

P.J. van Koppen & J.W. de Keijser (2010) Beslissende rechters. In: P.J. van Koppen, H.L.G.J. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. De Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter: Psychologie van het recht* (pp. 861-874). Deventer: Kluwer

Beslissende rechters

Peter J. van Koppen en Jan W. de Keijser

Roy Bean (1825-1903) had een wild en crimineel leven achter de rug. Volgens de legende pleegde hij twee moorden en had de twijfelachtige eer de eerste gevangene te zijn in de San Diego Jail, en ook de eerste die daar uit ontsnapte. De laatste plaats waar hij zich vestigde was aan de Pecos-rivier in West Texas. Hij begon daar een kroeg en noemde de plaats Langtry, naar Lily Langtry, een actrice op wie hij verliefd was. Hij deed nog iets. Hij benoemde zichzelf tot *justice of the peace*, iets waarmee de Texas Rangers stilzwijgend akkoord gingen. Judge Bean handhaafde niet alleen de wet; hij wás de wet ten Westen van de Pecos. Maar belangrijker was: hij handhaafde een bijzonder streng regime. Daaraan ontleende hij zijn bijnaam *the Hanging Judge*.¹ Men verscheen liever voor elke andere rechter dan deze.

Veel advocaten menen dat het zowel in civiele als in strafzaken wat uitmaakt welke rechter over een zaak beslist en tonen zich soms bijzonder ongelukkig dat zij een bepaalde rechter hebben getroffen.² Advocaten menen kennelijk dat sommige rechters na een slechte nacht of ruzie met hun echtgenoot in een soort Roy Bean veranderen. Is dat een mythe of maakt het inderdaad wat uit welke rechter over een zaak beslist?

Historisch perspectief

In het midden van de vorige eeuw werd in Nederland nog de opvatting verkondigd dat de wet duidelijk is, dat er één juiste toepassing van de wet is en dat de rechter als taak heeft om erop toe te zien dat de wet juist wordt toegepast.³ Deze negentiende eeuwse rol is gebaseerd op de opvatting van Charles Montesquieu (1689-1755) dat de rechter slechts ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’ zou moeten zijn.⁴ De rechter moest de wet strikt toepassen en die vooral niet interpreteren. Dat zou een einde maken aan de toenmalige rechtsongelijkheid en dat rechtsideaal bestendigen. Men was niet alleen van mening dat de rechter zo zou moeten beslissen, maar ook dat de rechter in werkelijkheid zo te werk ging. De techniek die de rechter bij het nemen van een beslissing gebruikte – bij het bedrijven van rechtsvinding dus – was het syllogisme. Uitgaande van een scherpe scheiding tussen algemene regels en de concrete feiten van het geval waarop de regels moeten worden toegepast, is rechtsvinding dan niet anders dan de regel

1. Zie Sonnichsen (1986) en de getekende versie van Morris (1959).

2. Zie bijvoorbeeld Malsch (1990).

3. De Vrieze (1953).

4. Montesquieu (1748/1834).

toepassen op het concrete geval. De rechterlijke beslissing is in die opvatting de enige juiste conclusie uit de maior (regel) en minor (feiten).

Het rechterlijke werk lijkt dus in beginsel eenvoudig. De rechter zoekt uit wat de feiten zijn, slaat er wet of jurisprudentie op na om de toepasselijke rechtsregel te vinden, past de regel toe op de feiten en bepaalt vervolgens welke consequenties dat heeft voor zijn beslissing.

Inmiddels is het denken over de rechterlijke arbeid drastisch veranderd ten opzichte van dit negentiende-eeuwse ideaal.⁵ Wij weten inmiddels dat de zojuist beschreven stappen in de juridische beslissing niet van elkaar kunnen worden gescheiden, noch theoretisch noch praktisch. De rechter kan bijvoorbeeld pas bepalen welke wettelijke regeling van toepassing is als de feiten bekend zijn, maar evenzeer kan alleen bepaald worden welke feiten relevant zijn, als de toepasselijke wettelijke regeling bekend is. Zo is een rechterlijke beslissing niet alleen afhankelijk van hetgeen in het verleden is gebeurd, maar evenzeer van de gevolgen van die beslissing. Om bovengenoemde redenen maken wij hieronder dan ook meestal geen onderscheid tussen de verschillende stappen in de juridische besluitvorming.

De aanval op het hierboven beschreven mechanische beeld van de rechterlijke arbeid werd in de Verenigde Staten wat eerder ingezet dan op het Europese continent, met name door Holmes. Hij beschouwde het recht niet meer als bepalend voor hetgeen de rechter doet, maar veel meer als een voorspelling van hetgeen de rechter kan gaan doen.⁶ Door Roscoe Pound werd vervolgens de rechter centraal gezet in het recht.⁷ De rechter was volgens hem het creatieve element in het recht; degene die ervoor zorgt dat in de moderne complexe tijd het recht kan blijven voldoen aan de eisen die de maatschappij stelt. Die gedachte werd voortgezet door een stroming die meestal wordt aangeduid als *legal realism*, met als belangrijkste exponenten Karl Llewellyn en Jerome Frank.⁸ Met name de twee laatstgenoemden vroegen aandacht voor de pragmatische basis van de rechterlijke beslissing. Meer dan in de negentiende eeuwse afspiegeling van juridische ideologie, ging het hen om wat de rechter in werkelijkheid deed.

