

J.W. de Keijser & P.J. van Koppen (2004) Compensatoir straffen: Over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf. In: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijke oordeel van de rechter: De wisselwerking tussen rechter en samenleving* (pp. 133-183). Den Haag: Boom

6 Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf

J.W. de Keijser en P.J. van Koppen

1 INLEIDING

In de meeste strafzaken is de bewijsbeslissing voor de rechter eenvoudig.¹ Er is geen of nauwelijks twijfel over de identiteit van de dader en de strafwaardigheid van zijn handelen. In strafzaken waarin de verdachte ontkent én waarin voor het overige het bewijs een ruime marge van onzekerheid laat, ligt de bewijsbeslissing echter een stuk minder eenvoudig. Als het bewijs in dergelijke zaken wettig is en aan de minimumeisen voldoet, *kan* de rechter bewezen verklaren dat verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. Na die beslissingen dient de rechter nog een andere beslissing te nemen: die over de straf. Daarbij is de bewezenverklaring een gegeven; een *conditio sine qua non* voor strafoplegging. Het zou dan niet meer relevant moeten zijn of de rechter wellicht met enige aarzeling tot een bewezenverklaring heeft besloten.

De praktijk stoort zich wellicht wat minder aan dit doctrinaire uitgangspunt. Wij schrijven met opzet ‘wellicht’, want wij baseren dit geheel op een vermoeden. Bij tijd en wijle kwamen wij een strafzaak tegen waarbij de verdachte voor een ernstig misdrijf een opvallend lichte straf kreeg opgelegd. Als wij vervolgens het beslissingsproces van de rechter – achteraf – trachtten te reconstrueren, leek soms de conclusie onontkoombaar: de rechter legde een lichte straf op, omdat hij helemaal niet zo zeker was van de schuld van de verdachte. Het leek er in die gevallen op dat de rechter zijn twijfel daarover trachtte te ‘compenseren’ door dan maar een relatief lichte straf op te leggen.

De studie waarvan wij in dit hoofdstuk verslag doen, is bedoeld om ons vermoeden aan systematische empirische toetsing te onderwerpen. Een zeer directe wijze van onderzoek zou zijn om de rechters te ondervragen die zaten op strafzaken waarin wij compensatoir straffen vermoedden. Wij zouden in zo’n onderzoek van de rechters echter vergen dat zij het geheim van de raadkamer doorbreken en afstappen van de goede gewoonte om buiten het vonnis geen uitleg te geven van het rechterlijk oordeel. Bovendien is het maar de

1. Een redelijke schatting lijkt dat in 88% van de zaken voor de meervoudige kamer van de rechtbank het bewijs klip-en-klaar is en de verdachte ook ter terechtzitting bekend. Zie voor deze schatting Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994), die hun schatting weer baseerden op onderzoek van Van der Boor (1991). Wij spreken overigens steeds over de rechter in enkelvoud, terwijl het in de soort zaken waar wij hier over spreken vaak ook om beslissingen van de meervoudige kamer gaat. De invloed van collegiale rechtspraak komt hieronder nog aan de orde.

vraag of de rechters zichzelf bewust zouden zijn van hun compensatoir straffen. En als zij dat al zouden zijn, kan verwacht worden dat ze dat gewoon glashard zouden ontkennen; dat zouden wij in hun positie namelijk ook doen. Onderzoek naar het mechanisme van compensatoir straffen dient dus via een omweg te geschieden.

Hieronder zullen wij niet alleen onze omwegen beschrijven, maar ook een aantal verrassende fenomenen in het rechterlijk oordeel die wij tijdens onze zoektocht zijn tegengekomen. Eerst bespreken wij het relevante deel van de juridische doctrine op het gebied van het rechterlijk oordeel.

2 BEWEZEN VERKLAREN

2.1 De waardering van feiten en bewijs

De rechter mag alleen tot een bewezenverklaring overgaan als hij ook overtuigd is van de schuld van de verdachte. De rechter zal zijn energie bij de beraadslaging over 'lastige zaken' – waarin het bewijs niet evident is – voornamelijk richten op de mate waarin hij al dan niet overtuigd is geraakt.² Dit is bij uitstek een psychologisch proces waarbij formele rechtsregels de rechter geen houvast bieden. Van de aard en het verloop van dit psychologisch proces – samengevat onder de term *heuristiek* van het rechterlijk oordeel – zien we overigens in het vonnis, dat de *legitimatie* van de beslissing vormt,³ weinig terug. Wel dient de overtuiging van de rechter in Nederland een *conviction raisonnée* te zijn, waarbij de rechter de redenen voor zijn overtuiging, gestoeld op de inhoud van de wettige bewijsmiddelen, in het vonnis moet noemen. Men kan de *conviction raisonnée* aldus als een rationalisatie achteraf van de *conviction intime* beschouwen.⁴ Van groot belang is om daarbij te bedenken dat *motive-*

-
2. Zie het hoofdstuk van Van Koppen en Schalken in dit boek voor een gedetailleerde analyse van de bewijsproblemen en valkuilen bij lastige, complexe strafzaken.
 3. Zie voor het onderscheid tussen heuristiek en legitimatie Crombag, De Wijkerslooth & Cohen (1977).
 4. Door de bewijsmiddelen op te schrijven, kan de rechter zien of de overtuiging ook werkelijk gedragen kan worden door de bewijsmiddelen. Dat is in het Nederlandse recht uitgehouden doordat de rechter slechts zelden zijn vonnis ook werkelijk beargumenteert. Meestal bestaat de legitimatie slechts uit het droog opsommen van de relevante bewijsmiddelen. Vaak is evident hoe die bewijsmiddelen de bewezenverklaring ondersteunen. Soms is voor de lezer het verband tussen de bewijsmiddelen of wat een bewijsmiddel zou moeten bewijzen echter duister. Door het sanctioneren van zogenaamde kop-staart-vonnissen en -arresten is de rationalisatie nog meer uitgehouden en nog meer achteraf geworden dan deze in het verleden al was. Nu wordt eerst de overtuiging gepresenteerd en pas achteraf, als hoger beroep is ingesteld, worden de bewijsmiddelen uitgewerkt. Daarmee heeft het legitimeren zijn rol als controlemiddel op de overtuiging verloren. Overigens is, terwijl wij dit schrijven, in het ressort Arnhem en het arrondissement Utrecht een experiment gaande waarin men tracht tot een verbeterde vorm van motivering te komen.

ring en motieven des rechters twee heel verschillende bezigheden zijn.⁵ In 1966 schreef Enschedé hierover: “De wijze waarop een beslissing als psychische akt tot stand komt, kan men nimmer uitputtend beschrijven, en ook als dat wel mogelijk zou zijn, dan nog zou die beschrijving niet opleveren een aan de wettelijke eisen voldoende motivering.”⁶

De legitimatie door de rechter is geen controlemiddel meer voor zijn beslissing, maar dient slechts om aan de justitiabelen en anderen zijn beslissing uit te leggen. In 1959 kon Enschedé in zijn Amsterdamse oratie nog betogen dat het vertrouwen in de rechtspraak mogelijk gemaakt werd door de motivering van vonnissen en arresten.⁷ 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.⁸

De meest eenvoudige oplossing voor 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 volstreekte onafhankelijkheid toegepast kan worden. Die oplossing is echter voor het laatst in het midden van de vorige eeuw verdedigd.⁹ Wetgeving loopt immers per definitie achter bij de maatschappelijke ontwikkelingen en wetgeving wil nogal eens slecht passen op het individuele geval.

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 dat 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*).¹⁰ In Nederland werd dit proces in 1997 nog als model gehanteerd door Crombag, De Wijkerslooth en Cohen in hun veel geciteerde *Theorie over Rechterlijke Beslissingen*.¹¹

5. Aldus Enschedé (1959).

6. Enschedé (1966), p. 507.

7. Zie Enschedé (1959).

8. In Hoofdstuk 2 van deze bundel is die problematiek reeds uitvoeriger aan de orde gekomen. Zie ook Nijboer & Sennef (1999) voor een bespreking van die ontwikkeling.

9. Voor het laatst door De Vrieze (1953).

10. Zie Wigmore (1937).

11. Zie Crombag *et al.* (1977). Zie hierover ook Wiarda (1972).

Een dergelijke opvatting over de bewijsbeslissing moge dan volgens sommigen formeel correct zijn,¹² er schuilt een nogal mechanisch beeld in van feiten en bewijs. Alsof het bij voorbaat evident is welke feiten relevant zijn voor de beslissing, dat feiten steeds slechts één interpretatie toelaten en dat elk feit ook afzonderlijk beschouwd kan worden. Echter welke feiten uit het dossier relevant zijn voor het vaststellen van schuld of onschuld van de verdachte is 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, om vervolgens daarbij de relevante feiten te zoeken.

In strafzaken voorziet het verhaal van het Openbaar Ministerie in die werkhypothese. Crombag, Van Koppen en Wagenaar 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 verklaart.¹³ Wij zullen het daarover hier verder niet hebben. Wij willen ons richten op het tweede probleem met de feiten, en wel 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,¹⁴ waarbij onder andere met kinderen en geestelijk gehandicapten als getuigen problemen kunnen ontstaan.¹⁵ Ook bekentenissen zijn niet altijd betrouwbaar¹⁶ en zelfs relatief hard forensisch bewijs kent zijn feilen.¹⁷ Bewijsmiddelen kunnen soms niet zonder experts gewaardeerd worden en bij het waarderen van het oordeel van de experts ontstaan weer nieuwe problemen.¹⁸ Bewijsmiddelen kunnen op z'n best de schuld of onschuld van een verdachte waarschijnlijker of minder waarschijnlijk maken, maar deze nooit met zekerheid vaststellen.

12. Bijvoorbeeld Twining (1999).

13. Zie Crombag *et al.* (1994), *passim*.

14. Zie Crombag *et al.* (1994), met name Hoofdstukken 10 en 11 en Wolters (1997).

15. Zie Soppe (1997).

16. Zie van Koppen (1998). Zie ook het hoofdstuk van Van Koppen en Schalken in dit boek waarin uitgebreid aandacht wordt besteed aan valse bekentenissen.

17. Zie van Koppen & Crombag (2000).

18. Zie bijvoorbeeld over psychologen in de rechtszaal Van Koppen & Cohen (2000) en over forensische experts Smith & Wynne (1989), Faigman, Kaye, Saks & Sanders (1997), Faigman, Kaye, Saks & Sanders (1999) en Nijboer (1990). Voor fouten die door rechters bij de waardering van het oordeel van experts gemaakt worden, zie Crombag *et al.* (1994) en Crombag (1997).

2.2 De overtuiging van de rechter

Als de rechter al het bewijs heeft gewaardeerd, is daarmee nog geen beslissing genomen. Het Nederlandse bewijsstelsel is negatief – wettelijk. Dit betekent dat de rechter niet tot een bewezenverklaring mag overgaan indien hij uit de gepresenteerde bewijsmiddelen *niet* de *overtuiging* heeft gekregen dat verdachte het tenlastegelegde feit gepleegd heeft.¹⁹ De rechter is dus niet gebonden aan bewezenverklaring wanneer de bewijsmiddelen aan alle formele eisen voldoen.²⁰ Teneinde een feit bewezen te verklaren, dient de rechter te kunnen “aantonen dat in redelijkheid niet kan worden getwijfeld aan de juistheid van het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt”.²¹ In dit verband spraken wij in de vorige paragraaf reeds over de *conviction raisonnée* van de rechter. Er moet dus meer dan waarschijnlijkheid zijn. Die overtuiging van de rechter (art. 338 Sv.) wordt door de Engelsen fraaier en meer geobjectiverd aangeduid met de gevleugelde term *beyond reasonable doubt*.²² Als dat het geval is, bieden de bewijsmiddelen gezamenlijk kennelijk voldoende zekerheid van schuld van de verdachte en kan deze veroordeeld worden; als de bewijsmiddelen redelijke twijfel over de schuld van de verdachte toelaten, is er kennelijk te veel onzekerheid over schuld van de verdachte en dient vrijpraak te volgen.

Waar legt de rechter nu die grens? Iedereen zal het erover eens zijn dat die grens vrij ver gelegd moet worden. Er moet immers overtuiging zijn van de schuld van de verdachte. Maar is dat nu, in percentages uitgedrukt, 90 procent, 95 procent of 99 procent zekerheid over de schuld van de verdachte?²³ 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 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.²⁴ 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 er veroordeeld kan worden – vormen een tweesnijdend zwaard. Als er hogere eisen aan

19. Zie Corstens (1999), p. 617.

20. Zie voor de formele beperkingen aan bewijs en de bewijsbeslissing Corstens (1999), pp. 616-617.

21. Corstens (1999), p. 615.

22. Zie voor een overzicht Shapiro (1991).

23. ompe wees er reeds op dat die grens niet goed kwantificeerbaar is. Zie Pompe (1959), pp. 18 e.v.

24. Zie Buruma (1996), p. 13.

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.

Juristen zoeken hun criterium voor de eisen die aan het bewijs gesteld moeten worden daarom bij voorkeur in de *trade-off* tussen vrijgelaten schuldigen en veroordeelde onschuldigen. Pompe wees met horreur naar het voorbeeld van Communistisch China, waar men het standpunt inneemt dat elke verdachte bij voorbaat schuldig is.²⁵ Geciviliseerder is het standpunt: beter één schuldige vrij dan één onschuldige veroordeeld of zelfs – naar het oordeel van Wigmore – beter twintig schuldigen vrij dan één onschuldige veroordeeld.²⁶ Welk criterium men ook hanteert, er blijft altijd een zeker risico op een onterechte veroordeling van een onschuldige: “Some risk of convicting the innocent must be run.”²⁷ Want zelfs het beste rechtssysteem zal onschuldigen veroordelen omdat eenvoudigweg geen enkel bewijsmiddel algehele zekerheid biedt.²⁸

De *trade-off* tussen het veroordelen van schuldige en onschuldige verdachten maakt de bewijsbeslissing van de rechter tot een rechts-politieke beslissing. 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 wordt vrijgesproken, terwijl hij toch het feit heeft begaan, 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 de serieverkrachter wil nog wel eens recidiveren. Als tegen hem niet al te sterk 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

25. Zie opnieuw Pompe (1959), p. 19.

26. Zie Wigmore (1974). Zie ook Hoofdstuk 4 in deze bundel voor de mening van de Nederlandse bevolking in dezen.

27. Williams (1955), pp. 133-134.

28. Zie hierover van Koppen (2002).

meer schuldige verkrachters veroordeeld, maar zullen ook meer onschuldige verdachten van verkrachting in de gevangenis terechtkomen.

Op deze wijze kan de paradoxale situatie ontstaan dat maatschappelijke responsiviteit vergt dat bij *ernstige* beschuldigingen de rechter geneigd zou zijn met *minder* bewijs genoeg te nemen dan bij minder ernstige beschuldigingen. Deze *overtuigingsparadox* is twaalf jaar geleden door Crombag en collega's als vermoeden of hypothese geponeerd,²⁹ maar tot op heden nooit aan empirische toetsing onderworpen.

3 VERHOUDING TUSSEN BEWIJS EN STRAF: DE FORMELE LEZING

Bewijzen in het strafrecht is het vaststellen van feiten met het oog op daaraan te verbinden strafrechtelijke sancties, aldus Enschedé.³⁰ De bewijsbeslissing van een rechter over een door het openbaar ministerie aanhangig gemaakte strafzaak is een strikt discrete beslissing. Dat wil zeggen dat een tenlastegelegd feit *of wel, of niet* wettig en overtuigend bewezen wordt verklaard door de rechter. Pas daarna en als aan andere hieronder beschreven voorwaarden is voldaan, beraadt de rechter zich over de straftoemeting. Bewijs speelt aldus *in* de straftoemeting geen rol, maar wel *vóór* de straftoemeting. De straftoemeting zelf wordt (grotendeels) bepaald door de ernst van het feit en de persoon van de verdachte, maar niet door de mate waarin het bewijs de rechter al dan niet wist te overtuigen. Voorafgaand aan de beraadslaging over straftoemeting was het feit immers bewezen verklaard. Voor wat het bewijs betreft is daarmee de kous af.

Bovenstaande gang van zaken is gebaseerd op het beslissingschema vervat in de artikelen 348 en 350 van het Wetboek van Strafvordering. Nadat het onderzoek ter terechtzitting in strafzaken is afgesloten, vindt beraadslaging over het vonnis plaats. Daartoe zal, zo dicteert het Wetboek, dit beslissingschema altijd de dwingende leidraad vormen. De alleen zittende rechter, zoals politierechter of kinderrechter, zal dat schema doorgaans ter plekke doorlopen en direct vonnis wijzen. Leden van een meervoudige kamer van een rechtbank of gerechtshof doorlopen hetzelfde schema in de raadkamer.

Het beslissingsmodel van 348 en 350 Sv. geven we hier slechts summier weer.³¹ De rechter moet eerst de zogenaamde (formele) voorvragen van artikel 348 Sv. beantwoorden. Als in antwoord daarop vastgesteld wordt dat de dagvaarding geldig is, de rechter bevoegd is, het openbaar ministerie ontvanke-lijk is en er geen redenen zijn tot schorsing van de vervolging, wordt overgegaan tot beantwoording van de (materiële) hoofdvragen van artikel 350 Sv. Deze hoofdvragen dienen in de wettelijk omschreven volgorde te worden

29. Zie Crombag *et al.* (1994), pp. 101-103.

30. Enschedé (1966), p. 489.

31. Voor gedetailleerde verhandelingen over de artikelen 348 en 350 Sv., zie Koopmans (1993), Knigge (1993), hoofdstukken 2 en 5 en Nijboer (1997).

doorlopen, waarbij een negatief antwoord op een vraag beantwoording van de volgende vraag overbodig maakt: (1) Is bewezen dat verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd? (2) Welk strafbaar feit levert dit op? (3) Zijn feit en verdachte strafbaar? (4) Dient er een straf of maatregel te worden opgelegd? (5) Welke straf of maatregel wordt opgelegd?

