



de Rechtspraak



[Recht in Nederland](#) | [Naar de rechter](#) | [Organisatie](#) | [Actualiteiten](#) | [Uitspraken en registers](#) | [Procedures](#) | [Werken bij](#)

[Home](#) > [Uitspraken en registers](#) > [Uitspraken](#) > [Zoeken in uitspraken](#)



ECLI:NL:PHR:2013:CA2549

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum uitspraak	11-06-2013
Datum publicatie	11-06-2013
Zaaknummer	12/01127 H
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2013:CA2549
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Herziening. Aanvraag ongegrond. CAG: zaakoverstijgende beschouwingen over het novumbegrip; een nieuw 'gegeven' i.d.z.v. art. 457.1 aanhef en onder c Sv.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](#)

Conclusie

Nr. 12/01127 H
Mr. Aben
Zitting: 9 april 2013

Conclusie inzake:

[Aanvrager]

Onderdeel A: De aanvraag tot herziening

1. Bij onherroepelijk geworden vonnis van de rechtbank te 's-Hertogenbosch van 7 mei 2008 is aanvrager van herziening wegens onder meer 5. "opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 3 eerste lid aanhef en onder C, van de Opiumwet gegeven verbod, meermalen gepleegd en medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 3, eerste lid aanhef en onder C, van de Opiumwet gegeven verbod" veroordeeld tot een gevangenisstraf van 365 dagen, waarvan 192 dagen voorwaardelijk.

2. Namens de aanvrager heeft mr. R.J. Baumgardt, advocaat te Spijkenisse, herziening gevraagd van het onherroepelijke vonnis van de rechtbank.

3. In de aanvraag wordt opgevoerd dat de zoon van de aanvrager (met exact dezelfde voornamen en achternaam als zijn vader) bij arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 18 november 2010 is vrijgesproken van het delict waarvoor de aanvrager onder 5 onder meer is veroordeeld, te weten het opzettelijk aanwezig hebben van 10.458 gram hennep (naar ik begrijp: een schraapsel van hennepplanten in een of twee vuilniszak(ken)) in een woning/pand (naar ik begrijp: de woonwagen van de (ex-)partner van de aanvrager c.q. moeder van de vrijgesproken zoon) aan [a-straat 1] te Nuenen op 28 juni 2007.

De niet met de bewezenverklaring te verenigen vrijspraak van de zoon van de aanvrager op zichzelf, alsook de termen waarop het hof de vrijspraak heeft gebaseerd, worden thans ten grondslag gelegd aan het herzieningsverzoek.

4. Ter terechtzitting van het hof in de zaak tegen de zoon van de aanvrager heeft de raadsman van de zoon betoogd dat de hoeveelheid van 10.458 gram hennep niet in of nabij de woning aan [a-straat 1] is aangetroffen en in beslag genomen, maar dat die hoeveelheid, blijkens de kennisgeving van inbeslagneming (die zich bij de stukken bevindt), is aangetroffen "naast de paardenstal". Die is volgens de raadsman van de zoon van de aanvrager 120 - 140 meter verwijderd van de woonwagen op [a-straat 1], en tussenin is bovendien een bosperceel gelegen. Deze stelling werd gestaafd met kadastrale gegevens en een afdruk van een foto afkomstig van 'google earth'.

5. Ik merk ten gunste van dit verzoek overigens op dat het nummer van de verbalisant die deze (twee) zakken in beslag heeft genomen ("naast de paardenstal") afwijkt van de overige nummers op de kennisgeving van inbeslagneming en dat ik dat nummer niet terugvind op de bij het proces-verbaal van doorzoeking vermelde lijst van verbalisantennummers voor locatie [a-straat 1].

Het hof heeft bij vermeld arrest de zoon van de aanvrager vrijgesproken vanwege "het ontbreken van een eenduidige bepaling van de plaats waar de tenlastegelegde hoeveelheden hennep in beslag zijn genomen,

(zodat) niet is vastgesteld kunnen worden dat de verdachte de beschikking of zeggenschap daarover had."

6. Uit Uw arrest van 2 oktober 2012, LJN BX6402, vloeit voort dat na de inwerkingtreding op 1 oktober 2012 van - kort gezegd - de Wet hervorming herziening ten voordele de aanvragen tot herziening die voordien zijn ingekomen dienen te worden beoordeeld naar de thans geldende maatstaven voor het bestaan van gronden voor herziening. De vraag rijst dus of de in de aanvraag opgeworpen gronden kunnen worden aangemerkt als een nieuw 'gegeven' in de zin van artikel 457, eerste lid, aanhef en onder c Sv.

7. Vanwege deze wetswijziging heb ik de mij door U geboden gelegenheid aangegrepen om enige tijd stil te staan bij de betekenis van deze wetswijziging. In onderdeel B van deze conclusie zal ik daartoe zaaksoverstijgende beschouwingen wijden aan de betekenis die de wetgever bij het begrip 'gegeven' voor ogen heeft gestaan. In onderdeel C van deze conclusie kom ik daarna weer terug bij de voorliggende zaak.

Onderdeel B: zaaksoverstijgende beschouwingen over het novumbegrip

Inhoudsopgave

1. Het herziene novum

2. De spanning tussen rechtszekerheid en rechtsherstel

3. Herziening op grond van een novum, voorafgaande aan 1 oktober 2012

3.1. De historie

3.2. De herzieningsprocedure

3.3. Het novumbegrip

4. Knelpunten in de oude regeling

4.1. Algemeen

4.2. De Puttense moordzaak

4.3. De Schiedammer parkmoord

4.4. De zaak Ina Post

4.5. De zaak Lucia de Berk

4.6. Conclusie

5. De "oplossing" van de knelpunten

5.1. Het gewijzigde deskundigeninzicht

5.2. Nader feitenonderzoek door de procureur-generaal bij de Hoge Raad

6. Waarneming en interpretatie

6.1. Waarneming en interpretatie

6.2. Waarneming en interpretatie in forensische wetenschap

6.3. Waarneming en interpretatie. Vervolg

6.4. Waarneming en interpretatie in geval van herzieningen

6.5. De kwaliteit van het deskundigeninzicht

7. De begrenzing van het 'gegeven'

7.1. Inleiding

7.2. Gewijzigde inzichten van andere dan feitelijke aard

7.3. Het bewijsoordeel

7.4. Gewijzigde inzichten van anderen dan deskundigen

8. De andere voorwaarden voor het novum

8.1. Restricties

8.2. Een 'nieuw' gegeven

8.3. De schakel tussen het gegeven en de uitkomst

8.3.1. Een causaal verband

8.3.2. Het relatieve gewicht van het novum

8.3.3. De modelrechter

8.3.4. Welke kans moet worden ingeschat?

8.3.5. Zekerheid van onschuld is niet vereist

8.3.6. De gradatie van waarschijnlijkheid van de vrijspraak na heropening

8.3.7. Het modelproces

9. Met herziening vergelijkbare instituten in het buitenland

9.1. Rechtsvergelijking

9.2. Frankrijk

9.3. Engeland en Wales

9.4. Duitsland

10. De inwerking van de bijkomende restricties op het 'gegeven'

11. Synthese

1. Het herziene novum

Artikel 457 Sv is gewijzigd bij Wet van 18 juni 2012, Stb. 2012, 275 (Wet hervorming herziening ten voordele), die in werking is getreden op 1 oktober 2012. Aan de werkingssfeer van de wettelijke grond voor herziening die gebruikelijk het 'novum' wordt genoemd, is daarbij een (in de woorden van de minister) "significante verruiming" gegeven.⁽¹⁾ Hieronder zal ik stilstaan bij de omvang van die verruiming. Daartoe schets ik de contouren van het instituut herziening in het algemeen, beschrijf ik de invulling die voorafgaande aan 1 oktober 2012 aan het novumbegrip werd gegeven, bewandel ik een zijspoor over het onderscheid tussen waarneming en interpretatie in de wetenschap, en sta ik na een uiteenzetting over vergelijkbare instituten in het buitenland stil bij de herzieningsregeling die de wetgever van 2012 voor ogen staat.

2. De spanning tussen rechtszekerheid en rechtsherstel

De veroordeling van een onschuldige is onrecht. Tenzij de rechter iedere verdachte vrijsprekt, is de reële kans op een onterechte veroordeling echter onvermijdelijk. Over de juistheid van het oordeel dat de verdachte het tenlastegelegde delict heeft gepleegd, kan eenvoudigweg geen mathematische zekerheid worden verkregen. De wet eist die dan ook niet voor een veroordeling. Aan de bewijsstandaard van artikel 338 Sv is voldaan indien de rechter op grond van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft gekregen dat de verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan. De rechter mag dus uitsluitend veroordelen indien het feitenmateriaal dat ter terechtzitting is onderzocht deze rechterlijke overtuiging heeft teweeggebracht. Deze bewijsstandaard laat de mogelijkheid open dat zij wordt vervuld na een eerlijk proces en op grond van wettig bewijsmateriaal, ondanks dat de verdachte onschuldig is.

Rechterlijke dwalingen als hier bedoeld zijn van alle tijden⁽²⁾ en alle plaatsen.⁽³⁾ Het is dan ook niet verwonderlijk dat in ieder zichzelf respecterend rechtssysteem een correctiemechanisme is ingebouwd dat ertoe dient om dergelijke dwalingen te ondervangen. Hier te lande heet dat mechanisme de herziening. Herziening van - in beginsel onherroepelijke - veroordelingen is een buitengewoon rechtsmiddel dat na afsluiting van de strafzaak de correctie mogelijk maakt van een onjuiste rechterlijke uitspraak.

Veroordelingen kunnen om meer redenen onjuist zijn. De rechter kan in zijn einduitspraak bijvoorbeeld een juridische fout hebben gemaakt die doorwerkt in de veroordeling. Deze vorm van dwalingen, rechtsdwalingen, blijven hier buiten beschouwing. Van oudsher wordt het systeem van gewone rechtsmiddelen toereikend geacht om te voorzien in het herstel van rechtsdwalingen. Alleen bij ernstige twijfel aan de feitelijke juistheid van het bestreden gewijsde is herziening mogelijk.⁽⁴⁾

Mogelijk is trouwens dat de feitenrechter belastend bewijsmateriaal over het hoofd heeft gezien of de betekenis daarvan onvoldoende heeft doorgrond en als gevolg daarvan de dader van een ernstig misdrijf onherroepelijk heeft vrijgesproken. De mogelijkheid van herstel van dergelijke fouten en de condities waaronder daarvoor ruimte is, vormen het onderwerp van een wetsontwerp over de herziening ten nadele, dat onlangs is behandeld in de Eerste Kamer. Deze modaliteit van revisie is hier niet aan de orde. Onze aandacht gaat uit naar de veroordelingen die het gevolg zijn van rechterlijke dwalingen van feitelijke aard, die na het aanwenden van alle gewone rechtsmiddelen ongecorrigeerd zijn gebleven.

Heeft de samenleving aan de ene kant belang bij het bestaan van adequate mogelijkheden om onjuiste beslissingen van de strafrechter teniet te doen, de wetgever heeft ervoor willen waken dat het instrument van herziening verwordt tot een verkapte vorm van hoger beroep: "De ondergeteekenden ondersteunen de meening van de vele leden, die wensen dat de revisie een zeer exceptioneel middel van herstel blijven en niet in een gewoon middel van beroep ontaarden mocht", aldus drie van de initiatiefnemers van de hieronder te bespreken wijzigingswet van 1899.⁽⁵⁾ Die gedachte is levensvatbaar gebleken. Ook van de huidige wetgever mag het rechtsmiddel niet transformeren van buitengewoon naar gewoon.⁽⁶⁾ In de totstandkomingsgeschiedenis van de wetwijziging van 2012 heeft de minister deze zienswijze als volgt verwoord:

"Aan de andere kant dient te worden voorkomen dat het gezag van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak te veel wordt aangetast. De belangen van de rechtszekerheid en doelmatigheid brengen met zich dat op een gegeven moment een strafvorderlijke procedure als beëindigd dient te worden beschouwd (het adagium: "lites finiri oportet"). Dit is een reden om de herzieningsprocedure te beperken tot uitzonderlijke gevallen.

Het vertrouwen in de strafrechtspraak is gediend met een goede balans tussen deze twee belangen. Welk vertrouwen geniet immers de strafrechtspraak als een veroordeling onaantastbaar blijft doordat geen nader onderzoek plaatsvindt naar aanwijzingen dat de zittingsrechter relevante informatie niet tot zijn beschikking heeft gehad en mogelijk tot een andere uitspraak zou zijn gekomen als dit wel het geval was? Ook het omgekeerde geldt. Welk vertrouwen geniet de strafrechtspraak als elke onherroepelijke veroordeling al snel

aantastbaar blijkt? Hierbij dient te worden bedacht dat het strafprocesrecht nog andere "veiligheidskleppen" kent dan de herziening, zoals de gratie. Doel van het wetsvoorstel is om te voorzien in een correctiemogelijkheid voor die gevallen, waarin andere strafvorderlijke voorzieningen geen adequate oplossing bieden."⁽⁷⁾

Deze passages vertolken het spanningsveld waarin het rechtsinstituut van herziening is geworteld. Strekt de herziening tot het tenietdoen van onrecht, met een terughoudende toepassing ervan is evenzeer een gewichtig maatschappelijk belang gemoeid. Aan de rechtsstrijd moet op enig moment een einde komen. In onze samenleving is het de taak van de rechter om binnen een redelijke termijn knopen door te hakken. De samenleving is erbij gebaat dat een rechterlijke beslissing niet tot in het oneindige kan worden aangevochten. Ik heb dan niet eens zozeer het oog op de kosten die gepaard gaan met oeverloze rechterlijke procedures, hoewel dat in het huidige tijdsgewricht geen verwaarloosbaar belang is. De samenleving functioneert alleen naar behoren bij stabiliteit, vertrouwen en rechtszekerheid. Die komen tot stand door het rechterlijk gewijsde, ook al bestaat over de juistheid van dat gewijsde geen zekerheid. Deze notie dwingt tot de acceptatie van een rechterlijk eindoordeel waarmee de betrokkenen verder kunnen of verder moeten. Wellicht morrend, maar toch. Een grond om een rechterlijke uitspraak te herzien kan daarom niet worden gevonden in het enkele feit dat redelijke mensen van mening blijven verschillen over de vraag of zich in die uitspraak fouten hebben gemanifesteerd. Evenmin kan een enkele herhaling van zetten daartoe aanleiding geven. De argumenten voor en tegen een veroordeling die zijn uitgewisseld bij het onderzoek ter terechtzitting dat heeft geresulteerd in de veroordeling, zijn door de rechter reeds gewogen. Uitsluitend een herhaalde weging van hetgeen voorheen te berde is gebracht, staat haaks op het uitgangspunt dat de rechtsstrijd op enig moment moet worden beëindigd.

Deze belangen geven de herzieningsregeling vorm. Het is namelijk om deze redenen dat de herziening beperkt moet blijven tot uitzonderlijke gevallen. Het uitzonderlijke karakter van het instrument vergt dat alleen argumenten die nieuw zijn en die een onjuistheid blootleggen geschikt zijn om te leiden tot de herziening van een veroordeling die in kracht van gewijsde is gegaan. Het moet daarbij gaan om argumenten die ertoe doen, dat wil zeggen: argumenten van zodanig gewicht dat zij naar redelijke verwachting tot een andere uitspraak zouden hebben geleid indien zij door de rechter in de weging waren betrokken. Met andere woorden, de veroordeling moet berusten op een dwaling. Bovendien moet het daarbij gaan om kwesties van feitelijke aard. Zoals gezegd behoren significante rechtsdwalingen er in cassatie te worden uitgefilterd.⁽⁸⁾

Deze hiervoor door mij geformuleerde grondslagen staan, als ik het goed zie, op zichzelf niet ter discussie. Het gaat om de uitwerking die de wetgever en de Hoge Raad hieraan hebben gegeven en om de wijziging hierin die de wetgever thans voor ogen staat.

3. Herziening op grond van een novum, voorafgaande aan 1 oktober 2012

3.1. De historie

Het is niet voor het eerst dat maatschappelijke onrust naar aanleiding van een al dan niet vermeende rechterlijke dwaling heeft geleid tot een verruiming van het wettelijke novumbegrip, zo volgt uit een beschouwing van de historie van het instituut van herziening.⁽⁹⁾

Niet lang na de inlijving van het Koninkrijk Holland in het Franse keizerrijk, bij keizerlijk decreet van 9 juli 1810, werd het Franse recht bij keizerlijk decreet van 6 januari 1811 hier toepasselijk verklaard. Onze rechtspraak is daardoor sedert 1 maart 1811 uniform georganiseerd over het gehele grondgebied van de Lage Landen. Onderdeel van de rechtsmiddelenregeling vormde het termijnloze instrument van herziening dat bij het Cour de Cassation in Parijs openstond tegen veroordelingen wegens misdaden. De drie limitatieve rechtsingangen daarvoor komen hieronder ter sprake.

Na beëindiging van de Franse overheersing en het herstel van de onafhankelijkheid aan het einde van 1813, vormden de Nederlanden een eenheidsstaat. Bij Koninklijk besluit werd het Franse recht provisioneel gehandhaafd, zij het met aanpassingen.⁽¹⁰⁾ Het wachten was op de grondwettelijk voorgeschreven codificaties van Nederlandse makelij. Het Wetboek van Strafvordering was op dat moment niets meer dan een vertaling van de Franse Code d'Instruction Criminelle uit 1808. De in het vertaalde wetboek voorziene mogelijkheid van cassatieberoep bij het Cour de Cassation in Parijs verviel uiteraard en 's lands hoogste rechter werd het 'Hoog Gerechtshof der Vereenigde Nederlanden' in Den Haag, gevestigd in wat thans paleis Noordeinde is. Cassatieberoep werd vervangen door een beroep bij dit Hooggerechtshof. In die gevallen waarin het Hooggerechtshof bevond dat "de behandeling der zaak aan wezenlijke nulliteiten laboreert, of dat in de toepassing der Wet kwalijk is gehandeld," moest het hof het betreffende vonnis annuleren, de gehele zaak opnieuw onderzoeken, en (eventueel) bij tweede arrest uitspraak doen.⁽¹¹⁾ Het Koninklijk besluit stipuleerde niet uitdrukkelijk dat de taken van de "lijfstraffelijke afdeling van het hof van te nietdoening" in de herzieningsregeling van de artikelen 443 - 447 werden toebedeeld aan de strafkamer van het Hooggerechtshof, maar in de spaarzame herzieningspraktijk is dat wel zo gegaan.

Het duurde tot 1830 alvorens een goedgekeurd ontwerp voor een wetboek van strafvordering voor invoering gereed lag. Het ontwerp was geïnspireerd op het Franse procesrecht dat in 1811 in Nederland was geïmplementeerd. In dit nieuwe ontwerp was de herzieningsregeling "zo goed als blindelings"⁽¹²⁾ overgenomen van de artikelen 443 - 447 van de Code d'Instruction Criminelle van 1808. Het ontwerpartikel waarin de openstaande gronden voor herziening waren geformuleerd luidde (artikel 7 van de 16e Titel):

"De arresten of vonnissen, waarbij iemand tot straf is veroordeeld kunnen, zelfs in het geval dat het verzoek om cassatie is afgewezen, door den hoogen raad, hetzij ter requisitie van den Procureur-Generaal bij dat kollegie, of van den veroordeelden worden geschorst en zelfs vernietigd, in de drie volgende gevallen:

1e. Indien twee of meer beschuldigten of beklaagden bij onderscheidene arresten als daders van hetzelfde misdrijf zijn veroordeeld, en die arresten niet zijn overeen te brengen maar het bewijs van onschuld van den een of ander der veroordeelden medebrengen.

2e. Indien, na de veroordeling wegens doodslag, er stukken worden te berde gebracht, waaruit aanvankelijk genoegzaam blijkt, dat degeen, wiens vooronderstelde dood aanleiding tot de veroordeling heeft gegeven, nog in leven is.

3e. Indien na de veroordeling van een beschuldigde of beklaagde, om welk misdrijf ook, een of meerder getuigen, welke te zijnen laste getuigenis hebben afgelegd, ter zake van vals getuigenis in dat geding, in regten worden betrokken."

