

P.J. van Koppen (2000) Het maatschappelijke oordeel van de rechter in concrete zaken. *Trema*, 23, 453-458

# Het maatschappelijke oordeel van de rechter in concrete zaken<sup>1</sup>

HET BEROEP VAN RECHTER is om in een permanente identiteitscrisis te verkeren. Aan de ene kant is hij onafhankelijk. Hij is voor het leven benoemd en zou zich met veel afstand over de hem voorgelegde zaken moeten buigen. Aan de andere kant wordt van de rechter verwacht dat hij responsief is op hetgeen in de maatschappij leeft en de maatschappelijke veranderingen die plaats vinden. De duale positie van de rechter is er de laatste tijd alleen maar lastiger op geworden doordat de pers en het publiek – waaronder in strafzaken de slachtoffers – de rechter steeds meer op de vingers kijken.

In 1959 kon Enschedé in zijn Amsterdamse oratie nog betogen dat het vertrouwen in de rechtspraak mogelijk gemaakt wordt door de motivering van de vonnissen en arresten.<sup>2</sup> Met andere woorden: als de rechter het aan de partijen maar goed uitlegt waarom hij zo heeft beslist, dan zal men hem vertrouwen. Daarmee komt de rechter er niet meer. Aan de ene kant moet hij zich nu ook tegenover anderen dan de partijen verantwoorden, zoals de slachtoffers of de maatschappij als geheel. Aan de andere kant volstaat een vaderlijke uitleg niet meer, maar moet hij tegenwoordig ook een maatschappelijk verantwoord en geaccepteerd oordeel vellen.<sup>3</sup>

De meest eenvoudige uitweg uit het dilemma tussen onafhankelijkheid en maatschappelijke responsiviteit is om ouderwets de 'bouche de la loi' te zijn. Daar is wel wat voor te zeggen. De rechter legt dan de verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke responsiviteit bij de wetgever. In die opvatting draagt de wetgever er zorg voor dat de maatschappelijke responsiviteit tot uitdrukking komt in wetgeving die vervolgens door de rechter in volstrekte onafhankelijkheid toegepast kan worden. Die oplossing is echter voor het laatste in het midden van de vorige eeuw verdedigd.<sup>4</sup> Wetgeving loopt immers per definitief achter bij de maatschappelijke ontwikkelingen en wetgeving wil nogal eens slecht passen op het individuele geval.

Dat soort problemen bracht Paul Scholten in zijn magistrale *Algemeen Deel* in 1934 tot een zeer afgewogen standpunt. De rechter was weliswaar gebonden aan wet en jurisprudentie, maar daarnaast speelde zowel zijn – per definitie hoogst individuele – geweten een rol bij de beslissing, als het maatschappelijke oordeel van de rechter in de vorm van de verantwoording tegenover de gemeenschap. Hij schreef: *'Naar de gevoelszijde van ons geestesleven raakt het rechtsoordeel tegelijk de intuïtieve scheiding tussen goed en kwaad, het zedelijk oordeel én het beleven der gemeenschap, waarin dit recht moet worden verwerkt – verstandelijk tegelijk de verantwoording tegenover de*

*gemeenschap en het daarin geldende gezag en tegenover eigen geweten.'*<sup>5</sup> Soortgelijke standpunten werden ook in de Angelsaksische wereld eind negentiende eeuw, begin twintigste eeuw naar voren gebracht,<sup>6</sup> onder andere door de aanhangers van de zogenaamde sociological jurisprudence<sup>7</sup> en de legal realists.<sup>8</sup>

De relativering van de 'bouche de la loi'-positie van de rechter is daarna ten onzent vorm gegeven in de vrije rechtsvinding, die in Nederland zijn aanhangers vond in bijvoorbeeld Schoordijk<sup>9</sup> en Van Dunné.<sup>10</sup> Vrije rechtsvinders laten zich niet zoveel aan de wet gelegen liggen, of, zoals Schoordijk dat omschreef: *'De (...) "Buchstaben" der wet (...) vormen geen sta-in-de-weg om te komen tot een oplossing, die zich met de "Umwelt" goed verstaat.'* De Duitse woorden in dit citaat laten zien dat Duitse denkers als Esser een grote invloed op de Nederlandse vrije rechtsvinders hadden.<sup>11</sup> Vrije rechtsvinders wijzen de 'Buchstaben' van de wet af, maar hoe moeten wij de 'Umwelt' van de vrije rechtsvinders verstaan? Daarin leggen zij veel minder maatschappelijke responsiviteit dan op het eerste gezicht lijkt. Vrije rechtsvinders lijken vooral de *eigen* opvattingen in de plaats te stellen van zowel de wet als de maatschappelijke opvattingen. Zij gaan soms zelfs zo ver

\* Senior hoofdonderzoeker bij het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtspraak te Leiden en hoogleraar rechtspsychologie aan het Departement Rechten, Universiteit Antwerpen.

1. Ik dank Jan de Keijser en Hans Nijboer voor hun commentaar op een eerdere versie.

2. Zie C.J. Enschedé (1959) *Motivering en motief*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (oratie Universiteit van Amsterdam).

3. Zie voor een bespreking van die ontwikkeling J.F. Nijboer en A. Sennel (1999) *Justification*. In M. Malsch and J.F. Nijboer (red.), *Complex cases: Perspectives on the Netherlands criminal justice system* (pp. 11-26). Amsterdam: Thela Thesis.

4. Als ongeveer de laatste door J. de Vrieze (1953) *De magistraat in verleiding. Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 83, 6-17.

