

# Geen blad voor de mond

AFSCHEIDSREDE DOOR PROF. MR YBO BURUMA

## De geleerde en de rechter: over het leveren van wetenschappelijk bewijs in strafzaken

DIESREDE DOOR PROF. MR YBO BURUMA

## DIESREDE EN AFSCHEIDSREDE

PROF. MR YBO BURUMA



In zijn afscheidsrede schetst Buruma de belangrijkste ontwikkelingen in het strafrecht van de afgelopen zestien jaar. Daaruit blijkt dat de manier waarop over de rechtsstaat wordt gedacht verandert en dat de rol van de strafrechter beperkter is geworden. Waar het recht is op te vatten als het geweten van de samenleving kan de

rechter dat geweten steeds minder laten spreken.

Zijn tevens opgenomen diesrede gaat over wetenschappelijk bewijs in strafzaken. De verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing ligt bij de rechter. Maar het kan gebeuren dat deze als gevolg van een verklaring van een deskundige op het verkeerde been komt te staan. Dat was het geval in de Puttense moordzaak, bij de Schiedammer parkmoord, en in de zaak van Lucia de Berk. Buruma geeft een viertal adviezen aan deskundigen om missers te helpen voorkomen.

Ybo Buruma (1955) was hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen van 1995 tot 2011. In die tijd was hij decaan van de rechtenfaculteit (2005-2007). Voorts was hij onder meer redacteur van het Nederlands Juristenblad (NJB) en Delikt & Delinkwent, annotator van de Nederlandse Jurisprudentie (NJ), voorzitter van de toegangscommissie evaluatie afgesloten strafzaken (CEAS), raadsheer-plv. bij het Gerechtshof Arnhem, en lid van diverse raden en commissies. In 2007 werd hij bevorderd tot Ridder in de Orde van de Nederlandse Leeuw. Buruma is per 1 september 2011 raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

GEEN BLAD VOOR DE MOND

EN

DE GELEERDE EN DE RECHTER: OVER HET LEVEREN VAN  
WETENSCHAPPELIJK BEWIJS IN STRAFZAKEN

## **Geen blad voor de mond**

*Rede uitgesproken bij het afscheid als hoogleraar Straf- en strafprocesrecht  
aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen  
op donderdag 25 augustus 2011*

**door prof. mr Ybo Buruma**

Vormgeving en opmaak: Nies en Partners bno, Nijmegen

Fotografie omslag: Bert Beelen

Drukwerk: Van Eck & Oosterink

© Prof. mr Ybo Buruma, Nijmegen, 2011

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd en/of openbaar worden gemaakt middels druk, fotokopie, microfilm, geluidsband of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de copyrighthouder.

### *Meneer de rector, dames en heren*

De Radboud Universiteit heeft mij veel gegeven. Zij gaf me de gelegenheid om wetenschappelijk onderzoek te doen en te participeren in maatschappelijk belangrijke onderzoekscommissies. Ik kon van gedachten wisselen met mensen uit mijn eigen wetenschap, het professionele veld en andere disciplines. Ik mocht studenten helpen de eerste stappen te zetten op het intellectuele pad. En vooral kon ik in het openbaar mijn mening geven met het gezag en de onafhankelijkheid van het aan mij verleende hoogleraarschap.

Nog één keer wil ik spreken zonder blad voor de mond. Nog één keer wil ik spreken als de hoogleraar strafrecht die zestien jaar zijn prachtvak heeft toegelicht. Het is een vak waar iedereen zich iets bij kan voorstellen: seks, drugs, moord en doodslag. Slechte mensen en hun gruweldaden waarover de nieuwsmedia berichten, fascineren ons. Even fascinerend is de opsporing die, als het aan de televisieserie CSI ligt, eigenlijk altijd goed afloopt. Alleen als je – als slachtoffer of als verdachte – zelf in contact bent gekomen met het strafrechtelijk systeem, merk je dat de werkelijkheid anders is.

Ik ben deze jaren dikwijls benaderd door media en professionals uit de wereld van het recht. Over de onderwereld van De Hakkelaar, Holleeder en Saban B., over de slachtoffers Meindert Tjoelker en Marianne Vaatstra, over het terrorisme van de Hofstadgroep, over de fraudezaken over het Clickfonds, Ahold en de bouw, over de onschuldig veroordeelden, en natuurlijk over Wilders. Herinnert u het zich nog? En u weet dat het maar een greep is.

Als ik terugkijk, dan moet ik concluderen dat de aandacht in deze jaren wat verschoven is. Onrechtmatigheden tijdens de opsporing van betrokkenen bij de georganiseerde misdaad – waar zoveel over te doen was in de tijd dat ik begon – zijn nu wat uit de publieke belangstelling geraakt. Tegenwoordig gaat het over onterechte veroordelingen en het vertrouwen in de rechtspraak. En altijd zijn er de vragen over de strafmaat en de tbs.

In de strafrechtelijke vakliteratuur ging het ook wel over de actualiteit, maar de wetenschapper probeert natuurlijk verbanden te leggen tussen al die incidentele gebeurtenissen. Er is de laatste jaren veel geschreven over de eventuele noodzaak tot aanpassing van het strafprocesrecht en over de invloed van de Europese Unie op het strafrecht. Mijn promovendi schreven over het medisch verschoningsrecht, terrorismebestrijding, straftoemeting en de rol van de rechter-commissaris.<sup>1</sup>

In deze inleiding wil ik u aan de hand van een terugblik op de naar mijn idee belangrijkste ontwikkelingen van de afgelopen zestien jaar twee dingen meegeven. Ik zal u ten eerste laten zien dat het denken over wat belangrijk is in de rechtsstaat is veranderd en ten tweede dat de rol van de strafrechter beperkter is geworden. Als we aannemen dat het recht het geweten van de samenleving is – en dat doe ik – kan de rechter dat geweten dus steeds minder laten spreken.

#### HET RECHT ALS GEWETEN VAN DE SAMENLEVING

Strafrecht gaat over zaken die ons zacht gezegd niet onberoerd laten. Wat is dat toch, dat misdaden en misdadigers ons tegelijkertijd afstoten en aantrekken? Maar als misdaad dichterbij komt, blijft er weinig fascinerends over. Het zal je maar gebeuren dat je zoon zonder reden een gebroken oogkas wordt geschopt. Angst en weerzin, nieuwsgierigheid, woede en mededogen – een groot deel van ons emotionele palet komt in het strafrecht naar voren. De professor en de rechter zijn ervoor om het hoofd koel te houden, ook als emoties hoog oplopen. Dat zijn ze gewend en ze reageren anders dan de gemiddelde medeburger. Net zoals een dokter na een ongeval geacht wordt anders te reageren dan de moeder van het slachtoffer.

Strafjuristen spreken van oudsher achteraf – als de allergrootste hitte van de zaak is. Inmiddels is dat een beetje veranderd. De media vragen sneller om transparantie van gezagsdragers en om commentaar van deskundigen. Ze vragen trouwens aan de toevallige getuige ook wat er door hem heen ging. Juist die opstapeling van commentaren op de feiten maakt het moeilijker voor de professionele strafjurist om te laten zien wat hij eigenlijk heeft toe te voegen aan de common sense.

De kern van de zaak is mijns inziens dat hij duidelijk moet maken dat hij door de juridische kant te belichten het geweten van de samenleving laat spreken. Ik maak de vergelijking van het recht als geweten van de samenleving niet lichtvaardig. De vergelijking kwam op na een van de vele gesprekken met breindeskundige collega's van de Radboud Universiteit, zoals Peter Hagoort. Ik gebruik het woord 'geweten' dan ook niet in religieuze zin, maar als aanduiding van die mechanismen in ons brein die controle op ons gedrag uitoefenen. Deze onbewuste maar aanwijsbare mechanismen vormen een actieprogramma die het individu soms richting geven (waardoor we vaak iets doen voordat we het beseffen) en soms afremmen (waardoor we niet elke impuls volgen). Een deel van deze mechanismen is genetisch aangelegd, maar ze komen tot ontplooiing door al dan niet bewuste ervaringen. Die ervaringen worden weer opgeslagen in – eigenlijk kunnen we analoog aan de werking van een computer beter zeggen: overgeschreven naar – de onbewust werkende breinprocessen. Het geheel aan aangelegde mechanismen en opgeslagen ervaringen duid ik dus aan als het geweten. Dat geheel is dan ook niet statisch en ontwikkelt zich onder invloed van nieuwe ervaringen en verlangens: u denkt echt anders over goed en kwaad dan toen u zes jaar oud was. Daarbij is het niet zo dat elke nieuwe ervaring even zwaar telt: voor een goede werking is de organisatie van het brein te belangrijk om dat te laten gebeuren. Elke nieuwe ervaring krijgt zijn plaats in een context van wat er al eerder is opgeslagen.<sup>2</sup> Tegen deze achtergrond is het volgende te begrijpen. Als we in een bepaalde situatie belanden, kan het zijn dat we intuïtief reageren, en het kan zijn dat we bewust en eventueel in overleg met anderen reageren. Niet-psychologisch geformuleerd: in dat laatste geval botst een deel van wat we uit het verleden in ons geweten hebben opgeslagen met wat we hier en nu waarnemen in de interactie met anderen.

Mijn stelling is dat het in een samenleving vergelijkbaar gaat. Misschien zijn het evolutionaire beginselen van onze soort die bijvoorbeeld voor oergevoelens omtrent schade, wederkerigheid, groepsloyaliteit, autoriteit en zuiverheid zorgen maar in elk geval hebben we in onze cultuur op die natuurlijke basis ervaringen van onze voorouders opgeslagen. Het zijn de geschiedenis van de moraal en die van het recht die onze samenleving richting geven en afremmen.

Dat dwingt me eigenlijk iets te zeggen over de relatie tussen moraal en recht, waar rechtsfilosofen zich al zo lang het hoofd over hebben gebroken. Ik houd het simpel: beide gaan over de normering van relaties tussen mensen. Recht heeft zijn grondslag in politieke instituties; moraal heeft zijn grondslag in onze (morele) emoties (waarbij door sommigen een verband met religie wordt gelegd, door anderen een band met identiteitsbevorderende groepen, en door weer anderen een relatie met onze instincten). Eigenlijk voel ik wel voor de gedachte van Ronald Dworkin dat recht een deel is van de politieke moraal,<sup>3</sup> maar laat ik het erop houden dat er een relatie tussen die twee bestaat – al is het maar in een overlappend deel, waarin de belangrijkste waarden te vinden zijn; 'gij zult niet doden' is zowel juridisch als moreel een belangrijke regel. Ik hoef er nu ook niet dieper op in te gaan, omdat het mij nu veeleer gaat om de spanning tussen deze normeringen en het democratisch debat.

