



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Strijd om strafrechtelijke waarheid: inbreng van buiten blijft nog wel even belangrijk

Kaptein, H.J.R.

Citation

Kaptein, H. J. R. (2009). Strijd om strafrechtelijke waarheid: inbreng van buiten blijft nog wel even belangrijk. *Expertise En Recht*, 2009(3), 53-61. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13981>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13981>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Strijd om strafrechtelijke waarheid: deskundige inbreng van buiten blijft nog wel even belangrijk

Naar aanleiding van 'Overtuigde rechters: strafrechtjurist Tineke Cleiren over de aanval op de rechters', NRC Handelsblad 28 juni 2008 en C.P.M. Cleiren, 'Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding: overwegingen over belang en risico's van private "deskundigen"-inbreng', Strafblad 2008, p. 272 e.v.

1. Inleiding

Als bekend is de aanhoudende kritiek op de kwaliteit van waarheidsvinding in de strafvordering nogal eens ongezouten, in ieder geval sinds Crombag c.s. (1992) de discussie in Nederland op gang brachten. In juristenkringen werd het boek weggehoond ('pulp', schreef de redactie van nota bene het *Advocatenblad*). Later werd alsnog duidelijk dat er iets ernstig mis was en is. Recentere zaken als de Puttense zaak, de Schiedammer parkmoord en de zaak van Lucia de B. hebben nog meer stormen van kritiek op het strafrechtsbedrijf losgemaakt. Weer werd die kritiek aanvankelijk gebagatelliseerd, weer wordt steeds duidelijker dat er iets moet gebeuren. Wellicht wordt in kringen van rechtswetenschap en praktijk wel eens vergeten dat de kern van de kritiek van 'de buitenwacht' even simpel als klemmend is: te veel onschuldigen verdwijnen achter de tralies. Al zou het maar om enkelen gaan – hetgeen overigens niet zonder grond wordt betwist – dan is die opsluiting van hen die dat niet verdienen schending van een fundamenteel, of misschien wel het eigenlijk fundamentele, strafrechtelijk rechtsbeginsel, gepositieerd of niet: geen straf zonder schuld. Als bekend suggereerden Crombag c.s. dat het om honderden mensen gaat. Alleen al gegeven de *dark number*-problematiek zal dat nooit precies vast komen te staan. Hoe dan ook, één onschuldige achter de tralies is er al één te veel. 'Maar strafrechtspleging is en blijft toch mensenwerk?', wordt daarop gesteld. Zeker, maar juist daarom is straf tegen onschuldigen geen noodlot maar een schandaal.

Daar komt nog bij het overwegend belang van of eigenlijk het fundamentele recht op vrijwaring van straf tegen onschuldigen, vergeleken met schade door vrijwaring van straf voor strafwaardigen, voor zover dergelijke rechten en belangen al te vergelijken zijn. Ofwel: vrijwaring van straf tegen ook maar een enkele onschuldige door strikte eisen aan strafvorderlijk bewijs is nogal wat belangrijker dan mogelijk nadeel door strafwaardigen die door dergelijke strikte eisen de dans zouden kunnen ontspringen. Aan de ene kant staat het fundamentele mensenrecht van verdachten en rechtsgenoten in het algemeen om niet onschuldig te worden veroordeeld. Aan de andere kant staat het publieke belang bij voldoende straf in het algemeen, maar ook niet meer dan dat. Straf tegen onschuldigen daarentegen is ultieme ontrecting, en dient dus te worden voorkomen met alle daartoe strekkende middelen. Dat behoort dus ook en zonder enige kwalificatie te betekenen: *in dubio pro reo*, of zelfs, in ieder geval voor het OM: *in dubio abstine*. Strafvorde-

ring is geen twee-partijstelsel, naar analogie van de civiele rechtsvordering, natuurlijk afgezien van de ook hier complicerende rol van de derde 'partij', de benadeelde.

Cleiren behandelt dan ook een buitengewoon actueel en belangrijk onderwerp, dat nog wel even publieke aandacht zal trekken. De onbetwistbare verdienste van haar bijdrage is in ieder geval dat zij 'vanuit de sfeer van strafjuristen' ingaat op kritiek 'van buitenaf' op strafrechtelijke waarheidsvinding en rechtspleging. Zij gaat uit van de volgende vraag: welk belang kunnen private partijen dienen in relatie tot de strafrechtelijke waarheidsvinding en welke risico's zijn daaraan verbonden? Die private partijen zijn geleerden en anderen die zich bemoeien met strafrechtelijke waarheidsvinding. Cleiren noemt hen 'deskundigen' en stelt hun benaming consequent tussen aanhalingstekens. Moet de overheid gevolgen trekken uit risico's verbonden aan inbreng door die 'deskundigen'? (p. 273). Haar uitgangspunt is: 'De overheid heeft het monopolie op de waarheidsvinding in het strafrecht.' (p. 272). Haar conclusie is dan ook: er moet beter worden nagedacht over de wijze waarop de overheid zich moet verhouden tot 'deskundigen' (p. 284). Maar toch: het optreden van die 'deskundigen' bevindt zich op de grens van het overheidsmonopolie op de waarheidsvinding. Dat maakt een alerte en responsieve houding van de justitiële organen wenselijk (p. 285). Cleiren is dus nogal sceptisch over bijdragen door de buitenwacht aan strafrechtelijke waarheidsvinding. Hoe voorzichtig ook verwoord, toch ademt haar bijdrage de sfeer van: laat ons met rust, wij kunnen het zelf wel, al die 'deskundigen' en hun twijfels over al dan niet gedane strafzaken zijn niet goed voor het publieke vertrouwen in de strafrechtspleging. Daarmee staat zij in een lange traditie van juristen die menen dat al dan niet geleerde niet-juristen aan het rechtsbedrijf weinig hebben bij te dragen, afgezien van min of meer marginale strafvorderlijke rollen voor forensisch deskundigen. Overigens maakt zij geen duidelijk onderscheid tussen forensisch deskundigen in hun rol als getuigen en anderen die wetenschappelijke bijdragen leveren aan de strafvordering, of dat ten minste proberen. Ook hier wordt dat onderscheid niet gethematiseerd, in ieder geval niet ten ongunste van welke wetenschappelijke bijdrage aan de strafvordering dan ook.

Hier zal worden betoogd dat de uitgangspunten en de conclusies van Cleiren ten gronde misplaatst zijn, zo niet gevaarlijk voor onschuldige verdachten en gestraften en de burgerij in het algemeen (zie voor eerdere kritiek

* Dr. H.J.R. Kaptein is universitair hoofddocent rechtsfilosofie Universiteit Leiden.