5. Zie P. Scholten (1974) *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht. Algemeen deel*. Zwolle: Tjeenk Willink (3e druk), p. 132.

6. Zie bijvoorbeeld O.W. Holmes Jr. (1881) *The common law*. Boston: Little, Brown; en O.W. Holmes Jr. (1897) *The path to law*. *Harvard Law Review*, 10, 39-48.

7. Bijvoorbeeld R. Pound (1923) *The theory of*

judicial decision (1). *Harvard Law Review*, 36, 641-662; R. Pound (1913) *Justice according to law*. *Columbia Law Review*, 13, 696; en R. Pound (1910) *Law in the books and law in action*. *American Law Review*, 44, 12-36.

8. Met als belangrijkste exponenten Jerome Frank en Llewellyn. Zie J.N. Frank (1930) *Law and the modern mind*. New York: Coward & McCann; J.N. Frank (1950) *Courts on trial: Myth and reality in American justice* (2nd ed.). Princeton, NJ: Princeton University Press; K.N. Llewellyn (1960) *The common law tradition*. Boston: Little, Brown; en K.N. Llewellyn and E.A. Hoebel (1941) *The Cheyenne way: Conflict and case law in primitive jurisprudence*. Norman, Oklahoma: Oklahoma University Press. Voor een overzicht: W.L. Twining (1973) *Karl Llewellyn and the realist movement*. London: Weidenfeld and Nicolson.

9. Zie bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk (1972) *Oordelen en vooroordelen*. Deventer: Kluwer (diëtrede Katholieke Hogeschool Tilburg op 28 september 1972).

10. Zie bijvoorbeeld J.M. van Dunné (1974) *Risikante rechtsvinding*. Deventer: Kluwer (oratie Rotterdam).

11. Vooral J. Esser (1970) *Vorverständnis und Methodenuabl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Athenäum.

dat zij de rechterlijke beslissing zien als een hoogst individuele creatieve sprong.<sup>12</sup> Met Bregstein moge dan het adageum 'liever onzekerheid van recht, dan zekerheid van onrecht'<sup>13</sup> gelden, maar dat is wel recht volgens de hoogst individuele opvattingen van de rechter. Dat maakt de rechter van soeverein oordelende instantie tot een oordelende vrije jongen.

Inmiddels wordt van de rechter steeds meer gevergd dat hij in zijn beslissingen rekening houdt met hetgeen in de maatschappij leeft. De discussie die ik hiervoor kort weergaf, heeft zich vooral afgespeeld in civilibus, ook in het relatief gesloten systeem van het strafrecht wordt de rechter geacht steeds responsiever te zijn voor maatschappelijke opvattingen. Die komen bijvoorbeeld tot uiting in de toenemende aandacht voor gelijkheid van straffen voor soortgelijke gevallen door de verschillende gerechten.<sup>14</sup>

In welke mate rechters responsief zijn voor maatschappelijke opvattingen kan tot uiting komen in de drie beslissingen die de rechter in een strafzaak moet nemen: heeft de verdachte het ten laste gelegde feit gepleegd, zijn het feit en de dader strafbaar en welke straf is de juiste? Ik zal mijn bespreking beperken tot de eerste en de laatste beslissingen: die over het bewijs en die over de straftoemeting.<sup>15</sup>

## De bewijsbeslissing

Voor de bewijsbeslissing werd van oudsher eveneens een vrij mechanisch beeld gehanteerd, een 'bouche des faits'-

opvatting als het ware. Dat gebeurde simpelweg, zo schreef de leidende auteur op dit gebied John Henry Wigmore, door hetgeen bewezen moet worden (het *probandum*) steeds verder te specificeren. Als dat proces maar lang genoeg doorgaat, verwacht men dat er tenslotte een één-op-één-relatie zou ontstaan tussen wat bewezen moet worden (*facta probanda*) en wat bewezen is (*facta probantia*).<sup>16</sup> In Nederland werd dit proces in 1997 nog als model gehanteerd door Crombag, De Wijkerloo en Cohen in hun veel geciteerde *Theorie over Rechterlijke Beslissingen*.<sup>17</sup>

Een dergelijke opvatting over de bewijsbeslissing moge dan volgens sommigen formeel logisch zijn<sup>18</sup>, er schuilt een nogal mechanisch beeld in van feiten en bewijs. Alsof het bij voorbaat evident is welke feiten relevant zijn voor de beslissing, de feiten steeds slechts één interpretatie toelaten en elk feit ook afzonderlijk beschouwd kan worden. Welke feiten uit het dossier relevant zijn voor het vaststellen van schuld of onschuld van de verdachte is bijvoorbeeld niet bij voorbaat evident. Wij kunnen pas weten welke feiten daarvoor relevant zijn, als wij weten welke beslissing genomen moet worden en dat kan pas weer als de feiten zijn vastgesteld. Die vicieuze cirkel kan slechts doorbroken worden als begonnen wordt met het nemen van een beslissing, desnoods in de vorm van een werkhypothese en vervolgens daarbij de relevante feiten te zoeken.

In strafzaken voorziet het verhaal van het Openbaar Ministerie in die werkhypothese. Crombag, Wagenaar en ik hebben in *Dubieuze Zaken* met de Theorie van Verhaal en Verankering een model uitgewerkt dat de interactie tussen beslissing – of werkhypothese – en de bewijsmiddelen nader verklaard.<sup>19</sup> Ik zal het daarover hier verder niet hebben, omdat ik mij wil richten op het tweede probleem met de feiten, namelijk de verschillende manieren waarop die geïnterpreteerd en gewaardeerd kunnen worden.

