

# De empirie van het recht, met een speciaal oog voor ‘fair trial’

Wibo van Rossum en Freek Rijna<sup>12</sup>

## 1 Inleiding

Veel mensen hebben schulden. Het recht helpt met schuldsaneringstrajecten crediteuren om een deel van hun geld terug te krijgen en debiteuren om na verloop van tijd ‘een schone lei’ te hebben. In 1998 is dit geregeld met de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp). De bedoeling van de wet is om het minnelijk traject te bevorderen: bij voorkeur moeten schuldenaar en schuldeisers vrijwillig tot een regeling komen. Lukt dat niet, dan kan een van hen de rechter verzoeken om een wettelijke schuldsanering. Maar het traject van de wettelijke schuldsanering is financieel onaantrekkelijk gemaakt om crediteuren ertoe aan te zetten voor het minnelijke traject te kiezen. De wetgever wil dat méér regelingen op basis van vrijwilligheid tot stand komen.

Wat blijkt? De Wsnp heeft een omgekeerd effect. Ondanks de financiële onaantrekkelijkheid van het wettelijke traject stijgt het beroep op de rechter. En ondanks de intentie van de wetgever om het minnelijke traject te bevorderen, daalt het aantal vrijwillige schuldsaneringen. Het effect van de wet is het tegengestelde van haar doel. De werkelijkheid van het recht blijkt moeilijk te sturen.<sup>3</sup>

Dit hoofdstuk gaat over de werkelijkheid van het recht. De empirische wetenschappen bestuderen niet het recht zoals het in de wetboeken is vastgelegd, maar het recht in maatschappelijke, psychologische en economische context. ‘Welke barrières ondervinden mensen als zij toegang tot het recht zoeken?’ ‘Met welke psychologische mechanismen moeten we rekening houden als we eerlijke processen willen voeren?’ ‘Wat zijn de financiële effecten van wetgeving?’ De antwoorden op dergelijke vragen zijn niet alleen praktisch bruikbaar voor beleid en wetgeving, maar ook wetenschappelijk interessant. We begrijpen dankzij de antwoorden meer over hoe recht en samenleving op elkaar inwerken. Zie het voorbeeld hierboven over de Wsnp.

‘Empirisch’ betekent ‘gebaseerd op zintuiglijke waarneming’ en staat doorgaans tegenover ‘theoretisch’, ‘ideologisch’ en ‘normatief’. Empirisch onderzoek vraagt om feiten: is het te zien, voelen of horen? Boek 6 artikel 2 BW luidt ‘Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid’. Die verplichting of norm is niet zintuiglijk waarneembaar. Dat de verplichting zwart op wit staat, is wel zichtbaar. Maar het oordeel dat schuldeiser en schuldenaar zich in een specifiek geval niet redelijk en billijk hebben gedragen, is

---

<sup>1</sup> Wibo van Rossum is universitair docent rechtssociologie bij Rechtstheorie, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht. Freek Rijna studeerde in september 2010 als rechtsfilosoof af bij Rechtstheorie en studeert nu aan het Conservatorium te Utrecht.

<sup>2</sup> Wij danken Ben van Velthoven van de Universiteit Leiden en Louis Visscher van de Erasmus Universiteit Rotterdam voor waardevolle tips op het gebied van de rechtseconomie. Wij danken André Hoekema (UvA), Titia Loenen en Theo Rosier van Rechtstheorie (UU) en Laurens Venderbos, student-assistent bij Rechtstheorie, voor hun commentaar op de eerste versie van dit hoofdstuk.

<sup>3</sup> Het voorbeeld is gebaseerd op het onderzoek van Nadja Jungmann uit 2006 ‘De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject’, dissertatie Universiteit Leiden, Leiden University Press. Een samenvatting van het onderzoek is gepubliceerd onder de titel ‘De rechter als stok achter de deur: de schaduwwerking van de Wsnp’ in de serie ‘Rechtstreeks’ 2006 nr 4 van de Raad voor de Rechtspraak, Den Haag. Dat nummer is te downloaden vanaf [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

weer niet zintuiglijk waarneembaar. Dat is namelijk een (normatief) oordeel. Empirisch onderzoek naar het recht stelt feitelijke, empirische vragen en waarom-vragen, vaak in samenhang met elkaar. Twee voorbeelden daarvan zijn: ‘Werkt het anti-rook beleid en waarom wel of niet?’ en ‘Hoe vaak schakelen burgers bij juridische problemen een advocaat in en wat zijn daarvoor hun belangrijkste redenen?’

Er zijn verschillende empirische disciplines die de werkelijkheid van het recht onderzoeken. Wij behandelen er drie: de rechtssociologie, de rechtspsychologie en de rechtseconomie. Het hoofdstuk laat je kennismaken met de belangrijkste kenmerken van deze disciplines. Het opvallendste kenmerk dat door het hele hoofdstuk speelt is dat methoden en inzichten uit een andere, empirische wetenschappelijke discipline worden gebruikt voor de bestudering van het recht. Dat kunnen we niet vaak genoeg herhalen.

Sociologie, psychologie en economie zijn empirische en geen normatieve wetenschappen. Ze beschrijven en analyseren de werkelijkheid van het recht; ze beoordelen doorgaans niet of die werkelijkheid goed of slecht is of verbetering behoeft. Hooguit constateren ze dat een bepaalde werkelijkheid niet in overeenstemming is met het recht. Of dat een bepaalde ontwikkeling in de samenleving wel tot een verandering in het recht ‘moet’ leiden – waarbij ‘moeten’ hier geen normatief moeten is, maar een voorspelling inhoudt.

We beschrijven in § 2 de belangrijkste kenmerken van de rechtssociologie, rechtspsychologie en rechtseconomie en behandelen hun typerende onderzoeksmethoden. In § 3 bespreken we de praktische en wetenschappelijke relevantie van empirische gegevens voor juristen. § 4 is het hart van dit hoofdstuk. Centraal staat de waarde van een eerlijk proces, het ‘fair trial’-beginsel van artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). § 4 heeft twee boodschappen. De eerste is dat empirisch onderzoek nodig is om onbekende feiten boven tafel te krijgen die duidelijk maken dat een eerlijk proces misschien niet gewaarborgd is. De tweede boodschap is dat empirisch onderzoek deels als hulpwetenschap van het recht en deels als zelfstandige wetenschap gezien moet worden. Beide boodschappen illustreren we in § 4 met empirisch onderzoek. Dergelijk onderzoek helpt juristen bij reflectie op het waarborgen van artikel 6 EVRM. We eindigen in § 5 met een korte terugblik.

## **2 Kenmerken en onderzoeksmethoden van de empirische disciplines die onderzoek doen naar het recht**

### **2.1 Rechtssociologie**

#### **2.1.1 Het onderscheid tussen rechtssociologie en rechtsantropologie**

In dit hoofdstuk spreken we over rechtssociologie, maar we doelen op twee disciplines: de rechtssociologie en rechtsantropologie. De disciplines zijn historisch te scheiden, maar overlappen elkaar tegenwoordig. De empirische sociologie begon rond 1900 als wetenschap van westerse, moderne samenlevingen, terwijl de antropologie niet-westerse, primitieve samenlevingen bestudeerde. De sociologie deed kwantitatief (grootschalig, voornamelijk statistisch) onderzoek naar de relaties tussen sociale instituties als ‘de kerk’, ‘de familie’ en ‘criminaliteit’. De antropologie daarentegen verzamelde gegevens met kwalitatieve onderzoeksmethoden zoals ‘participerende observatie’. Antropologen woonden langere tijd in een dorp of bij een stam en beschreven alle facetten van die samenleving: economie, familielevens, rechtspraak, religie et cetera.

Vanaf eind jaren zestig van de twintigste eeuw richtte een deel van de sociologie zich op de vraag naar de sociale constructie van de alledaagse orde. ‘Hoe komt orde tot stand op straat, in de lift of in de rechtszaal?’ ‘Wat wordt in dergelijke situaties

‘normaal’ gevonden, wie bepaalt dat en wie handhaaft de regels over wat normaal is?’ Dergelijke vragen zijn niet met statistiek te beantwoorden. Kwalitatieve onderzoeksmethoden zoals observatie en open interviews zijn daarvoor wel geschikt. Een deel van de sociologie nam de traditionele methoden van de antropologie over. Ook schoof een deel van de antropologie op naar de sociologie, door het gebruiken van kwantitatieve onderzoeksmethoden als *surveys* (gesloten vragenlijsten) en archiefonderzoek. We spreken in het vervolg over rechtssociologie als overkoepelende categorie, zonder de rechtsantropologie te onderscheiden.

### 2.1.2 Kenmerkend voor de rechtssociologie

De rechtssociologie bestudeert mensen als sociale wezens, als ‘groepsdieren’. Interessant is niet wat één of enkele individuen doen en beslissen, maar wat groepen en collectieven doen. De vraag is ook waarom mensen groepsgedrag vertonen en collectief handelen. ‘Hoe groot is de groepsdruk?’ ‘Hoe belangrijk is socialisatie ofwel opvoeding in gezin en door leeftijdgenoten in de buurt en op school?’ ‘Hoe beïnvloedt het recht gedragspatronen van mensen terwijl zij elkaar niet kennen?’ De rechtssociologie zoekt de interpretatie en verklaring van gedrag in ‘het sociale’ ofwel het samen handelen van mensen.

Een voorbeeld betreft het gedrag op scholen en universiteiten dat volgens bepaalde patronen verloopt. Docent en studenten hebben een vaste plek in de onderwijsruimte die ze vanzelfsprekend innemen. De docent staat voor een bord en de studenten zitten achter tafeltjes. Ze zijn beleefd, hebben zich soms voorbereid en proberen niet al te opvallend aanwezig te zijn. Pas bij afwijkend gedrag reageren de aanwezigen met ‘sancties’ ofwel sociale controle: wanneer iemand bijvoorbeeld lawaai maakt, of als eerste alle vragen van de docent beantwoordt, reageren de anderen met een afkeurende blik, gelach of het verzoek om te vertrekken. Met sociale controle wordt het normale, gangbare gedragspatroon in stand gehouden. Er komt geen rechtsregel aan te pas en toch wordt ‘de orde’ gehandhaafd. Op de achtergrond speelt het recht natuurlijk wel degelijk een rol. Denk aan het recht op onderwijs, de bevoegdheid van de docent om een student te verwijderen bij hinderlijk gedrag of het verbod op diefstal (van studieboeken). De rechtssociologie is geïnteresseerd in deze sociale orde die door het gezamenlijk handelen van mensen ontstaat en die beïnvloed wordt door het recht.

Gedragspatronen in de samenleving worden behalve door sociale controle door vele andere factoren beïnvloed. De hoogte van de wettelijk vastgestelde kinderbijslag heeft bijvoorbeeld invloed op het aantal kinderen dat geboren wordt, maar ook de beschikbaarheid van kinderopvang beïnvloedt het geboortecijfer. En de beschikbaarheid van kinderopvang heeft weer gevolgen voor de arbeidsdeelname van vrouwen. In dergelijke verbanden is de rechtssociologie geïnteresseerd.

### 2.1.3 Onderzoeksmethoden van de rechtssociologie

Zoals al in § 2.1.1 aangestipt, doet de rechtssociologie zowel kwantitatief als kwalitatief empirisch onderzoek. In kwantitatief onderzoek worden zo veel mogelijk ‘anonieme’ en op cijfers terug te brengen gegevens verzameld over gedrag in de maatschappij. De gegevens worden in een database ingevoerd, waarna gezocht wordt naar statistische verbanden. Als die er zijn en ze berusten niet op toeval, wordt gezocht naar een verklaring van het verband. Zo blijkt uit statistische gegevens dat er een negatief verband is tussen inkomensniveau en gebruik van recht zoals het inschakelen van een advocaat of het voeren van processen. Hoe lager het inkomen, hoe meer het recht wordt gebruikt.<sup>4</sup> De onderzoeker gaat eerst na of er een sterkere samenhang is met

---

<sup>4</sup> Ook hogere inkomens maken relatief vaker gebruik van het recht. De middeninkomens maken het minst gebruik van het recht. Zie Carolien Klein Haarhuis (2008) ‘Geschilgedrag. Verklaringen bijeengebracht.’ Den Haag, WODC, pp. 30, 58.

een ander verband. Leeftijd bijvoorbeeld. Misschien maken jongeren meer gebruik van het recht en is de samenhang met inkomen schijn, omdat zij nu eenmaal minder verdienen. Maar als andere samenhangen zijn uitgesloten, moet het verband tussen inkomen en gebruik nader verklaard worden. Hebben mensen met lage inkomens meer juridische problemen? Is de stap naar het recht voor hen makkelijker omdat ze een beroep kunnen doen op gefinancierde rechtsbijstand?

