

Lezing “De dwalende rechter”

**Lezing mr. L. Verheij, president van het gerechtshof Amsterdam, op
18 april 2011**

Op 18 april 2011 hield mr. L. Verheij tijdens een symposium een lezing met als titel 'De dwalende rechter', ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van de studievereniging JFAS ('Juridische Faculteit der Amsterdamse Studenten') aan de Universiteit van Amsterdam.

De volledige tekst van de lezing treft u hieronder aan.

Rechterlijke dwalingen

Drieduizend jaar geleden kende Israel een koning, Salomo, wiens wijsheid en rechtspraak spreekwoordelijk zijn ('Zo wijs als Salomo'; 'Salomonsoordeel').

De verhalen over hem hebben tot in onze tijd veel aanleiding gegeven tot reflectie, inspiratie en (niet te vergeten) verbeelding.

Voor mijn onderwerp kan het verhaal van Salomo ook inspiratie bieden. Het verhaal zal een aantal van u wellicht bekend zijn. Salomo is nog maar kort koning en beschouwt zichzelf als jong en onervaren, wanneer God hem in een droom verschijnt en hem uitnodigt te vragen wat hij wil, met de belofte dat het hem gegeven zal worden. Salomo vraagt niet om macht, of een lang leven of grote rijkdom, maar hij vraagt: Schenk uw dienaar een opmerkelijke geest (de Amsterdamse theoloog Deurloo en anderen vertalen wat meer letterlijk: 'een horend hart') zodat ik (...) onderscheid kan maken tussen goed en kwaad.

De uitdrukking 'een horend hart' omvat veel meer dan alleen een luisterend oor. Het vraagt om openheid en bewogenheid van binnenuit en daar is moed voor nodig, of beter: lef (leb is het Hebreeuwse woord voor hart). Deurloo merkt op dat het in de rechtspraak gaat om het talent om getuigen en partijen in wat ze zeggen dóór te hebben. Anderen koppelen het begrip aan 'hoor en wederhoor' als rechterlijke attitude.

Er volgt dan een voorbeeld van Salomo's wijsheid... in zijn rechtspraak. Twee prostituees, die bij elkaar in hetzelfde huis wonen, komen bij hem. Zij hebben kort na elkaar ieder een kind gekregen. In een nacht sterft één van die baby's, omdat de moeder erop is gaan liggen. De vrouwen twisten ten overstaan van Salomo over de vraag van wie het levende kind is. Ze hebben ieder hun eigen lezing van het gebeuren en omdat er geen getuigen zijn komt Salomo er niet uit. Dan neemt hij de rol van Oosterse despoot aan en geeft opdracht deze Gordiaanse knoop door te hakken: "Breng een zwaard, hak het levende kind in tweeën en geef hun ieder de helft."

Even later blijkt dit vonnis een tussenvonnis te zijn, want naar aanleiding van dit vonnis krijgt Salomo nieuwe informatie. De echte moeder van het levende kind – zo wordt ons verteld – kon de gedachte dat haar kind iets zou overkomen niet verdragen en riep uit: "Nee, heer, ik smeeek u, geef het kind aan haar, maar dood het alstublieft niet". De ander zei: "als ik het niet krijg, krijg jij het ook niet. Hak het maar doormidden!"

Vervolgens meende Salomo alsnog over voldoende informatie te beschikken. Hij wees het kind toe aan de echte moeder.

Enkele overwegingen van mijn kant (verbindingen met de actualiteit):

- Salomo kende niet de opvatting van o.a. prof. Peter van Koppen, die het vaststellen van feiten door rechters beschouwt als een wetenschappelijk-logische taak. Hij en anderen vinden dat juristen te weinig geschoold worden op het gebied van o.a. logica, onderzoeksmethoden en kennistheorie. Rechters moeten leren in scenario's te denken, zo menen Van Koppen en andere hoogleraren. Misschien zou Salomo van deze hoogleraren gevonden hebben dat zij er een wat verschraalde kennistheorie op nahouden. Horen met het hart is niet minder, maar meer dan alleen zintuiglijke waarneming en wetenschappelijk-logische activiteit;

- Salomo beschikte niet over de mogelijkheid om via DNA-onderzoek te laten vaststellen wie de echte moeder was. Er waren ook geen gedragsdeskundigen die hem konden waarschuwen voor de mogelijkheid dat de ene vrouw een sociaal-intelligent antwoord op het tussenvonniss gaf en de andere vrouw (de moeder) al dan niet als gevolg van een ernstige geestelijke stoornis precies het tegenovergestelde daarvan. Laat staan dat er statistici in de buurt waren die hem konden voorrekenen hoe groot de kans was dat een dergelijk nachtmerriescenario zich zou voordoen. Maar - ieder nadeel heeft zijn voordeel –hij werd daardoor ook niet geconfronteerd met deskundigen die hem op grond van hun wetenschap achterlieten met geheel tegenstrijdige adviezen, waaruit hij in zijn wijsheid dan maar moest kiezen;

- het zou zo maar kunnen dat Salomo het scenario van een sociaal intelligent antwoord van de ene vrouw en een ernstige geestelijke stoornis bij de moeder niet in zijn overwegingen heeft betrokken.