op Cleiren in ieder geval Derksen, 2008a, Nijboer, 2008 en Wagenaar, Israëls & Van Koppen, 2009). Al haar beweerdelijke strafrechtelijke waarheidsmonopolie voor de overheid vindt geen steun in het geldende recht. Rechtsdogmatisch en rechtstheoretisch is een dergelijk monopolie hoe dan ook onaanvaardbaar (§ 2). Gronden van bemoeienis met strafzaken door externe 'deskundigen', uiteenlopend van *bona fide* misslagen tot kwade trouw in kennelijk verkeerde strafvorderlijke feitenvaststelling ten ongunste van onschuldigen blijven bij Cleiren volledig buiten beschouwing (§ 3). Verzet van de 'interne', de juristen, tegen bemoeienis 'van buiten' wordt ook ingegeven door het in de bijdrage van Cleiren evenmin gethematiseerde juristenmisverstand dat zij van feiten en argumentatie met betrekking tot feiten net zo goed op de hoogte zijn als van recht en juridische argumentatie. Alleen dat al maakt inbreng van 'deskundigen' of eigenlijk vakgeleerden die van feiten aantoonbaar meer weten hard nodig (§ 4). Ook is bij Cleiren niets te lezen over de staatsrechtelijk en anderszins onaanvaardbare eenzijdigheid van het Openbaar Ministerie ('scoringsdrift') en de bewijsrechtelijke en andere gevolgen daarvan ten ongunste van verdachten en anderen (§ 5). Evenmin komt aan de orde het vraagstuk van delegitimatie van strafdoelen tegenover het onbetwiste belang van vrijwaring van straf voor onschuldigen. Alleen al die asymmetrie moet verleiden tot grote voorzichtigheid met strafvorderlijke feitenvaststelling (§ 6). Cleiren stelt dat inbreng 'van buiten' niet goed is voor het vertrouwen in de strafrechtspleging. Het is omgekeerd: vertrouwen in de strafrechtspleging kan alleen worden hersteld als rolbewuste officieren van justitie, rechters en andere strafjuristen de deuren voor deskundigen openzetten. Het probleem is niet alleen het vermeende monopolie in waarheidsvinding, maar met name het vermeende juristenmonopolie in recht en waarheid in het algemeen (§ 7).

2. Wie heeft het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding? Niet de overheid maar de werkelijkheid

Inderdaad stelt Cleiren: 'De overheid heeft het monopolie op de waarheidsvinding in het strafrecht.' (p. 272). Nijboer heeft over die stelling al eerder de staf gebroken (2008, p. 146):

'Een juridisch monopolie lijkt mij een onjuist uitgangspunt: wat zou er ooit rechtvaardigen dat waarheidsvinding, lees: feitenonderzoek en bewijs, uiteindelijk geen vrije zaak zou zijn? Dat past bij totalitaire regimes, maar zou onze Nederlandse rechtspleging wel in een heel raar daglicht stellen.'

In de lijn van Nijboer valt nog meer tegen het monopolie in te brengen. De strekking van het monopolie kan hoe dan ook niet verder gaan dan dat de strafrechter uiteindelijk bepaalt wat rechtens als feit heeft te gelden en wat niet. Want wet noch recht houdt in dat het OM (al dan niet beschouwd als onderdeel van de uitvoerende macht) een dergelijk monopolie heeft. Dat heeft het niet in de vaststelling van feiten, zelfs niet in de vinding er van en evenmin in exclusieve voorstelling van feiten aan de rechter. Dat kan Cleiren ook niet hebben bedoeld, want het zou onder andere betekenen dat de strafrechter

niets mag doen met feiten en omstandigheden die hem ter kennis worden gebracht door anderen, verdachten inclus. (Wél heeft het OM natuurlijk een monopolie als het gaat om opsporingsbevoegdheden, waaronder in ieder geval dwangmiddelen.)

In de strafvordering gaat het immers om de materiële waarheid. Wat daaraan binnen de perken van wet en recht kan bijdragen, moet dus ook kunnen worden meegewogen. Het ideaal is natuurlijk dat het OM de feiten verzamelt, en die zodanig aan de rechter presenteert dat die – al dan niet op tegenspraak van de verdachte – kan vaststellen dat klopt wat het OM stelt. Maar zo werkt het natuurlijk niet (nog daargelaten de mogelijkheid dat officieren van justitie en rechters te kwader trouw onwaarheid spreken en schrijven, zie verder daarover § 5). Inbreng van buitenstaanders kan dus gewenst en zelfs noodzakelijk zijn (nog afgezien van de rol van getuigen-deskundigen). Zij mogen minder én meer dan het OM. Zij hebben geen eigen opsporingsbevoegdheden, maar zijn ook niet gebonden aan de beperkingen er van en mogelijke afrekening van overtredingen in termen van art. 359a Sv (tenminste, zolang zij onafhankelijk van politie en justitie optreden, zie daarover ook Cleiren, p. 274 nt. 4).

Cleiren kan dus hooguit stellen: de strafrechter stelt de feiten vast. Eigenlijk klopt zelfs dat niet. Een ongetwijfeld algemeen bekende anekdote kan dat verduidelijken.

Voor politierechter Abspoel (te Amsterdam) stond een kennelijk nog niet al te ervaren advocaat, die dan ook zei: 'Mijn cliënt is onschuldig!' Daarop Abspoel: 'Bodel Oppakken die advocaat, we hebben de dader!' De verbouwereerde advocaat kreeg kort gelegenheid voor een laatste verweer: 'Hoe komt u daarbij?! Ik ... (etc. etc., al dan niet naar de omstandigheden van het geval).' Daarop Abspoel: 'Maar ik hoorde u toch zo even beweren dat uw cliënt, de verdachte, onschuldig is? Dat kunt u toch alleen maar zeker weten als u beschikt over zekere kennis die verdachtes daderschap uitsluit? En die kennis kan toch alleen maar zijn gebaseerd op uw eigen daderschap, gegeven het feit dat u er niet bijstond toen uw cliënt het niet deed?' De advocaat had zijn lesje geleerd, Abspoel liet hem lopen.

De feiten vaststellende strafrechter doet het nogal eens niet beter dan de arme advocaat. Want hoe weet de rechter dat de verdachte schuldig is? Hij heeft er zelf toch niet bijgestaan, nog afgezien van de onvermijdelijke indirectheid van elk oordeel over opzet en schuld? Alleen op grond van een ontwijfelbaar alibi kan de rechter vaststellen: de verdachte moet onschuldig zijn, want hij kan het niet hebben gedaan. (Waarbij een alibi wordt opgevat als ontwijfelbare weerlegging van een feitelijke vooronderstelling van de tenlastelegging, bijvoorbeeld: x kan y niet hebben gedaan want dat vooronderstelt z en aangetoond is dat niet-z, waarbij strafvorderlijk zelfs voldoende kan zijn dat het OM al dan niet in naïviteit stelt: niet-z, zie daarover uitgebreider Kaptein, 1997 en Kaptein, 1999).

Dus dient de strafrechter praktisch altijd te stellen: gegeven alles dat tot mij is gekomen en voor zover niet zodanig onrechtmatig verkregen dat het gegeven art. 359a Sv toch niet mag meedoen moet ik er van uitgaan

dat de tenlastelegging wettig en overtuigend is bewezen (alles natuurlijk afgezien van andere strafrechtelijke beperkingen aan mogelijke veroordeling). Zou hij stellen: dit en dat is gebeurd, dan verdient hij het net zo goed als Abspoels advocaat om te worden opgepakt of ten minste berispt. Dergelijke voorzichtigheid heeft overigens niets te maken met al dan niet amateurrelativistische twijfels aan objectieve vaststelbaarheid van de (historische) werkelijkheid. Die kunnen hier buiten beschouwing blijven.

