

P.C. van Duyne & P.J. van Koppen (1991)
Beslissende rechters: Algemene modellen en
individuele verschillen. In: P.J. van Koppen &
H.F.M. Crombag (red.), *De menselijke factor:
Psychologie voor juristen* (pp. 211-226). Arnhem:
Gouda Quint.

Hoofdstuk 12

Beslissende rechters: algemene modellen en individuele verschillen

P.C. van Duyne en P.J. van Koppen

Onder advocaten doet de mening opgeld dat het wat uitmaakt welke rechter over een zaak beslist.¹ Die mening houdt feitelijk twee oordelen in over het rechterlijk functioneren: De rechter heeft een relatief grote vrijheid van beslissen en er bestaat een systematische invloed van persoonskenmerken van de rechter op zijn beslissingen. Het toetsen van dit soort meningen aan de (empirische) werkelijkheid is bij uitstek het terrein van de psychologie. De psychologie houdt zich immers bezig met de wetmatigheden van het menselijk handelen en bijvoorbeeld niet met wijsgerige onduidelijkheden als de vrije wil van mensen.²

De ironie van de psychologie is echter dat naarmate mensen zich meer overeenkomstig wetmatigheden gedragen, de psychologie wel meer 'streng wetenschappelijk' wordt, maar tegelijkertijd oninteressanter. Op een hoge-lijk voorspelbaar keuzegedrag is de psychologie, na de beschrijving ervan, spoedig uitgekeken. Dit geldt ook voor het rechterlijk beslissen.

Over het merendeel van de rechterlijke beslissingen is psychologisch niet erg veel boeiends mee te delen. Zo bestaat ruwweg 40 tot 50 procent van de civiele zaken uit verstekprocedures, waarbij de rechter (naast het beoordelen op de formele juistheid) slechts marginaal toetst of de eis niet zodanig onbillijk is, dat zij moet worden ontzegd of gematigd. In strafzaken ziet de politierechter grotendeels eenvoudige zaken aan zich voorbij trekken, veelal bestaande uit dronken rijders, winkeldieven, kleine inbrekers en sociale zekerheidsfraudeurs. Er zijn doorgaans weinig bewijsmoeilijkheden en bij het bepalen van de strafmaat geeft de officier van justitie (OvJ) de bovengrens aan die door de rechter maar zelden wordt overschreden. Voor zover dit soort zaken wordt afgedaan aan de hand van een door daad- en dader-

1. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 4 over het voorspelling van rechterlijke beslissingen door advocaten.

2. Sappington komt, na bespreking van het relevant filosofische en psychologische onderzoek, tot de conclusie dat een onderzoek naar de vrije wil wetenschappelijk niet mogelijk is. Om het bestaan van een vrij wil vast te stellen zou het immers noodzakelijk zijn om in ieder geval van een of enkele keuzes van individuen vast te stellen dat die absoluut *niet* kunnen worden verklaard met behulp van factoren die buiten de beslissende persoon zijn gelegen. Zie A.A. Sappington, 'Recent psychological approaches to the free will versus determinism issue.' 108 *Psychological Bulletin* 19-29 (1990).

kenmerken bepaald tariefsysteem, is er vanuit de psychologie van het beslissen alleen wat van te zeggen als er tussen rechters en Ovj's desondanks merkwaardige verschillen ontstaan. Hetzelfde geldt indien de beslissingsruimte in een zaak groter is, waardoor er meer kans is dat de beslissers verschillende wegen bewandelen.³

Het zijn de onderlinge verschillen tussen rechters⁴ die aanleiding gaven tot de psychologische interesse in de aard en het verloop van de rechterlijke beslissing. Dat deze verschillen niet alleen in strafzaken, maar ook in burgerlijke zaken in een gelijksoortige casuspositie dramatisch kunnen zijn, laat het volgende voorbeeld zien:

Tegen het einde van 1983 waren de spanningen tussen regering en ambtenarenbonden dermate hoog opgelopen, dat overal in het land ambtenaren in staking gingen. Een van de directe effecten was dat na enige tijd in de grote steden overal het huisvuil op straat hoog was opgestapeld. Winkeliersverenigingen zagen daardoor hun omzet teruglopen en spanden in zowel Amsterdam als Rotterdam een kort geding aan tegen de ambtenarenbonden. Wat de president van de Amsterdamse rechtbank toestond, werd in Rotterdam verboden.⁵

Het komt zelden voor dat twee rechters tegelijkertijd over twee zaken moeten beslissen, die zo op elkaar lijken.⁶ Waardoor komt het nu dat in eenzelfde geval de ene rechter de ene partij gelijk geeft en de andere rechter voor de andere partij kiest? Meer in het algemeen: hoe komen rechterlijke beslissingen tot stand? In dit hoofdstuk bespreken wij eerst de principes volgens welke beslissingen in het algemeen en rechterlijke beslissingen in het bijzonder tot stand komen. Daarna bespreken wij waarom rechters soms in eenzelfde of vrijwel identieke zaak verschillende beslissingen nemen. De algemene principes van het rechterlijk beslissen zullen worden besproken aan de hand van het strafrecht. Daarvoor is geen andere reden dan dat uitsluitend op dat gebied empirisch onderzoek is verricht.

Het is van belang hier een onderscheid te maken tussen *heuristiek* en

3. Verschillende manieren om tot een beslissing te komen hoeven overigens niet altijd tot verschillende oplossingen te leiden.