Het zou ook zo maar kunnen dat wij, als we op de publieke tribune hadden gezeten – alle betrokkenen horend en de non-verbale interactie ziende – geen moment zouden hebben getwijfeld aan de juistheid van Salomo's beslissing.

Met het voorgaande in het achterhoofd besteed ik aandacht aan:

- Rechterlijke dwalingen;
- Een diagnose;
- Een voorgestelde remedie;
- Kanttekeningen bij die remedie;
- Wat doen rechters eraan en wat zouden ze moeten doen.

Rechterlijke dwalingen

Wat te verstaan onder een rechterlijke dwaling? We hebben het dan, wat mij betreft, over een uitspraak waarvan achteraf met zekerheid komt vast te staan dat die onjuist is.

Het kan daarbij gaan om een veroordeling van een onschuldige of een vrijspraak van iemand die schuldig is.

Bij rechterlijke dwalingen is het net als bij het verdwalen van mensen in een vreemde stad. Dat kan komen doordat iemand je de verkeerde richting heeft gewezen. Die persoon kan dat onopzettelijk doen, in de overtuiging dat hij je de goede weg wijst. Hij kan ook lichtvaardig denken de door jou gevraagde bestemming wel te kennen, terwijl dat optimisme niet gerechtvaardigd is. Als hij zijn beperkingen niet onderkent, kan hij je op een dwaalspoor brengen. Het kan zelfs voorkomen dat iemand je bewust en te kwader trouw de verkeerde kant opstuurt.

Het kan natuurlijk ook komen doordat je jezelf niet goed georiënteerd hebt. Je dacht het wel te weten en hebt geen kaart of routeplanner gebruikt, misschien ook niemand de weg gevraagd. En zo zijn er nog wel meer redenen denkbaar waardoor een mens kan verdwalen. Welnu: in de rechtspraak is het net zo. Soms wordt je als rechter door politie, justitie, een getuige, een deskundige of anderszins onbewust op het verkeerde spoor gezet. Soms ook bewust. Maar ook is denkbaar dat de rechter zelf bepaalde relevante informatie over het hoofd ziet, een denkfout maakt, gebrekkig waarneemt of bijvoorbeeld last heeft van 'confirmatie vooroordeel' (confirmation bias). In het vervolg heb ik het vooral over het aandeel van de rechter.

Hoe vaak?

Hoe vaak komen rechterlijke dwalingen voor? Dat weten we niet. Wel weten we steeds meer over valkuilen en risico's bij rechterlijke oordeelsvorming. We weten ook dat er geen enkel rechtsstelsel in de wereld is waarin rechterlijke dwalingen uitgesloten zijn. Rechterlijke oordelen zijn waarschijnlijkheidsoordelen.

Vorig jaar kwamen twee rechterlijke dwalingen vast te staan: de zaak Lucia de Berk en de zaak Ina Post. De laatste zaak dateerde uit 1987, de eerste uit 2004.

Twee zaken uit een periode van 17 jaar. Er zijn er meer bekend, maar anders dan wel eens wordt gesuggereerd kun je moeilijk volhouden dat het om grote aantallen gaat.

Gaat het om een groot maatschappelijk probleem? Aan rechters wordt nog wel eens de gezondheidszorg voorgehouden (als het gaat om zaken als specialisatie, onderzoeksmethoden e.d.): welnu, in november 2010 kwam uit onderzoek¹ naar voren dat in ons land in ziekenhuizen jaarlijks ca. 2000 (potentieel) vermijdbare sterfgevallen plaatsvinden (en een veelvoud aan vermijdbare incidenten met blijvend letsel als gevolg). Ruim vijf vermijdbare sterfgevallen per dag.

Dan kun je moeilijk volhouden dat we met twee definitief vastgestelde rechterlijke dwalingen in 2010 raken aan een enorm maatschappelijk probleem. Ook in mondiaal verband bezien zijn er geen aanwijzingen dat we het in Nederland verhoudingsgewijs slecht doen. Rechtspsycholoog Peter van Koppen die onlangs zijn nieuwste boek *Overtuigend Bewijs (Indammen van rechterlijke dwalingen)* schreef -ik kom zo nader over dat boek te spreken - zegt ervan: dat boek is positief bedoeld. Hij wil erin laten zien hoe we in Nederland "van een 8 naar een 9,5 komen"².