Feiten in het strafrecht zijn zelden zonder problemen, omdat het bewijsmateriaal vaak niet geheel zonder problemen is. Getuigen kunnen liegen of zich vergissen. De politie kan getuigen op zodanige manier hebben ondervraagd dat de juiste toedracht niet meer te achterhalen is<sup>20</sup>, waarbij bijvoorbeeld met kinderen en geestelijk gehandicapten als getuigen problemen kunnen ontstaan.<sup>21</sup> Ook bekendnissen zijn niet altijd betrouwbaar<sup>22</sup> en zelfs relatief hard forensisch bewijs kent zijn feilen, zoals recent Crombag en ik demonstreerden voor wat betreft oorafdrukken en vingerafdrukken.<sup>24</sup> Bewijsmiddelen kunnen soms niet zonder experts gewaardeerd worden en bij het waarderen van het oordeel van de experts ontstaan weer nieuwe problemen.<sup>24</sup> En verder maken rechters bij het waarderen van bewijs niet alleen aanwijsbare fouten<sup>25</sup>, maar bewijsmiddelen kunnen op z'n best de schuld of onschuld van een verdachte waarschijnlijker of minder waarschijnlijk maken, nooit met zekerheid vaststellen.

In mijn bespreking van de maatschappelijke rol van de bewijsbeslissing zal ik aansluiten bij degenen die de feitenbeslissing beschouwen als een *berekenbare* beslissing. Niet omdat ik een aanhanger van een dergelijk model ben, want ik meen dat wij in *Dubieuze Zaken* overtuigend hebben laten zien dat een model van Verhaal en Verankering dichter bij de werkelijkheid komt. Maar de bewijsbeslissing als een berekenbare beslissing kan gelden als demonstratie waar de maatschappelijke opvatting van de rechter van invloed is op zijn bewijsbeslissing.

12. Zie Van Dunné, *op. cit.*, *passim*.

13. Zie M.H. Bregstein (1960) De betrekkelijke waarde der wet, *Vorzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein I* (p. 1-34). Zwolle: Tjeenk Wilink (oorspr. 1952).

14. Zie bijvoorbeeld M. Otte (2000) Het probleem van straffen. *Trema*, 23(4), 3-8; en A.C. Berghuis (1992) De harde en de zachte hand: Een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid. *Trema*, 15, 84-93.

15. Over het niet onbelangrijke gebied van rechtsvinding in de sfeer van de beslissingen over de strafbaarheid – kwalificatie, rechtvaardigingsgronden en schuldloosheidsgronden – is uiteraard ook het nodige te zeggen. Zie, met name over jurisprudentiële ontwikkelingen van veroorloevende normen, bijvoorbeeld J.F. Nijboer (1996) Rechtsvinding door de strafrechter, bijvoorbeeld wat betreft de strafbaarheid van (euthanatisch) handelen. *Trema*, 19, 336-342.

16. Zie J.H. Wigmore (1937) *The science of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience* (3rd ed.). Boston: Little Brown.

17. Zie H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerloo en M.J. Cohen (1997) *Een theorie over rechterlijke beslissingen*. Groningen: H.D. Tjeenk Wilink. Zie ook hierover G.J. Wiarda (1972) *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle: Tjeenk Wilink.

18. Bijvoorbeeld W. Twining (1999) Necessary but dangerous? Generalizations and narratives in argumentation about 'facts in criminal process'. In M. Malsch and J.F. Nijboer (red.), *Complex cases: Perspectives on the Netherlands criminal justice system* (p. 69-96). Amsterdam: Thela Thesis.

19. Zie H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen and W.A. Wagenaar (1994) *Dubieuze zaken: De psychologie van strafrechtelijk bewijs*. Amsterdam: Contact (2e herziene druk), *passim*.

20. Zie H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen and W.A. Wagenaar (1994) *Dubieuze zaken: De psychologie van strafrechtelijk bewijs*. Amsterdam: Contact (2e herziene druk), met name Hoofdstukken 10 en 11; en G. Wolters (1997) Herinneringen van ooggetuigen. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing and H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (p. 277-293). Deventer: Gouda Quint.

21. Zie H.G.J. Soppe (1997) Het verhoren van kinderen in zedenzaken. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing and H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (p. 352-377). Deventer: Gouda Quint.

22. Zie P.J. van Koppen (1998a) Bekennen als bewijs: Bedenkingen bij het verhoren van de verdachte. *Justitiële Verkenningen*, 24(4), 61-73.

23. Zie P.J. van Koppen and H.F.M. Crombag (2000) Oren, lippen en vingers: De waarde van oud en nieuw identiteitsbewijs. *Nederlands Juristenblad*, 75, 6-12.

24. Zie bijvoorbeeld over psychologen in de rechtszaal P.J. van Koppen and M.J. Cohen (2000) Psychologists in the Dutch legal domain. In P.J. van Koppen and N.H.M. Roos (red.), *Rationality, information and progress in law and psychology (Liber amicorum Hans F.M. Crombag)* (p. 63-78). Maastricht: Maastricht University Press; en over forensische experts R. Smith and B. Wynne (1989) *Expert evidence: Interpreting science in the law*. London: Routledge & Kegan Paul; D.L. Faigman, D.H. Kaye, M.J. Saks and J. Sanders (red.) (1997) *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony* (Vol. 1 and 2). St. Paul, MI: West; D.L. Faigman, D.H. Kaye, M.J. Saks and J. Sanders (red.) (1999) *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony, Supplement*. St. Paul, MI: West; en J.F. Nijboer (1990) *Forensische expertise*. Arnhem: Gouda Quint.