Die noodzaak van rechterlijke bescheidenheid ten opzichte van de werkelijkheid hangt samen met een even wezenlijk als te vaak vergeten verschil tussen strafrechtelijk bewijsrecht en een tenminste tot voor kort gangbare opvatting van civielrechtelijk bewijsrecht in termen van partijautonomie. Samengevat: strafrechtelijk bewijsrecht dient te zijn gebaseerd op historische werkelijkheid en waarheid. Strafrechtelijk bewijsrecht moet de kans dat met eerbiediging van rechten en belangen van alle betrokkenen de historische waarheid over de tenlastelegging aan het licht komt zo groot mogelijk maken. (Van waarheidsvinding in voorfasen van het strafproces wordt hier afgezien, al is duidelijk dat ook die waarheidsvinding moet uitgaan van de historische werkelijkheid.) Civielrechtelijke feitenvaststelling zou voor de lijdelijke rechter geen kwestie zijn van eigen onderzoek naar de historische (en in schadezaken eventueel toekomstige) werkelijkheid, maar een kwestie van waardering van autonome bijdragen van betrokken partijen, naar de regels van bewijslastverdeling en andere regels van rechtsvordering. Dan gaat het minder om een bovensubjectieve werkelijkheid als grondslag van geschillenbeslechting en meer om de bewijsposities en met name bewijsnoden van betrokken partijen (zie over die verschillende opvattingen van bewijsrecht en bewijs Kaptein, 2009).

Bewijs wordt dan 'het beste verhaal', voor een lijdelijke strafrechter, in plaats van zelfstandige vinding en vaststelling van de historische waarheid door een inquisitoire rechter. Bijvoorbeeld: als het OM met een goed verhaal komt en de verdachte zwijgt, dan gaat de rechter mee met het OM, natuurlijk mits is voldaan aan puur juridische eisen van bewezenverklaring. Risico's van drogredelijke beroepen op onwetendheid (*ad ignorantiam*) worden dan op de koop toe genomen. Verdachten kunnen immers onschuldig zijn zonder dat zij dat zelf kunnen bewijzen. Wat niet bewezen is, is daarom nog niet onwaar.

In het civiele model van de partijautonomie kan de rechter stellen: eiser dan wel verweerder heeft mij overtuigd van zijn versie van de feiten ter zake en daarmee is de kous af. De rechter heeft dan immers zelf niet te maken met enige werkelijkheid ter zake in het geding. Die laat hij over aan partijen. In de strafvordering is een dergelijk bewijsrecht niet aanvaardbaar, niet alleen op grond van de juridische en feitelijke machtsongelijkheid van betrokken partijen.

Dergelijke 'proceduralisering' van bewijsrecht wordt nu zelfs in de rechtsvordering door de wetgever een halt toegeroepen, met name door de waarheidsplicht van art. 21 Rv (sinds 2002). Ontwikkelingen in de strafvordering lijken eerder op valse 'juridisering' van bewijsrecht, in strijd met enige historische waarheid (zie voor meer

daarover Kaptein, 2009). In uiterste consequentie zou het leiden tot de ongerijmdheid van Scalia's standpunt over de verhouding van de feiten en het recht (zie *Hererra v. Collins*, [506 US 390] 1993):

'Mere factual innocence is no reason not to carry out a death sentence properly reached.'

'Des te erger voor de feiten', ook al kost het onschuldige levens? Toch laat de praktijk zien dat te veel strafrechters én uitgaan van een dergelijk 'civiel' model en overigens ook nog stellen dat zij zeker weten wat is gebeurd, als hadden zij er toch zelf bij gestaan. Misschien kijken die rechters te vaak naar televisieversies van Anglo-Amerikaanse terechtzittingen en vergeten zij bovendien dat zelfs in de Anglo-Amerikaanse strafvordering de *public prosecution* ook rekening moet houden met de rechten en de belangen van verdachten.

Dergelijke 'civilisering' van strafrechtelijk bewijsrecht lijkt de onuitgesproken achtergrond van het beweerdelijke overheidsmonopolie op strafrechtelijke waarheidsvinding. Partijautonomie betekent immers ook dat de 'lijdelijke' rechter zich moet beperken tot de inbreng van 'partijen'. Nog afgezien van het gegeven dat het OM geen partij is (zie daarover § 5) doen verdachten dan kennelijk niet mee.

Wie of wat is nu eigenlijk de enige echte monopolist in strafvorderlijke waarheidsvinding, gegeven de noodzaak van bevestiging, weerlegging of tenminste verwerping (bij gegronde twijfel) van de tenlastelegging op grond van feiten van het geval? Niemand en niets anders dan de historische werkelijkheid zelf. Dit gegeven is dan ook het ultieme argument tegen het staatsmonopolisme in strafvorderlijke waarheidsvinding volgens Cleiren. Bentham zou een dergelijk monopolie *nonsense on stilts* noemen. Als bekend stelde hij dat strafvorderlijke en andere juridische waarheidsvinding niet door regels dient te worden gehinderd – vandaar *anomism* als betiteling van zijn opvatting – zolang rechten en belangen van alle betrokkenen voldoende worden geëerbiedigd (zie Bentham, 1812, Bentham, 1827 en daarover onder andere Twining, 1985 en Kaptein, 2009). Benthams opvattingen gaan ver, maar zonder de geest er van is er geen strafrechtspiegeling op grond van de feiten van het geval.

3. Gronden en grenzen van bemoeienis door deskundigen en 'deskundigen'

Bijdragen 'van buiten' aan waarheidsvinding in de strafvordering moeten dus alleen af op die fundamentele grond worden toegejuicht. Er is geen monopolisme dan dat van de feiten zelf en wie dan wel wat behulpzaam kan zijn bij de verheldering daarvan hoort welkom te zijn. Maar Cleiren pareert: 'deskundigen' zijn niet goed voor het vertrouwen in de officiële strafrechtspiegeling. Ook dat argument gaat niet op. Bedoeld zal zijn dat de rechtsgenoten er op moeten kunnen vertrouwen dat de autoriteiten recht doen op grond van de feiten van het geval en dat het daarom niet aangaat om de autoriteit van die autoriteiten voortdurend in twijfel te trekken. Dat is het paard achter de wagen gespannen. De autoriteiten dienen vertrouwen immers in de eerste plaats te verdienen door te doen waarvoor zij in het leven zijn geroepen en dat is wederom niets anders dan: het recht

toepassen op de feiten van het geval. Blijven zij daarin in gebreke en worden zij daarop door 'deskundigen' aangesproken, dan kunnen zij bezwaarlijk antwoorden: bemoei je er niet mee want anders ondergraaf je onze autoriteit. Het antwoord had moeten zijn: wij gaan beter ons best doen. Tenminste, zolang niet is aangetoond dat de kritiek van 'deskundigen', onder wie nogal wat echte deskundigen, geen grond heeft.

Ook die suggestie van ondeskundigheid is bij Cleiren te bespeuren, al was het maar omdat zij 'deskundigen' inderdaad consequent tussen aanhalingstekens stelt. Zij heeft natuurlijk gelijk in de vaststelling dat er kaf is tussen koren van forensisch vakmanschap. Maar het lijkt de vraag of die consequente 'zogenaamdheid' of misschien wel ironisering tenminste in retorisch opzicht wel zo wenselijk is. Een internationaal vermaard wiskundige als Richard Gill (een van de mensen achter de petitie ten gunste van herziening in de zaak van Lucia de B., 2-11-2007) zal een dergelijke betiteling 'wel grappig' vinden, valt te vrezen, en tegelijkertijd denken dat dergelijke juristen echt niet meer dan onwetenschappelijke praatjesmakers zijn, die hun gebrek aan wetenschappelijkheid verhullen achter de schijn van waardigheid van juridische complexiteit.