Ik zeg dat niet om het fenomeen te bagatelliseren. Elke rechterlijke dwaling is er één teveel. En hoewel we er nooit in zullen slagen om het aantal rechterlijke dwalingen tot nul te reduceren, hebben we de verantwoordelijkheid om al het mogelijke te doen om van gemaakte fouten te leren en herhaling te voorkomen.

Maar van het voorbeeld uit de gezondheidszorg kunnen we wel leren dat de praktijk heel weerbarstig kan zijn. Voordat we elkaar al te snel en te lichtvaardig naar aanleiding van incidenten een (vertrouwens)crisis in de rechtspraak aanpraten, is het goed om eerst de zaken weer in dat wat bredere perspectief te zien.

¹ rapport 'Monitor Zorggerelateerde Schade 2008' (www.nivel.nl)

² NRC, Wetenschapsbijlage 5 februari 2011

Een diagnose

In het najaar 2010 verscheen van prof. Ton Derksen het boek *De Ware Toedracht* (Praktische wetenschapsfilosofie voor waarheidszoekers) en in het voorjaar 2011 van prof. Peter van Koppen *Overtuigend Bewijs* (Indammen van rechterlijke dwalingen). "De 'grootste handicap' van rechters is dat zij rechten gestudeerd hebben. Ze zien door de bomen van het eigen juristenbos niet meer welke werkelijkheid zij bestieren³", zo meent Van Koppen. En Ton Derksen: "omdat rechters (doorgaans) geen empirisch wetenschappelijke opleiding hebben, volgen ze ongemerkt alledaagse regels van waarheidsvinding. Die regels werken in het leven van alledag heel aardig, maar in de strafrechtcontext schieten die regels tekort"⁴.

Beide hoogleraren menen dat rechters in scenario's moeten leren denken. Van Koppen : "De kern van het rechterlijk bewijswerk is het waarderen van scenario's⁵". De analyse van het bewijs moet wetenschappelijk verantwoord tot stand komen en rechters begrijpen dat niet, aldus Van Koppen.

Hij spreekt ook nog over een misverstand over het werk van rechters, namelijk dat het in het strafproces niet gaat om wat er werkelijk gebeurd is. Dat zou volgens hem bijvoorbeeld Marc Loth vinden. Die schreef, zo citeert hij: 'In het institutionele kader van het strafproces gaat het om de (beperkte) vraag of *deze* verdachte *dit* verwijt kan worden gemaakt, niet om de vraag wat er gebeurd is en wie daarvoor verantwoordelijk is⁶' (cursiveringen van mij, LV). "Hier wreekt zich dat veel juristen geen kennis hebben van wetenschapsfilosofie", aldus Van Koppen.

³ idem

⁴ Vgl. *De Ware Toedracht*, voorwoord, pg.8

⁵ Een scenario is een verhaal dat een deel van de werkelijkheid beschrijft (*Overtuigend Bewijs*,pg.48)

⁶ NJB, 2009, 1142-1147

M.i. maakt hij in die reactie twee forse uitglidders:

1. Een uitglijder op het gebied van de *logica*: dat veel juristen geen kennis hebben van wetenschapsfilosofie betekent immers niet zonder meer dat Marc Loth die kennis ook niet zou hebben. Veel is immers niet hetzelfde als 'alle', zoals Van Koppen zelf in zijn weergave van de opvatting van Popper betoogt met het bekende voorbeeld van de witte zwanen ("We kunnen eindeloos witte zwanen waarnemen, maar dat maakt de theorie 'Alle zwanen zijn wit' nog niet geldig⁷"). En waarom zich hier iets 'wreekt' is al helemaal niet duidelijk, gelet op het navolgende.

2. Een uitglijder in *strafrechtelijke* zin. Ik probeer dat duidelijk te maken met een voorbeeld. Stel: drie mensen plegen gezamenlijk een overval op een juwelier. Ze hebben vooraf afspraken gemaakt over een taakverdeling en over de verdeling van de buit. Eén staat op de uitkijk, één beschikt over een vuurwapen om mee te dreigen en zo nodig te schieten en de derde zal zich bezighouden met het feitelijk wegnemen van de kostbaarheden. Tijdens de overval wordt daadwerkelijk geschoten en de juwelier komt om het leven. Voor de rechter proberen de verdachten zoveel mogelijk elkaar de schuld in de schoenen te schuiven en het eigen aandeel zo klein mogelijk te maken. Daarbij wil degene die op de uitkijk stond slechts als medeplichtige ('ondergeschikt hulpje') worden beschouwd en niet als medepleger (volledig medeverantwoordelijk), hetgeen van invloed zou zijn op de strafmaat. De schutter krijgt van beide anderen het verwijt dat de afspraak was dat alleen in geval van nood geschoten zou worden en nu heeft hij volgens de beide anderen – in strijd met die afspraak – geschoten, terwijl van een noodsituatie geen sprake was. Daar willen zij niet verantwoordelijk voor worden geacht. Of nog anders: de heren verschillen van mening over de vraag wie geschoten heeft, wie op de uitkijk stond etc.