Deze formele lezing volgens ons Wetboek van Strafvordering geeft een glashelder antwoord op iedere vraag naar de relatie tussen bewijs en straf: Een bewezenverklaring is een *conditio sine qua non* voor strafoplegging, niet meer en niet minder dan dat. In strikt juridische zin, zijn we hiermee dan ook aan het einde van dit verhaal gekomen.

4 VERHOUDING TUSSEN BEWIJS EN STRAF: EEN RECHTSPSYCHOLOGISCHE LEZING

De wetgever heeft met het hierboven beschreven model van de artikelen 348 en 350 Sv. getracht het beslissingsproces van de strafrechter zoveel mogelijk te formaliseren, te structureren, te objectiveren en controleerbaar te maken. Desalniettemin blijft er een sterk subjectief element in dit beslissingsproces besloten. Dit betreft de bewijsbeslissing van de rechter, geënt op zijn tijdens het strafproces verkregen overtuiging van de schuld van de verdachte. Dit bij uitstek subjectieve element in het beslissingsproces van de rechter, zo betogen wij, zet de deur open voor psychologische invloeden die kunnen doorwerken tot in de straftoematingsbeslissing. Daarmee kan een effect ontstaan dat, formeel juridisch gezien, volstrekt uitgesloten zou moeten zijn. Wij noemen dit effect *compensatoir straffen*. De rechtspsychologische bespreking van dit probleem vergt een uitstapje naar de psychologische theorie over beslissingen.

In het psychologische onderzoek naar beslissingen werd lange tijd een model gehanteerd waarbij mensen alle relevante informatie waarden om vervolgens een afgewogen oordeel te geven, bijvoorbeeld op een manier die lijkt op een statistische procedure.³² In het onderzoek bleek vervolgens dat het beslissingsgedrag van mensen niet voldoet aan dat 'ideale' beslissingsmodel en dat zij daar onder omstandigheden nogal van kunnen afwijken.³³ Mensen zijn dus nogal irrationeel, vonden psychologen. Dat wordt tegenwoordig een onjuiste conclusie gevonden. Het 'ideale' model gaat er namelijk impliciet vanuit dat de beslisser ongelimiteerd tijd en geld heeft om relevante gegevens te verzamelen en vervolgens op zijn dooie akkertje alle alternatieven kan afwegen. Recent onderzoek van vooral Gigerenzer en collega's laat echter zien dat mensen meestal *fast and frugal* heuristieken – snelle en spaarzame

32. Zie bijvoorbeeld Wald (1947) en Wason (1966). Zie voor een overzicht Gilhooly (1988) en Oakhill & Garnham (1993).

33. Bijvoorbeeld Tversky & Kahneman (1974), Kahneman, Slovic & Tversky (1982), Tversky & Kahneman (1988), Kahneman & Tversky (2000) en Johnson-Laird & Wason (1977). Zie voor een overzicht Shafir & LeBoeuf (2002), Manktelow (1999) en Johnson-Laird (1999).

heuristieken derhalve – hanteren die in veel omstandigheden zelfs betere beslissingen opleveren dan een uitgebreid ‘ideaal’ oordeel.³⁴

Het beslissingsgedrag van mensen kan beter, in navolging van Gigerenzer, omschreven worden als een *adaptive toolbox* – een gereedschapskist met heuristieken die snel aangepast kunnen worden aan de situatie van het concrete probleem. Dit wordt fraai geïllustreerd met een vele malen in allerlei varianten herhaald onderzoek van Gigerenzer en collega's, waarin zij de werking van de zogenaamde *recognition heuristics* demonstreerden. Zij legden aan zowel Duitse als Amerikaanse proefpersonen de namen van de 100 grootste Amerikaanse steden voor. Dat deden zij in paren, met steeds de vraag “Welke van de twee steden is de grootste?” Een voorbeeld van zo'n paar is San Diego en San Antonio. De Duitse proefpersonen hadden vaker juiste oordelen dan de Amerikaanse. De Duitsers deden het beter omdat zij bij de paren afgingen op het herkennen van de namen: als zij slechts één van de twee namen herkenden – bijvoorbeeld San Diego – en de andere niet, namen zij meestal terecht aan dat de herkende stad de grootste is. De Amerikaanse proefpersonen wisten natuurlijk onnoemelijk veel meer over de steden, maar werden bij hun oordeel over de grootte van de stad daardoor juist gehinderd.

In die *adaptive toolbox* spelen allerlei elementen een rol die vooral zijn aangedragen door Daniel Kahneman en Amos Tversky.³⁵ Recent gaf Kahneman in zijn rede bij het aanvaarden van zijn Nobel-prijs daarvan een fraai overzicht.³⁶ Als uitgangspunt hanteert hij bij zijn bespreking dat het meeste beslissingsgedrag intuïtief plaats vindt en onprobleematisch en succesvol is.³⁷ Oordelen door mensen worden door Kahneman ingedeeld in oordelen die in eerste instantie op intuïtie zijn gebaseerd – hetgeen hij Systeem 1-beslissingen noemt – en oordelen die zijn gebaseerd op expliciete redeneringen – de Systeem 2-beslissingen. De intuïtieve beslissingen worden in overheersende mate gestuurd door de toegankelijkheid van relevante informatie in het geheugen.³⁸ Welke relevante informatie in het geheugen wordt opgeroepen, hangt weer af van de manier waarop het probleem waarover beslist moet worden, wordt voorgesteld. Voorts worden de meeste beslissingen intuïtief genomen, behalve als het probleem herkend wordt als een probleem waarover expliciet moet worden nagedacht.

Bij die oordelen worden fouten gemaakt en daarop hebben Tversky en Kahneman vooral hun onderzoek gericht. Voorzover relevant voor de beslissing van de rechter, lieten zij bijvoorbeeld zien dat vergelijkbare situaties die

34. Zie Gigerenzer (2002) en Gigerenzer, Todd & ABC Research Group (1999). Zie ook Todd & Gigerenzer (2000) en het daarachter gevoegde commentaar van collega-onderzoekers.

35. Tversky & Kahneman (1974), Kahneman & Tversky (1979), Tversky & Kahneman (1981), Kahneman *et al.* (1982), Tversky & Kahneman (1983), Kahneman & Tversky (1984), Tversky & Kahneman (1988) en Kahneman & Tversky (1996).

36. Kahneman (2003).

37. Hetgeen Kahneman weer ontleent aan Klein (1998).

38. Humphreys, Dennis, Maguire, Reynolds, Bolland & Hughes (2003).

prominent in het geheugen aanwezig zijn van overheersende invloed kunnen zijn voor een beslissing, ook als de voorbeeldsituaties bijzonder onwaarschijnlijk zijn.³⁹

Richtten Tversky en Kahneman zich vooral op kenmerken van het probleem waarover wordt beslist, de *signaaldetectietheorie* laat zien dat beslissingen ook afhangen van het *doel* waarvoor de beslissing wordt genomen.⁴⁰ De theorie van de signaaldetectie gaat er van uit dat er twee soorten stimuli zijn: de signalen en de niet-signalen. Het is de taak van de signaaldetector – de beslisser – om tussen die twee te onderscheiden. Daarbij kunnen twee soorten fouten worden gemaakt: een niet-signaal aanzien voor een signaal (een ‘foutpositief’) en een signaal aanzien voor een niet-signaal (een zogenaamde ‘misser’ of ‘foutnegatief’).⁴¹ In de rechtspraak zou men de schuldigen als signalen kunnen opvatten, de onschuldigen als niet-signalen. Het is de taak van de rechter om bij zijn beslissing over het bewijs schuldigen van onschuldigen te onderscheiden. Als hij een onschuldige veroordeelt, is dat een foutpositief oordeel; het vrijspreken van een schuldige is een foutnegatief oordeel. De beslissing wordt genomen door op een (denkbeeldig) continuüm een *beslissingscriterium* te definiëren. Haalt de zekerheid die het bewijs biedt dat criterium niet, dan wordt besloten dat de verdachte onschuldig is; haalt de zekerheid dat criterium wel, dan wordt besloten tot schuldig.

De kwaliteit van de beslissing wordt door twee factoren bepaald: door de mate waarin onschuldigen en schuldigen op elkaar lijken en door de plaats van het beslissingscriterium. Hierbij wordt de rechter met een aantal problemen geconfronteerd. De belangrijkste is dat verdachten die werkelijk schuldig zijn er onschuldig kunnen uitzien en er tegen werkelijk onschuldige verdachten nogal eens veel bewijs kan zijn.⁴² De signalen die het bewijs tegen onschuldige en schuldige verdachten oplevert, overlappen elkaar, zodat het beslissingscriterium niet zodanig gekozen kan worden dat een perfecte scheiding wordt gemaakt tussen schuldige en onschuldige verdachten. Hoe wij ook met het beslissingscriterium schuiven, een perfecte scheiding tussen onschuldigen en schuldigen kan niet verwezenlijkt worden. De keuze van de plaats van het beslissingscriterium – dat eigenlijk niets anders is dan de eisen die worden gesteld aan het bewijs – hangt derhalve samen met een afweging. Worden er hoge eisen gesteld aan het bewijs, dan worden meer onschuldigen vrijgesproken, maar ook meer schuldigen. Worden er geringere eisen gesteld aan het bewijs, dan veroordeelt men meer schuldigen, maar dat geldt ook voor onschuldigen.

39. Zie voor meer voorbeelden Wagenaar & Crombag (2002).

40. Green & Swets (1966).

41. Beide fouten worden in de theorie ook wel fouten van respectievelijk de eerste en de tweede soort genoemd.

42. Zie voor een uitgebreidere bespreking van dit probleem waar een en ander ook met plaatjes wordt verduidelijkt Crombag *et al.* (1994).

Nu staat de rechter niet geheel met lege handen. Hij kan de overlap tussen onschuldigen en schuldigen beïnvloeden door het stellen van de juiste vragen. Maar een perfecte scheiding wordt nooit bereikt: schuldigen willen nogal eens onschuldig lijken en andersom. Daardoor kan de rechter niet foutloos oordelen. Wanneer hij foutpositieven persé wil vermijden, zal hij daardoor meer schuldigen vrijspreken; als hij geen schuldigen wil missen, zal hij daardoor extra veel onschuldigen veroordelen. Het is de rechter dus niet aan te rekenen dat hij af en toe fouten maakt. Maar de rechter kan zichzelf wel minder of meer zekerheid verschaffen door het beslissingscriterium te verplaatsen.

4.1 De overtuigingsparadox

De theorie van signaal detectie spreekt zich ook uit over de factoren die invloed uitoefenen op de mate van zekerheid die de beslisser zich wenst. Verondersteld wordt dat beslissingen winst en verlies met zich meebrengen: een goede beslissing levert winst op, een foute verlies. In het geval van de rechtspraak zijn winst en verlies imaginair, maar vormen voor de rechter wel een subjectieve realiteit. Hij wil nu eenmaal graag de schuldigen veroordelen, de onschuldigen vrijspreken en geen fouten maken. Beide soorten fouten daarentegen doen schade aan personen en de samenleving in haar geheel, die de rechter zich aantrekt.

De signaaldetectietheorie veronderstelt dat de rechter let op de gevolgen van zijn beslissing en tracht een beslissing te nemen die minimale kosten veroorzaakt. Maar het probleem is dat de kosten nooit zeker zijn. Als de verdachte wordt veroordeeld, kan de opbrengst positief zijn omdat de verdachte ook inderdaad schuldig was. De opbrengst kan ook negatief zijn omdat de verdachte onschuldig was. Soms blijkt dat achteraf, maar meestal blijft dat onduidelijk. De theorie zegt dat in die onzekere situatie *beide* soorten kosten in overweging moeten worden genomen, ieder gewogen met de bijbehorende zekerheidsgraad. Wanneer de rechter dus vrijwel zeker is van de schuld van de verdachte, wordt de positieve opbrengst zwaar meegeteld en de mogelijke negatieve uitkomst slechts met een heel klein gewicht. Meestal wordt verondersteld dat de kosten van een foutpositieve beslissingen door de rechter heel hoog worden geschat, omdat het, zoals gezegd, erger wordt gevonden een onschuldige te veroordelen dan een schuldige vrij te spreken.

Maar deze manier van beslissen leidt wél tot een paradox, de overtuigingsparadox, die wij al eerder noemden: hoe ernstiger het delict, hoe minder bewijs er vanuit dit gezichtspunt nodig is voor een veroordeling.⁴³ Bewijs is immers nodig om de zekerheid van beslissen te vergroten. Maar omdat de zekerheid wordt gebruikt als factor om de kosten te wegen, zijn zekerheid en

43. Er zijn nog vele andere redenen waarom verwacht kan worden dat bij een ernstig delict met minder bewijs genoeg wordt genomen. Zie daarover uitgebreid Gross (1996).

kosten uitwisselbaar. En dat betekent dat bij zeer hoge kosten slechts weinig zekerheid vereist is voor een veroordeling.

4.2 *Spijt van beslissingen*

Het afgelopen decennium⁴⁴ heeft onderzoek laten zien dat mensen hun beslissingen mede laten afhangen van gevoelens over de mogelijke negatieve uitkomsten van beslissingen.⁴⁵ Gesteld voor de mogelijkheid te kiezen uit verschillende opties – zoals een rechter die moet kiezen uit het schuldig of niet-schuldig verklaren van de verdachte, maar ook bijvoorbeeld bij de keuze waarheen men op vakantie zal gaan – laat men de keuze mede afhangen van de kans dat men van de gemaakte keuze achteraf spijt zal krijgen.⁴⁶ De sturing die geanticipeerde spijt geeft aan de beslissing, bestaat uit twee componenten: (1) de mogelijkheid dat men spijt krijgt van de beslissing in vergelijking met de mogelijke gevolgen van alternatieve keuzes en (2) de kans dat achteraf blijkt dat de gemaakte keuze niet gerechtvaardigd was. De eerste component kan betekenen dat men kan vrezen voor spijt van een beslissing hoewel de verwachte uitkomst niet ongunstig is, maar toch minder gunstig dan de gevolgen van een alternatieve keuze. Een simpel voorbeeld kan dat duidelijk maken.⁴⁷ Aan studenten werden twee keuzes voorgelegd bij de aanschaf van een videorecorder: kiezen voor een redelijke aanbieding nu of wachten op een mogelijk goedkopere aanbieding in de toekomst en kiezen voor de aanschaf van een bijzonder goedkoop merk of voor een Sony. Een controlegroep studenten had geen bijzondere voorkeur voor de opties bij beide keuzes. Aan een andere groep werd echter gevraagd goed te overwegen of zij misschien van hun keuze spijt zouden krijgen. Deze studenten kozen in overwegende mate voor de redelijke aanbieding nu en voor de Sony. Kennelijk zorgde de anticipatie van spijt van de keuze ervoor dat deze studenten meer gingen letten op de rechtvaardiging van hun keuze en kozen voor de ‘veilige’ opties.

Het vermijden van spijt – of in psychologisch jargon *risk aversion* – lijkt onder omstandigheden een overheersende invloed te hebben op uiteenlopende soorten beslissingen. Zo zorgt in sommige situaties het vermijden van spijt ervoor dat men eerder besluit voor de keuze waarbij men niet handelt dan voor de keuze waarbij men moet handelen.⁴⁸ Ook hebben mensen de neiging om te kiezen voor de optie die het minste risico met zich meebrengt.

In al het onderzoek naar het vermijden van spijt heeft men zich gericht op situaties met twee kenmerken. Ten eerste onderzocht men steeds beslis-

44. Maar in de economie ook al wat eerder. Zie Bell (1982) en Loomes & Sugden (1987).

45. Zie Connolly & Zeelenberg (2002) en Zeelenberg, Van Dijk, Manstead & Van der Pligt (1998).

46. Zeelenberg (1999).

47. Ontleend aan Simonson (1992).

48. Kahneman & Tversky (1982), Seta, McElroy & Seta (2001), Landman (1988) en Zeelenberg, Van den Bos, Van Dijk & Pieters (2002).

singen waarin men moest kiezen uit mogelijkheden waarvan de uitkomst vooraf niet vaststond. Ten tweede onderzocht men niet de spijt achteraf, maar vooral de verwachtingen over spijt nadat de gevolgen van een beslissing gematerialiseerd waren. In tegenstelling tot de situaties in het typische *risk aversion*-onderzoek bevindt de rechter zich in een bijzondere situatie: hij neemt twee achtereenvolgende beslissingen. Stel dat de rechter in zijn eerste beslissing gekozen heeft voor schuld van de verdachte, maar niettemin niet geheel overtuigd is van diens schuld. Dit bevordert de kans dat hij vreest van zijn beslissing spijt te krijgen.⁴⁹ De rechter verkeert dan in de unieke mogelijkheid zijn gevreesde spijt in de tweede beslissing, over de straf, te compenseren.

Wij plaatsten hierboven ons vermoeden van compensatoir straffen in het licht van enkele psychologische theorieën. Binnen die kaders moet compensatoir straffen beschouwd worden als een uitermate menselijk mechanisme. Er is immers geen reden om te veronderstellen dat de psychologie van rechters wezenlijk verschilt van die van andere mensen. Dit mechanisme, dat in de door ons bestuurde context het vermoeden oplevert van compensatoir straffen, levert een paradoxaal conflict op. Dat conflict betreft de juridische dogmatiek versus de psychologie van de rechter. De paradox wordt veroorzaakt doordat de juridische dogmatiek, *in casu* het beslissingsschema van 348 en 350 Sv., het verschijnsel compensatoir straffen formeel uitsluit.