De onderzoeker in kwalitatief rechtssociologisch onderzoek maakt onder andere gebruik van interviews en observaties om de beweegredenen van de actoren in de rechtspraktijk te achterhalen. De onderzoeker is geïnteresseerd in de ‘sociale constructie’ van de leefwereld van betrokkenen en welke rol het recht daarin speelt. Het gaat niet om hoe iets ‘echt’ is (de ‘waarheid’ of de ‘werkelijkheid’), maar om hoe die door actoren gezien, ervaren en gemaakt wordt. Die constructie is namelijk niet zonder gevolgen. Het adagium van deze stroming sluit aan bij het bekende theorema van Thomas: “If men define situations as real, they are real in their consequences.”<sup>5</sup>

We geven een voorbeeld van kwalitatief onderzoek bij de Immigratie en Naturalisatiedienst (IND) om te laten zien dat bepaalde gegevens alleen met kwalitatieve onderzoeksmethoden kunnen worden ontdekt. De IND houdt intake gesprekken met asielzoekers om de aannemelijkheid van vluchtverhalen te bepalen. Dat is hun juridische taak. Maar hoe doen de medewerkers van de IND dat? Waar letten ze op bij het beoordelen van ‘aannemelijkheid’? Een onderzoeker zat bij de gesprekken aan tafel en beschreef gedetailleerd hoe ze verliepen. Uit de analyse blijkt dat de horende ambtenaar bijvoorbeeld af gaat op de feitenkennis over de stad van de asielzoeker: weet hij de namen van pleinen, waar bruggen zijn, waar het politiebureau is? Als de asielzoeker geen antwoord heeft op bepaalde vragen, moet daar een geloofwaardige verklaring tegenover staan. Maar hoe wordt die verklaring dan weer beoordeeld? Uiteindelijk blijken vragen, antwoorden, nieuwe vragen, interventies van de tolk, vertaalproblemen, non-verbaal gedrag enzovoort, allemaal als kleine onderdelen bij te dragen aan het uiteindelijke oordeel ‘dit is een onaannemelijk/aannemelijk verhaal’. De geloofwaardigheid van het vluchtverhaal is een sociale constructie die tijdens het verhoor tot stand komt.<sup>6</sup> Dat is een correctie op de gangbare aanname dat de beoordeling van ‘aannemelijkheid’ gebaseerd is op objectieve maatstaven. Het corrigeert ook de aanname dat de IND-ambtenaar een neutrale actor is die slechts noteert wat de vluchteling zegt. De ambtenaar draagt zelf bij aan de gegevens waarmee de aannemelijkheid moet worden beoordeeld. En in het licht van het Thomas theorema: het gevolg van deze sociale constructie is dat de asielzoeker wel of niet kan blijven.

## 2.2 Rechtspsychologie

### 2.2.1 Kenmerkend voor de rechtspsychologie

De psychologie bestudeert het gedrag van mensen in samenhang met algemeen menselijke psychische eigenschappen. Soms gaat het net als bij de sociologie om groepsgedrag. De sociale psychologie overlapt met dat deel van de sociologie dat zich richt op gedrag in kleine groepen. Maar de verklaring voor groepsgedrag wordt niet gezocht in het samen handelen (zoals in de sociologie), maar in de werking van de menselijke geest.

Een typische situatie waar de rechtspsychologie onderzoek naar doet is de zogenaamde ‘Oslo-confrontatie’. Iemand doet aangifte van een strafbaar feit,

---

<sup>5</sup> Voor het eerst geformuleerd in W.I. Thomas & Dorothy Swaine Thomas (1928) ‘The Child in America: Behavior Problems and Programs’, Tiopf. Zie verder Robert K. Merton (1995) ‘The Thomas Theorem and the Matthew Effect’, *Social Forces*, 74(2), pp. 379-424.

<sup>6</sup> Nienke Doornbos (2006) ‘Op verhaal komen. Institutionele communicatie in de asielprocedure.’ Dissertatie Radboud Universiteit, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

bijvoorbeeld een beroving op straat, maar weet niet meer precies hoe de dader eruit ziet. Op basis van het politieonderzoek wordt een verdachte aangehouden. De politie zet deze man tussen negen anderen die ook aan het signalement voldoen in een rij achter een 'one way screen' (een doorkijkspiegel). Dit heet een Oslo-confrontatie. Het slachtoffer en de getuigen mogen aanwijzen wie naar hun idee de dader is. In de Oslo-confrontatie spelen subtiele psychologische mechanismen een belangrijke rol. Deze mechanismen beïnvloeden de uitkomsten van de procedure. Het slachtoffer en de getuigen mogen bijvoorbeeld niet samen in één ruimte zijn, omdat ze elkaar dan beïnvloeden. Eén blik van het slachtoffer kan al voldoende zijn om een getuige onbewust te beïnvloeden. Ook mag de agent die de verdachte aanhield, niet aanwezig zijn tijdens de confrontatie, omdat hij met onbewuste lichaamsbewegingen de verdachte kan 'aanwijzen'. Getuigen pikken die signalen op zonder dat ze dat weten. In een later stadium kunnen ze 'zeker weten' dat een bepaalde persoon de dader is.

### 2.2.2 Onderzoeksmethoden van de rechtspsychologie

De rechtspsychologie gebruikt net als de rechtssociologie kwantitatieve en kwalitatieve methoden, maar gebruikt daarnaast ook experimenten. In experimenten kunnen de omgevingsfactoren tot op grote hoogte worden gecontroleerd. Daardoor is het mogelijk om de invloed van één variabele vast te stellen.<sup>7</sup>

Een voorbeeld van experimenteel onderzoek uit de sociale psychologie is het 'smoke-filled room' experiment. Hierin is duidelijk te zien dat een gecontroleerde situatie in het leven wordt geroepen, waarin enkele omstandigheden worden gevarieerd. Studenten worden gevraagd om mee te werken aan een onderzoek naar het leven in de stad. Dat is echter een voorwendsel om hen onderdeel te maken van het experiment. Er worden twee experimentele situaties opgezet. In het eerste geval wordt één student uitgenodigd om in een wachtruimte plaats te nemen en wat formulieren in te vullen. Vervolgens wordt rook de ruimte ingeblazen. In het tweede geval zit de student met een aantal acteurs in de wachtruimte. Opnieuw wordt rook de ruimte ingeblazen. De acteurs trekken zich niets van de rook aan en doen alsof er niets aan de hand is. Wat zijn de uitkomsten van het experiment? De studenten die alleen zijn, onderzoeken waar de rook vandaan komt, doen paniekerig over mogelijk gevaar en melden het bij de organisatie. De studenten die samen met de acteurs in de ruimte zitten, stemmen hun gedrag op dat van de acteurs af. Eén op de tien studenten meldt de rook bij de organisatie. De andere negen vullen de formulieren in terwijl ze wel de rook in de gaten houden, maar geen actie ondernemen.<sup>8</sup>

Zowel rechtssociologisch als rechtspsychologisch onderzoek nuanceren het mensbeeld dat dominant is in het juridische denken. Het startpunt van het juridisch denken is het individu met een vrije wil. Individuen worden geacht die vrije wil rationeel te gebruiken en zij kunnen daarom aan hun keuzes worden gehouden (contract) of voor hun keuzes ter verantwoording worden geroepen (strafrecht). Als bij

---

<sup>7</sup> De resultaten van experimenten kunnen echter niet zonder meer van toepassing verklaard worden op dagelijks voorkomende situaties in het 'echte leven', omdat daar oneindig veel factoren het menselijk gedrag beïnvloeden. Experimenteel onderzoek is dus wel theoretisch interessant, maar de vertaalslag naar recht en samenleving is niet een twee drie te maken.

<sup>8</sup> Het belang van dergelijke experimenten werd in de jaren zestig en zeventig van de 20e eeuw ontdekt. Google voor het beschreven originele experiment uit de jaren zestig op 'smoke filled room experiment'. Soms werden ethische grenzen overschreden. Google daarvoor het 'Milgram experiment' of op 'Stanford prison experiment' en bekijk de BBC documentaire daarover op <http://video.google.com>. Het 'Stanford prison experiment' was in oktober 2010 in het nieuws vanwege de Nederlandse vertaling van het boek 'The Lucifer Effect'. In dat boek beschrijft de hoogleraar uitgebreid het onderzoek dat hij destijds deed. Hij meent dat zijn inzichten een verklaring bieden voor de misstanden in onder andere de Abu Graib gevangenis in Irak.

uitzondering de vrije wil bij het aangaan van een contract ontbreekt, heeft het recht daarvoor een oplossing (geen contract). Als er geen rationele keuze kon worden gemaakt, bijvoorbeeld vanwege de gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens, kan dat in het strafrecht reden zijn voor straffeloosheid. De rechtssociologie nuanceert het uitgangspunt van het rationele vrij kiezende individu door te tonen dat het gedrag van mensen ook door de groep wordt bepaald. De rechtspsychologie nuanceert het uitgangspunt door te laten zien dat de vrije wil van mensen betrekkelijk makkelijk wordt beïnvloed en gemanipuleerd.

In de rechtseconomie is het uitgangspunt net als in het juridische denken het individu dat met zijn vrije wil een rationele keuze maakt.

## 2.3 Rechtseconomie

### 2.3.1 Kenmerkend voor de rechtseconomie

De rechtseconomie bestudeert menselijk gedrag vanuit het perspectief van de mens als rationele actor die streeft naar economisch nut. Sterker dan de rechtssociologie probeert de rechtseconomie net als de rechtspsychologie menselijk gedrag aan de hand van statistische verbanden te verklaren. Daarbij is de veronderstelling dominant dat mensen min of meer bewust de kosten en baten van bepaalde handelingen tegen elkaar afwegen en op basis daarvan een keuze maken. Waar de rechtssociologie menselijke gedrag verklaart door te wijzen op de invloed van de groep en de rechtspsychologie op de werking van de menselijke psyche, wijst de rechtseconomie op het menselijk streven naar méér. De rechtseconomie onderzoekt recht en menselijk gedrag op efficiëntie en winstmaximalisatie.<sup>9</sup> Bijvoorbeeld: Wanneer iemand een conflict heeft, zo redeneert de rechtseconoom, stapt hij alleen naar de rechter als hij denkt te kunnen winnen en als hij verwacht dat de opbrengsten hoger zijn dan de kosten (tijd, publiciteit, kans op winst, kosten van de advocaat, moeite, griffiekosten enzovoort). Mensen kiezen op basis van economische overwegingen. Ze overwegen de alternatieven, wegen de kosten en baten tegen elkaar af en kiezen uiteindelijk de meest gunstige optie.

Het rationele keuzemodel van afweging van kosten en baten kreeg kritiek omdat de verklaringskracht niet groot was. Het model had weinig te zeggen over daadwerkelijk gedrag van mensen in het dagelijks leven. Hoewel het uitgangspunt van het rationele, calculerende individu nog steeds dominant is, wordt inmiddels ook gewerkt met een 'beperkt rationeel keuze model'. Dit model heeft de kritiek verwerkt dat mensen vaak niet over alle informatie beschikken om goede keuzes te maken en niet altijd rationele keuzes maken. Een voorbeeld van dit laatste: Soms klagen mensen hun buurman aan om hem te zielen en niet omdat ze er profijt van hebben.

### 2.3.2 Onderzoeksmethoden van de rechtseconomie

De rechtseconomie gebruikt net als de rechtspsychologie kwantitatieve en kwalitatieve methoden en maakt gebruik van experimenten. Wij behandelen hier een bijzondere variant van het experiment dat in bepaalde delen van de rechtseconomie populair is, namelijk het spel. Daarvan bestaan verschillende varianten. In een 'meerpersoons coöperatief spel' gaat het om een situatie waarin spelers in conflictsituaties samen moeten werken voor een optimale uitkomst. De veronderstelling is dat spelers zich rationeel en strategisch gedragen en met de andere spelers

---

<sup>9</sup> Binnen de rechtseconomie kunnen twee stromingen worden onderscheiden. De 'positieve rechtseconomie' *beschrijft en verklaart* menselijk gedrag dat juridisch relevant is. De 'normatieve rechtseconomie' gaat verder en doet ook *aanbevelingen* over welk recht ingevoerd zou moeten worden *omdat het het efficiëntste zou zijn*. Wij behandelen hier alleen de positieve rechtseconomie, omdat wij vinden dat overwegingen van rechtvaardigheid en beschaving - en niet economische efficiëntie - de belangrijkste rol moeten spelen in beslissingen over de inrichting van het rechtssysteem.

concurreren om de eigen winst zo hoog mogelijk te maken. De eigen winst is deels afhankelijk van de opstelling van de andere deelnemers. Het is dus zaak voor iedere deelnemer om gedurende het spel af te wegen wanneer en in hoeverre samen te werken en wanneer de eigen inzet te verhogen of te verlagen, om een zo voordelig mogelijke uitkomst voor zichzelf te behalen. Een voorbeeld in de sfeer van het recht dat als een 'meerpersoons coöperatief spel' geanalyseerd kan worden, is de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. De Veiligheidsraad heeft vijftien leden, van wie vijf permanente met een vetorecht. Inhoudelijke besluiten moeten negen voorstemmers hebben, waarbij geen van de permanente leden tegen mag stemmen (wel mag zo'n lid zich onthouden van stemmen). Het zal duidelijk zijn dat een lid bij zijn stem altijd laat meewegen wat de andere leden doen. Een gewoon lid kan 'veilig' vóór stemmen als hij eigenlijk tegen is als hij weet dat één van de permanente leden een voorstel met een veto zal blokkeren. Een permanent lid kan zich onthouden van een veto als hij daarmee bij een volgende stemming een ander permanent lid zo ver kan krijgen om zijn belang mee te wegen. De rechtsregels die het spel van het stemmen in de Veiligheidsraad regelen, leiden dus tot strategisch onderhandelend samenwerken van de leden. Met deze blik kan ook naar andere delen van het recht worden gekeken.

### **3 Praktische en wetenschappelijke relevantie van empirisch onderzoek naar het recht**

#### **3.1 Praktische en wetenschappelijke relevantie zijn niet gescheiden**

Praktische en wetenschappelijke relevantie zijn van elkaar te onderscheiden maar zijn niet gescheiden. Ze zijn te onderscheiden omdat wetenschappelijke vragen verschillen van praktische vragen. Wetenschappelijke juridische vragen zijn gericht op het verzamelen van kennis en het ontwikkelen van theoretische, algemeen geldige inzichten. Praktische juridische vragen zijn gericht op het oplossen van een concreet probleem.