Er zijn nogal veel theoretici die een model van een berekenbare beslissing aanhangen. Zij hebben voornamelijk hun toevlucht gezocht tot het zogenaamde *Baysiaanse* beslissingsmodel dat is vernoemd naar de achttiende eeuwse Schotse dominee Bayes.<sup>25</sup> Het model gaat uit van de kwestie waarvoor ook een rechter staat: hij moet beslissen of één van de volgende twee hypothesen waar is: de verdachte is schuldig aan het ten laste gelegde feit of de verdachte is daaraan niet schuldig. Het probleem in veel strafzaken – dit overigens in tegenstelling tot de meeste civiele zaken – is niet de juridische kwalificatie van het gedrag van de verdachte, maar of de aangedragen bewijsmiddelen voldoende zijn om een van de twee hypothesen logisch uit te sluiten. In de praktijk dragen de bewijsmiddelen bij aan de waarschijnlijkheid waarmee een van de twee hypothesen juist is, vaak zonder de juistheid van de andere hypothese logisch uit te sluiten. Het mathematische beslissingsmodel van Bayes begint met een vrij willekeurig gekozen *a priori* waarschijnlijkheid van de schuld van de verdachte. Vervolgens wordt op grond van elk aangedragen bewijsmiddel bepaald in welke mate de waarschijnlijkheid van schuldig naar boven of naar beneden moet veranderen. De mate waarin die waarschijnlijkheid verandert wordt bepaald door de *diagnostische waarde* van dat bewijsmiddel.<sup>27</sup>

De waardering van bewijsmiddelen kan op die manier voorgesteld worden als een meter, zoals een snelheidsmeter op de auto, met links een 0, dat wil zeggen zeker niet schuldig, tot aan geheel rechts de maximale snelheid, dat wil zeggen zeker schuldig. De wijzer kan bij aanvang van de zaak op een willekeurig punt gezet worden want het beginpunt is vrij irrelevant voor de einduitslag. De waardering van het eerste bewijsmiddel verloopt dan als volgt. Als die wijst op schuld van de verdachte verschuift de wijzer naar rechts, in de richting van meer zekerheid over schuld van de verdachte. In welke mate de wijzer verschuift, hangt af van de kracht van het bewijsmiddel, dat wil zeggen de zogenaamde *diagnostische waarde* van het bewijsmiddel. Een enigszins dubieuze getuigenverklaring zal misschien een kleine verschuiving ten nadele van de verdachte teweeg brengen; als bijvoorbeeld het DNA-profiel van de verdachte overeenkomt met sperma dat op het slachtoffer is aangetroffen, zal de wijzer een grote sprong naar rechts maken. DNA-bewijs heeft immers een aanzienlijk grotere diagnostische waarde dan getuigenbewijs, zeker als dat laatste van twijfelachtige gehalte is. Vervolgens beschouwt de rechter het tweede bewijsmiddel. Dat doet opnieuw de wijzer verplaatsen met een sprong waarvan de grootte afhankelijk is van de diagnostische waarde van het bewijs. Als een bewijsmiddel ontlastend is voor de verdachte gaat de wijzer naar links, als die belastend is verder naar rechts. Op die manier worden alle bewijsmiddelen gewogen en zal nadat alle bewijsmiddelen de revue hebben gepasseerd de wijzer ergens tussen zeker onschuldig en zeker schuldig eindigen. Geheel op zeker onschuldig of geheel op zeker schuldig zal de wijzer nooit komen want elk bewijsmiddel draagt een zekere graad van onzekerheid in zich.

Met de eindstand van de wijzer is nog geen beslissing genomen. Die hangt af van een, als het goed is, vooraf gestelde grens, die wij de overtuiging van de rechter noemen (art. 338 Sv.) en de Engelsen fraaier en meer geobjectiveerd aanduiden met *beyond a reasonable doubt*.<sup>28</sup> Als de wijzer ter rechterzijde van die grens is geëindigd, bieden

de bewijsmiddelen gezamenlijk kennelijk voldoende zekerheid van schuld van de verdachte en kan veroordeeld worden; als de wijzer die grens niet haalt is er kennelijk te veel onzekerheid over schuld van de verdachte en dient vrijspraak te volgen.

