W. T. (2012). Long-term reduction in implicit race bias: A prejudice habit-breaking intervention. *Journal of experimental social psychology*, 48(6), pp. 1267-1278.

Dijksterhuis, A. (2016). *Het slimme onbewuste. Denken met gevoel*. Prometheus.

Duncker, K. (1945). 'On problem solving'. *Psychological Monographs*, 58 (5), i-113.

Evans, J. St.B.T. (2017). *Thinking And Reasoning. A Very Short Introduction*. Oxford University Press.

Gamut, L.T.F. (1982). *Logica, taal en betekenis 1. Inleiding in de logica*. Utrecht: Het Spectrum.

Gigerenzer, G. (2007). *Gut Feelings. The intelligence of the unconscious*. Penguin.

Gigerenzer, G. (2008). Moral Intuition = Fast and Frugal Heuristics?, in Walter Sinnott-Armstrong (ed.), *Moral Psychology, Volume 2: The Cognitive Science of Morality: Intuition and Diversity*. MIT Press, pp. 1-26.

Gigerenzer, G. & Engel, C. (2006). *Heuristics and the Law*. MIT Press.

Gladwell, M. (2005). *Blink. The Power of Thinking Without Thinking*. Penguin.

Goldin, C., & Rouse, C. (2000). Orchestrating Impartiality: The Impact of "Blind" Auditions on Female Musicians, *The American Economic Review*, pp. 715-776.

Green, T. K., & Kalev, A. (2007). Discrimination-reducing measures at the relational level. *Hastings Law Journal*, 59, pp. 1435-1462.

Greene, J. (2013). *Moral Tribes Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*. Atlantic Books.

McGhee, D. & Schwartz, J. (1998). Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test, *Journal of Personality and Social Psychology* 74 No 6, pp. 1464-1480.

Greenwald, A.G. & Hamilton Krieger, L. (2006). 'Implicit Bias: Scientific Foundations', *California Law Review* 94, vol. 4, pp. 945-967.

- Haidt, J. (2001). The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment, *Psychological Review* 108, no.4, pp. 814-834.
- Haidt, J. (2012). *The Righteous Mind. Why good people are divided by politics and religion*. Penguin.
- Haidt, J. & Bjorklund, F. (2008). Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology, in Walter Sinnott-Armstrong (Ed.), *Moral Psychology, Volume 2: The Cognitive Science of Morality: Intuition and Diversity*. MIT Press, pp. 181-218.
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*. Vintage.
- Hogg, M. & Vaughan, G. (2018). *Social Psychology*, 8e editie. Pearson.
- 'Mental Models in Cognitive Science', *Cognitive Science* 4, pp. 71-115.
- Johnson-Laird, P.N. (1980). Mental models in cognitive science. *Cognitive Science*, 4, pp. 71-115.
- Johnson-Laird, P.N. (2006). *How we reason*. Oxford University Press.
- Kahneman, D. (2012). *Thinking, fast and slow*. Penguin.
- Kahneman, D. & Tversky, A. (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press.
- Kang, J. (2021). What Judges Can Do about Implicit Bias. *Court Review*, 57, pp. 78-91.
- Kang, J., Bennett, M., Carbado, D., Casey, P., & Levinson, J. (2011). Implicit bias in the courtroom. *UCLA Law review*, 59, pp. 1124-1187.
- Kumar, R. K. (2018). Blind Hiring: A Solution to BIAS. *IIBM'S Journal of Management Research*, pp. 83-89.
- Lerner, J.S., & Tetlock, P.E. (2003). Bridging Individual, Interpersonal, and Institutional Approaches to Judgment and Decision Making: The Impact of Accountability on Cognitive Bias. In S. Schneider & J. Shanteau (Eds.), *Emerging Perspectives on Judgment and Decision Research* (431-457). Cambridge University Press.

- Liedenbaum, C.M.B., De Poot, C.J., Van Straalen, E.K., & Kouwenberg, R.F. (2015). *Focus in de opsporing*. Boom Lemma Uitgevers 2015.
- Lowery, B. S., Hardin, C. D., & Sinclair, S. (2001). Social influence effects on automatic racial prejudice. *Journal of personality and social psychology*, 81(5), pp. 842-855.
- Maegherman, E. & Horselenberg, R. (2021). Hoe rechters uit de tunnel (proberen te) blijven. *Ars Aequi* 70 (5), pp. 455-469.
- Maegherman, E. (2021). Falsificatie bij rechterlijke beslissingen. *Expertise & Recht*, pp. 240-248.
- Aisling, M. & Byrne, R.M.J. (2013). Cognitive change in insight problem solving: Initial model errors and counterexamples, *Journal of Cognitive Psychology*, pp. 1-10.
- Neumark, D. (2021). Age discrimination in hiring: Evidence from age-blind vs. non-age-blind hiring procedures. *Journal of Human Resources*. DOI: 10.3386/w26623
- Pearle, J. & Mackenzie, D. (2018). *The Book of Why. The New Science of Cause and Effect*. Allan Lane.
- Pennington, J., & Schlenker, B. R. (1999). Accountability for consequential decisions: Justifying ethical judgments to audiences. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 25(9), pp. 1067-1081.
- Pronin, E., Lin, D. Y., & Ross, L. (2002). The bias blind spot: Perceptions of bias in self versus others. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 28(3), pp. 369-381.
- Rachlinski, J.J., Johnson, S.L., Wistrich, A.J., & Guthrie, C. (2009). Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?. *Notre Dame Law Review* 84 No 3, pp. 1195-1246.
- Rassin, E. (2007). *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*. Scriptum.
- Richeson, J. A., & Ambady, N. (2003). Effects of situational power on automatic racial prejudice. *Journal of Experimental Social Psychology*, 39(2), pp. 177-183.
- Slors, M. (2012). *Dat had je gedacht. Brein, bewustzijn en vrije wil in filosofisch perspectief*. Boom.

Stolzenberg, L., D'Alessio, S. J., & Eitle, D. (2013). Race and cumulative discrimination in the prosecution of criminal defendants. *Race and Justice*, 3(4), pp. 275-299.

Tay, S., Ryan, P., & Ryan, C. (2016). System 1 and 2 thinking processes and cognitive reflection testing in medical students. *Canadian Medical Education Journal*, 7(2), pp. 97-103.

Tetlock, P. E. (1983). Accountability and the perseverance of first impressions. *Social psychology quarterly*, pp. 285-292.

Wermink, S., Van Wingerden, S., Van Wilsem, J., & Nieuwbeerta, P. (2015). Etnisch gerelateerde verschillen in straftoemeting, *Research Memoranda Raad voor de rechtspraak*, Jaargang 10,1.

Williamson, S., & Foley, M. (2018). Unconscious bias training: The 'silver bullet' for gender equity?. *Australian Journal of Public Administration*, 77(3), pp. 355-359.

Van Wingerden, S. & Wermink H. (2016). Zwaarder gestraft? Verder onderzoek naar etnisch gerelateerde straftoemeting: verschillende soorten en maten van sancties, *Research Memoranda Raad voor de rechtspraak*, 11 (2).

Wilson, T.D. (2002) *Strangers to Ourselves. Discovering the adaptive unconsciousness*. The Belknap Press.