Toch laat een zaak als die van Joran van der Sloot en het verdwenen meisje te Aruba goed zien wat fout kan gaan als 'deskundigen' zich bemoeien met nog niet afgesloten strafzaken (voor zover er al een strafzaak tegen Joran van der Sloot was). Het publieke effect van de mediale (en ook nog met een *Emmy Award* bekroonde) bemoeienis van Peter R. de Vries c.s. leidde in ieder geval tot informele maar daarom niet minder ernstige schending van de onschuldpresumptie. (*Pre)trial and punishment by media* is natuurlijk zonder meer ongewenst. Hetzelfde geldt voor de ongetwijfeld goedbedoelde maar daarom voor de 'klusjesman' nog niet gunstige inzet van Maurice de Hond ten gunste van de onschuld van Louwes in de Deventer moordzaak: 'Ik ben er van overtuigd dat de klusjesman de dader is' (aldus De Hond), is onvoldoende verwijderd van 'De klusjesman is de dader'. Daarmee maakt De Hond dezelfde fout van vooringenomenheid – gegeven onvoldoende overtuigend bewijs voor zijn stelling – die hij justitie en de rechterlijke macht verwijt. Dergelijke mediale bemoeienis is inderdaad niet goed voor het publieke vertrouwen in de strafrechtspleging. Dat kan Cleiren zonder meer worden nagegeven.

Wél is er een wezenlijk verschil tussen media die voortijdig schreeuwen om straf of zelfs wraak tegen vermeende daders, en anderzijds geleerden die even ongevraagd maar in meerdere opzichten spiegelbeeldig optreden in strafzaken. Meestal roeren zij zich eerst als politie en justitie menen de dader te pakken te hebben en de rechter daarvan hebben weten te overtuigen. Dergelijk al dan niet publiek optreden zou ontrechting door detentie van onschuldigen kunnen voorkomen. Niet moet worden vergeten dat ongevraagde (en nogal eens onverwachte) deskundige raad strafzaken kan oplossen. Dan past een open reactie zijdens OM en rechter.

De werkelijkheid leert anders, hoe anekdotisch ook. Fragmenten van de recente geschiedenis van bemoeienis van 'deskundigen' ten gunste van verdachten en veroordeelden op grond van onvoldoende bewijs laten zien hoe academisch de aarzelingen van Cleiren zijn. (Overi-

gens gaat zij zelf op geen van de hier genoemde en andere affaires in.) Zo las een oogarts alweer enige tijd geleden in de krant over de balpenzaak (zie daarover uitgebreider Kaptein, 1997): 'Justitie verdenkt zoon van moord op moeder door schot uit kruisboog in oog'. Daarop schreef de man een brief aan het OM en aan de rechtbank, met mededeling dat de inslagkracht van enig uit een kruisboog geschoten projectiel niet groot genoeg kan zijn om een oogkas te doorboren en dat bovendien op andere wijze wél door oogkassen gedrongen voorwerpen zelden of nooit de dood veroorzaken. Al die dingen waren in de oogwetenschap allang bekend. Hij kreeg evenmin antwoord als andere wetenschappelijk geschoolden die stelden dat de tenlastelegging uitging van feitelijke onmogelijkheden en alleen al daarom waardeloos was. Van enig justitieel dossier hebben die kennelijk niet goed uitkomende mededelingen overigens nooit deel uitgemaakt.

Dit soort krasse misstappen in de omgang met ontlastende feiten, uit welke bron dan ook afkomstig, moeten OM en strafrechter toch manen tot bescheidenheid en in ieder geval tot nog grotere voorzichtigheid met de feiten. Maar niet veel later was daar de Puttense zaak. Voormalig politiemans Blaauw, een man met toch enig gezag op het gebied van de recherche, publiceerde in 2000 een boek waarin hij onder andere een spijkerhard alibi biedt voor de toenmalige verdachten Dubois en Viets. Op de plaats delict was ook volgens justitie geen enkel spoor van hen gevonden. Vast staat dat levensdelicten niet ter plaatse kunnen worden gepleegd zonder dat daders sporen nalaten (haren, huidschilfers, voetafdrukken, sporen van kleding etc.). Dus impliceert de tenlastelegging een feitelijke onmogelijkheid, hetgeen (wederom) moest leiden tot vaststelling van de onhoudbaarheid daarvan. Het boek lag in de winkel, de zaak ging gewoon door, de afloop is bekend. Hetzelfde geldt voor eenzijdig – of gewoon geen – gebruik van ruimschoots voorhanden wetenschappelijke informatie in de zaak van Lucia de B. Nogal wat andere voorbeelden van opportunistische doofheid van de 'monopole' autoriteiten voor boodschappers van de werkelijke feiten van het geval zullen even vers in het geheugen liggen. Zelfs een enkel geval van misplaatste passering van inbreng van deskundigen is al beschamend en anderszins ernstig genoeg (zie bijvoorbeeld de casus als behandeld in Wagenaar, Israëls & Van Koppen, 2009).

Op het gevaar af te overdrijven: een strafrechtspleging die zich beklagt over bemoeienis met feiten van buitenaf maar zich Oost-Indisch doof houdt voor kennelijk ontlastende feiten van 'onbevoegde' zijde is niet geloofwaardig. Grondregel zou moeten zijn dat alle ook maar enigszins geloofwaardige ontlastende informatie zonder meer wordt meegenomen. Zo overvloedig is die nu ook weer niet.

Cleiren schrijft er niet over, maar aangenomen mag worden dat ook zij vindt dat deskundigen als getuigen wél onontbeerlijk zijn. Forensisch deskundigen (in de eigenlijke zin van het begrip) onderscheiden zich van andere deskundigen formeel alleen doordat zij a. zijn opgeroepen en b. onder ede verklaren. Sinds de dood van God kan de eed niet echt meer bijdragen aan de wetenschappelijkheid van de geboden verklaringen. De oproeping of eigenlijk toelating als getuige zou kunnen

betekenen dat alleen ter zake kundigen verklaren. Maar toch: wat is het inhoudelijke verschil tussen de getuigde-deskundige en de 'deskundige' tegen wie Cleiren zich afzet? Lijkt zij niet ten minste stilzwijgend te betogen dat eigenlijk alle deskundigen en 'deskundigen' verdacht zijn, of hooguit bijrollen kunnen spelen, in de aanlevering van onderdelen van het bewijs maar niet meer dan dat? Daarmee zou zij zich begeven in het koor van strafen andere juristen die menen te weten dat zij uiteindelijk toch zelf het beste kunnen oordelen over de feitelijke hoofdzaak van het geval.

4. Juristen weten te weinig van feiten (en weten zelfs dat niet altijd)

Dat is een misverstand. Getuigen-deskundigen en anderen die zich inlaten met feiten en bewijs in de strafrechtspleging zijn niet alleen nodig omdat officieren van justitie en rechters niet altijd alles kunnen weten. Natuurlijk kunnen bijvoorbeeld DNA-profielen niet zonder deskundige inbreng worden vastgesteld en betrouwbaar in verband worden gebracht met verdachten en benadeelden. Maar het is een misvatting dat inbreng van anderen dan juristen op kan houden als specialistische deekennis is gepresenteerd.