4. En Ovj's. Zie daarover hoofdstuk 3 over vervolgen en strafvordering.

5. Pres. Rb. Amsterdam, 29 november 1983, *KG* 358; Pres. Rb. Rotterdam, 29 november 1983, *KG* 357.

6. M.G. Rood, 'Novemberstormen in de publieke sector.' 58 *Nederlands Juristenblad* 1381-1388 (1983), p. 1386, noot 45, was echter van mening dat deze twee zaken 'niet onbelangrijk' van elkaar verschilden.

legitimatie van de beslissing.⁷ De heuristiek heeft betrekking op de manier waarop een rechter tot zijn beslissing komt, de legitimatie is het geheel van argumenten waarmee hij later in zijn vonnis de beslissing onderbouwt. De argumenten die in een vonnis worden gegeven voor de beslissing hoeven niet noodzakelijkerwijs overeen te komen met de factoren die een rol speelden bij de totstandkoming van de beslissing, hoewel dat in veel zaken vermoedelijk wel het geval zal zijn. De legitimatie van de beslissing wordt hier buiten beschouwing gelaten; het gaat uitsluitend om de beslissingen en de invloeden daarop.

1. Algemene modellen

A. De vorm van de beslissing

In het recht ging men er lange tijd vanuit dat de structuur van de rechterlijke beslissing vrij eenvoudig is. Als de feiten bekend zijn, dient eenvoudig de bijpassende regel te worden gezocht. Daarna volgt, in die opvatting, door subsumptie van de feiten onder de regel vrijwel automatisch de oplossing. Zo eenvoudig ligt het echter niet. Zowel de feiten als de toepasselijke regels moeten worden geïnterpreteerd voordat zij bruikbaar zijn als basis voor een beslissing. Dat geldt des te sterker als de feiten van de zaak of de rechtsregels ingewikkeld zijn. De rechter kan immers pas bepalen welke feiten relevant zijn voor zijn beslissing als hij de toepasselijke rechtsregel kent en hij kan pas bepalen welke rechtsregel van toepassing is als hij weet welke feiten relevant zijn. Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de rechter aanvankelijk een (al dan niet voorlopige) beslissing neemt en vervolgens, door terug te redeneren (het zogenaamde regressieve redeneren⁸), onderzoekt of die beslissing in stand kan blijven.

Dat redeneren verloopt niet zo doelloos als hierboven op het eerste gezicht is gepresenteerd. Mensen, en dus ook de rechter, hebben cognitieve

7. Zie H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, 'Over het legitimeren van rechterlijke beslissingen.' In: *Het rechterlijk oordeel*. Zwolle: Tjeenk Willink (1973) en later H.J. Sniijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter: Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven*. Deventer: Kluwer (diss. Leiden 1978), p. 4. Het onderscheid tussen heuristiek en legitimatie loopt parallel met het door H. Reichenbach, *Experience and prediction: An analysis of the foundations and structure of knowledge*. Chicago: University of Chicago Press (1938) in de wetenschapsleer geïntroduceerde begrippenpaar *context of discovery* en *context of justification*.

8. Zie hierover uitgebreid H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*. Groningen: Tjeenk Willink (1977).

schemata in hun hoofd over hoe de wereld in elkaar zit.⁹ Zo heeft de rechter een schema in zijn hoofd over de drugdealer en zal hij elke individuele verdachte van handel in verdovende middelen met dat schema vergelijken. De rechter heeft ook een schema in zijn hoofd over het recht dat van toepassing is op drugdealers en de strafmaat die in het algemeen bij opiumdelicten hoort. Voorzover de feiten en het toepasselijke recht niet te veel afwijken van de betreffende schemata, hoeft de rechter niet steeds opnieuw een moeizaam redeneerproces te doorlopen. Dat neemt niet weg dat de wijze waarop de beslissing tot stand kan variëren en dat de uitkomst niet van te voren vast ligt. De vraag is nu hoe het verloop van een beslissing psychologisch beschreven kan worden.

In hoofdstuk 3 over het beslissen door OvJ's is een beknopte uiteenzetting gegeven van de psychologie van het probleemoplossen, waarmee het beslissingsgedrag van de OvJ beschreven kan worden. Daarnaast wordt kortheidshalve verwezen. Hier zullen wij nader ingaan op de taakomgeving waarbinnen de rechter beslissingen moet nemen. Wij zullen laten zien, dat de juridische taakomgeving voor een groot deel de ruimte bepaalt, waarbinnen de rechter als probleemoplosser heeft te werken.

B. De taakomgeving van de strafrechter

Het ligt voor de hand dat de taakomgeving van de rechter zowel in straf-, als in civiele zaken in zijn ruimste omtrekken is bepaald door de wet. Hoewel bij uitzondering de rechter wel eens contra legem gaat, wordt de beslissingsruimte van de rechter begrensd door het positieve recht. Deze grens is overigens geen ondubbelzinnig gegeven: de ontwikkeling van de recht-

9. Zie J. Beijk, 'De cognitieve revolutie in de psychologie. II: De attributietheorie.' 143 *De Gids* 429-445 (1980); en G.R. Semin & A.S.R. Manstead, *The accountability of conduct: A social psychological analysis*. London: Academic (1983). Met *cognitie* wordt alles aangeduid dat met menselijke informatieverwerking te maken heeft. Dat hoeft niet te betekenen dat men zich van die informatie bewust is. Als u bijvoorbeeld op de fiets stapt en door het verkeer rijdt, dan is er allerlei informatie in uw lichaam opgeslagen, waardoor u precies weet wat u moet doen. U bent zich daar nauwelijks van bewust. Meestal merkt u pas als er iets mis gaat, wat u wel en wat u niet bewust bent.

In de cognitieve psychologie gaat men ervan uit dat informatie in de menselijke geest is opgeslagen in *schemata*. Schemata moet men zich voorstellen als configuraties van kenmerken van klassen van gebeurtenissen die op basis van verleden ervaringen gevormd zijn. De schemata die mensen zich gevormd hebben en in hun geest hebben opgeslagen, dienen als een soort cognitieve dictionaire, een *cognitief woordenboek*, voor interpretatie van sociale gebeurtenissen. Zie D.G. Bobrow & D.A. Norman, 'Some principles of memory schemata.' In D.G. Bobrow & A. Collins (eds.) *Representation and understanding*. New York: Academic Press (1975); en U. Neisser, *Cognition and reality: Principles and implications of cognitive psychology*. San Francisco: Freeman (1976).

spraak laat zien, dat de grenzen van het geschreven recht door de daaraan gegeven uitleg gestaag verlegd worden. De taakomgeving van het strafrecht is een geheel andere dan die van het burgerlijk recht: niet alleen inhoudelijk, maar ook wat betreft de beslissingsvrijheid die beide rechtsgebieden aan de beslissers laten.