Dat de rechterlijke beslissing minder eenvoudig was dan tot dan toe leek, werd in Nederland betoogd door Scholten.⁹ Scholten vroeg aandacht voor de rol van de teleologisch of sociologische interpretatie¹⁰ van de wet, waar tot dan toe alleen grammaticale en wetshistorische interpretatie aanvaardbaar werden geacht. Belangrijker was dat hij een grote rol toedichtte aan het geweten van de rechter. Met de introductie van het geweten maakte Scholten de rechterlijke beslissing tot een hoogstpersoonlijke. De invloed van Scholten, maar ook bijvoorbeeld van

5. Op die veranderingen hadden zowel juristen als sociaalwetenschappers invloed; in Nederland vooral Scholten (1974); in het buitenland bijvoorbeeld Cardozo (1921), Esser (1970), Hart (1961) en Holmes (1881).
6. Holmes (1881), Holmes (1897) en Marke (1964).
7. Zie voor een bibliografie van Pounds uitgebreide werk Setaro (1942) en een bespreking door Grossman (1935). Pound was, evenals Cardozo (1921), exponent van de zogenaamde *sociological jurisprudence*.
8. Llewellyn (1960), Llewellyn & Hoebel (1941) en Frank (1950).
9. Scholten (1974).
10. Met teleologisch of sociologische interpretatie wordt bedoeld een interpretatie van de wet naar het doel ervan in verband met de maatschappelijke context waarin de wet werkt. Zie Scholten (1974).

Esser,¹¹ bracht verschillende juristen ertoe bij de rechterlijke beslissing een grote rol toe te dichten aan de persoon van de rechter; het leidende element van de wet was daarbij minder belangrijk. Sommigen gingen zelfs zover de rechterlijke beslissing als een hoogst individuele creatieve sprong te omschrijven.¹²

Het debat in de juridische wereld over de rechterlijke beslissing heeft altijd zowel descriptieve als prescriptieve elementen gehad. Men werd het er uiteindelijk wel over eens dat bij juridische beslissingen psychologische en sociale elementen een rol spelen, maar de meningen verschilden er vooral over of dat wel zou mogen en of en hoe de beslissingsruimte van de rechter ingeperkt moest worden. Voorstanders van een grote beslissingsruimte, de vrije rechtsvinders, veronderstelden dat de rechter die zou gebruiken om in het individuele geval rechtvaardiger beslissingen te nemen dan een rigide toepassing van de wet zou toelaten. Illustratief is daarvoor het adagium van Bregstein: 'Liever onzekerheid van recht, dan zekerheid van onrecht.'¹³ Er is in de juridische doctrine overigens geen algemeen aanvaard criterium ontwikkeld voor de keuze uit de mogelijke interpretatiemethoden.¹⁴

In het voetspoor van deze juristen is aandacht ontstaan¹⁵ voor onderzoek naar sociale als psychologische invloeden op rechterlijke beslissingen. Zoals hieronder zal blijken, is het beeld dat uit al dat onderzoek naar voren komt, genuanceerder dan het juridische debat doet vermoeden.

Kenmerken van juridische beslissingen

De participanten in het rechtsbedrijf nemen voortdurend beslissingen. De rechter beslist in een strafzaak of het bewijs wettig en overtuigend is en beslist vervolgens over de strafmaat. In civiele zaken moet hij beslissen over de argumenten van partijen en uiteindelijk kiezen voor één van de standpunten. De officier van Justitie beslist tussen seponeren en vervolgen en over de te eisen straf. De advocaat beslist, samen met zijn cliënt, over beginnen met onderhandelen of het voortzetten van een civiele procedure. In strafzaken moet hij beslissen over de meest gereede processtrategie. Deze en andere beslissingen in het recht hebben een aantal kenmerken gemeen.

Vooropgesteld dient te worden dat door de participanten een groot deel van de beslissingen routinematig genomen worden, met uitzondering wellicht van de jury.¹⁶ Zo is 48% van de handelszaken bij de Nederlandse rechtbank een verstekzaak, waarin de gedaagde geen verweer voert, en bestaat in die zaken de rol van de rechter uitsluitend uit het marginaal toetsen of de vordering niet bovenmatig of evident ongegrond is.¹⁷ Voor de officier van Justitie geldt hetzelfde. De strafzaken die hij aanbrengt, leiden in ongeveer 95% van de gevallen tot klip-en-klare veroordelingen. Het routinematige in het merendeel van de juridi-

11. Esser (1970).

12. Van Dunné (1974).

13. Bregstein (1960).

14. Wiarda (1972).

15. Er waren wel enige eerdere pogingen: Herzog (1917), Schröder (1918) en Sturm (1910).

16. Nederland kent sinds lang de jury niet meer. Die is na een korte periode in het begin van de negentiende eeuw afgeschaft. Zie Bossers (1987). De ons omringende landen kennen nog wel de jury.

17. Van Koppen & Malsch (1992).

sche beslissingen vindt men doorgaans niet terug in het empirische onderzoek. Een groot deel van het empirische onderzoek, met name over de rechterlijke beslissing, is juist gericht geweest op de bijzondere gevallen.

Elke juridische beslissing is gericht op het bereiken van een resultaat in de toekomst, maar gaat over een huidige situatie en wordt meestal beargumenteerd met hetgeen in het verleden gebeurde. De civiele rechter beslist bijvoorbeeld over de toekomstige verhouding tussen partijen, op initiatief van een eiser die niet tevreden is met de status quo, terwijl de argumenten pro en contra zijn gebaseerd op het gedrag van partijen dat de status quo deed ontstaan. Dit zorgt ervoor dat juridische beslissingen gekenmerkt worden door onzekerheid. De rechter zal, uitzonderingen daargelaten, nooit weten of zijn beslissing juist was. In het recht ontbreekt immers een absoluut criterium voor juistheid of onjuistheid, tenzij men beslissingen van een hogere rechter als zodanig wil aanmerken.