We geven hieronder voorbeelden van beide typen vragen en we laten daarbij zien dat bij beide vragen dezelfde empirische gegevens gebruikt kunnen worden. Een jurist kan de wetenschappelijke vraag stellen 'werken veranderingen in de samenleving door in het recht?' Zo'n vraag (die uiteraard voor een bepaald gebied specifiek moet worden afgebakend) valt in minstens drie deelvragen uiteen. De eerste deelvraag is 'verandert de samenleving?'. Voor het antwoord is niet alleen empirisch onderzoek nodig, maar ook theoretisch onderzoek naar wat geldt als 'verandering' en wat we verstaan onder 'de samenleving'. De tweede deelvraag is 'verandert het recht?' Het antwoord hangt af van het concept van 'verandering' en van 'recht'. De derde deelvraag betreft het onderdeel 'werkt door': Het begrip 'doorwerken' veronderstelt een causale, oorzakelijke relatie tussen 'veranderingen in de samenleving' en 'veranderingen in het recht', maar die relatie moet wel worden aangetoond. Ook de vraag naar de doorwerking vraagt zowel om een conceptueel/theoretisch antwoord als om een onderbouwing daarvan met empirische gegevens. Een jurist kan ook een praktische vraag stellen: 'Welke oplossingen heeft het recht voor het toenemende gevoel van onveiligheid van burgers?' Ook die vraag valt in deelvragen uiteen. 'Nemen onveiligheidsgevoelens inderdaad toe?' 'Neemt ook de feitelijke onveiligheid toe?' 'En vraagt het probleem om een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke aanpak?'

De vragen 'werken veranderingen in de samenleving door in het recht?' en 'welke oplossingen heeft het recht voor het toenemende gevoel van onveiligheid van burgers?' zijn verschillend. Toch hebben ze veel met elkaar te maken. Ze maken gebruik van dezelfde empirische gegevens en over en weer vindt kruisbestuiving plaats. Voor de wetenschappelijke vraag zijn de empirische gegevens relevant omdat ze aangeven dat

de samenleving verandert: gevoelens van onveiligheid nemen toe en misschien verandert de daadwerkelijke veiligheid ook. Voor de praktische vraag zijn die empirische gegevens relevant omdat ze duidelijk maken of er inderdaad een maatschappelijk probleem is dat moet worden aangepakt. En zo ja, welk probleem dat is: onveiligheid of onveiligheidsgevoelens? Kruisbestuiving vindt plaats doordat bij het beantwoorden van de praktische vraag gebruik wordt gemaakt van wetenschappelijke inzichten inzake de effectiviteit van het gebruik van recht voor problemen zoals veiligheidsgevoelens. Andersom wordt bij het beantwoorden van de wetenschappelijke vraag gebruik gemaakt van de casus van het bestrijden van onveiligheidsgevoelens.

De relevantie van empirische gegevens hangt niet alleen af van het type vraag waarop een jurist antwoord zoekt, maar hangt ook samen met het juridische beroep waarin hij of zij werkzaam is. 'De' jurist bestaat niet en voor de ene jurist zijn empirische gegevens over belastingfraude relevant, terwijl de andere jurist geïnteresseerd is in alternatieven voor rechtspraak. In de volgende paragrafen laten wij met behulp van voorbeelden de relevantie van empirisch onderzoek zien voor verschillende typen juridische beroepen. Wij onderscheiden de praktische (§ 3.2) van de wetenschappelijke (§ 3.3) relevantie, maar tonen ook de verbanden.

### 3.2 Praktische relevantie

Wij gaan eerst na of simpele empirische gegevens die voor het jaarverslag van de belastingdienst zijn verzameld, enige praktische relevantie hebben voor juristen. In 2008 werd 401.000 keer een correctie doorgevoerd op aangiften inkomstenbelasting. Burgers vermeldden in die gevallen per ongeluk of opzettelijk onjuiste gegevens.<sup>10</sup> In 818 van de zaken werd zodanig ernstige fraude geconstateerd dat de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst-Economische Controledienst (FIOD-ECD) werd ingeschakeld. De FIOD-ECD nam 501 zaken in behandeling. 183 van deze 501 ernstige gevallen werden aan het Openbaar Ministerie gezonden voor strafrechtelijke vervolging. Het OM sepondeerde 29 zaken. 75 zaken werden met een transactie afgedaan en 79 met een strafrechtelijk vonnis van de rechter.<sup>11</sup> Procentueel gezien werd dus 0,038% (154 van de 401.000 onjuiste aangiften) strafrechtelijk gesanctioneerd. De pakkans is misschien wel hoog, maar in de meeste gevallen wordt kennelijk alleen de aangifte gecorrigeerd en eventueel van een administratieve sanctie voorzien. Het traject van overtreding naar *strafrechtelijke* veroordeling werkt dus als een trechter.

Wat hebben juristen aan deze gegevens? We kijken voor een antwoord op die vraag naar twee verschillende juristen. De eerste is een advocaat die een betrapte burger bijstaat om de hoogte van de boete zo laag mogelijk te houden. De advocaat heeft niets aan de kennis dat zijn cliënt één van de 401.000 is. De cliënt fraudeert juridisch gezien en de belastingdienst heeft het recht om alsnog de juiste gegevens te eisen, de juiste aanslag vast te stellen en eventueel een boetebedrag op te leggen. De advocaat schiet er niets mee op als hij ter verdediging naar voren brengt 'ja, maar X% van de Nederlanders fraudeert!' of 'iedereen weet dat de pakkans laag is, dus we mogen dat deze persoon niet aanrekenen!'. Toch kunnen de gegevens uit het jaarverslag voor deze advocaat bruikbaar zijn. Uit de cijfers blijkt namelijk dat vervolging tamelijk ongebruikelijk is. Stel dat zijn cliënt strafrechtelijk wordt vervolgd terwijl hij 'slechts' voor € 500 belasting ontdook. Vervolgt justitie normaal gesproken alleen fraudezaken van € 2500

---

<sup>10</sup> Het is niet bekend hoeveel procent van de 401.000 aangifteplichtigen per ongeluk een onjuiste aangifte deed.

<sup>11</sup> Jaarverslag Belastingdienst 2008, pp. 86 en 88. Te downloaden vanaf [http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/jaarverslag\\_bld\\_2008\\_bjv0011z81fd.pdf](http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/jaarverslag_bld_2008_bjv0011z81fd.pdf) (laatst bezocht 13 september 2010).



of meer, dan moet justitie goede redenen hebben om een geval van € 500 te vervolgen. Willekeurig van een interne beleidsrichtlijn afwijken als burgers op die beleidslijn mogen vertrouwen, is namelijk in strijd met het recht.<sup>12</sup>

De tweede jurist voor wie we de relevantie van de gegevens van de belastingdienst nagaan, werkt op het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Voor deze jurist kunnen de gegevens aanleiding zijn om eens goed naar de juridische procedure te kijken die er voor zorgt dat slechts 0,038% van alle ontdekte onjuiste aangiften strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. Liggen de eisen voor het bewijs van fraude misschien te hoog? Is er te weinig aandacht voor belastingfraude? Zijn de opsporingsambtenaren misschien te *soft* voor belastingfraude die ‘immers toch alleen maar de staat treft’? Voor de jurist op het Ministerie zijn de empirische gegevens relevant, omdat hij op basis daarvan kritisch naar het (belasting)recht kan kijken. Eventueel zet hij een wetswijziging in gang door zijn bevindingen met hoger geplaatsten te bespreken.

We kijken nu naar andere empirische gegevens om de praktische relevantie voor juristen in verschillende beroepen te bepalen. Het betreft een empirisch onderzoek naar bedrijven die van elkaar afhankelijk zijn voor het leveren van materiaal en diensten. Uit het onderzoek blijkt dat die bedrijven bij contractuele problemen niet snel naar de rechter stappen. Doorgaans doen de leidinggevenden van deze bedrijven al langere tijd zaken met elkaar en weten ze wie betrouwbaar is en wie niet. Als een bedrijf een keer niet op tijd aan zijn contractuele verplichtingen voldoet, weten zakenpartners dat daar bij een volgende contract iets tegenover staat (een lagere prijs bijvoorbeeld). Ze werken op basis van vertrouwen. De bedrijven lossen hun problemen liever onderling en informeel op, dan dat ze de langere, duurdere weg van het formele recht kiezen. Omdat ze nog vaker zaken willen doen, drijven ze de problemen niet op de spits, tenzij het echt nodig is.<sup>13</sup>

Voor welke juridische beroepen is dit empirisch onderzoek relevant? We bekijken er weer twee. Het is duidelijk dat een (bedrijfs)advocaat, die geleerd heeft om problemen met behulp van het recht op te lossen, voorzichtig moet opereren bij conflicten over contracten. Hij moet bij wanprestatie niet meteen van de hoogste juridische toren blazen. Eerst moet hij nagaan of het belangrijk is om de band met de wanpresteerder te behouden. Als dat het geval is, is het verstandig om rond de tafel te gaan zitten om te overleggen. De tweede jurist werkt op het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Het is gunstig voor de werkdruk van de rechterlijke macht als bedrijven hun onderlinge conflicten buiten het recht oplossen. Misschien kan het informeel oplossen van conflicten zelfs worden gestimuleerd. Het Ministerie ontwikkelt daarom ‘conflictbeslechting op maat’. Rechters beoordelen of mediation soms een betere oplossing voor een conflict is dan een juridische beslissing. De rechtszaak wordt dan aangehouden, terwijl partijen met behulp van een mediator proberen om hun conflict zelf op te lossen. Als dat niet lukt, gaat de rechtszaak alsnog door.<sup>14</sup>

### 3.3 Wetenschappelijke relevantie

---

<sup>12</sup> Zie ‘Grondslagen van het recht deel 1, Hoofdpijnen’.

<sup>13</sup> Het voorbeeld is gebaseerd op het onderzoek van Stewart Macaulay (1963) ‘Non-contractual relations in business: a preliminary study’, *American Sociological Review*, vol 28/1 en op het onderzoek van Alex Jettinghoff (2001) Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven. Maastricht: Metajuridica publications.

<sup>14</sup> Zie het onderzoek van Lia Combrink, Albert Klijn, Machteld Pel en Suzan Verberk (2009) ‘Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009’, dat bij de Raad voor de Rechtspraak werd gepubliceerd. Het onderzoek is te downloaden via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

Uit § 3.1 bleek dat juristen zowel praktische als wetenschappelijke vragen stellen. De wetenschappelijke vragen worden doorgaans onderzocht binnen de universiteiten en in particuliere en aan de overheid verbonden onderzoeksinstituten zoals het Wetenschappelijk Onderzoeks en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Vaak werken de juristen daar samen met onderzoekers uit andere disciplines, zoals de psychologie, economie, criminologie en sociologie.

Stellen we het extreem, dan staat in de wetenschap de praktische relevantie of het maatschappelijk nut van het verwerven van kennis en inzicht niet voorop. Een wetenschappelijk onderzoeker kan puur geïnteresseerd zijn in het systeem van (een deel van) het recht. Die 'wil' deelt de wetenschappelijke jurist met bijvoorbeeld de historicus en bioloog die bijvoorbeeld piramiden en evolutie van soorten willen begrijpen. Wetenschappelijk onderzoek heeft desondanks vaak direct maatschappelijk en praktisch nut. Bovendien wordt ook veel wetenschappelijk onderzoek gedaan om maatschappelijke problemen op te lossen. Die maatschappelijke problemen moeten namelijk wel eerst nauwkeurig, wetenschappelijk verantwoord onderzocht en beschreven worden. In deze paragraaf oriënteren wij ons vooral op de wetenschappelijke inzichten die het resultaat zijn van empirisch onderzoek. Wij bezien dus de relevantie van empirische gegevens in het licht van theorievorming. Dat neemt niet weg dat het systematisch en verantwoord verzamelen van empirische gegevens zelf ook een wetenschappelijke activiteit is. Daar ligt nu niet de nadruk op.

Wetenschap bedrijven is een gezamenlijke activiteit. Onderzoekers publiceren over empirisch onderzoek in artikelen en boeken en geven lezingen op congressen. Andere wetenschappers bespreken en bekritisieren deze publicaties en lezingen. Ze bekritisieren de juistheid van de gevolgde methode, de precisie van de onderzoeksvragen, het theoretisch kader, de gebruikte begrippen enzovoort. Wetenschappers, zo stellen zij zich dat voor, brengen hun onderzoeken en conclusies in op het forum van de wetenschap. Door in het openbaar om kritiek te vragen en die te verwerken, willen onderzoekers steeds betere inzichten verwerven. Meerdere algemeen geldige inzichten kunnen dan samen een theorie vormen. Op het terrein van de empirische wetenschappen van het recht zijn tot op heden geen overkoepelende theorieën ontwikkeld. Waarschijnlijk is dat ook in de toekomst niet mogelijk, omdat het gaat om onderzoek naar veranderlijk menselijk gedrag dat per tijdperk en per cultuur verschilt. Wel zijn deelinzichten en deeltheorieën mogelijk. De Amerikaanse socioloog Robert Merton meende dat de sociologie zich niet op de 'grand theories' over gehele samenlevingen en beschavingen zou moeten richten, maar op 'theories of the middle range'. In zulke theorieën liggen empirisch verifieerbare gegevens en algemene inzichten dicht bij elkaar. Om het verschil aan te geven: in plaats van te onderzoeken hoe in moderne samenlevingen het rechtssysteem zich heeft ontwikkeld onder invloed van de afname van religiositeit, kunnen we beter onderzoeken of in Nederland de mate van kerk- moskee- en synagogenbezoek samenhangt met jeugdcriminaliteit.

