

H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar
(2010) De waarde van bewijs. In: P.J. van Koppen,
H.L.G.J. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser
(red.), *Reizen met mijn rechter: Psychologie van het
recht* (pp. 335-348). Deventer: Kluwer

De waarde van bewijs

Hans F.M. Crombag, Peter J. van Koppen en Willem Albert Wagenaar

Dit hoofdstuk handelt over de vraag hoe bewijs in strafzaken geleverd wordt. Met behulp van bewijsmiddelen, zeker, maar wat is eigenlijk een bewijsmiddel, hoe dient de rechter er mee om te gaan en op welke gronden besluit de rechter dat een bewijsmiddel bewijst hetgeen het pretendeert te bewijzen? En wat zijn die bewijsmiddelen waard?

Wat bewezen moet worden

In iedere strafzaak moet de rechter drie kwesties beslissen: de identiteit van de dader; de aard van het delict; en de verwijtbaarheid van de dader. Alle drie deze kwesties behoeven afzonderlijk bewijs. Dat blijkt nergens uit wet of jurisprudentie, maar het is een eis van logica. Dat laat zich eenvoudig illustreren met behulp van een casus, die in het vervolg van dit hoofdstuk een telkens terugkerende rol zal spelen.

Drie mannen stapten een bankfiliaal binnen, getooid met honkbalpetjes en zonnebrillen. De aanwezige klanten en bankemployés werden met pistolen bedreigd en de mannen eisten geld. Een van de employés vulde een door de overvallers aangereikte plastic vuilniszak met bankbiljetten ter waarde van, naar later bleek, € 80.000. De overvallers verlieten vervolgens schielijk het gebouw en stapten in een gele auto die met draaiende motor voor het gebouw stond en er met grote snelheid vandoor ging. Het geheel nam niet meer dan enkele minuten in beslag. Niemand raakte gewond.

In deze zaak vormt de vraag naar de aard van het delict nauwelijks een probleem. Wat de bedoeling van de daders was al evenmin. Maar wie waren de daders? Is de jongeman die nu voor de rechter staat, wiens uiterlijk voldoet aan het signalement van een van de daders en uit wiens strafblad blijkt dat hij zoiets al eens eerder gedaan heeft, ook een van de drie daders van deze overval? Volgens het openbaar ministerie is dat het geval. Dat staat in de tenlastelegging: dat de verdachte op die bepaalde dag, op of omstreeks dat tijdstip en in dit bankfiliaal, samen met twee andere personen, zich onder bedreiging met een vuurwapen van € 80.000 heeft meester gemaakt en toegeëigend met het oogmerk dat bedrag te behouden ... etcetera.

De politie heeft de zaak onderzocht, dat wil zeggen allerlei getuigen gehoord en hun verklaringen opgetekend in ambtsedige processen-verbaal, die gezamenlijk het dossier van de zaak vormen. Daar zijn vooreerst de verklaringen van de

personen die op het moment van de overval in het bankgebouw aanwezig waren. Bovendien zijn er verklaringen van enkele mensen die de kennelijke overvallers de bank hebben zien verlaten en in de gereedstaande vluchtauto hebben zien springen. Er is een proces-verbaal van de eigenaar van de vluchtauto, die meldt dat zijn auto een dag voor de overval voor zijn deur gestolen is en van de politie-agent die de auto later ergens terugvond. Er is een verklaring van de directeur van het bankfiliaal inhoudende hoeveel geld de bank is kwijtgeraakt en in welke coupures, en een verklaring van de firma die indertijd de bewakingscamera in de bank installeerde en die uitlegt hoe het kwam dat op het moment van de overval de camera en de bijbehorende videorecorder net niet goed functioneerden. En tenslotte is er ook een verklaring van de politie, waarin wordt uiteengezet hoe de politie deze verdachte op het spoor kwam, hem inrekende en wat verdachte tijdens zijn verhoor verklaarde, namelijk dat hij met die overval niets te maken heeft en op het desbetreffende moment met zijn verloofde naar de televisie zat te kijken, een bewering die door zijn verloofde bevestigd werd.

Tezamen vormen al die processen-verbaal een omvangrijk dossier, dat de politie overzichtelijk heeft gemaakt in een samenvattend proces-verbaal, het ‘relaas van bevindingen’ of het ‘loopproces-verbaal’ genoemd, dat het hele verhaal van de overval op ordelijke wijze vertelt, opdat de rechtbank gemakkelijker zijn weg zal kunnen vinden in de verwarrende hoeveelheid informatie.

Het uitgangspunt van de strafrechter

De zitting van de rechtbank over deze zaak begint met het voordragen van de tenlastelegging door de officier van Justitie. Vervolgens is het aan de rechter¹ om te beslissen of de tenlastelegging bewezen wordt door de zich in het dossier bevindende bewijsmiddelen, dat wil zeggen al die getuigenverklaringen. De vraag is hoe de rechter daarbij te werk zou kunnen gaan.

De rechter zou de tenlastelegging als uitgangspunt kunnen nemen en zich afvragen: ‘Als wij aannemen dat de tenlastelegging juist is, wat zou daarvoor dan bewijs vormen en is zulk bewijs in het dossier aanwezig?’ Aldus maakt de rechter de tenlastelegging tot wegwijzer door het dossier: de bewijsmiddelen worden geselecteerd en gewaardeerd naar de mate waarin zij de tenlastelegging ondersteunen. Zulk een bewijsconstructie zou men *top-down* kunnen noemen.