Maar ook de advocaat in de civiele procedure moet beslissen in onzekerheid: moet hij nu procederen of toch maar het laatste bod van de gedaagde tijdens de onderhandelingen accepteren?¹⁸ Een civiele procedure is immers een riskante en vaak kostbare aangelegenheid. Hetzelfde probleem geldt, *mutatis mutandis*, voor de officier van Justitie in strafzaken.

Juridische beslissingen van verschillende participanten hebben gemeen dat de feiten, waarover geoordeeld moet worden, en de normen die van toepassing zijn, sterk zijn verweven. Een vergelijking kan dat duidelijk maken. Een meteoroloog heeft uitsluitend met feiten te maken als hij moet beslissen of hij in de krant zal zetten dat het morgen gaat regenen. Hij kan een foute beslissing nemen en hij kan met collega's van mening verschillen over de juiste interpretatie van de feiten waarop de beslissing gebaseerd moet worden, maar voor hem is niet van belang of regen nu 'beter', 'juister' of maatschappelijk meer aanvaardbaar is. Dit soort normatieve overwegingen speelt wél een rol voor rechters, advocaten en officieren van Justitie. Hun beslissingen houden naast een feitelijk oordeel ook een normatief oordeel in.¹⁹

Bij een juridische beslissing is, evenals bij de beslissing van de meteoroloog, slechts zelden sprake van een enkel feit dat in de overwegingen moet worden betrokken, maar meestal van een constellatie van feiten, relevante, minder relevante en irrelevante door elkaar. Feiten moeten dus niet alleen geïnterpreteerd worden, maar ook worden geselecteerd op relevantie voor de beslissing. Welke feiten precies relevant zijn, hangt af van de toepasselijke rechtsregel. In het recht zijn regels echter geschreven voor gevallen in het algemeen en passen daarom zelden precies op de concrete feitenconstellatie. Welke rechtsregel van toepassing is op een zaak en welke interpretatie van de regel in casu juist is, hangt weer af van de feiten die door de rechter als relevant worden beoordeeld. Welke feiten relevant zijn voor de beslissing hangt echter weer af van de toepasselijke rechtsregel. Deze vicieuze cirkel kan alleen doorbroken worden als de rechter eerst een, al dan niet voorlopige, beslissing neemt en vervolgens, door terug te redeneren²⁰ onderzoekt of de beslissing in stand kan blijven.

18. Zie hoofdstuk 45.

19. Cohen (1986a).

20. Het zogenaamde regressieve redeneren. Zie Crombag, De Wijkerslooth & Cohen (1977).

De keuze van een voorlopige beslissing verloopt echter minder arbitrair dan op het eerste gezicht lijkt. Mensen hebben namelijk een schema in hun hoofd van hoe de wereld in elkaar zit of in een concrete zaak hoe, bijvoorbeeld, het gemiddelde onrechtmatige daad geschil in elkaar zit. Die schemata zijn gebaseerd op ervaringen van de beslisser in het verleden en zijn uit de aard der zaak hoogstpersoonlijk. Via de intuïtief genomen voorlopige beslissing zou de eindbeslissing van de rechter onderhevig kunnen zijn aan allerlei hoogstpersoonlijke invloeden. Dezelfde redenering geldt voor jury's, waarbij er echter rekening mee gehouden moet worden dat de ervaringen van juryleden zelden zijn opgedaan in het juridische bedrijf. Bij advocaten en officieren van Justitie liggen de zaken wat ingewikkelder, omdat zij met hun beslissingen ook nog moeten proberen te anticiperen op de beslissing van de rechter in het concrete geval. Kenmerkend voor juridische besluitvorming is dat men in vrijwel alle gevallen *moet* beslissen en daarbij meestal slechts de keuze heeft uit twee mogelijkheden. Dat is lastig, want vaak zijn voor beide keuzes goede argumenten aan te voeren.²¹

De beslissingen van officieren van Justitie, maar ook van advocaten, vinden plaats in een enigszins andere sociale orde dan die van de rechter. Hun besluitvorming wordt voor een groot deel gestuurd door hetgeen zij verwachten dat de rechter met de concrete zaak zal gaan doen. De officier ziet niet graag dat een te groot deel van de door hem aangebrachte zaken eindigt in vrijspraak of dat de opgelegde straf vaak sterk afwijkt van zijn eis.²² De advocaat in strafzaken laat zijn processtrategie afhangen van verwachte oordeel van de rechter.²³ De advocaat in civiele zaken laat de keuze tussen dooronderhandelen of het accepteren van een schikking van de tegenpartij en een civiele procedure grotendeels afhangen van het te verwachten oordeel van de rechter over de zaak.

De beslisruimte van de rechter

De mate waarin de persoon van de rechter een rol *kan* spelen in de beslissing is aan een aantal beperkingen onderhevig. De eerste beperking is van formele aard: de beslisruimte die de wetgever aan de rechter heeft toegedeeld. Voor wat de straftoematingsbeslissing betreft, heeft de Nederlandse wetgever aan de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid toegekend. De beslisruimte van de rechter wordt begrensd door wettelijk gespecificeerde algemene minima per strafsoort en specifieke strafmaxima per delict. Zo is het algemene minimum voor de gevangenisstraf één dag, terwijl bijvoorbeeld voor een delict als eenvoudige diefstal het maximum van de gevangenisstraf 4 jaren bedraagt.²⁴ Deze ruime discretionaire bevoegdheid biedt de rechter de mogelijkheid om straffen te individualiseren en naar eigen inzicht toe te snijden op de persoon van

21. De manier waarop juridische beslissers te werk gaan is niet typisch voor landen met geschreven regels, maar gebeurt ook zo in andere culturen zonder enige wet- en regelgeving. Uit het onderzoek van Fallers (1969), p. 310 in Busoga blijkt bijvoorbeeld dat ook daar het combineren van de juiste feiten bij de juiste regels – nu een uit een cultureel bepaalde 'finite repertory of concepts of wrong' – problematisch is. Gluckman (1967) vond bij de Barotse eveneens een grote gelijkheid met het rechterlijke werk in het Westen, hoewel ook bij de Barotse het recht ongeschreven is en procedureregels eenvoudig.