25. Zie Crombag, Van Koppen & Wagenaar, 1994, *op. cit.*; en H.F.M. Crombag (1997) Ook rechters maken menselijk fouten. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing and H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (p. 561-577). Deventer: Gouda Quint.  
 26. Zie bijvoorbeeld L.J. Cohen (1977) *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon; W. Edwards, D. von Winterfeldt and D.L. Moody (1988) Simplicity in decision analysis: An example and a discussion. In D.E. Bell & H. Raiffa and A. Tversky (red.), *Decision making: Descriptive, normative, and prescriptive interactions* (p. 443-464). Cambridge: Cambridge University Press; R. Eggleston (1983) *Evidence, proof and probability* (2nd ed.). London: Weidenfeld & Nicolson; W.O. Finkelstein and W.B. Fairly (1970) A Bayesian approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, 83, 489-517; R.W. Goldsmith (1980) Studies of a model for evaluating judicial evidence. *Acta Psychologica*, 45, 211-221; J.B. Kadane and D.A. Schum (1996) *A probabilistic analysis of the Sacco and Vanzetti evidence*. New York: Wiley; D.A. Schum (1994) *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Chichester: Wiley; en L. Tribe (1971) Trial by mathematics: Precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review*, 84, 1329-1393.  
 27. Zie daarover H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen and W.A. Wagenaar (1997) De waarde van bewijs in strafzaken. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing and H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (pp. 245-259). Deventer: Gouda Quint. Vergelijk D.M. Green and J.A. Swets (1966) *Signal detection theory and psychophysics*. New York: Wiley. Ik zal niet betogen dat het Baysiaanse model een goed model is voor de bewijsbeslissing van de rechter, want het kent een vrij groot aantal problemen. De eerste is de *a priori* waarschijnlijkheid; het beginpunt van de wijzer. Die moet 0 zijn, want de verdachte is onschuldig totdat het tegendeel bewezen is. Als dan de *a priori* waarschijnlijkheid wordt vermenigvuldigd met de diagnostische waarden van de aangedragen bewijsmiddelen (want zo gaat dat in de formule van Bayes), dan kan de *a posteriori* waarschijnlijkheid van schuld nooit anders dan 0 worden, en wordt niemand veroordeeld. Vergelijk W.A. Wagenaar (1988) The proper seat: A Bayesian discussion of the position of expert witnesses. *Law and Human Behavior*, 12, 499-510, p. 149. Bayes' formule mag dan rechtstreeks onjuist zijn, in de praktijk blijkt de *a priori*-waarschijnlijkheid van schuld vaak juist doorslaggevend voor de uiteindelijke beslissing. Experimenten van Schünemann lieten zien dat als rechters voorafgaand aan de zitting het dossier hebben gelezen – in het inquisitoire systeem voornamelijk samengesteld uit materiaal dat het openbaar ministerie heeft aangedragen – aanzienlijk meer veroordelen dan rechters die zonder voorbereiding aan de zitting beginnen. Zie B. Schünemann and W. Bandilla (1989) Perseverance in courtroom decisions. In H. Wegener & F. Lösel and J. Haisch (red.), *Criminal behavior and the justice system: Psychological perspectives* (pp. 181-192).

New York: Springer; en B. Schünemann (1983) Experimentelle Untersuchungen zur Reform der Hauptverhandlung in Strafsachen. In H.J. Kerner & H. Kurry and K. Sessar (red.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle* (pp. 1109-1151). Köln: Heymanns. Schünemanns resultaten werden bevestigd in onderzoek door Koehler, die concludeerde dat '(a)ny task that prompts a person to temporarily accept the truth of a hypothesis will increase his or her confidence in that hypothesis.' Zie D.J. Koehler (1991) Explanation, imagination, and confidence in judgment. *Psychological Bulletin*, 110, 173-180, p. 502. Een voorwaarde voor het Baysiaanse model is eveneens dat de diagnostische waarde van bewijsmiddelen zinvol in getallen omgezet kan worden. Dat kan als er goed onderzoek gedaan is. De diagnostische waarde van een goed uitgevoerde Oslo-confrontatie is bijvoorbeeld 15, zo weten wij uit W.A. Wagenaar and N. Veeffkind (1992) Comparison of one-person and many-person lineups: A warning against unsafe practices. In F. Lösel & D. Bender and T. Blesener (red.), *Psychology and law: International perspectives* (pp. 275-285). Berlin: De Gruyter, en van de zogenaamde poppenmethode slechts 4,5, zie L. Jampole and M.K. Weber (1987) An assessment of the behavior of sexually abused children with anatomically correct dolls. *Child Abuse and Neglect*, 11, 187-192; en L.J. Skinner and K.K. Berry (1993) Anatomically detailed dolls and the evaluation of child sexual abuse allegations: Psychometric considerations. *Law and Human Behavior*, 17, 399-421. Van de meeste vormen van bewijs kennen wij de diagnostische waarde niet, zelfs niet van vingerafdrukken en DNA-onderzoek. Zie P.J. van Koppen and H.F.M. Crombag (2000) Oren, lippen en vingers: De waarde van oud en nieuw identificatiebewijs. *Nederlands Juristenblad*, 75, 6-12. Empirisch onderzoek kan daarvoor nauwelijks tot getalsmatige conclusies voor de forensische praktijk leiden. Daarnaast heeft het Baysiaanse model geen voorziening voor bewijsmiddelen die in elkaars licht geherwaardeerd moeten worden. Door deze en andere problemen is de Baysiaanse benadering slechts bruikbaar voor sommige bewijsmiddelen in een zeer beperkt aantal zaken mogelijk. Zie recent in dezelfde zin: M. Sjerps (2000) Pros and cons of Bayesian reasoning in forensic science. In J.F. Nijboer and W.J.J.M. Sprangers (red.), *Harmonisation in forensic expertise: An inquiry into the disirability of and opportunities for international standards* (pp. 557-585). Amsterdam: Thela Thesis; en D.A. Schum (2000) Singular evidence and probabilistic reasoning in judicial proof. In J.F. Nijboer and W.J.J.M. Sprangers (red.), *Harmonisation in forensic expertise: An inquiry into the disirability of and opportunities for international standards* (pp. 587-603). Amsterdam: Thela Thesis.  
 28. Zie voor een overzicht B.J. Shapiro (1991) 'Beyond reasonable doubt' and 'probable cause': Historical perspectives on the Anglo-American law of evidence. Berkeley, CA: University of California Press.