Wie iets weet van het leerstuk van medeplegen, weet ook dat dergelijke verweren weinig kans van slagen hebben. En dat het er uiteindelijk in strafrechtelijke zin helemaal niet toe doet wie er geschoten heeft en wie er op de uitkijk stond. Alle drie zullen zij in zo'n situatie voor volledig mededaderschap worden veroordeeld. Dit is nu zo'n voorbeeld van wat Loth bedoelde met die beperkte strafrechtelijke vraagstelling in het 'institutionele kader van het strafproces'.

⁷ Overtuigend Bewijs, pg. 74

Het voorbeeld illustreert het gelijk van Marc Loth. Het misverstaan wordt niet veroorzaakt door gebrekkige kennis bij Marc Loth van wetenschapsfilosofie; mogelijk wel door gebrekkige kennis bij Van Koppen van het strafrecht. Dat laatste is overigens geen schande (het is zijn vak niet), maar enige bescheidenheid zou hem in dezen wel sieren.

Overigens is Van Koppen niet erg consequent, als hij zelf schrijft: "Opgemerkt zij dat het onterecht vrijspreken van een verdachte niet een rechterlijke dwaling is⁸. Bij twijfel moet de rechter nu eenmaal vrijspreken. Als Van Koppen ons voorhoudt dat het in het strafproces moet gaan om wat 'werkelijk gebeurd' is dan geldt dat toch net zo goed voor een (onterechte) vrijspraak als voor een (onterechte) veroordeling? Slachtoffers en nabestaanden hebben toch ook belangen? Of heeft Van Koppen hier opeens oog voor wat Loth noemde het 'institutionele kader van het strafproces' en de 'beperkte vraag' die daar aan de orde is?

Een remedie

Zoals gezegd: zowel Ton Derksen als Peter van Koppen pleiten ervoor dat rechter in scenario's leren denken. En daarbij moeten we niet te snel stoppen, wanneer gevonden bewijsmateriaal één scenario (vaak dat van de Officier van Justitie) ondersteunt. In het verleden (1992, in hun boek Dubieuze Zaken) spraken Crombag, Van Koppen en Wagenaar over bewijs in strafzaken als gevonden bewijsmateriaal dat past in een 'goed verhaal', dat 'met behulp van een verzameling feiten....stevig in de werkelijkheid verankerd moet worden'. Het verhaal moet wel 'volledig en consistent' zijn. Derksen merkt daar nu over op dat verankeren niet meer is dan het aangeven van positief bewijsmateriaal⁹ en dat de genoemde schrijvers met hun advies voor een 'goed verhaal' voorbij gaan aan de noodzaak van discriminerend bewijsmateriaal (past het bewijsmateriaal beter bij het eigen scenario dan bij het andere scenario). Ook Van Koppen zelf geeft nu aan dat de destijds voorgestelde theorie

⁸ Overtuigend Bewijs, pg. 15

⁹ De Ware Toedracht,pg. 79

(verhaalsbenadering) slechts over een deel (het verificatiedeel) van de bewijsbeslissing gaat¹⁰. Hij merkt op sindsdien altijd het gevoel te hebben gehouden dat 'een aantal essentiële stappen in de manier waarop met verhalen bewijsbeslissingen kunnen worden gemodelleerd, nog niet erg geslaagd was'. Hij zoekt de oplossing in de vorm van scenario's die met elkaar concurreren. En bewijsmiddelen dienen ertoe om onderscheid te maken (te discrimineren) tussen scenario's. Hier gaat het om het falsificatiedeel van bewijzen. Je zou hier kunnen spreken van voortschrijdend inzicht. Daar is niets mis mee – in tegendeel – maar het illustreert wel dat voorzichtigheid met aan de rechters aangedragen theorieën op zijn plaats is.

Van Koppen zegt 'aan te sluiten bij de rationele traditie in de westerse maatschappij'¹¹.

Maar, absoluut bewijs bestaat niet. Het gaat altijd om een waarschijnlijkheidsoordeel. Van Koppen zegt het zo: 'alle bewijs, elk bewijsmiddel kent onzekerheid'. Hij zegt het wel heel curieus: "Behalve de moord van Adam op Eva (welke moord bij mijn weten nimmer heeft plaatsgevonden, maar dat terzijde, LV) bestaan er geen zaken met absoluut bewijs.

Hoe komen we nu het dichtst bij de waarheid?

Via de ratio (wetenschappelijklogische benadering), zo wordt rechters voorgehouden.