22. Van Duyne (1991).

23. Zie hoofdstuk 45.

24. Zie respectievelijk art. 10 Sr. en art. 310 Sr.

de dader, op specifieke kenmerken van het delict en op de omstandigheden waaronder het is gepleegd. Daarbij heeft de bestraffer een royaal arsenaal aan sancties ter beschikking.

De ruime mogelijkheden van de rechter om te individualiseren aan de hand van strafsoort en –maat, hebben wel geleid tot bezorgdheid over eenheid van rechtspraak: worden gelijke zaken wel gelijk bestraft? Individualisering in de straftoemeting staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel.²⁵ In Nederland werd deze discussie nieuw leven ingeblazen na het verschijnen van enkele publicaties waarin aangetoond werd dat er in ons land sprake is van nogal wat verscheidenheid in de straftoemeting in soortgelijke zaken.²⁶ Sindsdien wordt binnen de zittende magistratuur structureel overleg gevoerd over eenheid van straffen en wordt gewerkt met oriëntatiepunten voor de straftoemeting bij een aantal veel voorkomende delicten. Ook is er een Databank Consistente Straftoemeting in het leven geroepen waarin sinds 2000 details van strafzaken worden opgenomen waarvoor geldt dat er een gevangenisstraf van tenminste vier jaren werd opgelegd.²⁷ Oriëntatiepunten noch raadpleging van de Databank Consistente Straftoemeting hebben echter een bindend karakter.²⁸ De onafhankelijkheid van de rechter en diens gehechtheid aan deze positie staan het opstellen van richtlijnen met een minder vrijblijvend karakter in de weg. In schril contrast hiermee staan *mandatory sentences* die we in de Verenigde Staten tegenkomen, waar in het kader van het *tough on crime*-adagium,²⁹ de rechter bij de straftoemeting in sommige gevallen door de wetgever buiten spel is gezet. Een extreme verschijningsvorm hiervan is de beruchte *three strikes and you're out* wetgeving (bijvoorbeeld in California), waarbij een derde veroordeling voor de dader automatisch een levenslange gevangenisstraf oplevert.³⁰

Gegeven de vrijheid die de wet de Nederlandse rechter laat, wordt van belang geacht dat de rechter het gebruik ervan in het concrete geval motiveert. De functies van motivering door de rechter zijn controle, inscherping en explicatie.³¹ In het Wetboek van Strafvordering zijn enkele bepalingen neergelegd die de rechter tot motiveren verplichten.³² De motiveringsplicht kan een convergerende werking hebben op strafrechtelijke beslissingen. Terwijl de rechter zich vaak van zijn motiveringsplicht kwijt door gebruik te maken van summier standaardformuleringen,³³ is het belang dat er door wetgever maar ook door zittende magistratuur aan gehecht wordt de afgelopen jaren gegroeid. Zo geldt voor de rechter sinds 2006 een extra responsieplicht. Die houdt in dat de rechter redenen moet opgeven als hij in het vonnis afwijkt van standpunten van de verdediging of de officier van Justitie die zij uitdrukkelijk hebben onderbouwd.³⁴

25. Zie voor een bespreking van het spanningsveld tussen individualisering en rechtsgelijkheid Blad (1997) en Mevis (1997).

26. Zie Berghuis (1992a) en Fiselier (1985a).

27. Zie voor achtergronden en onderzoek naar de effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting Van Tulder & Diephuis (2007).

28. Zie over de ontwikkeling oriëntatiepunten in meer detail Schoep (2008).

29. Zie hierover Van Koppen & Penrod (2003a).

30. Zie Tonry (1996) over de ontwikkelingen in het Amerikaanse straftoemingsbeleid.

31. Mevis (1997). Zie ook Gommer (2007), de oratie van Enschedé (1959) en Buruma (2005) over de functies van de motivering.

32. Zie met name art. 359 Sv en 360 Sv.

33. Zie Dreissen (2007).

34. Art. 359 lid 2 Sv (tweede volzin). Zie echter Dreissen (2007), hoofdstuk 9, die de betekenis hiervan in de praktijk sterk relativeert.

Daarnaast heeft het project motiveringsverbetering in strafvonnissen (PROMIS) van de zittende magistratuur geleid tot invoering van een motiveringssystematiek die vooral voor buitenstaanders duidelijker en navolgbaarder zou moeten zijn.³⁵

Rechterlijke beslissingen lijken, gezien bovenstaande, een uitgesproken *open* karakter te hebben, waarbij de beslissers alle kanten op kunnen. Dat zou echter alleen het geval zijn, als juridische beslissingen in een sociaal vacuüm zouden worden genomen. In feite staan rechters onder invloed van collega's en anderen binnen het juridische bedrijf.³⁶ De meest in het oog springende sociale invloed is de collegiale rechtspraak. In Nederland streven rechters in een meervoudige kamer er naar om tot een unaniem oordeel te komen. In veel andere landen kunnen individuele rechters hun minderheidsstandpunt publiek bekend maken; de zogenaamde *dissenting opinions*. Het ontbreken van *dissenting opinions* in Nederland heeft tot gevolg dat in de beslissingen van meervoudige kamers als geheel meerderheidsopvattingen versterkt naar voren komen en minderheidsopvattingen juist onderdrukt worden.³⁷ Berekend kan worden dat in zaken waarin bijvoorbeeld 20% van de rechters een minderheidsstandpunt huldigt, slechts in 10% van de gevallen een kamer van drie rechters dat minderheidsstandpunt als beslissing zal geven. Een andere belangrijke beperking van de rechterlijke beslissingsvrijheid is in Nederland de mogelijkheid voor partijen om in hoger beroep te gaan. Lagere rechters zien niet graag dat veel van hun vonnissen in hoger beroep worden vernietigd, zodat zij in hun beslissingen ook moeten anticiperen op het oordeel van die hogere rechter.