Afgezien van de eisen die door Wetboek van Strafvordering worden gesteld aan de wijze van opsporen en vervolgen en aan de procesorde ter zitting, zijn er drie beslissingen, elk met zijn eigen beslissingsruimte, die in iedere zaak opnieuw aan de orde komen: over het bewijs van de telastegelegde feiten en de kwalificatie daarvan, over de strafbaarheid van de dader en uiteindelijk, nadat de eerste twee vragen bevestigend beantwoord zijn, over de straftoemeting.

Hoewel de rechter moet beslissen op grond van de telastelegging, valt op dat de wetgever aan de rechter bij het waarden van bewijs een grote vrijheid heeft gelaten: de rechter dient de *overtuiging* gekregen te hebben dat de verdachte het telastegelegde heeft begaan.¹⁰ Hoe deze overtuiging is ontstaan behoeft de rechter niet aan te geven, zolang hij maar in staat is om naderhand zijn overtuiging op grond van de wettige bewijsmiddelen te legitimeren. Indien de rechter vrij spreekt, hoeft hij helemaal niets te legitimeren. Voorts is de rechter vrij in zijn *waardering* van de bewijsmiddelen, terwijl ook de telastelegging binnen zekere grenzen de rechter de nodige interpretatievrijheid laat.

Bij het bepalen van de strafbaarheid van de dader en de strafoplegging is de taakomgeving van de rechter nog veel ruimer dan bij de bewijs- en kwalificatievraag. Dat betreft zowel de strafuitsluitingsgronden van de artt. 40-43 Sr., als de toerekenbaarheid op grond van de geestvermogens van de dader. Weliswaar laat de rechter zich over de toerekenbaarheid voorlichten door een gedragsdeskundige, maar uiteindelijk moet hij de voorlichting naar eigen inzicht wegen en waarden.

Bij het opleggen van straf is de rechter in feite alleen gebonden aan de wettelijk vastgelegde strafmaxima, waardoor hij een zo ruime beslissingsvrijheid heeft, dat gesproken kan worden van een *freies Ermessen*. Deze vrijheid wordt in de praktijk echter enigszins ingeperkt. In de eerste plaats wordt de rechter bij de straftoemeting gestuurd door de OvJ. De eis van de OvJ is weliswaar geen petitum waarboven de rechter niet mag uitgaan, maar hij moet dan wel nadrukkelijk aangeven waarom hij dat doet.¹¹ Daarnaast is er het eigen beleid van de rechter of de strafkamer: in de loop der tijd zullen zekere uitgangspunten ontstaan over de billijke strafmaat in veel voorkomende gevallen en voor bepaalde soorten daders. Ten derde is er het beleid

10. Art. 338 Sv.

11. Art. 359 lid 7 Sv.

van het hof: het is aannemelijk dat rechtbanken ongaarne een stroom van hoger beroepen tegen haar vonnissen ingesteld ziet worden.

In deze paragraaf is een beeld gegeven van de brede taakomgeving van de strafrechter.¹² Deze taakomgeving wordt bij de afhandeling van concrete strafzaken steeds opnieuw ingevuld. Niet alle onderdelen van de brede taakomgeving zijn immers in de afzonderlijke strafzaken van toepassing. Aan de hand van de aangebrachte zaak moet de rechter op grond van de te verwerken informatie bepaalde onderdelen wel en andere niet van toepassing verklaren. Voor een deel is deze keuze al bepaald door de OvJ, al dan niet samen met de rechter-commissaris (gerechtelijk vooronderzoek en bewaring) en de raadkamer (gevangenhouding en verlenging daarvan) en de rechter moet de juistheid van sommige keuzen op verzoek van de verdachte (of ambtshalve) toetsen (bijvoorbeeld de gevangenhouding).

C. De strafrechter als informatieverwerker en probleemoplosser

In de bespreking van het probleemoplossingsgedrag van OvJ's is een korte uiteenzetting gegeven van de schematheorie van het informatieverwerken en probleemoplossen.¹³ Deze theorie is ook hier van toepassing, zij het dat de aard van de taak en de taakomgeving van de strafrechter verschilt van die van de OvJ, hetgeen gevolgen heeft voor de aard van het probleemoplossen.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 zijn cognitieve schemata voor waarnemen en handelen onontbeerlijk. Zonder cognitieve schemata is het voor mensen onmogelijk gebeurtenissen te interpreteren.¹⁴ Dit geldt ook voor de strafrechter, hoewel hij juist degene zou moeten zijn, die zijn eindoordeel opschort. De recht-toe-recht-aan politierechterzaken, met een bekende verdachte en een rond bewijs, zal over het algemeen goed passen bij het cognitieve schema dat de rechter over een dergelijke zaak in zijn hoofd heeft, terwijl de rechter op grond van zijn ervaring ook in grote trekken weet welke straf door de OvJ geëist zal worden. Bij zaken met ontkennende verdachten, veel getuigen of bewijsmoeilijkheden zal, zoals ook uit het onderzoek van Van Duyne en Verwoerd bleek, de rechter beroepsmatig meer neigen tot het opschorten van zijn oordeel. Het onderzoek ter terechtzitting levert in dat soort gevallen te vaak verrassingen op: meinedige getuigen, mededaders met opeens falende geheugens of plotseling ontkennende verdachten, waardoor de strak geïmporteerde zitting opeens uitloopt. In het onderzoek van Van

12. P.C. van Duyne & J.R.A. Verwoerd, *Gelet op de persoon van de rechter: Een observatieonderzoek naar het strafrechterlijk beslissen in de raadkamer*. 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij (WODC-rapport nr. 58 1985) spreken overigens van werkomgeving.