Een voorbeeld van een rechtssociologisch inzicht dat gebaseerd is op empirisch onderzoek betreft de vraag 'hoe wetten tot stand komen'. Anders dan de jurist die meestal denkt in procedures en bevoegdheden als het gaat om hoe wetten tot stand komen, denken onderzoekers in de empirische wetenschappen aan actoren in bepaalde structuren of netwerken: welke actoren met welke machtsposities en in welke netwerken hebben invloed op de totstandkoming van wetten, en waarom? Uit empirisch onderzoek naar enkele casussen van totstandkoming van wetgeving blijkt dat economisch belangrijke sectoren, grote bedrijven, maatschappelijke organisaties en ambtenaren op ministeries grote invloed uitoefenen. Deze spelers hebben namelijk de grootste kennis

op het betreffende gebied en weten uit ervaring wat wel werkt en wat niet.<sup>15</sup> De formele wetgever heeft onvoldoende zicht op de complexe en snel veranderende context waarin de voorgenomen wetgeving moest werken. Het is daarom ‘onvermijdelijk’ dat wetgeving tot stand komt in een onderhandelingsproces met belangrijke spelers uit het veld. Hoewel de onderzoekers slechts enkele casussen onderzochten, is uit het onderzoek met enige voorzichtigheid het volgende algemene inzicht af te leiden. ‘Wetgeving moet voor een goede werking aansluiten bij de samenleving. De samenleving is tegenwoordig te complex en verandert te snel, waardoor de formele wetgever die aansluiting niet goed meer kan maken. Daarom is het begrijpelijk dat lokale deskundigen en belangenbehartigers in het wetgevingsproces worden betrokken en hun invloed wordt toegelaten.’<sup>16</sup>

Voor een tweede inzicht gebruiken we de empirische gegevens over de afdoening van belastingfraude, die we in § 3.2 beschreven. Kritische onderzoekers wijzen op de discrepantie tussen de administratieve en strafrechtelijke reacties op belastingfraude en de strafrechtelijke reacties op diefstal. De bestraffing van belastingfraude is mild, vergeleken met die van diefstal. De onderzoekers verklaren het verschil door te wijzen op de machtsstructuren in de samenleving.<sup>17</sup> Aangezien de sociaal sterkeren betere netwerken hebben, een hoger kennisniveau en simpelweg meer geld, tellen hun belangen zwaarder in de wijze waarop handhaving van de belastingwetten geregeld is. Het algemene inzicht dat de onderzoekers hieruit afleiden is dat er sprake is van klassenjustitie. ‘De sociale klasse van hoger opgeleiden en welgestelden is in het recht altijd beter af dan de groepen met een lagere opleiding en een lager inkomen. De machtigen en rijken stellen hun belangen veilig in het recht. Het recht weerspiegelt de machtsstructuren van een samenleving.’

Voor een derde inzicht kijken we ook terug naar § 3.2 en wel naar het empirische onderzoek dat de vertrouwensband tussen grote bedrijven ontdekte en de daarmee samenhangende vermijding van het formele recht. Dat onderzoek heeft het inzicht opgeleverd dat de ‘relational distance theory’ wordt genoemd. ‘Hoe kleiner de sociale afstand tussen conflicterende partijen, hoe minder zij geneigd zijn om van recht en rechtspraak gebruik te maken.’ Buren en familieleden slepen elkaar minder snel voor de rechtbank dan klanten een grote winkelketen.

Bovengenoemde inzichten die aan de hand van empirische gegevens zijn ontwikkeld, worden in veel onderzoek bevestigd. Ze gaan uiteraard niet op voor alle tijden, alle culturen en alle rechtsgebieden. Het zijn immers geen natuurkundige wetmatigheden.

#### **4 Empirisch onderzoek naar belangrijke waarden van het recht**

---

<sup>15</sup> Nick Huls (2009) ‘Actie en reactie. Een inleiding in de rechtssociologie’, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers; Susan Stoter en Nick Huls (2006) ‘Regeldruk. Een blinde vlek van onderhandelend wetgeven’, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers.

<sup>16</sup> Voor juristen zijn dergelijke inzichten problematisch omdat het parlement min of meer voor het blok staat als een wetsvoorstel in een onderhandelingsproces met belangenbehartigers en machtige spelers uit het bedrijfsleven tot stand komt. De gekozen volksvertegenwoordiging kan formeel nog wel tegen het wetsvoorstel stemmen, maar dat betekent jaren vertraging. Het wetsvoorstel zoals het er ligt heeft bovendien steun van het bedrijfsleven en de verwachting is dan dat de wet ook effectief zal zijn.

<sup>17</sup> T.R. Drost en R.W. Jongman hebben in het verleden vanuit een kritisch perspectief empirisch onderzoek gedaan naar belastingfraude. Een van hun publicaties is ‘Ontduiking van de inkomstenbelasting’ dat is gepubliceerd in ‘De rechtssociologische werkkamer; Beeld van het rechtssociologisch empirisch onderzoek’ onder redactie van A.J. Hoekema en J. van Houtte, Deventer 1982, pp. 133-154.

## 4.1 Inleiding

Het recht kent vele waarden als de vrijheid van meningsuiting, het recht op gezinsleven, op privacy, op gelijke behandeling, op een eerlijk proces enzovoort. In deze paragraaf staat het recht op een eerlijk proces centraal. Onderzoekers zijn op heel andere wijze bij processen betrokken dan de direct betrokkenen zoals rechters en advocaten. Rechters *toetsen in concrete rechtszaken* of in dat ene geval het recht op een eerlijk proces geschonden is. Empirisch onderzoek heeft een bredere insteek. Het gaat niet om één juridische casus maar om het *beschrijven en analyseren van patronen en ontwikkelingen* in het gedrag van mensen in de samenleving, die verband houden met een eerlijk proces. Het gaat om gegevens die behulpzaam zijn bij het vormen van een oordeel over de waarborgen van een eerlijk proces, gegevens dus die tot nadenken aanzetten.

## 4.2 De waarde van een eerlijk proces

In sommige rechtsregels komen waarden tot uitdrukking.<sup>18</sup> Ze zijn niet altijd expliciet geformuleerd. Grondrechten en mensenrechtenbepalingen van internationale verdragen bevatten de meest expliciete formuleringen. Een van de mensenrechten betreft het recht op een ‘fair trial’ ofwel eerlijk proces. In artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) worden ‘minimumgaranties’ gegeven voor de verdachte en de civiele procespartij. Burgers hebben ‘recht op een eerlijke en openbare behandeling’ van hun zaak, de rechtszaak moet binnen ‘een redelijke termijn’ worden afgehandeld, de rechter moet ‘onafhankelijk en onpartijdig’ zijn, verdachten worden ‘voor onschuldig gehouden totdat hun schuld is bewezen’ enzovoort.

Artikel 6 bevat een reeks betrekkelijk open normen die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nader moet invullen. ‘Binnen een redelijke termijn’<sup>19</sup> is zo’n open norm die nader moest worden ingevuld. Een ander type interpretatieprobleem volgt uit lid 3 onder c. Dat geeft aan dat iemand die ‘vervolgd’ wordt, recht heeft op een gratis advocaat ‘indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen’. Geldt die bepaling alleen voor ‘vervolging’, dus alleen voor strafzaken? Als een partij in een zaak over wanprestatie geen advocaat kan betalen, moet hij dan maar zelf het proces voeren? En als hij tegen de overheid procedeert, moet hij dan ook de advocaat zelf betalen? Of is lid 3 specifiek voor ‘vervolging’ geschreven als *voorbeeld* van wat een ‘eerlijke behandeling van zijn zaak’ in hoort te houden? Houdt een ‘eerlijke behandeling’ dus ook kosteloze of gesubsidieerde rechtsbijstand in voor burgerlijke en bestuursrechtelijke zaken? Volgens het EHRM soms wel, bijvoorbeeld als de wet voorschrijft dat een partij zich door een advocaat moet laten vertegenwoordigen.<sup>20</sup> Maar het geldt ook in gevallen waarin de complexiteit van de procedure deskundige rechtsbijstand nodig maakt. Dat laat nog steeds veel ruimte voor verschillende interpretaties, want wat betekenen ‘complex’ en ‘nodig’?

Doordat artikel 6 EVRM geen scherpe juridische normen geeft, is het niet altijd helder aan welke eisen nationale wetgeving en de toepassing van dat recht concreet moeten voldoen. Dat maakt het ook moeilijk om empirisch onderzoek te doen naar concrete sociale, psychologische en economische omstandigheden die mogelijk in de weg staan aan de realisering van een eerlijk proces. Empirische onderzoekers kunnen

---

<sup>18</sup> In veel rechtsregels is dat niet het geval. Verkeersregels die verplichten dat rechts of juist links gereden moet worden, bevatten geen waarde. Veel rechtsregels bevatten definities en omschrijvingen, of stellen simpelweg welke handelingen verricht moeten worden om een bepaald rechtsgevolg te weeg te brengen (testamentaire kwesties, inschrijven van hypotheek, eisen voor een geldig huwelijk enzovoort).

<sup>19</sup> Genoemd in lid 1 van het artikel.

<sup>20</sup> EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376 (Airey tegen Ierland).

alleen zo objectief mogelijke gegevens leveren en analyseren, die juristen aan het denken zetten over het waarborgen van een eerlijk proces. Dat maken we duidelijk met voorbeelden van rechtssociologisch onderzoek naar de gefinancierde rechtshulp in § 4.3. In § 4.4 doen we hetzelfde met rechtspsychologisch onderzoek naar het herkennen van leugenaars en het probleem van tunnelvisie. We eindigen in § 4.5 met voorbeelden van rechtseconomisch onderzoek naar de vraag of recht bijdraagt aan economische ontwikkeling en naar de vraag of langdurig opsluiten van criminelen financieel gunstig is voor de samenleving.

### 4.3 Hoeveel gesubsidieerde rechtshulp is nodig?

In 1969 bezetten studenten en medewerkers van de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam het Maagdenhuis, het bestuurscentrum van de universiteit, om eisen van inspraak en medezeggenschap kracht bij te zetten. Onderhandelingen lopen op niets uit. De bezetters verlaten op verzoek van de politie het pand, maar met de leus dat zij doorgaan met de strijd. Als die avond geen ruimte in de stad beschikbaar is om te discussiëren, ontstaan rellen waarbij arrestaties worden verricht.<sup>21</sup> De verdachten moeten voor de rechter verschijnen en de Algemene Studenten Vereniging Amsterdam plaatst een oproep aan advocaten in het blad *Vrij Nederland* om de verdediging op zich te nemen. Maar in die tijd kijken de advocatuur en rechters neer op het strafrecht en op verdachten. Verschillende advocaten die bereid zijn de verdediging te voeren, worden door hun kantoor onder druk gezet om terug te treden, omdat het verdedigen van ‘raddraaiers’ de naam van het kantoor omlaag haalt.<sup>22</sup> Ties Prakken, die destijds een van de advocaten was in de Maagdenhuis processen, zegt later in een interview dat rechters het “eigenlijk onzin vonden dat deze verdachten verdedigd werden. Wij werden geacht aan de kant van het gezag te staan, want daar stonden advocaten in die tijd. Toen bleek dat wij daar niet stonden, namen de politierechters ons dat zichtbaar kwalijk, dat we die code van ‘jongens onder elkaar’ doorbraken. Advocaten behoorden tot het establishment – de verdachten waren tuig. Het was überhaupt niet fatsoenlijk om strafzaken te doen.”<sup>23</sup>

In de jaren zestig van de twintigste eeuw werden maatschappelijke discussies gevoerd over democratisering van instituties. Burgers wilden meer inspraak en ageerden tegen de zogenaamde ‘regentencultuur’. Er vonden vele protesten en demonstraties plaats. Deze gebeurtenissen zorgden voor veranderingen in het recht. Bovenstaand verhaal illustreert dat Nederland een probleem had met goede en betaalbare rechtshulp. In deze paragraaf geven we enkele empirische gegevens over de huidige omvang van de gefinancierde rechtsbijstand.

In de periode rond de Maagdenhuis processen begon het rechtssociologische onderzoek naar de ‘toegang tot het recht’.<sup>24</sup> Met ‘toegang tot het recht’ wordt de problematiek aangeduid dat het niet voldoende is als burgers (civiele partijen, verdachten, belanghebbenden) formeel het recht kunnen gebruiken. Het recht moet ook daadwerkelijk en voor alle inkomensgroepen toegankelijk zijn en daarvoor is goede en betaalbare rechtshulp nodig. De Maagdenhuis processen maakten duidelijk dat de rechtshulp door advocaten moest verbeteren. Er bestond geen soepel werkend systeem van gefinancierde rechtshulp en alleen de advocaatstagiaires behandelden de zaken van

---

21 Google op ‘Maagdenhuis processen’ voor beeldmateriaal.

22 Pia E.M.S. Sassen (2010) ‘De Balie: in de leemte voorzien?’ *Ars Aequi*, juni, p 395.

23 Interview door Wibo van Rossum in 1993. Zie ook het proefschrift van Ties Prakken uit 1985, ‘Rechtshulp en juridies aktivisme’, Nijmegen, *Ars Aequi Libri*.

24 De klassieke rechtssociologische studie is die van C.J.M. Schuyt, C.A. Groenendijk en B. Sloot uit 1976 ‘De weg naar het recht, een rechtssociologische onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening’, Deventer, Kluwer.

de mensen met lagere inkomens. De Maagdenhuis processen zorgden voor discussie onder advocaten en tot een onderzoek van het studentenblad *Ars Aequi* dat leidde tot het beroemde ‘zwarte nummer’ waarin misstanden binnen de gevestigde advocatuur zichtbaar werden gemaakt.<sup>25</sup> De discussie zette een ontwikkeling in gang van laagdrempelige rechtswinkels, sociale advocatuur en ‘advocatenkollektieven’ waarin soms alle medewerkers (advocaten, secretaresses) uit ideologisch oogpunt gelijkelijk beloond werden. Het verlenen van rechtshulp werd een politiek-ideologische kwestie, nu de ‘nieuwe rechtshulp’ vaak tegelijk de structurele maatschappelijke ongelijkheid die door het recht in stand wordt gehouden, aan de kaak wilde stellen. De politiek zorgde uiteindelijk voor een beter toegankelijk systeem van gefinancierde rechtsbijstand. De minder vermogenden konden daardoor toch gebruik maken van een goede advocaat.