Van Duyne en Verwoerd lieten zien dat in strafzaken de officier van Justitie grote invloed heeft op de rechterlijke beslissing door met zijn eis een bandbreedte aan te geven waarbinnen de rechters in de raadkamer beslissen.³⁸ De officier van Justitie plukt niet zomaar zijn eis uit de lucht. Ook hij is onderhevig aan sociale invloeden, die echter minder formeel zijn dan alleen de wettelijk regeling. De straffen waaruit de officier van Justitie in een concrete zaak kan kiezen, worden ingeperkt door invloeden uit zijn werkomgeving:³⁹ de politie, rapporten van de reclassering of hetgeen door de rechter serieus genomen wordt. Op veel parketten is het verder gebruikelijk om in collegiaal overleg de zaken door te spreken en daarbij afspraken te maken over de te stellen eis ter terechtzitting. Op welke straf de officier van Justitie binnen die bandbreedte uitkomt, lijkt grotendeels bepaald te worden door hoe hij de feiten van een zaak beoordeelt, daarbij vaak geholpen door richtlijnen vervat in een gecomputeriseerd Beslissing Ondersteunend Systeem, BOS-Polaris genoemd.⁴⁰

Ten slotte is er nog een heel ander mechanisme, complexer en indirecter van aard, dat van invloed is op de beslissruimte die de rechter in de praktijk heeft.

35. De Rechtspraak (2007). Deze systematiek wordt echter nog slechts in een deel van de vonnissen toegepast. Door in de uitsprakendatabank op www.rechtspraak.nl met de term 'promis' te zoeken, vindt men die vonnissen.

36. Van Duyne (1983).

37. Van Koppen (1990).

38. Van Duyne & Verwoerd (1985).

39. Uitgebreid beschreven door Van de Bunt (1985).

40. Bos-Polaris staat voor Beslissing Ondersteunend Systeem Project Ontwikkeling Landelijke Richtlijnen Strafvordering. Zie hierover bijvoorbeeld Simonis & Myer (2001) en Duker (2003), hoofdstuk 3.

Het betreft de druk op de rechter om maatschappelijk responsief te handelen.⁴¹ Aan de ene kant is de rechter onafhankelijk, want voor het leven benoemd. Daardoor zou de rechter zich met veel afstand over de voorgelegde zaken moeten buigen. Aan de andere kant wordt van de rechter verwacht dat hij gevoelig is voor wat in de maatschappij leeft en de maatschappelijke veranderingen die plaatsvinden. De duale positie van de rechter is er de laatste tijd alleen maar lastiger op geworden doordat de pers en het publiek – waaronder in strafzaken de slachtoffers – de rechter steeds meer op de vingers kijken.⁴²

In 1959 kon Enschedé in zijn Amsterdamse oratie nog betogen dat het vertrouwen in de rechtspraak mogelijk gemaakt wordt door de motivering van de vonnissen en arresten.⁴³ 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 maatschappelijke verantwoord en geaccepteerd oordeel vellen.⁴⁴ Van de rechter wordt steeds meer gevergd dat hij in zijn beslissingen rekening houdt met hetgeen in de maatschappij leeft. Kon de rechter vroeger in betrekkelijke rust de zaken afwikkelen, nu hijgen journalisten hem in de nek. Dat geldt overigens ook voor de politie en het openbaar ministerie.

Wij concluderen dat de druk om maatschappelijk responsief te handelen, de invloeden van collega's, officieren van Justitie en, voor lagere rechters, de beroepsinstantie waaronder zij ressorteren, er bij rechters toe leidt dat de formele beslissingsruimte in de dagelijkse praktijk nogal ingeperkt wordt.

De persoon van de rechter

De belangstelling die in juridische kring in de eerste helft van deze eeuw ontstond voor de persoon van de rechter, was aanleiding voor onderzoek naar de invloed van psychologische en sociale kenmerken van de rechter op zijn beslissingen.⁴⁵ Veel van dat onderzoek is echter uitgevoerd zonder dat rechters daadwerkelijk aan het onderzoek meewerkten of, als dat wel gebeurde, zonder dat concrete beslissingen voorwerp van onderzoek waren.

Het meeste onderzoek richtte zich, op enkele uitzonderingen na,⁴⁶ op beslissingen van het federale Hooggerechtshof in de Verenigde Staten, het U.S. Supreme Court.⁴⁷ Persoonlijkheidskenmerken van de negen raadsheren in dat hof werden afgeleid uit hun persoonlijke geschiedenis of eerdere publicaties, want zij werkten zelf niet mee aan onderzoek. Er bestonden ook problemen aan

41. De term 'responsief recht' werd door de rechtssociologen Nonet en Selznick (1978) in de jaren 70 geïntroduceerd.

42. Zie hierover uitgebreid De Keijser, Van de Bunt & Elffers (2004) en ook Van Koppen (2000a).

43. Zie Enschedé (1959).

44. Zie voor een bespreking van die ontwikkeling Nijboer & Sennef (1999).

45. Zie Beyens (2000) voor een analyse van sociale en culturele aspecten van rechterlijke beslissingen in België.

46. Zoals Goldman (1979) en Ten Kate & Van Koppen (1984).

47. Bijvoorbeeld Pritchett (1978), Rohde & Spaeth (1976), Schubert (1974), Sisk, Heise & Morriss (1998) en Epstein, Hoekstra, Segal & Spaeth (1998).