In sommige gevallen zijn we niet tevreden met de stand van zaken, en dan gaat de democratie werken. Dan gaan we spreken met elkaar, hoewel we in het achterhoofd wel degelijk dat collectieve geweten hebben – het recht. Het resultaat kan zijn dat we bewust het recht veranderen door een wetswijziging. Niet elke nieuwe regel verandert dat collectieve geweten, maar bij sommige juridische veranderingen kunnen we wel degelijk zeggen dat deze het geweten van de samenleving een beetje veranderen. Of willen de ouderen onder u beweren dat u nu nog net zo aankijkt tegen iemand die in een restaurant zit te roken als dertig jaar geleden?

Het recht verhoudt zich zo bezien tot de democratie als het geweten tot de discussiërende en handelende mens. Zoals mensen onderling discussiëren met uitgesproken of onuitgesproken verwijzing naar hun morele intuïties, zo speelt in de democratie het eerder ontwikkelde recht ook een rol als moreel kompas en als rem waarmee de samenleving wordt behoed voor collectieve blunders. En zoals mensen soms niet aan fundamentele beginselen voorbij willen gaan, zo kent een democratische rechtsstaat ook grenzen die te belangrijk zijn om in de hitte van het debat zonder hapering te passeren.

Nu is het één ding om het recht als geweten voor de samenleving te positioneren. Het is iets anders om daar betekenis aan te geven met het oog op het rechtsbedrijf. Het is duidelijk dat de rechter tot taak heeft recht te spreken als een ambtsdrager die belast is met onpersoonlijke gezagsuitoefening. Hij moet primair de wet toepassen en verkeert wat dat betreft in een totaal andere positie dan burgers en politici, die het publieke debat voeren. Er zijn juristen die de vraag of een rechterlijk oordeel juist is, geheel afhankelijk maken van de vraag of de rechter procedureel correct en conform de wettelijke

regels heeft gehandeld. Ik volg echter liever Amartya Sen, die meent dat de kracht van het recht ernstig wordt ondermijnd als het resultaat van de procedure niet verdedigbaar is.<sup>4</sup> Hoezo, niet verdedigbaar? Welnu, we hoeven maar aan de Schiedammer parkmoord te denken om ons te herinneren dat een procedureel correct verhoor van de verdachte niet leidde tot een juiste verklaring. Dat geldt niet alleen voor de – soms achteraf verifieerbare – waarheidsvinding, maar ook voor het juridische oordeel. De rechter kan er niet helemaal op vertrouwen dat een juist verlopen procedure ook een juiste uitkomst heeft. Hij moet volgens mij na zijn ambachtelijke werk – waarbij hij de wet toepast conform de geldende stand van het recht – nog marginaal toetsen of de uitkomst niet volstrekt onbillijk is uit het oogpunt van diepere rechtsbeginselen. Een recent voorbeeld van een wat dat betreft juiste uitspraak is de zaak-Gäfen. Deze verdachte was bedreigd met foltering teneinde de verblijfplaats van een door hem ontvoerd (en naar later bleek vermoord) jongetje te onthullen. Dreigen met foltering is net als foltering zelf een van de ernstigste onrechtmatigheden in de opsporing. Het Europese Hof liet echter een strakke toepassing van eerder uitgezette lijnen achterwege, mijns inziens omdat die tot gevolg zouden hebben dat het juist zou moeten worden geacht een kindermoordenaar vrijuit te laten gaan.<sup>5</sup> Wij weten zelden wat rechtvaardig is, maar we herkennen onrecht tamelijk scherp en dat gevolg zou te zeer met het juridisch geweten hebben gebotst. Het gaat er dus niet om dat een rechter zijn geweten moet volgen; hij is er om recht te spreken. Maar hij moet zijn geweten nog een moment de gelegenheid geven 'ho' te zeggen als hij dat werk heeft gedaan.

Door over het recht te spreken als over het geweten van de samenleving kies ik een ongebruikelijke benadering. Door deze vergelijking realiseren we ons echter dat het recht ook in zijn allereerste beginselen onderworpen is aan verandering, en niet alleen als we het hebben over ondergeschikte regels. Zo kunnen we nadenken over de vraag of de wetswijzigingen en de rechterlijke beslissingen van de afgelopen zestien jaar meer zijn dan incidenten, of dat ook het denken over de rechtsstaat zelf is veranderd.

Ik wil u drie belangrijke strafrechtelijke ontwikkelingen voorhouden. Eerst wil ik u erop wijzen dat er een tendens is om steeds ruimere strafbepalingen te schrijven, als gevolg waarvan er steeds minder hoeft te zijn gebeurd om iemand strafrechtelijk aan te pakken en tegelijkertijd zet de – reeds door mijn ambtsvoorganger prof. mr. G.J.M. Corstensesignaleerde – tendens door om ook buiten het strafrecht sancties mogelijk te maken. Dan wil ik met u ingaan op het verschijnsel dat de rechtmatigheid van de opsporing – zeg maar de vormfouten – er steeds minder toe doet en dat nu de grote vraag is of het oordeel wel betrouwbaar genoeg is dat de verdachte ook de dader is. Ten slotte wil ik met u ingaan op het groeiende belang van de vraag wie eigenlijk wordt vervolgd en wat er dan met hem moet gebeuren.

#### DE RECHTSSTAAT EN DE STRAFWET

Het materiële strafrecht, dat wil zeggen dat deel van het recht dat gaat over de vraag wat al dan niet verboden is, heeft de afgelopen zestien jaar enkele belangrijke veranderingen ondergaan. In de rechtsstaat wordt de macht – ook de democratisch gelegitimeerde macht – gereguleerd en beperkt door het recht. Dat gebeurt natuurlijk vooral door wetten. Die leveren rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en leggen een verband met de werkzaamheden van de democratisch gekozen wetgever.<sup>6</sup>

De beroemdste toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel staat in artikel 1 Wetboek van Strafrecht: 'Geen feit kan worden bestraft dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.' In de strafrechtelijke context gaat het vooral om de beschermende functie van de wet. De rechter kan immers iemand alleen veroordelen als hij de bewezen verklaarde feiten kan kwalificeren als strafbaar feit – als ze onder een strafbepaling vallen. Lange tijd was de belangrijkste betekenis van dit beginsel dat een strafwet geen terugwerkende kracht heeft en dat het verboden is om iets strafbaar te achten louter omdat er een analogie te ontwaren is met iets wat wel wettelijk is geregeld. De rechter kan dus niet zeggen dat het strafbaar is te liegen door erop te wijzen dat in de wet valsheid in geschrifte strafbaar is gesteld. Voor die strafbaarheid is een aparte bepaling nodig, zoals we die kennen voor liegen onder ede (meineed).

In de jaren zeventig werd deze opvatting aangevuld met de gedachte dat wetten voldoende duidelijk moeten zijn om er je gedrag op af te kunnen stemmen. Dat is ook de benadering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar dat beginsel wordt beoordeeld aan de hand van het criterium of de wettelijke regeling wel voldoende foreseeable and accessible is – voorzienbaar en toegankelijk.

Ik geef eerst een voorbeeld van een weinig toegankelijke bepaling. Er bestaan belastingdelicten waarvan ik nauwelijks begrijp wat de dader verkeerd heeft gedaan. Wat te denken van de ondernemer die zijn werknemers te veel (maar wel betaald) liet werken, waardoor hij niet meer aan de eisen van een Duitse subsidieregeling voldeed? Is het dan wel redelijk van opzettelijke belastingontduiking in Nederland te spreken? Of dwaalde hij niet ten aanzien van het recht, zolang hij dacht dat zijn belastingadviseur het wel zou weten? De Hoge Raad verwierpt dergelijke verweren en volgt – tot mijn spijt – de strenge lijn die in het economische en het fiscale strafrecht al sinds de jaren vijftig wordt gevolgd.<sup>7</sup> De fijnproevers begrijpen wel waarom, want eigenlijk verlang ik in dergelijke zaken zogenaamd 'boos opzet' – oftewel dat bewezen moet worden dat verdachte wist dat hij de wet overtrad, wat normaal niet geldt en ook moeilijk te bewijzen is – en maak ik het een schurk wel heel gemakkelijk die zegt dat hij niet wist dat het verboden was wat hij deed. De prijs van de aanpak van de Hoge Raad is dat de rol van de rechter in verhouding tot die van de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie kleiner is geworden.

Dan het probleem van de onvoldoende voorzienbaarheid van strafsancities. In de afgelopen jaren zijn op dit punt twee belangrijke ontwikkelingen te signaleren. De eerste was zoals gezegd al opgemerkt door Corstens, die in zijn afscheidsrede wees op de toename

van het bestuurlijk sanctierecht. Hij waarschuwde ervoor dat het bestuur – burgemeesters, ministeries, toezichthouders – de toon gaat zetten en de strafrechter op afstand wordt gezet. Waar de toename toen vooral zat in bestuurlijke boetes in specifieke delen van het recht – het verkeersrecht, de financiële wetgeving en het milieurecht – breidt die techniek zich uit. Niet de rechter maar het bestuur legt de straf op. Het gaat daarbij niet alleen om boetes. Inmiddels kan – zoals mijn collega Henny Sackers heeft beschreven – het bestuur veel meer repressieve maatregelen nemen om strafbare feiten tegen te gaan, denk aan woningsluitingen en gebiedsontzeggingen. Er is meer aan de hand dan de enkele verschuiving van rechtspraak naar bestuur. Steeds vaker is het feitelijk niet de regel waaraan de rechter een bepaald geval toetst, maar een inschatting van een bestuurlijke functionaris waardoor wordt bepaald welke inbreuken op rechten en vrijheden mensen zich moeten laten welgevalen. Zo kan krachtens de Wet *WVOP* aan iemand die eerder politiecontacten heeft gehad, een vergunning worden geweigerd, een man die zijn vrouw heeft geslagen, kan zijn huis worden uitgezet, en een voetbalfan die zich heeft misdragen, kan worden verplicht zich tijdens de volgende voetbalwedstrijd te melden op het politiebureau. Dat een en ander aan het bestuur wordt overgelaten – in plaats van aan de rechter – is op zich misschien tot daaraan toe, maar uit het oogpunt van de voorzienbaarheid is het belangrijk te signaleren dat deze sancties bijna steeds worden opgelegd op basis van inschattingen van toekomstig gedrag.<sup>8</sup> Dergelijke inschattingen maakt de strafrechter ook wel eens, bijvoorbeeld in verband met het opleggen van een tbs, maar die sanctie heeft een uitzonderingskarakter en wordt opgelegd naar aanleiding van ernstige delicten.

