

De duizend – of twee duizend? – onschuldigen van Derksen

Harald Merckelbach & Henry Otgaar¹

De auteur van *Onschuldig Vast* beweert dat in ons land elk jaar duizend, misschien wel tweeduizend onschuldige burgers achter de tralies verdwijnen. Die breed uitgevente boodschap is gebaseerd op bedenkelijk rekenwerk en een storend gebrek aan prudentie. Ook nogal in het oog springend is dat het boek de Duitse vakliteratuur negeert. De wetenschappelijke analyse van rechtsdwalingen is belangrijk, maar met hysterische statistieken komt ze geen stap verder.

Elk jaar weer gaan in Nederland ten minste duizend onschuldige burgers achter de tralies. Dat is wat de Nijmeegse wetenschapsfilosoof Ton Derksen in zijn onlangs verschenen boek *Onschuldig Vast* beweert.² Het foutenpercentage bij vrijheidsbenemende sancties is volgens dit boek torenhoog – ergens tussen de 5 en 10%.³ Daar zijn twee belangrijke oorzaken voor: politie en Openbaar Ministerie construeren op leugenachtige wijze belastend bewijs en rechters tuimelen in de ene na de andere cognitieve valkuil. Daarom is het de hoogste tijd dat er ruimere mogelijkheden voor herzieningsaanvragen komen. Zegt de auteur.

Zijn pleidooi voor wetenschappelijk onderzoek naar riskante veroordelingen kan op onze sympathie rekenen. Want hierin heeft Derksen gelijk: het ontbreekt in ons land aan de systematische studie van rechterlijke beslissingen en wat daarbij fout kan gaan. Maar dat is zo'n beetje alles wat er aan aardigs over dit boek valt op te merken. We zouden er verder het zwijgen toe hebben gedaan als niet het boek zo instemmend was geciteerd door journalisten en – via deze journalisten – door Tweede Kamerleden.⁴ Hieronder leggen we uit waarom dat onverdiend is.⁵

Academische verankering

Wetenschap streeft naar kennisgroei. Haar beoefenaars worden geacht op de schouders van voorgaande auteurs te gaan staan.⁶ Als voorgangers verwijst Derksen naar Amerikaanse wetenschappers en wat zij te melden hebben over de riskante veroordelingen waartoe het jurysysteem in staat is. De beperkte relevantie daarvan voor de Nederlandse strafrechtspleging lijkt ons vanzelfsprekend. Informatiever zijn Duitse auteurs. Er bestaat in Duitsland een lange traditie van onderzoek naar rechtsdwalingen.⁷

Maar de rijke literatuur die dat heeft opgeleverd, wordt door *Onschuldig Vast* volstrekt genegeerd. Alsof ze niet bestaat. Dat gebrek aan inbedding is storend. We komen er hieronder nog kort op terug.

In de Europese literatuur die Derksen wél bespreekt, toont hij zich meer partizaan dan wetenschapper. Zo wijst hij bij herhaling op een publicatie waaruit zou blijken – ‘shokkend’ – dat Noorse strafrechters in hun beslissingen genoeg nemen met een foutenmarge van 17%. Maar het is geen eerlijke samenvatting van wat er te lezen valt. Het ging de onderzoekers in de bedoelde publicatie om hoe mensen ‘beyond reasonable doubt’ begrijpen. Zo'n 1200 proefpersonen – waaronder 45 beroepsrechters – lazen eerst een fictieve casus over een vrouw die beweerd werd te zijn door een kennis.⁸ Vervolgens keken ze naar op video opgenomen verklaringen van slachtoffer en verdachte (gespeeld door acteurs). Ten slotte werd de proefpersonen gevraagd hoe schuldig ze de verdachte vonden. Dat kruisten ze aan op een continue schuldsschaal die liep van 0 tot 100%. Bovendien vulden ze een dichotome maat in (de verdachte is wel/niet schuldig).⁹ De crux van het onderzoek bestond eruit dat de dichotome maat aan de continue schaal werd gekoppeld. In het groepje rechters correspondeerde het punt waarbij (ongeveer) de helft van de rechters in deze zaak tot een schuldig verklaring ('wel') zou komen met een gemiddelde score van 83% op de continue schuldsschaal. Daarmee legden de rechters de lat aanzienlijk hoger dan leken (die op dat punt een gemiddelde score van rond de 60% hadden). Dat is dan ook wat de auteurs concluderen: 'trial judges seem to apply the beyond reasonable doubt criterion.'¹⁰ Maar Derksen geeft er een eigen en onjuiste draai aan door de 83 procent af te trekken van 100 en dan te zeggen dat Noor-

se rechters bij hun veroordelingen een foutenpercentage van 17% acceptabel vinden.