Vanaf eind jaren tachtig van de 20e eeuw raakt de sociale rechtshulp versnipperd en intern verdeeld over de te varen ideologische koers. Een harde kern is er niet meer. Thans wordt de sociale rechtshulp vooral verzorgd door rechtswinkels en ‘Het Juridisch Loket’, terwijl ook advocatenkantoren nog een groot aandeel in eerstelijns rechtshulp hebben.<sup>26</sup>

We geven nu enkele empirische gegevens over de gefinancierde rechtsbijstand. De gefinancierde rechtsbijstand wordt onderscheiden in eerstelijns en tweedelijns rechtshulp. Het Juridisch Loket verzorgt het grootste deel van de eerste lijn. In 2009 had het Juridisch Loket ruim 780.000 klantcontacten. Veel vragen gaan over arbeid en ontslag, familierecht en contracten. In de meeste gevallen voldoet een simpel antwoord. De gemiddelde cliënt van het Juridisch loket is rond de veertig, woont in een grote stad, is alleenwonend of gescheiden, relatief vaak allochtoon en doorgaans werknemer.<sup>27</sup>

Met de zogenaamde tweedelijns rechtshulp komt de ‘echte’ rechtshulp in beeld. Een probleem vraagt meer dan een kort telefonisch gesprek of een *reply* op een mail. In die gevallen is een toevoeging nodig.<sup>28</sup> Dat waren er in 2009 ruim 420.000. Het gaat voornamelijk om civielrechtelijke, bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en vreemdelingenrechtelijke toevoegingen. De gemiddelde cliënt lijkt op die van het Juridisch Loket, behalve dat hij vaker uitkeringsgerechtigde is.<sup>29</sup>

Overigens betekent een toevoeging niet dat de persoon die om rechtshulp vraagt niets hoeft te betalen. De gemiddelde eigen bijdrage was in 2009 € 146.

Het systeem van gefinancierde rechtsbijstand is sinds de eerste wetgeving in 1958 regelmatig gewijzigd.<sup>30</sup> Dat heeft niet alleen politiek-ideologische oorzaken, maar is ook een kwestie van financiën. In de periode van 1968 tot 2009 groeide het aantal toevoegingen in civiele zaken per 100.000 inwoners van 244 naar ruim 2600. In 2009 is aan rechtsbijstand ruim € 316 miljoen gesubsidieerd. De kosten van het totale stelsel inclusief huisvesting, administratiekosten en dergelijke is bijna € 490 miljoen.<sup>31</sup> De kosten stijgen jaarlijks. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met andere kosten

---

25 Mies Westerveld (2010) ‘40 jaar zwarte nummer, 40 jaar sociale rechtshulp’, *Ars Aequi*, juni, pp. 387-394.

26 Rechtswinkels worden meestal door rechtenstudenten gerund. Iedereen kan daar binnenlopen voor gratis juridisch advies. De Juridische Loketten zijn officiële, laagdrempelige hulpverleningsinstanties waar mensen gratis advies en simpele juridische hulp kunnen krijgen (<http://www.juridischloket.nl>). Zie Mies Westerveld (2010) ‘40 jaar zwarte nummer, 40 jaar sociale rechtshulp’, *Ars Aequi*, juni, pp. 387-394.

27 S.L. Peters, L. Combrink-Kuiters & M. van Gammeren-Zoetewij (2010) ‘Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2009’, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, p. 13.

28 Een toevoeging is een zaak waarvoor de cliënt gesubsidieerde rechtsbijstand ontvangt. De Raad voor de Rechtsbijstand beoordeelt of iemand daarvoor in aanmerking komt. Zie <http://www.rvr.org/nl/home>.

29 Zie vorige noot, p. 14-17.

30 Vanaf 1958 gold de ‘Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenden’. Deze wet is per 1 januari 1994 vervangen door de Wet op de rechtsbijstand.

31 S.L. Peters, L. Combrink-Kuiters & M. van Gammeren-Zoetewij (2010) ‘Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2009’, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, pp. 119 en 120.

die stijgen als gevolg van het subsidiëren van rechtsbijstand. Hoe makkelijker het is om een advocaat in de arm te nemen, hoe meer rechtszaken gevoerd worden, hoe hoger de kosten van de Rechtspraak, hoe hoger de druk op de rijksbegroting. De instituties van de rechtspraak, gesubsidieerde rechtshulp en commerciële advocatuur blijken met vele andere instituties in de samenleving een evenwichtig geheel te vormen. Veranderingen in een van hen leiden tot veranderingen in andere instituties.

Wat zien we als we bovenstaande ontwikkelingen en cijfers bekijken in het licht van het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder de formuleringen over rechtsbijstand in artikel 6 EVRM? Ze roepen vooral belangrijke vervolgvragen op die soms empirisch, maar vaker normatief van aard zijn. Mogen we uit de cijfers afleiden dat de meeste burgers de rechtshulp wel weten te vinden? Krijgen de meeste burgers bijstand van een advocaat als het echt nodig is? Hoeveel mensen zien af van het bezoek aan een advocaat omdat zij de eigen bijdrage te hoog vinden? Wanneer komen de belangen van een behoorlijke rechtspleging en dus ‘een eerlijk proces’ in het gedrang?

#### **4.4 Kunnen we leugenaars ontmaskeren en tunnelvisie voorkomen?**

##### **4.4.1 De psychologie over het geheugen**

‘Weet je het niet meer? Je was een jaar of vijf. We waren met papa kerstinkopen doen, maar ergens tussen de Bart Smit en de V&D verdween je. Gelukkig zag die vriendelijke meneer je huilend rondhangen bij de cd-winkel. Hij bracht je naar de infobalie. Begint er al iets te dagen?’ Bij 30% van de proefpersonen in het ‘Lost in the mall’-experiment wel. De onderzoeker wist hen met behulp van familieleden te overtuigen van deze verzonden gebeurtenis. Sommigen ‘herinnerden’ zich zelfs hoe de vriendelijke man eruit zag.<sup>32</sup> Het onderzoek demonstreert hoe de tegenwoordige psychologie aankijkt tegen de werking van het geheugen. Een herinnering heeft visuele, emotionele en auditieve aspecten. Deze componenten zijn opgeslagen op verschillende plaatsen in de hersenen. Een opgehaalde herinnering wordt uit deze onderdelen geconstrueerd. Ontbrekende onderdelen ‘verzint’ het geheugen er bij. Ook kunnen combinatiefouten worden gemaakt als onderdelen die niet bij elkaar horen toch voor een ‘herinnering’ zorgen. Echte herinneringen raken daardoor gemakkelijk vertekend en dingen die niet zijn gebeurd, worden alsnog herinnerd.<sup>33</sup>

Psychologische inzichten in de werking van het geheugen hebben belangrijke implicaties voor het recht. Politieagenten moeten bedacht zijn op het onbewust lekken van informatie naar de verdachte die zij verhoren. Het risico bestaat dat de verdachte deze informatie onderdeel maakt van zijn herinnering. Ook voor rechters is het belangrijk. Ze moeten vaak de betrouwbaarheid van verklaringen inschatten. Kunnen ze dat? Ook als een verdachte uit een andere cultuur komt? Is het realistisch dat een getuige na een aantal jaren nog weet dat iemand een blauwe jas droeg? Kan het slachtoffer van een traumatisch misdrijf de herinnering jarenlang verdringen? Wanneer zijn verklaringen van kinderen betrouwbaar? De relevantie van deze rechtspsychologische vragen voor een ‘eerlijk proces’ wordt vooral duidelijk als we ons afvragen of er sprake is van een ‘eerlijke behandeling’, van een ‘onafhankelijk en onpartijdig’ gerecht en of verdachten wel ‘voor onschuldig gehouden’ worden. We beschrijven in de volgende paragrafen onderzoek naar liegen en het herkennen van leugenaars en bespreken aan de hand van enkele recente onterechte veroordelingen in

---

32 Peter van Koppen & Marijke Malsch (2008) ‘Het praktisch nut van de rechtspsychologie’, Kluwer, Deventer, p. 8.

<sup>33</sup> Hans Crombag & Harald Merkelbach, in P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.P.M. Crombag (1994) ‘Het hart van de zaak - Psychologie van het recht’, Gouda Quint, Arnhem, pp. 317-318.

het strafrecht het probleem van tunnelvisie. De voorbeelden geven stof tot nadenken over de vraag of een eerlijk proces wel gewaarborgd is.

#### 4.4.2 Kunnen we leugenaars ontmaskeren?

Uit onderzoek van dagboeken blijkt dat studenten gemiddeld twee keer per dag liegen. Andere volwassenen verzinnen één leugen per dag.<sup>34</sup> 90% van de mensen is bereid om op een eerste *date* te liegen. 83% vindt het geen probleem om het niet al te nauw te nemen met de waarheid tijdens een sollicitatiegesprek.<sup>35</sup> Ook in de rechtspraak heeft men te maken met leugenaars. Politie, officieren van justitie en rechters hebben dus een groot probleem: hoe is uit de veelheid van vaak tegenstrijdige informatie, één consistent verhaal over de waarheid te construeren? Kunnen zij juiste van onjuiste verklaringen onderscheiden?

De meeste mensen denken dat zij een leugenaar kunnen betrappen. Dat blijkt niet zo te zijn. In veel studies beoordeelden proefpersonen of sprekers wel of niet de waarheid spraken. Zij herkenden gemiddeld tussen de 45 en 60% van de leugens. Dat lijkt misschien een redelijke score, maar iemand die een muntje opgooit scoort 50%. De best presterende deelnemers ontstijgen dus nauwelijks het kansniveau. Opvallend is dat ook professionals slecht scoren.<sup>36</sup> Politieagenten, rechters, rechercheurs en polygraafdeskundigen herkennen niet meer dan 60%. Alleen leden van de Amerikaanse geheime dienst scoren duidelijk beter met een gemiddelde van 64%.<sup>37</sup>

Waarom zijn mensen zo slecht in het ontmaskeren van leugenaars? De belangrijkste reden is dat het verschil tussen gedrag van leugenaars en van waarheidsprekers bijzonder klein is. Liegen valt niet op. Leugenaars vertonen vaak afwijkend gedrag: zo weten ze dat ze de ander in ogen moeten kijken om oprecht over te komen.<sup>38</sup> Daar komt bij dat verdachten in de verhoorkamer van de politie en in de rechtszaal goed voorbereid zijn. Bovendien letten beoordelaars op de verkeerde tekens, zoals meer arm- en beenbewegingen, het vermijden van oogcontact en afwijkende pauzes tussen vraag en antwoord. Kort gezegd let de verhoorder op *nerveus* gedrag dat afwijkt van wat hij 'normaal' acht. Uit onderzoek blijkt dat leugenaars *minder* hun armen en benen bewegen, dus juist geen nerveus gedrag vertonen.<sup>39</sup> Er is dus een verschil tussen de tekens waar mensen op letten om een leugenaar te ontmaskeren en de signalen die er werkelijk toe doen.

De gedachte dat er een norm voor 'normaal gedrag' is in een verhoorsituatie, is overigens problematisch wanneer rechercheurs verdachten tegenover zich hebben met een andere culturele achtergrond. Etnische groepen verschillen in communicatiestijl. Zo blijken Surinamers vaker weg te kijken, vaker even hun neus of oor aan te raken, of aan hun hoofd of pols te krabben. Turken en Marokkanen kijken vaak uit respect een autoriteit niet direct aan. Maar etnische Nederlanders zien weggijken als teken van onoprechtheid of zelfs van liegen. Veel bewegingen maken en aan oor en neus krabben worden gezien als tekens van nervositeit. Daardoor bestaat de kans dat Nederlandse

---

<sup>34</sup> Rowland S. Miller & Daniel Perlman (2009) 'Intimate relationships', McGraw Hill, p. 322.

<sup>35</sup> Eric Rassin (2009) 'Tussen Sofa en Toga', Boom Juridische Uitgevers, p. 137.

<sup>36</sup> Aldert Vrij & Frans Willem Winkel (2010) in Peter van Koppen, Harald Merckelbach, Marko Jelicic & Jan de Keijser (red.), 'Reizen met mijn rechter', Deventer, Kluwer, p. 681.

<sup>37</sup> Aldert Vrij & Frans Willem Winkel (2010) in Peter van Koppen, Harald Merckelbach, Marko Jelicic & Jan de Keijser (red.), 'Reizen met mijn rechter', Deventer, Kluwer, p. 682 en P. Ekman en M. O'Sullivan (1991) 'Who can catch a liar?' *American Psychologist*, 46, pp 913-920.

<sup>38</sup> Rowland S. Miller & Daniel Perlman (2009) 'Intimate relationships', McGraw Hill, p. 324.