De impliciete vooronderstelling lijkt te zijn dat langs wetenschappelijk weg verkregen kennis de meest betrouwbare is. Dat doet me denken aan een televisiereclame van een aantal jaren geleden, waarin een man in witte jas in een laboratorium ons een bepaald merk tandpasta aanprijst: 'wetenschappelijk bewezen dat dit goed voor ons is'. Die reclame ging er kennelijk van uit dat er een groot geloof is in 'de wetenschap'

¹⁰ Overtuigend Bewijs, pg 36

¹¹ A.w. pg 17: Wij hebben een voorkeur voor een rationele, op causaliteit en functionaliteit gebaseerde inrichting van het strafrecht

Nu geeft prof. Derksen zelf aan dat ook onze alledaagse waarheidsvinding behoorlijk effectief kan zijn. Gelukkig maar: ver voordat de mensheid iets van (de theorie van) de zwaartekracht wist, konden mensen er al aardig mee omgaan. Ze wisten dat een baksteen die je uit je handen laat vallen naar beneden valt, evenals een kostbare vaas en anders dan (vaak) een veertje. En als het om vormen van kennis gaat: iemand kan een schier onuitputtelijke kennis hebben van muziek of beeldende kunst zonder ooit enige wetenschappelijk opleiding te hebben gehad. Er zijn mensen met heel veel mensenkennis zonder ooit gedragswetenschappen te hebben gestudeerd, zoals er ook wel mensen zijn die psychologie of pedagogiek hebben gestudeerd, maar bij het opvoeden van hun kinderen of in hun omgang met volwassen mensen grote problemen kennen. Ik plaats hierna een aantal kanttekeningen bij de opvatting dat het vaststellen van feiten in het strafproces een wetenschappelijk -logische taak is waarvoor de rechter niet is opgeleid¹² en bij het kennelijk grote vertrouwen in de ratio.

Kanttekeningen bij remedie

- Eerst maar over enkel andere disciplines. Hoe doen die dat in de praktijk? Van Koppen doet het voorkomen alsof psychologen die uitspraken doen over de psychische toestand van individuele patiënten, dit doen op basis van wetenschappelijk onderzoek¹³. Dat lijkt me zeer aanvechtbaar, zeker als dit gebeurt op basis van (therapie-)gesprekken en gevalideerde testen. Dan lijkt toch eerder sprake van *toegepaste* wetenschap (althans dat mag je hopen) dan van wetenschapsbeoefening zelf. Het voorbeeld van de (huis)arts maakt het nog duidelijker. Die verricht in een consult van 10 minuten echt geen wetenschappelijk onderzoek om tot zijn diagnose te komen. En vaak is dat maar goed ook!

¹² Aldus W.A. Wagenaar, Vincent plast op de grond, 2e druk, pg.227

¹³ Overtuigend Bewijs, pg .21

Onlangs vertelde een bekende politicus in een interview hoe zijn huisarts bij een eerste bezoek onmiddellijk aan de juiste diagnose dacht, dankzij het feit dat hij eenmaal eerder in zijn praktijk een geval met vergelijkbare verschijnselen had gezien.

Als hij eerst een uitvoerig (wetenschappelijk) onderzoek had verricht zou dat vrijwel zeker de dood van betrokkene tot gevolg gehad hebben.

- Hoe is dat met de strafrechter? Wel, ook die zal – en dat geldt zeker voor de politierechter die op dezelfde dag mondeling uitspraak doet – veelal geen wetenschappelijk-logisch traject doorlopen. Niet 'de wetenschappelijke methode' (wat dat in casu ook moge zijn) hanteren. Hij zal het moeten hebben van zijn parate kennis, ervaring, analytisch vermogen, mensenkennis, praktische wijsheid, het vermogen om goed te luisteren (zeg maar: 'luisteren met een horend hart'). Iets soortgelijks geldt in veel gevallen voor de meervoudige strafkamer. Het voordeel daar is: drie weten meer dan een, zij zien en horen meer dan een, kunnen elkaar kritisch bevragen etc. Impliciet zullen zij dikwijls aan vormen van (gedeeltelijk) scenario- denken doen, al dan niet scenario's die door partijen zijn ingegeven. Als het goed is, vindt men dat in de bewijsmotivering (of soms in een vrijspraakmotivering) terug. In veel zaken is deze impliciete vorm toereikend, maar waar ligt de grens?

- Laat er geen misverstand over bestaan: bij de selectie van rechters wordt 'analytisch vermogen' van groot belang geacht. Een rechter moet bovengemiddeld in staat zijn: complexe gegevens te overzien, informatie op een inzichtelijke manier te ordenen, een vraagstuk te ontleden, onderscheid te maken tussen hoofd - en bijzaken, tussen oorzaak en aanleiding, relevante gegevens te verzamelen en mogelijke oorzaken van problemen op te sporen. Vraag is echter of het gebruik van dat analytisch vermogen steeds even methodisch en expliciet moet zijn, in plaats van geïntegreerd en impliciet.