De tweede ontwikkeling met betrekking tot de voorzienbaarheid betreft een aantal wetten die met erg ruime delictomschrijvingen zijn gemaakt na de terreuraanslagen van 11 september 2001, de moord op Fortuyn in 2002 en die op Van Gogh in 2004. Ik doel op de introductie en herhaalde aanpassing van de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen en die van samenspanning tot allerlei terroristische delicten.<sup>9</sup> Volgens artikel 46 Sr is nu strafbaar ‘hij die opzettelijk een voorwerp bestemd tot het begaan van een misdrijf waarop acht jaar staat voorhanden heeft’. Het was natuurlijk prachtig geweest als Mohammed B. voorafgaand aan de moord op Theo van Gogh was gearresteerd wegens het voorhanden hebben van de broodzaag. Maar... ik heb ook een broodzaag. Kunnen ze mij dan ook arresteren? Wel als ik bijvoorbeeld in een dronken bui roep dat ik zo boos op Piet of Jan ben dat ik hem wel kan vermoorden.

Aan dergelijke strafbaarstellingen voldoet men dus bijzonder snel. De wetgever geeft er blijk van een groot vertrouwen te hebben in het verstand van politie en Openbaar Ministerie. Dat is een bredere trend, die niet alleen uit de terrorismebestrijding blijkt. U bent strafbaar als u zegt: ‘He, weet je wel dat daar een bushokje staat dat nog niet kapot is.’ Dat volgt uit het nieuwe artikel 141a Sr, dat bepaalt dat u strafbaar bent als u ‘opzettelijk inlichtingen verschaft tot het plegen van geweld tegen goederen’. U kunt trouwens ook veroordeeld worden voor het medeplegen van witwassen als u weet dat

uw man zwart geld op de bank heeft staan (artikel 420bis). Nog een laatste voorbeeld van een recente wetswijziging. De mensen die hebben gekeken naar een onlangs uitgezonden, op zich decente, maar wel degelijk op sommige momenten suggestieve televisie-documentaire over Traci Lords, die vanaf haar vijftiende in pornofilms speelde, zijn volgens mij ook strafbaar. Sinds 2010 is het bekijken van een afbeelding van een seksuele gedraging ‘waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt [...] schijnbaar is betrokken’ namelijk verboden.<sup>10</sup>

Let wel: het zijn bepalingen die heel nuttig kunnen zijn om hooligans te kunnen aanpakken die elkaar per sms aanwijzingen geven, en mensen die in de drugsbusiness zitten maar dat zo slim doen dat ze nooit met drugs worden aangetroffen. En zeker het verbod op het bekijken kinderporno zal in de ogen van menigeen aanvaardbaar zijn, omdat het doel zo mooi is: de bescherming van jeugdigen.

Het is dan ook niet mijn bedoeling te stellen dat al die wetgeving verkeerd is. Het is helemaal niet vreemd dat in een democratie op zeker moment wordt besloten om zo effectief mogelijk op te treden tegen terrorisme of kinderporno. In de praktijk worden de kijkers naar de reportage over Traci Lords natuurlijk ook niet vervolgd. Maar dat neemt niet weg dat de typisch rechtsstatelijke bescherming tegen willekeurig optreden – arbitrary interferences – aan de hand van dit soort wetgeving niet sterk is. Het vertrouwen in politie en Openbaar Ministerie is in dit soort gevallen groot, want als zij besluiten iemand te vervolgen, is deze eigenlijk als gevolg van de vormgeving van de strafbaarstellingen niet in staat zich te verdedigen tegen de vervolging. De rechter wordt zo gedwongen zich op te stellen als een applausmachine.

Naar mijn mening rechtvaardigt de veranderde stijl van wetgeving een aanpassing van de rechtspraak. Zolang wetgeving tamelijk precies is, is het logisch dat de rechter zich alleen buigt over de vraag of de verdachte het feit heeft begaan en of het bewezen-verklaarde strafbaar is. Maar als ook het gewoonste – en dus gemakkelijkst te bewijzen – gedrag al strafbaar is, wordt de vraag wie wel en wie niet wordt vervolgd penibeler. Het zou mogelijk moeten zijn dat als een overijverige officier besluit actie te ondernemen tegen een kijker naar de documentaire, de rechter kan zeggen dat hij deze officier niet ontvankelijk verklaart.

#### DE RECHTSSTAAT EN DE OVERHEIDSBEVOEGDHEDEN

Dat brengt me bij de veranderingen in het strafprocesrecht van de afgelopen jaren. In de rechtsstaat betreft de kwestie van de rechtsbescherming niet alleen de kwaliteit van de strafbaarstellingen waarop de burger zijn gedrag kan afstemmen, maar ook de vraag in welke mate de overheid mag optreden tegen de burger. Dan gaat het over de opsporing, de vervolging en de berechting van strafbare feiten.

Sinds de late jaren zeventig heeft de rechter de verantwoordelijkheid op zich genomen de rechtmatigheid van overheidsoptreden te toetsen. Zo werd het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uitgesloten, bijvoorbeeld in gevallen waarin



disproportioneel was opgetreden. Bij onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (de commissie-Van Traa) bleek in 1996 dat de politie veel meer doet dan de gemiddelde jurist in die tijd dacht. Een wettelijke regeling van de opsporing werd wenselijk geacht.

Hoewel de noodzaak van regelgeving dus werd gevoeld, vond er tegelijkertijd een ontwikkeling plaats die er kort gezegd op neerkwam dat men niet langer wilde dat de rechter al te streng tegen vormfouten optrad. De rechter gaf daar gehoor aan en lijkt in de afgelopen zestien jaar de toetsing van de rechtmatigheid van opsporingshandelingen steeds minder zwaar te nemen. Versta mij niet verkeerd. Onder meer in een zaak waarin het vermoeden rees dat de politie vals speelde – door in een proces-verbaal de getapte woorden uit een telefoongesprek onjuist weer te geven – leidde dit tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Eerder leidde in een zaak tegen 22 Hells Angels de schending van de vertrouwelijkheid van de contacten tussen verdachte en raadsman tot niet-ontvankelijkheid.<sup>11</sup> Het zijn twee zeldzame voorbeelden uit de rijke jurisprudentie over de vraag hoe met vormfouten in het opsporingsonderzoek moet worden omgesprongen. De zwaarste sanctie is niet-ontvankelijkverklaring van de officier, als (kort gezegd) doelbewust tekort is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van de zaak. Daarvan is ook sprake als de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen de politie of het Openbaar Ministerie verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht.<sup>12</sup> Maar de genoemde voorbeelden – in de lagere rechtspraak zijn er iets meer en soms is er ook een ‘dodelijke’ uitsluiting van het bewijsmateriaal – doen niet af aan de conclusie dat door de bank genomen de tijden waarin boeven vrijuit gingen na schending van een vormvoorschriftje, achter ons liggen. Ik heb er overigens geen moeite mee dat – ondanks de kaders van wet en jurisprudentie – in een individueel geval moeilijk te voorspellen is of de rechter hard op onrechtmatigheden zal reageren. Het gaat er in een rechtsstaat niet om dat elke onrechtmatigheid wordt afgestraft, maar het is belangrijk dat de potentiële grensoverschrijdende functionaris – de potentiële Dirty Harry – weet dat zijn misdrijving tot gevolg kan hebben dat de zaak stuk gaat. Als rechtszekerheid betekent dat Dirty Harry weet hoever hij met onrechtmatig handelen kan gaan zonder dat dit gevolgen heeft, dan is dat immers een geperverteerde vorm van rechtszekerheid. De in een rechtsstaat gepaste rechtszekerheid voor de verdachte houdt van alles in over de vraag hoe men hem moet behandelen, maar niet dat hij er rechtens op kan rekenen dat onrechtmatig optreden van een agent altijd in zijn voordeel wordt afgehandeld.

De aldus geschetste tendens heeft zich de afgelopen jaren voortgezet: meer regels, maar minder afstraffing van vormfouten. De drang tot regulering wordt vooral bevorderd door veroordelingen van Nederland door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zo werd Nederland veroordeeld omdat een politiemann een vrouw had geholpen opnames te maken van telefoongesprekken van de advocaat die haar belaagde, zonder

dat daarvoor een wettelijke regeling werd gevolgd. Ook worden gevolgen verbonden aan uitspraken van dat Hof tegen andere landen. Zo ligt er nu een conceptwetsvoorstel over rechtsbijstand voorafgaand aan en tijdens het politieverhoor.

Ik wil hier onderstrepen dat wetgeving niet garandeert dat een rechtsstatelijk gewenste uitkomst wordt bewerkstelligd. Ik geef twee voorbeelden. Vast staat dat het geldend recht een ver doorgecomponneerd systeem van wettelijke regels geeft over de voorwaarden voor de inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis van verdachten. In de rechtspraak komen we daardoor haast geen onrechtmatige preventieve vrijheidsbeneming meer tegen. Ja, heel even – toen het over het initiatief ‘weekendje weg!’ ging, waarmee de politie geweldplegers die op vrijdagavond werden aangehouden, tot maandag in de cel hielden. Maar in het algemeen blijkt er nauwelijks een rem op te zitten. Het is niet iets om trots op te zijn dat Nederland na Turkije, Italië en Zwitserland met 36 procent het grootste aandeel aan voorlopig gehechten in detentie heeft van de Europese landen met meer dan een miljoen inwoners.<sup>13</sup> Het feit dat er regels zijn, betekent dus niet dat de overheid terughoudend is met inbreuken op rechten.