Het alternatief voor een *top-down* benadering zou men *bottom-up* kunnen noemen. Die zou eruit bestaan dat de rechter eerst alle beschikbare bewijsmiddelen stuk voor stuk bestudeert naar inhoud en weegt naar betrouwbaarheid, waarna hij de relevant en betrouwbaar geoordeelde bewijsmiddelen synthetiseert tot een min of meer coherent geheel en zich afvraagt of dat geheel overeenkomt met het tenlastegelegde delict. Op het eerste gezicht moge dat een redelijke werkwijze lijken, maar het is onwaarschijnlijk dat zij ook uitvoerbaar is. Op zichzelf genomen betekenen (vermeende) feiten immers niets. Zij krijgen slechts betekenis als onderdeel van een verhaal waarvan zij deel uitmaken. Dat in onze casus drie mannen in een voor het bankfiliaal geparkeerde auto stapten is slechts van

1. Wij hebben het steeds over de rechter, maar daarvoor kan gelezen worden de rechtbank of het hof. Over meerderjarige verdachten die een bankoverval ten laste wordt gelegd, beslist in vrijwel alle gevallen in eerste een strafkamer van de rechtbank, bestaande uit drie rechters, en in hoger beroep een strafkamer van het gerechtshof, bestaande uit drie raadsheren.

belang als wij weten dat even daarvoor drie mannen de bank met een aanzienlijk geldbedrag hebben verlaten. En voor dat laatste is weer van belang dat de bank-employés dat bedrag niet vrijwillig hebben afgegeven. Wie het verhaal niet kent, kan aan het blote feit geen betekenis geven. Het is daarom onwaarschijnlijk dat een *bottom-up* beslisproces een realistische beschrijving van de bewijsbeslissing in strafzaken vormt. Een *top-down* beslissingsproces met de tenlastelegging als uitgangspunt lijkt de werkelijkheid dichter te benaderen.

De identiteit van de dader

In onze casus is alleen de identiteit van de daders problematisch: is deze verdachte inderdaad een van de daders? De rechter zou kunnen besluiten dat het antwoord op die vraag bevestigend is, nu zich in het dossier processen-verbaal van vier getuigen bevinden, die hebben verklaard dat zij deze verdachte hebben herkend als een van de daders. Als de rechter bereid is deze vier getuigen te geloven, dan is het bewijs van identiteit geleverd.

Maar waarom zou de rechter deze vier getuigen moeten geloven? Hij zou kunnen redeneren dat het *in het algemeen* onwaarschijnlijk is dat vier personen allemaal dezelfde fout maken of allemaal dezelfde leugens vertellen. Zulk een redenering lijkt ten grondslag te liggen aan lid 2 van art. 342 Sv, dat bepaalt dat een enkele getuigenverklaring niet genoeg is, maar twee – zo leest men dit artikel – wel.² Eén getuige kan zich vergissen of liegen, maar dat twee getuigen dat doen is minder waarschijnlijk. Welnu, hier hebben wij vier getuigen. Dat is meer dan wat de wet minimaal vereist. *Als* de rechter de daarnet geformuleerde *algemene regel* voor *meestal waar* houdt, *dan* kan hij besluiten dat bewijs van identiteit genoegzaam geleverd is.

Deze algemene regel geeft de rechter geen absolute veiligheid bij zijn beslissing. Het is mogelijk dat de zeldzame uitzondering die de formulering van de regel blijkbaar toelaat, van toepassing is in dit concrete geval. In de Verenigde Staten zijn twee rechterlijke dwalingen bekend waarbij de onschuldige veroordeelden zelfs door 17 getuigen als de dader waren aangewezen.³

De rechter zou kunnen besluiten om zekerheidshalve wat dieper te graven in de vier getuigenverklaringen en zich opnieuw de vraag stellen: Welk nader bewijs toont aan dat deze getuigen de waarheid spreken en zich niet vergissen? Is zulk nader bewijs aanwezig in het dossier of kunnen wij het alsnog verkrijgen door de getuigen aanvullende vragen te stellen? Met behulp van zulke vragen zou de rechtbank dan doordringen naar het onder hun verklaringen liggende deelverhaal over hoe hun waarnemingen en latere herkenningen tot stand gekomen zijn.

De rechter kan verschillende vragen stellen die dat doel dienen. Wij geven een aantal mogelijkheden:

- Wie zijn deze getuigen eigenlijk? Zijn er wellicht redenen om aan hun oprechtheid te twifelen?

2. Art. 342 lid 2 Sv luidt: '2. Het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, kan door de rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige.'