Dit ontwerp is nooit in werking getreden vanwege de afscheiding van België. In het wel gerealiseerde Wetboek van Strafvordering van 1838 week de herzieningsregeling (artikelen 409 - 413) nauwelijks af van het ontwerp van 1830. Daarmee bleef de restrictieve, casuïstisch geformuleerde herzieningsregeling die was overgenomen uit het Franse procesrecht in stand. Zonder veel omhaal van woorden werd de Hoge Raad, die met ingang van 1 oktober 1838 als cassatierechter in het leven was geroepen,⁽¹³⁾ tevens aangewezen als herzieningsrechter. Veel werk heeft het de Hoge Raad indertijd niet opgeleverd. De tweede grond voor herziening (de levende "dode") deed zich nooit voor.⁽¹⁴⁾ Ook de derde grond bleek van relatief weinig praktische betekenis. Werde de beklaagde getuige vrijgesproken of overleed hij voordat over de valsheid van zijn verklaring door de rechter was beslist, dan was herziening niet meer mogelijk. Zodoende had het buitengewone rechtsmiddel alleen nog betekenis in geval van een conflict van veroordelingen, i.e. de onder 1 omschreven grond.

Na 1838 zijn enkele vruchteloze pogingen ondernomen tot het temperen van het rigide karakter van de condities die voor herziening golden. Zij blijven hier onbesproken. In 1886 werd het Wetboek van Strafvordering van 1838 aangepast aan het Wetboek van Strafrecht van 1886, maar de gelegenheid werd niet aangegrepen; de gronden voor herziening werden in het vernieuwde wetboek (artikel 375) nauwelijks verruimd ten opzichte van de regeling in artikel 409 van het wetboek van 1838.⁽¹⁵⁾

Niet eerder dan op 14 juli 1899 kreeg de herziening haar huidige omlining. De daarvoor benodigde wetswijziging⁽¹⁶⁾ was het initiatief van vijf leden van de Tweede Kamer, die hiermee een aanzienlijke verruiming van de toepassingsmogelijkheden van het rechtsmiddel beoogden. De bestaande rigide praktijk van herziening, waartegen het wetsvoorstel zich keerde, werd door (drie van) hen in 1899 als volgt becommentarieerd:

"Maar waar rechtszekerheid eischt, dat de mogelijkheid bestaat tot vernietiging van eene door den rechter zelve vermeende onjuiste uitspraak, daar is het de plicht des wetgevers, onverwijd te doen ophouden een toestand, waarin de weg, om tot zoodanige vernietiging te geraken, gedurende meer dan zestig jaren bijna geheel versperd is, zooals omni consensus door den thans geldenden achttienden titel van het Wetboek van Strafvordering geschiedt."⁽¹⁷⁾

De directe aanleiding voor het wetsvoorstel was het rumoer dat de zaak "Hogerhuis" in den lande teweeg bracht. Het pas aangetreden Tweede Kamerlid Pieter Jelles Troelstra trachtte in zijn hoedanigheid van advocaat tevergeefs de herziening te bewerkstelligen van de in zijn ogen onterechte veroordeling van de drie broers Hogerhuis. Zij waren op 17 juni 1896 door de rechtbank te Leeuwarden en op 5 augustus 1896 door het gerechtshof te Leeuwarden veroordeeld voor een roofoverval op de aanwezigen in een boerderij te Britsum, even ten noorden van Leeuwarden. De zaak hield Nederland enkele jaren in zijn greep. Na de afwijzing van (ook nog) een gratieverzoek, dienden de vijf Kamerleden op 23 september 1898 een wetsvoorstel tot verruiming van de gronden voor herziening in, waarschijnlijk mede bedoeld om hun politieke rivaal Troelstra de wind uit de zeilen te nemen.⁽¹⁸⁾

Na de inwerkingtreding van deze wet werd in deze strafzaak overigens andermaal een herzieningsaanvraag gedaan, doch door de Hoge Raad op 18 april 1900 afgewezen. Voor in het land ingestelde "Hogerhuiscomités" was dit aanleiding om nogmaals, doch thans vergeefs te pleiten voor een verdergaande verruiming van de wettelijke gronden voor herziening.

Artikel 375 van het Wetboek van Strafvordering kwam door de wetswijziging van 1899 als volgt te luiden:

"Herziening van een in kracht van gewijsde gegaan arrest of vonnis kan plaats hebben op grond van eenige omstandigheid, die bij het onderzoek ter terechtzitting den rechter niet bekend was en die, op zich zelve of in verband met de vroegere geleverde bewijzen, ernstigen twijfel doet ontstaan aan de juistheid der uitspraak en, ware zij bekend geweest, zoude hebben kunnen leiden hetzij tot vrijspraak van den veroordeelde, hetzij tot ontslag van regtsvervolgning op grond dat deze niet strafbaar was, hetzij tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie, hetzij tot toepasselijkverklaring van eene minder zware strafbepaling.

Indien twee of meer beklaagden bij onderscheidene arresten of vonnissen als schuldig aan hetzelfde strafbare feit zijn veroordeeld en die beslissingen niet zijn overeen te brengen kan op dien enkelen grond herziening van deze uitspraken plaats hebben, ook al mogten zij niet alle in kracht van gewijsde zijn gegaan, maar een of meer daarvan zijn gewezen bij verstek."

In 1925 werd een algehele restauratie van het Wetboek van Strafvordering verwezenlijkt. Artikel 457, eerste lid Sv luidde met ingang van 1 januari 1926 als volgt:

"Herziening van eene in kracht van gewijsde gegane einduitspraak houdende veroordeeling, kan worden aangevraagd:

- 1° op grond van de omstandigheid dat bij onderscheidene arresten of vonnissen, in kracht van gewijsde gegaan of bij verstek gewezen, bewezenverklaringen zijn uitgesproken, welke niet zijn overeen te brengen;
- 2° op grond van eenige omstandigheid die bij het onderzoek op de terechtzitting den rechter niet was gebleken en die op zich zelve of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet

bestaanbaar schijnt in die voege dat ernstig vermoeden ontstaat dat ware zij bekend geweest, het onderzoek der zaak zou hebben geleid, hetzij tot vrijspraak van den veroordeelde, hetzij tot ontslag van rechtsvervolging op grond dat deze niet strafbaar was, hetzij tot niet ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, hetzij tot toepasselijkverklaring van eene minder zware strafbepaling."

Vergelijking van beide wetsteksten leert dat de regeling van 1926 rechtstreeks afstamt van die van 1899. In hoofdzaak zijn de bepalingen van het oude artikel 375 overgenomen, aldus de memorie van toelichting bij art. 432 O.R.O.(19)

Naast de andere grond voor herziening, te weten het conflict van bewezenverklaringen, heeft het novum als grond voor herziening sindsdien ongewijzigd voortbestaan tot 1 oktober 2012.

Op 1 januari 2003 is overigens nog een derde grond toegevoegd aan dit tweetal wettelijke ingangen voor herziening, namelijk de grond dat herziening noodzakelijk is voor het bewerkstelligen van rechtsherstel na een veroordeling van Nederland door het EHRM.

3.2. De herzieningsprocedure

Louter teneinde een en ander in een juist perspectief te plaatsen, sta ik kort stil bij procesrechtelijke bepalingen. Om het gezag van gewijsde veilig te stellen heeft de wetgever van meet af aan een geding in twee fasen voor ogen gestaan, te weten een preparatoire procedure en een principale procedure.(20) Toegespitst op een aanvraag van herziening die is gegrond op een novum, kunnen deze procedures als volgt worden omschreven:

(1). Het geding over herziening.

De preparatoire procedure handelt over de vraag of er een nieuwe rechtsingang moet worden verleend. Zij wordt ingeleid door een herzieningsaanvraag die in de regel afkomstig is van de veroordeelde. Ook de procureur-generaal bij de Hoge Raad kan herziening aanvragen, waartoe hij een vordering indient. Vanaf zijn instelling in 1838 is de Hoge Raad de taak toebedeeld om hierin te fungeren als de rechter die met deze aanvraag moet worden benaderd.

In het geding over herziening is het gezag van de aangevochten rechterlijke uitspraak uitgangspunt. Het onderzoeksthema wordt gevormd door de vraag of zich een grond voordoet om uitzondering te maken op het beginsel van onaantastbaarheid van die uitspraak. Is er bijvoorbeeld ernstige reden om te twijfelen aan de feitelijke juistheid van de uitspraak? De herzieningsrechter is hierbij gebonden aan de grondslag die in de aanvraag is opgeworpen. Na onderzoek naar de juistheid van de beweringen in de aanvraag, kan de Hoge Raad eventueel vaststellen dat een novum bestaat op één of meer van de in de aanvraag opgevoerde gronden. Indien er inderdaad een toereikende rechtsgrond bestaat om in te breken op het gewijsde, wordt de aanvraag toegewezen en volgt een verwijzing van de strafzaak naar de feitenrechter.(21) Indien die rechtsgrond ontbreekt, wijst de Hoge Raad de aanvraag af. Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open.(22)

(2). Het geding in herziening.

Met de principale procedure die op de verwijzing volgt, wordt het onderzoek in de strafzaak heropend. Het gezag is aan het bestreden gewijsde komen te ontvallen en de presumptie van onschuld herleeft. "Vanaf het oogenblik, dat tot revisie is besloten, is er twijfel aan de schuld van den veroordeelde."(23) De feitenrechter naar wie is verwezen moet de zaak met inachtneming van de wettelijke grenzen en de eventueel in de verwijzingsopdracht gelegen beperkingen(24) opnieuw geheel onderzoeken en daarin recht doen op de grondslag van de tenlastelegging, zulks onder vervanging van de aangevochten uitspraak. De rechter naar wie is verwezen is daarbij niet gebonden aan de vaststellingen van de verwijzingsrechter en evenmin aan de gronden die tot herziening hebben geleid.(25) "Het gerechtshof, waaraan na de verwijzing het nieuwe onderzoek wordt opgedragen, heeft over het 'novum' als zodanig niet meer te beslissen. De uitspraak van den Hogen Raad is op dit punt eene definitieve. Zij verplicht het gerechtshof tot een nieuw onderzoek der zaak, waarbij over het al dan niet bewezene van het 'novum' geene afzonderlijke uitspraak moet worden gedaan."(26)

De principale rechter onderzoekt of het bestreden gewijsde moet worden gehandhaafd of vernietigd. In het laatste geval moet de rechter beslissen tot welke in de wet genoemde uitkomst hij thans komt. Het enige beletsel houdt in dat bij eventueel herhaalde veroordeling geen zwaardere strafbepaling mag worden toegepast en geen hogere straf mag worden opgelegd dan die bij de vernietigde uitspraak was toegepast, resp. opgelegd. De veroordeelde kan door de herziening dus niet worden benadeeld.(27)

Uit het voorgaande volgt dat deze door mij genomen conclusie alleen betrekking heeft op de eerstgenoemde procedure. Meer specifiek gaat het om de vraag aan de hand van welke maatstaven in het geding over herziening moet worden beoordeeld of het als zodanig gepresenteerde novum bestaat.

3.3. Het novumbegrip

Zoals gezegd kan herziening sedert 1899 worden aangevraagd op grond van een novum, en dit met ingang van 1 januari 1926 op de voet van artikel 457, eerste lid sub 2e Sv (oud). Dit voorschrift stelde welgeteld(28) drie cumulerende voorwaarden aan de kwalificatie als novum:

(1) het bestaan van een omstandigheid;

(2) die de rechter bij het onderzoek op de terechtzitting niet was gebleken;

(3) welke omstandigheid op zichzelf of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet bestaanbaar schijnt in dier voege dat ernstig vermoeden ontstaat dat ware zij bekend geweest, het onderzoek der zaak zou hebben geleid tot één van de in artikel 457, eerste lid onder 2 Sv genoemde de veroordeelde begunstigende uitspraken.

In deze conclusie zal ik mij concentreren op het begrip 'omstandigheid' en op de substitutie daarvan bij wetswijziging van 1 oktober 2012 door het begrip 'gegeven'. Niettemin zal ik ook passages wijden aan de onder 2 en 3 genoemde condities, aangezien zal blijken dat de wetgever van 2012 in het bijzonder hecht aan deze condities met het oog op een restrictie van de reikwijdte van het novumbegrip. Hierop kom ik uiteraard terug.

De memorie van toelichting bij de Wet van 14 juli 1899 omschreef het novum als "een bij de vroegere behandeling van de zaak niet bekend geworden feit of bewijsmiddel".⁽²⁹⁾ De memorie van antwoord bij die wet beoogde over de aard van de daarin geïntroduceerde term 'omstandigheid' de volgende duidelijkheid te verschaffen:

"Dat nu door de voorgestelde formule de deur voor revisie te wijd wordt opengezet, kan niet worden toegegeven. Zij komt overeen met het bepaalde bij § 399, no 5, van het Duitsche Wetboek van Strafvordering en toont duidelijk aan, dat het een novum van feitelijken aard moet zijn.

"Omstandigheid" kan in het verband, waarin het in het artikel voorkomt, niet omvatten eene "wijziging in de jurisprudentie van den Hoogen Raad", (...)"⁽³⁰⁾

De conditie van "eenige omstandigheid" is binnen de rechtspraak van de Hoge Raad vrijwel onmiddellijk afgebakend, en dit overeenkomstig de uitlatingen in de wetsgeschiedenis. In zijn arrest van 24 juni 1901, w. 7629, overwoog de Hoge Raad:

"dat onder de bedoelde nieuwe omstandigheid het novum slechts is te verstaan eenig door gewone bewijsmiddelen van het Wetboek van Strafvordering te bewijzen feit of wel zoodanig bewijsmiddel zelf; (...)

hetgeen nader wordt bevestigd doordien voormelde geschiedenis ontwijfelbaar leert, dat de wetgever wegens dwaling in het recht nimmer revisie heeft willen toelaten;

dat met dit beginsel zou strijden de ontvankelijkheid eener aanvraag als die van den verzoeker, uitsluitend steunende op nieuwe rechtsgronden, alsnog ter staving van de bij de berechting der zaak gevoerde verwerping bijgebracht;"

In zijn 'requisitoir' voor dit arrest had de advocaat-generaal reeds opgemerkt dat een novum "wil het tot herziening kunnen leiden van feitelijke aard moet zijn."

Deze lijn is ononderbroken intact gebleven tot de thans besproken wetswijziging. Ik citeer de Hoge Raad uit een arrest van 2006:

"Als grondslag voor een herziening kunnen, voor zover hier van belang, krachtens het eerste lid, aanhef en onder 2° van art. 457 Sv slechts dienen een of meer door een opgave van bewijsmiddelen gestaafde omstandigheden die bij het onderzoek op de terechtzitting niet zijn gebleken en die het ernstig vermoeden wekken dat, waren zij bekend geweest, het onderzoek der zaak zou hebben geleid - voor zover hier van belang - tot vrijspraak van de veroordeelde. De hiervoor bedoelde grondslag, hierna als 'novum' aan te duiden, kan slechts een omstandigheid van feitelijke aard betreffen. Een mening, overtuiging of gevolgtrekking kan in het algemeen niet als een zodanige feitelijke omstandigheid worden aangemerkt. Dat brengt mee dat het oordeel van een deskundige in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, slechts als een novum kan gelden voor zover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard welke niet bekend waren dan wel niet geacht kunnen worden bekend te zijn geweest aan de rechter die de uitspraak, waarvan herziening wordt gevraagd, heeft gewezen."⁽³¹⁾

De bedoelde omstandigheid moest dus, zoals gezegd, feitelijk van aard zijn. In zoverre ligt in deze jurisprudentie een opvatting besloten die geheel aansluit bij die van de initiatiefnemers van de Wet van 14 juli 1899. Voor een herziening op juridische gronden bood de wet geen ruimte.

De Hoge Raad vervolgt zijn overwegingen met: "Een mening, overtuiging of gevolgtrekking kan in het algemeen niet als een feitelijke omstandigheid worden aangemerkt."

Dit rechtsoordeel roept vragen op. Zij is namelijk niet in volle omvang een logisch uitvloeisel van de eis van feitelijheid die aan de omstandigheid wordt gesteld. Het resultaat van deductie uit vaststaande feiten is immers ook geheel feitelijk van aard. Voor meningen en overtuigingen kan dat anders liggen. Zij lijken te worden gedomineerd door de subjectieve elementen die zijn verbonden aan de persoon die deze meningen en overtuigingen ventileert. Ik vermoed dat de Hoge Raad deze subjectieve elementen buiten het bereik van het novumbegrip heeft willen houden.

Door deskundigen verrichte deducties zijn echter, naar het mij voorkomt, van een andere orde. Nochtans oordeelde de Hoge Raad dat een nieuw deskundigenoordeel dat was gestoeld op feiten die de rechter reeds bekend waren, niet geschikt was als novum. In de woorden van de Hoge Raad:

"Een en ander brengt mede, dat het oordeel van een deskundige (...) slechts als een omstandigheid in de zin van gemelde wetbepaling kan gelden, voor zover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard welke ten tijde van de uitspraak niet aan de rechter(s) bekend waren."⁽³²⁾

Dat gold dus ook voor voortschrijdend deskundigeninzicht. Kortom, indien de deskundige uitsluitend andere conclusies trok uit de gegevens die de veroordelende rechter ter beschikking stonden, kon geen novum worden aangenomen.

De Hoge Raad tekende hierbij wel een voorbehoud aan. Bijzondere omstandigheden konden tot een andere uitkomst leiden. Welke die bijzondere omstandigheden waren, heeft de Hoge Raad echter nooit in abstracto geëxpliciteerd. Mijn ambtgenoot Vellinga concludeerde hierover in de zaak Ina Post dat de bedoelde 'bijzondere omstandigheden' fungeerden als een noodgreep voor die gevallen waarin er een ernstig vermoeden rees dat er hoe dan ook een onjuiste veroordeling was gevallen, ook al zat de wet onmiskenbaar in de weg om wetstechnisch gesproken een novum te kunnen aannemen.⁽³³⁾

4. Knelpunten in de oude regeling

4.1. Algemeen

Volgens de totstandkomingsgeschiedenis van de wet van 2012 werden de hiervoor geschetste beperkingen van het novumbegrip als knellend ervaren. Rechters zouden mede door de ontwikkeling van nieuwe forensische technieken in toenemende mate afhankelijk zijn geworden van de expertise van deskundigen. De laatste jaren is het verschillende keren voorgekomen dat opvattingen van deskundigen onhoudbaar bleken nadat een strafzaak reeds onherroepelijk was geworden, aldus lichtte de minister het wetsvoorstel toe.⁽³⁴⁾ Ik citeer:

"De bestaande herzieningsregeling kan als verouderd worden aangemerkt. Deze werd in 1926 ingevoerd, bij de totstandkoming van het huidige Wetboek van Strafvordering, en bevat nog elementen van oudere herzieningsregelingen uit 1838 en 1888.⁽³⁵⁾ Sindsdien is er veel veranderd. Te denken valt onder meer aan de opkomst van nieuwe technieken op het gebied van het forensisch bewijs (bijvoorbeeld DNA-onderzoek). Door dit soort nieuwe technieken kan eenvoudiger aan het licht komen dat er sprake is van een onjuiste uitspraak. Bovendien is inmiddels uit gedragswetenschappelijk onderzoek gebleken dat bekentenissen die verdachten in hun strafzaak hebben afgelegd niet altijd betrouwbaar zijn. Werd de bekentenis vroeger nog de "koningin van het bewijs" genoemd, ervaringen uit het (recente) verleden (o.a. Schiedammer parkmoord) leren dat onschuldige verdachten onder invloed van psychologische processen ernstige misdrijven kunnen bekennen die zij niet hebben begaan. Analyse van verhoren kan aan het licht brengen dat verkeerde verhoortechnieken zijn gebruikt.

De huidige herzieningsregeling biedt naar mijn oordeel te weinig ruimte om rekening te houden met nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen. Dit komt in de eerste plaats door de eisen die in het geldende recht worden gesteld aan het novum, (...).

De beperkte omschrijving van het novum en de beperkte mogelijkheden tot feitelijk onderzoek blijken in de praktijk de belangrijkste knelpunten."⁽³⁶⁾

De illustratie van de knelpunten is in de totstandkomingsgeschiedenis van de nieuwe wetgeving qua aantal niettemin betrekkelijk bescheiden. Verwezen wordt naar een viertal strafzaken. Dat zijn de Puttense moordzaak,⁽³⁷⁾ de Schiedammer parkmoord,⁽³⁸⁾ de zaak Ina Post,⁽³⁹⁾ en de zaak Lucia de Berk.⁽⁴⁰⁾ Ik loop de door de wetgever gegeven voorbeelden langs.