Een tweede voorbeeld. Met de voortschrijdende mogelijkheden van de opsporing rijst steeds weer de vraag of er geen nieuwe wetgeving nodig is. Anders dan ik wel van (bestuursrechtelijke) collega’s hoor, eist de rechtsstaat mijns inziens niet dat de overheid alleen maar mag optreden op grond van een wettelijke bepaling. Het kan toch niet zo zijn dat de politie in een wet zou moeten opzoeken of ze een peuk in beslag mogen nemen die naast een lijk op de openbare weg wordt aangetroffen? Of – om een wat spannender voorbeeld te nemen – waarom zou er een wettelijke basis voor moeten zijn als de politie op Facebook en Marktplaats wil kijken? De burger mag dat toch ook? Natuurlijk kan de politie door die open bronnen een tamelijk gedetailleerd zicht krijgen op iemands doen en laten. De huidige regulering van het onderzoek met behulp van digitale middelen is wat mij betreft niet fantastisch. Dat er regels zijn over de opslag van gegevens, is bijna vanzelfsprekend in het licht van rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de privacy.<sup>14</sup> Het feit dat we in Nederland dienaangaande een uitgebreide wetgeving hebben, waarin vooral de verwerking van gegevens met nauwgezette administratieve verplichtingen is omgeven, geeft de burger qua resultaat nauwelijks bescherming tegen *arbitrary interferences*, of het nu gaat om verdachten, niet-verdachten, journalisten die gegevens hebben vergaard, of bedrijven die over databestanden beschikken. De regels zitten zo in elkaar dat er enorm veel gegevens rechtmatig (al dan niet volautomatisch) kunnen worden opgevraagd, opgeslagen en uitgewisseld. Daarbij kan ondanks alle goede bedoelingen van alles misgaan. Dat beseft de rechter, als we bijvoorbeeld een schitterend recent arrest van het Hof Den Haag lezen waarin een jonge puber een zeer lichte vorm van aanranding had gepleegd. Het Hof neemt met zoveel woorden op dat het in de toekomst louter op grond van dit arrest weigeren van een afgifte van een verklaring omtrent het gedrag een inbreuk zou maken op artikel 8 EVRM en artikel 3 Verdrag inzake de Rechten van het Kind.<sup>15</sup> Het Hof neemt hiermee

naar mijn idee voorbeeldig zijn verantwoordelijkheid om door alle regels heen te kijken naar de werkelijke gevolgen van een uitspraak. Ondanks alle regels kunnen gegevens verkeerd zijn ingevoerd of zijn verouderd. Of – zoals in het voorbeeld – de oorspronkelijke context gaat verloren. Procedurele juistheid betekent dus nog niet dat er substantiële betrouwbaarheid bestaat. En dan heb ik het nog niet eens over het probleem van het verlies aan zeggenschap. De procedures met betrekking tot de kennisneming en verbetering van de inhoud van politie- en justitiebestanden en het schonen ervan lijken wel mooi, maar de individuele burger beschikt in de praktijk niet over daadwerkelijke en effectieve waarborgen tegen misbruik en fouten. Hij weet niet wat dankzij een uitbreidend stelsel van anonieme tipgevers en klikspanen over hem is opgeslagen, en kan daar ook weinig tegen beginnen.<sup>16</sup>

Zowel hetgeen ik kort aanstipte over de vrijheidsbeneming, als hetgeen ik wat uitgebreider noemde over de gegevensverwerking, beoogde te illustreren dat regelgeving niet het laatste woord moet hebben in de rechtsstaat. In de kern draait het om de faire beoordeling van het concrete geval. Dat klinkt misschien opwindend, maar het is voor iedereen evident als ik eraan herinner dat de kwaliteit van het strafrechtelijk oordeel in belangrijke mate wordt bepaald door de kwaliteit van de waarheidsvinding. We verwachten van de rechter, ook als er op een bepaald punt geen wettelijke regels bestaan, dat hij kritisch blijft op de uitkomsten van opsporingshandelingen. Zo bleek de rol van deskundigen bij de onjuiste veroordelingen van de Twee van Putten, in de Schiedammer parkmoord, van Lucia de Berk en (in iets mindere mate) Ina Post zeer groot, hoewel die rol niet precies wettelijk beschreven was. De vraag naar de kwaliteit en de betrouwbaarheid van het deskundigenbewijs heeft wat dat betreft ook tot nieuwe wetgeving geleid – en de inrichting van het zogenaamd Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen (NRGD). Het is maar zeer de vraag hoe de rechter zal omgaan met eventuele inbreuken op de regels op dat gebied. Dat doet er niet aan af dat de betrouwbaarheidskwesties nu al een uitgebreide motivering van de rechter nodig hebben. Met of zonder regels: ons geweten zegt ons dat een onterechte veroordeling een onrechtvaardige toestand oplevert.

#### DE RECHTSSTAAT EN DE EERLIJKE RECHTER

Ik heb het gehad over het materiële strafrecht en over het strafprocesrecht. In de derde plaats wil ik nog iets zeggen over de praktijk van het strafrecht. In de rechtsstaat moet iedereen zich aan de wet houden en in beginsel is het de taak van de onpartijdige en onafhankelijke rechter om die rechtsstaat te verwezenlijken. In de afgelopen zestien jaar zijn CEO's van multinationale ondernemingen, burgemeesters, rechters en zelfs Kamerleden strafrechtelijk ter verantwoording geroepen. Het is het signaleren waard dat er – wellicht met uitzondering van de nasleep van de Parlementaire Enquête naar de Bouwfraude (2002) – weinig kritiek is die erop neerkomt dat de vervolging van bepaalde personen ten onrechte achterwege zou zijn gebleven. Het tegendeel was eerder het geval, gezien de commotie naar aanleiding van de vervolging van uitingsdelicten van het in-

middels vrijgesproken Kamerlid Wilders. Tijdens dat proces raakte zelfs even uit beeld dat het ging om de moeilijke vraag naar de spanning tussen het gewichtige belang van de vrije meningsuiting (in het bijzonder van een Kamerlid) en het gewichtige belang van de bescherming van minderheden in de rechtsstaat. Zo werd tijdens mijn benoeming tot raadsheer in de Hoge Raad eraan herinnerd dat ik harde woorden heb gewijd aan het pleidooi van het Kamerlid om de Koran te verbieden, waarbij men vergat dat het mij ging om het gewichtige belang van de vrijheid van meningsuiting (van alle burgers) en tevens het gewichtige belang van de bescherming van de vrijheid van een religieuze minderheid in een pluralistische burgerlijke samenleving. Hoe dan ook, het feit dat het Amsterdamse Hof heeft beslist om het Kamerlid te laten vervolgen onderstreept dat de wet zonder aanzien des persoons wordt toegepast.<sup>17</sup>

Tegelijkertijd illustreert deze nauwelijks met andere zaken te vergelijken kwestie dat de beslissing om te vervolgen zelf al problematisch kan zijn. Al vaker ben ik in ingegaan op de problematiek van het vervolgen van flut zaken. Anders dan in de zaak van het Kamerlid gaat het dan niet om een door een rechterlijke opdracht ingegeven beslissing tot vervolging, maar om een beslissing van het Openbaar Ministerie. In de jaren zeventig is gekozen voor de zogenaamd positieve lezing van het opportuniteitsbeginsel, en dat betekent dat alleen wordt vervolgd als vervolging in het algemeen belang is. De daarmee gegeven beslissingsruimte van de officier van justitie werd slechts in uitzonderlijke omstandigheden getoetst door de rechter (hetzij op verzoek van het slachtoffer, dat meende dat ten onrechte niet was vervolgd, dan wel door de verdachte, die bijvoorbeeld meende dat hij gelet op eerdere toezeggingen juist niet had moeten worden vervolgd). Maar ook hier dook nadere regulering op, want er kwamen allerhande richtlijnen van het Openbaar Ministerie. Natuurlijk beoogden die de bevordering van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid – uitstekende doelstellingen in de rechtsstaat.

Maar die richtlijnen maakten het mogelijk de vervolgingsbeslissing uit handen te geven. Steeds vaker neemt een parketsecretaris de eigenlijke beslissing. Soms is de vervolgingsbeslissing ook het resultaat van het overleg van leden van het Openbaar Ministerie met mensen van andere disciplines die zich bijvoorbeeld (zoals de politie) bekreunen over de lokale veiligheidssituatie of (zoals de jeugdzorg) over de risico's van de betreffende verdachte. En dan is er nog de invloed op de vervolgingsbeslissing van wat eraan voorafgaat, zoals de prioriteit die de politie bereid is ergens aan te geven. Het is niet zo dat het slachtoffer een doorslaggevende stem heeft bij de vervolgingsbeslissing. Toch lijkt de indirecte betekenis van het slachtoffer wel degelijk groot. Zeker sinds de dood van Meindert Tjoelker in 1997 zijn de collectieve emotionele reacties op ernstige strafbare feiten krachtig toegenomen. Men leeft mee en verlangt stevig optreden, en gelukkig beseft de overheid dat steeds beter. Minder gelukkig is dat de vergroving van maatschappelijk optreden enerzijds en de weigering om dat te pikken anderzijds hebben bijgedragen aan een sterk toegenomen aantal aangiften van beledigingen, bedreigingen en lichte geweldsdelicten.

In die omstandigheden – van enerzijds bureaucratische invloeden op de vervolgingsbeslissing en anderzijds grotere claims van de slachtoffers dienaangaande – rijst de vraag wel of de beslissing tot strafvervolgning nu wel altijd een faire uitkomst heeft. Ook als de rechter weet dat in een geval van aangifte van een ruzie de aangever net zoveel schuld heeft als de verdachte, kan hij de officier niet vragen zijn vervolgingsbeslissing nog eens te heroverwegen. Het systeem lijkt zo te zijn ingericht dat de hardste schreeuwer gelijk moet krijgen en de rechter daar eigenlijk weinig aan kan doen.

Dat brengt me bij de bestraffing. Er zijn in die afgelopen jaren tal van blijken geweest van grotere gestrengheid. Denk maar aan het succesvolle opsluiten van stelselmatige daders, het toenemend aantal (overigens soms moeilijk inbare) ontnemingsmaatregelen, en denk aan de vervanging van de automatische vervroegde invrijheidstelling door de voorwaardelijke invrijheidstelling. Maar denk vooral aan het feit dat de straffen zwaarder zijn geworden. We hebben de feitelijke terugkeer van de levenslange gevangenisstraf gezien. Tegen geweldsmisdrijven worden de laatste tien jaar meer vrijheidsstraffen opgelegd en meer taakstraffen (terwijl de geldboetes afnamen). Zo steeg de gemiddelde duur in detentiedagen voor verkrachting tussen 2000 en 2009 met 25 procent, voor diefstal met geweld met 27 procent, en voor misdrijven tegen het leven met 9 procent.<sup>18</sup> Desondanks is er nog altijd de vraag of de rechter wel streng genoeg straft. Er ligt een ontwerp in de Eerste Kamer om de oplegging van taakstraffen te beperken bij misdrijven waarop zes jaar of meer staat en waarbij de integriteit van het lichaam is geschonden. En er is een voorontwerp minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven dat een nog verdergaande strekking heeft. Het effect zal zijn dat het belangrijk wordt of de officier een tasjesdief vervolgt ter zake van diefstal met geweld (waarop negen jaar staat) of van diefstal (waarop vier jaar staat). Weliswaar is het aan de rechter om te toetsen of hij ook vindt dat de duw die de tasjesrover gaf als schending van de lichamelijke integriteit is aan te merken, maar hij mag niet meer de doorslag geven aan de persoonlijke omstandigheid dat de betreffende dader nu net werk heeft en een woning en een vriendin – feiten die de recidivekans sterk verminderen, welk voordeel door een detentie verloren kan gaan. Uit het oogpunt van rechtvaardigheid – in de zin van proportionaliteit van de straf met de ernst van het feit en in de zin van vergelijkbaarheid met andere gevallen – staat het de wetgever natuurlijk vrij om dergelijke wetten te maken. Uit het oogpunt van de billijkheid – de eerlijkheid ten aanzien van de bijzonderheden van het geval en de persoon van de dader – wordt de strafopleggende rechter door dergelijke wetgeving wel beperkt.