3. Gross (1987), p. 419, noot 80. Zie ook Borchard (1932) en Cutler & Penrod (1995).

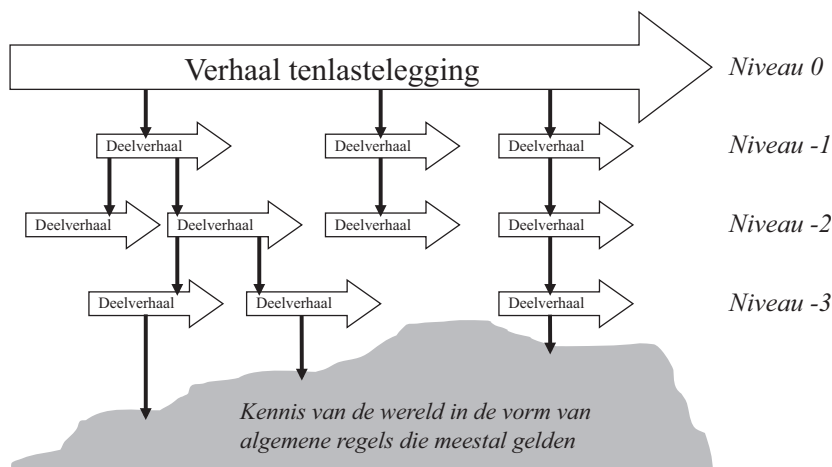
- Kennen zij verdachte alleen van die overval, of kenden zij hem al eerder? Zo ja, hoe kenden zij hem dan?
- Hebben de getuigen sinds de overval wellicht contact met de verdachte gehad? Zo ja, hoe kwam dat contact dan tot stand? Wat is er tijdens dat contact besproken?
- Kenden de getuigen elkaar al voor de overval? Zo ja, hoe dan?
- Hebben deze getuigen sinds de overval nog contact met elkaar gehad? Zo ja, hoe kwam dat dan? Hoe verliep dat contact? Waarover hebben zij gesproken?
- Hoe kwam het dat zij tijdens de overval in de bank aanwezig waren?
- Hebben zij de overvallers goed kunnen zien? Waar stonden zij zelf en waar de overvallers? Werd hun waarneming niet gehinderd door de wijze waarop de overvallers waren uitgedost?
- Hoe komt het dat zij zich nu, geruime tijd na de overval, nog herinneren hoe de daders eruit zagen? Waaraan hebben zij verdachte in het bijzonder herkend? Hoe vaak hebben zij na de overval met anderen over hun ervaring gesproken en kan het zijn dat zij er bij die gelegenheid bijzonderheden bij hebben bedacht? Hebben zij in de media over de overval gelezen of gehoord? Kan het zijn dat zij na afloop uit andere bron informatie over het gebeurde hebben verkregen en die nu vermengen met hun eigen waarnemingen?
- Hoe zijn zij na afloop door de politie verhoord? Door wie zijn zij verhoord? Hoe lang na de overval hebben zij verdachte geïdentificeerd? Op welke wijze was de identificatieproef ingericht? Waren zij meteen zeker van hun zaak? Is er toen meteen proces-verbaal opgemaakt en hebben zij dat getekend?

Deze en vele andere vragen zouden aan deze getuigen gesteld kunnen worden om zich ervan te vergewissen dat deze getuigen geloofwaardig bewijs vormen voor de identiteit van een van de daders. De wijze waarop wij de vragen hiervoor hebben weergegeven, bedoelt aan te geven dat men telkens op aanvankelijk gegeven antwoorden kan doorvragen. Ieder antwoord vormt immers opnieuw een verhaal, dat je zonder meer kunt geloven of niet. In het laatste geval kun je met nieuwe vragen opnieuw doorstoten naar het verhaal achter het verhaal. Als onze getuigen zeggen elkaar al voor de overval gekend te hebben, omdat zij immers alle vier employés van de bank zijn, en vervolgens antwoorden dat zij na de overval daar niet meer met elkaar over gesproken hebben, dan is die combinatie van antwoorden eigenaardig. Dat behoeft een verklaring, die met behulp van nog nadere vragen verkregen kan worden, als zij zulk een verklaring kunnen geven. Zo niet, dan wordt het moeilijker om de identificatie door deze getuigen serieus te nemen.

Verhaal en verankering

Wij kunnen het bewijs in zo'n zaak blijkbaar voorstellen als een hiërarchie van in elkaar genestelde verhalen, waarin wij al doorvragend steeds dieper kunnen afdalen. Die voorstelling van zaken is (metaforisch) in beeld gebracht in Afbeelding 1.

ding 1 en vat zo handig de Theorie van Verhaal en Verankering samen die wij hier kort presenteren.⁴



Figuur 1

Dit afdalen door de rechter in de hiërarchie van in elkaar genestelde deelverhalen kan natuurlijk niet eindeloos doorgaan. Bij elk deelverhaal kan immers weer worden doorgevraagd. De regel die de rechter gebruikt om te stoppen, hebben wij hiervoor al genoemd: de rechter kan op ieder niveau stoppen als hij het veilig genoeg acht om voor de bijbehorende algemene, meestal geldende regel voor anker te gaan. Zoals wij eerder duidelijk maakten, had de rechter het kunnen laten bij de vier processen-verbaal, waarin gemeld werd dat de getuigen elk de verdachte als de dader hadden geïdentificeerd, op grond van de overweging dat het in het algemeen onwaarschijnlijk is dat vier mensen dezelfde vergissing begaan of dezelfde leugen vertellen.

Toen hij doorvroeg 'Heeft u sinds de overval elkaar nog gesproken' en op die vraag van elk van de vier getuigen een ontkennend antwoord kreeg, had de rechter kunnen stoppen *als* hij bereid was te geloven dat vier getuigen *onafhankelijk van elkaar* niet dezelfde vergissing begaan of niet zullen durven liegen als zij de kans lopen dat een van de anderen, geconfronteerd met de vervolgvraag, hen zal tegenspreken. Merk op dat na de vervolgvraag de algemene regel specifiek is dan die welke de rechter zonder doorvragen zou hebben moeten geloven.