Waar legt de rechter nu die grens? Iedereen zal het erover eens zijn dat die grens vrij dicht bij de rechterzijde van de schaal zal moeten liggen. Er moet immers overtuiging zijn van de schuld van de verdachte. Maar is dat, in percentages uitgedrukt, nu 90 procent of 95 procent of 99 procent zekerheid over de schuld van de verdachte? Dat percentage vertaalt zich direct in de eisen die aan het bewijs gesteld worden voordat een veroordeling kan volgen. Hoe hoger het percentage, hoe sterker het bewijs moet zijn voor een veroordeling. Hoe hoog het percentage

## De rechter zal dus een risico moeten nemen

in werkelijkheid is, kan niet direct worden afgeleid uit de nogal vage aanduiding 'de overtuiging van de rechter.'

Het oordeel over de bewijsmiddelen is geen wetenschappelijk oordeel, zo betoogde Buruma in zijn oratie, en vormt ook niet een zuivere deductie.<sup>29</sup> Het is een praktisch oordeel over een concrete zaak waarbij het oordeel responsief moet zijn voor de maatschappelijke opvattingen. Dat komt tot uiting in de eisen die aan het bewijs worden gesteld. Want de eisen die aan het bewijs gesteld worden – dus hoe ver de wijzer moet komen voordat veroordeeld kan worden – vormen een tweesnijdend zwaard. Als er hogere eisen aan bewijs gesteld worden, betekent zulks dat minder onschuldige verdachten zullen worden veroordeeld, maar ook dat minder schuldige verdachten veroordeeld worden. Andersom zullen bij lagere eisen meer schuldige verdachten, maar ook meer onschuldige verdachten worden veroordeeld.

Die trade-off tussen het veroordelen van schuldige en onschuldige verdachten maakt de bewijsbeslissing van de rechter tot een rechts-politieke beslissing.<sup>30</sup> Want in elke concrete zaak kan de verdachte schuldig of onschuldig zijn en dat is niet altijd evident op grond van de bewijsmiddelen. De rechter zal dus een risico moeten nemen. Bij dat risico maakt hij in feite een afweging tussen de kans om een werkelijk schuldige verdachte vrij te spreken tegen de kans om een werkelijk onschuldige verdachte te veroordelen. Dat is bij uitstek een maatschappelijk oordeel dat niet alleen in het algemeen, maar ook in concreto gevolgen heeft voor de rechterlijke oordeelsvorming. Daarbij spelen namelijk direct de consequenties van een 'onjuiste' uitkomst van de beslissing een rol. Stel dat de verdachte een eenvoudige winkeldiefstal ten laste wordt gelegd en het bewijs is relatief mager. Als de verdachte dan, terwijl hij toch het feit heeft begaan, wordt vrijgesproken, zijn de maatschappelijke consequenties gering. Veel winkeldieven recidiveren nogal eens en dat zal onze verdachte waarschijnlijk ook doen. De maatschappelijke gevolgen van een dergelijke 'foute' beslissing zijn relatief gering en er is derhalve geen enkele reden om in die zaak minder eisen aan de waarde van het bewijs te stellen. Maar wat doet de rechter in een vergelijkbaar geval bij een serieverkrachter? Ook serieverkrachters willen nog wel eens recidiveren. Als tegen hem niet overweldigend bewijs is en hij wordt vrijgesproken terwijl hij toch de dader is, dan kan dat nogal dramatische maatschappelijke consequenties hebben. Er is dan reden om in dergelijke zaken minder eisen aan het bewijs te stellen. Als dat in het algemeen voor dat soort zaken geldt, worden weliswaar meer

schuldige verkrachters veroordeeld, maar zullen ook meer onschuldige verdachten van verkrachting worden veroordeeld.

Dit probleem komt misschien het meest pregnant tot uiting in zedenzaken. Typisch voor de wat lastiger zedenzaken is dat de beschuldigende verklaring van de aangeefster staat tegenover de ontkenkende verklaring van de verdachte en dat voor het overige het bewijs vrij minimaal is. Als strikt de regels van bewijsrecht worden gevolgd, kan in veel van die zaken geen veroordeling volgen. Maar gebrek aan bewijs is zo typisch voor dit soort zaken, dat bij het strikt volgen van de regels vrijwel nooit een veroordeling zal volgen. En dat zou weer tot gevolg hebben dat kinderen en vrouwen in feite vogelvrij worden verklaard. Een gevolg dat wij allemaal rechts-politiek ongewenst vinden. Op die manier ontstaat echter wel bij dit soort zaken de paradoxale situatie dat maatschappelijke responsiviteit vergt dat bij *ernstige* beschuldigingen met *minder* bewijs genoeg wordt genomen. Dat verhoogt de kans dat een verdachte ten onrechte wordt veroordeeld. Dat risico wordt nog eens versterkt door de rol van de zedenrechercheur en door de rechterlijke zoektocht naar bewijs. Maar daarover berichtte ik al eerder in *Trema*.<sup>31</sup>

## De straftoemeting

De straftoemeting is het andere terrein dat ik wil bespreken. De roep om zwaardere straffen lijkt, althans in de media, gevolgd te worden door rechters die de afgelopen decennia ook daadwerkelijk zwaarder zijn gaan straffen. Dat beeld verdient enige nuancering. Al wat ouder onderzoek van Berghuis uit 1994<sup>32</sup> laat zien dat die toename zich vooral beperkt tot specifieke terreinen, zoals geweldsdelicten en ernstiger seksuele misdrijven. Berghuis concludeert dat bij die delicten door de rechter meer dan voorheen rekening wordt gehouden met het slachtoffer en de belangen van de samenleving. Bovendien wordt vaker opgetreden daar waar het voorheen minder gebeurde.