Ik denk dat het juist bij ernstige delicten van belang is maatwerk te leveren. Daarbij kan zowel worden gedacht aan het belang van billijkheid in het geval waarin de verdachte in een situatie verkeert die enig mededogen oproept, als aan het belang van wetenschappelijke inzichten in het geval waarin de verdachte gevaarlijke persoonskenmerken heeft die aanleiding geven tot het zoeken naar een effectieve reactie. Dat maatwerk kan alleen worden geboden door een rechter die zich in de bijzonderheden van het geval heeft ver-

diept. Ik weet natuurlijk ook wel dat dat niet altijd zo goed mogelijk is als het klinkt – domweg door de hoeveelheid te behandelen zaken. En ik weet ook wel dat er een impuls bestaat om te zoeken naar de gelijkheid tussen gevallen – een gelijkheid die bijvoorbeeld kan worden gevonden in de toepasselijke strafbaarstelling. Maar het is het oog voor de verschillen dat de kwaliteit van de rechtspraak bepaalt, zowel bij de kwalificatie van het feit – bijvoorbeeld of iets beledigend is of niet – als bij de strafoplegging.

#### SLOT

Nog één keer wilde ik zonder blad voor de mond spreken. Ik schetste het recht als collectief geweten. En dat geweten is aan ontwikkeling onderhevig. Een ordenend principe van dat collectieve geweten is het denken over de rechtsstaat. In een rechtsstaat moet je kunnen voorzien hoe je kunt voorkomen dat je wordt gestraft door de overheid. In een rechtsstaat moet de overheid zich aan de regels houden. En in een rechtsstaat moet de eerlijke rechter jouw individuele zaak op zijn eigen merites beoordelen. Dat is allemaal bekend, maar het gaat om de invulling van die noties. En die invulling is veranderd. Ik schetste hoe de wetgever ervoor zorgt dat de rechter wordt geconfronteerd met steeds meer bepalingen waar iedereen aan lijkt te voldoen en hoe de wetgever bovendien – zowel binnen als buiten het strafrecht – een steeds grotere rol toekent aan de inschattingen van bestuurders. Ik schetste hoe het belang van de toetsing van de rechtmatigheid van het opsporingsoptreden is afgenomen. Het lijkt er echter op dat allerlei bureaucratische regelgeving de plaats van de rechterlijke controle heeft overgenomen, maar meer regulering garandeert geen betere uitkomst. Overigens is de afgenomen aandacht voor de rechtmatigheid wel enigszins gecompenseerd door de toegenomen controle ten aanzien van de vraag of de verdachte wel de werkelijke dader is. En ik schetste hoe bij de vervolgingsbeslissing en bij de bestraffing de bijzonderheden van het geval en de persoon van de dader minder aandacht krijgen, terwijl steeds meer wordt gedacht aan algemene regels. De rechter wordt niet gestimuleerd om verschillende gevallen verschillend te behandelen.

De schetsen leveren bij elkaar genomen een beeld op van een veranderende positie van de rechter. Ik zou wat dat betreft ook nog hebben kunnen ingaan op de zaak waarin de rechter zich genoopt achtte de ten uitvoer leggende functionarissen uitdrukkelijk te verbieden de door hem opgelegde vrijheidsstraf om te zetten in elektronisch toezicht, en op het Saban B.-wetje, dat erop neerkomt dat niet de rechter maar de gevangenisdirecteur het laatste woord heeft over een kortdurende schorsing van de voorlopige hechtenis.<sup>19</sup> De strafrechter lijkt minder ruimte te krijgen om in concrete gevallen zijn professionele geweten te laten spreken. Hij heeft nauwelijks ruimte om een strafbepaling niet van toepassing te doen zijn; hij ziet steeds vaker de toepassing van dwangmiddelen die 'Straatsburgproof' zijn, dat wil zeggen wettelijk afgedekt, zonder dat de toepassing ervan zo nodig lijkt; en hij wordt steeds meer gedrongen in de richting van een punitief optreden dat meer te maken heeft met 'wat er nu eenmaal altijd gebeurt' dan met de vraag of het optreden alles bij elkaar een sociaal wenselijk resultaat oplevert.

Het gaat dezer dagen dikwijls over het vertrouwen in de rechtspraak. Ik heb al eerder geprobeerd aan te geven welke invloeden op dat al dan niet tanende vertrouwen worden uitgeoefend. Vertrouwen in rechtspraak is onderhevig aan dezelfde ongemakkelijke ontwikkeling als het vertrouwen in andere gezagsdragers. De kritiek van het op zich vaak goedgeïnformeerde publiek is dikwijls niet mis, maar de verwachtingen zijn tegelijkertijd huizenhoog. Ik wil op deze plaats verder niet ingaan op de vraag of het terecht is dat de rechter minder ruimte heeft gekregen om in individuele gevallen te bezien wat de juiste uitspraak is. Het is al bijzonder genoeg om te concluderen dat die ruimte is afgenomen.

De integere zittingsrechter weet dat elke individuele strafzaak zich verhoudt tot het recht als een spelletje schaak tot de spelregels.<sup>20</sup> Hij weet dat hij de zaak conform het recht moet beslechten, maar het is de zaak zelf waar het om draait. Het is de zaak zelf die in het licht van het recht als maatschappelijk geweten moet worden beoordeeld – niet alleen in het rumoer van de ontzetting van de samenleving, de noden van het justitiële systeem, de kennis van de deskundige, de ervaring van het slachtoffer of de intentie van de dader. Het is de zaak zelf waarover we kunnen zeggen dat er al dan niet rechtvaardig en billijk is besloten. Het is de zaak zelf waarin de rechter kan laten zien dat zijn beslissing aansluit bij wat vroeger ook al belangrijk werd gevonden. Ik denk dat de rechter aan die aansluiting met het collectieve geweten meer aandacht moet schenken. Daarover moet hij minder vaak een blad voor de mond nemen.

#### DAMES EN HEREN,

Ik zei het al. De Radboud Universiteit heeft mij veel gegeven. Toen ik hier in 1995 kwam had ik slechts kennis van Nijmegen uit de verhalen van mijn vader die hier is geboren. Ik merkte onmiddellijk hoe eigen de sfeer van Nijmegen was. Ik herinner me hoe de hoogleraren Sjef Maeijer en de gebroeders Kortmann tijdens de etentjes en de hoogleraren-avonden het hoogste woord voerden en slechts te stuiten leken als Kees Groenendijk hen een stille hint gaf. Aan de zeer hartelijke sfeer moest ik even wennen, maar dat was snel gepiept. Van de ervaren rotten leerde ik dat je gezag kunt verdienen en verspelen en dat een echte gezagsdrager meer doet voor degenen die van zijn beslissingen afhankelijk zijn dan de eerste de beste manager. Tijdens mijn decanaat merkte ik overigens dat het ondanks de bijzonder goede, kleine staf die het bestuur bijstaat – ik noem slechts Arjen Peters, Petra Bouman en Bianca van Oyen – niet zo gemakkelijk is om in ons collectief van intelligente, eigengereide geesten de primus inter pares te zijn. De eerder genoemde heren zijn met emeritaat gegaan of rector geworden, maar er is een nieuwe generatie die er alles aan doet om die stevige en hartelijke sfeer te behouden. Als u dat niet gelooft moet u maar eens naar mijn goede vriend en collega Corjo Jansen kijken. Gelukkig zal ik hem en andere collega's van binnen en buiten de faculteit blijven ontmoeten, of het nu in die geheimzinnige wandelclub is, in een leesclub of in een juristenclub. En dan zal

ik horen of het komende college van bestuur net zo ijzersterk is als het huidige, of de decaan inderdaad een prachtig gebouw heeft neergezet en of Louk Hermans nog steeds zoveel mensen voor het algemeen belang van de faculteit weet te mobiliseren.

Intussen hielpen mijn strafrechtelijke makkers van het eerste uur, Ad Machielse en Henny Sackers, mij zicht te krijgen op die delen van het straf- en strafprocesrecht waar ik eigenlijk weinig van wist. Machielse schoolde mij in de wereld van de cassatie en Sackers dwong mij ieder jaar mee te werken aan de kroniek van de actuele rechtspraak. En dan was er natuurlijk ook, de collega uit het andere gebouw met wie ik op de televisie de degens kruiste, Peter Tak. Geleidelijk aan kwamen en gingen medewerkers. Gelukkig kwamen en bleven de collega's Piet Hein van Kempen en Paul Vegter. Van Kempen is mijn opvolger die nu al een hele naam heeft opgebouwd in het buitenland. En Vegter was altijd mijn noordelijke geweten: als je echt weet hoe het zit, kun je het korter zeggen.

De jonge medewerkers, de promovendi, de buitenpromovendi – het zijn er te veel om ze individueel toe te spreken en toch zou dat eigenlijk moeten. Hun werk is van doorslaggevend belang voor de hoge scores die onze faculteit krijgt in de enquêtes en in het werkveld. De hoogleraar inspireert en legt verbanden, maar het zijn de medewerkers die juristen opleiden om praktische casusposities op te lossen en die met hun promotie-onderzoek grotere onderzoeksprojecten uitvoeren. Ik ben blij dat ik een aantal van hen blijf zien in verband met de voltooiing van hun proefschrift.

Een van de nalatenschappen waar ik trots op ben is het herstel van de leerstoel criminologie. Er was nog steeds de leerstoel Forensische psychiatrie van Andries Korenbrits die mij veel heeft geleerd. Maar Nijmegen heeft ook een sterke criminologische traditie en met de komst van Jan Terpstra als hoogleraar heb ik er alle vertrouwen in dat we door kunnen gaan met onderzoek waarin juridische en sociaalwetenschappelijke componenten elkaar aanvullen.

De Radboud Universiteit heeft mij de gelegenheid gegeven om tal van buitenschoolse activiteiten te ontplooiën. Ik ga die niet allemaal opsommen hoewel ik er veel dierbare collega's en vrienden aan heb overgehouden. Uniek was het werk voor de Commissie Evaluatie Afsloten Strafbzaken. En het is een feest om nog steeds redacteur van het NJB te zijn.