Zo'n algemene regel die voor meestal geldig gehouden wordt, noemen wij *een anker*, waarvoor de rechter blijkbaar gaat liggen wanneer hij stopt met doorvragen. Ankers zijn welbeschouwd niet anders dan feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, waarover de wet in het tweede lid van art. 339 Sv spreekt en zegt dat zij geen bewijs behoeven. Bewijzen is dus niets anders dan ieder bewijsmiddel terug voeren naar een feit van algemene bekendheid, dat geen nader bewijs behoeft. Tezamen vormen de feiten en omstandigheden van algemene bekendheid onze kennis van hoe de wereld meestentijds in elkaar

4. Zie uitgebreider Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994). Wij verwijzen steeds naar de uitgave uit 1994, maar inmiddels is er een zesde druk, gedateerd 2009.

steekt. Men zou van vuistregels kunnen spreken. De Engelse filosoof Jonathan Cohen, die zich ook bezighield met de vraag hoe men in juridische context iets bewijst, sprak van ‘common-sense presumptions, which state what is normally to be expected, but are rebuttable in their applications to a particular situation if it can be shown to be abnormal in some relevant aspect.’⁵

Wij vatten het voorgaande samen in de vorm van enkele stellingen:

- Bewijzen in strafzaken is een *top-down* beslissingsproces, waarbij de tenlastelegging het uitgangspunt en de leidraad vormt voor de selectie en waardering van bewijsmiddelen.
- Ieder bewijsmiddel moet teruggevoerd worden naar een anker, dat wil zeggen een vuistregel die men voor meestal geldig houdt en die de rechter voor veilig genoeg houdt om te dienen als feit of omstandigheid van algemene bekendheid, dat geen nader bewijs behoeft.
- Ieder bewijsmiddel is een verhaal. Zo lang de rechter niet gelooft dat de vuistregel die daarvoor als anker zou kunnen dienen, veilig genoeg is, dient hij dieper af te dalen in de hiërarchie van in elkaar genestelde deelverhalen die tezamen een strafzaak vormen.
- Hoe dieper de rechter afdaalt in de hiërarchie van in elkaar genestelde deelverhalen, hoe specifiek de vuistregel wordt waarvoor hij voor anker moet gaan en hoe gemakkelijker het hem zal vallen om te beslissen of dat anker veilig genoeg is.⁶

Enige praktische implicaties voor de rechter

Als dit een juiste voorstelling van zaken is, dan kan men daar enkele praktische implicaties voor het werk van rechters en advocaten in strafzaken uit distilleren.

Voor strafrechters is het van belang dat zij niet te vroeg stoppen bij het afdalen in de hiërarchie van in elkaar genestelde deelverhalen, die tezamen het bewijs vormen. Het gevaarlijke punt is waar aan de wettelijke bewijsminima is voldaan. Op dat punt vervalt immers een belangrijke reden om dieper te graven. De wet vereist in art. 338 Sv bovendien ‘de overtuiging’ dat verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan en die overtuiging mag *uitsluitend* ‘door de inhoud van de wettige bewijsmiddelen bekomen’ zijn.⁷ Onduidelijk is echter of alle bewijsmiddelen die aan de overtuiging van de rechter hebben bijgedragen ook daadwerkelijk in het vonnis of arrest vermeld moeten worden. ‘(N)iet meer (wordt) van de motivering van het bewijs gevergd [...] dan dat zij voldoet aan de minimeis van art. 359 lid 1 Sv,’ schrijft Knigge.⁸ Dat neemt volgens dezelfde auteur niet weg dat de rechter soms de bewijsmotivering ‘nog iets wil aankleden door het opnemen van een nadere overweging, [...] bewijsoverwegingen onder de streep genoemd. Beroept hij zich daarbij op een bewijsmiddel waarvan de

5. Cohen (1977), p. 247.

6. Zie voor kritiek op deze theorie Jackson (1996) en Twining (1999).

7. Art. 338 Sv luidt: ‘Het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, kan door de rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen.’

8. Knigge (1991), p. 163.

inhoud nog niet in het vonnis is vermeld, dan handelt hij in strijd met art. 359 lid 1 Sv en is het vonnis nietig.⁹

Deze formuleringen suggereren dat de rechter zijn overtuiging mede kan baseren op wettige bewijsmiddelen die niet in het vonnis zijn vermeld, zolang hij maar nalaat daar uitdrukkelijk naar te verwijzen. Die mogelijkheid, in combinatie met de mogelijkheid om te 'volstaan met een formule waarin van redengevende feiten en omstandigheden *gerept* wordt,¹⁰ kan gemakkelijk leiden tot een verschijnsel dat wij eerder 'de dissociatie van overtuiging en bewijs' noemden.¹¹ Dat houdt in dat de rechter zijn overtuiging op andere en wellicht slechts vermeende kennis baseert dan die welke in de bewijsmiddelen voorhanden is, in het bijzonder informatie die, naar de rechter aanneemt, hij waarschijnlijk verkregen zou hebben als hij dieper had doorgevraagd. Dat een dergelijke gang van zaken in strijd zou zijn met de wet behoeft geen betoog. Probleem is echter dat zulk een gang van zaken bij voortijdige beëindiging van het proces van verankering verborgen blijft voor anderen en wellicht ook voor de rechter zelf.

Hetgeen ons brengt bij een volgende implicatie. De rechter zou er verstandig aan doen om telkens wanneer hij een bewijsmiddel aanvaardt, zich expliciet af te vragen hoe het feit of de omstandigheid van algemene bekendheid precies luidt, waarvoor hij bij aanvaarding van dat bewijsmiddel voor anker gaat: is dat anker werkelijk veilig genoeg om geen (verder) bewijs te behoeven? Hij zou er bovendien verstandig aan doen zich die vraag te stellen telkens als hij een aangeboden bewijsmiddel terzijde laat omdat hij het voor 'kennelijk leugenachtig' houdt. Elders hebben wij een aantal van klaarblijkelijk nogal eens gebruikte ankers opgesomd.¹² Wij herhalen er hier enkele:

1. Getuigen die belang hebben bij liegen, doen dat meestal ook.
2. Geestelijk gehandicapten kunnen doorgaans niet liegen.
3. Verdachten die op enig moment een bekentenis afleggen, spreken meestal de waarheid. Latere ontkenningen hoeven niet geloofd te worden.
4. Opsporingsambtenaren zijn meestal betrouwbaarder getuigen dan gewone mensen.
5. Wie aan drugs verslaafd is, verkrijgt het daarvoor nodige geld meestal uit vermogensdelicten.
6. Vrouwen die beweren verkracht te zijn, liegen meestal niet.
7. Naarmate getuigen zich zelfverzekerder uitlaten, zijn hun verklaringen geloofwaardiger.
8. Het Nederlands Forensisch Instituut (vroeger Gerechtelijk Laboratorium) maakt zelden fouten.
9. Processen-verbaal zijn een adequate weergave van hetgeen een opsporingsambtenaar bekend is geworden.