5 DE STRATEGIE VAN ONS ONDERZOEK

De persoon van de rechter als factor in juridische beslissingen is een lastig onderwerp van onderzoek. Het ligt gevoelig, niet in de laatste plaats bij rechters zelf. Fundamentele waarden in de strafrechtspleging, zoals onafhankelijkheid, gelijkheid en objectiviteit, staan op gespannen voet met subjectieve eigenaardigheden van en psychologische en maatschappelijke invloeden op de persoon van de rechter. Van dat spanningsveld zijn rechters zich terdege bewust. In het dagelijks werk zijn juridische beslisschema's en toga er immers op gericht de persoon van de rechter letterlijk en figuurlijk zo veel mogelijk aan het zicht en aan (persoonsgebonden) invloed te onttrekken. Het is echter de vraag in hoeverre leden van de zittende magistratuur zich bewust zijn van de wijze waarop psychologische processen de beslissingen toch kunnen kleuren.

In de inleiding betoogden wij dat het direct bevragen van rechters over compensatoir straffen in zaken uit hun dagelijkse praktijk ons geen vruchtbare weg lijkt. Als rechters compensatoir straffen, is het immers zeer de vraag of zij zich daarvan bewust zijn. En als zij zich er van bewust zijn, valt te betwijfelen of ze er vrijelijk over kunnen en willen spreken. Ook analyse van

49. Zie Pieters & Zeelenberg (2002) geciteerd in Connolly & Zeelenberg (2002).

dossiers en vonnissen lijkt geen heilzame weg. Zo geeft de politierechter geen schriftelijk vonnis en wordt het vonnis van de meervoudige kamer slechts bij hoger beroep in meer detail uitgewerkt. Unieke verschillen tussen individuele zaken tezamen met de onmogelijkheid om motieven uit de doorgaans zo summier motiveringen te distilleren, verhinderen systematische en vruchtbare analyse van het probleem.

Rekening houdend met genoemde beperkingen, is voor een gefaseerde onderzoeksaanpak gekozen. In de eerste fase van het onderzoek is een omweg gemaakt. Wij richtten ons niet op beslissende rechters zelf, maar hebben het probleem voorgelegd aan een beroepsgroep waarvan we redelijkerwijs mogen verwachten dat als compensatoir straffen een reëel fenomeen is, de leden ervan daarmee bekend zijn en er een mening over hebben. Het betreft strafrechtadvocaten. Als strafrechtadvocaten, doorgaans niet de minst kritische personen over de zittende magistratuur, *en masse* aan zouden geven niet bekend te zijn met het fenomeen compensatoir straffen, dan zou de zin van verder empirisch onderzoek onzerzijds sterk in twijfel getrokken moeten worden. Daartegenover staat dat de meningen van strafrechtadvocaten ons vermoeden van compensatoir straffen kunnen versterken. In dat geval is te verwachten dat de ervaringen en opvattingen van advocaten bruikbare informatie opleveren voor verdere verdieping in het door ons veronderstelde mechanisme. Deze informatie zou dan aangewend worden ten behoeve van de tweede fase in het onderzoek.

De eerste fase van het onderzoek, waarbij strafrechtadvocaten bevraagd worden, levert ontegenzeggelijk *zachte* informatie op over ons vermoeden van compensatoir straffen. Het betreft immers percepties en vermoedens van relatieve buitenstaanders. Voor het verkrijgen van *harde* informatie moeten we toch bij de rechter zelf zijn. Daartoe is voor de tweede fase gebruik gemaakt van de enige methode die ons in staat zou stellen zinvolle en empirisch gefundeerde uitspraken (in bevestigende, dan wel ontkennende zin) te doen over compensatoir straffen: een experimentele opzet met systematisch gevarieerde casusbeschrijvingen. Het voorleggen van verschillende casusbeschrijvingen van strafzaken aan rechters, waarin de kracht van het bewijs systematisch gevarieerd is en overige factoren onder controle van de onderzoekers zijn, is de meest zuivere wijze om dit mechanisme bloot te leggen, dan wel het vermoeden van compensatoir straffen op empirisch onderbouwde wijze te ontkrachten.

6 ADVOCATEN OVER COMPENSATOIR STRAFFEN

6.1 Methode en vraagstelling

Voor het inventariseren van percepties van strafrechtadvocaten over compensatoir straffen kozen wij voor zeer directe benadering met eenvoudige open

vraagstelling. Eind oktober 2001 is aan alle (242) leden van de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten een brief verstuurd.⁵⁰ In deze brief werd het mechanisme van compensatoir straffen door ons als volgt omschreven:

“Het komt wel eens voor dat de rechter een verdachte veroordeelt terwijl het delict weliswaar wettig, maar naar het oordeel van anderen dan de rechter – die zich daarover immers niet uitlaat – niet erg overtuigend bewezen is. Een aantal malen zijn wij bij zo’n zaak tegengekomen dat vervolgens de verdachte veroordeeld wordt tot een straf die (aanmerkelijk) lager is dan voor het betreffende delict te verwachten valt. Het lijkt er dan op dat de rechtbank of het hof de eigen twijfels over het bewijs als het ware ‘compenseert’ door een lagere straf te geven.”

Vervolgens vroegen wij:

- “1. Komt dit fenomeen u bekend voor? Zo ja, kunt u ons dan berichten of er bepaalde typen zaken zijn waarin dit naar uw oordeel vaak voorkomt?
2. Als u in uw praktijk inderdaad dergelijke gevallen bent tegengekomen, zouden wij het bijzonder op prijs stellen als u het vonnis of het arrest in de betreffende zaak aan ons zou willen toezenden en ons, als het vonnis of het arrest dat al niet doet, meer inzicht in de omstandigheden van het betreffende geval of de betreffende gevallen zou willen geven.⁵¹
3. Als het door ons beschreven fenomeen u geheel onbekend voorkomt, zouden wij dat ook graag van u vernemen.”

Terwijl de eerste en de derde vraag de percepties van het al dan niet vóórkomen van compensatoir straffen betreffen, was de tweede vraag bedoeld om een idee te vormen van het soort casusmateriaal dat bruikbaar zou zijn voor de later te construeren casus.

Voor insturen van het antwoord kon gebruik gemaakt worden van een portvrij antwoordnummer. Drie weken later werd, refererend aan de eerste brief, een herinneringsbrief verstuurd aan de advocaten die tot dan toe niet geantwoord hadden.

6.2 Respons

Van de 242 aangeschreven advocaten, heeft 36 procent (87) schriftelijke beschouwingen ingestuurd over het al dan niet voorkomen van compensatoir straffen.⁵² Alvorens de analyse van deze beschouwingen te bespreken, is een kanttekening op zijn plaats. Het is aannemelijk dat de advocaten die zeggen

50. Hiervoor maakten wij gebruik van de ledenlijst op de website van de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten.

51. In de brief garandeerden wij tevens discrete omgang met toegezonden stukken en verzekerden wij dat bij publikatie geen individuele zaken herkenbaar zouden zijn.

52. Wij danken Ilse de Bruijn, voor haar ondersteuning bij codering en analyse van de brieven.

het door ons beschreven mechanisme van compensatoir straffen te herkennen oververtegenwoordigd zijn. Dat is inherent aan de gehanteerde vraagstelling en methode van onderzoek. Terwijl expliciet gevraagd is ook te reageren wanneer het fenomeen geheel onbekend voorkomt (zie hierboven), dient met een dergelijke vertekening bij interpretatie rekening gehouden te worden. Aan de andere kant moet bedacht worden dat, gezien de aard en doelstellingen van deze studie, representativiteit van de steekproef een factor van ondergeschikt belang is.

6.3 *Het vermoeden bevestigd*

Ruim 80 procent van de 87 advocaten geeft aan bekend te zijn met het fenomeen compensatoir straffen. Het antwoord van bijna 14 procent is ontkenkend. Uit het antwoord van de resterende 6 procent blijft onduidelijk of het mechanisme van compensatoir straffen bekend dan wel onbekend voorkomt.

Bij nadere analyse van de bevestigende antwoorden bleek dat veel advocaten aan andere mechanismen refereren dan het door ons expliciet beschreven compenseren in de straf van twijfel over het bewijs. Als zodanig treedt een deel van de advocaten buiten het bestek van onze vraagstelling. Deze andere mechanismen die eveneens – zo zal blijken – op gespannen voet staan met de formele juridische doctrine zijn niettemin zodanig interessant dat wij er aandacht aan zullen besteden. Eerst richten wij ons op bespreking van compensatoir straffen in de oorspronkelijke bedoeling.

Zevenenvijftig advocaten (66%) onderschrijven het door ons geformuleerde vermoeden van compensatoir straffen in expliciete bewoording. Velen van hen schrijven bovendien een toelichting waarin verbanden worden gelegd met bepaalde typen zaken en bepaalde typen rechters.

6.4 *Verdieping*

Veel advocaten bevestigen het fenomeen compensatoir straffen vanuit hun praktijkervaring. Terecht wordt echter ook veelvuldig opgemerkt dat het voor een strafrechtadvocaat moeilijk, zo niet onmogelijk is om hier harde uitspraken over te doen. Voor zover compensatoir straffen bewust plaatsvindt, zal de rechter dit immers nooit expliciet kenbaar maken. Uit de aard der zaak, zo meldt een advocaat, is bewijs van compensatoir straffen onmogelijk. De volgende uitspraken van advocaten illustreren dit.

“Het blijft immers altijd moeilijk vast te stellen op grond van welke redenen een rechter tot een bepaalde straf besluit, voor zover dat niet wordt gemotiveerd. Een rechter zal zeker niet een lagere straf motiveren met de overweging dat het bewijs aan de magere kant is.”

“Bovendien zitten wij natuurlijk altijd met het probleem dat wij vermoeden dat compensatoire straffen zijn opgelegd. De raadkamerbesprekingen vinden wij immers nooit terug in de uitgewerkte vonnissen. En als een analyse wordt losgelaten op het door ons kunnen bewijzen van dergelijke straffen, dan kunnen we deze analyse dus niet stoelen op concrete ‘bewijzen’.”

“Mij bekruipt in sommige zaken het gevoel dat er sprake is van compensatoir straffen. Ik gebruik nadrukkelijk het woord ‘gevoel’ omdat de vraag of daarvan daadwerkelijk sprake is geweest in mijn visie slechts beantwoord kan worden door de desbetreffende rechters.”

De onpeilbaarheid van compensatoir straffen wordt nog eens versterkt doordat, voor zover de rechter expliciet aandacht besteedt aan redenen voor het opleggen van een relatief lage straf, er in specifieke omstandigheden van het geval doorgaans voldoende aanknopingspunten gevonden kunnen worden. Als zodanig kan compensatoir straffen gemaskeerd worden met overwegingen omtrent unieke zaken – en daderkenmerken. Of er compensatoir gestraft wordt, dan wel recht wordt gedaan aan de kenmerken van het specifieke geval, is voor een buitenstaander niet te achterhalen.

“Of sprake is van ‘compensatoir’ straffen als door u bedoeld valt moeilijk te zeggen. Het onderscheid met een beslissing in een zaak waarin voldoende wettig en overtuigend bewijs is doch sprake is van zodanige feiten en omstandigheden dat een ‘relatief lage straf’ gerechtvaardigd is, is – naar ik vermoed – flinterdun.”

“Incidenteel lijkt mij het fenomeen aan de orde, maar ik constateer wel dat de lage straf dan toch meestentijds wel enige motivering vindt in de bijzondere overwegingen omtrent de straf, waarbij dan vaak (te?) veel gewicht wordt toegekend aan omstandigheden van het geval, persoon van de dader, blanco strafblad.”

Naast bevestiging van compensatoir straffen als fenomeen in de rechtspraak, worden daar door advocaten ook kwalificaties aan verbonden. Over de strekking van die kwalificaties is weinig twijfel mogelijk: men vindt het ‘uiterst onwenselijk’, ‘een ergerlijke praktijk’, strijdig met *in dubio pro reo*. Eén advocaat gaat zelfs zo ver compensatoir straffen “één van de meest ergerniswekkende doornen in het oog van strafrechtadvocaten” te noemen. Een ander kwalificeert het wat diplomatieker:

“Strikt genomen gaat het hierbij natuurlijk om een ongewenst verschijnsel. Als de rechter uiteindelijk tot het oordeel komt dat wettig en overtuigend bewezen verklaard is dat een bepaald feit zich heeft voorgedaan, kan natuurlijk zonder aarzeling het volle pond worden gegeven. Aarzeling en twijfel dient verdisconteerd te worden in beantwoording van de vraag of het feit wel wettig en overtuigend te bewijzen valt en gebrek aan overtuiging mag natuurlijk niet beloond worden door een wat kwestieuze bewezenverklaring met een milde bestraffing.”

Dat compensatoir straffen veel advocaten niet onbekend is, leiden wij verder af uit het feit dat men zelfs aan adagia refereert die onder collega's gehanteerd worden om het fenomeen te duiden. Het meest sprekende hiervan is *Weinig bewijs, weinig straf*. Ook worden termen gebruikt als *gelegenheidsvonnissen* en *laffe vonnissen*.

Bijna de helft (27) van de advocaten die het bestaan van het door ons beschreven fenomeen onderschrijft, legt bovendien één of meer expliciete verbanden met kenmerken van de zaak of kenmerken van de rechterlijke instantie. Een opvallend gegeven is dat verreweg de meeste verbanden gelegd worden tussen compensatoir straffen en de politierechter. Niet minder dan 14 advocaten geven aan dat compensatoir straffen met name bij de politierechter zou plaatsvinden. Dit is opvallend omdat, zoals hierboven besproken, vanuit de signaaldetectietheorie te verwachten is dat vooral (zeer) ernstige en geruchtmakende zaken aanleiding zouden geven voor compensatoir straffen. Deze categorie zaken komt in de regel niet ter zitting bij de politierechter, maar gaat direct naar een meervoudige kamer. Bij een meervoudige strafkamer wordt na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting beraadslaagd ('geraadkamerd') en doorgaans na twee weken uitspraak gedaan. Wellicht vormt de collegiale rechtspraak en de ingebouwde 'afkoelperiode' een efficiënte buffer tegen de verleiding van compensatoir straffen. De politierechter kent die luxe van collegiale beraadslaging niet en wijst meestal direct na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting vonnis. Bovendien behoeft de politierechter zijn vonnis (behoudens bij hoger beroep) niet schriftelijk uit te werken en te motiveren. Het is aldus zeer wel mogelijk dat deze procedurele kenmerken van de unus-rechtspraak compensatoir straffen faciliteren, zelfs in die mate dat het ook, of juist, in minder ernstige zaken plaatsvindt.

Vier advocaten wijzen op een bijzondere categorie strafzaken waar compensatoir straffen met name zou plaatsvinden. Zij hebben het over jeugdzaken, waarbij de verklaring gezocht wordt in de visie van de jeugdrechter op het doel van straf.⁵³ De volgende twee uitlatingen zijn tekenend in dit verband.

"Mijn indruk is dat vooral bij zaken betreffende minderjarigen het niet altijd zo nauw genomen wordt met het juridisch bewijs en het pedagogisch verwachtte effect van een veroordeling de boventoon voert."

"Het is mij opgevallen dat juist bij kinderstrafzaken het fenomeen opvallend vaak opgaat. Kennelijk heeft de rechter problemen met het juridisch redeneren en geeft de voorkeur aan een pedagogische benadering."

Naast beschouwingen over compensatoir straffen door de politierechter en in jeugdzaken, wordt door advocaten ook gewezen op specifieke delictcatego-

53. Terwijl jeugdrecht als aparte specialisatie tegenwoordig is losgelaten als formeel functie-differentiatiecriteria, worden jeugdzaken in de meeste arrondissementen nog steeds door gespecialiseerde rechters behandeld.

rieën. Het betreft met name geweldsmisdrijven (4 maal), vermogensmisdrijven (3 maal), en zedenzaken (4 maal). Het meest specifieke commentaar wordt geleverd in verband met de categorie zedenzaken. Er wordt op gewezen dat de rechter bij zedenzaken vaak geconfronteerd wordt met ‘flinterdun bewijs’ (in hoofdlijnen steunend op aangifte van een slachtoffer, vaak lange tijd na het feit gedaan) alsmede met ontkenkende verdachten, terwijl de aangedragen feiten wel ernstig en schokkend zijn. Een advocaat geeft als volgt zijn visie op het dilemma waarin de rechter zich dan kan bevinden.

“Omdat zedenzaken naar hun aard zaken zijn waarin doorgaans het bewijs niet al te overvloedig zal zijn en een rechter zal menen dat het te riant strooien met vrij-spraken de zedenwetgeving te zeer uitholt, zie ik de rechter in dat soort zaken nog wel eens zijn toevlucht nemen tot relatief milde straffen.”