4.2. De Puttense moordzaak

De strafzaak betreft de moord op een 23-jarige vrouw, die op 9 januari 1994 levenloos was aangetroffen in de woning van haar grootmoeder te Putten. Viets en Dubois werden voor dit misdrijf veroordeeld. Na een eerste werd ook een tweede verzoek tot herziening afgewezen. In dit tweede verzoek was aangevoerd dat spermasporen op het been en in de vagina van het slachtoffer afkomstig waren van dezelfde man als van wie ook een tweetal haren op het lichaam van het slachtoffer afkomstig zouden zijn, niet zijnde Viets en Dubois. Het hof was ervan op de hoogte dat de op het slachtoffer aangetroffen spermasporen en de twee haren niet van Viets of Dubois afkomstig waren. Nieuw was een aanwijzing dat de spermasporen en de twee bedoelde haren afkomstig waren van één en dezelfde persoon. Naar het oordeel van de Hoge Raad kon echter uit niets volgen dat voor het hof van betekenis was geweest de vraag of die sporen en haren al of niet van één persoon afkomstig waren.⁽⁴¹⁾ De veroordeling berustte namelijk mede op de verklaring van een gynaecoloog, prof. Eskes, die de "sleeptheorie" introduceerde in een forensische context: de reële mogelijkheid bestond dat het resultaat van een eerder seksueel contact bij gelegenheid van het zedenmisdrijf buiten de vagina van het slachtoffer was "versleept".

Het derde herzieningsverzoek was echter wel succesvol. De uitkomst van deze procedure is door de minister als het volgt becommentarieerd:

"De bewijsvraag was in deze zaak gecompliceerd. Zo waren er spermasporen op een been van het slachtoffer aangetroffen, die niet afkomstig konden zijn van de verdachten. Op de terechtzitting in hoger beroep gaf een gynaecoloog, die als deskundige optrad, een mogelijke verklaring hiervoor: het sperma kon afkomstig zijn van een eerder seksueel contact en kon zijn "versleept" bij de verkrachting. Later, toen de verdachten al onherroepelijk waren veroordeeld, kwam de deskundige terug op deze "sleeptheorie". Strikt genomen kon de Hoge Raad, uitgaande van de eerdere rechtspraak, geen novum aannemen. In beginsel kan het oordeel van een deskundige alleen als een novum gelden "voorzover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard welke niet bekend waren dan wel niet geacht kunnen worden bekend te zijn geweest aan de rechter die de uitspraak, waarvan herziening wordt gevraagd, heeft gewezen."⁽⁴²⁾

Een onneembare drempel heeft dat in deze zaak echter niet gevormd. Zoals ik al schreef maakte de Hoge Raad een uitzondering voor bijzondere omstandigheden. Ik citeer de Hoge Raad:

"De hier bedoelde grondslag voor een herzieningsaanvraag hierna als "novum" aan te duiden - kan slechts een omstandigheid van feitelijke aard betreffen. Een mening, overtuiging of gevolgtrekking kan in het algemeen niet als een zodanige feitelijke omstandigheid worden aangemerkt. Dat brengt mee dat het oordeel van een deskundige in beginsel slechts als een novum kan gelden voorzover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard welke niet bekend waren dan wel niet geacht kunnen worden bekend te zijn geweest aan de rechter die de uitspraak, waarvan herziening wordt gevraagd, heeft gegeven. In beginsel, omdat bijzondere omstandigheden, als in het onderhavige geval, kunnen meebrengen dat daarover anders moet worden geoordeeld.

Het onderhavige geval wordt hierdoor gekenmerkt dat het, naar hiervoor onder 4.6 tot en met 4.8 is overwogen, niet anders kan zijn dan dat het Hof bij de beoordeling van de overtuigende kracht van de gebezigde bewijsmiddelen in aanmerking heeft genomen dat het aangetroffen sperma waarschijnlijk afkomstig was van een eerder, niet met de onderhavige verkrachting verband houdend seksueel contact van het slachtoffer met een derde, terwijl het de mogelijkheid van een zodanige feitelijke toedracht heeft ontleend aan het in hoger beroep door prof. Eskes gegeven oordeel. Het door die deskundige in de strafzaken gegeven oordeel staat dus in rechtstreeks verband met de bewezenverklaringen.

Onder die omstandigheden kan het thans aan de aanvragen ten grondslag gelegde oordeel van prof. Eskes, hierop neerkomende dat genoemde mogelijkheid hoogst onwaarschijnlijk is, als een novum worden aangemerkt."(43)

De deskundige had zijn inzicht dus op een essentieel onderdeel bijgesteld, zonder dat hij daarbij was uitgegaan van een nieuw feit, en dus ook zonder dat een omstandigheid van feitelijke aard alsnog bekend was geworden. Niettemin rees door de tournure van de deskundige ernstige twijfel aan de juistheid van de veroordeling. De Hoge raad bracht de door hemzelf ingebouwde uitzonderingsclausule in stelling en wees het "gewijzigde inzicht" van de deskundige aan als zo'n bijzondere omstandigheid. Ik vervolg mijn citaat uit de memorie van toelichting:

"In dit bijzondere geval vond de Hoge Raad echter wel ruimte voor een herziening, onder meer omdat de deskundige tijdens de herzieningsprocedure had verklaard van bepaalde feiten betreffende de aangetroffen sperma-sporen niet op de hoogte te zijn geweest. Daarbij moest de Hoge Raad zich wel (noodgedwongen) in juridische bochten wringen. De tekst van artikel 457, eerste lid, spreekt namelijk van "eenige omstandigheid den rechter niet gebleken" en niet van een omstandigheid die de deskundige niet is gebleken.

Vond de Hoge Raad in het bijzondere geval van de Puttense moordzaak wel ruimte voor een herziening op grond van een gewijzigd deskundigeninzicht, in andere gevallen bestaat die ruimte niet. Hierdoor is het niet altijd mogelijk adequaat te kunnen inspelen op nieuwe (forensische) expertise, waardoor de "noodremfunctie" van de herzieningsprocedure in gevaar komt. Een wetswijziging is in verband hiermee wenselijk. Zowel vanuit de wetenschap als vanuit de praktijk is hierop herhaaldelijk aangedrongen."

4.3. De Schiedammer parkmoord

Illustratief voor de reikwijdte van het begrip 'omstandigheid' onder de vervallen regeling is het herzieningsverzoek in de Schiedammer parkmoord dat is afgewezen bij uitspraak van 7 september 2004. Dit herzieningsverzoek was gebaseerd op de conclusies die prof. dr. Van Koppen had getrokken na zijn bestudering van het strafdossier van de zaak. Van Koppen had onder meer uiteengezet om welke redenen de bekentenissen van Kees B. gewantrouwd moesten worden, zeer kort gezegd vanwege aanwijzingen dat zij tot stand waren gekomen na de toepassing van verhoortechnieken waarmee een verdachte tot een bekentenis kan worden "verleid", alsmede vanwege tegenstrijdigheden tussen die bekentenissen en de verklaringen van het overlevende slachtoffer, Maikel. De Hoge Raad oordeelde onder de vigeur van het oude novumbegrip echter:

"Deze conclusies noch de daaraanvoorafgaande beschouwingen bevatten feiten en/of omstandigheden die als een novum in de vorenbedoelde zin kunnen worden aangemerkt, doch moeten worden aangemerkt als een van het oordeel van het Hof afwijkende mening of gevolgtrekking. De feiten en omstandigheden waarvan de deskundige is uitgegaan en die tot zijn conclusies hebben geleid, heeft hij ontleend aan de stukken van het geding, welke stukken - waaronder de verklaring van de aanvrager bij de Rechter-Commissaris omtrent de totstandkoming van zijn bekentenis en die van de betrokken verbalisanten dienaangaande bij de Rechter-Commissaris - al bekend waren aan het Hof ten tijde van zijn uitspraak. Bij een en ander moet worden opgemerkt dat het Hof blijkens de hiervoor onder 3.3 en 3.4 weergegeven overwegingen, nadrukkelijk de betrouwbaarheid van de door de aanvrager op 9 en 10 september 2000 afgelegde verklaringen heeft getoetst en daarbij uitdrukkelijk aandacht heeft besteed aan de wijze waarop het verhoor door de verbalisanten heeft plaatsgevonden, aan de vraag of deze verklaringen de aanvrager op enige wijze zijn ontlokt en aan de overeenstemming en tegenstrijdigheden tussen deze verklaringen van de aanvrager en die van Maikel."(44)

Zoals bekend heeft nadien een namens Borsboom ingediend verzoek tot herziening d.d. 9 december 2004, alsmede een vordering tot herziening van (de destijds plaatsvervangend procureur-generaal bij de Hoge Raad) mr. Fokkens d.d. 10 december 2004 geleid tot de herzieningsbeslissing van 25 januari 2005.(45) Deze was gegrond op de bekentenissen van ene Wik H., alsmede op de resultaten van vergelijkend DNA-onderzoek aan een spoor op het spijkerjasje van het overleden slachtoffer en van vergelijkend Y-STR-DNA-onderzoek aan de veters die bij het delict waren gebruikt. Niet alleen de bekentenissen van Wik H, ook de resultaten van vergelijkend DNA-onderzoek lijken naadloos te kunnen worden geschaard onder het oude novumbegrip: zij kunnen worden aangemerkt als nieuwe omstandigheden van feitelijke aard. Daarop valt echter wel het een en ander af te dingen. Resultaten van DNA-onderzoek zijn namelijk niet alleen opgebouwd uit waarnemingen, maar - vooral - ook uit interpretaties. Ik kom hierop terug in § 6.

4.4. De zaak Ina Post

Ina Post was veroordeeld voor doodslag op een hoogbejaarde vrouw in haar eigen seniorenwoning waarin Post werkzaam was als schoonmaakster. Het bewijs was hoofdzakelijk gebaseerd op haar bekentenissen, ofschoon zij die vrij snel na het afleggen ervan ten overstaan van de rechter-commissaris weer had ingetrokken.(46)

Nadat drie eerdere aanvragen tot herziening niet-ontvankelijk waren verklaard, was een vierde verzoek gestoeld op onder meer (i) de door prof. dr. P.J. van Koppen gerapporteerde conclusie dat er aanwijzingen waren dat de door de aanvraagster afgelegde bekennde verklaringen valse bekentenissen betroffen, (ii) een psychodiagnostisch onderzoek van prof. dr. H. Merckelbach waarvan de resultaten het volgens hem meer waarschijnlijk maakten dat de aanvraagster een valse bekentenis had afgelegd, (iii) een rapport van prof. dr. H.F.M. Crombag, dr. H. Israëls en mevr. E. Naus, waarin werd geconcludeerd dat de bekennde verklaringen die door de aanvraagster waren afgelegd, als onbetrouwbaar moesten worden aangemerkt vanwege de suggestieve wijze waarop zij was verhoord en vanwege de mogelijkheid dat alle zogenoemde daderwetenschap waarvan zij in die bekennde verklaringen blij had gegeven, door de politie was aangedragen.

Bij arrest van 17 februari 2004 wees de Hoge Raad de aanvraag als kennelijk ongegrond af.(47) Over de conclusies van Van Koppen oordeelde de Hoge Raad:

"Deze beschouwingen en conclusies bevatten geen feiten en/of omstandigheden die als een novum in de vorenbedoelde zin kunnen worden aangemerkt, doch als een van het oordeel van het Hof afwijkende mening of gevolgtrekking. De feiten en omstandigheden waarvan de deskundige is uitgegaan en die tot zijn conclusies hebben geleid, heeft hij ontleend aan de stukken van het geding, welke stukken al bekend waren aan het Hof ten tijde van zijn uitspraak."

De bevindingen van Merckelbach wogen naar het oordeel van de Hoge Raad (kort gezegd) niet op tegen het onderzoek van het hof naar de totstandkoming en de geloofwaardigheid van de verklaringen van de verdachte. Omtrent het onder (iii) genoemde rapport heeft de Hoge Raad onder meer overwogen:

"Voorzover de gedingstukken aan het rapport en de conclusie ten grondslag liggen, bevatten dat rapport en die conclusies geen nova in de vorenbedoelde zin, aangezien het Hof ook reeds met de uit die stukken blijkende feiten en omstandigheden bekend was. Voorts bevat de conclusie in zoverre een oordeel over omstandigheden waarnaar het Hof ook zelf onderzoek heeft gedaan, welk onderzoek - zoals reeds gezegd - tot de slotsom leidde dat de bewuste verklaringen van de aanvraagster als voldoende betrouwbaar konden worden aangemerkt. (...)."

Weer enige jaren later bleek dat zich in het strafdossier onderzoeksresultaten bevonden die nog niet waren voorgelegd aan een deskundige. Het strafdossier getuigde er namelijk van dat omstreeks 23 uur 's avonds op de dag van het overlijden van het slachtoffer haar lichaamstemperatuur was gemeten, alsook de omgevingstemperatuur. De Commissie evaluatie afgesloten strafzaken (CEAS) legde deze gegevens alsnog voor aan een forensisch patholoog-anatoom, Van de Goot. Deze concludeerde op grond hiervan dat het overlijden niet plaats kon hebben gehad omstreeks het tijdstip dat door Ina Post was genoemd in haar bekentenissen. De dood was minstens een uur eerder ingetreden, aldus de deskundige.

Het CEAS-rapport werd namens Post mede ten grondslag gelegd aan haar vijfde herzieningsaanvraag. Die bleek succesvol. De Hoge Raad motiveerde zijn gegrondverklaring als volgt:

"Blijkens de door de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 78 verstreckte informatie wordt in gevallen als het onderhavige voor het vaststellen van het tijdstip van overlijden door de Nederlandse Vereniging voor Forensische Geneeskunde toepassing van genoemd "Henssge's nomogram" als richtlijn gegeven. Het betreft hier dus een in vakkringen aanvaarde standaardmethode.

Op grond van de bevindingen van dr. Van de Goot en de door hem aan de Advocaat-Generaal verstreckte en in diens conclusie vermelde nadere inlichtingen, deelt de Hoge Raad het in die conclusie bereikte oordeel dat thans ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de dood van het slachtoffer op een aanmerkelijk eerder tijdstip is ingetreden dan door het Hof blijkens de bewijsvoering is aangenomen. Dat gegeven verdraagt zich, gelet op die bewijsvoering en de betekenis die daarin aan dat tijdstip toekomt, niet met de feitelijke toedracht waarvan het Hof is uitgegaan bij zijn oordeel dat het de aanvraagster is geweest die het slachtoffer heeft gedood. Dat gegeven raakt daarmee ook aan 's Hofs oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de tot het bewijs gebezigde bekennde verklaring van de aanvraagster. Aldus rijst het ernstig vermoeden dat het Hof, indien het met dat gegeven bekend was geweest, de aanvraagster zou hebben vrijgesproken van de haar onder 1 tenlastegelegde doodslag. Er is dus sprake van een novum. Dit onderdeel van de aanvraag is daarom gegrond."(48)

Crombag, Israëls, Van Koppen en Wagenaar hebben er met juistheid op gewezen dat in deze strafzaak de gemeten temperaturen (van het lichaam van het slachtoffer en van de ruimte waarin zij was aangetroffen) al in het dossier te vinden waren. Staande jurisprudentie was dat behoudens uitzonderlijke gevallen de conclusies van een deskundige die zijn gebaseerd op gegevens die de rechter al bekend waren geen novum kunnen opleveren. Zij vroegen zich af of hier sprake was van zo'n uitzonderlijk geval, als door de Hoge Raad bedoeld.(49) Zij concludeerden dat het (toentertijd) gangbare criterium voor de heropening van strafzaken te restrictief was.

4.5. De zaak Lucia de Berk

Het gerechtshof te Den Haag had de verpleegkundige Lucia de Berk op 18 juni 2004 veroordeeld voor onder meer de moord op Baby X, die werd behandeld in het ziekenhuis waarin De Berk destijds werkzaam was. Het misdrijf zou zijn gepleegd door het kind een overdosis digoxine toe te dienen. Het bewijs was onder meer

gestoeld op de gemeten concentratie digoxine in het bloedmonster dat was verkregen uit de gaasjes die bij een tweede obductie uit het lichaam van de baby waren veiliggesteld. Mede gelet op de gemeten insulineconcentratie, kon het veiliggestelde bloed representatief worden geacht voor op gebruikelijke wijze verkregen postmortaal bloed, aldus oordeelde het hof. De gemeten concentratie digoxine kon volgens het hof geen residu zijn van op therapeutische basis toegediende digoxine en paste evenmin bij een chronische toediening van digoxine. Het hof achtte bewezen dat de doodsoorzaak een eenmalige, niet lege artis toegediende overdosis digoxine betrof, die tot een fatale contractie van de hartspier van de baby had geleid.

Bovendien wees het hof hiertoe op een registratie van de monitor waarop de baby voorafgaand aan haar overlijden was aangesloten. Het hof had daarbij de 'trendtables' in ogenschouw genomen. Uit de trendtables en de verklaring van een arts-assistent had het hof afgeleid dat de hartstilstand gepaard was gegaan met een ademstilstand. Bovendien had het hof uit de trendtables afgeleid dat er kort voor het overlijden van de baby twee "monitorloze" periodes waren geweest. De eerste hing samen met lichamelijk onderzoek dat door twee artsen was verricht. De tweede monitorloze periode kon niet worden verklaard, aldus het hof. In die periode moest naar 's hofs oordeel de digoxine zijn toegediend.

In herziening heeft mijn ambtgenoot Knigge nader feitenonderzoek verricht. De Hoge Raad heeft daarvan de volgende (door mij geparafraseerde) onderzoeksresultaten in aanmerking genomen.(50)

'Trendgraphs' geven een meer volledig beeld van de geregistreeerde waarden en van het aan/afkoppelen van de monitor dan de trendtables doen. De registraties van de trendgraphs wezen in deze zaak uit dat de eerste monitorloze periode dermate kort was geweest (zes minuten) dat het bedoelde lichamelijke onderzoek van baby X niet in die periode kon hebben plaatsgehad. Het bestaan van de tweede monitorloze periode kon daardoor juist wel worden verklaard, namelijk doordat het lichamelijk onderzoek van de baby X was verricht in die periode.

In de tweede plaats oordeelden twee nieuw aangezochte deskundigen (Meulenbelt en Tytgat) beiden dat het vocht in de gaasjes niet als representatief kon worden beschouwd voor normaal verkregen postmortaal bloed. De uitslagen die uit het vocht van de gaasjes waren verkregen (de hoge digoxineconcentraties) konden als gevolg daarvan niet worden gebruikt bij de evaluatie van de vraag of de baby was overleden aan digoxinevergiftiging, aldus de deskundigen. Daarmee bleek de tweede van 's hofs veronderstellingen onjuist.

In de derde plaats oordeelde Meulenbelt dat het overlijden van de baby kon worden verklaard uit het klinisch beloop van de toestand van baby X. Uit de trendgraphs bleek namelijk dat eerst de ademfrequentie daalde en pas daarna de hartfrequentie. Dat pleitte tegen een hartstilstand door een overdosis digoxine. Het hof had daarentegen voor zijn oordeel dat de baby een onnatuurlijke dood was gestorven tot uitgangspunt genomen dat eerst een hartstilstand was opgetreden. Aangezien de deskundige wiens verklaring door het hof voor juist werd gehouden niet de beschikking had over de trendgraphs en dus geen kennis droeg van het daaruit blijkende gegeven dat een ademstilstand voorafging aan een hartstilstand, moest worden aangenomen dat het hof niet op de hoogte was van de aan de trendgraphs ontleende feitelijke toestand. Het nieuwe deskundigenoordeel dat op grond van het klinisch beloop van een natuurlijk overlijden kan worden gesproken moest daarom als een novum worden aangemerkt, aldus oordeelde de Hoge Raad.

In het licht van de vaste jurisprudentie was wel een probleem dat dit novum was terug te voeren op bewijsmateriaal dat reeds aan de rechter was voorgelegd. Mijn ambtgenoot Knigge heeft in zijn vordering tot herziening in deze zaak (en dus onder het oude regime) betoogd dat het in de benadering van de wetgever past dat het novum wordt gezien als een "feitelijk" feit, als een onderdeel van een gegeven realiteit dat door een communicatiestoornis, een gebrek in de zintuiglijke waarneming van de werkelijkheid, de rechter niet heeft bereikt, aldus Knigge. Ik citeer hem waar hij een omschrijving geeft van de daaruit voortvloeiende knelpunten:

"Door die benadering viel een categorie fouten als het ware tussen de wal en het schip. Ik doel op de fouten die de rechter kan maken bij de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. Die selectie en die waardering is mede afhankelijk van de kennis en de kunde van de rechter. En daarmee kan van alles mis zijn. De gevolgtrekkingen die de rechter maakt, kunnen onlogisch zijn en de vooronderstellingen waarvan hij uitgaat niet deugen. Zijn kennis kan tekortschieten om de relevantie van bepaalde feiten te doorgronden. De rechter kan ook gegevens eenvoudig over het hoofd zien, hetgeen ook bij de meest zorgvuldige bestudering van het dossier kan gebeuren. Mogelijk is ook dat de rechter feiten negeert, juist doordat de bestudering van het dossier tot een "tunnelvisie" heeft geleid waarin die feiten niet passen. De rechter is tenslotte ook maar een mens, en daarmee een bron van fouten.