Juristen – en daarmee de strafrechtspleging – lijken namelijk vatbaar voor twee verwante misverstanden. Ten eerste: nogal eens denken zij dat voor vaststelling van feiten ten grondslag aan veroordeling of vrijspraak helemaal geen bijzondere kennis nodig is. Zo schreef rechter Van den Bergh nog in 2008 in de krant:

'Om te kunnen beslissen of de verdachte het misdrijf heeft gepleegd is geen speciale deskundigheid vereist die alleen beroepsrechters zouden hebben. In principe kan iedereen feiten vaststellen. Men hoeft niet over bijzondere kennis of vaardigheden te beschikken om overtuigd te worden van de schuld van de verdachte, noch om daaraan te twifelen.'

Vaak genoeg zal dat opgaan, maar niet voor moeilijke zaken als die van Lucia de B. Anders waren er helemaal geen moeilijke zaken. In deze gevaarlijke flauwekul (*excusez les mots*, evengoed staat de buitenstaander paf) zal deze rechter niet alleen staan.

Ten tweede: als toch wordt gedacht dat in moeilijke zaken meer nodig is dan ongeschoold verstand, dan wordt wel aangenomen dat juristen daarin beter zijn dan gewone mensen, mede omdat strafvorderlijke waarheidsvinding en feitenvaststelling typisch juridische activiteiten zouden zijn, die specifieke juridische kennis vooronderstelt (zie met name Jensma, 2008). Dat is een gevaarlijk misverstand. De juristen zij nagegeven dat het gaat om bewijs van feiten zoals vermeld in delictomschrijvingen of eigenlijk: tenlasteleggingen. Maar wat is daaraan 'typisch juridisch'? Inderdaad zijn bibliotheken volgeschreven over de wisselwerking, deftiger ook wel hermeneutiek en/of dialectiek genoemd, van feiten en normen in rechtspraak. Voor zover dat voor de praktijk al iets heeft opgeleverd lijkt het toch eerder te maken te hebben met nu eenmaal minder legistische civiele rechtsvinding. Strafbepalingen verwijzen in grote hoofdzaak naar menselijk doen en laten dat niet juridisch, maar wetenschappelijk kan en moet worden vastgesteld. Soms is

daarvoor niet meer nodig dan de wetenschap van het gezond verstand, waarvan kan worden aangenomen dat ook strafjuristen er over kunnen beschikken.

In moeilijker gevallen rijzen ten minste twee problemen. Onontbeerlijke forensische expertise kan door officieren van justitie en rechters niet altijd op waarde worden geschat en als zij dat al kunnen, slagen zij er niet altijd in om op zich betrouwbare forensische resultaten in zinvol verband te brengen met de tenlastelegging (zie ook Nijboer, 2008).

Zelfs Van den Bergh c.s. (als boven aangehaald) zullen niet bedoelen dat forensische expertise overbodig is. Wél denken te veel officieren van justitie, strafrechters en andere strafjuristen dat zij zelf en zonder bijzondere scholing wel kunnen uitmaken wat zij met die forensische resultaten moeten doen. Ook dat is een fundamenteel misverstand. Zelfs naar alle gangbare maatstaven van wetenschap volstrekt vaststaande forensische gegevens zeggen op zich niets over enige tenlastelegging. Altijd is argumentatie nodig om forensisch bewijsmateriaal – of welk bewijsmateriaal dan ook – in verband te brengen met de feiten van de tenlastelegging.

Dergelijke argumentatie kan verwijzen naar methoden en technieken van archeologie ('wat betekent nu nog beschikbaar bewijsmateriaal voor een in de tenlastelegging gesteld verleden?') of historiografie ('wat is de beste verklaring voor als vaststaand aangenomen historische gebeurtenissen?'). Historiografie – en natuurlijk psychologie en andere wetenschappen – zijn met name belangrijk voor beantwoording van schuldvragen: is opzet dan wel schuld de beste verklaring voor het feit, of is een betere verklaring dat het feit de 'dader' overkwam? Maar vragen van opzet en schuld staan niet voorop als het gaat om onschuldig veroordeelden. Dan gaat het immers in de eerste plaats om enig causaal verband tussen de vermeende dader en het feit of tenminste de schadelijke gebeurtenissen voor zover op zich al vastgesteld, alles natuurlijk afgezien van pure gedragsdelicten, voor zover de hier behandelde problematiek daarbij een rol speelt. Als bekend hebben dergelijke verklaringen nogal eens een abductieve ('retrodictieve') structuur. Simpel voorgesteld komt dat neer op: als p, dan q, dus p. 'q' is dan het beschikbare bewijsmateriaal en 'p' de tenlastelegging. Probleem is alleen dat daarmee andere verklaringen voor q niet worden uitgesloten. Abductie komt niet verder dan de vaststelling dat een verklaring voor beschikbaar bewijsmateriaal kan worden geboden. Daarmee worden andere mogelijke verklaringen, waaronder mogelijk de historisch enig juiste verklaring, niet uitgesloten. Hier doemt op de logische structuur van het Meer & Vaartverweer. Als eerder gesteld is het belang van dat bewijsverweer veel groter dan zijn rol in de rechtspraak zou doen denken. In nogal wat moeilijke gevallen ging en gaat het erom dat beschikbaar bewijsmateriaal wellicht verklaarbaar is in termen van de tenlastelegging, maar daarmee die tenlastelegging nog niet onontkoombaar maakt (zie Kaptein, 1997 en Kaptein, 1999). De zaak van Lucia de B. biedt onder andere daarvan een dramatisch voorbeeld. Oplossing van dergelijke bewijsproblemen vergt niet alleen juridische scholing, maar vooral gedegen opleiding in argumentatietheorie, logica, methoden en technieken van empirische wetenschappen, waaronder historiografie

en archeologie. Immers, zoals Bentham het in 1812 (hoofdstuk 1, deel 1) zo kernachtig samenvatte:

'The field of evidence is no other than the field of knowledge.'

Alleen al daarom is de idee dat gewone mensen en 'gewone' juristen niets bijzonders hoeven te weten en te kunnen om feiten en bewijs vast te kunnen stellen niet meer dan onzin. De praktijk laat dat dan ook goed zien. Hoeveel 'feitenkennis' hadden bijvoorbeeld alle rechters die het alibi van Blaauw moeiteloos passeerden? Zijn rechters echt beter dan gewone mensen in uitleg en toepassing van forensisch-specialistische wetenschap? Van het uitzetten van onderzoeksopdrachten tot en met vertaling van forensische resultaten in termen van motivering van de rechterlijke uitspraak?

Dit is natuurlijk niet meer dan een bescheiden bloemlezing van onvoldoende onderkende moeilijkheden met en in rechterlijke feitenvaststelling en bewijs. Als bekend zijn er nog veel meer: vooringenomenheid, scoringsdrift, tunnelvisie, nadruk op verificatie in plaats van falsificatie, en nog het een en ander dat tenminste in de wetenschappelijke literatuur gemeengoed is maar tot de eigen wereld van nogal wat strafjuristen nog moet doordringen. Ook kwade trouw kan niet altijd worden uitgesloten: zie daarover § 5. Op al die problemen moeten deskundigen en anderen blijven hameren, wil er iets ten gunste veranderen.