<sup>39</sup> Aldert Vrij & Frans Willem Winkel (1994) in Peter van Koppen, Dick Hessing & Hans Crombag (red.) 'Het hart van de zaak', Arnhem, Gouda Quint, p. 436.



rechercheurs of rechters een Surinaamse, Turkse of Marokkaanse verdachte sneller als leugenaar bestempelen.<sup>40</sup>

Veel juridische praktijken zijn gebaseerd op de aanname dat *face to face* contact belangrijk is om de betrouwbaarheid van verklaringen vast te stellen. Zo kunnen verdachten en getuigen verplicht worden om ter terechtzitting te verschijnen. In belangrijke processen in *common law* stelsels worden getuigen ter plekke in de rechtszaal ondervraagd, waarop slechts enkele uitzonderingen zijn toegestaan.<sup>41</sup> De gedachte is kennelijk dat je de betrouwbaarheid van verklaringen beter kunt inschatten als de ondervraagde daadwerkelijk aanwezig is. De rechtspsychologie heeft aangetoond dat mensen niet aan iemands lichaamstaal kunnen zien of ze de waarheid spreken. Beoordelaars die in een onderzoek alleen een stem horen, scoren significant beter.<sup>42</sup>

De rechtspsychologie draagt ook bij aan het ontwikkelen en onderzoeken van technische middelen zoals leugendetectors. Ook dat onderzoek is relevant voor het waarborgen van een eerlijk proces. In Nederland is het gebruik van leugendetectors ongebruikelijk. Er is nog te veel onzekerheid over de betrouwbaarheid. In het buitenland wordt de polygraaf wel gebruikt.<sup>43</sup> Het apparaat meet de fysiologische kenmerken van de onderzochte zoals de hartslag, lichaamstemperatuur en transpiratie. De polygraaf wordt gebruikt met twee vraagtechnieken: de controlevragen techniek (CVT) en de schuldige kennis test (SKT).<sup>44</sup> De laatste levert betere resultaten, maar is beperkt inzetbaar.

De CVT is gebaseerd op het idee dat liegen een stressreactie oproept die te meten is. Bij een leugen klopt het hart sneller en nemen bloeddruk en transpiratie toe. De polygraaf registreert dat en vergroot het uit. In tegenstelling tot andere non-verbale kenmerken zoals gezichtsuitdrukkingen of hand- en armbewegingen zijn deze fysiologische reacties niet onder controle te houden. Controlevragen zorgen ervoor dat het verschil tussen normale reacties en stressreacties duidelijk is. Een controlevraag is bijvoorbeeld: 'Is uw naam Ferdi?' of 'Beklom u ooit de Mount Everest?' De polygraaf slaat hierbij niet uit.<sup>45</sup> Maar het is mogelijk dat een verdachte ook stress heeft als hij waarheidsgetrouw een relevante vraag beantwoordt, zoals 'heeft u uw vrouw vermoord?' De polygraaf slaat dan wel uit, waardoor de verhoorder kan denken dat de verdachte liegt. Daarom worden er vaak meerdere stressvolle controlevragen gesteld zoals 'stal u ooit iets?'. Iedereen heeft wel eens iets gestolen, maar wanneer eerder in het onderzoek benadrukt wordt dat rechercheurs waarde hechten aan iemands 'criminele verleden' kan de druk groot zijn om een integere indruk te maken. Zo veroorzaakt een controlevraag ook stress. De uitdaging is dan ook om vragen te verzinnen die daadwerkelijk spannend zijn. Anders bestaat het gevaar dat het liegen bij controlevragen minder spannend is dan de waarheid spreken bij misdaadrelevante vragen. CVT werkt redelijk goed. Met dit systeem is gemiddeld 85% van de leugenaars en 60% van de waarheidssprekers te herkennen. Vooral dat laatste is een probleem in het recht. Het betekent dat 40% van de mensen die de waarheid spreken, niet als zodanig wordt

---

<sup>40</sup> Wibo van Rossum (1998) Verschijnen voor de rechter. Hoe het hoort en het ritueel van Turkse verdachten in de rechtszaal. Amsterdam: Uitgeverij Duizend en Een.

<sup>41</sup> In de VS mogen bijvoorbeeld alleen seksueel mishandelde kinderen buiten de rechtszaal worden gehoord. De jury moet wel via een videoscherm kunnen zien hoe de verhoorde zich gedraagt. Zie *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

<sup>42</sup> Aldert Vrij (1994) in Peter van Koppen, Dick Hessing & Hans Crombag (red.) 'Het hart van de zaak', Arnhem, Gouda Quint.

<sup>43</sup> Eric Rassin (2009) 'Tussen Sofa en Toga', Boom Juridische Uitgevers, p. 161.

<sup>44</sup> Eric Rassin (2009) 'Tussen Sofa en Toga', Boom Juridische Uitgevers, pp. 160-165.

<sup>45</sup> Het is niet altijd duidelijk of de onderzochte moet liegen bij de controlevragen. Eric Rassin (2009) 'Tussen Sofa en Toga', Boom Juridische Uitgevers, p. 161.

herkend. Een onterechte veroordeling van iemand die naar waarheid verklaart dat hij het niet gedaan heeft, is dan dichterbij.<sup>46</sup>

De schuldige kennis test (SKT) is gebaseerd op de aanname dat mensen een lichamelijke reactie vertonen, wanneer ze geconfronteerd worden met bekende informatie. SKT onderzoekt of een verdachte kennis heeft van een misdrijf die alleen een schuldige kan hebben. De verhoorder confronteert de verdachte met neutrale informatie over de misdaad. Dat gebeurt met een meerkeuzevraag, bijvoorbeeld ‘was de kleur van de jas van het slachtoffer bruin, zwart, grijs, of blauw?’ Een verdachte met kennis van het misdrijf toont een fysiologische reactie bij het horen van het juiste alternatief, terwijl de kleur van de jas zelf neutrale, niet-bedreigende informatie is. De methode kan daarom alleen vroeg in het opsporingsonderzoek gebruikt worden, voordat details over de misdaad bekend worden. Anders is de test geen *schuldige* kennis test meer.

Met het SKT systeem is de kans klein dat een onschuldige als schuldig wordt aangemerkt. Als er vijf vragen worden gesteld, is de statistische kans dat een verhoorde bij wijze van toeval reageert op alle juiste antwoorden slechts 0,1%.<sup>47</sup> Uit praktijkonderzoek blijkt dat verhoorders die van de SKT gebruik maken, 96% van de waarheidssprekers herkennen en 73% van de leugenaars ontmaskeren.

De meeste mensen nemen aan dat ze leugenaars kunnen ontmaskeren. Ook politieagenten, advocaten, officieren van justitie en rechters gaan daarvan uit. Ze claimen expertise op basis van hun opleiding en ervaring. Onderzoek maakt duidelijk dat deze aanname niet terecht is. Het blijkt erg moeilijk om leugenaars in de gewone, dagelijkse verhoorsituaties van de rechtspraak te ontmaskeren. Leugens zijn al helemaal niet aan lichaamstaal af te lezen. Het gebruik van de polygraaf met een bepaalde vraagtechniek kan helpen, maar geeft ook geen zekerheid. Alleen als heel systematisch specifieke vragen worden gesteld in de vorm van de Schuldige Kennis Test, is de kans groter. De SKT kan maar beperkt worden gebruikt. Een echt alternatief voor de bestaande situaties is er niet. Het is daarom belangrijk dat de actoren in de rechtspraak zich bewust zijn van hun beperkingen. Dat draagt bij aan het waarborgen van een eerlijk proces.

#### 4.4.3 Kunnen we tunnelvisie voorkomen?

De ‘gerechtelijke dwalingen’ in de Nederlandse strafrechtspraak van de laatste jaren kregen veel aandacht. Ze staan bekend als ‘de Puttense moordzaak’, de ‘Schiedammer parkmoord’ en ‘de zaak Lucia de B.’. De meest recente onterechte veroordeling in het nieuws is die van Ina Post. In bijna elke onterechte veroordeling kunnen de psychologische mechanismen worden herkend die kenmerkend zijn voor wat een ‘tunnelvisie’ wordt genoemd. De belangrijkste zijn ‘confirmation bias’, ‘belief perseverance’ en ‘cognitieve dissonantie’.

Wanneer een rechteam te veel aan één scenario vasthoudt, heet dat ‘tunnelvisie’. Zo’n scenario heeft zo’n sterke overtuigingskracht dat agenten niet kunnen geloven dat een delict zich op een andere manier heeft afgespeeld. Andere scenario’s en tegengesteld bewijs zien ze onbewust als irrelevant of onjuist. Onderdeel van dit fenomeen van tunnelvisie is het algemeen menselijk verschijnsel van ‘confirmation bias’. Mensen zoeken onbewust naar bewijs dat hun overtuiging ondersteunt en niet naar bewijs van het tegendeel. Rechercheurs zijn geneigd om actief naar bewijs te zoeken dat op de schuld van de verdachte wijst. Deze neiging hangt

---

<sup>46</sup> Volgens het Nederlandse recht moet in alle strafzaken méér bewijs zijn dan alleen een bekentenis van de verdachte.

<sup>47</sup> De kans dat de verdachte bij de eerste vraag toevallig op het juiste alternatief reageert is 25%. De kans dat dat vijf keer achter elkaar gebeurt is daarom  $0,25^5 = 1$  op de duizend = 0,1%.

samen met het tweede onderdeel van tunnelvisie, dat ‘belief perseverance’ wordt genoemd. Mensen veranderen niet graag van mening. Ze houden vast aan hun overtuiging ondanks daarmee strijdige informatie. De strijdige informatie wordt onbewust genegeerd en soms min of meer bewust uit een proces-verbaal weggelaten.<sup>48</sup> Dit doen mensen omdat ze geneigd zijn om ‘cognitieve dissonantie’ te vermijden, het derde samenhangende onderdeel van tunnelvisie. Cognitieve dissonantie ontstaat wanneer iemand twee gedachten heeft die niet met elkaar zijn te rijmen. Een van de twee gedachten wordt ‘wegverklaard’ om de dissonantie op te lossen.<sup>49</sup>

De zaak van Ina Post is een voorbeeld waarin tunnelvisie een rol speelde naast verschillende andere psychologische mechanismen. Post werd verdacht van de moord op een bejaarde vrouw op 22 augustus 1986. Op 8 september 1986 wordt ze aangehouden. Zij bekent op 11 september de diefstal van cheques en de moord op de vrouw. Zij herhaalt de bekentenis bij haar voorgeleiding aan de officier van justitie, maar trekt deze diezelfde dag weer in. Op 16 september bekent ze weer, maar een dag later trekt ze opnieuw haar verklaring in. Daarna blijft zij ontkennen. In december 1986 wordt ze tot zes jaar gevangenisstraf veroordeeld. Na verloop van jaren worden pogingen gedaan om de zaak te herzien. De Hoge Raad verklaart op 23 juni 2009 (nr. S 01631/06 H) de vijfde herzieningsaanvraag gegrond.

Post bekent aanvankelijk dat ze het slachtoffer door wurging om het leven bracht en dat ze daarna op verschillende dagen cheques van het slachtoffer inde. Ze wordt door rechercheurs door de flat van het slachtoffer geleid om over het delict te praten en uit te leggen wat er gebeurde. De politie heeft aanvankelijk ook andere verdachten op het oog, maar die vallen al snel af. Post is de enige die zenuwachtig is bij een schrijfproef met meerdere verdachten, die bedoeld was om overeenkomsten in de handtekening op de cheques na te gaan. Vanaf dat moment focussen de agenten op haar. Er wordt bij de verhoren druk op haar uitgeoefend. In het arrest waarin Post wordt vrijgesproken concludeert het gerechtshof daarover “dat tijdens die verhoren weliswaar – soms aanzienlijke – druk is uitgeoefend, maar dat daarbij sprake is geweest van ontoelaatbare druk is niet aannemelijk geworden” (LJN BN9444, Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 6 oktober 2010).<sup>50</sup> Uit verklaringen van deskundigen blijkt echter dat Post destijds in grote stress verkeerde en zeer gevoelig bleek voor beïnvloeding. De agenten hielden daar in de verhoren onvoldoende rekening mee. Belangrijker nog is de vraag of Post op het moment van de verhoren ‘schuldige kennis’ ofwel ‘daderwetenschap’ had: kennis van omstandigheden rondom het delict die alleen de dader kan weten. De politie heeft in de eerste dagen na het delict gegevens aan de pers verstrekt. Het is niet bekend welke gegevens dat waren. Het is niet uit te sluiten, aldus het gerechtshof, dat Post de daderwetenschap gewoon uit de kranten heeft opgepikt. Ten slotte is in het verwijt van het hof aan de agenten een lichte vorm van tunnelvisie te herkennen: “dat door het opsporingsteam de bekennende verklaringen van Post niet uitvoerig zijn gecontroleerd op tegenstrijdigheden met andere onderzoeksresultaten en dat destijds na het afleggen van de betreffende verklaringen nauwelijks verdere opsporingsactiviteiten zijn verricht.”<sup>51</sup> Post is op 6 oktober 2010 vrijgesproken omdat haar bekentenissen de enige bewijsstukken zijn die tegen haar pleiten. De bekentenissen zijn volgens het hof ‘onvoldoende betrouwbaar’.

<sup>48</sup> Zie Marijke Malsch, Jan de Keijser, P. Robin Kranendonk en Madeleine de Gruijter (2010) ‘Het verhoor op schrift of op band? De gevolgen van het ‘verbaliseren’ van verhoren voor het oordeel van de jurist’, NJB nr 37, pp. 2402-2407.

<sup>49</sup> Peter van Koppen & Marijke Malsch (2008) ‘Het praktisch nut van de rechtspsychologie’, Deventer, Kluwer, pp. 23-25

<sup>50</sup> Het uitoefenen van druk is tot op zekere hoogte toegestaan, mits geen verklaring wordt verkregen waarvan niet gezegd kan worden dat deze in vrijheid is afgelegd (artikel 19 lid 1 Sv.).

<sup>51</sup> Aldus het hof in LJN BN9444. Zie ook Hans Crombach (2010) Integendeel; Over psychologie en recht, misdaad en straf, Uitgeverij Contact, p. 167.