Het is niet zeker dat deze en soortgelijke vuistregels altijd veilig zijn. Van sommige weten wij niet hoe veilig zij zijn; van andere (de vierde, de zevende en de

9. Zie ook Corstens (1999), p. 592 e.v.

10. Brouns (1991), p. 164, accentuering toegevoegd.

11. Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994), p. 86.

12. Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994), p. 75.

negende) weten wij uit onderzoek dat zij meestal niet gelden.¹³ Twining wees erop dat *common sense* ankers bestaan uit een mengeling van wetenschappelijk verantwoorde feiten, impressies, stereotypen en mythes en dat, zelfs als er consensus bestaat over een bepaald anker, de juistheid daarvan nog niet zeker is.¹⁴

Diagnostische waarde

Het ene bewijsmiddel zegt meer over de schuld van de verdachte dan het andere. Bewijsmiddelen verschillen in de mate waarin zij *diagnostisch* zijn voor hetgeen de rechter moet beslissen. De diagnostische waarde van een bewijsmiddel hangt direct samen met de algemene regel waarop dat bewijsmiddel is gebaseerd. Een bewijsmiddel dat is gebaseerd op een algemene regel die veel uitzonderingen toelaat, is minder sterk dan een bewijsmiddel dat steunt op een algemene regel met weinig uitzonderingen. De algemene regel ‘bij het vergelijken van vingerafdrukken worden *zelden* fouten gemaakt’ levert derhalve vermoedelijk¹⁵ een sterker bewijsmiddel op dan ‘getuigen die belang hebben bij liegen, doen dat *meestal* ook.’ De kwalificatie in de algemene regel, zoals ‘meestal’, ‘vaak’, ‘soms’ of ‘zelden’, levert een indicatie op over de diagnostische waarde van het daarop gebaseerde bewijsmiddel, tenminste als de algemene regel die de rechter voor juist aanneemt ook werkelijk juist is.

De taalkundige omschrijvingen van de algemene regels en de hoeveelheid uitzonderingen die men daarachter kan denken, blijven wat vaag. Het zou voor de rechtspraak dienstig zijn als althans een deel van de algemene regels gekwantificeerd zouden kunnen worden en de diagnostische waarden van de bijbehorende bewijsmiddelen in een getal uitgedrukt zouden kunnen worden. Velen hebben daartoe inmiddels een poging ondernomen,¹⁶ maar dat is geen succes geworden om redenen die wij al eens elders uiteen hebben gezet.¹⁷ Toch is het zinvol preciezer ernaar te kijken hoe de diagnostische waarde van een bewijsmiddel kan worden uitgerekend.

Laten wij als voorbeeld nemen de Oslo-confrontatie waarbij een getuige de verdachte herkent als de dader van een misdrijf.¹⁸ De getuige kan de verdachte hebben aangewezen of niet en hij kan gelijk hebben of niet. In schema ziet dat er uit als in tabel 1.

13. Zie over de vierde regel Barker & Carter (1990) en Woodhouse, Baddeley & Simmonds (1979) en over de zevende Odinet, Wolters & Van Koppen (2009), Read, Lindsay & Nicholls (1998), Sporer, Penrod, Read & Cutler (1995), Penrod & Cutler (1995) en Cutler & Penrod (1995). De negende regel wordt tegengesproken door Nijboer, Haket & Malsch (2008).

14. Twining (1999), p. 79 e.v.

15. Wij schrijven hier ‘vermoedelijk’ omdat over de werkelijke waarde van bewijs op basis van vingerafdrukken geen zekerheid bestaat. Zie daarover Van Koppen & Crombag (2000). Zie recente pogingen die waarde vast te stellen: Neumann, Champod, Puch-Solis, Egli, Anthonioz, Meuwly & Bromage-Griffiths (2006), Neumann, Champod, Puch-Solis, Egli, Anthonioz & Bromage-Griffiths (2007) en Egli, Champod & Margot (2007).

16. Edwards (1991), Eggleston (1983), Horwich (1982), Finkelstein & Fairly (1970), Tillers & Green (1988), Edwards (1988), Schum (1994), Kadane & Schum (1996) en Tribe (1971).

17. Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994), hoofdstuk 3.

18. Zie over de Oslo-confrontatie hoofdstuk 15.

Tabel 1: Herkenning door getuige van verdachte als dader

Getuige	Werkelijkheid	
	Verdachte is dader	Verdachte is niet dader
Wijst verdachte aan	Correct	Fout-positief
Wijst verdachte niet aan	Fout-negatief	Correct

De tabel laat zien dat de rechter twee fouten kan maken als hij het bewijsmiddel weegt: hij kan ten onrechte de getuige geloven (fout-positief) en hij kan ten onrechte de getuige niet geloven (fout-negatief). Het is mogelijk dat de rechter weinig fouten maakt als hij de getuigen *altijd* gelooft, omdat hij denkt dat onschuldigen zelden worden aangewezen. Als hij alle getuigen gelooft die de verdachte *niet* aanwezen, zal hij misschien meer fouten maken.