5. Verval van rolbewustzijn bij OM en strafrechter

Feitenkennis en behoorlijke toepassing er van in de strafrechtspleging behoren dus niet tot de sterkste punten van het OM en de rechter. Dat is niet alleen een kwestie van onkunde met betrekking tot de feiten van het geval en feiten in het algemeen. Het heeft ook te maken met veranderend rolbewustzijn, in verkeerde richtingen, of gewoon met gebrek aan rolbewustzijn. Om te beginnen is daar de toenemende neiging van het OM om zich op te stellen als partij in het strafgeding. Dat is in strijd met het wezen van het OM als overheidsorgaan belast met de (straf)rechtspleging. Tenminste staatsrechtelijk en wettelijk opgevat heeft het OM maar één enkele taak: het dienen van het algemeen belang. Behartiging van rechten en rechtmatige belangen van verdachten en alle andere betrokkenen maken daarvan deel uit. Vrijwaring van straf tegen onschuldigen is dan ook een kerntaak van het OM.

Maar al dan niet onder mediale invloed van verkeerd begrepen Anglo-Amerikaanse strafrechtspleging ontwikkelen delen van het OM zich steeds verder tot 'partij', in plaats van ambtelijke instantie die onder actief rechterlijk toezicht is belast met de strafrechtspleging (zie voor een heldere bepaling daarvan in ieder geval Enschedé, 1974). Inderdaad stellen partijen feiten of 'feiten' die hen goed uitkomen. Het is verkeerde 'civilisering' van strafrechtelijk bewijsrecht: wie het beste verhaal weet te vertellen wint (zie al § 2). 'In de strijd om de waarheid is strijd de enige waarheid.' Intussen is het een bijl aan de wortel van het stelsel. Bovendien laat een partijdig OM buiten beschouwing de wettelijk én feitelijk ongelijke verdeling van bevoegdheden en mogelijkheden tussen

dat OM en de verdachte (en diens advocaat). Die ongelijke verdeling maakt misplaatste partijdigheid nog gevaarlijker.

Een partijdig OM, zich ontwikkelend tot een verkeerd soort *crime fighter*, zal inderdaad het gevoel hebben voor de voeten te worden gelopen door 'deskundigen' die het beter menen te weten. Een ambtelijk OM, behartigend niets anders dan het algemeen belang in de strafrechtspleging, zou in beginsel blij moeten zijn met elke inbreng die feiten in moeilijke zaken zouden kunnen verhelderen.

Justitie en de rechterlijke macht verwijten deskundigen, politici en anderen nogal eens dat zij ongewenste publiciteit zoeken, in strijd met het *sub judice*-beginsel en de onschuldpresumptie. In de praktijk houdt het OM zich zelf niet aan die regel. Rolbewustzijn moet betekenen dat juist het OM openbaarheid en publiciteit zo veel mogelijk mijdt. Al vaker is opgemerkt dat nogal wat eigenlijk overbodige publiciteit over strafvervolging informele schending van *sub judice* en van de onschuldpresumptie oplevert (zie daarover bijvoorbeeld Kaptein, 2001 en andere schrijvers in dezelfde bundel). Publiciteit wekt aandacht van de media en zo roept het OM het ongewenste leed van inbreng van de buitenwacht deels over zichzelf af. Soms is dat goed voor onschuldige verdachten.

Ook de rolvastheid van de strafrechter laat te wensen over. Hij geeft een te partijdig OM te veel ruimte, bijvoorbeeld in bewijsrechtelijke 'civilisering' die inderdaad goed past bij een OM als partij in het strafgeding. Bovendien is de rechter zich te weinig bewust van zijn wezenlijk controlerende rol. De strafrechter is er immers in de eerste plaats om het OM in elk opzicht op de vingers te zien en te voorkomen dat het OM zich in ook maar enig opzicht strafvorderlijk of zelfs materieelrechtelijk onrechtmatig gedraagt. Laksheid in die rol leidt tot laksheid in de feiten, en in nog veel meer.

Gebrek aan rolbewustzijn blijkt ook uit eindeloos talmen met (voorlopige) vrijlating van mogelijk of kennelijk onschuldigen. Bijvoorbeeld: heel wat publieke bemoeienis van deskundigen in de zaak van Lucia de B. zou bij tijdige vrijlating van Lucia de B. achterwege zijn gebleven. De statistische en andere voosheid van het tegen haar wettig én overtuigend geachte 'bewijs' was in de wetenschap al lang aangetoond. Bij de rechter duurde het allemaal wat langer, alsof angst voor rechterlijk gezichtsverlies belangrijker is dan zo goed mogelijke bescherming van mogelijk onschuldige gevangenen. Dat laatste is een kerntaak van de strafrechter, bescherming tegen eigen gezichtsverlies niet. Zonder druk van deskundigen, hun publicaties, publiciteit en de media gebeurde en gebeurt ook op dit stuk te weinig.

Gebrek aan rolvastheid kan te goeder trouw zijn, al is dat niet echt een verontschuldiging. Nog ernstiger is de herhaaldelijke en overigens nooit weersproken vaststelling van kennelijk malafide doen en laten van ten minste vertegenwoordigers van het parket. Deskundigen als Derksen (2008) en anderen noemen nogal wat voorbeelden van welbewuste misleiding van de strafrechter, van selectieve samenstelling van dossiers tot en met schending van interne openbaarheid en erger. Mantels der liefde moeten hier worden opgelicht.

Een integer parket en een integere rechterlijke macht rekenen ook de wanprestanten of zelfs echte criminelen in eigen gelederen af. Tot nu komt dat niet verder dan de bij gelegenheid herhaalde bewering 'dat het geen opzet was', alsof die opzet noodzakelijke voorwaarde is voor al dan niet disciplinaire maatregelen of zelfs straf. Het gaat per slot van rekening om ambtsmisdriven en eigenlijk om wederrechtelijke vrijheidsberoving. Verharding van het strafklimaat voor de rest van de wereld staat haaks op straffeloosheid voor criminele leden van de staande en zittende magistratuur. Zolang dat niet verandert, zullen 'deskundigen' en andere buitenstaanders het apparaat het vuur aan de schenen blijven leggen. Hoe meer, hoe beter, al was het maar bij wijze van informele alternatieve sanctie, tenminste in de hoop dat eerlijker én deskundiger officieren van justitie en rechters beter op de feiten gaan letten.

6. Asymmetrie van onschuld en schuld: problemen van materieelrechtelijke delegitimatie

Cleiren stelt (p. 275):

'Het strafproces is primair gericht op het vinden van de waarheid teneinde de schuldige te kunnen straffen. Waarheidsvinding is dan ook min of meer een "ultiem doel" van het strafproces en het maatschappelijk belang daarvan mag dus niet worden onderschat.'

Dat is juist, maar misschien toch niet helemaal volledig. Strafvorderlijke waarheidsvinding is immers louter instrumenteel (wellicht afgezien van het gevoelsmatige belang van juridisch gezaghebbende vaststelling van feiten voor benadeelden en rechtsgenoten in het algemeen). Het eigenlijk ultieme doel van de strafvordering en de strafrechtspleging in het algemeen is: straf tegen schuldigen, wanneer dat zin heeft, en voorkoming van straf tegen onschuldigen (door verbod van eigenrichting, de onschuldpresumptie, eisen te stellen aan bewijs waaronder eenzijdige bewijslastverdeling en nog meer garanties die daartoe behoren te strekken). Straf tegen schuldigen moet zin hebben. Daarin schuilt een fatale zwakte, want als bekend zijn alle pogingen tot positieve legitimatie van straf als leedtoevoeging al dan niet in termen van schier eindeloze varianten van vergelding en/of preventie op niets uitgelopen (zie bijvoorbeeld meerdere bijdragen aan Kaptein & Malsch (red.), 2004). Zelfs negatieve legitimatie kan niet verder reiken dan 'reconstructie van strafdoelen uit het stelsel van het positieve recht', rituele verwijzing naar democratische procedures ('wij hebben nu eenmaal met z'n allen besloten dat ...') en de onvermijdelijke maar daarom nog niet onbetwifelbare vaststelling dat het zonder straf ook niet gaat. Zo blijft strafrechtspleging eeuwig gevangen in afweging van onduidelijke strafdoelen tegenover de enorme geldelijke, maatschappelijke en menselijke kosten van straf voor gestraften, hun verwanten en de rest van de maatschappij. Deze delegitimatie is de eigenlijke grond van de fundamentele asymmetrie tussen bewijs en ontkenning van de tenlastelegging. Misplaatste bewezenverklaring is schending van het rechtsstatelijke beginsel dat onschuldigen geen straffloed verdienen. Misplaatste vrijspraak