13. Zie hoofdstuk 3.

14. Zie Beijl (1980), op. cit. noot 9.

Duyne en Verwoerd¹⁵ bleek dat bij de meervoudige kamer de — op grond van het dossier gevormde — schemata meer lijkt op een plattegrond voor het stellen van vragen ter terechtzitting, dan op een uitgewerkt schema, zoals dat bij de OvJ werd aantreffen.¹⁶

Dit verschil in taakomgeving tussen rechter en OvJ leidt ook tot verschillen in informatieverwerking en probleemoplossing. Gedurende het onderzoek ter terechtzitting moet de rechter zijn cognitief schema van de zaak volledig invullen ten einde in de raadkamer tot een eindoordeel te kunnen komen. Wij zouden hier kunnen spreken van een cyclisch proces van informatieverwerken: op grond van een ten dele nog onuitgewerkt schema begint de rechter zijn waarneming ter terechtzitting en probeert zijn schema over de zaak verder in te vullen. Daarbij kan het gaan om het bewijs, maar ook bijvoorbeeld om de persoon van de verdachte.

Bij de meervoudige strafkamer bestaat er een min of meer vaste taakverdeling tussen de drie rechters. De voorzitter van de rechtbank houdt zich vooral bezig met het leiden van de zitting. Een van de bijzitters let vooral op de juridisch-technische kanten van de zaak en bewerkt de telastelegging tot vonnis door het doorstrepen van de op de vele 'en/of's' en 'althansens' volgende zinsneden. Dit houdt in zekere zin in dat de bijzitter vaak met een ander schema de informatie van het onderzoek ter terechtzitting waarneemt dan de voorzitter.

In de raadkamer neemt het beslissingsproces de vorm aan van collectief probleemoplossen. Op grond van de op de zitting gekregen informatie moeten de drie rechters tot een gezamenlijke oplossing komen. Daarbij gaat het in de eerste plaats om een juridische taak: is het telastegelegde feit bewezen en onder een strafbepaling te brengen en is de dader strafbaar. Voor veel zaken is dit geen probleem: de rechters pakken de telastelegging en beginnen zonder veel omhaal de niet toepasselijke onderdelen te schrappen. Een enkele maal is het even onduidelijk of iets al dan niet moet blijven staan en worden de keuzemogelijkheden snel doorgesproken: men zou hier kunnen spreken van een *mel omschreven* probleem met één ondubbelzinnige oplossing.

Niet in elke zaak verloopt het oplossen van het juridische bewijsprobleem zo gladjes. De feiten, zoals vastgesteld ter zitting, zijn meer dan eens op verschillende wijzen uit te leggen: er zijn dan als het ware verschillende oplossingen mogelijk. Voor het oplossen van dit soort meer *open problemen* speelt de overtuiging van de rechter (het schema met subjectief de hoogste graad van waarschijnlijkheid) een grote rol. Dit bleek in het onderzoek van

15. Van Duyne & Verwoerd (1985), op. cit. noot 12. De hier volgende bespreking is op dit onderzoek gebaseerd.

16. P.C. van Duyne, *Beslissen in eenvoud*. Arnhem: Gouda Quint (diss. Leiden 1983).

Van Duyne en Verwoerd¹⁷ het geval te zijn in ondermeer twee moord- en doodslagzaken, waarin zowel voor het bewezen verklaren van moord, als van doodslag gronden waren aan te voeren. Bij die zaken was opvallend dat de informatie die niet in het schema van de rechters paste, na eerst te zijn vermeld door een dissidente rechter, als *negatieve* informatie verder buiten beschouwing bleef. Vervolgens werd gezocht naar *ondersteunende* informatie die het gekozen schema verder kon onderbouwen en invullen.

Hoezeer het gekozen schema de waardering van aanwezige wettige bewijsmiddelen kon beïnvloeden, bleek uit de beraadslaging in een andere zaak, waarin de verdachten de medeplichtigheid aan een inbraak stellig ontkenden. 'Ik vind dat het wettig bewijs wel geleverd is, hoewel mijn overtuiging een beetje wankelt. Dat wil ik dan wel in het voordeel van deze man uitleggen [...] Hij was hierin zo stellig, maar dat zal ook wel ten dele een verdringing zijn,' zei een van de rechters. Als dat laatste het geval was, dan is het wankelen van die overtuiging moeilijk te begrijpen. Desondanks viel de voorzitter hem om meer praktische redenen bij met: '[Het] scheelt geen dag in mijn beoordeling [van de strafmaat]. Ik geloof die man wel een beetje; hij heeft een fatsoenlijk gezicht.' In feite werd de overtuiging in de plaats gesteld van wettige bewijsmiddelen.

Wanneer de bewijs- en kwalificatievragen bevestigend zijn beantwoord, komt de vraag naar de straftoemeting aan de orde. Wij kunnen hier spreken van open probleemoplossen: de rechter beschikt niet over ondubbelzinnige maatstaven om de juistheid van zijn oplossing te bepalen. De belangrijkste maatstaf is een subjectieve: het gevoel van redelijkheid en billijkheid.¹⁸ Toch is hier niet sprake van een volledige beslissingsvrijheid: de rechter heeft te maken met tal van kanten van zijn taakomgeving, die zijn probleemoplossingsruimte weliswaar niet wettelijk, maar wel feitelijk beperken. Die beperkingen worden vooral bepaald door andere in de procesgang belangrijke personen.