Tenslotte wijzen enkele advocaten op het fenomeen compensatoir straffen in zaken waarin het bewijs flinterdun is, maar de verdachte wel reeds een aanzienlijk justitieel verleden heeft. Bij de weging van het bewijs, zo lijkt gesuggereerd te worden, doet het justitieel verleden van verdachte de bewijsbeslissing in zijn nadeel doorslaan. De oorspronkelijke twijfel over het wettig bewijs wordt vervolgens gecompenseerd in de straf. In 1959 speculeerde Pompe al over deze verleiding van de rechter in de bewijsbeslissing.⁵⁴

6.5 Compensatoir straffen, maar dan anders

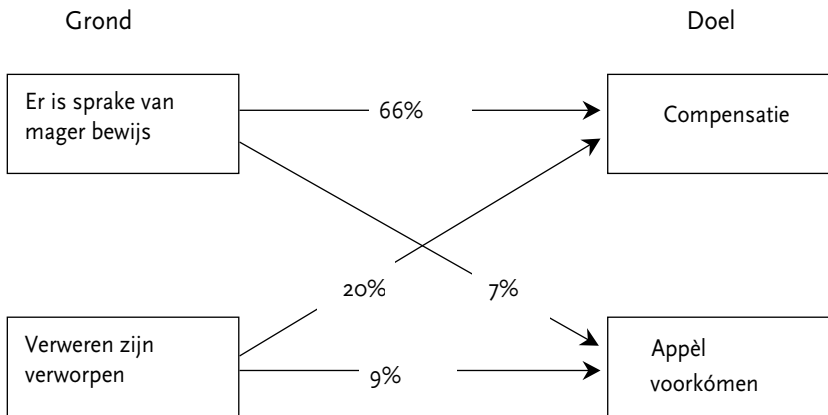
Hierboven is reeds melding gemaakt van het gegeven dat een aantal advocaten buiten het bestek van onze vraagstelling trad. Door deze advocaten wordt een andere, door ons niet geanticiperde, invulling aan het begrip compensatoir straffen gegeven. Deze andere mechanismen, die evenmin binnen de kaders van (formele) juridische doctrine passen, zijn dermate interessant dat we er toch aandacht aan besteden. Bovendien maakt bespreking van deze andere mechanismen een bredere inkadering van compensatoir straffen mogelijk.

Naast compensatoir straffen als door ons bedoeld, zijn de door advocaten besproken mechanismen die op enigerlei wijze tot een relatief lage straf leiden, in drie categorieën in te delen: (1) Compensatie voor verworpen verweren; (2) Voorkómen van appèl bij verworpen verweren; (3) Voorkómen van appèl bij mager bewijs. In Figuur 1 staan de verschillende mechanismen, inclusief de percentages advocaten die er melding van maken schematisch weergegeven.⁵⁵ In Figuur 1 wordt onderscheid gemaakt tussen grond en doel van het mechanisme dat tot lagere straffen zou leiden. Zo is de grond van

54. Zie Pompe (1959), p. 20.

55. De som van de percentages is meer dan 100% omdat een aantal advocaten meer dan één mechanisme beschrijft.

compensatoir straffen, in onze oorspronkelijke opzet, het gegeven dat er sprake is van mager bewijs. Het doel is dan compensatie van de gebrekkige overtuiging die daaruit volgt. Zoals reeds besproken onderschrijft 66 procent van de advocaten dit mechanisme. Hieronder worden de overige mechanismen in meer detail besproken.



Figuur 1 Door advocaten beschreven mechanismen die tot lagere straffen leiden

6.6 Compensatie voor verworpen verweren

Eén op de vijf advocaten (20%) heeft de indruk dat, indien door de verdediging aangedragen verweren verworpen worden, de rechter hier wel eens voor wil compenseren in de straf.⁵⁶ Er wordt door de advocaten met name gezinspeeld op bewijsverweren (bijvoorbeeld rechtmatigheid van het bewijs) en beroep op strafuitsluitingsgronden (bijvoorbeeld noodweer). Een advocaat beschrijft dit mechanisme als volgt.

“Het opleggen van een relatief lage straf komt, naar mijn ervaring, in de praktijk met enige regelmaat voor in zaken waarin door de verdediging juridische verweren gevoerd zijn, die uiteindelijk door de rechter worden verworpen. In dergelijke situaties is dan vaak merkbaar dat de rechter twijfelt of het verweer al dan niet moet worden geaccepteerd. De verwerping van het verweer wordt dan ‘gecompenseerd’ door een relatief lage straf. Dit kan zich voordoen bij een beroep op niet-ontvankelijkheid van de Officier van Justitie, onrechtmatig verkregen bewijs, etc.”

56. Omdat wij in onze brief hier niet naar vroegen, is dit percentage hoog te noemen.

Dit fenomeen kan als een vorm van compensatoir straffen worden geduid, maar is anders van aard dan compensatie in de straf van twijfel over het bewijs. Analoog aan de redenering bij compensatie van twijfel over bewijs kan wel gesteld worden dat, strikt genomen, verweren, als zij eenmaal verworpen zijn, geen rol meer zouden mogen spelen in de straftoemeting. Het lijkt hier te gaan om een *gebaar* van de rechter naar de verdediging. Een aantal advocaten heeft zelfs een speciale term gereserveerd voor dit gebaar. Zo meldt een advocaat na beschrijving van een ervaring uit zijn praktijk: “Ik kreeg de indruk dat er weer sprake was van een goedmakertje”. Anderen omschrijven het als volgt.

“Een voor de politierechter ingewikkeld technisch verweer, waar deze niet goed raad mee weet, wil nogal eens leiden tot een door ons genoemde *Sinterklaasstraf*” (nadruk toegevoegd).

“Wij noemen dit ook wel *de bronzen medaille* (goud is niet-ontvankelijkheid en zilver is bewijsuitsluiting). Je krijgt dan welhaast dolkomische mildering van straffen” (nadruk toegevoegd).

Sommige advocaten zeggen zelfs te *anticiperen* op de neiging van de rechter om het verwerpen van verweren vervolgens ‘goed te maken’ met een lagere straf.

“Je weet doorgaans toch wel dat in eerste instantie de bewijsverweren – indien de overtuiging er is – doel zullen missen, maar dan wel verdisconteerd worden in de strafmaat.”

“In een aantal zaken heb ik de verdediging daar zelfs op afgestemd.”

Evenals bij compensatie van twijfel over het bewijs, wordt ook voor deze vorm van compensatoir straffen door een aantal advocaten expliciet gewezen naar de alleensprekende rechter.⁵⁷ Als de politierechter, zoals hierboven reeds genoemd, daadwerkelijk meer dan een meervoudige kamer geneigd is beide partijen tegemoet te treden,⁵⁸ dan is dit wel het mechanisme bij uitstek waarin dat tot uiting kan komen.

Tenslotte wordt met enige regelmaat opgemerkt dat deze vorm van compensatoir straffen tot gevolg heeft dat het de verdachte de zin ontnemt om in hoger beroep te gaan: ‘Appelleren is riskeren’. Het uitblijven van appèl wordt dan echter vooral als *gevolg* van compensatoir straffen genoemd en niet als doel. Het voorkómen van appèl als expliciet doel van het opleggen van relatief

57. Zes advocaten zeggen nadrukkelijk deze vorm van compensatoir straffen nogal eens bij de politierechter te herkennen.

58. De politierechter zou zich aldus veeleer opstellen als een klassieke ‘vrederechter’ (*justice of the peace*).

lage straffen wordt door 16 procent van de advocaten wel expliciet vermeld. Naar de grond daarvan is een scheiding aan te brengen tussen twee mechanismen, die we nu kort zullen bespreken.

6.7 Appèl voorkómen bij mager bewijs

Het voorkómen van appèl bij mager bewijs, waarop door 7 procent van de advocaten gewezen wordt, heeft dezelfde grond als compensatoir straffen in onze oorspronkelijke bedoeling. Het dient daar echter niet mee verward te worden. De rechter die op deze wijze compenseert, doet dat niet uit twijfel over de schuld van de verdachte. Het opleggen van een relatief lagere straf betreft veeleer een strategische beslissing met als doel dat de verdachte ‘eieren voor zijn geld kiest’. Zo stelt een advocaat in dit verband:

“Ik heb overigens het idee dat door lager te straffen dan te verwachten was, er op gespeculeerd wordt dat de verdachte het een te groot risico vindt hoger beroep in te stellen, hoewel daartoe juridisch – technisch gezien voldoende aanleiding is.”

In dit verband is een precies tegenovergestelde observering van een andere advocaat het vermelden waard.

“Ik heb ook wel eens iets tegengestelds meegemaakt: Toen strafte de rechtbank zo hoog dat naar mijn idee de indruk was: ‘als je het werkelijk niet gedaan hebt, stel je wel hoger beroep in’ en dan mag het hof het uitzoeken.”

6.8 Appèl voorkómen bij verworpen verweren

Het vermijden van appèl door lager te straffen na het verwerpen van verweren wordt door 9 procent van de advocaten beschreven. Twee van hen omschrijven het als volgt.

“Dat deed zich met name voor indien een ‘goed’ juridisch verweer was gevoerd, dat echter vervolgens door de rechter werd verworpen. Teneinde (althans dat is mijn conclusie) een appèl (of een cassatieberoep) te vermijden, legde de rechter vervolgens een zodanig lage straf op.”

“Als je de verhalen van collega’s mag geloven komt compensatoir straffen overigens ook voor in situaties waarbij advocaten een formeel verweer hebben gevoerd, bijvoorbeeld dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, welk verweer niet door de rechter wordt gehonoreerd maar waarna hij een lage straf oplegt. Volgens die advocaten wordt op die wijze het appelleren door de verdachte ‘afgekocht’.”

Evenals bij het voorkómen van hoger beroep op grond van mager bewijs, betreft het een strategische beslissing van de rechter.

6.9 Tot slot

De drie mechanismen die, aldus strafrechtadvocaten, tot lagere straffen zouden leiden, anders dan compensatoir straffen in de oorspronkelijke opzet, voorzien de door ons geschetste problematiek van een breder kader. In de vorm van een gebaar tegenover de verdediging (het 'goedmakertje') is een mechanisme beschreven dat het label 'compensatoir straffen' verdient. Daarnaast is aandacht besteed aan lager straffen als strategische beslissing van de rechter om appèl te voorkómen; enerzijds op grond van mager bewijs en anderzijds op grond van door de rechter verworpen verweren. Voor ieder van de besproken processen geldt dat ze in contrast staan met de juridische doctrine. Opvallend was verder dat regelmatig werd verwezen naar de politierechter als instantie waar genoemde processen vooral merkbaar zouden zijn. De redenen daarvoor werden gezocht in processuele kenmerken van de unus-rechtspraak.

Opgemerkt moet worden dat wanneer de strikte scheiding tussen grond, doel en gevolg wordt losgelaten, de hierboven beschreven mechanismen zeer wel in uiteenlopende mengvormen kunnen voorkomen. Er is reeds op gewezen dat het uitblijven van hoger beroep een aannemelijk gevolg is van compensatoir straffen. Ook denkbaar is dat er compensatoir gestraft wordt doordat de overtuiging van de rechter aan het wankelen is gebracht ten gevolge van door de verdediging aangedragen (bewijs)verweren.

Deze analyse laat geen harde uitspraken toe over de mate en frequentie waarin het één, dan wel het andere mechanisme een rol speelt in de beslissing van de rechter. Eén ding lijkt ons echter zeer aannemelijk. De (nog steeds) toenemende druk op gerechten om efficiënt en productmatig te werken, is een katalysator voor de (eventuele) neiging van rechters om lager te straffen ter verkleining van het risico op appèl. Lager straffen ter voorkoming van hoger beroep lijkt ons een mechanisme waarin de onverenigbaarheid van de strafrechtspleging als bedrijf en de strafrechtspleging als morele praktijk bij uitstek tot uitdrukking komt.

Over ons verzoek aan de advocaten ook vonnissen toe te sturen, tenslotte, het volgende. Het merendeel van de advocaten verontschuldigt zich op dit punt en verwijst, naast tijdgebrek, naar het feit dat van politierechterzittingen, behoudens bij hoger beroep, geen schriftelijke stukken voorhanden zijn. Van slechts zeven advocaten ontvingen wij stukken, die bovendien te divers zijn om alhier te bespreken.

7 EEN EXPERIMENT MET RECHTERS EN RAADSHEREN

7.1 Methode en opzet

Nu wij ons vermoeden van compensatoir straffen door een meerderheid van de advocaten bevestigd zien, is daar alle reden voor verdere empirische verdieping. Terwijl het door ons veronderstelde mechanisme van compensatoir straffen zonder veel omhaal is voorgelegd aan strafrechtadvocaten, zal het duidelijk zijn dat een soortgelijke directe benadering bij rechters gedoemd zou zijn te mislukken. Het betreft immers een mechanisme dat formeel juridisch uitgesloten is. In die zin is aan een rechter vragen of hij wel eens compensatoir straft te vergelijken met aan een politiefunctionaris vragen of hij wel eens een steekpenning aanneemt. Ook de resultaten van analyse van dossiers, waarin wij compensatoir straffen vermoeden, zouden nooit het niveau van vermoedens ver kunnen overstijgen of tot generaliserende uitspraken kunnen leiden.

De enige methode, die systematische en kwantitatieve empirische toetsing van het veronderstelde mechanisme mogelijk maakt, is die van een grootschalig experiment onder rechters en raadsheren die zich in de dagelijkse praktijk met strafzaken bezighouden.

Verreweg het meeste empirisch onderzoek naar beslissingsprocessen en de veronderstelde psychologische mechanismen die daarop van invloed zijn, laat zich kenmerken door een (quasi-)experimentele onderzoeksofzet. Daarbij wordt stimulusmateriaal aan proefpersonen aangeboden dat op de te onderzoeken kenmerken systematisch gemanipuleerd en gevarieerd is door de onderzoekers. Een belangrijk voordeel van deze onderzoeksmethode is gelegen in het feit dat de onderzoeker een groot aantal niet voor de vraagstelling relevante factoren in de hand heeft en constant kan houden. Met andere woorden, het te onderzoeken effect kan via de experimentele methode geïsoleerd worden.

Het veronderstelde mechanisme van compensatoir straffen leidt tot een experimentele onderzoeksofzet die *in beginsel* zeer eenvoudig is en er als volgt uitziet. Er wordt een casus X geconstrueerd in twee varianten die *alleen* in termen van het gepresenteerde bewijs van elkaar verschillen. In één versie, versie X^+ , is het bewijs tegen verdachte in alle opzichten zeer sterk te noemen. Gegeven de aard en hoeveelheid van het bewijs tegen de verdachte, mag voor wat deze casus X^+ betreft er van uit worden gegaan dat iedere rechter die deze casus beoordeelt zonder meer overtuigd zal zijn van de schuld van de verdachte om vervolgens tot bewezenverklaring en daarna tot straftoemeting over te gaan. In de andere versie, X^- , die aan een andere groep rechters wordt voorgelegd, is het bewijs tegen de verdachte echter een stuk zwakker en laat aldus ruimte voor twijfel over de schuld. Gegeven het bewijs in deze versie mag er van uitgegaan worden dat de wijzer van de overtuiging van de rechter veel minder ver uitslaat in de richting 'zeker schuldig' dan in X^+ . De verwach-

ting is vervolgens dat in het geval van X^- een aantal rechters het tenlastegelegde feit niet bewezen zal verklaren, terwijl in de overwegingen van de rechters die het tenlastegelegde wel bewezen verklaren een zekere mate van twijfel een rol heeft gespeeld. Gegeven dat de verschillen tussen beide casus X^+ en X^- *alleen* gelegen zijn in het bewijs, respectievelijk sterk en zwak, luidt de hypothese van compensatoir straffen als volgt:

- (o) *Na bewezenverklaring zijn de opgelegde straffen in X^- gemiddeld lager dan de gemiddelde straf in X^+ .*

Voor dit onderzoek naar compensatoir straffen is het niet wenselijk meer dan één (versie van een) casus per rechter ter beoordeling voor te leggen. De belangrijkste reden is dat wanneer een rechter de twee versies van dezelfde casus onder ogen zouden krijgen, onmiddellijk onze experimentele manipulatie duidelijk zou worden. Een bijkomende praktische reden is gelegen in de gevraagde tijdsinvestering. Het beoordelen van één casus kost al veel tijd en moeite. Gevreesd werd dat het voorleggen van meer dan één casus aan dezelfde rechters sterk ten koste van de respons zou gaan.

Vanuit de eerder besproken psychologische theorieën van signaaldetectie en *risk aversion*, is te verwachten dat de ernst van een strafzaak als katalysator werkt op de verleiding van de rechter om ondanks een gebrekkige overtuiging toch tot bewezenverklaring over te gaan. Het is ook in die termen dat de genoemde overtuigingsparadox begrepen kon worden. Vanuit deze (theoretische) optiek luidt dan de redenering dat het mechanisme van compensatoir straffen zich sterker zal doen gelden in ernstige dan in minder ernstige strafzaken waarin sprake is van mager bewijs. Daar valt nog aan toe te voegen dat die ernst sterk samenhangt met de aard van het feit en de maatschappelijke onrust die het veroorzaakt. Het maatschappelijk risico van wegens gebrek aan overtuiging van schuld vrijspreken van een pleger van een ernstig geweldsmisdrijf zal immers zwaarder gewogen worden dan het vrijspreken van een pleger van een ernstig vermogensmisdrijf. Dit leidt tot verdere uitbreiding van onze experimentele onderzoeksopzet verschillende typen casus.

Bij de keuze voor de typen strafzaken voor deze drie casus hebben wij ons gebaseerd op onze eigen intuïtie alsmede op wat ons door strafrechtadvocaten was meegedeeld. Er is gekozen voor een ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte, een ernstig vermogensmisdrijf en een minder ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte. Naast de categorieën van gewelds- en vermogensmisdrijven, werd door een aantal advocaten ook aan zedenzaken gerefereerd, met name vanwege grote bewijsproblemen in die zaken, berustend op slechts de aangifte van een slachtoffer. Wij besloten dit delicttype niet verder te gebruiken vanwege de voorziene problemen met en complexiteit van de bewijsmanipulatie.