- Nu hebben wetenschappers uit diverse vakgebieden, waaronder de

rechtpsychologie en de wetenschapsfilosofie, rechters veelvuldig voorgehouden dat er talloze valkuilen zijn, waar rechters bij hun oordeelsvorming voor moeten oppassen. Om er een paar te noemen:

- *confirmatie vooroordeel* (confirmation bias): de neiging om bevestigende informatie zwaarder te laten wegen dan ontkrachtende en derhalve ook meer op zoek te gaan naar bevestigende informatie (tunnelvisie);

- *geloofsvolharding* (belief perseverance) : onze neiging om te blijven geloven in een eenmaal ingenomen standpunt, ook al krijgen we sterk 'bewijs-tegen' onder ogen;

- *selectieve perceptie*: je neemt niet alles waar, maar selecteert (bewust of onbewust) en er zijn diverse factoren die met name die onbewuste selectie beïnvloeden;

- *cognitieve afsluiting* (cognitive closure): de neiging om te vroeg te stoppen met onderzoek, omdat we ons al overtuigd achten;

Het gaat hier om zaken waar iedereen last (of soms gemak) van heeft. **Iedereen**, ook wetenschappers zelf dus! En dat doet vermoeden dat ook de aangedragen oplossing van het scenario denken geen panacee is. Voor alle duidelijkheid: dat beweert ook niemand, maar het is goed om dat 'geloof' niet op kousenvoeten te laten binnensluipen.

Iedere rechter met enige ervaring heeft wel meegemaakt dat in een zaak twee deskundigen (van gelijke of verschillende discipline) tot een geheel of gedeeltelijk tegenstrijdig advies komen. "*Onder verklaring van een deskundige wordt verstaan zijn bij het onderzoek op de terechtzitting afgelegde verklaring over wat zijn wetenschap en kennis hem leren omtrent datgene wat aan zijn oordeel onderworpen is...*" (art. 343 W.v.Sv). Welnu, het komt nogal eens voor dat die *verklaringen* uiteenlopen. Ik herinner me nog goed de eerste keer dat ik als voorzitter van de meervoudige strafkamer meemaakte dat op verzoek van het OM respectievelijk de verdediging twee hoogleraren psychologie zich hadden gebogen over de verklaringen van twee minderjarige meisjes, die mogelijk incest-slachtoffer waren. U raadt het al: de 'verklaringen' van de beide

hoogleraren stemden niet bepaald overeen.

De beide door mij genoemde boeken (van Derksen respectievelijk Van Koppen) bieden een ander voorbeeld. Beide auteurs besteden in hun boek aandacht aan de zgn. *Deventer moordzaak*. Prof. Derksen voert in zijn betoog over 'het gevecht om de waarheid tussen alternatieve scenario's' deze zaak enkele malen als voorbeeld ten tonele. Enerzijds besteedt hij aandacht aan onderzoek naar gevonden DNA-sporen. Hij spreekt van een goed voorbeeld van scenariodenken bij een van de onderzoekers, die 'bewust zocht naar discriminerend bewijsmateriaal' en daarin succesvol leek te zijn ten gunste van het standpunt van het OM (het schuldig-scenario). Vervolgens maakt Derksen melding van een onderzoek, twee jaar later, door een hoogleraar die wel DNA vond in een controlemonster waarin de eerdere onderzoeker het niet gevonden had. Nu was er niet langer discriminerend bewijsmateriaal ten gunste van het *schuldig*-scenario, maar juist ten gunste van het *onschuldig*-scenario¹⁴.

Een ander onderwerp waarmee Derksen het belang en de waarde van het denken in scenario's probeert te illustreren is de vraag vanaf welke plaats de verdachte Louwes om 20.36 uur heeft getelefoneerd met het slachtoffer. Het mobieltje van Louwes had contact gehad met een basisstation in Deventer. Volgens het OM toonde dit aan dat hij op dat moment in de directe omgeving van de woning van het slachtoffer was. Louwes voerde echter als alibi op dat hij belde van een afstand van ca. 25 kilometer. Onder uitzonderlijke omstandigheden blijkt dat mogelijk te zijn. In een boeiend, om niet te zeggen fascinerend betoog¹⁵ zet Derksen de diverse scenario's tegenover elkaar. Hij zegt het uiteindelijk niet heel expliciet, maar onmiskenbaar proeft men een voorkeur van zijn kant voor een onschuld-scenario. Hij *ziet* "redenen om te geloven dat Louwes niet de

¹⁴ De Ware Toedracht pg 80,81

¹⁵ A.w., pg. 91 - 105

*moordenaar is*¹⁶”.