D. De invloed van de Officier van Justitie

Door zijn eis kan de OvJ een aanmerkelijke invloed uitoefenen op de beslissingsruimte van de rechter. In de meeste gevallen geldt de eis als bovengrens voor de door de rechter op te leggen straf.¹⁹ Het gesprek in de raadkamer over de op te leggen straf heeft gewoonlijk als uitgangspunt de eis van de OvJ: 'De eis van de OvJ is [...]. Wat denk jij ervan?' Als de eis afwijkt

17. Van Duyne & Verwoerd (1985), op. cit. noot 12.

18. P.C. van Duyne, 'Een psychologische benadering van verschillen in straftoemeting,' 6(10) *Justitiële Verkenningen* 5-43 (1980).

19. Zie Van Duyne & Verwoerd (1985), op. cit. noot 12.

van hetgeen, ruime genomen, gewoon is, wordt dit bij het raadkameren als een onmiskenbare belemmering ervaren, vooral wanneer de eis laag is. De rechters hebben dan geen speelruimte omdat zij voor hun gevoel niet naar beneden kunnen uitwijken, hetgeen kennelijk gebruikelijk is. Typerend voor de invloed van een lage eis van de OvJ op de beraadslagingen is een opmerking van een rechter als: 'Nou ja, ik vond 6 jaar uitstekend. Beetje zielig om boven de eis van de OvJ uit te gaan.' Een veel te hoge eis levert daarentegen slechts opmerkingen op als: 't Was een krankzinnige eis,' waarna de rechters binnen de bandwijdte van hetgeen in dit soort zaken gebruikelijk is verder beraadslagen. Om de OvJ te sparen worden aan een veel lagere strafmaat nog wat maanden voorwaardelijk toegevoegd. De *inhoud* van het requisitoir komt bij de beraadslagingen in de raadkamer niet ter sprake: alleen de strafeis vormt het uitgangspunt voor de straftoemeting.

E. De invloed van voorlichting en hulpverlening

De voorlichting door de reclassering en gedragsdeskundigen vormt strikt genomen geen beperking van de beslissingsruimte van de rechter. Hij kan er mee doen wat hem goed dunkt zonder dat hij dit in zijn vonnis hoeft te motiveren. In veel gevallen is het voorlichtingsrapport inderdaad zodanig, dat het geen onmiddellijke invloed heeft op het beslissingproces, een bevinding die ook voor de besluitvorming van OvJ's lijkt op te gaan.²⁰ Vooral de sociale en psychologische voorgeschiedenis van de dader lijkt de beslisser weinig houvast te geven, gericht als de rechter is op de toekomst van de verdachte.

Dit beeld gaat evenwel niet op voor de zaken met een ernstig gestoorde verdachte, die door de psychiater als niet of verminderd toerekeningsvatbaar gekenmerkt wordt. De beperking is niet zozeer gelegen in de beschrijving van de toerekeningsvatbaarheid, als wel in de moeilijkheid daaraan een strafrechtelijk gevolg te verbinden. Daarbij speelt vooral het beeld een rol dat de rechters hebben van de psychiatrische mogelijkheden en de veiligheid van het psychiatrische bedrijf. Wat moet bijvoorbeeld worden gedaan met een verdachte die van huis van bewaring naar huis van bewaring wordt gesleept, omdat geen psychiatrische inrichting hem wil hebben of met een psychotische vrouw die in een vlaag van waanzin haar kinderen had gewurgd, waarbij de rechters wisten dat in een vergelijkbare zaak de inrichting de krankzinnig verklaarde moordenares na een jaar buiten toestemming van de rechtbank had vrijgelaten? Dreigde dat nu weer? Uiteindelijk werd in het laatstgenoemde geval het advies van de psychiater en de vordering van de OvJ tot krankzinnig verklaring maar opgevolgd.

20. Van Duyne (1983), op. cit. noot 16.

Bij verdachten die wel toerekeningsvatbaar zijn, maar door de psycholoog of psychiater toch als zeer gedragsgestoord worden aangemerkt, spelen de beperkingen (of de afwezigheid) van opvang- en behandelingsmogelijkheden eveneens een belemmerende rol: wat de rechters in feite willen, kunnen zij niet opleggen. Wat dan overblijft is de vrijheidsstraf, waarvan een deel voorwaardelijk onder de bijzondere voorwaarden van begeleiding door reclassering of psycholoog/psychiater, hetgeen tot bijna rituele formules leidt: '8 waarvan 2 [maanden voorwaardelijk] en toezicht van reclassering, psychiater en psycholoog. De hele rits. Mijnheer de griffier wilt u dat opnemen?' Veel vertrouwen spreekt er niet uit.

F. De dader

Onder de heersende opvattingen over individualisering van de straftoemeting—uitgedrukt in het adagium 'gelet op de persoon van de verdachte'—zou men verwachten dat de persoonlijkheid van de verdachte de beslissingsruimte van de rechter aanmerkelijk beïnvloedt.²¹ De waarnemingen in de raadkamer bevestigde de al eerder bij de OvJ's vastgestelde bevinding,²² dat de persoon van de dader en, daarmee samenhangend, de individualisering in de straf veel minder op de voorgrond treedt dan algemeen gedacht wordt.

Bij feiten van geringe aard, zoals bij eenvoudige verkeersmisdrijven, ligt het voor de hand dat er weinig geïndividualiseerd wordt en dat de straftoemeting in hoofdlijnen volgens een tariefsysteem werkt. Maar Van Duyne en Verwoerd²³ vonden dat ook in zware zaken, waarin de meest uitvoerige voorlichtingsrapporten worden uitgebracht en dus veel over de persoon van de dader bekend is, rechters toch hun beslissing hoofdzakelijk baseren op de ernst van de feiten.

G. De regressief redenerende rechter

Naar wat zich in de hoofden van de rechters afspeelt voor en tijdens het raadskameroverleg kan men strikt genomen slechts gissen. Het is psychologisch echter aannemelijk dat de schemata over een zaak in de meeste gevallen in de hoofden van de rechters bij het betreden van de raadkamer al

21. Zie A.I. Melai, 'De straf en het gezichtspunt van de econometristen.' In *Speculum Langeneijer*, 31 rechtsgeleerde opstellen. Zwolle: Tjeenk Willink (1973).