Alvorens verder in te gaan op de diagnostische waarde van bewijsmiddelen, leggen wij uit hoe de diagnostische waarde wordt berekend. Wij gebruiken opnieuw het voorbeeld van de getuigen die herkennen en niet herkennen. Er zijn 100 verdachten; daarvan zijn er in werkelijkheid 90 schuldig en 10 onschuldig. De getuigen deden het verder als is weergegeven in tabel 2.

Tabel 2: Een fictief voorbeeld van herkenningen door getuigen van de verdachte als dader

Getuige	Werkelijkheid	
	Verdachte is dader	Verdachte is niet dader
Wijst verdachte aan	70	1
Wijst verdachte niet aan	20	9

Als tabel 2 een accurate weergave is van de werkelijkheid, zou het erop kunnen lijken dat de herkenning door een getuige zeer diagnostisch is: van de 71 verdachten die zijn herkend, zijn er 70 ook werkelijk schuldig. De diagnostische waarde voor herkenning door een getuige wordt berekend door het aantal juiste diagnoses te delen door het aantal onjuiste. In tabel 2 is de diagnostische waarde van herkennen dus erg hoog: $70/1 = 70$. Maar die weergave is misleidend: het diagnostische effect van een herkenning wordt mede bepaald door het feit dat er maar zo weinig onschuldigen zijn. Er is namelijk een ander gegeven verstopt in tabel 2: de zogenaamde *base rate* van schuldigen, te weten het feit dat de verdachte wordt vervolgd door het openbaar ministerie. Als wij aannemen dat het openbaar ministerie niet lukraak mensen vervolgt, mogen wij aannemen dat onder de door het openbaar ministerie vervolgd het aantal schuldigen zeer

groot is. In de bevolking als geheel zijn er weliswaar veel meer onschuldige burgers dan delinquenten; bij de deelgroep van verdachten is de *base rate* juist andersom. Maar het feit *dat* iemand verdacht is, mag de rechter niet als aanwijzing gebruiken omdat hij dan in een cirkelredenering terecht komt; hij moet immers vaststellen of iemand *terecht* wordt vervolgd.

De vreemde gevolgen van vermenging met de *base rate* van schuld wordt duidelijk als men op dezelfde wijze de diagnostische waarde van het niet herkennen berekent. De mate waarin niet herkennen op *schuld* zou wijzen is volgens tabel 2: $20/9 = 2,2$. Dat wil zeggen dat een herkenning zeer diagnostisch is voor schuld (diagnostische waarde = 70) en niet herkennen matig diagnostisch voor schuld (diagnostische waarde = 2,2), maar *beide* wijzen op schuld. Dat kan niet kloppen. Wij moeten daarom de diagnostische waarde van een herkenning beoordelen los van de *base rate* van schuldigen. Dat doe je door eenvoudig het aantal onschuldigen gelijk te maken aan het aantal schuldigen, bijvoorbeeld door percentages te nemen en dus ieder op 100 te stellen, zoals is gebeurd in tabel 3, en verder met die percentages te rekenen alsof het aantallen betreft.

Tabel 3: Berekening van diagnostische waarde in een fictief voorbeeld van herkenningen door getuigen van de verdachte als dader, als rekening wordt gehouden met de *base rate* van schuldigen

Getuige	Werkelijkheid	
	Verdachte is dader	Verdachte is niet dader
Wijst verdachte aan	78%	10%
Wijst verdachte niet aan	22%	90%
Totaal	100%	100%
(Aantal)	(90)	(10)

Van de 88 verdachten die zijn herkend, zijn er nu 78 schuldig en tien onschuldig. De diagnostische waarde is de ratio tussen de goede en foute beslissingen, $78/10$, en is in dit geval dus 7,8. De mate waarin niet herkennen door de getuige diagnostisch is voor schuld is nu veel kleiner: $22/90 = 0,24$. Een diagnostische waarde beneden de waarde 1,0 wijst erop dat het gegeven diagnostisch is voor het tegendeel; in ons geval is niet herkennen derhalve diagnostisch voor onschuld. De diagnostische waarde voor het tegendeel berekent men eenvoudig door de ratio om te draaien: de mate waarin niet herkennen door de getuige diagnostisch is voor onschuld is $90/22 = 4,1$. Een diagnostische waarde van precies 1,0 betekent dat het gegeven niet diagnostisch is, noch voor schuld, noch voor onschuld.

Benadrukt moet echter worden dat de als voorbeeld gebruikte getallen fictief zijn. In werkelijkheid kan de diagnostische waarde van een herkenning door een getuige tijdens een correct uitgevoerde Oslo-confrontatie gemakkelijk bo-

ven de 15 liggen. Die waarde kennen wij alleen maar, omdat daarnaar empirisch onderzoek is gedaan,¹⁹ en dat getal kan alleen gebruikt worden als de omstandigheden in de concrete strafzaak sterk lijken op het uitgevoerde onderzoek: de Oslo-confrontatie wordt op de juiste manier uitgevoerd en de getuige nam onder optimale omstandigheden waar. Als de waarneming bij slecht licht of grote afstand plaats vond, neemt de diagnostische waarde drastisch af.²⁰ De diagnostische waarde van een slecht uitgevoerde Oslo-confrontatie is niet bekend. Dat is overigens niet bijzonder: de diagnostische waarde is ook onbekend van vele andere vormen van bewijs, zoals vingerafdrukken en kogelvergelijking.²¹

Rekenende rechters

Diagnostische waarde is slechts één manier om over de kracht van bewijsmiddelen te redeneren. Wij stellen ons natuurlijk niet echt voor dat rechters de diagnostische waarden van alle bewijsmiddelen kwantificeren en vervolgens vermenigvuldigen. Dat zou ook tot allerlei moeilijkheden leiden.²² Eén daarvan is dat bij geen enkel bewijsmiddel de diagnostische waarde bekend is en rekenen dan snel futiel wordt of teveel aannames vergt.²³ Een tweede is dat bewijsmiddelen noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaken van een verhaal en op allerlei verwachte maar ook onverwachte manieren met elkaar samenhangen. Die samenhang maakt elke berekening prohibitief complex.