Ander voorbeeld. Derksen benadrukt het grote aantal gerechtelijke dwalingen dat de Engelse *Criminal Cases Review Commission* (CRCC) zou hebben blootgelegd. Maar groot ten opzichte van wat? De auteur verzuimt om het perspectief te schetsen. De CRCC kijkt naar riskante veroordelingen. Als daar naar haar mening sprake van is, verwijst ze een zaak naar de *Court of Appeal Criminal Division* (CACD), die eventueel tot een vrijspraak kan komen (wat bij ongeveer 70% van de verwijzingen gebeurt). In 2015/2016 werden 1480 nieuwe zaken aangemeld bij de CRCC. Zo'n 40% daarvan was niet ontvankelijk. In totaal werden 33 zaken verwezen naar de CACD. Dat is 1,8% van het totaal aan 1797 zaken dat de CRCC over dat jaar behandelde; het zal een nog miniemere proportie zijn van het totaal aantal veroordelingen.¹¹

Nog meer cijfers

Derksens omgang met cijfers doet vreemd aan voor iemand die juristen het verwijt maakt dat ze zo gemankeerd zijn in empirisch onderzoek. Het gaat dan vooral om hoe hij tot schattingen komt van het aantal onschuldige mensen dat jaarlijks tot een vrijheidsstraf wordt veroordeeld. Zijn werkwijze nodigt uit tot inflatoire statistieken. Zo vroeg hij aan veelplegers of ze vast hadden gezeten voor dingen die ze niet op hun kerfstok hadden. Nou en of; een dikke 6% van hun veroordelingen zou onterecht zijn geweest. Zo'n percentage zegt weinig over foute veroordelingen en veel over wie veelplegers zijn en wat ze zoal doen. Veelplegers hebben doorgaans verslavingsproblemen. Ze voorzien in hun behoefte door hoogfrequent vermogensdelicten met en zonder geweld te plegen. Het jaarlijks totaal per veelpleger kan makkelijk in de honderd lopen.¹² Nogal wiesde dat veelplegers zich een fiks aantal daarvan na verloop van tijd niet meer zullen herinneren, ook al worden ze er uiteindelijk wél voor veroordeeld wanneer belastend bewijs voorhanden is. Dat

veelplegers weinig weten van de delicten waarvoor ze zijn veroordeeld, zal hun schattingen van het aantal onterechte veroordelingen omhoog stuwen.

Derksen sprak voorts met vrijwilligers die gevangenen bezoeken en gevangenisdirecteuren. Kenden zij onschuldig veroordeelden? Jazeker, die kenden ze. De zaken die de gesprekspartners zoal in hun achterhoofd hadden, vloeiden in de statistieken van Derksen. Dat is opnieuw twijfelachtig. Want de gesprekspartners van Derksen hadden niet de volledige dossiers van de gedetineerden in hun bezit, laat staan dat ze deze dossiers op

In de Europese literatuur die Derksen wél bespreekt, toont hij zich meer partizaan dan wetenschapper

hun duimpje kenden. Ze zullen voor hun oordeel dus zijn afgegaan op de goudeerlijke indruk die sommige gedetineerden maken als zij het delict waarvoor ze zijn veroordeeld glashard ontkennen. Dat valse bekentenissen voorkomen en riskant zijn, weet onderhand iedereen. Maar dat er ook zo iets bestaat als valse ontkenningen en dat sommige delinquenten daarin zo virtuoos zijn dat zij anderen van hun onschuld weten te overtuigen, heeft lang niet iedereen scherp op het netvlies staan.¹³

Derksen als opperrechter

De statistieken van Derksen werden ook gevoed met het aantal rechtsdwalingen over de afgelopen jaren. Maar wat telt als dwaling? In *Onschuldig Vast* geldt iets als dwaling

Auteurs

1. Prof. dr. H.L.G.J. Merkelbach is als hoogleraar rechtspsychologie verbonden aan de Universiteit Maastricht. Hij is tevens lid van de Adviescommissie afgesloten strafzaken (ACAS). Dr. H. Otgaar is als universitair docent verbonden aan dezelfde universiteit. Hij is bovendien lid van de Landelijke Expertisegroep Bijzondere Zedenzaken (LEBZ).