Al die activiteiten heb ik slechts kunnen vervullen doordat mijn secretaresses goed voor me hebben gezorgd. Ik kan niet genoeg benadrukken hoe belangrijk Asha Parisius voor mijn werk is geweest. Haar fingerspitzengefühl welke journalist of autoriteit wel moest worden doorverbonden en welke maar even moest wachten was magistraal.

Zij was natuurlijk ook de toegang tot de studenten. Laat u niets wijs maken. Er zijn heel veel fantastische studenten. Dan denk ik niet alleen aan de studenten van het honours programma, maar juist ook aan die gewone studenten met wie ik wat meer in aanraking kwam tijdens de masteropleiding of als ze een scriptie schreven. Helaas kunnen de meesten maar korter studeren dan ik deed en is de mogelijkheid om twee studies te doen nage-noeg weggenomen. En dat terwijl rechtenstudenten de samenleving eigenlijk niks kosten.

Nijmegen heeft me veel gegeven. Toen Maria en ik hier in 1995 naar toe verhuisden was het een reusachtige stap. Ons huwelijk heeft het niet gehouden, maar ik ben haar nog altijd dankbaar voor de kans die ze me geboden heeft om naar Nijmegen te komen en niet alleen daarvoor. Ik heb hier onze kinderen Tamara, Catuja en Ybo groot zien worden; ik zie schoonzoon Erik en woonzoon Robin en mag me gelukkig prijzen. Mijn vader zit daar naast Rita. Hij is mijn altijd aanwezige raadgever. En mijn nieuwe partner Lisette Luykx ondersteunt me, nu ik op weg ga naar een nieuw leven. Wat heb ik het goed en waar heb ik het aan te danken.

1. W.L.J.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis. Een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten* (medepromotor prof.mr. W.R. Kastelein, RU 2005), SDU, Den Haag 2005; Meryem Aksu, *Straatsburgse kader. EVRM, strafrecht en terrorisme* (medepromotor prof.mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen, RU 2007), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2007; Paulien Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, Kluwer, Deventer 2009; P.A.M. Verrest, *Raison d'être. Een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces*, BJu, Den Haag 2011.
2. Onder veel meer A. Damasio, *Het zelf wordt zich bewust*, Wereldbibliotheek, Amsterdam 2010.
3. R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, Cambridge-Londen 2011.
4. A. Sen, *The Idea of Justice*, Belknap, Harvard 2009.
5. EHRM 1 juni 2010, NJ 2010, 628 m.n. Buruma.
6. Zie over deze materie ook *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*. Preadviezen van W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh (Handelingen NJV), Kluwer, Deventer 2011.
7. HR 24 april 2007, NJ 2007, 544 m.n. Buruma.
8. Zie de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen openbaar bestuur (Stb 2002, 347), de Wet tijdelijk huisverbod (Stb 2008, 421) en de Wet bestrijding voetbalvandalisme (Stb 2010, 325). Zie ook G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht, Arnhem 1995; H.J.B. Sackers, Herder, hoeder en handhaver, Nijmegen 2010; zie ook G.J.M. Corstens en W.M. Limborgh, 'Inperkingen in het rechterlijk domein', in: *De rechter in het geding* (Balkema-bundel), Kluwer, Deventer 2011.
9. De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen is geïntroduceerd en aangepast in Stb 1994, 60, Stb 2001, 675, en Stb 2006, 580 en die van samenspanning in Stb 2004, 290.
10. Aldus Stb 2009, 544. Reportage: *Traci Lords, van schoolmeisje tot pornoster*, uitgezonden door de zender SBS6 op 19 juni 2011 om 23.20 uur. In US Supreme Court 16 april 2002 (Ashcroft v. Free Speech Coalition), nr. 00-795, is de Amerikaanse bepaling ongrondwettig verklaard, die letterlijk is overgenomen (inclusief de toelichting) in het Cybercrimeverdrag en daarna in de Nederlandse wet.
11. Rb Zutphen 7 oktober 2009, NJFS 2009, 275 (Tom Poeszaak); Rb Amsterdam 20 december 2007, LJN BCo685.
12. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.n. YB; HR 29 juni 2010, NJ 2010, 440 m.n. Schalken.
13. International Centre for Prison Studies, World Prison Brief, [http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpbb\\_stats.php?area=europe&category=wb\\_pretrial](http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpbb_stats.php?area=europe&category=wb_pretrial), cijfers 30 april 2010.
14. EHRM 4 december 2008 (S. and Marper v. UK), NJCM-bulletin 2009, p. 391-406 m.n. M.G.J.M. van der Staak.
15. Hof Den Haag 21 juni 2011, LJN BQ8697.
16. Y. Buruma, 'Het recht op vergetelheid. Politieke en justitiële gegevens in de digitale wereld', in: D. Broeders, C. Cuijpers en J.E.J. Prins (red.), *De staat van informatie*, WRR/AUP, Amsterdam 2011.
17. Hof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009, 191 m.n. YB; Rechtbank Amsterdam 22 juni 2011, LJN BQ9001.
18. Frank van Tulder, 'De straffende rechter', NJB (2011) 1544-1550, en N.E. de Heer-de Lange en S.N. Kalidien, *Criminaliteit en Rechtshandhaving* 2009, BJu, Den Haag 2010, tabel 6.14.
19. Hof Den Bosch 23 juni 2009, LJN BI9150; P.C. Vegter, 'Rechter en administratie: een kwestie van vertrouwen of noodzaak tot nadere afstemming?', in: *De rechter in het geding* (Balkema-bundel), Kluwer, Deventer 2011.
20. Het beeld is van P. Ricoeur, 'The Act of Judging', in: idem, *The Just*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

## **De geleerde en de rechter: over het leveren van wetenschappelijk bewijs in strafzaken**

*Rede uitgesproken ter gelegenheid van de 88ste dies natalis van de Radboud Universiteit Nijmegen op donderdag 14 mei 2011*

**door prof. mr Ybo Buruma**

*Dames en heren,*

De verhouding tussen recht en wetenschap levert de afgelopen jaren de nodige discussie op. De recent overleden rechtspsycholoog W.A. Wagenaar sprak van 'de slapende rechter';<sup>1</sup> in *Nature* werd de staf gebroken over de statistiek in de Lucia de Berk-zaak;<sup>2</sup> en zelfs de wetgever vond dat er iets moest gebeuren aan de positie van de deskundige in strafzaken.<sup>3</sup> Zowel als hoogleraar strafrecht als in mijn hoedanigheid van voorzitter van de Toegangscommissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken heb ik me met de verhouding tussen recht en wetenschap beziggehouden. Daarom wil ik u vandaag iets vertellen over het wetenschappelijk bewijs in strafzaken en over de vraag in welke mate u – wanneer u als deskundige wordt opgeroepen – missers kunt helpen voorkomen.

Ik moet eigenlijk niet van de verhouding tussen recht en wetenschap spreken, omdat ik als hoogleraar strafrecht niet de indruk zou willen wekken dat het onderzoek dat aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid geschiedt niet als wetenschap is aan te merken. Rechters beoordelen per geval wat de juiste beslissing moet zijn. Veelal gaat het dan niet om feitelijke vragen, maar om rechtsvragen waarbij moet worden gezocht 'naar argumenten, inzichten en regels die kunnen helpen om juridische afwegingen tot een goed einde te brengen in een concreet geval'.<sup>4</sup> Academische juristen proberen verbanden te leggen tussen de vele beslissingen uit de rechtspraktijk.

Vandaag gaat het me echter wel om feitelijke vragen. Daarom doel ik, als ik vandaag over wetenschappers en juristen spreek, met de term wetenschappers vooral op empirische en andere niet-juridische wetenschappers. Vanuit die hoek worden – bijvoorbeeld door Ton Derksen en Peter van Koppen – zorgen geventileerd over de kwaliteit van de waarheidsvinding door de strafrechter.<sup>5</sup>

Het gaat dan om het bewijs dat de verdachte het door de officier van justitie tenlastegelegde feit heeft begaan. Volgens de wet komt de rechter tot een bewezenverklaring als 'hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen' (art. 338 Sv). Hij toetst daartoe de door de officier van justitie in het dossier aangedragen bewijsmiddelen door bijvoorbeeld de verdachte te vragen of hij iets echt heeft gezegd, door een getuige nadere vragen te stellen of door een deskundige zijn rapportage over sporen of over de betrouwbaarheid van een getuige te laten toelichten. Dikwijls neemt die toetsing de vorm aan van wederhoor: de verdachte krijgt de vraag wat hij te zeggen heeft naar aanleiding van de getuigenverklaring of naar aanleiding van bijvoorbeeld het op de plaats delict gevonden DNA-materiaal dat matcht met zijn eigen DNA.

De rechtspsychologen Wagenaar, Van Koppen en Crombag pleiten al sinds 1994 voor een benadering van deze toetsing via de door hen ontwikkelde theorie over '*anchored narratives*'.<sup>6</sup> Deze komt erop neer dat elk bewijsmiddel een bouwsteen voor het bewijs-'verhaal' vormt. Die bewijsmiddelen moeten worden verankerd hetzij in de reputatie van de bron dan wel in algemene kennis. Zij menen dat rechters onvoldoende de door

hen als bewijsmiddel gebruikte bronnen verankeren; ik denk dat rechters dat wel doen. De kern van dit betoog is juist de behandeling van de vraag hoe het komt dat rechters, die deskundigen inschakelen ter toetsing of ter verankering van door het Openbaar Ministerie aangedragen bewijsmiddelen, daarbij zo nu en dan mistasten.

Overigens worden deskundigen niet alleen benaderd in verband met de bewijsbeslissing. U weet ook wel, dat al van oudsher psychiaters en later ook psychologen de rechter adviseren over de toerekeningsvatbaarheid en over de op te leggen straf of maatregel. Maar de hoeveelheid zaken waarin deskundigen worden ingeschakeld met het oog op de vraag of de verdachte het heeft gedaan – bewijsvraag – is de laatste jaren sterk toegenomen. En daar zal ik het vandaag vooral over hebben. Naast toxicologen en pathologen is te denken aan de onder het dak van het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) verblijvende DNA-experts, specialisten op het gebied van drugs, computers en microsporen (zandkorrels en pollen), maar ook aan rechtspsychologen die een oordeel geven over de betrouwbaarheid van waarnemingen van getuigen.