Maar de hiervoor gegeven kwantitatieve redeneertrant heeft ons wel een aantal zaken geleerd. Ten eerste dat wettig bewijs niet hetzelfde is als diagnostisch bewijs. Bewijs heeft alleen diagnostische waarde als kan worden beargumenteerd dat een dergelijk belastend feit vaker wordt aangetroffen in geval van schuld dan in geval van onschuld. Alleen dan is van een werkelijk verankering sprake. Voorts hebben wij geleerd dat wettige bewijsmiddelen niet allemaal dezelfde diagnostische waarde hebben en bovendien dat wij de diagnostische waarde van veel soorten bewijsmiddelen niet (goed) kennen. Sommige wettige bewijsmiddelen hebben zelfs geen enkele diagnostische waarde.²⁴ Een voorbeeld ontlenen wij aan de Zwartewaalse incestzaak. De verdachte werd verweten dat hij langer dan een decennium zijn stiefdochtertje met grote regelmaat had misbruikt en verkracht. Hij werd veroordeeld op basis van de aangifte, aangevuld met de verklaring van de verdachte dat hij al die jaren bij zijn stiefdochter in huis had gewoond.²⁵ Als de raadsheren voor hun beslissing het voorgaande hadden gelezen, was het hen wellicht niet ontgaan dat niet-misbruikende en niet-verkrachtende stiefvaders

19. Wagenaar & Veeffkind (1992).

20. Wagenaar & Van der Schrier (1996). Zie hoofdstuk 15.

21. Zie Van Koppen & Crombag (2000) en Saks & Koehler (1991).

22. Tribe (1971), Wagenaar (1991), Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994).

23. Zie over de onmogelijkheid om de diagnostische waarde te berekenen Van Koppen (2004a). Let wel: dat geldt ook voor forensisch technisch bewijs, zoals DNA. De aannames houden onder andere in dat het met zekerheid vast staat dat bij het verzamelen van bewijs geen enkele fout is gemaakt.

24. In Crombag, Van Koppen & Wagenaar (1994) lieten wij zien dat de juridische dogmatiek impliciet een minimumeis stelt aan de gezamenlijke diagnostische waarde van het bewijs en dat het minimum in sommige zaken aantoonbaar niet wordt bereikt.

25. Zie Van Koppen, Fernhout & Van Bergen (2009). Er was overigens nog een derde bewijsmiddel, namelijk de geboorteakte van de aangeefster, kennelijk gebruikt om te bewijzen dat zij tijdens het misbruik minderjarig was.

evenzeer bij hun stiefdochter in huis plegen te wonen en dat de diagnostische waarde van dit bewijsmiddel dus gelijk is aan 1. Niet diagnostisch derhalve.

Een andere manier om over diagnostische waarde van bewijsmiddelen te denken is door te bezien op welke wijze feiten verankerd worden in regels. Een ‘bekentenis’ heeft slechts diagnostische waarde als wij geloof kunnen hechten aan de algemene regel dat een onschuldige vrijwel nooit een misdrijf zal bekennen. De moeilijkheid zit natuurlijk in de woorden ‘vrijwel nooit.’ Als dat echt heel weinig voorkomt, is de inferentie/de regel veilig en een bekentenis diagnostisch. Als er echter in feite nogal wat bekende verdachten onschuldigen zijn, is de inferentie/regel onveilig en een bekentenis minder diagnostisch.

Men kan de diagnostische waarde van een bewijsmiddel derhalve schatten aan de hand van het aantal uitzonderingen dat wordt toegelaten door de regel waarvoor de rechter voor anker gaat. Hoewel rechters bijna nooit in kwantitatieve termen over de diagnostische waarde van bewijsmiddelen denken, kunnen zij zich wél afvragen welke regels zij stilzwijgend gebruiken en hoeveel uitzonderingen zij denken dat daarop bestaan: niet- of zwak-diagnostische bewijsmiddelen zijn verankerd in regels waarop veel uitzonderingen bestaan.

Praktische implicaties voor raadslieden

De praktische implicaties voor raadslieden van de Theorie van Verhaal en Verankering zijn spiegelbeeldig aan de implicaties voor rechters en kunnen worden samengevat in de vorm van enkele aanbevelingen:

- De sterkste verdediging is een alternatief verhaal voor de tenlastelegging dat even goed past bij de gepresenteerde bewijsmiddelen.²⁶
- Voorkom dat de rechtbank te vroeg stopt met het afdalen in de hiërarchie van in elkaar genestelde deelverhalen.
- Houdt de rechtbank, zodra zij stopt met doorvragen over een bewijsmiddel, voor hoe dan de algemene regel luidt, waarvoor zij voor anker dreigt te gaan en vraag of de rechtbank uitdrukkelijk te bevestigen dat zij deze regel werkelijk gelooft.
- Als de rechtbank te kennen geeft inderdaad voor een bepaald anker te willen gaan liggen, vraag dan in hoeverre de rechtbank gelooft dat de algemene regel uitzonderingen toelaat en vraag vervolgens of zij van oordeel is dat die uitzonderingen in casu met voldoende waarschijnlijkheid kunnen worden uitgesloten.