Noten

2. T. Derksen, *Onschuldig Vast*, ISVV Uitgevers 2016.
3. De aantallen en percentages die Derksen noemt, schommelen hevig. Op p. 195 noemt hij het getal van tweeduizend mensen 'onschuldig in het gevang' en op p. 220 worden percentages foute veroordelingen genoemd van 7 tot 15%. Maar 11,1, 16,7 en 19,4% kwamen we ook tegen (zie bijv. p. 173). Zulke decimalen suggereren trou-

wens een precisie die de auteur niet waar maakt. Zie ook noot 14.

4. Bijv. F. Jensma, 'Onschuldig en veroordeeld: zie dan maar eens vrij te komen', *NRC Handelsblad* 21 november 2016; C. Pelgrim, 'Tweede Kamer wil justitiële dwaling kunnen herstellen', *NRC Handelsblad* 30 november 2016.
5. Zie voor kritische kanttekeningen ook: T. Spronken, 'Duizenden onschuldig veroordeeld?', *NJB* 2016/2218, afl. 43, p. 3165.
6. Gebrek aan intellectuele inbedding – *lack of connectivity* – wordt wel als een symptoom van pseudowetenschap gezien. Zie in die zin: S.O. Lilienfeld & K. Landfield, 'Science and pseudoscience in law enforcement: A user-friendly primer', *Criminal Justice and Behavior*, 2008/35, p. 1215-1230. *Lack of connectivity* leggen auteurs aan de dag wanneer 'they do not build on the existing corpus of evidence generated by previous research', p. 1124.

7. Bijv. M. Hirschberg, *Das Fehlurteil im Strafprozeß*, Fischer, 1962; K. Peters, *Fehlerquellen im Strafprozeß*; C.F. Müller, 1970; S. Barton, *Die Revisionsrechtsprechung des BGH – eine empirische Untersuchung der Rechtspraxis*, Luchterhand 1996; J.M. Jehle, 'Was und wie häufig sind Fehlurteile?' *Forensische Psychiatrie, Psychologie, und Kriminologie*, 2013/7, p. 222-229. En ook: J. Kaspar & C. Arnemann, 'Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf', *Recht und Psychiatrie*, 2016/34, p. 58-64. Zie voor een beschouwing voorts: C. Fijnaut, 'De herziening in rechtsvergelijkend perspectief', *NJB* 2016/1230, afl. 25, p. 1749-1755.
8. S. Magnussen e.a., 'The probability of guilt in criminal cases: Are people aware of being beyond reasonable doubt?', *Applied Cognitive Psychology*, 2014/28, p. 196-203.

9. De instructie aan de proefpersonen luidde als volgt: 'We know that there are other pieces of information that must be considered when deciding on a verdict, but we would like you to make a judgment (...).' S. Magnusson e.a., *art. cit.*, p. 197. Het cursief is van ons.
10. S. Magnusson e.a., *art. cit.*, p. 199.
11. *Criminal cases review commission: Annual report and accounts*, Crown, 2016. Zie ook C. Fijnaut, *art. cit.*, p. 1752.
12. R.F. Meijer e.a., *Drugs, delicten en handhavingskosten*. CDWO-WODC, 1995.
13. Zie voor pijnlijke voorbeelden van gerechtelijke dwalingen die toch geen gerechtelijke dwalingen bleken: P.G. Cassell, 'The guilty and the innocent: An examination of alleged cases of wrongful conviction from false confessions', *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1989-1999/22, p. 523-603.