22. Zie resp. Van Duyne & Verwoerd (1985), op. cit. noot 12; en Van Duyne (1983), op. cit. noot 16.

23. Van Duyne & Verwoerd (1985), op. cit. noot 12.

in vergaande mate zijn uitgewerkt. De mate waarin het beslissingsschema op dat moment al is uitgewerkt kan echter van zaak tot zaak verschillen. Bij zaken waarin het bewijs rond is, zal de rechter met een duidelijk uitgewerkt schema de raadkamer betreden en nog weinig vragen in het hoofd hebben. Dat laat zich verklaren vanuit de werkwijze van het OM, dat meestal slechts de delicten ten laste legt die bewijszeker zijn. Dankzij het voorwerk van de Ovj is het beslissingschema voor de rechter voldoende uitgewerkt en blijven weinig keuzemogelijkheden over.

Het beslissingsproces in de raadkamer kan over het algemeen als volgt worden gekenschetst. Eerst vindt informatieversmalling plaats tot een basis-schema, waarna — vooral als de rechters het nog niet geheel met elkaar eens zijn — weer informatieuitbreiding vanuit dat basisschema kan plaatsvinden.

2. Individuele verschillen

Hierboven lieten wij zien dat de rechter in het algemeen bij zijn beslissen een grote vrijheid heeft. Hoewel in de wijze waarop rechters beslissingen nemen patronen te onderkennen zijn die samenhangen met het soort zaak waarover wordt beslist en de omgeving waarin de rechter werkt, betekent de beslissingsvrijheid die de rechter heeft ook dat er ruimte is voor individuele verschillen in beslissingen over dezelfde zaak. Dat bleek bijvoorbeeld in een onderzoek waarin aan 114 rechters 9 verschillende civielrechtelijke casus ter beslissing werden voorgelegd.²⁴ Daarbij trad een typisch verschijnsel op: bij elke casus gaf steeds ongeveer 20 procent van de rechters een beslissing in het voordeel van de ene partij, terwijl ongeveer 80 procent de andere partij gelijk gaf (zie tabel 1).

De vraag kan opgeworpen worden, waarom rechters voor identieke casus verschillende beslissingen geven. In het algemeen zijn advocaten van mening dat verschillen een gevolg zijn van verschillen in persoonskenmerken van de rechters.²⁵ Indien die persoonskenmerken erg belangrijk zouden zijn, zou men echter verwachten dat dezelfde rechters steeds hetzelfde type beslissing zouden nemen. De ene rechter zou dan bijvoorbeeld relatief vaak voor de zwakste partij kiezen, de andere relatief vaak voor de beslissing die het dichtst blijft bij de tekst van de wet, enzovoort. Wij komen daarop hieronder terug. Eerst bespreken wij wat de typische kenmerken zijn van datgene waarover de rechter moet beslissen.

24. J. ten Kate & P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*. Arnhem: Gouda Quint (diss. Rotterdam 1984), Hoofdstukken 4 en 5.

25. Zie M. Malsch, hoofdstuk 4 in dit boek en, *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*. Amsterdam: Swets & Zeitlinger (1990), p. 61 (vertaling van M. Malsch, *Lamyers' predictions of judicial decisions: A study on calibration of experts*; ongepubl. diss. Leiden 1989), die vond dat de meerderheid van de advocaten rekening houdt met de persoon van de rechter.

Tabel 1: Beslissingen door 114 rechters op 9 casus (weergegeven zijn percentages).^a

beslissing voor Casus (onderwerp)	eiser	gedaagde
1 (ontslag)	81	19
2 (wanprestatie)	83	17
3 (huur)	79	21
4 (geschil tussen krakers)	73	27
5 (aansprakelijkheid eigenaar BV)	77	23
6 (aanrijding)	80	20
7 (verhaal van bijstand)	12	88
8 (koop door minderjarige)	33	67
9 (onderhoud huiseigenaar)	20	80

a. Bron: Ten Kate & Van Koppen (1984, Tabel 1 op p. 25).

A. *Waarom geven rechters verschillende beslissingen?*

De keuze die de rechter in een civiel geschil moet maken tussen een beslissing voor de eiser en voor de gedaagde lijkt in sommige opzichten op het vergelijken van de lengte van twee auto's. Als wordt gevraagd van een Fiat 500 en een Mercedes te beoordelen welke auto de langste is, zal iedereen de Mercedes aanwijzen. Als echter wordt gevraagd twee exemplaren van hetzelfde type auto in lengte te vergelijken — de ene zal allicht een of enkele millimeters langer zijn dan de andere — zal het oordeel veel moeilijker zijn en is waarschijnlijk niet iedereen het eens.

De rechter verkeert in civiele zaken in vergelijkbare omstandigheden. In sommige zaken is de beslissing bij voorbaat evident voor elke jurist. Dat zal het echter ook zijn voor de advocaten van partijen. Dat soort zaken komt weliswaar voor de rechter — een partij kan notoir onwillig zijn of chicaneren, of een rechterlijke beslissing is vereist, bijvoorbeeld omdat anders de eiser niet kan meedelen in een faillissement — maar vormt voor de rechter zelden een beslissingsprobleem.

Het geschil wordt interessanter als de zaak meer lijkt op een vergelijking tussen twee auto's van hetzelfde type, dus als beide partijen van mening zijn dat zij sterke argumenten voor hun gelijk hebben. Dat zijn de gevallen die voor de rechter een werkelijk beslissingsprobleem vormen en waarover ook andere juristen van mening kunnen verschillen. Dat zijn ook de gevallen waarin individuele verschillen tussen rechters een rol kunnen spelen.