en misplaatste straffeloosheid in het algemeen strijden met twijfelachtige strafdoelen en niet meer dan dat. Zelfs als toch wordt aangenomen dat straf op de één of andere manier algemene belangen dient, op welke nadere gronden dan ook, dan blijft de asymmetrie zonder meer van kracht. Want dan blijft het kwaad van straffloed tegen onschuldigen kwantitatief en vooral kwalitatief overwegend. Geen straf voor schuldigen is immers niet meer dan marginale aantasting van het algemeen belang, tenminste, zo lang in termen van dat algemeen belang in het algemeen voldoende wordt gestraft.

Anders gezegd: onschuldigen hebben recht op vrijwaring van straffloed, maar niemand, ook niet het algemeen belang, heeft recht op straf tegen schuldigen. Dus moet zelfs bij de geringste twijfel vrijspraak volgen. Redelijke verschillen van mening over maten van zekerheid of twijfel doen daaraan niet wezenlijk toe of af (zie daarover bijvoorbeeld Twining & Stein (red.), 1992, met klassieke bijdragen aan het debat). Hierbij is bovendien te bedenken dat bewijstechnisch moeilijke zaken zo weinig voorkomen dat zelfs als alle verdachten in dergelijke moeilijke zaken de dans terecht of ten onrechte zouden ontspringen, de strafstatistiek daardoor niet wezenlijk zouden veranderen.

Dus: *in dubio abstine*. Bovendien is de achtergrond van dit bewijsrechtelijk beginsel als bekend hecht verankerd in ons stelsel van strafrecht en strafvordering. Het algemeen belang als doel van de strafrechtspleging blijkt alleen al uit het opportuniteitsbeginsel (art. 167 lid 2 Sv) en de mogelijkheid van voorwaardelijke veroordeling. Als daders én de samenleving een recht op straf hebben, in elk geval waarin een misdrijf (of zelfs een overtreding) zou zijn gepleegd, dan zou straffeloosheid voor schuldigen op één lijn komen te staan met straffloed voor onschuldigen. Dan verdwijnt de fundamentele asymmetrie, en daarmee eisen te stellen aan bewijs.

Cleiren gaat zelfs nog een stap verder (zie Jensma, 2009):

'Je kunt ... met beperkte bewijsmiddelen toch tot een veroordeling komen. ... Eén bewijsmiddel "met aanvullend bewijs" is genoeg. Die zwakte is ingebouwd. Daar kun je heel kritisch over zijn. Maar zo'n systeem is echt nodig bij seksuele delicten. Daar heb je doorgaans alleen verklaringen van slachtoffer en verdachte. Stel dat het slachtoffer een blauwe plek heeft en een verdachte aanwijst. Die combinatie wordt geaccepteerd door de rechter. Anders kun je zo iemand nooit aanpakken.'

Ook hier rept Cleiren met geen woord over de mogelijke onschuld van dergelijke verdachten. Mogelijke bewijsnood zijdens dergelijke verdachten leidend tot rechterlijke schuldigverklaringen *ad ignorantiam* (zie boven) komt evenmin aan de orde. Er is al zo vaak tegen geschreven, door deskundigen en zelfs door strafjuristen, maar het helpt niets. Het volk roept om vergelding en de strafjurist acht dat voldoende democratische legitimatie om de rechtsdogmatiek opzij te zetten en ook overigens elke zorgvuldigheid in strafrechtelijke bewijsvoering te laten varen. Dit beroep op punitief populisme met de schijn van een wetenschappelijk tintje is in ieder geval staatsrechtelijk valse 'democratische legitimatie'. En de gerede kans dat de rechter zelf strafbare feiten creëert

en dus eigenlijk ook zelf begaat wordt op de koop toe genomen. Als maar wordt gestraft.

Een beginsel van criminele politiek behoort te zijn dat naar het eigen oordeel van het OM onvoldoende zekere zaken niet eens voor de rechter worden gebracht, al was het maar vanwege het vexatoir karakter van strafvervolgving voor verdachten en andere betrokkenen. Ook dit beginsel wordt niet altijd in ere gehouden. Zelfs wordt gesteld: wij weten niet zeker wat er precies is gebeurd, laat de rechter het maar uitzoeken. Aan de hand waarvan dan? Een dergelijk *testimonium paupertatis* staat niet alleen op gespannen voet met verstandige criminele politiek, maar ook met enige aanspraak op monopolisme in waarheidsvinding zijdens het OM. Weer: *in dubio abstine*. Daarmee kan nogal wat publiciteit rond feiten en bewijs worden voorkomen, bijvoorbeeld in de zaak van Lucia de B.

Maar waar blijven dan de benadeelden, eertijds slachtoffers van delicten geheten? Hebben die geen recht op straf tegen 'hun' daders? Solidariteit met die slachtoffers lijkt een drijvende kracht achter verharding van strafrechtspleging. Maar in strafrecht als publiekrecht is voor hen nu eenmaal geen grote rol weggelegd, ondanks (Europeesrechtelijke) vervolgingsplichten ten bate van slachtoffers, spreekrechten ter zitting, schadevergoedingsmaatregelen en nog meer. Zinnige genoegdoening voor slachtoffers vergt veel verder gaande hervorming van het strafrecht en de strafrechtspleging en zo ver is het nog lang niet (zie daarover weer verschillende bijdragen in Kaptein & Malsch (red.), 2004). Mogelijke 'civilisering' en andere bewijsrechtelijke gevolgen leidend tot minder asymmetrie kunnen tot die tijd buiten beschouwing worden gelaten.

7. Conclusie: agenda

Wat bij Cleiren en haar geestverwanten binnen het strafrechtelijk apparaat uiteindelijk nog het meest opvalt is volledige afwezigheid van enige thematisering van de eigenlijke hoofdzaak van wat zij noemt het vraagstuk van de 'deskundigen'. Falende strafrechtspleging ten ongunste van onschuldigen, *the elephant in the room*, is kennelijk te groot om te worden waargenomen. In haar artikel schrijft Cleiren één keer over 'een serieus probleem voor de rechtsstaat'. Dan gaat het haar niet om het langdurig vastzitten van onschuldigen, maar om: verlies van vertrouwen in de strafrechtspleging door inbreng van 'deskundigen' die zich anders dan publieke organen van de strafrechtspleging niet aan alle regels hoeven te houden (p. 284).

Dat is een ernstige vertekening van het probleem. De vertrouwenscrisis wordt niet veroorzaakt door de critici, maar door het falen van de strafrechtspleging. Die strafrechtspleging dient van het volgende doordrongen te zijn:

'I regard injustice, or even the risk of injustice, perpetrated in the august precincts of a court of law, with calm consideration and time for reflection, as utterly repellent.'