Van ieder van de drie casus werden twee versies geconstrueerd: een versie met sterk bewijs en een versie met zwak bewijs. Buiten de verschillen in

het bewijs, zijn iedere twee versies per casus identiek. Als zodanig bestaat het onderzoeksmateriaal uit de casus weergegeven in Tabel 1. Voor valide toetsing van onderstaande hypothesen is het voorts van belang dat beide versies van casus C zodanig geconstrueerd worden dat ze op de ernst van het feit na, in alle opzichten identiek zijn aan beide versies van casus A.⁵⁹

Tabel 1 *Zes casus: van iedere basiscasus een sterk-bewijsversie en een zwak-bewijsversie*

A^+	Ernstig geweldsmisdrijf sterk bewijs
A^-	Ernstig geweldsmisdrijf zwak bewijs
B^+	Ernstig vermogensmisdrijf sterk bewijs
B^-	Ernstig vermogensmisdrijf zwak bewijs
C^+	Minder ernstig geweldsmisdrijf sterk bewijs
C^-	Minder ernstig geweldsmisdrijf zwak bewijs

Analoog aan basishypothese (o) hierboven, zijn nu de volgende drie casusgebonden hypothesen van compensatoir straffen te formuleren, waarbij voor iedere hypothese de vergelijking van straffen voorwaardelijk is aan een positieve bewijsbeslissing.

- (1) *De gemiddelde straf in casus A^- is lager dan de gemiddelde straf in casus A^+*
- (2) *De gemiddelde straf in casus B^- is lager dan de gemiddelde straf in casus B^+*
- (3) *De gemiddelde straf in casus C^- is lager dan de gemiddelde straf in casus C^+*

Terwijl de hypothesen (1), (2) en (3) gericht zijn op effecten van compensatoir straffen *per casus* (respectievelijk A, B en C), leent ons materiaal zich voor verdere verdieping in verschillen *tussen* de casus.

Vanuit de hierboven besproken verwachting dat in ernstige zaken het mechanisme van compensatoir straffen zich sterker doet gelden dan in minder ernstige zaken volgt onderstaande hypothese.

- (4) *In casus A treedt een sterker effect van compensatoir straffen op dan in casus C.*

De casus A en C verschillen immers alleen op de ernst van het feit.

In paragraaf 6.4 is beschreven hoe door strafrechtadvocaten vaak werd gerefereerd aan de politierechter als instantie waar naar hun mening het

59. Hieronder gaan we daar uitgebreid op in.

meest compensatoir gestraft zou worden. Aan de politierechter worden nu juist de minder ernstige zaken voorgelegd.⁶⁰ In het licht hiervan zou hypothese (4) dan precies omgekeerd moeten luiden: in casus C wordt meer compensatoir gestraft dan in casus A. De reden waarom we deze hypothese niet hebben opgenomen is gelegen in de verklaring die advocaten en wijzelf voor dat tegenovergestelde effect gaven. Die verklaring werd gezocht in procedurele verschillen tussen de unus-rechtspraak en de meervoudige kamer. Zo mist de politierechter de 'afkoelperiode' van twee weken en komt bij een meervoudige kamer de beslissing tot stand na raadkameroverleg. De verklaring werd, met andere woorden, niet gezocht in de *ernst* van het feit op zichzelf. Daarbij komt dat in ons onderzoek alle deelnemende rechters de casus zonder overleg met collega's dienden te beoordelen en mag er van uitgegaan worden dat dat oordeel direct na het doornemen van de casus tot stand kwam. Wat dergelijke 'procedurele' verschillen bij de beoordeling betreft, is er in ons onderzoek dus geen onderscheid tussen de drie casus.

Voorts is de verwachting dat in het type ernstige zaken dat veel maatschappelijke onrust veroorzaakt het mechanisme van compensatoir straffen zich sterker zal doen gelden dan in het type ernstige zaken dat minder maatschappelijke onrust veroorzaakt. Dit leidt tot de hypothese:

(5) *In casus A treedt een sterker effect van compensatoir straffen op dan in casus B*

Deze opzet en het daarbij te gebruiken casusmateriaal bieden tenslotte de gelegenheid om de overtuigingsparadox, meer dan tien jaar geleden als vermoeden geformuleerd door Crombag en collega's, voor het eerst aan een empirische toets te onderwerpen. Deze overtuigingsparadox, zo bleek hierboven, is weliswaar geen voorwaarde voor compensatoir straffen, maar kan daar wel een versterkend effect op hebben. De hypothese van de overtuigingsparadox richt zich uitsluitend op de bewijsbeslissing van de rechter en kan aldus onafhankelijk van de (eventuele) straftoemetingbeslissing getoetst worden. De hypothese luidt, kort gesteld en hierboven in theoretische zin uitvoeriger besproken, dat in ernstige zaken de rechter geneigd is met minder bewijs genoegen te nemen dan in minder ernstige zaken. Een degelijke empirische toetsing van deze hypothese vereist een kwantitatieve studie waarin de ernst van het feit voorwerp is van experimentele manipulatie en alle overige zakenmerken constant gehouden worden. Dat leidt aldus tot vergelijking van de bewijsbeslissingen tussen twee casus die *op de ernst van het feit na* identiek zijn. Daarbij moet voor beide casus gelden dat het bewijs hetzelfde is en een behoorlijke mate van twijfel over de schuld van de verdachte faciliteert bij de

60. Terwijl de politierechter tegenwoordig een gevangenisstraf van 1 jaar *mag* opleggen, wordt dit (nu nog) gereserveerd voor bijzondere delictcategorieën (in casu bolletjesslikkers). Voor het grootste deel van de strafzaken wordt in de praktijk bij de politierechter nog steeds een competentiegrens van 6 maanden gevangenisstraf aangehouden. Zie hierover Dijksterhuis, Jacobs & De Jongste (2003).

beslisser. Ons onderzoeksmateriaal leent zich voor deze toetsing van de overtuigingsparadox. De *A* casus betreft immers een ernstige variant van geweldpleging in de publieke ruimte terwijl de *C* casus op alle aspecten gelijk is aan *A*, behalve op ernst van het tenlastegelegde feit. Bij vergelijking tussen de *zwak-bewijsversies* van beide casus geldt dan, overeenkomstig de overtuigingsparadox, dat in de ernstige variant (*A*⁻) een groter percentage rechters tot bewezenverklaring overgaat dan in de minder ernstige variant (*C*⁻):

(6) *In casus A⁻ gaan relatief meer rechters over tot bewezenverklaring dan in casus C⁻.*

De hieronder besproken uitwerking van het onderzoeksmateriaal, de dataverzameling en analyses staan volledig in dienst van toetsing van deze zes hypothesen.

7.2 Aard, vorm en omvang van het casusmateriaal

Bij experimenteel onderzoek naar beslisprocessen wordt doorgaans gebruik gemaakt van vignetten. Een vignet is een uiterst beknopt en compact stukje tekst, vaak slechts een tiental regels doch zelden meer dan één à twee pagina's, dat als onderzoeksmateriaal aan proefpersonen wordt aangeboden. Een vignet biedt de onderzoeker de mogelijkheid om op relatief eenvoudige en overzichtelijke wijze kernelementen in het materiaal systematisch te variëren.⁶¹ Voor het onderhavige onderzoek leek het echter verstandig om met uitgebreider materiaal te werken dat dichterbij de werkelijkheid staat. Naarmate het te onderzoeken beslissingsproces in de realiteit complexer is, vormt een summier vignet een grotere abstractie van de werkelijkheid. Vaak is dat voor de onderzoeker in beginsel geen probleem, maar door degene die gevraagd wordt een oordeel te vormen op basis van dat beknopte materiaal kan dat wel degelijk als probleem ervaren worden. Voor iemand uit een specialistische beroepsgroep is het begrijpelijkerwijs lastig een beslissing te nemen op basis van een hoeveelheid informatie die slechts een fractie vormt van wat deze persoon in de praktijk gewend is om aan informatie in de beslissing te betrekken. Dit lijkt zeker van belang voor onderzoek naar rechterlijke beslissingen die nu juist voor een zeer belangrijk deel gebaseerd worden op de uitgebreide *schriftelijke* stukken vervat in het dossier. Kortom, naarmate ons onderzoeksmateriaal meer lijkt op een echt strafdossier zal de natuurlijke beslissituatie van de rechter sterker benaderd worden. Een andere zwaarwegende reden om in dit experiment met gedetailleerd en uitgebreid materiaal te werken, is de volgende. In een zeer beknopte casus zou de cruciale rol die het bewijs in

61. Zie bijvoorbeeld De Keijser (2000) voor een uitgebreid experimenteel onderzoek bij Nederlandse strafrechters aan de hand van vignetten bestaande uit twee pagina's tekst.

ons onderzoek speelt onmiddellijk duidelijk zijn. Dat zou een grote bedreiging vormen voor de validiteit van de onderzoeksbevindingen.

De beoogde gelijkenis met een echt strafdossier is vrij letterlijk genomen. Dat wil zeggen dat ons casusmateriaal dezelfde opbouw kent als een echt strafdossier, dat er stukken van uiteenlopende functionarissen in zijn opgenomen, en dat die stukken in de voor die functionarissen gebruikelijke vorm en met hetzelfde kenmerkende (soms archaische) taalgebruik zijn samengesteld.

Om de omvang van deze fictieve strafdossiers toch in de hand te houden, zijn er wel degelijk dossierstukken weggelaten die aan de inhoud niks zouden toevoegen. Voor wat dergelijke stukken betreft werd aan de deelnemers dan ook gevraagd te veronderstellen dat deze niks toe te voegen hebben.⁶² Op die wijze is ernaar gestreefd compacte fictieve dossiers samen te stellen van rond de 20 pagina's waarin de belangrijkste relevante stukken waren opgenomen en die op een strafrechter niet een gekunstelde indruk zouden maken.

7.3 *Het casusmateriaal: constructie van fictieve dossiers*

De drie basistypen casus voor ons onderzoek bestonden, zoals reeds besproken, uit een ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte, een ernstig vermogensmisdrijf en een minder ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte (respectievelijk A, B en C in Tabel 1). Alvorens de compacte fictieve strafdossiers samen te stellen, zijn wij voor het opdoen van inspiratie te rade gegaan bij de Strafrechtmonitor (SRM) van het WODC.⁶³ Deze monitor bevat gedetailleerde kwalitatieve en kwantitatieve informatie van een groot aantal door rechtbanken afgedane strafzaken van uiteenlopende delicttypen. Aan de hand van enkele eenvoudige zoekcriteria is een aantal kwalitatieve beschrijvingen van voor ons interessante zaken geselecteerd. Terwijl van deze voorbereidende stap niets meer is terug te vinden in het uiteindelijke casusmateriaal, vormde het lezen van deze kwalitatieve zaaksbeschrijvingen, als bron van inspiratie, voor ons een nuttig beginpunt voor de constructie van de fictieve dossiers.

7.3.1 *De drie basisverhalen*

In onderstaande geven wij een korte beschrijving van de verhalen die in de drie dossiers zijn vervat.

62. Een voorbeeld van een dossierstuk dat door ons consequent werd weggelaten is het proces verbaal van het verhoor door de rechter-commissaris. Alle relevante informatie was immers reeds opgenomen in de politieverhoren.

63. Wij danken het WODC en in het bijzonder Menno Jacobs en Ad Essers voor toegang tot de SRM en hulp.

Casus A: ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte

Deze casus betreft een ernstige mishandeling die in de categorie misdrijven te plaatsen is die onder de term ‘zinloos geweld’ gevat worden:

Anton de Koning komt samen met zijn vriendin Corine de Jong om een uur of twee 's ochtends uit de kroeg. Zij gaan te voet op weg naar huis en passeren daarbij een groepje van drie jongens die ze nooit eerder hebben gezien. Terwijl ze het groepje passeren maakt één van die jongens een flauwe opmerking tegen Corine. Anton zegt daarop in het voorbijgaan ‘Doe even normaal en val je eigen vriendin lastig’. Ze lopen gewoon door. Een paar straten verderop en enkele minuten later wordt Anton plots van achteren hard in de rug geduwd. Hij en Corine draaien zich om en zien daar één jongen voor zich staan die duidelijk woedend is en roept: ‘Jij zoekt ruzie hè!’ Nog voordat Anton iets terug kan zeggen, wordt hij met een harde vuistslag in het gezicht tegen de grond geslagen. De woedende dader schopt de op de grond liggende Anton vervolgens enkele malen hard tegen de borst en ook tegen het hoofd. Zelfs als Anton niet meer beweegt – hij heeft inmiddels het bewustzijn verloren – blijft de dader doortrappen. Corine gilt en trekt aan de kleren van de dader, maar ze wordt ruw weggeduwd en valt op de grond. De dader rent vervolgens weg en Corine belt 112 met haar mobieltje. Kort daarna wordt Anton zwaar gewond naar het ziekenhuis vervoerd. Uit medisch onderzoek blijkt dat Anton naast twee gebroken ribben en kneuzingen ernstig nekletsel en hersenletsel heeft opgelopen. Als gevolg daarvan is Anton voor de rest van zijn leven verlamd vanaf de navel naar beneden en is hij zijn spraakvermogen voorgoed kwijt. Anton heeft, ten gevolge van posttraumatische amnesie geen herinnering aan het incident.

De verdachte in deze casus is één van de drie jongens uit het groepje dat op straat stond.

Casus B: ernstig vermogensmisdrijf

Deze casus betreft een nachtelijke woninginbraak bij een oude hulpbehoevende man, waarbij sprake is van misbruik van vertrouwen en de buit een grote financiële en emotionele waarde vertegenwoordigt.

De heer Huisman, een bejaarde hulpbehoevende weduwnaar, staat op de wachtlijst om in een verzorgingstehuis te gaan wonen. In afwachting daarvan laat hij nog enkele aanpassingen aanbrengen in zijn huis, waaronder de installatie van een traplift voor invaliden. De twee monteurs van de invalidenlift zijn enkele dagen in het huis aan het werk. Ze mogen van de heer Huisman hun gang gaan, zelf in de keuken voor koffie zorgen en krijgen een reservesleutel te leen zodat ze niet telkens hoeven aan te bellen. Twee maanden later wordt Huisman op een nacht wakker van gestommel vanuit de benedenverdieping van zijn woning. Hij staat op en wil met de traplift naar beneden. De lift weigert echter dienst. Als hij naar beneden roept of daar iemand is, wordt er teruggeroepen: “Jij moet boven blijven ouwe!” Huisman sluit zich geschrokken op in zijn slaapkamer en probeert de politie te bellen. Ook de telefoon doet het echter niet meer. Hij begint dan van-

uit zijn raam om hulp te roepen. De overbuurman wordt wakker en gaat naar buiten om te kijken. Vanuit de tuin van Huisman passeert op dat moment een man op een brommer hem rakelings met grote snelheid. De buurman treedt vervolgens het huis van Huisman binnen door de openstaande voordeur. Hij ziet dat de stekker van de traplift er op de begane grond is uitgetrokken en plaatst deze terug. Aan de woning worden geen sporen van braak aangetroffen terwijl Huisman met grote zekerheid stelt dat alle deuren op slot waren. Uit één van de keukenkastjes is een geldcassette ontvreemd waarin € 100.000 zat. Een sieradenkistje dat zich in datzelfde keukenkastje bevond, staat opengebroken en leeg op het aanrecht. Daarin bevonden zich sieraden van zijn overleden vrouw die, naast grote emotionele waarde, € 28.000 vertegenwoordigen. Er is verder geen enkele aanwijzing dat de woning is doorzocht.

De verdachte in deze casus is één van de monteurs van de traplift.

Casus C: minder ernstig geweldsmisdrijf in de publieke ruimte

Voor deze casus geldt grotendeels hetzelfde basisverhaal als casus A. Het enige verschil met casus A is gelegen in de ernst van het misdrijf. Deze minder ernstige variant van dit geweldsmisdrijf is geconstrueerd door de mate waarin de dader fysiek tekeering te beperken (in casu er wordt niet tegen het hoofd geschopt) en de ernst van het letsel te verminderen, terwijl het verhaal voor het overige gelijk bleef. Alleen de volgende passage van deze casus verschilt van de A casus.

(...)

Nog voordat Anton iets terug kan zeggen wordt hij met een harde vuistslag in het gezicht tegen de grond geslagen. De woedende dader schopt de op de grond liggende Anton vervolgens enkele malen hard tegen de borst. Zelfs als Anton niet meer beweegt – hij heeft inmiddels het bewustzijn verloren – blijft de dader doortrappen. Corine gilt en trekt aan de kleren van de dader, maar ze wordt ruw weggeduwd en valt op de grond. De dader rent vervolgens weg en Corine belt 112 met haar mobieltje. Kort daarna wordt Anton naar het ziekenhuis vervoerd, waaruit hij de volgende dag wordt ontslagen. Uit medisch onderzoek blijkt dat Anton twee gebroken ribben, twee gebroken tanden, een lichte hersenschudding, kneuzingen en een schaafwond heeft. Anton heeft, ten gevolge van posttraumatische amnesie geen herinnering aan het incident.

7.3.2 Het bewijs

Van elk verhaal is zowel een zwak-bewijsversie als een sterk-bewijsversie geconstrueerd. Bij de constructie van de zwak-bewijsversies kwam één van de lastigste problemen in dit onderzoek aan de orde. Deze versies van de casus dienden zodanig in elkaar te zitten dat er voldoende ruimte zou zijn voor twijfel over de schuld van de verdachte. Als het bewijs echter *te* zwak zou zijn,

zou geen enkele rechter (of slechts een kleine minderheid), tot bewezenverklaring overgaan en straf toemeten. In dat geval zouden de hypothesen van compensatoir straffen niet getoetst kunnen worden en het onderzoek mislukken. Er is naar gestreefd de zwak-bewijsversies zodanig zwak te maken dat naar onze verwachting een relatief klein deel van de rechters het feit niet bewezen zou verklaren terwijl het grootste deel dat wel zou doen. Daarmee zou tenminste aangetoond zijn dat de zwak-bewijsversies, zoals bedoeld, twijfel toelieten over de schuld, terwijl voor toetsing van de hypothesen toch een voldoende aantal rechters het feit bewezen verklaart en straf toemeet.