Het probleem bij dit alles is natuurlijk dat het lang niet zeker is dat de rechtbank zich op al deze punten door de verdediging zal laten leiden. En als dat al lukt, komt men in de wat absurdistische positie met het openbaar ministerie of de rechtbank in discussie te moeten gaan over de vraag wat nu precies feiten en omstandigheden van algemene bekendheid zijn, waarover discussie immers niet meer nodig wordt geacht. Niettemin dient het naar ons oordeel een doel, te weten hoe het spel, zo mogelijk, gespeeld moet worden.

26. Zie hierover Crombag & Wagenaar (2000).

Getuige-deskundigen

Tenslotte enkele opmerkingen over de rol van getuige-deskundigen in strafzaken. Voor de rechter, op zoek naar een veilig anker, kan een deskundige een godsgeschenk lijken. Zich afvragend of hij op de identificaties van de vier getuigen in onze casus kan afgaan, zou de rechter zich kunnen verlaten op een deskundige die verklaart dat de identificatietests naar zijn oordeel correct zijn verlopen. Een rechtbank die zich daarop verlaat, gaat voor anker voor de algemene regel dat de meeste deskundigen inderdaad deskundig zijn en geen fouten maken. Zij gebruikt de deskundige derhalve als plaatsvervangend anker. Soms lijkt de rechter daarbij nauwelijks een keuze te hebben. Wat kan hij anders doen met het rapport van twee gedragsdeskundigen die verklaren dat een verdachte verminderd toerekeningsvatbaar is?

Wie van deskundigenberichten wel eens kennis heeft genomen, weet dat de ene deskundige de andere niet is. Dat springt in het oog wanneer de verdediging met een contra-expert komt. Als die nu verklaart dat er bij de identificatie van de van de bankoverval verdachte man ernstige fouten zijn gemaakt – bijvoorbeeld, bij de Oslo-confrontatie voldeden twee van de getoonde zes personen onvoldoende aan het signalement van de dader – dan moet de rechter kiezen voor welke expert hij voor anker zal gaan. Maar de keuze kan hij moeilijk maken als hij zelf niet even deskundig is op het vakgebied van de beide deskundigen.²⁷

De uitweg uit dit dilemma ligt voor de hand: de experts ondervragen over de bron van hun beweerde deskundigheid en over de vraag of de in casu gevolgde werkwijze wel in overeenstemming is met hetgeen in de kring van vakgenoten gebruikelijk is. In de Verenigde Staten is zulk een toetsing van deskundigen gebruikelijk. Zij stond daar tot voor kort bekend als de *Frye*-test. Een deskundige die de *Frye*-test of een daarop lijkend criterium niet passeert, kan niet als plaatsvervangend anker voor een bewijsmiddel dienen. Ieder deskundigenbericht behoeft zelf een anker. In ons land lag deze kwestie tot voor kort anders. Hier gold, in de woorden van Knigge als ‘vaste jurisprudentie dat het aan de feitenrechter is uit te maken wie hij als deskundige aanmerkt’ en dat ‘enige motivering daarbij [...] in de regel niet vereist’ is.²⁸ In die onbevredigende stand van zaken lijkt verandering gekomen sinds de Hoge Raad in 1998 het zogeheten Schoenmakersarrest wees.²⁹ In dat arrest worden voor het eerst de eisen opgesomd waaraan bewijs met behulp van een deskundigenbericht moet voldoen. De rechter moet nagaan (wij laten ons leiden door de annotator in de *Nederlandse Jurisprudentie*):

- wat het beroep, de opleiding en de ervaring van de deskundige is;
- of zijn aldus vastgestelde deskundigheid zich uitstrekt tot het onderwerp waarover van hem een verklaring wordt verlangd;
- volgens welke methode het deskundigenonderzoek werd uitgevoerd;
- waarom deze methode betrouwbaar mag worden geacht;
- of de deskundige in staat is deze methode vakkundig toe te passen.

27. Zie Crombag (2000b) en Van Koppen (2004a).

28. Knigge (1991), p. 115. Er zijn, zoals Knigge’s formulering aangeeft enkele uitzonderingen: HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 748 en HR 30 maart 1999, *NJ* 1999, 451. Meer daarover in hoofdstuk 14.

29. HR 27 januari 1998, *NJ* 1998, 404.

De *NJ*-annotator voegt toe dat voortaan ‘in beginsel iedere onderbouwde betwisting van de kwalificaties van wie als deskundige wordt gepresenteerd expliciet behoort te worden beantwoord.’ En zo beschikken wij ook in ons land eindelijk over een soort Frye-test.³⁰ De toekomst zal echter nog moeten uitwijzen hoe strikt de Hoge Raad zich aan haar eigen woord zal houden.

Aanbevolen literatuur

Cohen, L.J. (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon.

Crombag, H.F.M., P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar. (2008). *Dubieuze zaken: De psychologie van strafrechtelijk bewijs* (5e ed.). Amsterdam: Olympus.

30. Het is verstandig hier erop te wijzen dat de Amerikaanse rechter met de Frye-test en recentere jurisprudentie van het US Supreme Court zich vooral richt op de imput-controle – welk bewijs mag toegelaten worden om aan de jury te worden gepresenteerd – en de Nederlandse rechter op output-controle – welk bewijs mag op welke manier worden gebruikt bij de beslissing. Zie uitgebreider Van Kampen (1998) en Van Koppen (2004a).