De hier genoemde categorie fouten lijkt op de rechtsdwaling in zoverre het daarbij ook gaat om een rechterlijk tekort bij de beoordeling van de feiten. Het argument dat de veroordeelde maar in cassatie had moeten gaan, gaat hier echter niet op. Het is immers vaste jurisprudentie dat in cassatie niet over de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal kan worden geklaagd. (...). Rekent de Hoge Raad als cassatierechter fouten bij de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal dus tot het domein van de feiten, als herzieningsrechter doet hij dat niet. Hij rekent die fouten dan tot het oordeel van de rechter, dat niet ter discussie staat zolang zich geen nieuwe "feiten" voordoen. Een beroep op een foute beoordeling van het bewijsmateriaal stuit zoals wij zagen in herziening af op het uitgangspunt dat een mening, oordeel of gevolgtrekking geen feitelijke omstandigheid vormt."

Zoals gezegd stond de Hoge Raad de herziening toe, en dit zonder de herijking van zijn jurisprudentie waartoe de beschouwing van Knigge aanleiding had kunnen geven. De minister heeft deze zaak als volgt geanalyseerd:

"[In de zaak Lucia de B] oordeelde de Hoge Raad de herzieningsaanvraag betreffende de veroordeling voor een aantal moorden gegrond. Uit zijn overwegingen blijkt dat voor de aanname van het novum mede van belang is geweest dat er aanwijzingen waren dat het hof er niet van op de hoogte was, dat de zich in het

dossier bevindende grafische registratie van de monitor zo moest worden gelezen dat de monitorloze periode slechts zes minuten bedroeg (zie de rechtsoverwegingen 4.4.1, 4.4.3.6 en 5.1). Dat er aanwijzingen waren dat de rechter bestaand bewijsmateriaal, voor de uitleg waarvan specialistische kennis was vereist, verkeerd heeft geïnterpreteerd, was met andere woorden een factor van betekenis.”(51)

4.6. Conclusie

Hieronder zal blijken dat in de door mijn ambtgenoot Knigge gegeven schets van wat hij noemt "een derde dwalingsvorm" de crux zit van de wijziging in het novumbegrip die op 1 oktober 2012 van kracht is geworden. In de wetsgeschiedenis zijn de knelpunten meer in algemene zin als volgt geëvalueerd:

"De kern van het probleem dat zich in de recente grote herzieningszaken heeft voorgedaan is in mijn ogen niet dat er aanwijzingen zouden zijn dat de rechter onvoldoende aandacht aan de zaak heeft besteed, maar dat er aanwijzingen zijn dat de rechter bepaalde feitelijke gegevens, voor de uitleg waarvan specialistische kennis nodig is, verkeerd heeft geïnterpreteerd. Een deskundigenoordeel kan dit aan het licht brengen. Een deskundigeninzicht kan dus ook een novum opleveren in gevallen waarin dat inzicht betrekking heeft op gegevens die aan bestaand bewijsmateriaal kunnen worden ontleend. (...). Indien voor de waardering van de portee van het bewijsmateriaal specialistische kennis nodig is, en er aanwijzingen zijn dat de rechter de werkelijke betekenis die aan het bewijsmateriaal moet worden gehecht niet heeft doorgrond, kan sprake zijn van een novum."

Met deze analyse kreeg de minister ongetwijfeld de handen op elkaar van hen die het in de jurisprudentie vormgegeven novumbegrip te restrictief vonden.(52) Dat gold overigens niet voor iedereen. Duker wees erop dat de uitzonderingsclausule van de Hoge Raad (de "bijzondere omstandigheden") in de door hem besproken zaken goede diensten had bewezen en dat het verwijt aan het adres van de Hoge Raad, te weten van een fundamentalistische houding ten opzichte van het novumbegrip, niet gegrond bleek. Het was volgens Duker aan de wetgever om toe te lichten wat in het wetsvoorstel Hervorming herziening ten voordele de daadwerkelijke reikwijdte van het nieuwe novumbegrip zou worden.(53)

Of de minister aan dit verlangen heeft voldaan, wordt het onderwerp van de volgende paragraaf. Duker kan in elk geval worden toegegeven dat de Hoge Raad door zijn toepassing van de uitzonderingsclausule enige souplesse heeft betracht in zijn omgang met het novumbegrip, dat van oudsher stringent wordt uitgelegd. Ook in de recente wetsgeschiedenis is onderkend dat de Hoge Raad in zijn meer recente rechtspraak de grenzen van het bestaande novumbegrip minder strikt heeft getrokken dan hij in het verleden placht te doen.(54) Daar staat tegenover dat de in die rechtspraak gecreëerde uitzondering voor "bijzondere omstandigheden" enkel een casuïstische benadering toelaat. Daardoor valt op voorhand niet goed te voorspellen of een aanvraag tot herziening kans van slagen heeft. Het nieuwe novumbegrip brengt volgens de minister het voordeel met zich dat strafzaken als de genoemde onder een bevredigender criterium kunnen worden beoordeeld.(55)

5. De "oplossing" van de knelpunten

5.1. Het gewijzigde deskundigeninzicht

Zoals gezegd heeft de minister gehoor willen geven aan de kritiek op de hoge eisen waaraan het herzieningsverzoek moest voldoen, wilde het voor gegrondverklaring in aanmerking komen. Mede naar aanleiding van de rechterlijke dwaling in de Schiedammer parkmoordzaak was er vanuit de Tweede Kamer op aangedrongen de drempel voor herziening te verlagen en de mogelijkheden tot correctie van achteraf onjuist gebleken uitspraken te verbeteren, aldus de memorie van toelichting.(56) Daartoe strekte het wetsvoorstel Hervorming herziening ten voordele dat op 1 oktober 2012 kracht van wet heeft gekregen. Sindsdien kan herziening worden aangevraagd :

"indien er sprake is van een gegeven dat bij het onderzoek op de terechtzitting aan de rechter niet bekend was en dat op zichzelf of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet bestaanbaar schijnt, zodanig dat het ernstige vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, het onderzoek van de zaak zou hebben geleid, hetzij tot een vrijspraak van de gewezen verdachte, hetzij tot een ontslag van alle rechtsvervolging, hetzij tot de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, hetzij tot de toepassing van een minder zware strafbepaling."

Vanwege de hiervoor beschreven knelpunten heeft de minister niet langer willen vasthouden aan de eis dat er sprake dient te zijn van een nieuwe feitelijke omstandigheid. In de nieuwe regeling kunnen ook andere gegevens, zoals nieuwe deskundigeninzichten, onder omstandigheden een novum opleveren. Daardoor worden de knelpunten in de huidige regeling opgelost, aldus wordt in de memorie van toelichting gepostuleerd.

Daarnaast heeft de minister de drempel voor herziening, in lijn met het uitzonderlijke karakter van dit buitengewone rechtsmiddel, tegelijk voldoende hoog willen houden door het behoud van de twee andere eisen waaraan het gegeven moet voldoen wil het voor de kwalificatie 'novum' in aanmerking komen. Hierop kom ik terug in § 8. Het gaat ons nu om een beschouwing van het begrip 'gegeven'.

Uit de wetsgeschiedenis volgt zonneklaar dat onder een 'gegeven' onverminderd wordt begrepen hetgeen voorheen als een 'omstandigheid van feitelijke aard' werd aangemerkt. Het gaat de wetswijziging daarnaast om een significante verruiming van de reikwijdte van het novumbegrip. Die verruiming omvat behoudens de klassieke 'omstandigheid van feitelijke aard' ook het fenomeen van de deskundigeninzichten.

Eventueel is een omstandigheid van feitelijke aard die rechtstreeks verband houdt met de bewezenverklaring bij het onderzoek ter terechtzitting al aan de orde gekomen. De bekendheid van de rechter met zo'n omstandigheid staat er onder de vigerende regeling niet meer aan in de weg dat die omstandigheid het fundament vormt van een novum. Dit kan zich voordoen indien voor een waardering van

de portee van die omstandigheid specialistische kennis nodig is, en er aanwijzingen zijn dat de rechter de relevantie en de betekenis ervan niet, althans niet volledig heeft doorgrond. Dit euvel kan worden blootgelegd door een nieuw deskundigeninzicht omtrent de betekenis van de bedoelde omstandigheid, aldus begrijp ik de strekking van de wetswijziging.

Of de wetgever hiermee een heldere afbakening van het begrip deskundigeninzicht heeft gegeven, is nog een open vraag. Bovendien zijn er in de totstandkomingsgeschiedenis passages aan te wijzen die in dit verband vervolgvragen oproepen.

Om met dat laatste te beginnen. In de eerste plaats doel ik op een hiervoor al weergegeven passage. Ik citeer:

"Vanwege de bovenstaande knelpunten wordt in het wetsvoorstel niet langer vastgehouden aan de eis dat er sprake dient te zijn van een nieuwe feitelijke omstandigheid. In de voorgestelde regeling kunnen ook andere gegevens, zoals nieuwe deskundigeninzichten, onder omstandigheden een novum opleveren."(57)

De cursivering van "zoals" is mijnerzijds. Deze passage suggereert dat het begrip 'gegeven' naast de klassieke 'omstandigheden van feitelijke aard' en de 'nieuwe deskundigeninzichten' nog ruimte biedt voor andere ingrediënten. Dit onderwerp pak ik later op. Mijn exploratie van de buitengrenzen van het begrip 'gegeven' gaat namelijk verder in § 7.

In de tweede plaats roepen twee uitspraken in de wetsgeschiedenis vragen op over de visie van de minister op de betekenis van 'het wege van bewijs'. Ik citeer één daarvan:

"Door handhaving van het begrip "ernstig vermoeden" biedt de wet een aanknopingspunt om alleen een novum aan te nemen wanneer een deskundigeninzicht een nieuw licht op de zaak werpt. Niet voldoende is een deskundigeninzicht dat niets meer omvat dan dat de deskundige het bewijs "anders weegt" dan de rechter heeft gedaan."(58)

Elders heeft de minister zich in gelijke zin uitgelaten.(59)

Mede vanwege deze passages rijzen thans cruciale vragen. Wat houdt een 'deskundigeninzicht' in? Waarin onderscheidt het zich van andere inzichten? Waarin onderscheidt het zich van de 'feiten', en waarin onderscheidt een deskundigeninzicht zich van de situatie waarin de deskundige het bewijs slechts "anders weegt" dan de rechter heeft gedaan? Ik werp deze vragen op omdat men in de wetsgeschiedenis tevergeefs zoekt naar het antwoord. Dat laat ruimte voor speculatie over de opvattingen van de wetgever over de begrippen 'deskundigeninzicht' en 'weging van het bewijs' die hierin domineert.

Ter beantwoording van deze vragen, veroorloof ik mij in § 6 een uitstapje op een heel ander terrein. Voor de volledigheid bespreek ik eerst kort de nieuwe mogelijkheid van nader feitenonderzoek door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.

5.2. Nader feitenonderzoek door de procureur-generaal bij de Hoge Raad

Aantekening verdient dat in de wetsgeschiedenis is gedelibereerd over een tweede knelpunt in de inmiddels vervallen regeling van de herziening, namelijk een gebrek aan adequate faciliteiten voor feitelijk onderzoek in het kader van de herzieningsaanvraag. Een veroordeelde kan een legitiem belang hebben bij dergelijk onderzoek, aldus de memorie van toelichting. Zelfs wanneer hij ten onrechte veroordeeld is, beschikt hij namelijk niet altijd over de middelen om dit aan te tonen.(60)

De procureur-generaal bij de Hoge Raad was ook voor 1 oktober 2012 al bevoegd om herziening te vorderen in strafzaken die zich daarvoor naar zijn oordeel lenen. Op zichzelf lag dan ook in de rede dat de procureur-generaal feitenonderzoek kon (laten) doen om vast te stellen of er gronden waren om van die bevoegdheid gebruik te maken. Alleen waren destijds de mogelijkheden daartoe beperkt. Bij de inwerkingtreding van de Wet hervorming herziening ten voordele op 1 oktober jl. is in artikel 463 Sv een wettelijke basis gelegd voor het verrichten van nader feitenonderzoek naar het bestaan van een grond voor herziening van een onherroepelijke veroordeling door en onder verantwoordelijkheid van de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Volgens de nieuwe regeling krijgt de procureur-generaal bij de Hoge Raad de mogelijkheid ambtshalve of op verzoek van de raadsman van de gewezen verdachte, een nader onderzoek te entameren in die gevallen waarin er gerede twijfel mogelijk is over de juistheid van de inhoudelijke beslissing in de afgesloten strafzaak, maar er nog niet voldoende materiaal beschikbaar is om te kunnen beoordelen of de herzieningsaanvraag gegrond is.(61) Dat nadere onderzoek kan in twee verschillende fasen van het herzieningsproces plaatsvinden. In bepaalde gevallen kan een gewezen verdachte, nog voordat hij een herzieningsaanvraag bij de Hoge Raad indient, door tussenkomst van zijn raadsman een verzoek doen tot een nader onderzoek ter voorbereiding van een herzieningsaanvraag. In dat geval is de procureur-generaal niet gebonden aan de onderzoekshandelingen die in het verzoek worden genoemd. Hij kan ook tot het verrichten van andere onderzoekshandelingen besluiten.(62) Tevens kan onderzoek plaatsvinden wanneer na indiening van de herzieningsaanvraag onduidelijkheid bestaat over de gegrondheid van de aanvraag.

Bij dit onderzoek kan de procureur-generaal zich doen bijstaan door een onderzoeksteam, dat onderzoek verricht onder zijn leiding en verantwoordelijkheid. Bovendien kan de procureur-generaal onderzoek opdragen aan een rechter-commissaris in strafzaken. Het College van procureurs-generaal van het openbaar ministerie zal aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad op diens verzoek de nodige bijstand verlenen bij de inrichting van het onderzoeksteam en de uitvoering van het onderzoek. Tevens voorziet de wet (art. 462 Sv) in de instelling van een onafhankelijke commissie die is belast met de advisering over de wenselijkheid van een nader onderzoek, ook genoemd de Adviescommissie afgesloten strafzaken (ACAS). Zij is tot op zekere hoogte gemodelleerd naar de inmiddels opgeheven (toegangscommissie van de) Commissie evaluatie afgesloten strafzaken (CEAS).

Thans ga ik verder op het spoor van de kernvraag: wat is een deskundigeninzicht?

6. Waarneming en interpretatie

6.1. Waarneming en interpretatie

We zijn aanbeland in de wereld van deskundigen en wetenschap. Het is voor een beter begrip van zoiets als 'deskundigeninzicht' m.i. nuttig om wat langer stil te staan bij methodologie van wetenschap en bij kennisleer.(63)

Het wetenschapsbedrijf bestaat voor een substantieel deel uit het vergaren van data, het genereren van hypothesen om die data te verklaren, en het verzamelen van nieuwe data om die hypothesen aan toetsing te onderwerpen. Ik licht dit toe.

Het vergaren van data vindt plaats door het verrichten van 'waarnemingen'. Deze 'waarnemingen' omvatten niet alleen de puur zintuiglijke waarneming van de werkelijkheid, maar ook de waarneming met behulp van instrumenten, het resultaat van de meting van bepaalde grootheden, en het resultaat van de toepassing van andere methoden en technieken waarmee informatie wordt gegenereerd.

De aldus verkregen data leiden niet categorisch tot gevolgtrekkingen van een meer universele aard. Het redeneerproces van 'inductie' brengt namelijk niet zonder meer absolute waarheden voort, omdat er vrijwel altijd alternatieve verklaringen mogelijk zijn voor de observaties en de onderzoeksbevindingen. Om die reden stelt de onderzoeker ten minste twee hypothesen op die een verklaring kunnen bieden voor de waargenomen data.

Vervolgens worden deze hypothesen getoetst aan de hand van (nieuwe) waarnemingen. De gevonden data kunnen een hypothese ondersteunen en in zoverre bevestigen. Zij kunnen ook de hypothese ondermijnen en daarmee in bepaalde mate falsificeren. Een en ander is afhankelijk van de kansen op deze waarnemingen onder de hypothesen die aan toetsing worden onderworpen.

De onderzoeker wil weten wat de waarnemingen te zeggen hebben in het licht van de verschillende hypothesen die hij onderzoekt. Hij stelt zich met andere woorden de vragen: welke hypothese verklaart de waarnemingen het beste? in de richting van welke hypothese wijzen de waarnemingen daardoor het meest? Met het antwoord op deze vragen interpreteert de deskundige de onderzoeksresultaten binnen de context van de zaak.

Afhankelijk van het onderwerp van onderzoek is voor het doen van waarneming allerlei kennis en techniek benodigd. Het geven van verklaringen voor de onderzoeksresultaten vergt op zijn beurt eveneens kennis, en wel kennis die mede door vele andere waarnemingen is opgebouwd, en vaak ook de toepassing van logica en statistiek.(64)

Een voorbeeld ter illustratie. De mens heeft al heel lang de nachtelijke sterrenhemel geobserveerd, en gefilosofeerd over de plaats van de Aarde in het Omniversum. Eeuwenlang hebben geocentrische en heliocentrische wereldbeelden elkaar beconcurrereerd. Meer verfijnde waarnemingen, al dan niet met optische instrumenten, bijvoorbeeld van de bewegingen van de planeten aan het firmament, van de schijngestalten van Venus en Mercurius, van de manen van Jupiter, etc., leidden telkens tot aanpassingen van deze wereldbeelden. Een kerkelijk proces tegen Galilei en nog enkele eeuwen later, is thans het geocentrische wereldbeeld verlaten en is algemeen geaccepteerd dat de Zon een ster is als vele anderen, en dat de Aarde en de Zon als gevolg van de zwaartekracht om een gemeenschappelijk zwaartepunt binnen de Zon draaien, ofschoon niemand dat ooit daadwerkelijk heeft waargenomen. Het is eenvoudigweg zo dat deze ("heliocentrische") hypothese de betere en simpelere verklaring geeft voor een veelvoud aan waarnemingen, en dat zij niet is weerlegd door andere waarnemingen. Dit wetenschappelijke inzicht relativeren als "ook maar" een mening, overtuiging of gevolgtrekking, zou wat potsierlijk aandoen, maar het is wat het is: de gangbare beschrijving van het zonnestelsel is momenteel de beste interpretatie van vele waarnemingen.

In de wetenschapsfilosofie leeft het inzicht dat waarneming en interpretatie van feitenmateriaal plaatsvindt in het licht van hypothesen, die bij voorkeur vooraf zijn geëxpliciteerd. Subjectieve elementen in zowel de waarneming als de interpretatie van de werkelijkheid zijn menselijkerwijs onvermijdelijk. In de cognitieve psychologie en de wetenschapsfilosofie wordt tegenwoordig aangenomen dat het proces van waarnemen een beroep doet op het referentiekader van de onderzoeker en dat waarneming daardoor "theoriegeladen" is.(65) Voor op andere wijze dan door zintuiglijke waarneming verkregen onderzoeksdata geldt deze onvermijdelijkheid eveneens. Ook het scheiden van 'het signaal' en 'de ruis' in de ruwe onderzoeksdata vergt doorgaans persoonlijke kennis en opleiding van de onderzoeker. Daarmee doen ook ongewenste artefacten hun intrede. Gelijk ieder mens wordt de waarneming van de onderzoeker vertroebeld door verwachtingseffecten en andere cognitieve vertekeningen. Om die reden is het in de wetenschap cruciaal om die subjectieve elementen te onderkennen en te reduceren. De wetenschapsmethodologie behelst methoden om de waarneming zo veel mogelijk te objectiveren, bijvoorbeeld door het reproduceren van de data. Datzelfde geldt voor de interpretatie van de ruwe onderzoeksdata waarin het onderzoek heeft geresulteerd. Met de transparante toepassing van logische methoden wordt objectiviteit beoogd.

Daarmee is allerm minst gezegd dat 'waarneming' in het wetenschapsbedrijf moet worden gerelativeerd als een louter subjectieve perceptie van de werkelijkheid. Veel, misschien wel veruit de meeste waarnemingen zijn onbetwist en zij lenen zich probleemloos voor interpretatie onder de getoetste hypothesen. Er is alleen mee gezegd dat ook een waarneming niet immuun is voor wetenschappelijke kritiek.