het andere eind van het onderzoek: het voorspelde beslissingsgedrag. In al het onderzoek over het federale Hooggerechtshof werd alleen gekeken naar zaken waarin één of meer raadsheren hun minderheidsstandpunt bekend maakten en de raadsheren dus onderling zozeer van mening verschilden dat zij niet tot overeenstemming hadden kunnen komen. Op die manier werd de invloed van de persoon van de rechter op zijn beslissingen waarschijnlijk overschat, omdat zaken waarover men het eens was niet in het onderzoek werden betrokken.⁴⁸

In een onderzoek van Ten Kate en Van Koppen⁴⁹ werd op directe wijze de invloed van persoonlijkheidskenmerken op beslissingen onderzocht. Er komt een genuanceerder beeld naar voren dan men zou verwachten. Aan 114 rechters werden negen eenvoudige civielrechtelijke casus voorgelegd. Tevens vulden zij een aantal persoonlijkheidsvragenlijsten in. Bij elke casus bleek steeds een minderheid van ongeveer 20% een aan de meerderheid tegengestelde beslissing te geven. De invloed van persoonlijkheidskenmerken op de beslissing was weliswaar aantoonbaar, maar niet van grote omvang. Toch vindt men in de praktijk vaak dramatische verschillen tussen rechters, bijvoorbeeld indien de rechtbank aanvankelijk een vordering in een zaak geheel toewijst, die later door het hof wordt ontzegd.

Straftoemingsbeslissingen van rechters in strafzaken zijn veelvuldig onderzocht. Daarbij zijn vooral verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken tussen rechters of tussen rechtbanken onderzocht. Ook op dit terrein geldt dat het aantal studies dat persoonlijkheidskenmerken van rechters in daadwerkelijke samenhang met beslissingen brengt, beperkt is. Waar het gaat om de invloed van persoonlijkheidskenmerken van de rechter op diens beslissing, leveren uiteenlopende onderzoeken een gedifferentieerd beeld op. Dit is voor een groot deel te wijten aan de veelheid van methodologische en conceptuele problemen en keuzen waarmee onderzoekers zich geconfronteerd zien, alsmede aan de grote variëteit van typen rechters en verschillende rechtssystemen.⁵⁰ Desalniettemin zijn er in de (voornamelijk Angelsaksische) literatuur aanwijzingen gevonden voor een aanzienlijk spectrum van persoonlijke kenmerken die aantoonbaar van invloed waren op rechterlijke beslissingen. Daarbij moet vooral gedacht worden aan opvattingen over de oorzaken van criminaliteit, opvattingen over de ernst van criminaliteit als maatschappelijk probleem, taakopvattingen, politieke en religieuze oriëntaties, opleiding en werkervaring.⁵¹

Een prominente plaats in onderzoek naar het beslissingsgedrag van rechters wordt ingenomen door de effecten van rechterlijke opvattingen (attitudes) over zin en doelen van straf. Wellicht het bekendste onderzoek waarin deze attitudes een belangrijke rol spelen, is Hogarths grootschalige studie onder Canadese magistraten.⁵² Hogarth richtte zich onder andere op verschillen in opvattingen van rechters over rechtvaardigheid, het corrigerende vermogen van straffen, (in) tolerantie, bescherming van de maatschappij en waardenpuritanisme. Deze op-

48. Zie voor deze kritiek uitgebreider Djupe & Epstein (1998).

49. Ten Kate & Van Koppen (1984).

50. Zie Lovegrove (1986), Lemon & Bond (1987) en De Keijser (2001) voor bespreking van de problemen.

51. Zie Gibson (1978), Ewart & Pennington (1987), Van Duyne & Verwoerd (1985), Bond & Lemon (1981), Davis, Severy, Kraus & Whitaker (1993), Oswald (1992) en McKnight (1981).

52. Hogarth (1971). Eén op de vijf rechters in Hogarths onderzoek was lekenrechter. Sinds het onderzoek van Hogarth zijn de lekenmagistraten in Canada overigens bijna geheel vervangen door juridisch geschoolde professionele echners.

vattingen, zo concludeerde Hogarth, bepalen de wijze waarop de rechter de wereld om zich heen ziet, informatie filtert en verwerkt. Als zodanig vormen deze attitudes niet de meest bepalende en directe factor in de straftoemeting, maar op *indirecte* wijze gaat er grote invloed van uit.⁵³ Het beslissingsgedrag van magistraten is, aldus Hogarth, beter te verklaren door enkele kenmerken van rechters te weten dan door zich te concentreren op objectieve kenmerken van de zaak.⁵⁴

Henham heeft op soortgelijke wijze het beslissingsgedrag van Engelse rechters onderzocht.⁵⁵ Hij vond geen aanwijzing voor een rol van directe betekenis van strafrechtelijke attitudes in de rechterlijke beslissingen en speculeert over een indirecte invloed ervan, zoals Hogarth die beschreef. Ook van sociale achtergrondkenmerken van rechters werd door Henham geen duidelijk effect op de straftoemeting gevonden. Kapardis vond bij Engelse rechters geen aanwijzingen voor een effect van *penal philosophies* van rechters op hun straftoemeting.⁵⁶

Bij federale rechters in de Verenigde Staten vonden Clancy en collega's wel een sterk direct effect van verschillen in persoonlijke opvattingen over strafdoelen op de lengte van gevangenisstraffen die rechters in hen voorgelegde zaken uitdeelden.⁵⁷ Naarmate meer waarde werd gehecht aan onschadelijkmaking van de verdachte en afschrikking, werd er zwaarder gestraft. Ook de politieke voorkeur van deze rechters bleek in dit onderzoek een rol van betekenis te spelen: een conservatievere politieke oriëntatie hing samen met zwaardere straffen.⁵⁸