#### HOE BELANGRIJK IS DE DESKUNDIGE VOOR DE WAARHEIDSVINDING?

Hoe belangrijk is nu de deskundige voor de waarheidsvinding in het recht? De Nederlandse rechter wordt geacht de echte waarheid te vinden. Slechts een enkeling meent nog – zoals in de jaren tachtig en negentig – dat de rechter de waarheid slechts construeert omdat er meer waarheden kunnen bestaan en dat daarom alleen de *fairness* van de procedure ertoe doet.<sup>7</sup> Een *faire procedure* sluit niet uit dat de verkeerde wordt veroordeeld. Het is wel of niet waar dat Piet de bijl hanteerde die de schedel van Harry kliefde. Pas bij de kwalificatie van de feiten – de aanduiding van het slaan met de bijl op het hoofd als moord – ontstaat er iets wat in andere domeinen de constructie van de werkelijkheid wordt genoemd. Anders gezegd: objectief bewijsbare feiten zorgen voor een kwalificerend verhaal over wat er is gebeurd.

Daarmee is niet gezegd dat we de waarheid over de bouwstenen van het verhaal over de werkelijkheid gemakkelijk kunnen achterhalen. We willen – om het jargon van Van Koppen c.s. te volgen – die waarheid verankeren. Een bijzonder probleem van de strafrechter is dat hij een oordeel over de waarheid moet uitspreken. Hij kan niet zeggen dat hij het niet weet en kan slechts in beperkte mate nader onderzoek verlangen.

Voor die verankering bestaan geen harde regels en zelfs in landen waarin bijvoorbeeld het waarheids criterium ‘*beyond a reasonable doubt*’ geldt, levert dat niet veel houvast. Terecht: enige beoordelingsvrijheid is nuttig. Het is namelijk mogelijk dat een gegeven dat wetenschappelijk weinig zegt, toch meeweegt omdat het bijvoorbeeld bijzondere betekenis krijgt in het licht van een ander gegeven. Een spoor van een oorafdruk heeft bijvoorbeeld weinig bewijskracht op zich (aangezien uit wetenschappelijk onderzoek bleek dat de betrouwbaarheid van de vergelijking van de oorafdruk met het oor van de veronderstelde donor van de afdruk niet groot is en de foutmarges op 20 tot 30 procent werden bepaald). Maar dat doet niet af aan de mogelijkheid het spoor in samenhang met ander

materiaal te gebruiken. De oorafdruk *kon* in een bepaalde zaak van de verdachte zijn en dit gegeven werd door de rechter gebruikt toen het spoor op kniehoogte werd aangetroffen en de verdachte had verklaard dat hij standaard bij zijn inbraken knielde om zijn oor tegen de deur te luisteren te leggen om te controleren of iemand thuis was.<sup>8</sup>

Rechters beschouwen bewijsmiddelen in hun onderling verband. In zoverre is er inderdaad sprake van een verhaal waarvan de verschillende bestanddelen worden verankerd, maar waarbij die verankering niet altijd per se zo stevig is als in het wetenschappelijk discours. Een deel van de verankering bestaat juist in de betrekking van de diverse bestanddelen van het verhaal op elkaar.<sup>9</sup>

Normaliter probeert de rechter het bewijsmateriaal zo goed te controleren dat hij eventuele manco's zelf op het spoor komt. Maar juist in zaken waarin deskundigen een rol spelen, blijkt dat moeilijk te zijn. ‘De geschiedenis der rechterlijke dwalingen is voor een goed deel de geschiedenis van deskundige fouten’, werd in 1924 gezegd door de rechtsgeleerde Taverne.<sup>10</sup> U herinnert zich de gynaecoloog in de Puttense moordzaak, de DNA-expert en de psycholoog in de Schiedammer parkmoord, de statisticus en de toxicologen in Lucia de Berk, maar ik zou ook kunnen noemen de schouwarts in Ina Post, of om enkele omstreken zaken te noemen die voorshands niet in een uiteindelijke vrijlating van de veroordeelde leidden: de belangrijke rol van de geurproevenexpert in de eerste Deventer moordzaak, de bodemkundige in de Drontense bosmoord en de audio- en signaalexperits in de zaak Baybasin.

#### DE KENNISKLOOF

Laat ik gelijk benadrukken dat de verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing bij de rechter ligt en niet bij de deskundige. Als het mis gaat ligt het aan de rechter. Punt. Maar het kan wel gebeuren dat de rechter als gevolg van een verklaring van een deskundige op het verkeerde been komt te staan. Rechters zijn – door de focus op het behandelen van rechtsvragen – niet gewend het beter te willen weten dan de partijen en anders te beslissen dan op voet van wat partijen naar voren brengen. Als die partijen ook niet goed weten wat ze aanmoeten met het verhaal van de deskundigen dan loopt het systeem vast. Hooguit wordt er nog eens een andere deskundige gehoord.

De wetgever heeft per 1 januari 2010 een aparte wet aangenomen over de deskundige in strafzaken. In de Memorie van Toelichting benadrukt de wetgever dat er een kenniskloof bestaat tussen juristen en wat genoemd worden ‘forensisch deskundigen’. Magistraten volgen daarom tegenwoordig cursussen over empirische wetenschap en statistiek. Omgekeerd is het de bedoeling dat deskundigen die worden opgenomen in het Nationaal Register van Gerechtelijk Deskundigen enige notie krijgen van wat rechters belangrijk vinden. Vandaag wil ik u, empirici, als potentiële forensische deskundigen iets vertellen over vier verschillende problemen die speelden in het recente verleden in de interactie tussen deskundigen en rechters. De juristen hoop ik aldus enig inzicht te geven in de problemen waarvoor de empirici staan.



### 1. *Waarom bent u eigenlijk deskundig?*

Deze eerste vraag moet u niet te licht opvatten. Rechters weten niet goed hoe ze uw deskundigheid kunnen bepalen. Zij vertrouwen in hoge mate op hetgeen de deskundige die wordt ingeschakeld te zelf daarover zeggen heeft. Daarbij speelt een rol dat naar Nederlands recht de deskundige niet primair een partijdeskundige is – voor de verdediging of voor het Openbaar Ministerie – maar een objectieve adviseur voor de rechtbank.

Er zijn voorbeelden die doen vermoeden dat de rechter wat wantrouwer mag zijn (of dat de deskundige het verzoek nog eens had moeten overwegen). U hebt waarschijnlijk gehoord van de statisticus die in de Lucia de Berk-zaak een betwiste berekening heeft gemaakt. Collega's van hem veegden de vloer met hem aan: hij was geen echte statisticus et cetera. Dat is interessant, omdat de man – een hoogleraar empirische bestudering van de strafrechtspleging – wel degelijk als statisticus is geschoold. Dat brengt me tot twee kanttekeningen. In de eerste plaats roept dit de vraag op hoe specialistisch je moet zijn. Mag een hoogleraar algemene fysica de vermoedelijke snelheid berekenen waarmee twee auto's op elkaar zijn gebotst? Ik zou menen van wel, al is er niets op tegen een specialist in de mechanica op te roepen. In de tweede plaats het volgende. Aangenomen dat de betwiste berekening in Lucia de Berk inderdaad niet gelukkig of onjuist was, dan rijst de vraag wat dit zegt over de deskundigheid in algemene zin van betrokkene. U voelt hem al aankomen: ook echte deskundigen zijn niet qualitate qua gevrijwaard van fouten.

### 2. *Wat is de vraag die u krijgt voorgelegd?*

Dat brengt me bij een tweede vraagpunt, namelijk of deskundigen zich wel voldoende realiseren dat zij in hun oordeel worden beïnvloed door de vraagstelling en de aangedragen gegevens. Ik zei al eerder dat in de strafrechtspraktijk individuele bewijsmiddelen worden getoetst (of verankerd) en dat de kracht van de samenhang van verschillende bewijsmiddelen soms belangrijker is dan die van de separate verankering. De deskundige wordt vooral ingeschakeld ter verankering van elementen van het verhaal of ter weerlegging van iets wat niet past in de samenhang en dat leidt soms tot gevaarlijke vraagstellingen.

Een voorbeeld is de onterechte veroordeling van de twee inwoners van Putten voor de moord op Christel Ambrosius. Ze hadden bekend, maar er was een probleem. Op het dijbeen van het slachtoffer was sperma aangetroffen dat niet afkomstig was van een van de verdachten. Goede raad was duur. Een gynaecoloog werd gevraagd hoe dat mogelijk was. Volgens hem kon het sperma afkomstig zijn uit eerder vrijwillig seksueel contact. Tijdens de verkrachting (door de verdachten) zou het sperma naar buiten zijn 'geslept'. De deskundige komt later op zijn verklaring terug en dat is dan aanleiding voor de inwilliging van het herzieningsverzoek. Waar het mij om gaat, is dat het mij voorkomt alsof de deskundige is gevraagd: help ons, we hebben hier twee moordenaars maar kunt u uitleggen hoe het dan mogelijk is dat er sperma van een ander is aangetroffen. Het lijkt op de psychologen in de Schiedammer moordzaak die de vraag kregen: we hebben

een pedofiel die heeft bekend en op de plaats delict was, maar de kroongetuige, het slachtoffer van de moordpoging herkende hem niet. Ze spreken van bewustzijnsvernauwing – en ironisch genoeg van tunnelvisie – als gevolg van de zogenaamde Totstellreflex. De vraag is of de sleeptheorie en de Totstellreflex ooit waren aangevoerd als er in de vraagstelling geen sprake was geweest van een krachtige verdenking.

De deskundige krijgt bovendien ter beantwoording van de vraag vaak de beschikking over bepaalde gegevens. Hij gaat er soms te gemakkelijk van uit dat verstrekte gegevens volledig zijn en kloppen. In de Lucia de Berk-zaak beschikte een toxicoloog niet over de *trend graphs* en *trend tables* waaruit bleek dat eerst een ademstilstand en vervolgens een hartstilstand had plaatsgevonden, hetgeen hem tot een andere conclusie had gebracht dan aanvankelijk getrokken. Let wel, het gaat hierbij niet om het opzettelijk achterhouden van gegevens, het gaat erom dat de vraagsteller niet uw deskundigheid heeft en zich totaal niet realiseert wat voor u allemaal van belang kan zijn. De rechter heeft in dit soort gevallen het probleem dat hij veel moeilijker dan in geval met een zich vergissende getuige kan beoordelen of u zich vergist omdat u op het verkeerde been bent gezet.

### 3. *Hoe wetenschappelijk is uw methode?*

Als u als deskundige in een strafzaak wordt ingeschakeld, is het belangrijk dat u zich de vraag stelt 'wat zou een collega van mijn aanpak vinden?'. Daar is een heel praktische reden voor. Het kan gebeuren dat een tweede of een derde deskundige zich over de kwestie buigt. Die deskundige kan ongeveer dezelfde methodes hanteren, maar ook totaal andere.