6.2. Waarneming en interpretatie in forensische wetenschap

De inzichten van de wetenschapsfilosofie zijn m.i. ook van belang voor de gerechtelijke waarheidsvinding, alleen al doordat de forensische wetenschap, waarvan de rechter zich zo nu en dan bedient, rapporteert op

de voet van de beschreven methodologie. In de laatste decennia heeft de justitiële waarheidsvinding ook buiten de rechtspraak meer aandacht gekregen door de opkomst van de rechtspsychologie en de criminalistiek. De eerste richt zich voornamelijk op de totstandkoming en de betekenis van tactische vormen van bewijsvoering, zoals verklaringen van getuigen en verdachten. De tweede legt zich meer toe op de betekenis van forensisch-technisch bewijsmateriaal. Aangejaagd door de ontwikkeling van het forensisch DNA-onderzoek biedt de toepassing van forensische wetenschap heden ten dage zoveel meer mogelijkheden dan voorheen, dat die toegepaste wetenschap inmiddels een belangrijke plaats heeft veroverd in de gerechtelijke waarheidsvinding.

Met enkele voorbeelden uit deze contexten zal ik de in 6.1 in abstracto omschreven zienswijze nader toelichten.

(a). Een forensisch DNA-deskundige onderwerpt de bemonstering van sporenmateriaal aan een vergelijkend DNA-onderzoek. Met behulp van onderzoeksapparatuur en een "DNA-kit" van reagentia worden langs inmiddels geautomatiseerde weg ruwe data gegenereerd, bestaande uit de grafische presentatie van een patroon van pieken en piekjes (een elektroferogram). Op basis van zijn deskundigheid en ervaring wijst de deskundige hierin met behulp van software pieken aan die naar zijn oordeel corresponderen met DNA-kenmerken van de bron(nen) van het onderzochte sporenmateriaal. Dat is in het geval van minimale of aangetaste biologische sporen geen sinecure.⁽⁶⁶⁾ Dit illustreert dat een numeriek DNA-profiel, waarbij piekposities cijfermatig zijn uitgedrukt, niets meer of minder is dan een interpretatie die is gebaseerd op de resultaten van metingen aan celmateriaal.

Daarna verricht de deskundige datzelfde onderzoek aan het referentiemateriaal. In de hiervan verkregen ruwe data wijst hij de pieken aan die naar alle waarschijnlijkheid DNA-kenmerken van de referent vertegenwoordigen. Vervolgens vergelijkt de DNA-deskundige de resultaten. Laten we aannemen dat de deskundige bij deze vergelijking uitsluitend overeenkomsten waarneemt en geen "onverklaarbare" verschillen in de pieken die volgens hem DNA-kenmerken representeren. De deskundige zal nu moeten beoordelen wat de betekenis is van de door hem waargenomen overeenkomsten in DNA-kenmerken. Ook om die vraag te beantwoorden is wetenschappelijke kennis vereist, met name van genetica en statistiek. Aan de hand van populatiegegevens berekent de deskundige de zeldzaamheidswaarde van de waargenomen combinatie van kenmerken, en daarmee de kans dat deze overeenkomst in DNA-kenmerken wordt aangetroffen in het geval de bron van het spoor een willekeurig, niet aan de referent verwant individu is.

(b). Een forensisch chemicus is gevraagd om onderzoek te doen naar de samenstelling van een witte, poederachtige substantie in een ingetaped pakketje. Een door deze deskundige vervaardigd extract hiervan wordt in gasfase gebracht, en onderzocht met gaschromatografie en massaspectrometrie. In het grafisch weergegeven massaspectrum dat door de massaspectrometer zichtbaar wordt gemaakt (een piekenpatroon) neemt de deskundige de karakteristieken van een component van de stof waar. Het gegenereerde spectrum vertoont grote overeenkomsten met het massaspectrum van cocaïne. Vanwege de grote sensitiviteit en specificiteit van deze test acht de deskundige het kennelijk verantwoord om een categorische uitspraak te doen, waarbij hij cocaïne identificeert als component van de onderzochte stof.

(c). Een schouwarts wordt geroepen op een plaats delict en hem wordt gevraagd te bepalen op welk tijdstip het aangetroffen slachtoffer is overleden. Zo mogelijk zal hij een drietal waarnemingen doen: namelijk een (rectale) meting van de lichaamstemperatuur van het stoffelijk overschot, een meting van de omgevingstemperatuur en een meting of schatting van het lichaamsgewicht. Aangezien na het overlijden de lichaamsprocessen een einde nemen, zal het stoffelijk overschot in een gestaag tempo (mede afhankelijk van het lichaamsgewicht) de temperatuur van de omgeving aannemen. Het zogeheten 'nomogram van Henssge' stelt de schouwarts in staat om met behulp van zijn meetresultaten een indicatie te verschaffen van de periode waarin het slachtoffer is overleden. Het betreft hier overigens een vrij grove schatting, doordat lang niet alle variabelen (nauwkeurig) in aanmerking kunnen worden genomen of niet anders dan bij wijze van een 'correctie' worden meegewogen, zoals de eventuele aanwezigheid van isolerende textiel aan en onder het lichaam van het slachtoffer, eventuele schommelingen in de omgevingstemperatuur tussen het moment van overlijden en dat van de uitwendige schouw, eventuele luchtcirculatie, en een eventueel verhoogde lichaamstemperatuur (koorts) vóór overlijden. Onder optimale omstandigheden doet de schouwarts op basis van het nomogram een uitspraak binnen een 95%-betrouwbaarheidsinterval.⁽⁶⁷⁾

(d). Een rechtspsycholoog bestudeert een proces-verbaal dat is opgemaakt van een zogeheten Osloconfrontatie. Hierin heeft de verbalisant een waarneming opgetekend, te weten dat de getuige uit een rijtje van zes personen een persoon aanwees en daarbij een uitspraak deed die erop neerkomt dat de aangewezen persoon naar zijn herinnering de dader betrof van het misdrijf waarvan de getuige naar zijn zeggen het slachtoffer was. De getuige heeft volgens een andere verbalisant de verdachte aangewezen. De rechtspsycholoog zal eventueel met behulp van nog ander bewijsmateriaal trachten te achterhalen welke de waarde is van deze door de getuige gedane mededeling, door allerlei systeem- en schattingsvariabelen langs te lopen. Vervolgens zal hij, zo mogelijk, heel globaal trachten aan te geven wat in dit geval de kans is dat de getuige de verdachte bij deze gelegenheid aanwijst indien de verdachte de dader is, ten opzichte van de kans dat de getuige de verdachte aanwijst onder de hypothese dat de verdachte onschuldig is. Hiermee "weegt" de rechtspsycholoog de uitspraak van de getuige.

(e). Een sporendeskundige bestudeert de plaats van het delict. Hij neemt bijvoorbeeld waar dat rode spatten op de wand van een huiskamer waarin het gehavende lijk van een man is aangetroffen een bepaalde grootte, vorm en spreiding hebben en in een bepaald patroon zijn afgezet. Uit die vorm valt met enige kennis van geometrie de richting af te leiden van waaruit het materiaal (vermoedelijk bloed) de wand heeft geraakt. Bovendien valt door middel van vergelijkingen met referentiepatronen te beoordelen in welke mate het op de PD waargenomen patroon past in de hypothese dat het slachtoffer meermalen tegen het hoofd is geslagen met een hard voorwerp, en in welke mate het patroon past in de alternatieve hypothesen dat het slachtoffer (bijvoorbeeld) op een specifieke plek in de kamer is gewurld c.q. met een mes is gestoken.

(f). Een rechtspsycholoog bestudeert de bekennende verklaringen van een verdachte. Hij onderzoekt de omstandigheden waaronder de verklaringen tot stand zijn gekomen. Hij vergelijkt hetgeen de verdachte op uiteenlopende momenten tijdens de onderscheidene verhoren heeft verklaard met hetgeen omtrent het delict als vaststaand mag worden aangenomen, met hetgeen al dan niet voor daderwetenschap mag worden gehouden, en met hetgeen de politie op al dan niet goede gronden meende te weten over het delict en het moment waarop de politie daarvan op de hoogte was geraakt. Op basis van een en ander tracht de psycholoog een uitspraak te doen over de vraag in hoeverre de bekentenissen passen in enerzijds de hypothese dat de verdachte de dader is van het delict en zijn bekentenissen op waarheid berusten, en anderzijds de hypothese dat de verdachte onschuldig is en dat hetgeen de verdachte heeft verklaard mede tot stand is gekomen op basis van hetgeen de verhoorders al dan niet bewust hebben prijsgegeven of hetgeen anderszins voorafgaande aan het verhoor al bekend was geworden over de toedracht van het misdrijf.

6.3. Waarneming en interpretatie. Vervolg

'Stille getuigen' spreken niet voor zich. Elke deskundige die hierboven door mij ten tonele is gevoerd doet binnen het bestek van zijn onderzoek waarnemingen van effecten waarvan hij de oorzaak tracht te achterhalen. De werkelijke oorzaak is een onzekere factor. De deskundige beoogt met zijn onderzoeksresultaten die onzekerheid te reduceren.

De interpretatie van waarnemingen vergt, zoals gezegd, het opstellen van hypothesen die een mogelijke verklaring voor de waarnemingen inhouden. Met andere woorden: hypothesen poneren de mogelijke oorzaak van de waargenomen effecten. Bijvoorbeeld: het waargenomen DNA-profiel (in voorbeeld a) wordt veroorzaakt door de aanwezigheid van celmateriaal van de verdachte in het sporen materiaal. Het genoemde massaspectrum (in voorbeeld b) wordt veroorzaakt door een bestanddeel cocaïne in de onderzochte stof. De bekentenissen (in voorbeeld f) zijn ontstaan doordat de verdachte hiertoe is 'verleid' en zij zijn geconstrueerd uit informatie waarmee de verhoerende rechercheurs de verdachte hebben gevoed.

Idealiter neemt een deskundige ten minste twee van dergelijke hypothesen in ogenschouw. Aan een waarneming wordt betekenis toegekend door te beoordelen in welke mate die waarneming past in de gekozen hypothesen, oftewel hoeveel waarschijnlijker de waarnemingen zijn onder de ene dan onder de andere hypothese. (68)

Het antwoord hierop zegt iets over de mate waarin de steun voor de ene hypothese ten opzichte van de andere hypothese door de waarnemingen is toegenomen. Dit staat gelijk aan de bewijskracht van de waarneming. (69) De waarnemingen worden zodoende 'gewaardeerd' c.q. 'gewogen'. Die waardering is niet absoluut. Zij hangt af van het gekozen tweetal hypothesen in het licht waarvan die waardering plaatsvindt. Een 'match' op een volledig NGM-DNA-profiel is bijvoorbeeld zeer goed in staat om te onderscheiden tussen enerzijds de hypothese dat de referent de bron is van het spoor en anderzijds de hypothese dat een willekeurige niet-verwante derde de bron is. Diezelfde 'match' heeft echter niet het vermogen om onderscheid te maken tussen enerzijds de hypothese dat het spoor afkomstig is van de referent en anderzijds de hypothese dat het spoor afkomstig is van zijn eenenigste tweelingbroer.

Dat de ene deskundige op een bepaalde manier oordeelt over de bewijswaarde van de waarnemingen die hij heeft gedaan, wil nog niet zeggen dat een andere deskundige geen ander inzicht kan zijn toegedaan. Zoals gezegd zijn waarnemingen en interpretaties onvermijdelijk in bepaalde mate subjectief van aard. Deskundigen kunnen van mening verschillen. Deskundigen kunnen twisten over de juistheid van de waarneming, over de relevantie van de waarneming en over de keuze van de onderzoekshypothesen. De deskundige die zich beperkt tot de hem beschikbare hypothesen kan een alternatieve verklaring over het hoofd hebben gezien, etc. Kennis groeit door tegenspraak. Ook wat dat betreft is er geen verschil met rechtspraak.

Het interpreteren van waarnemingen vergt toegang tot achtergrondgegevens, zoals medische kennis, chemische kennis, populatiegegevens, etc. en de toepassing van logica en statistiek. Deze achtergrondgegevens vormen meer generieke kennis die eveneens is opgebouwd uit - onder meer - waarnemingen. Ook de betekenis van deze waarnemingen ligt niet voor eens en altijd vast. De betekenis van een waarneming kan worden onderzocht door nieuwe, experimentele waarnemingen. Indien de representativiteit van die waarnemingen wordt betwist, kunnen zij worden gevolgd door nieuwe experimenten en daaruit voortvloeiende waarnemingen. Een en ander leidt weer tot nieuwe interpretaties, enz. We hebben dus van doen met een iteratief proces.

6.4. Waarneming en interpretatie in geval van herzieningen

Hoewel het fundamenteel verschillende concepten betreft, zou het handig zijn indien het hierboven geïllustreerde onderscheid tussen waarneming en interpretatie correspondeert met het onderscheid tussen enerzijds 'feit' en anderzijds 'mening, overtuiging of gevolgtrekking' in de herzieningsjurisprudentie. Ik vermoed echter dat deze grenzen over en weer uit de pas lopen. Indien de DNA-deskundige uit voorbeeld a zou hebben geconcludeerd dat de referent niet een bron kan zijn van het spoor, en dit omdat hij significante verschillen heeft waargenomen tussen het DNA-profiel van de referent en dat van de bron(nen) van het sporen materiaal, zou de herzieningsrechter die interpretatie vermoedelijk als 'feit' hebben bestempeld. De interpretatie van de chemicus in voorbeeld b ("de substantie bevat cocaïne"), zou vermoedelijk ook als een 'feit' zijn gekenschetst. De gevolgtrekkingen van de schouwarts uit voorbeeld c laten zich minder snel als 'feit' betitelen, maar het kan wel degelijk. (70) Ik verwacht dat de conclusies van de rechtspsycholoog onder d en f, en van de sporendeskundige onder e daarentegen een gerede kans lopen om als 'gevolgtrekking' of zelfs 'weging' te worden aangemerkt. (71)

In methodologisch opzicht is er echter, globaal beschouwd, geen verschil tussen de werkwijze van de DNA-deskundige en die van de rechtspsycholoog. Uiteraard zijn er wel andere verschillen. DNA-profielen laten zich immers niet zonder technische hulp kennen. De ruwe data worden gegeneerd door het gebruik van DNA-onderzoeksapparatuur en reagentia waarvan de werking de meeste juristen duister is. Voor de waarneming van die ruwe data zijn we afhankelijk van laboranten en DNA-deskundigen. De waarnemingen van de rechtspsychologen in voorbeelden d en f vergen daarentegen geen technische hulp. Wat een verdachte

heeft verklaard kan iedere alfabeet lezen in het proces-verbaal, aangenomen dat het waarheidsgetrouw is opgemaakt. Hieruit vloeit echter niet voort dat het trekken van conclusies uit die waarnemingen net zo eenvoudig is. Over bijvoorbeeld het onderwerp '(valse) bekentenissen' is al heel wat wetenschappelijke literatuur te vergaren, die lang niet iedere jurist paraat heeft. (72) Waarom dan wordt de ene deskundige interpretatie als een 'feit' aangemerkt en de andere slechts als een persoonlijke 'weging'?

Punt is dat ik het antwoord niet goed weet. De wetsgeschiedenis brengt ons zoals gezegd niet verder. Ik heb wel bepaalde vermoedens. Ik heb de indruk dat interpretaties van deskundigen in de rechtspraktijk minder snel als 'feit' zullen worden betiteld en sneller als 'gevolgtrekking' of, nog verdergaand, als een persoonlijke 'weging' zullen worden aangemerkt:

- naarmate de interpretatie met meer onzekerheden is omgeven, kortom naarmate de uitspraak meer in termen van waarschijnlijkheden is geformuleerd dan in termen van zekerheid (ofschoon dat onderscheid in werkelijkheid zeer betrekkelijk is en achter categorische uitspraken vaak een minder betrouwbare methodologie schuil gaat);
- naarmate de interpretatie zich meer begeeft op het niveau van activiteiten dan op het bronniveau; (73)
- indien de interpretatie is gebaseerd op waarnemingen waarvoor geen technologie is aangewend en het gebruik van de zintuigen volstaat;
- naarmate de interpretatie meer tactisch feitenmateriaal omvat en in mindere mate specifiek forensisch-technisch materiaal, voor het begrip en de interpretatie waarvan specialistische kennis onontbeerlijk is;
- naarmate de interpretatie (een combinatie van) meer bewijsmateriaal in ogenschouw neemt en derhalve een meer globaal oordeel omvat over de kracht van het bewijsmateriaal dat zich in potentie leent voor een bewijsconstructie;
- naarmate de onderliggende moederwetenschap met meer subjectieve elementen is omgeven, zoals in de forensische psychiatrie, waarin rapportages vaker leiden tot uiteenlopende oordelen bij onderscheidene deskundigen.

De tegenstelling tussen enerzijds 'feit' en anderzijds 'mening, overtuiging of gevolgtrekking', die in de herzieningsjurisprudentie enkele decennia heeft standgehouden, valt dus binnen het kader van het wetenschapsbedrijf niet in volle omvang goed te hanteren. Uiteraard zijn ook wetenschappers op zoek naar de feiten. Zij trachten die te achterhalen door onderzoek te doen en door de resultaten ervan te interpreteren. Gelijk de rechter beoogt de wetenschapper ware uitspraken te doen; dat wil zeggen: uitspraken waarvan de inhoud overeenstemt met de werkelijkheid. Niettemin zijn op wetenschappelijke interpretaties gestoelde uitspraken in de regel probabilistisch van karakter. De werkelijkheid laat zich doorgaans niet met zekerheid kennen. In zoverre onderscheidt het oordeel van een wetenschapper zich niet van dat van anderen. Het kernpunt van de hier besproken wetswijziging is die van een verruiming van het novumbegrip, maar toch ook weer niet ongebreideld. We zijn dus op zoek naar een nieuwe demarcatie. Waarin onderscheidt het deskundigeninzicht zich van andere standpunten, meningen en overtuigingen? Onder welke voorwaarden vormt een 'deskundigeninzicht' een 'gegeven'?

Duidelijk is wel dat de gegrondheid van een verzoek tot herziening niet afhankelijk kan worden gesteld van alle denkbare interpretaties waartoe bewijsmateriaal aanleiding kan geven. Ergens ligt er weer een grens binnen het domein van denkbare interpretaties. De wetgever was immers evident beducht voor een uitholling van het gezag van gewijsde. Indien iedere denkbare interpretatie kan doorgaan voor een novum, zijn we wat dat betreft ver van huis.

6.5. De kwaliteit van het deskundigeninzicht

Dit brengt mij ertoe om een ander, in het licht van de nieuwe wetgeving meer vruchtbaar onderscheid voor te stellen, en wel tussen een deskundige interpretatie van een waarneming enerzijds en anderzijds meningen, gissingen en speculaties van derden over de betekenis van de waarneming. Het eerste is een gefundeerd oordeel over de bewijskracht van een bepaalde waarneming, met andere woorden: een gemotiveerd antwoord op de vraag in welke hypothese de waarneming het beste past, en in welke hypothese de waarneming minder goed past. Meningen, gissingen en speculaties ontberen doorgaans een dergelijke feitelijke basis en een dergelijke methode. Kortom, een wetenschappelijk gefundeerde interpretatie is niet zomaar een mening. De wetgever heeft m.i. beoogd om de deskundige interpretatie een plaats te geven binnen het nieuwe novumbegrip, en meningen, gissingen en speculaties niet. Dit betekent dat waar voorheen een interpretatie, ook indien zij afkomstig was van een deskundige, niet kon doorgaan voor een novum indien zij niet was gefundeerd op een 'nieuwe omstandigheid van feitelijke aard', een op deskundigheid gestoelde interpretatie thans wel als een 'gegeven' kan worden aangemerkt en zodoende in potentie binnen het bereik van het novum valt, ook al baseert de deskundige zich daarbij op waarnemingen waarmee de rechter ter terechtzitting al bekend was.

In de hiervoor onder 6.2 door mij opgesomde voorbeelden vormen de bedoelde wetenschappelijke interpretaties, ondanks hun probabilistische gehalte en ondanks hun onvermijdelijk subjectieve karakter, m.i. gegevens in de zin van het herziene novumbegrip, doch uitsluitend indien zij bepaalde voorwaarden vervullen. Ik meen derhalve dat niet ieder inzicht afkomstig van een wetenschapper een 'gegeven' in de zin van artikel 457, eerste lid onder c Sv voortbrengt. Bij de beoordeling of zij als een 'gegeven' kunnen worden aangemerkt, moeten aan het deskundigeninzicht zekere kwaliteitseisen worden gesteld. Dit roept de vraag op welke eisen dat dan kunnen zijn. Zoekend naar het antwoord sluit ik aan bij de toets van de betrouwbaarheid van de deskundigenverklaring die door de feitenrechter moet worden aangelegd. (74)

Eerst een verre blik over de grens. In de federale rechtspraak van de Verenigde Staten wordt de toelaatbaarheid van een deskundigenverklaring in het geding voor de jury sedert 1975 bestreken door Rule 702 van de 'Federal rules of evidence'. Het is aan de 'trial judge', die daarbij fungeert als poortwachter, om de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs te beoordelen aan de hand van de maatstaven die in deze

bepaling zijn geformuleerd. Zij luidt met ingang van 1 december 2011 als volgt:

"A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case."