In het strafrecht ligt het iets anders. Als de OvJ een dagvaarding uitbrengt, is hij er over het algemeen vrij zeker van dat een veroordeling zal volgen.

Verwacht kan worden dat de OvJ zaken zal seponeren als hij daarover twijfelt. De zaken die aan de strafrechter worden voorgelegd, zijn dus de zaken waarover juristen het in het algemeen eens zijn. Dat laat onverlet dat ondanks die selectie van zaken er tussen rechters verschillen in strafmaat kunnen bestaan, die zijn te herleiden tot individuele verschillen tussen rechters.

Samengevat: over het oordeel in strafzaken over schuldig/niet-schuldig zijn rechters het meestal eens. Dat is minder het geval bij het vaststellen van de strafmaat en de beslissing in civiele zaken.

De analogie tussen het gelijken van de lengte van auto's en de beslissing van de rechter gaat op één punt evident niet op. Voor auto's bestaat er een ondubbelzinnig criterium op basis waarvan kan worden beslist welke auto de langste is: de meetlat. In de juristerij bestaat zo'n criterium niet. Alleen in de zaken waarin de partijen doorprocederen tot de Hoge Raad kan achteraf duidelijk worden of de rechter gelijk had. Dat betekent dat er alle ruimte bestaat voor verschillen in beslissingen van rechters op dezelfde zaken.

Wat houdt de beslissing van de rechter in? Wat zijn de typische verschillen tussen strafrecht en civiele recht? Waarop kunnen in (vrijwel) identieke straf- en civiele zaken verschillen tussen beslissingen berusten?

B. De persoon van de rechter

Als verschillen tussen beslissingen van rechters niet op toeval berusten, moeten verschillen tussen beslissingen in dezelfde of vrijwel identieke zaken afkomstig zijn van verschillen in rechtsopvatting van de rechters of verschillen in de wijze van oordelen. Als die verschillen enig hout snijden, moeten zij teruggebracht kunnen worden tot verschillen in persoonskenmerken²⁶ tussen de rechters.

Onderzoek naar de invloed van persoonskenmerken van de rechter op zijn beslissingen is een tijdlang vrij populair geweest. De laatste jaren is op dit gebied echter nauwelijks meer onderzoek gedaan, vermoedelijk om twee redenen: (1) het onderzoek op dit gebied heeft niet tot ondubbelzinnige resultaten geleid en (2) het is nogal moeilijk om de medewerking van rechters te krijgen voor dit soort onderzoek.

26. Bij de term persoonskenmerk hoeft het niet steeds te gaan om kenmerken van de persoonlijkheid van de betrokken personen. Personen worden ook gekenmerkt door schijnbaar triviale dingen als de schoenmaat. Wij houden ons hier echter alleen bezig met persoonskenmerken waarvan verwacht zou kunnen worden dat die van invloed zijn op de beslissingen van rechters. De schoenmaat valt daar niet onder, de leeftijd van de rechter misschien wel.

De basis voor het onderzoek werd gelegd door Becker.²⁷ Hij vond bij Hawaïaanse rechters een verband tussen persoonskenmerken en beslissingsgedrag. Becker onderzocht echter niet het werkelijke beslissingsgedrag van rechters, maar ondervroeg hen over de wijze waarop zij in het algemeen beslissingen nemen. Beckers onderzoek werd gevolgd door een vloedgolf van onderzoek naar de invloed van persoonskenmerken op de beslissingen van de hoogste rechter in de Verenigde Staten, het federale Supreme Court.²⁸ De negen raadsheren in dat hof zijn waarschijnlijk de meest onderzochte personen in de sociale wetenschappen. Aan dat onderzoek kleven echter bezwaren omdat de raadsheren zelf nooit aan het onderzoek hebben meegewerkt. Als persoonskenmerk werd over het algemeen de sociale achtergrond van de raadsheren genomen en niet meer dan dat. Problemen bestaan ook aan de andere zijde van het onderzoek: het voorspelde beslissingsgedrag. In al het onderzoek over het federale Supreme Court werd alleen gekeken naar beslissingen in de zaken waarin zogenaam-

27. Zie T.L. Becker, 'A survey study of Hawaiian judges: The effect on decisions of judicial role variations.' 60 *American Political Science Review* 677-680 (1966).

28. J.B. Grossman, 'Social background and judicial decision-making.' 72 *Harvard Law Review* 1551-1564 (1966); C.H. Pritchett, 'Divisions of opinion among justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941.' 35 *American Political Science Review* 890-898 (1941); C.H. Pritchett, *The Roosevelt Court: A study in judicial politics and values, 1937-1947*. New York: MacMillan (1958); C.H. Pritchett, 'Ten years of Supreme Court voting: A comment in retrospect.' 50 *Social Science Quarterly* 983-984 (1970); C.H. Pritchett, 'Voting behavior on the United States Supreme Court.' In S. Goldman & A. Sarat (eds.) *American court systems: Readings in judicial process and behavior*. San Francisco: Freeman (1978); en G.A. Schubert, 'Judicial attitudes and voting behavior: The 1961 term of the United States Supreme Court.' In H.W. Baade (ed.) *Jurimetrics*. New York: Basic Books (1963); G.A. Schubert (ed.), *Judicial behavior: A reader in theory and research*. Chicago: Rand McNally (1964); G.A. Schubert, 'Judicial process and behavior, 1963-1971.' In J.A. Robinson (ed.) *Political science annual: An international review, Vol. 3*. Indianapolis: Bobbs-Merrill (1972); G.A. Schubert, *The judicial mind revisited: Psychometric analysis of Supreme Court ideology*. London: Oxford University Press (1974). Zie ook B.M. Atkins, L. Alpert & R.C. Ziller, 'Personality theory and judging: A proposed theory of self-esteem and judicial policy-making.' 2 *Law and Politics Quarterly* 189-220 (1980); J.L. Gibson, 'Judges role orientations, attitudes, and decisions: An interactive model.' 72 *American Political Science Review* 911-924 (1978); J.L. Gibson, 'A role theoretic model of criminal court decision-making.' In Nardulli, Peter R. (ed.) *The study of criminal courts: Political perspectives*. Cambridge, Mass.: Ballinger (1979); S. Goldman, 'Voting behavior on the United States Courts of Appeals.' 60 *American Political Science Review* 374-383 (1966); S. Goldman, 'Conflict and consensus in the United States Courts of Appeals.' 3 *Wisconsin Law Review* 461-482 (1968); en S. Goldman, 'Voting behavior on the United States Courts of Appeals revisited.' 69 *American Political Science Review* 491-506 (1975).

de *dissenting opinions*²⁹ werden gegeven en niet naar de unaniem genomen beslissingen. Op die manier werd in dat onderzoek de verschillen tussen de raadsheren sterk overschat.