Prof. Van Koppen besteedt in zijn boek ook aandacht aan deze zaak¹⁷. Hij doet dat in de context van de rol van de deskundige, die – wil hij de rechter kunnen helpen – de scenario’s moet onderzoeken die de rechter moet afwegen en een oordeel moet geven over de rol van het onderzochte bewijs bij elk van die scenario’s. Van Koppen vermeldt dat geruime tijd nadat Louwes opnieuw was veroordeeld het DNA-onderzoek verder werd uitgebreid. Op voorstel van de deskundige van het NFI werd op een andere manier onderzoek gedaan naar bewaarde nagels van het slachtoffer. Het zgn. Y-chromosomaal DNA-profiel van de nagels kwam overeen met dat van Louwes. Van Koppen: “*Dat is mede bewijs voor zijn daderschap omdat slachtoffers zich nogal eens voor hun dood verzetten en op die manier DNA van de dader onder de nagels krijgen*¹⁸”.

Een les uit het vorenstaande zou kunnen zijn dat de kracht van scenario denken, evenzeer als bij alledaagse waarheidsvinding mede bepaald wordt door onder meer de kwaliteit van verricht vooronderzoek en de vraag of in dat vooronderzoek geen zaken over het hoofd zijn gezien. Tel daarbij op dat ook de waarnemingen die tijdens dat vooronderzoek zijn gedaan, of daaraan ten grondslag liggen, gekleurd kunnen zijn door dezelfde zaken als in alledaagse waarneming (confirmatie vooroordeel, geloofsvolharding, selectieve perceptie, cognitieve afsluiting en nog heel wat andere zaken, zoals de theoriegeladenheid van waarnemingen en de mindset van de onderzoeker of getuigen). Al met al is het dan niet zo verwonderlijk dat rechters veelvuldig met tegenstrijdige adviezen van deskundigen worden geconfronteerd of dat over het uiteindelijke oordeel verschillend wordt gedacht.

Nog één aspect wil ik noemen. De Nijmeegs hoogleraar Ap Dijksterhuis schreef enkele jaren geleden zijn boek *Het slimme onbewuste* (met als ondertitel:

¹⁶ Idem als noot 10, alsmede a.w. pg. 185

¹⁷ Overtuigend bewijs, pg. 230-234

¹⁸ A.w. pg. 233 (cursivering LV)

Denken met gevoel). Daarin schrijft hij onder meer over het belang van het onbewuste bij bepaalde vormen van besluitvorming. Hij maakt melding van het feit dat het onbewuste 11,2 miljoen bits (waarnemingen, informatie) kan verwerken en het bewustzijn slechts 60 bits¹⁹.

Elders merkt hij op dat "je meestal een beslissing of een oordeel kunt verbeteren door er meer tijd aan te besteden". Maar hij vervolgt met de opmerking dat dit niet hetzelfde is als 'er meer over na te denken'. Je kunt namelijk op twee manieren meer tijd besteden: door bewust na te denken, of door er letterlijk of figuurlijk een nachtje over te slapen (rechters leggen een concept beslissing wel eens even in de kast om er een dag of wat later met frisse blik weer naar te kijken). Hij beschrijft onder meer experimenten met de keuze van posters, waarbij een deel van de proefpersonen moest kiezen zonder nadenken, terwijl aan anderen werd gevraagd uitgebreid na te denken. De proefpersonen die nauwelijks nadachten maakten de beste keuze (waren achteraf meer tevreden met hun keuze). "Als je nadent ga je deels andere argumenten gebruiken dan de argumenten die je zonder nadenken zou gebruiken, en die andere argumenten kunnen zorgen voor een slechtere keuze", aldus Dijksterhuis²⁰. Zonder veel nadenken ga je in bepaalde gevallen vooral op je gevoel af, terwijl veel nadenken ertoe leidt dat argumenten die verbaliseerbaar zijn, belangrijker gemaakt worden dan ze in feite zouden moeten zijn , zo betoogt hij.

Ik moest hierbij denken aan de veel voorkomende situatie waarin de rechter getuigenbewijs moet waarderen (kan hij op een bepaalde verklaring wel of niet afgaan). Veel rechters zullen met mij de ervaring hebben dat het in een aantal gevallen moeilijk is om de overtuiging dat een getuige (on)betrouwbaar is goed onder woorden te brengen (te rationaliseren). Niet voor niets wordt dat ook maar in beperkte mate van de feitenrechter gevraagd.

Ook de graficus M.C. Escher, bij velen bekend om zijn wiskundige werk, had weet van de relativiteit ervan en verbeeldde dat indrukwekkend.