© dieKleinert / Alamy

als Derksen vindt dat het een dwaling is. De auteur fungeert als opperrechter. Hij rekent gevallen tot de categorie van dwalingen, ook als de Commissie evaluatie afgesloten strafzaken (CEAS) of de Adviescommissie afgesloten strafzaken (ACAS) bij deze gevallen geen enkel aanknopingspunt voor nader onderzoek vond. Derksen denkt het beter te weten, omdat hij in een fiks aantal daarvan zelf als deskundige optrad.¹⁴ Zijn ruim gevulde portefeuille van dwalingen schuift hij vervolgens als teller naar voren en die deelt hij door de kunstmatig klein gehouden noemer van zeer langgestraften. Dan krijg je inderdaad percentages waarmee je Kamerleden de stuipen op het lijf kunt jagen.¹⁵

Ondertussen zijn de opperrechter Derksen en de deskundige Derksen één en dezelfde. Dat roept deze vraag op: Hoe heeft Derksen zich gewapend tegen de cognitieve valkuilen waarin je kunt trappen als je deze rollen combineert? Te denken valt aan sturende contextinformatie (*expectancy bias*), de affiliatie-bias en consistentiedrift (*belief perseverance*).¹⁶ In het beste deel van zijn boek staat Derksen stil bij zulke cognitieve valkuilen voor zover ze een risico voor rechters zijn.¹⁷ Maar hoe zit het met Derksen zelf?¹⁸ Hoe voorkomt *hij* dat zijn oordeel beïnvloed raakt door de sturende informatie van een advocaat? Hoe houdt *hij* de neiging om lief te zijn voor opdrachtgevers buiten boord? Wanneer is *hij* bereid om *zijn* mening bij te stellen? Is dat wel eens gebeurd? Wat is überhaupt zijn foutenmarge? Het zijn geen kwesties waaraan je zo maar voorbij kunt gaan als je anderen de maat neemt. De pionier op dit terrein, psycholoog en Nobelprijswinnaar Daniel Kahneman, schreef in zijn boek over cognitieve valkuilen: 'Except for some effects that I attribute mostly to age, my intuitive thinking is just as prone to overconfidence, extreme predictions, and the planning fallacy as it was before I made a study of these issues.'¹⁹ Aan die intellectuele eerlijkheid had Derksen een voorbeeld kunnen nemen.

Bedrog

Het is niet dat politiemensen, officieren of deskundigen als Derksen willens en wetens in een cognitieve valkuil trappen. Zoiets overkomt je. Sommige omstandigheden, zoals chaos en drukte, vergroten het risico en dan is het verstandig om maatregelen te treffen. In het geval van deskundigen is dat bijvoorbeeld dat je je rapport – of boek – laat toetsen door kritische collega's.

In *Onschuldig Vast* geldt iets als dwaling als Derksen vindt dat het een dwaling is

Liegen en bedriegen zijn van een andere orde. Dat doe je opzettelijk. Derksen stelt dat liegen en bedriegen op enige schaal voorkomen onder politiemensen en officieren van justitie. Een voorbeeld dat de auteur herhaaldelijk geeft, is dat van manco's in de politieverslagen van verhoren of van taps. Dat zulke manco's bestaan, wisten we al op grond van voorgaand onderzoek (dat Derksen niet bespreekt).²⁰ Dat ze het resultaat van doelbewuste misleiding zijn, maakt Derksen niet aannemelijk. Hij onderneemt niet eens een poging in die richting. Het laat je als lezer beduusd achter. Juist omdat de beschuldiging zo ernstig is.²¹

Prudentie

Ofschoon hij al een tijdje onder de juristen verkeert, lijkt het Derksen te ontgaan dat aan uitspraken in hun domein de eis van prudentie kan worden gesteld. Dat geldt al helemaal als er slachtoffers in het spel zijn. Derksen vindt bij-

voorbeeld dat ook de nieuwe veroordeelde in de *Puttense moord*-zaak onschuldig is. Het is zijn goed recht om dat tegen iedereen te vertellen die het maar horen wil. Derksen mag ook geloof hechten aan het verhaal van de veroordeelde dat hij een geheime relatie onderhield met het slachtoffer en dat hij – de veroordeelde – zeer toevallig de

Het laat je als lezer beduusd achter. Juist omdat de beschuldiging zo ernstig is

liefde bedreef met het slachtoffer vlak voordat ze door een onbekende werd vermoord.²² Maar Derksen bereikt een dieptepunt als hij schrijft over ‘de cruciale zaterdagavondseks-sessie’ van veroordeelde en slachtoffer alsof het een vaststaand feit betrof. Het slachtoffer is immers dood en kan Derksen niet tegenspreken.