In Nederland onderzocht De Keijser straftoemittingsbeslissingen van rechters in relatie tot hun persoonlijke preferenties voor uiteenlopende strafdoelen.⁵⁹ Aan 80 strafrechters werden identieke beknopte casusbeschrijvingen voorgelegd. De straftoemittingsbeslissingen van rechters die dezelfde casusbeschrijvingen beoordeelden bleken sterk uiteen te lopen. Dat betrof zowel strafsoort als strafmaat. In de meest ernstige casus was er weliswaar grote overeenstemming tussen rechters dat de straf in ieder geval uit een onvoorwaardelijke gevangenisstraf diende te bestaan, maar de lengte daarvan varieerde tussen rechters van 6 maanden tot 24 maanden, met een standaarddeviatie (dat is een maat voor spreiding) van ruim zes maanden.⁶⁰ Ook de voorkeuren voor strafdoelen varieerde sterk tussen rechters binnen dezelfde casus. Tussen de opvattingen over na te streven strafdoelen en opgelegde straffen bleek echter geen consistent patroon van samenhang te bestaan. Hoewel het aanzienlijke verschil in straftoemeting in identieke zaken een belangrijke vingerwijzing was naar invloed van de persoon van de rechter, bleef onverklaard welke specifieke persoonskenmerken precies hierin een rol hebben gespeeld.

53. Hogarth (1971), p. 367.

54. Hogarth (1971), p. 350.

55. Henham (1990).

56. Kapardis (1987).

57. Clancy, Bartolomeo, Richardson & Wellford (1981). Het ging om individuele en algemene afschrikking, onschadelijkmaking, rehabilitatie en vergelding.

58. Zie ook Gibson (1978).

59. De Keijser (2001). Zie ook het hoofdstuk 48 in deze bundel.

60. Ook in ons recentere straftoemetingsexperiment dat wij hieronder beschrijven, bleek dat rechters, gegeven identieke en ditmaal gedetailleerde casus, tot uiteenlopende strafzwaarte beslisten. In tabel 1 hieronder is dat te zien aan de standaarddeviaties (SD) van de straffen voor dezelfde casus.

In een recenter onderzoek van De Keijser en Van Koppen werd de persoon van de rechter vanuit een andere invalshoek onderzocht.⁶¹ Het ging daar niet om persoonskenmerken van de individuele rechter, maar om twee psychologische valkuilen in het denkproces van de rechter, waar hij, gezien zijn beslissingsruimte zoals hierboven besproken, in zou kunnen tuimelen. De eerste valkuil heet *de overtuigingsparadox*. Deze is in 1994 door Crombag, Van Koppen en Wagenaar naar aanleiding van enkele door hen beschreven dubieuze rechterlijke bewijsbeslissingen als vermoeden of hypothese geponeerd.⁶² De paradox komt op het volgende neer. Maatschappelijke responsiviteit zou vergen dat bij ernstige beschuldigingen de rechter geneigd zou zijn met minder bewijs genoeg te nemen dan bij minder ernstige beschuldigingen. De maatschappelijke responsiviteit houdt hier verband met de door de rechter gevreesde kwalijke gevolgen van het vrijspreken van een schuldige verdachte. Die potentiële gevolgen zijn ernstiger wanneer het plegers van zeer ernstige misdrijven betreft dan van bagatel delicten. Denk bijvoorbeeld aan het onterecht vrijspreken van een serieverkrachter tegenover het onterecht vrijspreken van een winkeldief. Er is sprake van een paradox omdat men wellicht zou verwachten dat juist in zwaardere zaken er zorgvuldiger met het bewijs wordt omgegaan dan in lichtere zaken. De tweede psychologische valkuil werd *compensatoir straffen* genoemd. Terwijl volgens de formele lezing van het rechterlijk beslissingsmodel in de artikelen 348 Sv en 350 Sv een bewezenverklaring door de rechter niet meer en niet minder is of kan zijn dan *conditio sine qua non* voor strafoplegging wordt in de hypothese van compensatoir straffen iets anders gesteld. Namelijk dat een rechter die tot een bewezenverklaring overgaat nadat hij eerst heeft getwijfeld over de schuld van de verdachte zal vrezen spijt te krijgen van zijn bewijsbeslissing. Die vrees om spijt te krijgen compenseert de rechter dan voor zichzelf door bij de straftoemtingsbeslissing een wat lagere straf te kiezen. Formeel juridisch is dit mechanisme uitgesloten, maar vanuit de psychologie zijn er goede redenen om te verwachten dat de praktijk wel eens anders verloopt.⁶³ Alvorens een experiment uit te voeren bij rechters en raadsheren werkzaam in de strafsectoren van de rechtbanken en de hoven, hebben wij ons vermoeden van compensatoir straffen aan strafrechtadvocaten voorgelegd. Van de 87 schriftelijke reacties van advocaten hield tweederde een regelrechte bevestiging van ons vermoeden in. Die advocaten verwezen ook vaak naar speciale terminologie die zij op kantoor gebruikten voor vonnissen waarin compensatoir straffen een rol gespeeld zou hebben: zo werd er gesproken over ‘gelegenheidsvonnissen’, ‘laffe vonnissen’ en ‘goedmakertje’.⁶⁴ Het toetsend onderzoek had een quasi experimentele opzet en werd uitgevoerd door fictieve doch realistische strafdossiers voor te leggen aan strafrechters en hen te vragen om een bewijsbeslissing en (indien van toepassing) om een straftoemtingsbeslissing te nemen. De dossiers waren systematisch gevarieerd op kracht van het bewijs tegen de verdachte en op ernst van het tenlastegelegde feit. Het ging om een zware mishandeling, een eenvoudige

61. De Keijser & Van Koppen (2004) en De Keijser & Van Koppen (2007).

62. Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994).