Deze bepaling is deels geïnspireerd op rechtspraak van de U.S. Supreme Court. De overwegingen van dit Hooggerechtshof in de meest relevante uitspraak, "Daubert v Merrell Dow" uit 1993, zijn als volgt samen te vatten:

"Faced with a proffer of expert scientific testimony under Rule 702, the trial judge, must make a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue. Many considerations will bear on the inquiry, including whether the theory or technique in question can be (and has been) tested, whether it has been subjected to peer review and publication, its known or potential error rate and the existence and maintenance of standards controlling its operation, and whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community. The inquiry is a flexible one, and its focus must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate."(75)

Sindsdien is de zogeheten 'Daubert test' in de federale rechtspraak de imperatieve standaard voor de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs. In de rechtspraak van ongeveer de helft van de afzonderlijke staten in de V.S. is zij vervolgens als de standaard geadopteerd. Zij verving in die jurisdicties de zogeheten 'Frye test', genoemd naar een uitspraak van de U.S. Supreme Court uit 1923, waarin de toelaatbaarheid van een experimentele methode in het geding voor de jury nog geheel afhankelijk werd gesteld van de vraag of die methode "sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs." Ik kom hierop terug.

Nederland kent zijn eigen Daubert-uitspraak in de vorm van het 'orthopedische schoenmaker-arrest' uit 1998. Hierin overwoog de Hoge Raad:

"s Hof in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel dat de getuige-deskundige (...) ten aanzien van de door hem onderzochte sporen met de nodige deskundigheid zijn expertise heeft gegeven 'betreffende hetgeen zijne wetenschap hem leert omtrent datgene wat aan zijn oordeel onderworpen is' (art. 343 Sv.), is in een zaak als de onderhavige tegen de achtergrond van het door de verdediging gevoerde verweer ontoereikend gemotiveerd. Weliswaar houdt het bestreden arrest (...) in dat [de deskundige] sinds 1988 dagelijks als orthopedisch schoenmaker werkzaam is en daartoe een opleiding heeft gehad in 's-Hertogenbosch, aan welke verklaring hij ter terechtzitting in hoger beroep heeft toegevoegd dat hij per jaar ongeveer vierhonderd mensen aan orthopedisch schoeisel helpt, maar het arrest houdt niet in, noch blijkt uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep, dat het Hof heeft onderzocht of die deskundigheid zich mede uitstrekt tot het onderzoek aan en de analyse van schoensporen, en zo ja volgens welke methode hij het onderzoek heeft uitgevoerd en waarom hij deze methode betrouwbaar acht alsmede in hoeverre hij in staat is deze methode vakkundig toe te passen."(76)

Met het oog op de betrouwbaarheid van een deskundigenverklaring moeten m.i. eisen worden gesteld op het terrein van

- (1) de kennis en vakkundigheid van de persoon van de deskundige;
- (2) de kwantiteit en kwaliteit van de data; de wijze waarop zij zijn vergaard;
- (3) de validiteit en de betrouwbaarheid van de toegepaste methode, en
- (4) de wijze waarop de methode door de deskundige in de voorliggende zaak op de verkregen data is toegepast.

Er is geen reden om aan de betrouwbaarheid van deskundigeninzichten andere eisen te stellen binnen het bestek van de vraag of zij een novum tot stand kunnen brengen. Daarmee staat de herzieningsrechter, evenals de feitenrechter die een deskundigenverklaring op haar betrouwbaarheid heeft te beoordelen, voor een intrinsiek onoplosbaar dilemma. Want hoe kan een per definitie niet-deskundige rechter oordelen over de competentie van een deskundige, de validiteit van de door hem toegepaste methode in abstracto, en de toepassing van die methode in concreto? De oplossing daarvoor wordt veelal gevonden in het hanteren van meer formele standaarden waaraan de deskundige en zijn verklaring worden geijkt. Analooq aan de 'Frye test' in de Verenigde Staten ligt het prima vista voor de hand om van de door de deskundige toegepaste methode te verlangen dat zij algemeen aanvaard is binnen de kring van vakgenoten. Met dat verlangen is op zichzelf weinig mis, maar een dergelijke categorische eis kan ten onrechte leiden tot uitsluiting van nieuwe methoden die nog niet breed worden toegepast. Die eis is daardoor te conservatief. Naar mijn mening is het belangrijker dat de data reproduceerbaar zijn, dat de toegepaste methode goed is gevalideerd en met succes een 'peer review' heeft ondergaan. In de 'Daubert test' worden dergelijke overwegingen in de oordeelsvorming betrokken. Deze standaard is daardoor meer flexibel en minder directief.

Juist omdat in het 'orthopedische schoenmaker-arrest' enkel motiveringseisen worden gesteld op het terrein van de competentie van een deskundige, de validiteit van de door hem toegepaste methode, en de toepassing van die methode in de zaak, laat dit arrest de Nederlandse feitenrechter ruimte om soepel om te gaan met kwesties als deze. Dit geldt m.i. op gelijke voet voor de vraag die door de herzieningsrechter moet worden beantwoord, te weten of het deskundigeninzicht getuigt van voldoende kwalitatief niveau om in het geding over herziening een 'gegeven' op te leveren.

Mijn ambtgenoot Knigge heeft zich in zijn vordering in de 'Lucia de B'-zaak tentatief uitgelaten over de factoren die naar zijn oordeel in aanmerking kunnen worden genomen bij de vraag of het gewijzigde deskundigeninzicht voldoende nieuw en krachtig is, en een novum kan creëren.⁽⁷⁷⁾ Knigge noemt als mogelijke aandachtspunten de wijze waarop de betreffende deskundige is geselecteerd, zijn reputatie en integriteit en de vraag in hoeverre zijn inzichten door anderen worden onderschreven. Bovendien somt Knigge factoren op die een meer inhoudelijke toets vergen, zoals die naar de kwaliteit van de toegepaste kennis en methodes: zijn zij 'state of the art' c.q. achterhaald? zijn zij 'evidence based' of niet? zijn zij onderdeel van een scholenstrijd of algemeen aanvaard? wat is de aard van de gebruikte argumenten? etc.

Gezichtspunten als deze kunnen inderdaad bijdragen aan het antwoord op de vraag of het deskundigeninzicht kan doorgaan voor een 'gegeven' in de zin van artikel 457, eerste lid onder c Sv. Van belang lijkt mij bovenal dat factoren als deze geen dichotoom karakter krijgen, wat zoveel wil zeggen dat zij niet ieder voor zich doorslaggevend zijn, maar dat zij alle in bepaalde mate in de weging worden betrokken. Formele criteria geven de jurist weliswaar meer houvast, maar een meer inhoudelijke toets van de vakkundigheid van de deskundige en de betrouwbaarheid van zijn oordelen, kan het draagvlak voor het rechterlijk oordeel ter zake vergroten. Dat vergt van de herzieningsrechter dat hij zich bij tijd en wijle verdiept in de door een deskundige toegepaste methode, de wijze waarop de deskundige die in de voorliggende zaak heeft geoperationaliseerd, en de argumenten waarmee de deskundige zijn interpretatie heeft onderbouwd. Artikel 462 Sv voorziet sedert 1 oktober 2012 in de instelling van de al genoemde adviescommissie, de ACAS, die de Hoge Raad en de procureur-generaal bij de Hoge Raad met advies over de wenselijkheid van nader feitenonderzoek in deze exercitie kan bijstaan.

7. De begrenzing van het 'gegeven'

7.1. Inleiding

Verruimd staat niet gelijk aan onbegrensd. De vraag rijst in welke mate het 'gegeven' een containerbegrip is waaruit naar hartenlust kan worden gegrabbeld. De gedachte dat dat zo is kan postvatten naar aanleiding van een niet nader toegelichte uitslating in de wetsgeschiedenis die ik hierboven al heb geciteerd. Nu een verkenning van de buitengrenzen van het begrip 'gegeven'.

7.2. Gewijzigde inzichten van andere dan feitelijke aard

Ik benadruk dat deskundige interpretaties van waarnemingen feitelijk van aard zijn. Dat is wellicht opmerkelijk, want de Hoge Raad heeft van oudsher een mening, overtuiging of gevolgtrekking, met inbegrip van de conclusies van deskundigen, niet zonder meer willen scharen onder de 'omstandigheden van feitelijke aard'.⁽⁷⁸⁾ Wat ik met mijn stelling over de feitelijke aard van het deskundigeninzicht wil betogen, is dat een wetenschappelijke interpretatie van waarnemingen niets van doen heeft met normen en waarden. Teneinde de onderzoeksbevindingen te interpreteren werpt de deskundige hypothesen op over de werkelijkheid. Hiermee kan de deskundige de bij het onderzoek gedane waarnemingen mogelijk verklaren. De interpretaties van deskundigen hebben zodoende uitsluitend de feitelijke werkelijkheid tot onderwerp.

Daarmee laten de uitspraken van deskundigen zich langs twee lijnen afbakenen ten opzichte van andersoortige uitspraken, te weten (1) persoonlijke appreciaties en waardeoordelen over die werkelijkheid, en (2) uitspraken over hoe de werkelijkheid zou behoren te zijn; dat wil zeggen: normatieve uitspraken.

Deze twee categorieën van uitspraken van een andere dan feitelijke aard, of zij nu afkomstig zijn van een deskundige of niet, kunnen niet leiden tot een 'gegeven' in de zin van art. 457 Sv. In de totstandkomingsgeschiedenis van de wetwijziging van 1 oktober 2012 is in elk geval geen houvast te vinden voor het denkbeeld dat een naderhand gebleken wijziging van een inzicht van appreciërende of normatieve aard, zoals een gewijzigde rechtsopvatting, een novum kan vestigen.⁽⁷⁹⁾ Hetzelfde geldt dus voor een wijziging van inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van een feit. Nog sterker, zelfs indien het gewijzigde inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van een feit na de veroordeling is gesubstantieerd tot daaraan aangepaste wetgeving, brengt de wetwijziging geen novum voort.⁽⁸⁰⁾ Evenmin kunnen een later gebleken onverbindendheid van de strafbaarstelling die door de veroordelende rechter is toegepast,⁽⁸¹⁾ en een omslag van jurisprudentie na de veroordeling⁽⁸²⁾ een novum opleveren.⁽⁸³⁾ Kortom, herziening wordt niet toegelaten op juridische gronden die na de veroordeling zijn opgekomen.⁽⁸⁴⁾ Hierover heeft de minister in de recente wetsgeschiedenis trouwens nog het volgende opgemerkt:

"In antwoord op een daartoe strekkende vraag van de leden van de SGP-fractie merk ik op dat verandering van wetgeving - bijvoorbeeld: door het vervallen van een strafbepaling is het feit waarvoor de gewezen verdachte onherroepelijk is veroordeeld voortaan niet meer strafbaar - geen grond voor herziening is. Met verandering van wetgeving kan - afgezien van mogelijke gratiëring bij nog niet (geheel) tenuitvoer gelegde straffen - alleen rekening worden gehouden in lopende strafzaken. Het zou onwenselijk zijn dat als de wetgever de wet verandert ook alle op de oude wet gebaseerde onherroepelijke beslissingen terug zouden kunnen worden gedraaid. Dat zou een rem zetten op verandering van wetgeving. In het theoretische geval waarin een afgesloten strafzaak op grond van een novum wordt herzien, en het feit waarvoor de veroordeling is uitgesproken inmiddels niet meer strafbaar is, kan en moet daarmee wel rekening worden gehouden: in dat geval zal de gewezen verdachte moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolgning."⁽⁸⁵⁾

Deze restrictie van het begrip 'gegeven' heeft raakvlakken met een daarmee nauw samenhangende beperking van het novumbegrip, namelijk dat de bekendwording van een rechtsdwaling geen novum kan opleveren. Zoals al eerder uiteengezet werd het stelsel van gewone rechtsmiddelen toereikend geacht om rechterlijke uitspraken die berusten op juridische fouten te redresseren. Daarvoor was in herziening geen plaats. Het was niet de bedoeling van de opstellers van de revisieregeling van 1899 dat de aanvraag tot herziening een vorm van termijnloos cassatieberoep zou worden.⁽⁸⁶⁾ Ik vond in de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen dat de wetgever anno 2012 een andere opvatting is toegedaan.

7.3. Het bewijsoordeel

De wet heeft de beantwoording van de bewijsvraag toebedeeld aan de feitenrechter. Het antwoord daarop is deels normatief van karakter. Weliswaar is denkbaar dat een forensisch deskundige zich uitsluitend in feitelijke zin uitlaat over de bewijskracht van de combinatie van aanwijzingen van belastende c.q. ontlastende aard.⁽⁸⁷⁾ Het antwoord op de vraag of daarmee de bewijsstandaard wordt gehaald, dat wil zeggen: of het tenlastegelegde al dan niet bewezen is, hangt ook af van de bewijsstandaard zelf. Daarover kan de forensische deskundige als zodanig geen zinvolle uitspraken doen.⁽⁸⁸⁾ Conclusies die inhouden dat een deskundige het bewijs anders weegt dan de rechter heeft gedaan, indien en voor zover verstaan als een uitlating van de deskundige dat het tenlastegelegde niet wettig en overtuigend is bewezen, kunnen daardoor m.i. geen novum voortbrengen.

7.4. Gewijzigde inzichten van anderen dan deskundigen

Interpretaties van waarnemingen en daarmee samenhangende inzichten zijn niet voorbehouden aan deskundigen. Het staat de burger vrij zijn gevoelens te uiten over de resultaten van justitieel onderzoek in een strafzaak. Nochtans beoogt de wetswijziging van 2012 soelaas te bieden voor het knelpunt dat de rechter onder het regime van de daaraan voorafgaande herzieningsregeling onvoldoende in staat was om rekening te houden met gewijzigde inzichten van deskundigen. Ik vond in de wetsgeschiedenis geen steun voor de gedachte dat de wetgever in dit verband ook waarde heeft willen toekennen aan inzichten die afkomstig zijn van anderen dan deskundigen.

Deskundigheid is geen gesloten bolwerk. Of een individu op een zeker moment beschikt over expertise in bepaalde materie, zal per vraagstuk afzonderlijk moeten worden beoordeeld. Het demarcatieprobleem van deskundigheid kwam hierboven al ter sprake in § 6. Die demarcatie vormt met andere woorden een buitengrens van het begrip 'gegeven'.

Nauw verwant is de vraag of een strafvonnis dat is gewezen na de bestreden veroordeling kan fungeren als een nieuw 'gegeven'.⁽⁸⁹⁾ Strafvonnissen (en -arresten) getuigen immers van het inzicht van de rechter over de zeggingskracht van het voorhanden bewijsmateriaal. De rechter is op dit punt echter geen deskundige, en moet dat overigens ook niet willen zijn. Indien de rechter zich bij vonniswijziging verlaat op eigen of buiten de terechtzitting verworven deskundigheid, kan dat ernstig tekort doen aan de beginselen van onmiddellijkheid, openbaarheid en tegenspraak, en dus aan de eisen van een eerlijk proces in het algemeen. Niettemin kan sowieso de vraag rijzen welke betekenis moet worden toegekend aan een divergerend bewijsoordeel van een andere strafrechter.

Ik merk op dat het conflict van door Nederlandse strafrechters uitgesproken bewezenverklaringen op de voet van (thans) art. 457, eerste lid, onder a Sv van meet af aan een zelfstandige ingang voor herziening heeft gevormd.⁽⁹⁰⁾ Het geval van een vrijspraak van de ene, en een veroordeling van de andere van twee medeplegers die verkeren in een vergelijkbare bewijspositie wordt echter niet bestreken door deze grond voor herziening en vormt daarmee geen conflict van rechtspraak als bedoeld in deze bepaling.⁽⁹¹⁾

Evenmin een novum. Dat een medeverdachte in een vergelijkbare bewijspositie op basis van hetzelfde materiaal door een andere rechter is vrijgesproken, noopt er op zichzelf niet toe om de verdachte ook vrij te spreken.⁽⁹²⁾ Elke strafrechter heeft immers de taak om het bewijs zelfstandig te wegen.⁽⁹³⁾ Om die reden kon in de situatie van NJ 1983/650 de vrijspraak in hoger beroep van een mededader die anders dan de onherroepelijk veroordeelde aanvrager tot revisie niet in de veroordeling had berust, niet kwalificeren als een nieuwe omstandigheid van feitelijke aard die tot vrijspraak aanleiding kan geven (het oude novum).⁽⁹⁴⁾ Afgezien daarvan, indien in iedere divergerende rechterlijke beslissing op zichzelf reeds een novum besloten ligt, mist de in art. 457, eerste lid onder a Sv genoemde grond zelfstandige betekenis. Dat zal de wetgever niet hebben gewild.⁽⁹⁵⁾

Voor de idee dat de wetgever zijn rechtsopvattingen hierover intussen heeft herzien, biedt de geschiedenis van de wetswijziging van 2012 geen aanknopingspunten.

8. De andere voorwaarden voor het novum

8.1. Restricties

Indien is bepaald dat een waarneming of een interpretatie ervan het predicaat 'gegeven' toekomt, is daarmee nog niet vastgesteld dat een novum bestaat. Het 'gegeven' is slechts één van de drie elementen van een novum. De twee andere betreffen de volgende twee cumulatieve voorwaarden, namelijk:

1. het gegeven was bij het onderzoek op de terechtzitting niet aan de rechter bekend;

2. het gegeven "schijnt" met de bestreden uitspraak "niet bestaanbaar", zodanig dat het ernstige vermoeden ontstaat dat het bij bekendheid ermee zou hebben geleid tot één van de in artikel 457 genoemde uitspraken.

De reikwijdte van het novumbegrip wordt vooral door de andere daarin opgenomen elementen omljnd, aldus bracht de minister onder woorden. Deze elementen betreffen cumulatieve, noodzakelijke voorwaarden voor het bestaan van een novum. Door de wetswijziging is aan de ene kant meer ruimte ontstaan om eerder gemaakte fouten te herstellen en om rekening te kunnen houden met nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen. Aan de andere kant vormen de restricties volgens de minister een drempel voor een ongebreidelde inbreuk op het rechterlijk gezag van gewijsde.⁽⁹⁶⁾

8.2. Een 'nieuw' gegeven

De eis in artikel 457 Sv (oud) dat de omstandigheid de rechter "bij het onderzoek ter terechtzitting niet is

gebleken", is in de geldende wetstekst enigszins anders geredigeerd. Voorwaarde voor het aannemen van een novum is thans dat het gegeven "bij het onderzoek op de terechtzitting aan de rechter niet bekend was". Ik ontwaar in de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen dat met deze herformulering een betekeniswijziging is beoogd. De vraag of een gegeven de veroordelende rechter bij het onderzoek ter terechtzitting al dan niet bekend was, wordt daardoor in beginsel nog steeds beantwoord aan de hand van het procesdossier dat door het openbaar ministerie aan de rechter is voorgelegd, alsook aan het besprokene ter terechtzitting. De rechter wordt geacht het dossier te kennen. Uitgangspunt is daarom dat de rechter bekend is geweest met de gehele inhoud ervan. Een getuigenverklaring waarvan het procesverbaal zich om een of andere reden niet bevond in het procesdossier dat aan de rechter ter beschikking is gesteld, kan een novum opleveren, aangezien dit feitenmateriaal betreft waarmee de rechter onbekend was.(97)

In zijn vordering tot herziening in de zaak van Lucia de Berk besprak mijn ambtgenoot Knigge (onder de vigeur van de oude herzieningsregeling) het geval waarin het procesdossier zodanig omvangrijk en onoverzichtelijk is dat dit uitgangspunt het karakter van een fictie kan krijgen. De wetgever is volgens Knigge uitgegaan van de kennis van de feiten waarover de rechter daadwerkelijk beschikte. Bij dat uitgangspunt past niet dat met ficties wordt gewerkt, aldus Knigge. Daarbij past volgens hem wel dat gewerkt wordt met een weerlegbaar rechtsvermoeden. In het algemeen geldt namelijk dat ervan kan worden uitgegaan dat de rechter het dossier heeft bestudeerd en dus kennis heeft genomen van de feiten die daaruit blijken. De gevolgtrekking dat die feiten hem daadwerkelijk bekend waren, heeft dan ook in het algemeen niets onwettelijks, aldus Knigge. De jurisprudentie van de Hoge Raad kan in deze zin worden verstaan. Ook volgens Strijards kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat sprake is van een vermoeden waartegen tegenbewijs is toegelaten.(98) Het is aan de aanvrager om aannemelijk te maken dat de rechter niet bekend was met bepaalde feiten uit het dossier. "Dat de rechter geacht wordt met de feiten uit het dossier bekend te zijn geweest, is dan een veronderstelling die moet wijken voor de blij van het tegendeel," aldus Knigge weer op zijn beurt.