Aldus Peter Ustinov (als geciteerd in Woffinden, 1988). Daar gaat het om.

De conclusie kan dan ook niet anders luiden dan dat de strafrechtspleging de aandacht van deskundigen krijgt die zij verdient. Derksen (2008a) merkte tegen Cleiren terecht op dat als hij en de zijnen zich niet voor Lucia de B. hadden ingezet, zij zou zijn vergeten. Dat geldt voor nogal wat dubieuze zaken meer. De kwaliteit van de strafrechtspleging kan alleen maar winnen bij inbreng van deskundige buitenstaanders, ook in hun niet-forensische kritische rollen. Wie die deskundigen consequent 'deskundigen' noemt, loopt zelf het gevaar door de wetenschap niet langer serieus te worden genomen.

Wat is verder te doen aan het gebrek aan feitengevoeligheid bij strafjuristen? Hoe te voorkomen dat zij opgaan in hun eigen juridische rationaliteit, of 'rationaliteit', en vergeten dat het in de strafrechtspleging en overigens in de rechtspleging in het algemeen voor zo'n 90% over betwiste feiten gaat (zie daarover al Golding, 1984 en Abas, 1985)? Over feiten en argumentatie met betrekking tot feiten leert hun (post-)academische opleiding intussen nog steeds bijna niets. Dat moet radicaal veranderen. Literatuur er over is er zo langzamerhand genoeg (zie recent bijvoorbeeld de bijdragen in Kaptein, Prakken & Verheij (red.), 2009). Overigens geldt dat ook voor de advocatuur in strafzaken, zoals 'super-pg' Brouwer terecht opmerkte (ter gelegenheid van het jaarcongres van de advocatuur, 19-9-2008). Meer op de feiten gespitste advocaten zouden misplaatste veroordelingen kunnen voorkomen.

Daarnaast moet professioneel rolbewustzijn op grond van staatsrechtelijk inzicht in taakstellingen en -verdelingen terugkeren op de dagelijkse agenda. Ook beroepsethisch valt nog wel iets te winnen. Het moet niet gaan om eigen eer en glorie in nog meer 'mooie veroordelingen', maar om actief begrip van zin en doel van de eigen ambtelijke professie. Waar gaat het nu eigenlijk om, in de strafrechtspleging? Ook die eigenlijke kwestie is bij Cleiren c.s. niet terug te vinden. Daarom nog maar eens Van der Ven geciteerd (1968, p. 34):

'De roeping van de jurist ligt uiteindelijk niet in het blote recht als structuur, maar in de zedelijke waarden, die het beschermt en bevordert. ... Het gaat in rechtsvorming en rechtsbedeling niet om de spelregels van wet en rechtspraak, zelfs niet om het spel van recht en gerechtigheid, hoe geladen die woorden ons ook mogen voorkomen. Het gaat gewoonweg om de mensen en om elke mens, om allen en om iedereen.'

Strafjuristen die dat weten én iets van hun vak begrijpen hebben minder deskundigen nodig om hen te houden bij de les van de feiten, en van het recht.

Literatuur

- P. Abas, *De betekenis van de feiten: iets over de betekenis van de feiten in theorie, praktijk en onderwijs*, Arnhem: Gouda Quint 1985
- J. Bentham, 'An Introductory View of the Rationale of Evidence: For the Use of Non-Lawyers as well as Lawyers (1812)', in: J. Bowring & J. Mill (red.), *The Works of Jeremy Bentham*, deel 6, Edinburgh: William Tait 1843

- J.S. Mill (red.), *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*, in five volumes, London: Hunt & Clarke 1827
- W.M. van den Bergh, 'Het oordeel is aan de rechter én jury', *nrc.next* 28 maart 2008, p. 19
- J.A. Blaauw, *De Puttense moordzaak: reconstructie van een dubieus moordonderzoek*, Baarn: Uitgeverij De Fontein bv 2000
- C.P.M. Cleiren, 'Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding: overwegingen over belang en risico's van private "deskundigen"-inbreng', *Strafblad* 2008, p. 272-285
- H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken: de psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam & Antwerpen: Contact [1992,] 1994
- T. Derksen, *Lucia de B.: Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*, Diemen: Veen Magazines 2006
- *Het O.M. in de fout*, Diemen: Veen Magazines 2008
- 'Overtuigde rechters', *NRC Handelsblad* 5 juli 2008a, p. 6
- Ch.J. Enschedé, 'De grenzen van de functie van de strafrechter', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1974, p. 605-626
- M.P. Golding, *Legal Reasoning*, New York: Alfred A. Knopf, Inc. 1984
- F. Jensma, 'Overtuigde rechters: strafrechtjurist Tineke Cleiren over de aanval op de rechters', *NRC Handelsblad* 28 juni 2008, p. 39
- H.J.R. Kaptein, 'Pennen als dodelijke wapens? Over criminele klok en klepelkunde en een logische (?) kloof tussen feiten en recht', in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier (red.), *Op Goede Gronden: Bijdragen aan het Tweede Symposium Juridische Argumentatie: 14 juni 1996 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 56-63
- 'Octopus(sy) of de prijs van de kroongetuige: Strafvordering in de schaduw van materieelrechtelijke delegitimatie', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998, 27/1, p. 55-71
- 'Abductive Limits To Artificial Intelligence In Adjudication: Pervasive problems of analogy, e contrario and circumstantial evidence', in: F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, J.A. Blair & C.A. Willard (red.), *Proceedings of the Fourth International Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, SIC SAT 1999, p. 428-433
- 'Strafrecht of Totaaltheater: Materieelrechtelijke (de)legitimatie van strafvorderlijke openbaarheid en publiciteit', in: C.J. de Poot & M. Malsch (red.), *Bivakmuts, politiepet en toga: Wisselwerking tussen criminaliteit en rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 121-147
- 'Hermetische of historische waarheid (en recht): remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie', in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier (red.), *'Alles afwegende ...': Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007 te Rotterdam*, Ars Aequi Libri 2007, p. 375-383
- 'Rigid Anarchic Principles of Proof: Anomist Panaceas Against Legal Pathologies of Proceduralism', in: Kaptein, Prakken & Verheij (red.), 2009
- H.J.R. Kaptein & M. Malsch (red.), *Crime, Victims and Justice: Essays on Principles and Practice*, Aldershot: Ashgate Publ. Co. 2004
- H.J.R. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (red.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham: Ashgate Publ. Co. 2009
- J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2000
- 'Marktwerking in de (forensische) expertise', *Expertise en Recht: Tijdschrift voor forensisch bewijs, forensische expertise en rechtszaken* 2008, p. 145-148
- W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Londen: Weidenfeld & Nicolson 1985
- W. Twining & A. Stein (red.), *Evidence and Proof*, Aldershot: Dartmouth Publishing Co. Ltd. 1992
- W.A. Wagenaar, H. Israëls & P.J. van Koppen, *De slappende rechter: waarom het veroordelen van burgers niet alleen aan de rechter kan worden overgelaten*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009
- J.J.M. van der Ven, 'Mens-zijn in het recht', in: P.J. Roscam Abbing (red.), *Om de mens: ethiek in wetenschap en beroep*, Leiden 1968
- B. Woffinden, *Miscarriages of Justice*, Sevenoaks: Hodder & Stoughton 1988