De maatschappelijke roep om zwaarder straffen komt ook naar voren als het gaat om individuele strafzaken. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is de zaak tegen degenen die werden verdacht van mishandeling en het doden van Meindert Tjoelker in Leeuwarden. Men vond de straffen te laag en vooral het buiten vervolging blijven



Prof. dr. P.J. van Koppen. Foto: *Trema*

van één van de verdachten riep algemene verontwaardiging op. Het meest pregnante voorbeeld hoe dit soort verontwaardiging zich vertaalt in de roep om zwaardere straffen vond ik in mijn onderzoek naar meningen over de doodstraf onder de Nederlandse bevolking.<sup>33</sup> Ik vond in 1996 voor het eerst dat een meerderheid van 52 procent van de Nederlanders voorstander was van de doodstraf. Nadere analyse van het materiaal liet zien dat de gevonden toename ten opzichte van eerder onderzoek door het Sociaal Cultureel Planbureau geheel verklaard kon worden door de verontwaardiging die de Dutroux-zaak in België heeft opgewekt. Vooral voor dat soort misdrijven zou een meerderheid de doodstraf weer willen invoeren.

Gelukkig is de Nederlandse politiek niet responsief voor dit soort maatschappelijke opvattingen en lijkt de Nederlandse rechter – getuige het onderzoek van Berghuis – niet overweldigend responsief voor de roep om zwaardere straffen. Op de vraag hoe de rechter dan wel straft in concrete zaken, promoveerde onlangs cum laude te Leiden Jan de Keijser. Hij schreef daarover ook een artikel in *Trema*.<sup>34</sup>

Voor de strafmaat zijn de motiveringsvoorschriften herhaaldelijk aangescherpt, maar de rechter heeft een bijzonder grote vrijheid bij het opleggen van een straf aan de verdachte. Natuurlijk betekent dat niet volstreekte vrijheid, want de eis van het openbaar ministerie geeft een richtsnoer en de overeenstemming die in een meervoudige kamer bereikt moet worden, beperkt verder die vrijheid. Niettemin is in de rechtsdogmatiek een veelheid aan theo-

## Doen rechters dan maar wat? Die conclusie kan niet getrokken worden

rieën ontwikkeld over de doelen van straf die in concreto gebruikt zouden kunnen worden als leidraad voor het vaststellen van de modaliteit en grootte van de op te leggen straf. De Keijser betoogt dat de veelheid aan theorieën zonder meer ingedeeld kunnen worden in drie hoofdstromingen: relatieve theorieën, ofwel utilitarisme, absolute theorieën, ofwel retributie, en herstelrecht. In relatieve theorieën vormt het al dan niet vermeende nut ervan de rechtvaardiging van de straf. Zij bewerkstelligen preventie en reductie van criminaliteit. In absolute theorieën vormt het herstel van de morele balans in de samenleving de rechtvaardiging van de straf. In het herstelrecht wordt criminaliteit gezien als een sociaal conflict en wordt getracht het conflict op te lossen met vergoeding van schade door de dader aan het slachtoffer. De Keijser legde aan zowel rechtenstudenten als rechters en raadsheren een vragenlijst over strafdoelen voor. Hij vond dat al die straftheorieën in de opvatting van de respondenten terug gebracht kunnen worden tot twee dimensies: aan de ene kant een harde tegenover een zachte aanpak, dat wil zeggen meer of minder punitiviteit en aan de andere kant al dan niet een sociaal constructieve aanpak, waaronder vallen resocialisatie en herstelrecht.

Op rechtstheoretische en rechtsdogmatische gronden mogen allerlei straftheorieën dramatisch van elkaar verschillen, rechters, raadsheren en rechtenstudenten zien slechts twee te onderscheiden conglomeraten van strafdoelen, zo vond De Keijser. In zijn woorden: *In plaats van het weerspiegelen van een specifieke moreel raamwerk, blij-*

*ken attitudes van rechters zich in het algemeen te stroomlijnen naar een pragmatische visie op straf waarmee men in concrete zaken als het ware alle kanten op kan.*<sup>35</sup>

Het interessantste deel van zijn onderzoek moest echter nog volgen. In een goed uitgebalanceerde empirische opzet<sup>36</sup> vroeg hij vervolgens rechters en raadsheren op standaardcasus een beslissing te geven over strafmodaliteit en strafmaat en daarbij te melden welke strafdoelen bij de beslissing leidraad vormden. Daarnaast onderzocht hij of algemene preferenties van de rechters en raadsheren zich consistent verhouden tot verschillen in straftoemeting. Zijn bevindingen zijn niet fraai voor de straftheorieën. Er werd geen samenhang gevonden tussen strafdoelen die individuele rechters zeggen aan te hangen en de straffen die zij oplegden, maar ook niet tussen de strafdoelen in concreto en de opgelegde straf.

Doen rechters dan maar wat? Die conclusie kan niet getrokken worden. Bij rechters is geen consistente relatie tussen strafdoelen en straf, maar het is mogelijk dat individuele rechters voor zichzelf wel degelijk consistentie nastreven tussen geprefereerde strafdoelen en de straffen die zij opleggen, elk op hun eigen wijze. Zo'n hoogst individuele consistentie brengt ons terug bij de vrije rechtsvinders die ook het hoogst individuele geweten van de rechter als leidsnoer aanbevolen voor de beslissing.