¹⁹ Ap Dijksterhuis, Het slimme onbewuste, 9^e druk, pg 33

²⁰ A.w. pag.116

Hij spreekt van denkbeelden die zich niet onder woorden laten brengen, denk-`beelden' die voor anderen alleen verstaanbaar worden als men er een af-`beelding' van maakt. Nog weer een voorbeeld van de beperkingen van rationaliteit en verbaliseerbaarheid van dingen.

Kunnen kansberekening , waarschijnlijkheidsargumentatie en/of statistiek ons uit de brand helpen? Ik moet me beperken en volsta met de opmerking dat ik ook daar weinig vertrouwen in heb. Van Koppen besteedt aandacht aan het zgn. Bayesiaanse model. Het gaat om een regel uit de kansrekening waarmee de kans op een gebeurtenis kan worden bepaald, uitgedrukt in voorwaardelijke kansen. Volgens hem is het model gebaseerd op een naïef en onjuist idee van bewijzen in strafzaken²¹. Er kan niet worden gerekend met bewijsmiddelen, omdat aan bewijsmiddelen nooit getallen kunnen worden toegekend²². Een van de grondleggers van de waarschijnlijkheidsrekening was de Franse wis- en natuurkundige, filosoof en theoloog *Blaise Pascal*. Van hem is de beroemde uitspraak: 'Het hart heeft zijn eigen redenen, waar de rede niets van weet'. Hij geloofde dat de ratio niet steeds en onder alle omstandigheden voor de meest betrouwbare kennis zorgt.

Wat doen rechters om rechterlijke dwalingen te voorkomen en wat zouden ze moeten doen?

Vooraf na het bekend worden van de dwaling in de Schiedammer parkmoordzaak is binnen de rechtspraak heel wat nagedacht over de vraag hoe dergelijke rechterlijke dwalingen te voorkomen. Er zijn tal van cursussen, en soms symposia./congressen georganiseerd, waarin de inbreng van de rechtspsychologie, wetenschapsfilosofie en andere deskundigheden aan bod kwam. Nagedacht is over de communicatie tussen deskundige en rechter (ze spreken immers van nature `verschillende talen'). SSR, het opleidingsinstituut voor de rechterlijke macht, heeft naast de aanpassing van bestaande cursussen en de ontwikkeling van nieuwe cursussen, onder meer een Summercourse `rechterlijke oordeelsvorming' opgezet, waarin een veelheid aan relevante

²¹ Van Koppen, a.w. pg 207

²² a.w. pg. 226

onderwerpen de revue passeert.

Ik juich die ontwikkeling toe en bepleit een versterking en versnelling ervan.

Concreet bepleit ik:

- (opnieuw²³) de instelling van een apart lectoraat Rechterlijke Oordeelsvorming²⁴ bij SSR. Dat lectoraat zou een spilfunctie moeten vervullen tussen de inbreng van externe deskundigen (hun publicaties), het debat daarover binnen de rechtspraak en de verwerking ervan in cursussen, congressen/symposia en professionele ontmoetingen;
- de oprichting van een of meer expertgroepen Rechterlijke Oordeelsvorming, waarvan deel uitmaken experts uit de kringen van rechtspraak, OM, advocatuur, politie(academie), alsmede deskundigen uit de diverse wetenschappelijke disciplines die aan goede rechterlijke oordeelsvorming kunnen bijdragen. Deze expertgroepen hebben onder meer een klankbord- en adviesfunctie ten aanzien van de genoemde lector rechterlijke oordeelsvorming. Zij spelen ook een rol bij reflectie naar aanleiding van vastgestelde rechterlijke dwalingen (welke lessen; wat betekent dit voor de opleiding);
- een gerichte en intensievere bijdrage vanuit de verschillende leerstoelen rechtspleging, onder meer aan het wetenschappelijk debat met wetenschappers uit andere vakgebieden;
- de instelling van een apart (basis)vak Rechterlijke Oordeelsvorming in de initiële opleidingen tot rechter, met verdiepings-leerlijnen in de vervolgfase, alsmede cursussen en professionele ontmoetingen op masterniveau (in het basisvak maakt men kennis met kennistheoretische en rechtspsychologische aspecten van rechterlijke oordeelsvorming, alsmede aspecten van omgang met deskundigen en diverse forensische deskundigheidsgebieden).

²³ Eerder deed ik dat bij gelegenheid van mijn installatie als president van het Gerechtshof Amsterdam op 18 maart 2008

²⁴ Dit lectoraat zou zich niet moeten beperken tot het strafrecht

Uit die voorstellen mag u afleiden dat ik de inbreng van uit andere vakgebieden van belang acht en dikwijls waardevol, terwijl ik tegelijkertijd van mening ben dat rechters die inbreng niet onkritisch voor 'zoete koek' tot zich moeten nemen