Uit bovenstaande onderzoeken over herinneringen en leugendetectie blijkt dat een open en kritische houding noodzakelijk is bij het beoordelen van verklaringen. Rechercheurs, rechters en anderen kunnen er beter van uitgaan dat zij leugenaars niet kunnen ontmaskeren. Een vooraf uitgedachte, heel precieze verhoormethode is van belang voor het achterhalen van betrouwbare verklaringen. Dat is echter niet altijd haalbaar, bijvoorbeeld omdat details al zijn uitgelekt of omdat er weinig tijd is voor het verhoor. Als de mogelijkheid van tunnelvisie op de loer ligt, is het des te belangrijker dat de rechter het bewijs kritisch beoordeelt. De rechter moet kunnen herkennen wanneer er onbewust fouten zijn gemaakt in een verhoor en dat laten meewegen bij het inschatten van de betrouwbaarheid van de verkregen verklaring. Bovendien moet de rechter zichzelf kritisch beoordelen. Voortdurende zelfreflectie moet als het ware ‘ingebakken’ zijn. ‘Waarom denk ik dat X waar is?’ ‘Hoe kan het dat er geen bewijs is dat Y tegensprekt?’ ‘Hoe zou ik het dossier lezen als ik overtuigd zou zijn van de onschuld van de verdachte?’

De inzichten uit de rechtspsychologie maken duidelijk dat een ‘fair trial’ en specifiek de onschuldpresumptie juridisch misschien wel gewaarborgd is, maar dat de feitelijke gang van zaken nog heel wat missers en misinterpretaties toelaat. We moeten concluderen dat het Nederlands strafproces niet is ingericht op een in psychologische zin onbevooroordeelde benadering van zaken. Ten eerste leest de rechter vóór de zitting het dossier, in plaats van dat hij zonder enige voorkennis over de zaak in de rechtszaal plaatsneemt. Ten tweede heeft de gang van zaken ter zitting doorgaans het karakter van het voorhouden van bewijsmateriaal aan de verdachte, die daarop mag reageren.<sup>52</sup> ‘U heeft tegen de politieagent verklaard dat het slachtoffer als eerste geslagen heeft. Klopt dat? Vertelt u eens hoe dat ging?’ Deze gang van zaken leidt eerder tot het zoeken naar een bevestiging van een eenmaal ingeslagen weg, dan tot het kritisch zoeken naar een alternatief scenario. De waarde van een onbevooroordeelde benadering is in experimenteel onderzoek bevestigd. Rechters moesten een zaak beoordelen, waarin de schuldvraag op basis van het gepresenteerde bewijs niet met zekerheid *kon* worden beantwoord. Informatie over de waarde van het bewijs kregen ze via een computer. Vrijspraak was juridisch/logisch de enig juiste uitkomst. Wat bleek uit het experiment? Alle rechters die van te voren het dossier hadden gelezen, veroordeelden de verdachten. Rechters zonder voorkennis veroordeelden de verdachte minder vaak. Van de rechters die passief informatie van de computer kreeg, kwam driekwart tot een veroordeling. De beste resultaten had de groep rechters zonder voorkennis, die actief de informatie op de computer moest oproepen. Van deze groep veroordeelde een kwart.<sup>53</sup> Op basis van dit onderzoek moeten we concluderen dat een ‘fair trial’ idealiter vereist dat de rechter geen voorkennis heeft.<sup>54</sup> Dat is in de meeste rechtssystemen onhaalbaar, alleen al vanwege de tijd die het zou kosten. Het gaat dus om het vinden van de juiste balans om een eerlijk proces te waarborgen.

---

<sup>52</sup> Het bewijsmateriaal bestaat bovendien doorgaans uit processen-verbaal die zelf geen waarheidsgetrouw verslag zijn van de verhoren. Zie Marijke Malsch, Jan de Keijser, P. Robin Kranendonk en Madeleine de Gruijter (2010) ‘Het verhoor op schrift of op band? De gevolgen van het ‘verbaliseren’ van verhoren voor het oordeel van de jurist’, NJB nr 37, pp. 2402-2407.

<sup>53</sup> Eric Rassin (2009) ‘Tussen Sofa en Toga’, Boom Juridische Uitgevers, p. 54-55.

<sup>54</sup> We moeten wel beseffen dat het om experimenteel onderzoek gaat. De resultaten daarvan kunnen niet zo maar overgeplaatst worden naar de rechtszaal. In de rechtszaal wordt de waarde van het bewijs met de verdachte besproken en krijgt de advocaat gelegenheid het te bekritisieren, er zijn getuigen, voorwerpen, de verklaring van de verdachte, observaties van de politie enzovoort. Desondanks is de les uit het onderzoek wel dat rechters méér dan kritisch moeten zijn in zaken met ingetrokken bekentenissen en weinig concreet bewijsmateriaal.

## 4.5 Draagt het recht bij aan de economie en wat levert langdurig opsluiten van draaideurcriminelen eigenlijk op?

Net als de rechtssociologie doet de rechtseconomie zowel grootschalig onderzoek als onderzoek naar gedrag in kleine groepen. We geven van beide een concreet onderzoek als voorbeeld. Het eerste onderzoek betreft de vraag of er een verband is tussen de eigenschappen van het rechtssysteem van een land en de economische ontwikkeling. Het tweede onderzoek behandelt de vraag of het loont om 'draaideurcriminelen' langer op te sluiten.

### 4.5.1 Draagt het recht bij aan de economie?

Al aan het begin van de 20e eeuw onderzoekt de jurist, econoom en socioloog Max Weber (1864-1920) het verband tussen recht en de economische ontwikkeling van een land.<sup>55</sup> Juristen streven in Webers tijd naar een rationeel, coherent en intern consistent rechtssysteem dat een grote mate van voorspelbaarheid geeft en daarmee rechtszekerheid biedt. Het moderne recht bestaat uit algemene en abstracte regels, die een rechter zonder aanzien des persoons toepast. Zulk recht is bovenpersoonlijk en niet afhankelijk van de willekeur van rechters, bestuurders en machthebbers. Er kan letterlijk 'op gerekend worden': bestuurders van bedrijven en burgers kunnen nagaan aan welke rechten en verplichtingen zij in de nabije toekomst gehouden worden. 'Contract is contract' en nakoming kan in rechte worden afgedwongen. Het recht omschrijft duidelijk wanneer sprake is van wanprestatie en wat de gevolgen daarvan zijn. Het economische verkeer stelt prijs op dergelijke regels. Bedrijven weten dat hun investeringen profijt opleveren, omdat de rijksbelastingen niet plotseling verdubbelen en hun perceel of bedrijf niet willekeurig wordt onteigend. En ze weten dat contractanten in rechte aan hun verplichtingen gehouden worden. Weber concludeerde dat dit type recht samenhangt met de economische ontwikkeling van een land.

Het onderzoek van Weber is tegenwoordig vooral relevant voor de 'law and development' studies. Daarin is veel aandacht voor de kwaliteit van de juridische infrastructuur als voorwaarde voor economische ontwikkeling, bijvoorbeeld in Afrika maar ook op andere continenten met ontwikkelingslanden. Het Internationale Monetaire Fonds stelt een goed werkend rechtssysteem als voorwaarde voor financiële ondersteuning. In een land moet sprake zijn van 'good governance' en van transparantie van instituties zoals het bankwezen en de rechtspraak. De economische markt is bij voorkeur liberaal.<sup>56</sup>

Het onderzoek van Weber is ook nog steeds relevant voor eerste wereldlanden zoals Nederland. Zijn bepaalde rechtssystemen beter voor economische ontwikkeling dan andere? We gebruiken voor het antwoord op die vraag het synthetiserende onderzoek van Ben van Velthoven uit 2005.<sup>57</sup> Hij problematiseert ten eerste wat we moeten verstaan onder 'de juridische infrastructuur'. Een rechtssysteem moet er niet alleen op papier goed uitzien. Burgers, bedrijven en investeerders moeten ook het vertrouwen hebben dat het recht wordt gehandhaafd. Er moet bovendien daadwerkelijk onafhankelijke rechtspraak zijn en een zekere mate van politieke stabiliteit. Een democratie als politiek systeem draagt bij aan economische voorspoed, hoewel democratische besluitvorming soms ook remmend werkt op economische

<sup>55</sup> Max Weber (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Zie [http://www.textlog.de/weber\\_wirtschaft.html](http://www.textlog.de/weber_wirtschaft.html)

<sup>56</sup> Zie <http://www.imf.org/>, zoek op "legal system".

<sup>57</sup> Met 'synthetiserend' wordt hier bedoeld dat Van Velthoven de bestaande onderzoeken van anderen heeft geïnventariseerd en op waarde en bruikbaarheid heeft beoordeeld, en op basis daarvan conclusies heeft getrokken. Het onderzoek 'De waarde van de juridische infrastructuur voor de Nederlandse economie' is in 2005 uitgegeven door de Raad voor de Rechtspraak te Den Haag in de reeks Research Memoranda nr 1, jaargang 1.

ontwikkelingen. Naast formele instituties zoals de rechtspraak, zijn ook informele instituties van invloed op economische ontwikkelingen. Denk aan het vertrouwen tussen bedrijven en regels als ‘voor wat hoort wat’ en dergelijke. Ze ondersteunen formele instituties en kunnen ze deels vervangen.<sup>58</sup> Al deze factoren behoren tot het begrip ‘de juridische infrastructuur’.

Binnen het concept ‘de juridische infrastructuur’ die de economische ontwikkeling van een land beïnvloedt, is de ‘onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak’ uit artikel 6 EVRM slechts een klein onderdeel. En naast de juridische infrastructuur spelen andere factoren een rol, zoals de scholingsgraad en gezondheid van een bevolking, de hoogte van overheidsinvesteringen en stimulatie van een open economie, geografische omstandigheden en de etnische samenstelling van de bevolking. Om de afzonderlijke invloed van de juridische infrastructuur te kunnen meten, worden verschillende landen met verschillende rechtssystemen met elkaar vergeleken. Welke maatstaf leg je aan om de kwaliteit van een juridische infrastructuur te karakteriseren? Is er een manier waarop het Franse rechtssysteem als geheel is te onderscheiden van het Nederlandse? Een van de manieren van rechtseconomen is gebruik maken van de index voor ‘civil liberties’ van *Freedom House*.<sup>59</sup> *Freedom House* categoriseert de rechtssystemen van landen op basis van de mate van burgerlijke vrijheid. Van Velthoven concludeert voorzichtig dat “de landen met een relatief grote mate van burgerlijke vrijheid een 0,8 à 0,9%-punt hogere groeivoet kennen dan de landen met een relatief geringe mate van burgerlijke vrijheid”.<sup>60</sup>

Rechtseconomen hebben kritiek (en kritiek gekregen) op het gebruik van de index van *Freedom House*. De index bevat vele vrijheden (van godsdienst, van vergadering) die niet direct relevant zijn voor economische ontwikkeling. Hij is ook te grof. Nagenoeg alle Westerse landen scoren een één (het hoogste), zodat Westerse landen onderling niet vergeleken kunnen worden.

Een andere manier om verschillen tussen rechtssystemen te karakteriseren is door gebruik te maken van deskundigen in diverse landen. Deze deskundigen schatten op diverse onderdelen de kwaliteit in van het rechtssysteem in hun land. Het gaat om een subjectieve inschatting van zaken als ‘efficiency van het rechtssysteem’, ‘integriteit van de rechtspraak’, ‘corruptie binnen de overheid’ en ‘kwaliteit van de bureaucratie’. Rechtseconomen maken van die inschattingen gebruik om Europese landen in te delen op een schaal van nul tot tien en de economische ontwikkeling over een bepaalde periode te bekijken. Rechtseconomen hebben op deze manier vastgesteld dat de kwaliteit van de juridische infrastructuur inderdaad invloed heeft op economische groei. De resultaten van dergelijk onderzoek betekenen voor Nederland “dat het goede functioneren van de juridische infrastructuur in vergelijking met het wereldgemiddelde een bijdrage levert aan de economische groei van zo’n 0,8% per jaar”.<sup>61</sup> Uit geen enkel onderzoek blijkt een negatieve invloed van een goed functionerende juridische infrastructuur op de economie. Maar het is methodologisch problematisch dat deze onderzoeksresultaten zijn gebaseerd op subjectieve inschattingen. Hoe betrouwbaar zijn die? Verder is de onderlinge vergelijkbaarheid van de subjectieve inschattingen een probleem. De deskundige in Frankrijk legt misschien andere maatstaven aan dan die in Duitsland.

Vanwege de problemen van subjectiviteit en vergelijkbaarheid baseren andere rechtseconomen zich liever op objectief vaststelbare factoren. Zo zijn er onderzoekers die de hoeveelheid banktegoeden vergelijken met de hoeveelheid tastbaar geld dat in omloop is in een land. De onderzoekers beargumenteren dat hoe meer banktegoeden

---

<sup>58</sup> Wij parafraseren in deze alinea enkele passages uit het onderzoek van Van Velthoven op p. 10.

<sup>59</sup> Zie <http://www.freedomhouse.org/>

<sup>60</sup> Van Velthoven 2005, p. 14.