Het zal duidelijk zijn dat dit een onzeker aspect van het onderhavige onderzoek betrof. Of de experimentele manipulatie geslaagd was, zou slechts met zekerheid kunnen blijken nadat het onderzoek was uitgevoerd. Om de experimentele manipulatie zo weloverwogen mogelijk te maken is over de zwak-bewijsversies zeer intensief en langdurig overleg gevoerd, zowel onderling als met strafrechtjuristen en rechter-plaatsvervangers.⁶⁴

Dit resulteerde uiteindelijk in versies van de casus die slechts op enkele *directe* elementen van bewijs van elkaar verschilden. Voor het overige waren sterk- en zwak-bewijsversies volstrekt gelijk. In *beide* versies van iedere casus, en voor de zwak-bewijsversies was dit zeer relevant, was voorts een substantiële hoeveelheid *indirect* bewijs verwerkt.⁶⁵ Dat bestond dan uit elementen die weliswaar belastend waren voor de verdachte, doch deze niet op directe wijze met het plegen van het misdrijf in verband brachten. Op die manier werden de rechters in de zwak-bewijsversies zo veel mogelijk verleid om in hun bewijsconstructie te ‘schakelen’. Dergelijke indirect belastende elementen werden met name ingebracht via inconsistenties of vaagheden in de verklaring(en) van verdachte, via getuigenverklaringen, via rapportages over de persoon van de verdachte en via de justitiële documentatie.⁶⁶

De verschillen in termen van direct bewijs tussen de versies van de casus zijn als volgt aangebracht. In zowel de ernstige als in de minder ernstige variant van de mishandeling (casus A en C) was er in de sterk-bewijsversies sprake van een bekennende verdachte terwijl in de zwak-bewijsversies de verdachte te allen tijde ontkende het feit te hebben gepleegd. Voorts was er een

64. Naast een aantal rechter-plaatsvervangers van de Vakgroepen Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Vrije Universiteit Amsterdam, danken wij met name Marijke Malsch en Hans Nijboer die wij bijna tot vervelens toe lastigvielen met vragen over de juridische nuances van ons casusmateriaal en de kracht van het bewijs daarin verwerkt.

65. In Angelsaksische landen wordt gesproken over *circumstantial evidence*.

66. Zo is in iedere casus (zowel sterk als zwak-bewijsversies) in de justitiële documentatie over verdachte een behoorlijke mate van (speciale) recidive verwerkt. Pompe (1959) wees reeds op een effect van recidive op de bewezenverklaring: “De gedachte, of liever gezegd een onberedeneerd en dwalend gevoel, dat een verdachte tot het begaan van een tenlastegelegd feit in staat is, kan een bedenkelijke invloed hebben op de bewezenverklaring. [...] De rechter kan er ook toe verleid worden om een recidivist veel eerder tot het begaan van het misdrijf in staat te achten [...]” (p. 20).

meervoudige fotoconfrontatie met de vriendin van het slachtoffer (Corine de Jong in de casus), die getuige was van het misdrijf. In de sterk-bewijsversies identificeerde zij de foto van verdachte onmiddellijk en zonder enige twijfel als de man die haar vriend mishandeld had. In de zwak-bewijsversies werd ook de foto van verdachte geselecteerd, doch niet dan nadat de getuige aarzelde tussen de foto van verdachte en de foto van een andere onbekende persoon die niets met het misdrijf te maken had.

Evenals in de casus A en C, was bij de woninginbraak (casus B) in de sterk-bewijsversie sprake van een bekende verdachte, terwijl deze in de zwak-bewijsversie in alle toonaarden ontkende. Ook in deze casus is gebruik gemaakt van een meervoudige fotoconfrontatie. De overbuurman, die de dader op een brommer had zien weggrijden, identificeerde in de sterk-bewijsversie de foto van verdachte onmiddellijk en zonder enige twijfel als de man die op een brommer uit de tuin van Huisman wegreed. In de zwak-bewijsversie, werd ook de verdachte aangewezen, doch niet dan na aarzeling tussen zijn foto en de foto van een andere onbekende persoon die niks met het misdrijf te maken had. Voorts is in deze casus van de woninginbraak gebruik gemaakt van forensisch sporenonderzoek. Uit de tuin van het slachtoffer was een verse schoenafdruk veiliggesteld. In de sterk-bewijsversie was dit spoor gedetailleerd en geschikt voor identificatie. Door de technische recherche werd vastgesteld dat een uit de woning van verdachte in beslag genomen schoen deze afdruk veroorzaakt had. In de zwak-bewijsversie daarentegen, was het veiliggestelde spoor fragmentarisch. Bij vergelijking tussen het spoor en de in beslaggenomen schoen, kon slechts geconcludeerd worden dat het om een schoen van hetzelfde merk en type ging en van dezelfde maat.

7.3.3 Overige overwegingen bij de casus

Voor wat de straftoemeting in onze casus betreft, waren er voorts twee aspecten waarmee bij de constructie van het materiaal rekening gehouden diende te worden. Ten eerste zou toetsing van de hypothesen bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn als de straftoemetingsbeslissingen uiteenlopende strafsoorten zouden betreffen. Het vergelijken van straffen en berekenen van gemiddelden daarover is immers alleen goed mogelijk waar het gevangenisstraffen betreft. Het was dan ook van belang de rechter, indien hij het feit bewezen achtte, zo veel mogelijk te sturen in de richting van een gevangenisstraf.

Voor wat casus A betreft, de ernstige mishandeling, werd hierin geen probleem voorzien. Het feit op zich was immers zo ernstig dat een gevangenisstraf de enige optie voor de rechter zou zijn. In casus B en C lag dit in beginsel minder duidelijk. De keuze van de rechter voor een gevangenisstraf werd in deze twee casus als volgt gestimuleerd. Via rapportage over de persoon van de verdachte, zijn justitieel verleden en de in het dossier opgenomen weergave van zijn houding tijdens het onderzoek ter terechtzitting, werd

de rechter geen concrete aanknopingspunten geboden om een andere straf dan gevangenisstraf te kiezen. Anderzijds werd de keuze voor een gevangenisstraf gestimuleerd door het in het dossier opgenomen excerpt uit het requisitoir van de officier van Justitie voor wat de strafeis betreft. Hierin stond beredeneerd dat in het onderhavige geval slechts een gevangenisstraf op zijn plaats zou zijn.

Het requisitoir van de officier van Justitie was tevens van belang voor een tweede overweging. Naarmate *binnen* dezelfde versie van een casus (bijvoorbeeld A⁺) de variatie tussen rechters in strafmaat groter zou zijn, zou het berekende gemiddelde over die straffen het totaal aan uitgedeelde straffen minder goed karakteriseren. Zinnvolle vergelijking van de gemiddelde straf tussen een sterk en een zwak-bewijsversie (bijvoorbeeld tussen A⁺ en A⁻) zou daarmee belemmerd worden. In de praktijk is één van de belangrijkste beginpunten voor de rechter bij zijn overweging over de strafmaat de eis van de officier van Justitie. Van de eis van de officier wordt dan ook een sterk convergerende werking op (potentiële) variatie in straftoemeting verwacht.⁶⁷ Een concrete en beredeneerde strafeis was om die reden een onmisbaar element in onze casusbeschrijvingen.⁶⁸ Ook werd de variatie zo veel mogelijk beperkt door in de tenlastelegging telkens slechts één feit te formuleren (en dus geen subsidiaire feiten in de tenlastelegging op te nemen). De juridische kwalificatie (zoals geformuleerd in de tenlastelegging) en de eis van de officier van Justitie staan hieronder voor iedere casus beknopt weergegeven. Op deze punten bestond geen enkel verschil tussen sterk- en zwak-bewijsversie per casus.

A: De zware mishandeling van Anton de Koning

Aangebracht bij de meervoudige kamer van de rechtbank.

Opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel; art. 302 Sr.

De officier van Justitie eist 30 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

B: De inbraak in de woning van Huisman

Aangebracht bij de meervoudige kamer van de rechtbank.

Gekwalificeerde diefstal; art. 311 lid 2 Sr.

De officier van Justitie eist 6 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

C: De minder zware mishandeling van Anton de Koning

Aangebracht bij de politierechter.

Eenvoudige mishandeling; art. 300 Sr.

De officier van Justitie eist 10 weken onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

67. Zie hierover meer uitvoerig De Keijser (2000).

68. De in onze fictieve dossiers opgenomen requisitoiren zijn verkregen door een ervaren officier van Justitie op basis van ons materiaal een requisitoir te laten formuleren alsof het een echte zaak betrof. Wij danken Esther Duijts voor haar hulp op dit punt van het onderzoek. Een door ons bewerkte versie van het requisitoir is opgenomen in de dossiers.

Noodzakelijkerwijs moesten de rechters in ons experiment het stellen zonder een onderzoek ter terechtzitting en hun oordeel volledig baseren op de schriftelijke stukken. Omdat werd voorzien dat, met name bij twijfel over schuld van verdachte, dit als belangrijk gemis zou worden ervaren, hebben wij getracht dat zo goed mogelijk te ondervangen door aanvullende schriftelijke informatie te geven over het (denkbeeldige) onderzoek ter terechtzitting. Voor wat de verdachte betreft werd in de sterk-bewijsversies van de casus gemeld dat hij aanwezig was en geen zin had om verder in te gaan op de feiten en achtergronden van het misdrijf. Hij bevestigt slechts zijn eerdere verklaringen en beroept zich voor het overige op zijn zwijgrecht. In de zwak-bewijsversies beroept verdachte zich volledig op zijn zwijgrecht en zegt alleen, wanneer hij het laatste woord krijgt: “Jullie hebben toch al besloten dat ik het heb gedaan. Ik zou niet weten wat ik nog moet zeggen.”

In hetzelfde stuk over het onderzoek ter terechtzitting staat verder bij iedere casus vermeld dat er geen slachtoffer aanwezig is. In het geval van de woninginbraak (*B*) wordt vermeld dat de heer Huisman inmiddels is overleden (natuurlijke oorzaak) en er geen nabestaanden zijn. Voor wat de ernstige en minder ernstige mishandeling betreft (*A* en *C*) wordt gemeld dat het slachtoffer aan de officier van Justitie te kennen heeft gegeven een aparte civiele procedure tegen verdachte te zullen starten om schade te verhalen.

Bij iedere casus staat in dit onderdeel voorts een beknopt verslag van de interactie met getuigen die op zitting zijn gehoord. De strekking daarvan is dat er inhoudelijk niets wordt toegevoegd aan wat er reeds in de verklaringen in het dossier was opgenomen. Het komt telkens neer op een bevestiging van wat reeds bij de politie verklaard is.

Het voorblad van elk strafdossier bevatte een beknopte instructie. Daarin werd vermeld dat wij ons er van bewust zijn dat de gevraagde inspanning afwijkt van de dagelijkse praktijk. De belangrijkste abstracties, zo meldden wij, betreffen het gemis van het onderzoek ter terechtzitting en het vormen van een oordeel zonder raadkameroverleg.⁶⁹ Er werd gevraagd te veronderstellen dat er in de betreffende casus geen sprake is van procedurele of vormfouten en dat er geen stukken ontbreken die iets wezenlijks zouden toevoegen aan de gepresenteerde inhoud. Tenslotte werd de deelnemer vriendelijk, doch dringend, verzocht om over de te beoordelen casus geen overleg met collega's te voeren.

Wij sluiten deze, noodzakelijkerwijs uitgebreide, bespreking van de opzet van het experiment, de constructie en inhoud van het casusmateriaal af met een schematische weergave van de fictieve strafdossiers in Tabel 2. In de tabel is te lezen welke stukken in de verschillende dossiers zijn opgenomen.⁷⁰

69. Omdat casus *C* een politierechterzaak betreft, werd in het voorblad van de versies van deze casus de opmerking over het gemis van raadkameroverleg niet vermeld.

70. Geïnteresseerden kunnen de volledige strafdossiers zoals die aan de rechters zijn voorgelegd bij de auteurs opvragen.

Tabel 2 Samenstelling van de fictieve strafdossiers

Dossierstukken	A		B		C	
	Zware mishandeling		Woning-inbraak		Eenvoudige mishandeling	
	sterk	zwak	sterk	zwak	sterk	zwak
Loopproces-verbaal	J	J	J	J	J	J
Tenlastelegging	J	J	J	J	J	J
Verklaring slachtoffer	N	N	J	J	J ¹	J ¹
Processen-verbaal getuigenverhoren	3	3	2	2	3	3
Verslag technisch sporenonderzoek	nvt	nvt	J	J	nvt	nvt
Proces-verbaal van aanhouding	J	J	J	J	J	J
Proces-verbaal verhoor verdachte	J	J	J	J	J	J
Proces-verbaal zoeking in woning verdachte	nvt	nvt	J	J	nvt	nvt
Meervoudige fotoconfrontatie	J	J	J	J	J	J
Deskundigenrapport forensisch sporenonderzoek	nvt	nvt	J	J	nvt	nvt
Proces-verbaal tweede verhoor verdachte	N	J	J	J	N	J
Medisch deskundigenrapport letsel	J	J	nvt	nvt	J	J
Psychologisch deskundigenrapport verdachte	J	J	N	N	N	N
Voorlichtingsrapport reclassering	N	N	J	J	J ²	J ²
Uittreksel Justitieel Documentatieregister	J	J	J	J	J	J
Excerpt uit requisitoir officier van Justitie	J	J	J	J	J	J
Aanvullende informatie oztz/voorlopige hechtenis	J/J	J/J	J/J	J/J	J/ nvt	J/ nvt

Noot: Totaal aantal pagina's per dossier: A⁺ 17 pp/ A⁻ 19 pp/ B⁺ 23 pp/ B⁻ 23 pp/ C⁺ 17 pp/C⁻ 19 pp.

1. Slachtoffer verklaart zich niks meer van incident te herinneren

2. Inhoud niet wezenlijk verschillend van psychologische rapportage in de A casus.

7.4 Dataverzameling en respons

7.4.1 Procedure

De keuzes die gemaakt zijn bij de opzet van het experiment en het aantal te beoordelen fictieve strafdossiers stellen hoge eisen aan de hoeveelheid rechters die zouden moeten participeren in deze studie om tot een succesvolle afronding te kunnen komen. Om die reden is er voor gekozen om alle rechters en raadsheren (exclusief plaatsvervangers) werkzaam in de strafsectoren van de 19 rechtbanken en 5 gerechtshoven in het land te benaderen met een persoonlijk verzoek om in deze studie te participeren. Uit een recente namenlijst van de Raad voor de rechtspraak bleek dit in oktober 2003 640 magistraten te betreffen.

Eind oktober 2003 werd door de Raad voor de rechtspraak een brief gestuurd naar de presidenten van alle gerechten. In deze brief werd ons onderzoek naar de oordeelsvorming van de strafrechter aangekondigd en werd gemeld dat het een substantiële bijdrage zou kunnen leveren aan kennisvermeerdering op dit terrein. Voorts stond in deze brief dat voor het wel-slagen van het onderzoek een brede medewerking van de leden van de straf-sector benodigd is en dat de onderzoekers op korte termijn contact zouden opnemen met de leden van de strafsector.⁷¹ Enkele dagen daarna stuurden wij een brief naar de strafsectorvoorzitters van alle gerechten. In onze brief gaven wij in algemene bewoording meer informatie over ons onderzoek⁷² en werd aangekondigd dat wij de leden van de strafsector op korte termijn een casus zouden toesturen ter beoordeling. Tenslotte vroegen wij de strafsectorvoorzitters om de leden van hun sector alvast te attenderen op ons onderzoek. Daarna volgde het toesturen van de casus met begeleidende brief aan alle rechters en raadsheren in de strafsectoren. Dit geschiedde op naam naar de betreffende werkadressen. Iedere rechter en raadshere werkzaam in een strafsector heeft aldus één casus van ons ontvangen. Twee weken na het versturen van de casus ontving iedereen een herinneringsbrief.

De zes fictieve strafdossiers zijn op willekeurige wijze (random) verdeeld over de 640 rechters en raadsheren in ons bestand, met dien verstande dat twee overwegingen daaraan voorafgingen. Ten eerste werd in de zwakbewijs-versies van de casus verwacht (en bedoeld) dat een deel van de in het onder-zoek participerende rechters het tenlastegelegde feit niet bewezen zou verkla-ren en dus ook geen straf zou toemeten. Hoe groot dat deel precies zou zijn, bleef, zoals hierboven beschreven, een risico-onderdeel in deze studie. Te veel niet-bewezenverklaringen zou toetsing van de hypothesen van compensatoir straffen immers belemmeren. Dit risico diende zo veel mogelijk beperkt te worden. Om die reden is besloten om van de zwak-bewijsversies van de casus twee maal zoveel dossiers uit te sturen als van de sterk-bewijsversies.

Ten tweede werd geanticipeerd op risico's verbonden aan tegenvallende respons. Er is gezocht naar een strategie die totale mislukking vanwege gebrekkige respons minimaliseerde. Dit resulteerde in een tweetrapsraket van dataverzameling. Eerst werden beide versies van *A* en *B* verdeeld over tweederde van onze populatie rechters en raadsheren. Als de respons zou tegenvallen, dan was voorgenomen de resterende rechters ook *A* en *B* te doen toekomen. Pas bij voldoende respons op *A* en *B*, zouden C^+ en C^- naar de res-terende eenderde van de rechters verstuurd worden.