Met de wetswijziging van 2012 treedt er wel een wending in. Thans vallen ook deskundigeninzichten binnen de werkingssfeer van de nieuwerheidsrestrictie. Deze restrictie is als gevolg daarvan meer problematisch. Nu rijst niet alleen de vraag hoe kan worden beoordeeld of de veroordelende rechter al dan niet bekend was met een omstandigheid van feitelijke aard, maar ook de vraag hoe kan worden bepaald of de rechter op de hoogte was van een van het zijne afwijkend inzicht over de betekenis van feitenmateriaal waarmee hij op zichzelf al wel bekend was. Het procesdossier zal niet altijd duidelijkheid kunnen verschaffen over de gegevens die kunnen worden ontleend aan feitenmateriaal dat onderdeel is van dat dossier. Onder welke omstandigheden kan de rechter niettemin bekend worden verondersteld met een interpretatie die het feitenmateriaal toelaat en onder welke niet?

In de nota naar aanleiding van het verslag en in de memorie van antwoord is dit vraagstuk uitgebreid aan de orde gekomen. Ik citeer hieruit het volgende:

"De leden van de VVD-fractie verzochten mij een reactie te geven op een opmerking van de hoogleraar W.A. Wagenaar dat in veel dossiers geen sprake zou zijn van een novum maar van een gegeven dat de rechter over het hoofd heeft gezien. Graag voldoe ik aan hun verzoek. De stelling dat rechters in veel dossiers cruciale informatie over het hoofd zien, onderschrijf ik niet. Bovendien kunnen aanwijzingen dat de rechter informatie uit het dossier over het hoofd heeft gezien, onder omstandigheden een novum opleveren. Op zichzelf is het zo dat als het bewijsmateriaal al eerder aan de rechter is voorgelegd, ervan mag worden uitgegaan dat de rechter met de daaruit af te leiden gegevens bekend is geweest. Dat kan echter anders zijn als voor een waardering van de portee van het bewijsmateriaal specialistische kennis nodig is, en er aanwijzingen zijn dat de rechter de werkelijke betekenis die aan dat bewijsmateriaal moet worden gehecht, niet heeft doorgrond. In dat geval kan van een novum sprake zijn. Uit de zaak Lucia de B. (HR 7 oktober 2008, NJ 2009/44) en uit de zaak Ina Post (HR 23 juni 2009, LJN BI1689) kan worden afgeleid dat de vraag of het gaat om een gegeven waarmee de rechter al bekend was, niet per definitie bevestigend wordt beantwoord om de enkele reden dat het gegeven is terug te voeren op bewijsmateriaal dat aan de rechter is voorgelegd. Dat wordt met dit wetsvoorstel niet anders."(99)

"Onder de voorgestelde omschrijving van het novum kan, evenals bij de geldende omschrijving van het novum het geval is, zowel bewijsmateriaal vallen dat niet aan de rechter was voorgelegd, als gegevens die kunnen worden ontleend aan bewijsmateriaal dat wel aan hem was voorgelegd. In beide gevallen moet het gaan om gegevens die de rechter niet bekend waren. Bij bewijsmateriaal dat aan de rechter was voorgelegd mag ervan worden uitgegaan dat de rechter met de daaruit af te leiden gegevens bekend was, tenzij er aanwijzingen zijn dat de rechter de portee van het aan hem voorgelegde materiaal niet heeft doorgrond. (...). De gekozen wettelijke omschrijving laat (...) alle ruimte voor de in de kamerstukken weergegeven uitleg, nu deze omschrijving niet impliceert dat het gegeven, waarmee de rechter onbekend was, zich buiten het dossier moet bevinden.(100) (...)

De aan het woord zijnde leden refereerden in dit verband aan een amendement dat in hun ogen ten onrechte niet is aangenomen. In dat amendement werd voorgesteld de voorwaarde dat de rechter met het gegeven onbekend was, te schrappen. Schrapping van die voorwaarde zou echter tot gevolg hebben dat allerlei gegevens die in de strafzaak aan de rechter zijn voorgelegd, in de herzieningsprocedure opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld, ook in gevallen waarin de rechter die gegevens in zijn oordeel heeft betrokken. Dat amendement zou, met andere woorden, een verdergaande verruiming van het novum tot gevolg hebben gehad dan die in het wetsvoorstel wordt beoogd. Een dergelijke, verdergaande verruiming zou, gezien het karakter van het buitengewoon rechtsmiddel herziening, ongewenst zijn.(101)

De leden van de D66-fractie vroegen of de reikwijdte van het voorgestelde novumbegrip voldoende duidelijk is en of een gegeven waarvan de rechter wel kennis heeft kunnen nemen, maar dat hij niet in overweging heeft genomen of niet op waarde heeft geschat, een novum is. Zij vonden de opvatting van de regering, dat doorslaggevend is of sprake is van onbekendheid van de rechter met de gegevens die aan het

bewijsmateriaal kunnen worden ontleend, nog niet geheel overtuigend, omdat het immers niet altijd om gegevens hoeft te gaan die voorwerp van beoordeling door een deskundige zijn geweest.

De vragen van deze leden hebben betrekking op gevallen waarin naderhand blijkt van een nieuw gegeven dat aan bewijsmateriaal kan worden ontleend waarover de rechter in de afgesloten strafzaak al beschikte. Op zichzelf mag ervan worden uitgegaan dat de rechter bekend was met de gegevens die kunnen worden afgeleid uit het aan hem voorgelegde bewijsmateriaal. Dat is naar mijn mening ook terecht, omdat het, zoals ik hierboven in reactie op opmerkingen van de leden van de SP-fractie aangaf, niet de bedoeling is dat in de herzieningsprocedure allerlei gegevens die eerder al aan de rechter zijn voorgelegd, opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld. Dit kan echter anders zijn wanneer er aanwijzingen zijn dat de rechter niet bekend is geweest met de gegevens die, naar naderhand blijkt, uit het aan hem voorgelegde bewijsmateriaal kunnen worden afgeleid. Te denken valt met name aan het geval waarin voor de waardering van de portee van het bewijsmateriaal specialistische kennis nodig is, en er aanwijzingen zijn dat de rechter de werkelijke betekenis die aan dat bewijsmateriaal moet worden gehecht, niet heeft doorgrond. In dat geval zijn er dus aanwijzingen dat de rechter het bewijsmateriaal niet op waarde heeft geschat, of zelfs maar in overweging heeft genomen. Bij dergelijke aanwijzingen kan sprake zijn van een novum.

Ik onderschrijf de stelling van deze leden dat het in deze gevallen niet behoeft te gaan om bewijsmateriaal dat door een deskundige is beoordeeld. Het kan inderdaad zo zijn dat het bewijsmateriaal waaraan, naar naderhand blijkt, een bepaald gegeven kan worden ontleend, tijdens de behandeling van de strafzaak niet door een deskundige is beoordeeld, waardoor dit gegeven toen niet naar boven is gekomen. Een voorbeeld is de in de memorie van toelichting (op blz. 28) beschreven zaak van Ina Post. In die zaak bleek uit naderhand door een deskundige verricht onderzoek naar de implicaties van de - aan het hof bekende - lichaamstemperatuur van het overleden slachtoffer op een bepaald tijdstip, dat het slachtoffer op een eerder moment was overleden dan waarvan het hof in zijn bewijsvoering was uitgegaan. Er waren in die zaak, met andere woorden, aanwijzingen dat de rechter een cruciaal onderdeel van het bewijsmateriaal niet op waarde had geschat, en dit dus niet in overweging heeft genomen. De zaak illustreert dat ook in dat soort gevallen herziening mogelijk is. Dit zal door dit wetsvoorstel niet veranderen. (...)

Voorts vroegen deze leden om een nadere toelichting op de passage in de nota naar aanleiding van het verslag volgens welke op zich niet van belang is langs welke weg het nieuwe gegeven naar buiten komt, en dat het ook kan gaan om een deskundigeninzicht waarvan via een televisieprogramma of boek blijf wordt gegeven. In deze passage komt tot uitdrukking dat een herzieningsaanvraag met ieder relevant gegeven kan worden onderbouwd. Als de aanvraag is gestoeld op een deskundigeninzicht kan een rapport van deze deskundige worden bijgevoegd, maar dat is geen vereiste. De aanvraag kan ook worden onderbouwd met een televisieprogramma of boek waarin van een nieuw inzicht van een deskundige blijf wordt gegeven. Wel is ook bij dergelijke gegevens vereist dat de rechter daarmee niet bekend was en dat als dat anders zou zijn geweest, de zaak een andere uitkomst zou hebben gehad. Dit vereiste impliceert dat het deskundigeninzicht een nieuw licht op de zaak moet werpen. Dat is in het algemeen alleen mogelijk wanneer de deskundige voldoende kennis van de zaak heeft.

(...) Het is voor de aanname van een novum geen noodzakelijke voorwaarde dat het gegeven bestaat in bewijsmateriaal (zoals sporenmateriaal of getuigenverklaringen) dat pas naderhand beschikbaar is gekomen. Het kan ook gaan om bewijsmateriaal dat bij de berechting al aan de rechter ter beschikking stond, maar er aanwijzingen zijn dat de rechter niet bekend was met het gegeven dat, naar naderhand blijkt, uit dat materiaal kan worden afgeleid. In het nader rapport wordt duidelijk gemaakt dat het onwenselijk zou zijn wanneer de laatstgenoemde categorie van gevallen niet tot herziening zou kunnen leiden."(102)

Uit het voorgaande leid ik af dat de rechter geacht mag worden bij het onderzoek ter terechtzitting bekend te zijn geweest met de gegevens die kunnen worden verkregen uit de voorhanden resultaten van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek. Ook na 1 oktober 2012 betreft dit een veronderstelling die moet wijken voor aanwijzingen van het tegendeel.

Een interpretatie van feitenmateriaal die voor de hand ligt en die in principe door iedere leek kan worden aangereikt, zal niet geschikt zijn als novum. Aangenomen mag worden dat de rechter zelf ook wel op die interpretatie was gekomen.

Naarmate voor de waardering van de portee van het bewijsmateriaal meer specialistische kennis is vereist, zal sneller kunnen aangenomen dat de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting onbekend is geweest met een deskundige interpretatie van het onderzoeksmateriaal die niet bij wijze van deskundigenrapportage of verklaring van een deskundige ter terechtzitting deel uitmaakt van de processtukken. Het deskundigeninzicht kan in zo'n geval een nieuw licht op de zaak werpen en leent zich in potentie voor een novum.

8.3. De schakel tussen het gegeven en de uitkomst

8.3.1. Een causaal verband

Aan de orde is nu de restrictie dat het bekend geworden gegeven op zichzelf of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet bestaanbaar schijnt, en wel zodanig dat het ernstige vermoeden ontstaat dat het onderzoek van de zaak zou hebben geleid tot een vrijspraak of één van de andere genoemde uitspraken(103) ingeval de veroordelende rechter van het gegeven op de hoogte zou zijn geweest.

Niet het enkele bestaan van een nieuw gegeven is dus voldoende voor het aannemen van een novum. Noodzakelijk is tevens een causaal verband tussen enerzijds de bekendwording van het gegeven en anderzijds het ernstige vermoeden dat het rechterlijk onderzoek van de zaak zou hebben geleid tot een vrijspraak. De vraag die dit oproept is in hoeverre het bestaan van het gegeven zich verdraagt met de veroordeling. Het antwoord maakt de bespreking van diverse kwesties noodzakelijk.

8.3.2. Het relatieve gewicht van het novum

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre het bestaan van het novum valt te rijmen met de veroordeling, moet het als novum geponeerde gegeven - naar de letter van de wet - "op zich zelf" in ogenschouw worden genomen, alsook "in verband met de vroeger geleverde bewijzen".

Naar mijn inzicht brengt dit voorschrift mee dat niet alleen de relevantie en het gewicht van het gegeven zelf moeten worden bepaald, maar dat ook een weging moet plaatsvinden van de bewijsvoering waarop de veroordeling steunt. Indien de veroordeling rust op een solide basis van bijvoorbeeld forensisch-technisch bewijsmateriaal en videobeelden, zal een nieuwe getuigenverklaring die de veroordeelde in potentie alsnog een alibi verschaft niet snel kwalificeren als een novum. In het licht van de overtuigende bewijsconstructie wettigt zij immers niet het ernstige vermoeden dat de rechter bij bekendheid met die getuigenverklaring tot een vrijspraak zou zijn gekomen. Anderzijds, indien de veroordeling berust op weinig onderscheidend bewijsmateriaal is de kans (veel) groter dat dezelfde alibiverklaring erin slaagt de toegepaste bewijsconstructie te ondermijnen. Kortom, de waardering van het als novum gepresenteerde gegeven is mede afhankelijk van de draagkracht van de bewijsconstructie. Zij moeten in hun onderlinge verhouding worden gewogen.(104)

Eén van de initiatiefnemers van de wet van 1899, De Savornin Lohman, gaf tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer in dit verband nog het volgende voorbeeld:

"Ik herinner mij een zaak uit mijn praktijk, waarbij iemand veroordeeld is wegens moord, voornamelijk op grond van één gewichtige aanwijzing. De prop namelijk, die in het geweer werd gevonden, was gescheurd uit een courant welke werd gevonden in het huis van den verdachte.

Gesteld nu, dat later gebleken was, dat deze aanwijzing moest wegvallen dat bijv. de courant, waaruit het stuk gescheurd was, bewezen werd niet het eigendom te zijn geweest van den beklaagde, dan geloof ik dat iedereen wel zal toegeven, dat deze omstandigheid, in verband met de overige in het vonnis aangenomen feiten, zou hebben kunnen leiden tot vrijspraak en dat dus deze zaak zou moeten teruggewezen. Maar laat ons nu veronderstellen dat er bijv. vijf getuigen geweest zijn, die zonder aarzeling den dader hebben herkend en dat bovendien in het arrest staat, dat het geweer, waarmede geschoten is, bewezen is te zijn het eigendom van den dader, doch dat dit later blijkt een vergissing te zijn, dan zal de Hooge Raad natuurlijk verklaren dat dit novum zonder betekenis is, want dat, in verband met de vroeger geleverde bewijzen, het wegvallen van de bedoelde omstandigheid, naar het oordeel van den Hoogen Raad, niet zou hebben geleid tot vrijspraak.

Het is dus niet juist, dat naar onze redactie, wanneer een omstandigheid blijkt niet juist te zijn, de zaak perse moet teruggewezen worden. Het behoeft niet, maar het moet wanneer de rechter meent, dat vrijspraak zou kunnen komen, en dat er dus ernstige twijfel bestaat aan de juistheid van het vonnis."(105)

In de memorie van antwoord hebben de vijf initiatiefnemers zich in de volgende bewoordingen over deze kwestie uitgelaten:

"De woorden 'op zich zelve of in verband met de vroegere geleverde bewijzen' zijn niet overbodig te achten, omdat de nieuwe omstandigheid op de in het proces geconstateerde feiten een geheel ander licht kan doen schijnen en in verband daarmede twijfel aan de juistheid der rechterlijke uitspraak kan doen ontstaan. Het moet niet twijfelachtig zijn, dat de nieuwe omstandigheid niet alleen op zich zelve, maar ook door haar in verband te beschouwen met hetgeen vroeger in rechte gebleken is, aanleiding moet kunnen geven tot herziening."(106)

Kortom, het onderzoek naar het bestaan van een novum kan meebrengen dat de bewijsconstructie waarop de veroordeling rust, moet worden onderworpen aan retrospectie. Deze retrospectie heeft niet ten doel het strafproces en de uitkomst ervan naar de indertijd geldende maatstaven te toetsen op professionaliteit, integriteit en deskundigheid. Het gaat in het geding over herziening niet om de vraag of de rechter een verwijt treft van de dwaling waarop de veroordeling berust. De verschoonbaarheid van de dwaling is dus geen onderzoeksthema.(107) Het gaat in het geding over herziening uitsluitend om onderzoek naar het bestaan, de relevantie en het gewicht van het als novum geponeerde gegeven in zijn verhouding tot de kracht van de bewijsconstructie. De herzieningsrechter zal aan de hand van het resultaat van zijn preparatoire onderzoek moeten inschatten hoe kansrijk een vrijspraak is in het hypothetische geval dat de rechter bekend was met het aangedragen gegeven.(108)

8.3.3. De modelrechter

Het antwoord hierop is geen prognose van wat de rechter die de bestreden veroordeling daadwerkelijk heeft uitgesproken zou hebben gedaan bij bekendheid met het naderhand opgekomen gegeven. Het gaat uitsluitend om de vraag wat de modelrechter in dat geval zou doen.(109) De kwestie is, met andere woorden, wat een rechter die op de hoogte is van het novum zou behoren te doen. Doordat niet relevant is hoe de veroordelende rechter gevonnist zou hebben wanneer de bedoelde omstandigheid hem bekend zou zijn geweest, wordt dus geabstraheerd van de persoon van de rechter die de veroordeling heeft uitgesproken. Naar mijn inzicht kon om die reden de uitspraak van één der raadsheren van een meervoudige strafkamer van een gerechtshof, namelijk "Als ik dit alles destijds had geweten, waren mijn twijfels dusdanig toegenomen dat ik geen gebruik had willen maken van de belastende verklaringen van de [getuige] en was er geen "unanimiteit" tot stand gekomen," wel een unicum, maar geen novum teweegbrengen.(110)

Om dezelfde reden snijdt een in de wetsgeschiedenis gememoreerde beschouwing van Crombag, Van Koppen en Wagenaar geen hout. Zij wezen erop dat in het kader van de herzieningsaanvraag enerzijds een rol speelt met welke gegevens de destijds oordelende rechter bekend was en anderzijds of het ernstige vermoeden rijst dat zijn beslissing een andere zou zijn geweest als hij met het gegeven bekend zou zijn geweest. Hun stelling dat dit van degene die over de herzieningsaanvraag beslist, zou vergen dat deze over "een vorm van helderziendheid" beschikt, kon de minister al niet onderschrijven.(111) En dat is, zo meen ik,

terecht. De herzieningsrechter hoeft niet te speculeren over wat er kan zijn omgegaan in het brein van de rechter die de bestreden veroordeling heeft gewezen in het denkbeeldige geval dat die laatste rechter bekend was met het gegeven dat nadien bij de herzieningsaanvraag is aangereikt.

8.3.4. Welke kans moet worden ingeschat?

In dit verband moeten twee kansen worden onderscheiden. Dat is allereerst de kans dat de veroordeelde niet de dader is van het misdrijf, of, hetzelfde met andere woorden: de kans dat de veroordeling onjuist is en op een dwaling berust. In de tweede plaats is dat de kans dat het onderzoek van de zaak leidt tot een vrijspraak. Die kansen zijn niet aan elkaar gelijk en evenmin van gelijke grootte, ofschoon de tweede kans mede wordt bepaald door de eerste. Stel dat de kans dat de verdachte schuldig is, bezien in het licht van het bewijsmateriaal en de achtergrondgegevens, ongeveer 60% bedraagt. De kans dat de veroordeling van de verdachte bij deze stand van zaken onjuist is en berust op een dwaling, is daarmee ongeveer 40%. Naar alle waarschijnlijkheid zal een rechter die van deze kansverhouding op de hoogte is tot vrijspraak besluiten. De kans op vrijspraak is (in dit geval) dus veel groter dan de kans op onschuld. Het verschil tussen de grootte van beide kansen behelst het voordeel van de twijfel dat de verdachte rehtens toekomt. De omvang van dat voordeel houdt verband met de hoogte van de bewijsstandaard, en die is, het zij herhaald, normatief van aard. Het is goed om het onderscheid tussen deze kansen voor ogen te houden, omdat hieronder zal blijken dat misverstanden op de loer liggen. Zoals gezegd wordt aan de herzieningsrechter de vraag voorgelegd welke naar zijn inschatting de kans is dat het onderzoek van de strafzaak zou hebben geleid tot een vrijspraak ingeval de rechter bekend zou zijn geweest met het gegeven dat in herziening wordt aangedragen. De herzieningsrechter wordt niet gevraagd om uitdrukking te geven aan de kans dat de bestreden veroordeling onjuist is. Uiteraard speelt die laatste kans een cruciale rol bij de weging van de kans op vrijspraak. Ernstige twijfel aan de juistheid van de veroordeling vanwege de introductie van een nieuw gegeven leidt immers tot een grote kans dat het onderzoek van de strafzaak zou hebben geleid tot een vrijspraak ingeval de rechter met dit gegeven bekend zou zijn geweest.