Ik heb zelf meegemaakt in een onderzoek naar de vraag of opnames van telefoontaps waren gemanipuleerd in de Baybasinzaak, dat een expert op het vlak van *audio forensics* zei dat dit in twee van de acht voorgelegde gevallen niet kon worden uitgesloten, terwijl de in dezelfde zaak optredende *expert in digital audio processing* zei dat alle gevallen verdacht waren. Een derde wetenschapper – onze eigen Bart Jacobs – schreef het gezamenlijke wetenschappelijk advies van de drie wetenschappers en dat luidde na uitgebreid heen en weer schrijven dat in twee gevallen 'enige grond voor twijfel bij de authenticiteit' van de opnames overbleef. Het rapport is uitgebracht aan mijn commissie van juristen – de TCEAS. Wij stonden toen voor de vraag hoe we 'enige grond voor twijfel' van de wetenschappers moesten waarderen met het oog op de verankering van de door de verdediging stelling dat Baybasin was veroordeeld op gemanipuleerde taps. Was 'enige grond voor twijfel' voldoende om manipulatie die graad van aannemelijkheid te geven dat er ons inziens rechtsgevolgen aan moesten worden verbonden? Dat beoordeelden we mede op grond van enkele overwegingen waaromtrent de wetenschappers geen vragen waren gesteld. De verdediging meent natuurlijk van wel (onder meer in het licht van de vrijspraak van twee mededaders in Turkije), maar wij vonden dat te ver gaan (ook omdat we manipulatie organisatorisch moeilijk denkbaar achtten). We zien hier

een voorbeeld dat wetenschappers uit drie verschillende disciplines erin slagen – zij het met moeite – om tot een gemeenschappelijk oordeel komen en dat de juristen dan toch nog een eigen beslissing nemen.

Dit was een voorbeeld waarbij een team van verschillende deskundigen ondanks de verschillen tot een gezamenlijk oordeel kwam. In andere gevallen rapporteren de deskundigen na elkaar – en soms in reactie op elkaar. Dat kan leiden tot ongezouten – en door juristen niet altijd op waarde geschatte – kritiek. Maar het komt ook voor dat de deskundigen elkaar gaan napraten en daarbij hun eigen deskundigheid verloochen. Dat gebeurde bij Lucia de Berk. Ton Derksen heeft mooi beschreven dat menige individuele arts over een van de zogenaamde slachtoffers zei dat het onverwachte overlijden een natuurlijke dood kon zijn geweest, maar dat collega Zus en Zo toch ook al had gezegd dat het gek was dat deze verpleegster bij zo veel incidenten betrokken was.<sup>11</sup> De deskundigen beseften onvoldoende dat zij daarmee de beperkingen van hun deskundigheid te buiten gingen – iets waar rechters inmiddels bijzonder streng op reageren.<sup>12</sup>

Er is nu zo veel te doen over de wetenschappelijkheid en sommige auteurs hebben zo hard gevraagd om meer wetenschappelijke vorming van rechters dat inmiddels de eerste signalen doorkomen dat rechters zelfs ietwat doorschieten. Je kunt je afvragen of diepggravende discussies over Bayesiaanse statistiek echt helpen als het bijvoorbeeld gaat om de beantwoording van de vraag of een man op een film van zeer slechte kwaliteit de man in de rechtszaal zou kunnen zijn.

#### 4. Hoe rapporteert u?

De meeste deskundigen komen niet eens bij de rechter. Doorgaans blijft de rol van de deskundige – soms zeer ten onrechte – beperkt tot die van auteur van een dossierstuk. Onze collega Andries Korebrits, de forensisch psychiater, heb ik eens horen vertellen hoe hij in het begin van zijn carrière als rapporteur verbijsterd was hoe zijn rapport van vijftig bladzijden in het vonnis terecht kwam: in twee volstrekt uit het verband gerukte citaten van elk twee zinnen. Zo gaat dat. Voordat u nu in ongeloof van uw stoel valt, moet u bedenken, dat de rechters uw rapport wel in het geheel zullen hebben gelezen, maar dat de manier waarop zij dat dan verwerken onderdeel uitmaakt van de motivering. Die houdt een jurist doorgaans zo mager mogelijk. Een wetenschappelijk artikel kan sterk zijn als vier van de vijf argumenten hout snijden; een arrest wordt vernietigd als een van de vijf argumenten geen hout snijdt. Elke zin te veel maakt kwetsbaar. De motivering in termen van verankering van het bewijsmateriaal is daarom in uw en mijn ogen soms akelig dun.

Dit neemt niet weg dat de rapportage of de mondelinge toelichting daarop soms onvoldoende worden begrepen. Dat kan twee kanten opwerken. In de Ina Post-zaak werd onvoldoende acht geslagen op de beperkingen die de deskundige zelf aanvoerde. In dat geval had de schouwarts een schatting gegeven van het tijdstip van overlijden en daarbij standaard opgemerkt dat dit een voorlopige schatting was omdat de patholoog het

preciezer kan. Pas in het kader van het onderzoek van de TCEAS bleek dat die schatting niet juist was en de check niet had plaatsgevonden. Eigenlijk vertrouwden de juristen meer op het (voorlopig) resultaat van de bevindingen van de expert dan de expert zelf. Dat illustreert dat sommige van uw conclusies zwaarder worden genomen dan u zelf veronderstelt.

Anderzijds zijn er ook voorbeelden die bij u de indruk wekken dat uw woorden toch niet worden begrepen. De statisticus Ronald Meester vertelt: “Toen ik tijdens de zitting in hoger beroep (in de Lucia de Berk-zaak) de rechter duidelijk trachtte te maken hoe statistiek werkt, en ik vertelde over het maken van berekeningen onder bepaalde hypothesen, werd ik onderbroken: ‘Mijnheer Meester, hier in de rechtszaal houden we ons niet bezig met hypothetische situaties, maar met de realiteit.’”<sup>13</sup> De strekking van mijn opmerkingen over dit vierde punt is dat rechters over de wetenschap wel degelijk heel wat te leren hebben, wat er ook zij van de eerder gemaakte opmerkingen die veeleer u uitnodigden tot reflectie.

#### DE ETHIEK VAN DE DESKUNDIGE IN FORO

Uiteindelijk beslist de rechter. Deze beslist op grond van wat de aanklager en de verdediging naar voren hebben gebracht. In de meeste strafzaken is er geen rol weggelegd voor de deskundige en wanneer dat wel het geval is, gaat het meestal goed. De deskundige helpt de rechter dan de waarde van het bewijsmateriaal in te schatten – hij biedt een anker voor het materiaal of juist niet. Soms gaat het mis. Als een verkeerde beslissing is genomen, is het vruchteloos om te gemakkelijk te spreken van ‘schuld’. Het gaat niet aan om met het oog op de schuldvraag een soort neptegenstelling te schetsen tussen juristen en wetenschappers. Het gaat erom te onderkennen dat door de verklaringen van deskundigen misverstanden kunnen ontstaan waardoor juristen op het verkeerde been worden gezet.

Dat is niet alleen een kwestie van communicatie. Deskundigen kunnen zich vergissen, krijgen leading questions of onvolledig materiaal, zijn het onderling te weinig of te veel met elkaar eens en inderdaad: soms worden ze niet begrepen. Uiteindelijk is het belangrijk dat deskundigen zich ondanks de eindverantwoordelijkheid van de rechter realiseren dat ze als deskundigen die rechter enorm beïnvloeden.

Met die wetenschap in het achterhoofd is het van belang dat u zich de ethische vraag stelt of u de verdachte die mede door u is veroordeeld in de ogen zult kunnen zien. U bent deskundig. U hebt zich niet laten misleiden door de vraagstelling of door tekorten in de gegevens. Uw methode is betrouwbaar. U hebt naar eer en geweten zo duidelijk mogelijk gerapporteerd. Maar toch. Kunt u de veroordeelde recht in de ogen zien, of bent u beïnvloed door uw eigen vermoeden van schuld? Dat is een vraag die een jurist u niet mag stellen. Het is een vraag voor u en u alleen. Nu ja, en misschien voor die sympathieke collega met wie u soms onder het genot van een biertje de diepe vragen van het leven zelf doorspreekt.

1. W.A. Wagenaar, H. Israëls, P.J. van Koppen, *De slapende rechter*, Bert Bakker 2009.
2. M. Buchanan, Conviction by numbers, *Nature* 445, 254-255 (18 January 2007).
3. Wet deskundige in strafzaken Stb. 2009, 33 i.w.tr. 1 januari 2010.
4. Ewout Jansen *Onze tijd. Wat is waar?*, Nationale denktank en Kon. Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen 2011, p. 288.
5. Ton Derksen, *De ware toedracht*, Uitgeverij Veen 2010. Derksen is emeritus hoogleraar wetenschapsfilosofie aan de Radboud Universiteit. Peter van Koppen, *Overtuigend bewijs*, Nieuw Amsterdam 2011. Van Koppen is hoogleraar rechtspsychologie aan de Universiteit Maastricht
6. H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken*, Contact 1994 (2e druk).
7. N. Huls, De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser, *R&R* (35) 2006, p. 3-7; daarover ook A.R. Mackor, Het belang van waarheid in het strafproces, *RM Themis* 2010, 245-249.
8. HR 8 juli 2008, NJ 2008, 427.
9. Ik spreek niet van schakeling, omdat het in opspraak gekomen schakelbewijs een specifieke andere betekenis heeft, namelijk dat het bewijsmiddel in de ene zaak een bijzonder gewicht krijgt in de andere zaak.
10. M.S. Groenhuijsen, Deskundigen in de aanval. Het strafrecht in de verdediging? D&D 2008, p. 936; B.M. Taverne, Iets over de plaats van aanwijzingen en rapporten van deskundigen in ons wettelijk bewijsstelsel, *Tijdschrift voor strafrecht* 1924, p. 313; J.M. Reijntjes, *Deskundigen en tegenspraak*, in F. Hutsebaut en J.M. Reijntjes, *Deskundigen en tegenspraak in het Belgische en Nederlandse strafrecht*, Wolf Legal Publishers 2007, p. 93.
11. Ton Derksen, *Lucia de B. Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*, Uitgeverij Veen, 2006, p. 175-192.
12. Hof A'dam 3 juli 2009, NJFS 2009, 182 (Holleeder); Hof Leeuwarden 31 aug 2009, BJ6451.
13. Ronald Meester, Lucia de B. en de statistiek, *Euclides* 83, 160-163 (2008).