Begin november 2003 zijn de sterk- en zwak-bewijsversies van de zware mishandeling (*A*) en van de woninginbraak (*B*) verstuurd. Twee weken later

-
71. Wij zijn de Raad voor de rechtspraak veel dank verschuldigd voor de steun die ons verleend is.
 72. Wij schreven in algemene bewoording dat het onderzoek over de oordeelsvorming van de strafrechter in concrete casus gaat; dus zonder de hypothese van compensatoir straffen prijs te geven.

volgde naar de betreffende rechters en raadsheren een herinneringsbrief. Kort daarna werd duidelijk dat de respons op deze casus ruimschoots voldoende was en werden de sterk- en zwak-bewijsversies van de eenvoudige mishandeling (C) naar de resterende rechters verstuurd. Ook aan hen werd nog een herinneringsbrief verstuurd.

7.4.2 Het antwoordformulier

Het antwoordformulier telde slechts twee pagina's en kon in een bijgeleverde retourenveloppe (portvrij) ingestuurd worden. Naast een viertal algemene achtergrondvragen (geslacht, ervaring in strafsector, arrondissement/ hofresort en functie in strafsector) werd men verzocht aan te geven of het tenlastegelegde feit bewezen werd geacht, welk strafbaar feit dat opleverde en, indien van toepassing, welke straf (of maatregel) verdachte op werd gelegd.⁷³ Ten slotte werd gevraagd een beknopte motivering te schrijven. De antwoordformulieren waren voor alle casus en versies daarvan identiek, met dien verstande dat gerefereerd werd aan de naam van de verdachte die het voor ons mogelijk maakte te identificeren op welk strafdossier (i.e. welke versie van welke casus) de beslissing van toepassing was.

7.4.3 Respons

In Tabel 3 is voor iedere versie van de casus de respons vermeld. Er is in de tabel reeds gecorrigeerd voor een aantal rechters/ raadsheren (11 in totaal) die om verschillende redenen niet in ons bestand hadden moeten zitten. Zo bleken enkelen overleden te zijn terwijl anderen onlangs gepensioneerd of reeds lange tijd niet meer in de strafsector werkzaam zijn.

In Tabel 3 is te zien dat het responspercentage voor beide versies van de C casus hoger is dan dat in de overige casus. De verklaring daarvoor dient gezocht te worden in het latere tijdstip waarop de twee versies van de C casus verstuurd zijn. Een aanzienlijk deel van de respons op de C casus viel in en kort na de kerstvakantie. De rechters en raadsheren hadden er simpelweg meer tijd en rust voor dan hun collega's die eerder de A of B casus van ons ontvingen.

73. Men werd verzocht te veronderstellen dat de dagvaarding geldig is, men bevoegd is tot kennisneming van het tenlastegelegde feit, de officier van Justitie ontvankelijk is, er geen redenen zijn voor schorsing van de vervolging en er geen rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden zijn.

Tabel 3 *Aantal verstuurde en ontvangen fictieve strafdoSSIERS*

	<i>verstuurd</i>	<i>retour</i>	<i>respons</i>
A ⁺	71	23	32 %
A ⁻	140	53	38 %
B ⁺	71	22	31 %
B ⁻	139	47	34 %
C ⁺	69	28	41 %
C ⁻	139	56	40 %
Totaal	629	229	36 %

Het totale responspercentage van ruim 36 procent stemt tot tevredenheid. De inspanning die van de rechters en raadsheren gevraagd werd was immers behoorlijk te noemen.

7.4.4 *Representativiteit*

Wij gaan er van uit dat op het moment van dataverzameling de ons beschikbare lijst van namen van rechters en raadsheren werkzaam in de strafsectoren een accurate weerspiegeling vormde van de zittende magistratuur. Om een indicatie te verkrijgen omtrent de representativiteit van onze 229 respondenten, is op enkele kenmerken een vergelijking gemaakt met de populatie zoals vervat in onze namenlijst (zie Tabel 4). De rechters en raadsheren die hebben geparticipeerd in onze studie zijn behoorlijk representatief voor de populatie van rechters. De enige kanttekening die te maken valt is dat in onze studie rechters enigszins oververtegenwoordigd zijn ten opzichte van raadsheren.

Tabel 4 *Verdeling naar geslacht, rechters/raadsheren en ressort: vergelijking populatie – respondenten (in procenten)*

	<i>populatie</i> (N=629)	<i>respondenten</i> (N=229)
man	54	50
vrouw	46	50
rechter	80	86
raadsheer	20	14
Amsterdam	33	33
Arnhem	14	14
Den Haag	26	24
Den Bosch	18	19
Leeuwarden	9	9

* 3 respondenten (1%) hebben niet aangegeven in welk gerecht ze werkzaam zijn.

7.5 Resultaten

7.5.1 De bewijsbeslissing

In Tabel 5 staan de bewijsbeslissingen vermeld voor de sterk- en zwak-bewijsversies van de drie casus. Negen rechters (verdeeld over verschillende casus) achtten een ander dan het primaire en enige feit op de tenlastelegging bewezen. Om vergelijking van bewijsbeslissingen zuiver te houden, is dit negental buiten beschouwing gehouden.⁷⁴

Tabel 5 maakt vooraleerst een evaluatie van de geslaagdheid van onze experimentele manipulatie van bewijs mogelijk. Inspectie van de percentages leert dat de verschillende versies van de casus dat hebben gedaan, en in die mate, zoals bedoeld was. In de drie sterk-bewijsversies hebben alle rechters (100%) het tenlastegelegde feit bewezen verklaard, terwijl in de zwak-bewijsversies telkens ongeveer *een vierde* van de rechters de overtuiging miste om tot bewezenverklaring over te gaan. Dit lijkt ons genoeg om te kunnen stellen dat onze zwak-bewijsversies daadwerkelijk voldoende twijfel toelieten, terwijl het bewijs voor een voldoende aantal rechters sterk genoeg was om niettemin tot een bewezenverklaring te komen.

Tabel 5 De bewijsbeslissingen (in procenten)

		Bewezen?		
		Nee	Ja	N
A ⁺	Zware mishandeling, sterk bewijs	0	100	23
A ⁻	Zware mishandeling, zwak bewijs	23	77	51
B ⁺	Woninginbraak, sterk bewijs	0	100	22
B ⁻	Woninginbraak, zwak bewijs	27	73	44
C ⁺	Eenvoudige mishandeling, sterk bewijs	0	100	27
C ⁻	Eenvoudige mishandeling, zwak bewijs	23	77	53

Verdere ondersteuning voor de geslaagdheid van de experimentele manipulatie is te vinden in de schriftelijke opmerkingen die rechters zo nu en dan bij hun bewijsbeslissing plaatsten. Zo wordt er bijvoorbeeld gemeld: “Het is kantje boord in deze zaak.” Voorts meldt een rechter, die de zwak-bewijsversie van de zware mishandeling beoordeelde, dat hij voor zijn bewezenverklaring een “bewijsredenering” heeft moeten toepassen. In de bespreking van onze bewijsmanipulatie noemden wij dit ‘schakelen’ (zie paragraaf 7.3). Met betrekking tot hetzelfde dossier, schrijft een andere rechter, die niet tot bewezenverklaring overgaat:

74. Gezien het relatief kleine aantal deed dit er overigens niet toe.

“Wettig zou het bewijs *net* voldoende zijn, maar ik acht het onvoldoende overtuigend. Het bewijs steunt in hoofdzaak op de herkenning door de vriendin van het slachtoffer op basis van een meervoudige fotoconfrontatie. Die herkenning is met de nodige aarzeling totstandgekomen. Nu de overige bewijsmiddelen slechts ‘circumstantial’ zijn acht ik de zaak onvoldoende wettig en overtuigend bewezen.”

Wij hebben onderzocht of de bewijsbeslissing in de zwak-bewijsversies van de drie casus samenhang vertoonde met het aantal jaren ervaring in de strafsector, of men rechter of raadsheer is, en geslacht. Geen van deze kenmerken bleek samen te hangen met de bewijsbeslissing.

Behalve evaluatie van de experimentele manipulatie met het bewijs, geeft Tabel 5 antwoord op onze empirische vraag naar de overtuigingsparadox, zoals geformuleerd in hypothese (6) hierboven. Het antwoord is gelegen in vergelijking van de zwak-bewijsversie van de zware mishandeling (A^-) met de zwak-bewijsversie van de eenvoudige mishandeling (C^-). Deze fictieve strafdossiers verschillen alleen van elkaar op de factor *ernst*; het bewijs is gelijk. Overeenkomstig de overtuigingsparadox, zou in de zwak-bewijsversie van de zware mishandeling een groter percentage rechters tot bewezenverklaring overgaan dan in de zwak-bewijsversie van de eenvoudige mishandeling. Tabel 5 laat zien dat de resultaten van dit experiment geen steun voor de overtuigingsparadox leveren. In beide gevallen gaat hetzelfde percentage (77%) rechters over tot bewezenverklaring. De overtuigingsparadox, die al ruim een decennium het leven van een vermoeden leidt, is hiermee voor het eerst aan een systematische empirische toets onderworpen en heeft deze niet doorstaan.

De afwezigheid van empirische ondersteuning voor dit mechanisme in dit onderzoek is een opmerkelijke bevinding. De overtuigingsparadox was immers op een plausibel en theoretisch gefundeerd psychologisch mechanisme gestoeld. Het is in het algemeen lastig om een gebrek aan steun voor een hypothese in een onderzoek te verklaren. Het kan aan het onderzoeksmateriaal liggen, aan verschillen tussen de experimentele opzet en het werkelijke leven, maar ook kan dit betekenen dat de hypothese niet waar is. Of wij zodanig in onze experimentele opzet zijn geslaagd, kan de lezer zelf beoordelen op basis van onze uitvoerige beschrijving van het experiment. Wij hebben in ieder geval getracht zoveel mogelijk storende invloeden uit te sluiten. Het belangrijkste verschil met de werkelijkheid, in onze ogen, is dat we in dit experiment niet de druk hebben kunnen simuleren die in ernstige en geruchtmakende zaken door betrokkenen, media en samenleving op de rechter wordt uitgeoefend. Daar staat weer tegenover dat rechters, zo blijkt uit de groepsdiscussies die eerder in deze bundel besproken zijn,⁷⁵ menen bewust met die druk om kunnen te gaan zonder zich daardoor oneigenlijk te laten beïnvloeden.

75. Zie Hoofdstuk 3 in deze bundel.

7.5.2 De straffen

Op vier uitzonderingen na, werd na bewezenverklaring in alle gevallen een gevangenisstraf opgelegd. De vier uitzonderingen hebben betrekking op de eenvoudige mishandeling (casus C). Daar werd door vier rechters gekozen voor een werkstraf (variërend van 80 tot 200 uren) en werd in ieder geval geen onvoorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd.⁷⁶ Voor wat verdere analyses van de gevangenisstraffen in casus C betreft, zijn deze 4 beslissingen buiten beschouwing gelaten.⁷⁷

In elk van de drie casus is door een grote meerderheid van de rechters voor een volledig onvoorwaardelijke gevangenisstraf gekozen. Bij de zware mishandeling (A) werd door 26 procent van de rechters de gevangenisstraf deels voorwaardelijk opgelegd. Bij de woninginbraak (B) was dit 17 procent en bij de eenvoudige mishandeling (C) 30 procent. Bij die deels voorwaardelijke straffen werd dan regelmatig als bijzondere voorwaarde reclasseringscontact genoemd en een viertal keren ook het volgen van een leerstraf of cursus.

Voor de verdere analyses richten wij ons uitsluitend op de opgelegde gevangenisstraffen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen onvoorwaardelijke gevangenisstraf en totale gevangenisstraf (dat wil zeggen inclusief een eventueel voorwaardelijk deel). Tabel 6 geeft een overzicht van de straftoemingsbeslissingen en variatie daarin per casus. Er is in deze tabel geen onderscheid gemaakt tussen de sterk- en zwak-bewijsversies.

De tabel laat zien dat er in iedere casus flinke verschillen bestaan tussen de beslissingen van de rechters. Met name de rechters die de zware mishandeling beoordeelden, lopen ver uiteen. In de andere twee casus (B en C) duiden de minima en maxima weliswaar ook op forse meningsverschillen tussen rechters, maar laten de standaarddeviaties zien dat verreweg de meesten van hen dicht rond het gemiddelde geclusterd zijn. De spreiding is in deze twee casus een stuk kleiner.⁷⁸ Overigens dient wel opgemerkt te worden dat in werkelijkheid van het raadkameroverleg verwacht mag worden dat de *grootste* verschillen afgevlakt worden.

76. Eén van die vier rechters combineerde de werkstraf weliswaar met een voorwaardelijke gevangenisstraf.

77. De genoemde werkstraffen zijn ter controle wel omgerekend naar gevangenisstraffen, maar op de resultaten had dit geen invloed.

78. Op basis van straftoemingsonderzoek met vignetten, wees De Keijser (2000) er al op dat variatie in straftoemeting zich het sterkst doet gelden in de zwaardere zaken. Op zich is dit niet vreemd te noemen gezien de grotere beslissingsrange die de rechter heeft bij de straftoemeting in zwaardere zaken.

Tabel 6 De straftoemeting (in maanden gevangenisstraf) per casus

		Onvoorwaardelijk	Inclusief voorwaardelijk
A	Min – Max	10 – 60	15 – 60
Zware mishandeling	StdDev.	9.6	8.8
	Gemiddelde (N=61)	29.7	31.3
	<hr/>		
B	Min – Max	2 – 12	3 – 12
Woninginbraak	StdDev.	1.6	1.5
	Gemiddelde (N=53)	5.3	5.6
	<hr/>		
C	Min – Max	1 – 6	1.25 – 6
Eenvoudige mishandeling	StdDev.	1.0	1.1
	Gemiddelde (N=63)	2.5	2.8

Noot: Er zijn drie waarnemingen verwijderd. Het zijn straffen die ten opzichte van de andere straffen in dezelfde casus uitzonderlijk (uitbijters) kunnen worden genoemd en de resultaten van verdere analyses zouden vertekenen. Het betreft één onvoorwaardelijke gevangenisstraf in casus A van 72 maanden, één onvoorwaardelijke gevangenisstraf in casus B van 48 maanden en één onvoorwaardelijke gevangenisstraf in de C casus van 8 maanden. Als statistisch criterium voor identificatie van deze uitbijters hebben wij gehanteerd dat de betreffende straf meer dan drie standaarddeviaties van het gemiddelde moet afwijken.

Terwijl van de eis van de officier van Justitie een convergerende werking op de straftoemeting uitgaat, blijkt het effect daarvan – vooral in het geval van de zware mishandeling – niet spectaculair te zijn. Tabel 7 geeft per casus weer hoeveel rechters conform, lager of hoger dan de eis vonnissen en wel in termen van de totale gevangenisstraf (inclusief een eventueel voorwaardelijk deel).

Tabel 7 Opgelegde straffen in relatie tot eis officier van Justitie

	eis	lager	conform	hoger
A	30	29 %	38 %	33 %
B	6	42 %	47 %	11 %
C	2.5	22 %	45 %	33 %

Naast de eis van de officier van Justitie als uitgangspunt, heeft de rechter tegenwoordig oriëntatiepunten voor straftoemeting tot zijn beschikking voor een aantal delicten. Deze oriëntatiepunten zijn een product van het landelijk overleg tussen de voorzitters van de strafsectoren van de rechtbanken en hoven.⁷⁹ De bedoeling ervan is de eenheid in straftoemeting te bevorderen. In

79. Zie “Oriëntatiepunten straftoemeting” (2003) voor een recente publicatie van deze oriëntatiepunten.

ons experiment wordt door 17 procent van de rechters die een straf opleggen in de motivering expliciet naar een oriëntatiepunt verwezen. Gegeven de beschikbaarheid van oriëntatiepunten voor de onderhavige casus, is dit percentage laag te noemen. Of de rechters die geen melding maakten van een oriëntatiepunt zich daar ook daadwerkelijk niet mee bezighielden, is natuurlijk niet met zekerheid te stellen. Desalniettemin ligt vergelijking van de rechters die nadrukkelijk een oriëntatiepunt hanteerden met degenen die dat niet deden voor de hand. In Tabel 8 is het resultaat van deze vergelijking weergegeven per casus. De tabel wijst op twee duidelijke effecten van expliciet hanteren van een oriëntatiepunt. Ten eerste lopen de straffen van de rechters die een uitgangspunt hanteren veel minder sterk uiteen dan van de rechters die daar geen melding van maken. Inspectie van de mate van spreiding (weergegeven in de standaarddeviatie) laat zien dat in het geval van de zware mishandeling en van de woninginbraak daar zelfs een factor twee verschil tussen zit. Dit lijkt ons een sterke aanwijzing dat oriëntatiepunten, voor zover expliciet gehanteerd, hun doel niet missen.

Tabel 8 Het effect van oriëntatiepunten op de straf (totale gevangenisstraf)

	oriëntatiepunt gehanteerd?	N	gemid- delde	StdDev.	t-waarde
A Zware mishandeling	nee	56	32.3	8.4	3.17 **
	ja	5	20.2	3.9	
B Woninginbraak	nee	36	6.0	1.6	3.14 **
	ja	17	4.7	0.8	
C Eenvoudige mishandeling	nee	56	2.9	1.2	0.89 (NS)
	ja	7	2.5	0.7	

** $p < .01$

Noot: Getoetst werd, binnen iedere casus, of de strafzwaarte verschilt tussen rechters die wel en die geen oriëntatiepunt hanteren

Tabel 8 laat nog een ander effect zien van oriëntatiepunten. Rechters die een oriëntatiepunt hanteren, straffen gemiddeld (veel) lager dan rechters die de motivering van de straf niet baseren op een oriëntatiepunt. Het effect is substantieel in de zware mishandeling (A) en in de woninginbraak (B). Van de oriëntatiepunten zoals geformuleerd door het landelijk overleg van de voorzitters van de strafsectoren, gaat klaarblijkelijk een temperende werking uit op de strafmaat.