<sup>61</sup> Van Velthoven 2005, p. 17-18.

mensen aanhouden, hoe zekerder de eigendoms- en contractenrechten, hoe hoger de kwaliteit van het rechtssysteem. Anderen kijken naar de mate van juridische bescherming van kredietverschaffers in het ondernemings- en faillissementsrecht. Ook hun onderzoek toont aan dat de kwaliteit van het rechtssysteem positief samenhangt met economische ontwikkeling. Er is slechts één onderzoek dat ‘de onafhankelijkheid van de rechtspraak’ objectiveert door naar de waarborgen voor onafhankelijkheid in het recht en de praktijk te kijken. Ook uit dat onderzoek blijkt: hoe onafhankelijker de rechtspraak, hoe hoger de economische groei.<sup>62</sup>

De rechtseconomie laat met dergelijk grootschalig, vergelijkend onderzoek zien dat de kwaliteit van het juridische systeem van invloed is op de economie. Daarmee krijgt artikel 6 EVRM een geheel andere betekenis dan onder juristen gebruikelijk is. Voor juristen staat de intrinsieke morele en ethische waarde van een eerlijk proces op de voorgrond. Het is een teken van beschaving om de rechtspraak aan bepaalde kwaliteitseisen te binden. Daarnaast wijzen juristen op de bescherming die door artikel 6 wordt geboden: de overheid moet zich houden aan minimum eisen van behoorlijke juridische procedures voordat een straf mag worden opgelegd. In de rechtseconomie verdwijnen deze morele en ethische betekenissen naar de achtergrond. De analyse is puur gericht op effecten in de economie. Met enige slagen om de arm kunnen we echter wel zeggen dat het ook voor de economische ontwikkeling van een land beter is als de overheid eerlijke processen bevordert.<sup>63</sup>

#### 4.5.2 Berekening van de vraag of verwijderen uit de samenleving loont

Waarom straffen wij? De strafrechtstheorie richt zich voor een antwoord op veronderstellingen over speciale en generale preventie en op retributie. De gedachte is dat zowel de dader als de bredere sociale omgeving bij straf afziet van het onwenselijke gedrag. Bovendien is volgens de strafrechtstheorie ‘pure leedtoevoeging’ tot op zekere hoogte gerechtvaardigd.<sup>64</sup> Rechtseconomen stellen andere vragen. Zijn de delicten die door een hogere straf worden voorkomen op geld waardeerbaar? Wat kost zo’n hogere straf en wegen die kosten op tegen de niet gepleegde delicten in de toekomst? Van Velthoven en Moolenaar bestudeerden deze vragen in het onderzoek ‘*Loont de SOV/ISD-maatregel? Een eerste verkenning*’.<sup>65</sup> SOV staat voor ‘Strafrechtelijke Opvang Verslaafden’. De ISD is zijn opvolger en staat voor ‘Inrichting voor Stelselmatige Daders’. Kern van de ISD-maatregel is dat stelselmatige plegers van delicten die betrekkelijk klein zijn maar veel overlast geven voor de duur van maximaal twee jaar kunnen worden opgesloten.<sup>66</sup> Net als in het onderzoek naar de samenhang tussen recht en economische ontwikkeling verdwijnen ook in dit onderzoek de morele en ethische waarden van het recht naar de achtergrond. De vraag of verdachten van betrekkelijk lichte delicten langdurig *mogen* worden opgesloten en of zij wel een *eerlijk proces* in overeenstemming met artikel 6 EVRM krijgen als de straf al min of meer

---

<sup>62</sup> Wij parafraseren in deze alinea enkele passages uit het onderzoek van Van Velthoven op p. 28.

<sup>63</sup> De normatieve rechtseconomie zou hieraan de conclusie verbinden dat de overheid *duis* eerlijke processen *moet* bevorderen. Zie § 2.3.1, met name noot 7. Wij zijn als gezegd van mening dat andere, niet-economische overwegingen van rechtvaardigheid en beschaving daarbij een grotere rol moeten spelen.

<sup>64</sup> Zie hoofdstuk 6 ‘Rechtvaardigen van straf’ uit het boek ‘Grondslagen van het recht deel 2, Achtergronden’.

<sup>65</sup> Het artikel is gepubliceerd in het tijdschrift *Justitiële Verkenningen*, jaargang 35 nr 2, pp 31-53.

<sup>66</sup> Hen “voor een periode van maximaal twee jaar in een inrichting te plaatsen die specifiek voor hen bestemd is” en “een gedwongen opvang in een daartoe specifiek bestemde inrichting. Het voorziet niet in een dwangbehandeling” zo staat het op de website van het Openbaar Ministerie. Het gaat dus niet om gevangenisstraf. ([http://www.om.nl/onderwerpen/veelplegers/maatregel\\_inrichting/](http://www.om.nl/onderwerpen/veelplegers/maatregel_inrichting/), laatst bezocht op 20 oktober 2011)

vaststaat, wordt niet geproblematiseerd. De normatieve beoordeling blijft achterwege. Laten we kijken wat deze empirische buitenstaandersblik oplevert.

Het onderzoek vergelijkt twee scenario's: het zogenaamde nulscenario dat de bestaande straffen als uitgangspunt neemt en het scenario waarin daders twee jaar worden opgesloten. Alle effecten van deze twee jaar opsluiting (positief en negatief, nu en in de toekomst, materieel en immaterieel) worden geïnventariseerd, op geld gewaardeerd en vergeleken met die van het nulscenario. De situaties worden vergeleken om te bepalen welk scenario de hoogste maatschappelijke welvaart oplevert.<sup>67</sup>

Het zal duidelijk zijn dat het 'op geld waarden' van alle mogelijke 'effecten van de interventie, positief en negatief, nu en in de toekomst, materieel en immaterieel' niet makkelijk is. Een eerdere evaluatie van de veelplegersregeling laat volgens Van Velthoven en Moolenaar grofweg zien dat het gebruik van verslavende middelen afneemt, de criminaliteitscijfers dalen en het maatschappelijk functioneren van de veelplegers verbetert. Van Velthoven en Moolenaar berekenen met de data van het onderzoek wat de uitvoeringskosten in termen van 'opsluiting per dag' zijn. Die kosten zijn betrekkelijk makkelijk te bepalen, maar dat geldt niet voor de baten. Omdat de veelpleger geen delicten kan plegen zolang hij opgesloten is, scheelt dat in de schade aan slachtoffers. Maar om hoeveel slachtoffers per veelpleger gaat het? Voor welke schadebedragen? En hoe moet de psychische schade in economische termen, dat wil zeggen op geld worden gewaardeerd? Minder slachtoffers betekent bovendien lagere preventiekosten en een lagere druk op politie en justitie die daardoor minder kosten hebben. Verder scheelt het in de kosten van opsporing en vervolging, omdat 'niet gepleegde delicten' ook niet opgespoord hoeven te worden. Ook moet de speciale preventie die het gevolg is van 'langer opsluiten' worden ingeschat. Pleegt de veroordeelde, als rationeel calculerend individu, na afloop van de plaatsing in de inrichting minder delicten? Minder dan als de veelplegersregeling niet ingevoerd zou zijn? Hoeveel scheelt dat aan schade en aan kosten van politie en justitie? De 'kwaliteit van leven' van veroordeelden verbetert als op hen de veelplegersregeling wordt toegepast. Uit cijfers blijkt dat zij maatschappelijk gezien beter functioneren. Hoe is dat op geld te waarden? Verder worden er ook nog kosten bespaard vanwege de generale preventie. Om deze besparing te berekenen moeten weer alle vragen gesteld worden naar de waardering van positieve effecten. Alle burgers die anderen voor twee jaar in de behandelinrichting zien belanden, zullen zich als rationeel calculerend individu wel twee keer bedenken om strafbare feiten te plegen. Helaas, verzuchten Van Velthoven en Moolenaar, ontbreekt het aan voldoende specifieke empirische gegevens om alle kosten en baten *precies* te kunnen berekenen.<sup>68</sup> Het is wel mogelijk om het model van de berekening te vereenvoudigen, kosten en baten voor zover mogelijk te baseren op bestaand onderzoek en krap de onbekende kosten en baten in te schatten. De conclusie is af te leiden uit de volgende tabel<sup>69</sup>:

---

<sup>67</sup> Wij parafaseren hier de pp. 33-34 uit Ben van Velthoven en Debora Moolenaar (2009) 'Loont de SOV/ISD-maatregel? Een eerste verkenning', *Justitiële Verkenningen*, jaargang 35 nr 2, pp 31-53.

<sup>68</sup> Juristen zal het opvallen dat de *morele* kosten van het langdurig opsluiten van draaideurcriminelen kennelijk in de rechtseconomie niet op geld waardeerbaar zijn.

<sup>69</sup> De tabel staat op p. 44-45 van het onderzoeksverslag.



**Tabel 1: Kosten en baten van de SOV/ISD-maatregel, per deelnemer**

	Aantal eenheden	Euro's per eenheid	Bedrag
1. Verbeterde kwaliteit van leven in jaar 3	0,35	80.000	28.000
2. Verhoogde arbeidsmarktparticipatie in jaar 3	72	75	5.400
3. Reductie criminaliteit			
a. insluiting tijdens jaren 1 en 2	18,0	82.500	1.485.000
b. specifieke preventie in jaar 3	5,1	82.500	420.750
c. generale preventie in jaren 1, 2 en 3	28,1	82.500	2.318.250
4. Effecten na jaar 3			PM
			+ -----
Totaal baten			4.257.400
Kosten tenuitvoerlegging SOV	715	208,30	148.900
Saldo baten en kosten			4.108.500

De conclusie is dat de kosten van de ISD-maatregel ruimschoots opwegen tegen de baten. Het voordeel is ruim € 4 miljoen per veroordeelde. Zelfs als de kosten veel ruimer en de baten voorzichtiger worden berekend, zal het economisch renderen.<sup>70</sup> Ondanks deze economisch positieve conclusie maken de auteurs aan het slot van het artikel nog wel enkele kritische kanttekeningen bij hun eigen onderzoek. Zo is het onzeker wat de lange termijneffecten van de veelplegersregeling zijn. Als gewenning optreedt ten aanzien van deze gedwongen vorm van opvang, dan is te verwachten dat het positieve effect deels of geheel verdwijnt.

Uit bovenstaande paragrafen over de rechtseconomie blijkt dat de afstand tussen het juridische, normatieve perspectief op artikel 6 EVRM behoorlijk verschilt van dat van een empirische discipline. De rechtseconomie analyseert de gevolgen van een juridische interventie en waardeert die gevolgen zo veel als mogelijk op geld. De kwaliteit van het juridische systeem blijkt van invloed op de economische ontwikkeling in een land en draaideurcriminelen twee jaar lang uit de samenleving houden is financieel voordelig. De rechtseconomie zegt daarmee niet dat de kwaliteit van rechtssystemen verbeterd *zou moeten* worden of dat het *dus* juridisch of ethisch gezien *goed is* dat draaideurcriminelen langer worden opgesloten. Wel zeggen rechtseconomen dat het economisch gezien goed is.<sup>71</sup> Vooral de gegevens over de opbrengsten van langdurige verwijdering uit de samenleving zijn voer voor overpeinzing door juristen. Als langdurige verwijdering zo veel oplevert, hoeveel aan rechtvaardige, op de persoon van de dader toegesneden straf mag je daar dan voor opgeven?

## 5 Terugblik

Rechtssociologie, rechtspsychologie en rechtseconomie komen op sommige punten overeen. Ten eerste kijken ze vanuit een andere discipline naar het recht en de rechtspraktijk. Ten tweede zijn het empirische wetenschappen. Dat betekent dat ze empirische vragen stellen: wat gebeurt er echt, in de werkelijkheid, in de samenleving? Derde punt van overeenstemming is dat ze vervolgens deze werkelijkheid willen begrijpen en verklaren: waarom gebeurt 'x' in de samenleving? Vierde punt van overeenstemming is dat normatieve vragen als 'is het juridisch juist?' of 'is het ethisch

<sup>70</sup> Wij parafraseren hier p. 50.

<sup>71</sup> Hoewel de impliciete aanname van de rechtseconomie doorgaans is dat economische ontwikkeling goed is voor een land, hoeft hier niet per sé een normatieve uitspraak in gelezen te worden. Conclusies kunnen daarom beter in een 'als ... dan ...' formule opgevat worden: 'als een land zijn economie wil bevorderen, dan moet aandacht worden geschonken aan de kwaliteit van het rechtssysteem'.

verantwoord dat 'x' gebeurt?' niet voorop staan. Ten vijfde gebruiken ze kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksmethoden om hun empirische vragen te beantwoorden. Zowel harde cijfers als zachte gegevens uit interviews zijn relevant. Hun onderzoeksmethoden verantwoorden ze expliciet. Door de verantwoording van de methode kan iedereen in beginsel nagaan of 'de feiten' kloppen.

De drie disciplines verschillen op het punt waar ze hun analyses en verklaringen vandaan halen. Wat bestuderen ze om de werkelijkheid van het recht te verklaren? De rechtssociologie kijkt vooral naar de invloed van het samen handelen als groep en naar de samenhang van sociale instituties in de samenleving. De rechtspsychologie let ook op de invloed van het samen handelen als groep, maar vooral op hoe psychologische mechanismen gedrag beïnvloeden. De rechtseconomie voert de verklaring doorgaans terug op het rationele, calculerende individu.

Hoewel hun onderzoek zelfstandig en op zichzelf beschouwd moet worden, zijn de drie disciplines vanuit het gezichtspunt van de jurist vooral hulpdisciplines van het recht. Ze kijken kritisch en met een buitenstaanderblik naar het recht en leveren gegevens en analyses aan, die juristen moeten aanzetten tot reflectie op de totstandkoming en werking van het recht. Empirisch onderzoek kan geen eenduidig 'ja' of 'nee' antwoord geven op de vraag of in Nederland sprake is van 'rechtsbijstand als een behoorlijke rechtspleging dat eist', of op de vraag of er een 'eerlijk proces' is als agenten en rechters onvoldoende bedacht zijn op tunnelvisie, of als draaideurcriminelen twee jaar uit de samenleving worden verwijderd. Dat zijn normatieve afwegingen die toebehoren aan disciplines als recht, rechtsfilosofie en ethiek. De waarde en kracht van empirisch onderzoek ligt in een zo objectief en controleerbaar mogelijke beschrijving en analyse van de werkelijkheid van het recht.