63. Zie De Keijser & Van Koppen (2004) voor veel gedetailleerdere verantwoording van deze mechanismen en achterliggende psychologische theorieën. Zie ook Zeelenberg (1999) en Connolly & Zeelenberg (2002) voor theorievorming over en empirisch onderzoek naar effecten van geanticiperde spijt op te nemen beslissingen.

64. Zie De Keijser & Van Koppen (2004).

mishandeling en een woninginbraak. Aan het experiment namen 229 rechters en raadsheren deel.

Voor de overtuigingsparadox werd geenszins aanwijzing gevonden. Daartoe werd de zaak over een zeer ernstige mishandeling waarin het bewijs ruimte voor twijfel liet, vergeleken met de eenvoudige mishandeling met datzelfde bewijs. Op de ernst van het feit na waren deze twee strafdossiers identiek. Terwijl vanuit de overtuigingsparadox men verwachtten zou dat de zeer ernstige zaak meer rechters tot schuldigverklaring zou doen bewegen dan de veel minder ernstige zaak, was dat percentage positieve bewijsbeslissingen gelijk voor beide zaken: 77%.

In tegenstelling tot de stellige overtuiging van de advocaten leverde het experiment ook geen enkele empirische steun op voor de hypothese van compensatoir straffen. Daartoe werd de strafmaat tussen de sterk- en zwakbewijsversie van iedere casus vergeleken. Dat leverde geen significante verschillen op. In tabel 1 staan deze resultaten weergegeven.

Tabel 1: Straffen bij sterk bewijs en bij relatief zwak bewijs. (allen ná schuldigverklaring; N=177; in maanden gevangenisstraf) (naar De Keijser en Van Koppen, 2004; 2007)

	Maanden gevangenisstraf				
	Bewijs	N	Gemid.	SD	t-waarde
Zware mishandeling	sterk	23	28.7	7.4	1.85, n.s.
	zwak	38	32.9	9.2	
Eenv.mishandeling	sterk	23	3.1	1.2	1.40, n.s.
	zwak	40	2.7	1.0	
Woninginbraak	sterk	21	5.4	1.2	0.66, n.s.
	zwak	32	5.7	1.7	

Terwijl een deel van de verklaring voor deze resultaten door ons gezocht werd in het feit dat dit experiment nog steeds niet lijkt op een levensechte situatie, werd een ander deel gezocht in de inrichting van ons systeem. Dat is namelijk een systeem met uitsluitend professionele rechters die vooral zwaar getraind en gesocialiseerd worden in strikte toepassing van een hiërarchisch formeel beslismodel. Die professionaliteit beschermt de Nederlandse rechter er kennelijk tegen in deze basale psychologische valkuilen te trappen. Deze verklaring sluit geenszins uit dat men er incidenteel wel intrapt.⁶⁵ Maar er is vooralsnog geen reden om aan te nemen dat het om zoveel meer dan incidenten gaat dat het maatgevend zou kunnen zijn voor algemene theorie over rechterlijk beslissen.

65. Het kunnen heel goed juist opvallende incidenten zijn geweest die de algemene reacties van advocaten op ons vermoeden van compensatoir straffen hebben bepaald.

Conclusie

Het negentiende-eeuwse ideaal van een rechter die vrijwel mechanisch de rechtsregels toepast op de voorliggende feiten in de zaak bleek in de twintigste eeuw onhoudbaar. Daarmee deed in de juridische doctrine de persoon van de rechter zijn intrede en zou verwacht kunnen worden dat kenmerken van de rechter, al dan niet van persoonlijke aard, van invloed zijn op de genomen beslissingen in civiele en strafzaken. Dat heeft geleid tot een baaierd aan onderzoek waarin getracht werd de invloed van persoonlijkheidskenmerken en andere kenmerken van de rechter op de beslissingen in kaart te brengen. Daaruit is echter niet een sluitend beeld naar voren gekomen dat eenduidige conclusies toelaat over die invloed. Over de cognitieve processen en concrete persoonlijkheidskenmerken die aan verschillen in rechterlijke beslissingen ten grondslag liggen, valt derhalve nog steeds weinig te zeggen.

Tenslotte wijzen we erop dat in de rechterlijke praktijk de soep niet zo heet gegeten wordt als ze wordt opgediend. Zoals we hierboven al betoogden, mag de formele beslissruimte van de individuele rechter (of het college van rechters) dan wel groot zijn, in de praktijk wordt deze nogal ingeperkt door een aantal compenserende invloeden die tot convergentie van beslissingen leiden. En juist dankzij het bestaan van een exclusief professionele rechterlijke macht, die sterk getraind wordt in toepassing van formele beslismodellen, lijkt er ook sprake van enige bescherming tegen bepaalde psychologische valkuilen. Terwijl de zittende magistratuur ontegenzeggelijk een veelheid aan uiteenlopende persoonlijkheden behelst, is de mate waarin persoonskenmerken van individuele rechters een stempel drukken op beslissingen beperkt.

Aanbevolen literatuur

- De Keijser, J.W., & Elffers, H. (Eds.). (2004). *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter: De wisselwerking tussen rechter en samenleving*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Hogarth, J. (1971). *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto Press.
- Llewellyn, K.N. & Hoebel, E.A. (1941). *The cheyenne way: Conflict and case law in primitive jurisprudence*. Norman, Oklahoma: Oklahoma University Press.
- Scholten, P. (1974). *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht: Algemeen deel*. Zwolle: Tjeenk Willink (3e druk).
- Wiarda, G.J. (1972). *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle: Tjeenk Willink.