## Conclusie

Ik kom tot mijn conclusies.

Het beroep van rechter is een moeilijk vak dat ik met liefde aan anderen overlaat. Dat geldt overigens ook voor andere rechters dan de strafrechter, waartoe ik mij in dit artikel beperkte. Gevangen tussen de wet en jurisprudentie, het eigen geweten en de maatschappelijke opvattingen moet hij in onzekerheid beslissingen nemen over het bewijs en de op te leggen straf. In beginsel heeft hij bij beide beslissingen binnen zeer ruime marges absolute vrijheid die slechts ingeperkt wordt door hoger beroep, cassatie en zijn collega's in een meervoudige kamer.

Tegenwoordig worden er steeds meer maatschappelijke eisen aan de rechter gesteld. Kon de rechter vroeger in betrekkelijke rust de zaken afwikkelen, nu staan journalis-

29. Zie Y. Buruma (1996) *De aandacht van de strafrechter*. Arnhem: Gouda Quint (oratie Nijmegen), p. 13.

30. Ik laat andere rechtspoliteke overwegingen dan de kwaliteit van het bewijs hier buiten beschouwing, zoals de vraag of bewijsmiddelen mogelijk ontoelaatbaar zijn doordat de politie misschien buiten zijn boekje is gegaan.

31. Zie P.J. van Koppen (1998b) *De zedenparadox: Over bewijsvoering in zedenzaken*. *Trema*, 1998, 119-121. Zie in die zin ook R.C. Park (1997) *Sexual assault and the rule against character reasoning*. In J.F. Nijboer and J.M. Reijntjes (red.), *Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*. Lelystad: Vermande. Overigens lijken in zedenzaken relatief veel vrij spraken voor te komen. Dit is echter een ander effect dan ik hier bedoel. In dit soort zaken seponneert het Openbaar Ministerie niet graag vanwege de slachtoffers en de publieke opinie zodat daarbij vermoedelijke een groter aantal zwakkere zaken aan de rechter wordt voorgelegd.

32. Zie A.C. Berghuis (1994) *Punitiviteitsfeiten*. In M. Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?* (p. 299-311). Arnhem: Gouda Quint.

33. Zie P.J. van Koppen (1997) *De doodstraf*. In K. Wittebrood & J.A. Michon and M.J. ter Voert (red.), *Nederlanders over criminaliteit en rechtsbandhaving* (p. 67-74). Deventer: Gouda Quint.

34. Zie respectievelijk J.W. de Keijser (2000b) *Punishment and purpose: From moral theory to punishment in action*. Amsterdam: Thela Thesis (diss. Leiden); en J.W. de Keijser (2000a) *De bedoeling van straf in theorie en praktijk: Verslag van een onderzoek bij Nederlandse rechters en raadsheren*. *Trema*, 2000, 6, 222-226.

35. J.W. de Keijser (2000a) *De bedoeling van straf in theorie en praktijk: Verslag van een onderzoek bij Nederlandse rechters en raadsheren*. *Trema*, 2000(6), 222-226, op p. 224.

36. Voor de details daarover verwijs ik naar zijn proefschrift: J.W. de Keijser (2000b) *Punishment and purpose: From moral theory to punishment in action*. Amsterdam: Thela Thesis (diss. Leiden).

ten hen in de nek te hijgen. Dat geldt overigens ook voor de politie en het openbaar ministerie. De rechter heeft echter een bijzondere positie, want in zijn beslissingen zou bij uitstek het maatschappelijk oordeel over criminaliteit in het algemeen en de soms onthutsende delicten in het bijzonder gestalte moeten krijgen. Ik heb geprobeerd te laten zien dat maatschappelijke responsiviteit van de rechter bij de bewijsbeslissing kan leiden tot vermindering van de eisen die aan de kwaliteit van het bewijs gesteld worden. Dat levert niet alleen rechtsongelijkheid, tussen bijvoorbeeld degene die van een gering delict worden verdacht en degenen die van een ernstig misdrijf worden verdacht. Het kan ook leiden tot een toename van het aantal rechterlijke dwalingen, juist bij degenen die van die ernstige delicten verdacht worden.

Bij de straftoemeting ligt het iets ingewikkelder. Straftheorieën en strafdoelen hebben zowel in het algemeen als in concreto geen invloed op de opgelegde straf. Als die sturing van de beslissing over de straf ontbreekt, blijft naast de sturing door hoger beroep en collegiale rechtspraak uitsluitend de algemene roep om zwaardere straffen over. De rechterlijke macht lijkt, met uitzondering van geweldsdelicten en ernstige zedendelicten, daarvoor niet gevoelig. Gelukkig maar, zou ik zeggen.

In een notendop, en enigszins gechargeerd, leidt maatschappelijke responsiviteit van de rechter bij de bewijsbeslissing dan vooral tot meer rechterlijke dwalingen en bij de beslissing over de strafmaat tot zwaardere straffen. Geen van beiden lijkt mij een gelukkige ontwikkeling. Misschien was het idee van de vrije rechtsvinders om het geweten van de individuele rechter en de 'Umwelt' zoals de individuele rechter die 'versteht' als grondslag voor de rechterlijke beslissingen te nemen zo gek toch nog niet. Mijn voorkeur blijft echter uitgaan naar het zeer afgewogen oordeel van Paul Scholten.