Media

Derksen bepleit een ruimere mogelijkheid voor herziening. Een veroordeelde zou aannemelijk moeten maken dat er een *real possibility* is dat hij ten onrechte werd veroordeeld.

14. Bijv. Derksen, op. *cit.*, p. 172: ‘In dit soort zaken waarbij ik een rol heb gespeeld (...) heb ik steeds na eigen studie moeten vaststellen dat de advocaten het volgens mij bij het rechte eind hadden.’

15. Vergelijk Derksen, op. *cit.*, p. 173: ‘Het minimum foutenpercentage bij veroordelingen tot levenslange gevangenisstraf zou dan worden: 6 van de 36 = 16,7%’.

16. H. Merckelbach, ‘Deskundigen in het traject naar herziening’, *NJB* 2016/1232,

afl. 25, p. 1761-1766.

17. Derksen, op. *cit.* p. 33-50.

18. Zie voor een vergelijkbare kritiek: M. Loth, ‘Slapende rechters of dwalende deskundigen?’, *NJB* 2009/868, afl. 18, p. 1142-1147.

19. D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Allen Lane, 2011, p. 417.

20. Bijv. M. Malsch et al., *Kijken, luisteren, lezen: De invloed van beeld, geluid en schrijft op het oordeel over verdachtenver-*

Dat – en niet een novum – zou de doorslag voor een toegevoegde herziening moeten zijn. Maar wat is nou helemaal een *real possibility*? Alles wat niet logisch onmogelijk is, lijkt ons een *real possibility*. Dat tot kernstuk van de herziening maken, zal elke veroordeelde aanspreken die niet op heterdaad is aangehouden. Het zal een hausse opleveren aan herzieningsaanvragen, waarbij slachtoffers – voor zover ze nog leven – zich moeten laten welgevalen dat ze figuren in smakeloze, maar niet onmogelijke scenario’s.

De duizend of tweeduizend onschuldig veroordeelden van Derksen kregen, zoals gezegd, veel aandacht in de media. In het hoofdredactioneel commentaar van 22 november 2016 schreef *NRC Handelsblad* bijvoorbeeld: ‘Tot de sterkere argumenten van Derksen behoort zijn analyse van buitenlands onderzoek in vergelijkbare landen.’ Pardon? Het land waar verdachten, officieren, rechters en beroepsmogelijkheden nog het meest lijken op die in Nederland is Duitsland. Als bovengrens van het percentage rechtsdwalingen komen onderzoekers daar steeds weer uit op de 0,5%.²³ Dat de percentages van Derksen een factor 10-30 hoger uitvallen, heeft niets te maken met de epidemische schaal waarop rechtsdwalingen in Nederland voorkomen, maar alles met Derksens gebrek aan academisch vakmanschap. Ofschoon in zo’n 0,5% geen enkele rechtvaardiging schuilt om genoegzaam achterover te leunen, is er niets gewonnen met het rondstrooien van hysterische getallen. Dat is wat Derksen met zijn duizend – of tweeduizend – doet. ●

horen, NSCR, 2015.

21. Derksen, op. *cit.*, p. 122: ‘Concluderend, bij het OM vinden we hetzelfde soort bedrog als bij de politie: (i) leugens, (ii) achterhouden van ontlastend bewijsmateriaal en (iii) creëren van belastend bewijsmateriaal, en wel door middel van een valse uitwerking van een tap’.

22. Derksen dondert hier met open ogen in een cognitieve valkuil die te boek staat als *de conjunction fallacy* (ook wel het Linda-

probleem genaamd): het geloof dat combinaties van gebeurtenissen waarschijnlijker zijn dan de afzonderlijke gebeurtenissen. Zie H. Merckelbach, ‘De slaapwandelaar verdachte en het Linda-probleem’, *Expertise en Recht*, 2010/3, 99-104.

23. Bijv. Barton, *art. cit.*, 1996; Jehle, *art. cit.*, 2013.