Een laatste opmerking over de oriëntatiepunten betreft de begrijpelijkheid van de motivering. Een strafmotivering waarin een oriëntatiepunt als anker wordt gebruikt, levert een 'verhaal' op dat (ook voor betrokkenen en buitenstaanders) veel beter gevolgd kan worden. Zo wordt het mogelijk om, dankzij dat eenduidig ankerpunt, te begrijpen en te volgen hoe verschillende

rechters in soortgelijke (in ons onderzoek identieke) gevallen tot een andere straf komen. Een gedetailleerde motivering van de straf waarbij het oriëntatiepunt (indien beschikbaar) het anker vormt, verdient dan ook alle aanbeveling.

7.5.3 De relatie tussen bewijs en straf

In het voorgaande lieten wij zien dat de experimentele manipulatie met het bewijs geslaagd is. Ook is duidelijk geworden dat er per casus nogal wat meningsverschil tussen de magistraten bestaat over de passende straf. Met name voor de zware mishandeling (casus A), liepen de straffen flink uiteen.

Daarmee zijn we nu aanbeland bij vergelijking van de gemiddelde straffen tussen de sterk en de zwak-bewijsversies van de drie casus. In Tabel 9 staan voor de sterk- en zwak-bewijsversies van de casus de gemiddelde totale gevangenisstraffen weergegeven.⁸⁰

Tabel 9 *Straffen in zwak- en sterk-bewijsversies*

	<i>bewijs</i>	<i>N</i>	<i>gemiddelde</i>	<i>StdDev.</i>	<i>t-waarde</i>
A	sterk	23	28.7	7.4	1.85 (NS)
Zware mishandeling	zwak	38	32.9	9.2	
B	sterk	21	5.4	1.2	0.66 (NS)
Woninginbraak	zwak	32	5.7	1.7	
C	sterk	23	3.1	1.2	1.40 (NS)
Eenvoudige mishandeling	zwak	40	2.7	1.0	

Noot: Er werd binnen iedere casus getoetst of de strafzwaarte verschilt tussen de sterk- en zwak-bewijsversie.

Op basis van Tabel 9 is evaluatie van de hypothesen (1) tot en met (5) mogelijk. De eerste drie hypothesen betroffen het veronderstelde effect van compensatoir straffen in respectievelijk de zware mishandeling (A), de woninginbraak (B) en de eenvoudige mishandeling (C). Indien er compensatoir gestraft zou worden, zo luidde de redenering, zou per casus de gemiddelde straf in de zwak-bewijsversie lager moeten zijn dan in de sterk-bewijsversie. De resultaten (weergegeven in Tabel 9) laten zien dat in geen van de casus compensatoir straffen optreedt.⁸¹

80. Dezelfde analyses zijn uitgevoerd met alleen het onvoorwaardelijk deel van de gevangenisstraffen. Omdat de resultaten daarvan overeenkomstig zijn, zijn die analyses hier niet gerapporteerd.

81. Bij de zware mishandeling en de woninginbraak is te zien dat de gemiddelde straffen in de zwak-bewijsversies zelfs hoger uitvallen dan in de sterk-bewijsversies. Het verschil is in de A casus 4 maanden gevangenisstraf, doch (vanwege de relatief grote achterliggende variatie in strafmaat) niet statistisch significant.

De conclusie op basis van deze bevindingen moet dan ook luiden dat in ons onderzoek geen steun is gevonden voor de door ons geformuleerde hypothesen van compensatoir straffen. Omdat in geen van de drie casus sprake is van compensatoir straffen, is er vanzelf ook geen steun voor hypothesen (4) en (5). Daarin werd immers geponoerd dat in casus A een sterker effect van compensatoir straffen zou optreden dan in respectievelijk casus C en B. Dit veronderstelde verschil in effect van compensatoir straffen tussen ernstige en minder ernstige casus, was een afgeleide van de overtuigingsparadox. Gegeven het hierboven gebleken uitblijven van enige steun voor de overtuigingsparadox (hypothese (6)), mag dit weinig verbazing wekken.

Van de zwak-bewijsversies van de gebruikte casus mag nog steeds verondersteld worden dat de denkbeeldige wijzer van overtuiging van schuld bij de deelnemers in ons experiment niet zo ver uitsloeg als in de sterk-bewijsversies.⁸² Zelfs bij een zo beladen en maatschappelijke onrust veroorzakend misdrijf als zware mishandeling in de publieke ruimte ('zinloos geweld'), blijken de deelnemers aan deze studie goed in staat te zijn om de onzekerheid, die aan hun bewezenverklaring voorafging, los te koppelen van de straftoemeting. Maatschappelijke druk en 'vrees' om een gevaarlijke schuldige vanwege gebrek aan overtuiging (op basis van het voorhanden zijnde bewijs) weer los te laten in de samenleving, verleiden de magistraten er in ons onderzoek niet toe om de formele lezing van de relatie tussen bewijs en straf los te laten.

8 SLOTBESCHOUWING

Een experimenteel onderzoek als het onderhavige heeft beperkingen. De belangrijkste daarvan is dat ook de rechters en raadsheren die onze casus beoordeelden, op dat moment wisten dat het niet om werkelijke zaken en werkelijke verdachten en slachtoffers gaat. Met die handicap trachtten wij de werkelijkheid toch zo goed mogelijk te benaderen. Wij hebben casusbeschrijvingen voorgelegd in een vorm die sterk lijkt op die van strafdossiers zoals rechters ze in hun dagelijks werk onder ogen krijgen.

In ons onderzoek vonden wij niet dat de rechters compensatoir straffen, dat wil zeggen dat zij twijfel over het bewijs compenseren door een lagere straf op te leggen. Evenmin vonden wij dat sprake was van de overtuigingsparadox, dat wil zeggen dat bij toenemend belang van een zaak de rechter in mindere mate eisen stelt aan het bewijs. Toch vonden wij in het eerste deel van dit onderzoek dat vele strafrechtadvocaten in ieder geval menen compensatoir straffen in de praktijk tegen te komen. Het fenomeen is in hun ogen kennelijk zo sterk, dat sommigen van hen daarvoor zelfs speciale termen hebben.

82. Het aantal rechters dat niet tot bewezenverklaring overging in de zwak-bewijsversies, is daar een sterke aanwijzing voor.

Deze merkwaardige tegenstelling tussen ons onderzoek onder advocaten en het experimentele onderzoek onder rechters kan op verschillende manieren verklaard worden. Een al genoemde verklaring is dat in ons experiment voor de rechters de verantwoordelijkheid tegenover werkelijke betrokken in het bijzonder en de samenleving in het algemeen ontbrak en daarmee aan zowel compensatoir straffen als de overtuigingsparadox een belangrijke bouwsteen ontbreekt. Een andere mogelijke verklaring is dat de berichten van de advocaten betrekking hebben op relatief incidentele gevallen; althans het soort incidentele gevallen dat moeilijk te vatten is in een wat algemener experiment zoals wij dat vorm hebben gegeven. Voor de derde verklaring moet in het oog gehouden worden dat beide fenomenen gebaseerd zijn op stevige psychologische theorievorming. In deze verklaring zijn Nederlandse rechters kennelijk zo professioneel dat zij minder dan leken ten prooi vallen aan bepaalde basale psychologische valkuilen. Deze verklaring heeft vooralsnog onze voorkeur. De (incidentele) gevallen waarin volgens toeschouwers de rechter zich zou hebben laten verleiden tot compensatoir straffen, vallen dan direct op en vormen voor de advocaten voldoende aanleiding om ze aan ons te melden.

Het experiment heeft in ieder geval geleerd dat het vooralsnog niet verstandig is om zowel compensatoir straffen als de overtuigingsparadox een belangrijke rol te laten spelen in de theorievorming over rechterlijke beslissingen in strafzaken. Wij kunnen niet betogen dat het hier om meer gaat dan incidenten die voor een algemene theorie niet erg maatgevend kunnen zijn.

LITERATUUR

- Bell, D.E. (1982). Regret in decision making under uncertainty. *Operations Research*, 30, 961-981.
- Boor, L.E.C. van der (1991). *Over getuigen, confrontaties en bewijs*. Den Haag: Ministerie van Justitie (WODC).
- Buruma, Y. (1996). *De aandacht van de strafrechter*. Arnhem: Gouda Quint (oratie Nijmegen).
- Connolly, T. & M. Zeelenberg. (2002). Regret in decision making. *Current Directions in Psychological Science*, 11, 212-216.
- Corstens, G.J.M. (1999). *Het Nederlandse strafprocesrecht* (3e ed.). Arnhem: Gouda Quint.
- Crombag, H.F.M. (1997). Ook rechters maken menselijk fouten. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (pp. 561-577). Deventer: Gouda Quint.
- Crombag, H.F.M., P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar. (1994). *Dubieuze zaken: De psychologie van strafrechtelijk bewijs*. Amsterdam: Contact (2e herziene druk).
- Crombag, H.F.M., J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen. (1977). *Een theorie over rechterlijke beslissingen*. Groningen: H.D. Tjeenk Willink.
- Enschedé, C.J. (1959). *Motivering en motief*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (oratie Universiteit van Amsterdam).
- Enschedé, C.J. (1966). Bewijzen in het strafrecht. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 85, 488-518.
- Faigman, D.L., D.H. Kaye, M.J. Saks & J. Sanders (red.). (1997). *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony* (3rd ed.). St Paul: West.
- Faigman, D.L., D.H. Kaye, M.J. Saks & J. Sanders (red.). (1999). *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony, Supplement*. St. Paul, MI: West.
- Gigerenzer, G. (2002). *Adaptive thinking: Rationality in the real world*. New York: Oxford University Press.
- Gigerenzer, G., P.M. Todd & ABC Research Group (red.). (1999). *Simple heuristics that make us smart*. New York: Oxford University Press.
- Gilhooly, K.J. (1988). *Thinking: Directed, undirected and creative* (2nd ed.). New York: Academic.
- Green, D.M. & J.A. Swets. (1966). *Signal detection theory and psychophysics*. New York: Wiley.
- Gross, S.R. (1996). The risks of death: Why erroneous convictions are common in capital cases. *Buffalo Law Review*, 44, 469-500.
- Humphreys, M.S., S. Dennis, A.M. Maguire, K. Reynolds, S.W. Bolland & J.D. Hughes. (2003). What you get out of memory depends on the question you ask. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 29, 797-812.
- Johnson-Laird, P.N. (1999). Deductive reasoning. *Annual Review of Psychology*, 50, 109-135.
- Johnson-Laird, P.N. & P.C. Wason (red.). (1977). *Thinking: Readings in cognitive science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahneman, D. (2003). A perspective on judgment and choice: Mapping bounded rationality. *American Psychologist*, 58, 697-720.

- Kahneman, D., P. Slovic & A. Tversky (red.). (1982). *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahneman, D. & A. Tversky. (1979). Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, 47, 263-291.
- Kahneman, D. & A. Tversky. (1982). The psychology of preferences. *Scientific American*, 246, 160-173.
- Kahneman, D. & A. Tversky. (1984). Choices, values, and frames. *American Psychologist*, 39, 341-350.
- Kahneman, D. & A. Tversky. (1996). On the reality of cognitive illusions. *Psychological Review*, 103, 582-591.
- Kahneman, D. & A. Tversky (red.). (2000). *Choice, values, and frames*. New York: Cambridge University Press.
- Keijser, J.W. de (2000). *Punishment and purpose: From moral theory to punishment in action*. Amsterdam: Thela Thesis (diss. Leiden).
- Klein, G. (1998). *Sources of power: How people make decisions*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Knigge, G. (red.). (1993). *Leerstukken van strafprocesrecht* (2e ed.). Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Koopmans, F.A.J. (1993). *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv.* (4e ed.). Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Koppen, P.J. van (1998). Bekennen als bewijs: Bedenkingen bij het verhoor van de verdachte. *Justitiële Verkenningen*, 24(4), 61-73.
- Koppen, P.J. van (2002). Rechterlijke dwalingen. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing & H.L.G.J. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht* (pp. 871-885). Deventer: Kluwer.
- Koppen, P.J. van & M.J. Cohen. (2000). Psychologists in the Dutch legal domain. In P.J. van Koppen & N.H.M. Roos (red.), *Rationality, information and progress in law and psychology (Liber amicorum Hans F.M. Crombag)* (pp. 63-78). Maastricht: Maastricht University Press.
- Koppen, P.J. van & H.F.M. Crombag. (2000). Oren, lippen en vingers: De waarde van oud en nieuw identificatiebewijs. *Nederlands Juristenblad*, 75, 6-12.
- Landman, J. (1988). Regret and elation following action and inaction: Affective responses to positive versus negative outcomes. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 13, 524-536.
- Loomes, G. & R. Sugden. (1987). Some implications of a more general form of regret theory. *Journal of Economic Theory*, 41, 270-287.
- Manktelow, K. (1999). *Reasoning and thinking*. Hove: Psychology Press.
- Nijboer, J.F. (1990). *Forensische expertise*. Arnhem: Gouda Quint.
- Nijboer, J.F. (1997). *Strafrechtelijk bewijsrecht* (3rd ed.). Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Nijboer, J.F. & A. Sennef. (1999). Justification. In M. Malsch & J.F. Nijboer (red.), *Complex cases: Perspectives on the Netherlands criminal justice system* (pp. 11-26). Amsterdam: Thela Thesis.
- Oakhill, J. & A. Garnham. (1993). On theories of belief bias in syllogistic reasoning. *Cognition*, 46, 87-92.
- Oriëntatiepunten straffoetmeting. (2003). *Trema: Straffoetmetingsbulletin*(3), 88-91.

- Pompe, W.P.J. (1959). Het bewijs in strafzaken. *Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Akademie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België (Klasse der Letteren)*, 21(4).
- Seta, J.J., T. McElroy & C.E. Seta. (2001). To do or not to do: Desirability and consistency mediate judgments of regret. *Journal of Personality and Social Psychology*, 80, 861-870.
- Shafir, E. & R.A. LeBoeuf. (2002). Rationality. *Annual Review of Psychology*, 53, 491-517.
- Shapiro, B.J. (1991). *'Beyond reasonable doubt' and 'probable cause': Historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Simonson, I. (1992). The influence of anticipating regret and responsibility on purchase decisions. *Journal of Consumer Research*, 19, 105-118.
- Smith, R. & B. Wynne. (1989). *Expert evidence: Interpreting science in the law*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Soppe, H.J.G. (1997). Het verhoren van kinderen in zedenzaken. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (pp. 352-377). Deventer: Gouda Quint.
- Todd, P.M. & G. Gigerenzer. (2000). Précis of Simple heuristics that make us smart. *Behavioral and Brain Sciences*, 23, 727-741.
- Tversky, A. & D. Kahneman. (1974). Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, 185, 1124-1131.
- Tversky, A. & D. Kahneman. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211, 453-458.
- Tversky, A. & D. Kahneman. (1983). Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, 90, 293-315.
- Tversky, A. & D. Kahneman. (1988). Rational choice and the framing of decisions. In D.E. Bell & H. Raiffa & A. Tversky (red.), *Decision making: Descriptive, normative, and prescriptive interactions* (pp. 167-192). Cambridge: Cambridge University Press.
- Twining, W.L. (1999). Necessary but dangerous? Generalizations and narratives in argumentation about 'facts in criminal process'. In M. Malsch & J.F. Nijboer (red.), *Complex cases: Perspectives on the Netherlands criminal justice system* (pp. 69-98). Amsterdam: Thela Thesis.
- Vrieze, J. de (1953). De magistratuur in verleiding. *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 83, 6-17.
- Wagenaar, W.A. & H.F.M. Crombag. (2002). Ook rechters maken menselijke fouten. In P.J. van Koppen & D.J. Hessing & H.L.G.J. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht* (pp. 835-853). Deventer: Kluwer.
- Wald, A. (1947). *Sequential analysis*. New York: Wiley.
- Wason, P.C. (1966). Reasoning. In B.M. Foss (red.), *New horizons in psychology* (pp. 135-151). Harmondsworth: Penguin.
- Wiarda, G.J. (1972). *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Wigmore, J.H. (1937). *The science of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience* (3rd ed.). Boston: Little Brown.

- Wigmore, J.H. (1974). *Evidence* (4th ed.). Boston: Little Brown (revised by J.H. Chadbourne).
- Williams, G. (1955). *The proof of guilt: A study of the English criminal trial*. London: Stevens.
- Wolters, G. (1997). Herinneringen van ooggetuigen. In P.J. van Koppen & D.J. Hensing & H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak: Psychologie van het recht* (pp. 277-293). Deventer: Gouda Quint.
- Zeelenberg, M. (1999). Anticipated regret, expected feedback and behavioral decision making. *Journal of Behavioral Decision Making*, 12, 93-106.
- Zeelenberg, M., K. van den Bos, E. van Dijk & R. Pieters. (2002). The inaction effect in the psychology of regret. *Journal of Personality and Social Psychology*, 82, 314-327.
- Zeelenberg, M., W.W. van Dijk, A.S.R. Manstead & J. van der Pligt. (1998). The experience of regret and disappointment. *Cognition and Emotion*, 12, 221-230.