De twee enige studies waarin de invloed van persoonskenmerken op het beslissingsgedrag zelf werd bestudeerd zijn van die Hogarth³⁰ voor het strafrecht en die van Ten Kate en Van Koppen³¹ voor het civiele recht.

Ten Kate en Van Koppen legden aan 114 rechters 9 identieke casus voor en verzochten hen tevens een aantal persoonlijkheidsvragenlijsten in te vullen. De beslissingen van de rechters zijn hierboven al weergegeven in tabel 1. Ook werd onderzocht in hoeverre persoonlijkheidskenmerken van de rechters hun beslissingen konden voorspellen. Welke persoonlijkheidskenmerken echter precies gemeten werden, kan hier onbesproken blijven omdat geen van de persoonskenmerken een goede voorspeller van het beslissingsgedrag van de rechters bleek te zijn.³²

Hogarth onderzocht het beslissingsgedrag van zogenaamde magistrates in Ontario, Canada.³³ Ook hij vond een grote variatie in beslissingen op vergelijkbare zaken. Zo gaf de ene magistraat nooit een voorwaardelijke straf, terwijl een andere in de helft van de zaken een voorwaardelijke straf oplegde. Ook hij vond geen directe invloed van persoonlijkheidskenmerken van rechters op de opgelegde straffen, maar hij vond wel een indirect effect. Zoals gezegd beïnvloedt de taakomgeving van de rechter de beslissingen. Hogarth vond dat de invloed van de taakomgeving op de straffen die een rechter geeft, afhangt van de manier waarop rechters de beperkingen van de taakomgeving waarnemen. Deze invloed hangt af van de manier waarop een rechter *zelf* de beperkingen van de wet en de verwachtingen die anderen van hem hebben, definieert.

29. In de Verenigde Staten kunnen leden van een rechterlijk college afwijkende standpunten bekend maken, middels deze *dissenting opinions*, die aan de beslissing van het college worden gehecht. Als een rechter het eens is met de uitkomst van de beslissing, maar die via een andere redenering zou willen bereiken, schrijft hij een zogenaamde *concurring opinion* en maakt aldus zijn mening bekend.

30. Zie J. Hogarth, *Sentencing as a human process*. Totonto: University of Toronto Press (1971).

31. Zie Ten Kate & Van Koppen (1984), op. cit. noot 24; en P.J. van Koppen & J. ten Kate, 'Individual differences in judicial behavior: Personal characteristics and private law decision making.' 18 *Law and Society Review* 225-247 (1984).

32. Naast een aantal biografische gegevens, zoals leeftijd en geslacht, werden de volgende persoonlijkheidskenmerken gemeten: zelfwaardering, empathie, behoefte aan zekerheid en rolopvattingen.

33. Hogarth (1971), op. cit. noot 30. Deze magistrates hebben overigens niet allen een juridische opleiding achter de rug.

Zo bestond er tussen de rechters weinig overeenstemming over de relevantie van verschillende types gegevens in het dossier voor de op te leggen straf: elke rechter leek zijn eigen criteria te hebben voor relevantie van informatie en gaf steeds zijn eigen gewicht daaraan. Zodra rechters het echter over de feiten in een zaak eens zijn, blijken zij het opmerkelijk eens te zijn over de strafmaat. Verschillen ontstaan dus niet zozeer door een onafhankelijke neiging zwaar of juist minder zwaar te straffen, maar door uiteenlopende verwerking en waardering van dezelfde informatie. Het lukte Hogarth ongeveer 50 procent van de verschillen in opgelegde straffen te verklaren met behulp van verschillen in waarneming en waardering door de rechters van gegevens in het dossier.

3. Conclusie

Het beeld van de beslissende rechter, dat wij hierboven schetsten, ziet er als volgt uit. In het merendeel van de zaken ligt de beslissing voor elke rechter voor de hand: in de helft van de civiele zaken laat de gedaagde verstek gaan en volgt vrijwel altijd toewijzing van de vordering; in de meeste strafzaken zal de OvJ seponeren als hij er niet van overtuigd is dat hij een sterke zaak heeft. In de overige zaken wordt de beslissing van de rechter voor een groot deel bepaald door de taakomgeving. De belangrijkste determinanten van de taakomgeving zijn uiteraard wet en jurisprudentie. Daarbinnen heeft de rechter echter een bijzonder grote beslissingsvrijheid en de beperkingen daarin worden vooral bepaald door andere in de procesgang belangrijke personen.

De beslissingsvrijheid van de rechter laat ruimte voor verschillende beslissingen door verschillende rechters in dezelfde zaak. Die verschillen zijn niet eenvoudig te herleiden tot verschillen in persoonlijkheidskenmerken tussen de rechters. De persoon van de rechter is wel van belang bij het beoordelen van het dossier en op basis van uiteenlopende waarderingen en waarnemingen van de gegevens van een zaak nemen rechters dan verschillende beslissingen. De heersende mening onder advocaten dat het wat uitmaakt welke rechter in een zaak beslist kan derhalve niet volmondig worden bevestigd.