8.3.5. Zekerheid van onschuld is niet vereist

Niet is vereist dat de vrijspraak het noodzakelijke gevolg is van de bekendwording van het gegeven.⁽¹¹²⁾ Dat zou neerkomen op de vaststelling dat de verzoeker tot herziening in hoge mate van waarschijnlijkheid onschuldig is. Het gaat echter niet om de vaststelling dat hij in een bepaalde mate van waarschijnlijkheid onschuldig is, maar om de vaststelling dat er in bepaalde mate twijfel is gerezen aan zijn schuld. In de memorie van toelichting bij de wet van 1899 is dit besef als volgt verwoord:

"Bij het ontwerpen van art. 378a⁽¹¹³⁾ is uitgegaan van de volgende beginselen: (...).

5o. dat niet vereischt wordt, (...), dat het novum, wordt het bewezen, de onschuld van den veroordeelde met zich moet brengen. Voldoende behoort te zijn, (...), dat bij de behandeling in revisie niet blijkt van de schuld des veroordeelden."⁽¹¹⁴⁾

En als volgt in de memorie van antwoord bij deze wet:

"Het is niet in te zien, waarom revisie slechts toelaatbaar zou zijn, wanneer de onschuld van den veroordeelde waarschijnlijk zou zijn gemaakt. Het strafproces heeft niet ten doel iemands onschuld te constateeren, doch alleen de vraag te beslissen of er voldoende bewijzen van schuld aanwezig zijn, en de revisie mag dus ook geen ander doel hebben, dan die vraag aan een nieuw onderzoek te onderwerpen. Zoodra de aanvraag tot revisie is toegestaan, keert de veroordeelde als het ware terug in den toestand van een verdachte, en is er geene reden hem daarbij in een ongunstiger positie te plaatsen dan vóór zijne veroordeeling."⁽¹¹⁵⁾

8.3.6. De gradatie van waarschijnlijkheid van de vrijspraak na heropening

Thans de vraag welke eis wordt gesteld aan de graad van waarschijnlijkheid van de voor de veroordeelde gunstige uitkomst, wil het gegeven een novum kunnen opleveren. Ter bepaling hiervan grijp ik wederom terug op de wetsgeschiedenis.

De wetstekst van 1899 (artikel 375) behelsde nog de eis dat de nieuwe omstandigheid "ernstige twijfel" wekt aan de juistheid van de gewezen uitspraak. Eén der initiatiefnemers van die wet, De Savornin Lohman, sprak al in die zin bij gelegenheid van zijn hierboven geciteerde illustratieve toelichting. De enkele aanwezigheid van enige twijfel aan de juistheid van de veroordeling, was dus niet toereikend.

De wetgever van 1926 heeft zich aan dit uitgangspunt geconformeerd, met dien verstande dat de eis van 'ernstige twijfel aan de juistheid van de bestreden uitspraak' is vervangen door de eis dat 'de aan het licht getreden omstandigheid met de bestreden uitspraak niet bestaanbaar schijnt, in dier voege dat ernstig vermoeden ontstaat dat ware zij bekend geweest, het onderzoek der zaak zou hebben geleid tot vrijspraak, etc.'. Het moet blijkens een passage uit de memorie van toelichting gaan om een omstandigheid die de aangevallen uitspraak in haar wezen aantast en daarmede niet gelijktijdig kan bestaan.⁽¹¹⁶⁾ Ook in een andere passage in de memorie keert die notie terug. Ik citeer:

"Herziening moet een buitengewoon rechtsmiddel blijven, dat aan een veroordeelde, die bij de behandeling zijner zaak gebruik heeft kunnen maken van alle rechtsmiddelen, hem door de wet toegekend, slechts mag worden gegeven, indien hij een feit kan aanvoeren, dat, ware het vroeger bekend geweest, niet mogelijkerwijze tot vrijspraak had kunnen leiden, doch een zoodanig feit dat dit gevolg naar alle waarschijnlijkheid zou hebben gehad."⁽¹¹⁷⁾

Over de vereiste mate van waarschijnlijkheid die in het "ernstig vermoeden" besloten ligt schreven Blok en Besier:

"Ernstig vermoeden; het is dus aan den eenen kant niet voldoende, dat die andere uitkomst mogelijk zou zijn geweest, doch aan den anderen kant ook niet vereischt, dat deze het noodzakelijk gevolg van de aanwezigheid van het nieuwe feit zij. Een groote mate van waarschijnlijkheid is echter noodig. De M. v. T. op ons artikel (O. R. O. art. 432) zegt, dat het vooral hierop aankomt, of het nieuwe feit de aangevallen uitspraak in haar wezen aantast en daarmede niet gelijktijdig kan bestaan."(118)

Corstens en Borgers leiden uit deze totstandkomingsgeschiedenis af dat het novum onverenigbaar met de uitspraak moet lijken te zijn. Absolute zekerheid van die onverenigbaarheid is niet vereist. De enkele mogelijkheid van onverenigbaarheid is weer onvoldoende. Om de herzieningsaanvraag gegrond te achten, moet de onverenigbaarheid waarschijnlijk zijn, aldus deze auteurs.(119)

De wetgever anno 2012 heeft eveneens aandacht besteed aan deze kwestie. Hieruit leid ik af dat met de wetwijziging van 2012 in dit opzicht geen verandering is beoogd ten opzichte van de verlaten regeling. Ik wijs in dit verband op een drietal passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze wet.

"De leden van de fracties van PvdA en SP vroegen om een toelichting op de begrippen "ernstig vermoeden" en "ernstige twijfel". Graag beantwoord ik deze vraag als volgt. In de formulering van het novumbegrip gaat het om een "ernstig vermoeden" dat als de rechter met het gegeven bekend zou zijn geweest, een vrijspraak zou zijn gevolgd. De in het voorgestelde artikel 457 Sv gebruikte term "ernstig vermoeden" is overgenomen uit de bestaande formulering van het novumbegrip. In de memorie van toelichting is op een aantal plaatsen aangegeven dat er soms "gerede twijfel" bestaat over de juistheid van de rechterlijke uitspraak, terwijl er nog niet voldoende materiaal beschikbaar is om te kunnen beoordelen of de herzieningsaanvraag gegrond is. Door een nader onderzoek kan de gereede twijfel uitgroeien tot een ernstig vermoeden dat als de rechter met het gegeven bekend zou zijn geweest, een vrijspraak zou zijn gevolgd."(120)

In dezelfde zin luidt de tweede passage:

"De leden van de CDA-fractie wezen erop dat in de voorgestelde wettelijke definitie van het novum wordt gesproken over het "ernstige" vermoeden dat als rechter met het nieuwe gegeven bekend zou zijn geweest, dit tot een andere uitkomst van de zaak zou hebben geleid. Zij vroegen waarom dit vermoeden "ernstig" zou moeten zijn. Het begrip "ernstig vermoeden" vormt de schakel tussen het nieuwe gegeven en de andere uitkomst van de strafzaak. Er komt in tot uitdrukking dat het nieuwe gegeven van voldoende gewicht moet zijn om aan te nemen dat als de rechter ermee bekend zou zijn geweest, dit tot een andere uitkomst van de zaak zou hebben geleid. Dit wetsvoorstel verruimt het novumbegrip in die zin dat het nieuwe gegeven niet van feitelijke aard hoeft te zijn. Ook een deskundigeninzicht kan een novum opleveren. Door handhaving van het begrip "ernstig vermoeden" biedt de wet een aanknopingspunt om alleen een novum aan te nemen wanneer een deskundigeninzicht een nieuw licht op de zaak werpt. Niet voldoende is een deskundigeninzicht dat niets meer omvat dan dat de deskundige het bewijs "anders weegt" dan de rechter heeft gedaan. Er zullen namelijk altijd strafzaken zijn waarin discussie blijft bestaan over de juistheid van een veroordeling, hoe uitvoerig de rechterlijke beslissing ook is gemotiveerd. Het enkele feit dat in die zaken discussie bestaat moet op zichzelf nog geen aanleiding geven tot herziening. Met zijn uitspraak neemt de rechter een definitieve beslissing in de zaak, waar partijen zich bij zullen moeten neerleggen. De samenleving heeft er belang bij dat aan strafprocessen door een definitieve beslissing van de rechter een einde komt. Het is dit belang dat aanleiding geeft herziening van een onherroepelijke beslissing van de rechter alleen mogelijk te maken wanneer het nieuwe gegeven van voldoende gewicht is om aan te nemen dat een andere uitspraak zou zijn gedaan."(121)

De derde passage legt een belangwekkende discussie bloot. Ik wijs hier nogmaals op het onderscheid tussen de twee kansen die ik heb genoemd in 8.3.4:

"Om deze redenen is het begrip "ernstig vermoeden" als onderdeel van de wettelijke omschrijving van het novum in het wetsvoorstel gehandhaafd. De aan het woord zijnde leden wezen erop dat de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken (CEAS) in haar jaarverslag over 2008 de vraag heeft opgeworpen of herziening niet mogelijk zou moeten zijn als een door de aanvrager aangevoerd novum tot de overtuiging moet leiden dat niet langer "buiten redelijke twijfel" staat dat de veroordeelde de dader is. Deze leden vroegen of de door de CEAS gebruikte formulering inhoudelijk gelijkgesteld kan worden met de definitie van het novum in dit wetsvoorstel, en zo niet, of kan worden beargumenteerd waarom aan de definitie uit het wetsvoorstel de voorkeur moet worden gegeven. Ik kan hun antwoorden dat de definitie van het novum in dit wetsvoorstel niet met de door de CEAS aangedragen formulering gelijkgesteld kan worden. In het door de CEAS aangedragen criterium wordt verwezen naar de bewijsstandaard in strafzaken. Die standaard houdt in dat buiten redelijke twijfel moet zijn dat de verdachte de dader is. In het criterium klinkt door dat als op basis van een in de herzieningsaanvraag aangedragen gegeven twijfel ontstaat over de vraag of aan de bewijsstandaard is voldaan, en dus een andere bewijsbeslissing denkbaar zou zijn geweest, dit tot grondverklaring van de aanvraag zou moeten leiden. Een zo ruim geformuleerd novumbegrip zou onwenselijk zijn om dezelfde redenen die aanleiding hebben gegeven tot handhaving van het begrip "ernstig vermoeden": er zullen altijd strafzaken zijn waarin discussie blijft bestaan over de juistheid van een veroordeling. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in zedenzaken, waarin het niet zelden zo is dat de beschuldigende verklaring van de aangever moet worden afgewogen tegen de ontkennende verklaring van de verdachte. Over die afweging kan ook na het onherroepelijk worden van de rechterlijke uitspraak discussie blijven bestaan. Zo lang echter niet door een nieuw gegeven het ernstige vermoeden ontstaat dat de rechter anders zou hebben geoordeeld, is het heropenen van een strafzaak niet opportuun. Om deze reden moet aan de in het wetsvoorstel voorgestelde definitie van het novum de voorkeur worden gegeven boven het criterium dat door de CEAS is voorgesteld."(122)

Zoals ook al in de memorie van toelichting werd uiteengezet, is de voorwaarde dat het novum niet bestaanbaar schijnt met de in de strafzaak gewezen uitspraak gehandhaafd teneinde tot uitdrukking te

brengen dat uitsluitend een gewijzigd inzicht over de validiteit van een deskundigenverklaring nog niet voldoende is voor een herziening.⁽¹²³⁾ Dit is pas het geval wanneer het gewijzigde deskundigeninzicht het ernstige vermoeden doet ontstaan dat een van de in artikel 457, eerste lid, onder c, genoemde uitspraken zou zijn gevolgd. Wil het gegeven kunnen kwalificeren als novum, dan dient het dus niet alleen nieuw te zijn, maar ook van zodanig gewicht dat de door de verzoeker verlangde uitkomst bij een heropening van de zaak kansrijk is. Kansrijk houdt hier in: gradaties van waarschijnlijk tot zeer waarschijnlijk. Ernstige twijfel aan de juistheid van de veroordeling kan hiertoe aanleiding geven. Enige twijfel alleen is daartoe onvoldoende, zo moet uit de hierboven geresumeerde wetsgeschiedenis worden afgeleid.⁽¹²⁴⁾

Kortom, de ondergrens voor het novum is het ontstaan van een zodanig ernstige twijfel aan de feitelijke juistheid van de bestreden beslissing dat een vrijspraak de waarschijnlijke uitkomst is van een hypothetisch strafproces waarin de rechter bekend is met het bedoelde gegeven.

De door de wetswijziging ingetreden wending houdt in dat ook andere gegevens dan omstandigheden van feitelijke aard, te weten de deskundigeninzichten, vallen binnen de werkingsfeer van de restrictie van het 'ernstige vermoeden'. Dat stelt nadere eisen aan de deskundigeninzichten, want alleen indien de vakkundigheid van de deskundige, de validiteit en betrouwbaarheid van de toegepaste methode en de toepassing van die methode zelf, buiten twijfel staat, zal het gegeven een novum kunnen vormen. Bovendien moet het gegeven relevant zijn en van voldoende gewicht; het gegeven moet met andere woorden met voldoende kracht de bewezenverklaring ondergraven. Als het gegeven te vaag is ontbreekt het causale verband met de voor de veroordeelde gunstige uitkomst.

Het voorgaande betekent dat rechtspraak van de Hoge Raad op andere punten dan die van de omlijning van de 'omstandigheid van feitelijke aard' haar waarde heeft behouden. Gegevens die bijvoorbeeld alleen betrekking hebben op een bijkomstigheid in de bewezenverklaring of die slechts zien op een onderdeel dat uit de bewezenverklaring kan worden weggedacht zonder te dwingen tot vrijspraak van het geheel, rechtvaardigen geen ernstig vermoeden dat het onderzoek van de zaak zou hebben geleid tot integrale vrijspraak voor het delict dat het onderwerp is van het herzieningsverzoek.⁽¹²⁵⁾

8.3.7. Het modelproces

Ik snijd nog een andere kwestie aan. Stel nu dat pas na de onherroepelijke veroordeling bekend wordt dat in het proces-verbaal van bevindingen dat tot het bewijs is gebezigd een vergissing ligt besloten in (bijvoorbeeld) de plaatsaanduiding van het door verbalisanten waargenomen misdrijf. Het was de verdachte en zijn raadsman ter terechtzitting ook ontgaan dat het berispelijke gedrag niet plaatsvond in de plaats A, maar in de plaats B, en zij hebben daarvan ter terechtzitting dus geen punt gemaakt. De aanvrager tot herziening weet de onjuistheid alsnog boven tafel te krijgen en ziet hierin een novum. Stel bovendien dat de oorspronkelijke tenlastelegging geen alternatief bevat voor de specificering van de plaats A (bijvoorbeeld "althans elders in Nederland").

Zonder een wijziging van de tenlastelegging zou de rechter in het denkbeeldige geval dat hij bekend was met de juiste plaatsaanduiding de verdachte ter zake hebben vrijgesproken. De vraag is dus of bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid dat het nieuwe gegeven leidt tot een vrijspraak de kans mag worden betrokken dat de modelrechter (zie § 8.3.3) op daartoe strekkende vordering van het openbaar ministerie een wijziging van de tenlastelegging toelaat.

Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. Onvolkomenheden in de tenlastelegging hoeven niet tot vrijspraak te leiden indien het openbaar ministerie en de rechter in het geding na verwijzing alsnog adequaat gebruik maken van de bevoegdheden die hun in artikel 313 Sv zijn toegekend, zulks uiteraard met inachtneming van de grenzen van artikel 68 Sr.

Waar het dus om gaat is of het materiële feit waartoe de verwijzingsopdracht zich uitstrekt in het geding in herziening waarschijnlijk zal leiden tot een vrijspraak. De toets die m.i. aan de herzieningsrechter voorligt is dus om de waarschijnlijkheid in te schatten van een vrijspraak door een modelrechter in een hypothetisch modelproces waarin het als novum gepresenteerde gegeven aan alle procespartijen bekend is. Onvolkomenheden in de tenlastelegging of bijkomstigheden die uit de bewezenverklaring kunnen worden weggedacht spelen in het geding over herziening daardoor geen rol van betekenis. Hetgeen als novum wordt voorgedragen moet doordringen tot de kern van de zaak.

9. Met herziening vergelijkbare instituten in het buitenland

9.1. Rechtsvergelijking

Ik heb mij afgevraagd of het instrument van herziening in het licht van de voorgaande conclusies in de pas loopt met vergelijkbare instrumenten in Frankrijk, Engeland/Wales en Duitsland.

9.2. Frankrijk

Op 8 juni 1895 werd in de Code d'instruction criminelle van 1808 het novum als grond voor herziening geïntroduceerd, en wel naast de drie bestaande, 'casuïstisch' omschreven gronden die in § 3 reeds aan de orde kwamen. Het novum werd toen als volgt omschreven (art. 443):

"La révision pourra être demandée en matière criminelle ou correctionnelle, quelles que soient la juridiction qui ait statué et la peine qui ait été prononcée :

(...)

4° Lorsque, après une condamnation, un fait viendra à se produire ou à se révéler, ou lorsque des pièces inconnues lors des débats seront représentées, de nature à établir l'innocence du condamné."

Het bestaan van een novum vereiste indertijd een nieuw feit of vroeger onbekende stukken die geschikt zijn om de onschuld van de veroordeelde vast te stellen.(126) Deze regeling is woordelijk overgenomen in de Code de procédure pénale, die in werking trad op 2 maart 1959. Een ingrijpende wijziging in de omschrijving van het novum werd van kracht op 1 oktober 1989.(127)

Het Franse artikel 622 van de Code de procédure pénale luidt met ingang van 1 oktober 1989 voor zover relevant als volgt (cursivering mijnerzijds):

"La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque :

(...)

4° Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné."

Het Franse strafprocesrecht vergt voor herziening op grond van een novum thans dat een nieuw feit of een ingrediënt ("élément") dat de rechter op de dag van het proces onbekend was in staat is om twijfel aan de schuld van de veroordeelde op te roepen. Daarmee lijkt de Code de procédure pénale de teugels te hebben laten vieren ten opzichte van de meer stringente regeling van artikel 443 van de Code d'instruction criminelle. De drempel om over de band van het novum tot herziening te geraken is dus in Frankrijk op 1 oktober 1989 naar de letter genomen verlaagd ten gunste van de veroordeelde.(128)

De herzieningspraktijk in Frankrijk is echter weinig toeschietelijk voor de aanvrager. De 'Commission de révision des condamnations pénales', een op 1 oktober 1989 ingesteld onderdeel van de Cour de Cassation, heeft over de jaren 2002 - 2011 het aantal van 1524 aanvragen tot herziening behandeld en getoetst. Daarvan heeft zij slechts 31 zaken die haar gegrond lijken te zijn (".. des demandes qui lui paraissent pouvoir être admises"(129)) aanhangig gemaakt bij de strafkamer van de Cour de Cassation, en van de rest is vrijwel alles (onherroepelijk) niet-ontvankelijk verklaard dan wel afgewezen.(130) De strafkamer van de Cour de Cassation, die nadat de zaak naar haar is verwezen optreedt onder de naam 'Cour de Révision', onderzoekt de aanvraag zelfstandig en kan de veroordeling vernietigen indien de aanvraag gegrond is bevonden.(131) Zo nodig is de Cour de Révision bevoegd de strafzaak voor een geheel nieuwe behandeling te verwijzen naar een ander gerecht van dezelfde rang als die de bestreden veroordeling heeft gewezen.(132) Over de jaren 2002 - 2011 heeft de Cour de Révision welgeteld 34 door de Commission de Révision aangebrachte aanvragen afgewikkeld, waarvan 20 leidden tot een vernietiging van de bestreden veroordeling, en waarvan 14 aanvragen alsnog eindigden in een afwijzing.(133)

Voor de vraag hoe het Franse revisierecht omgaat met voortschrijdend deskundigeninzicht kan ik teruggrijpen op een strafzaak die volgens mij de twijfelachtige eer geniet om door het leven te gaan als 's werelds bekendste rechterlijke dwaling.

De Franse 'schoonmaakster' van de Duitse ambassade te Parijs ontdekte op enig moment in 1894 dat de Duitse militaire attaché, luitenant-kolonel Von Schwartzkoppen, documenten ontving met informatie over Franse fortificaties afkomstig van een spion die opereerde onder het pseudoniem "Jacques Dubois". Op 17 september 1894 ontving de Franse militaire inlichtingendienst van de schoonmaakster een handgeschreven memorandum/lijst (de "bordereau"), die ze uit de prullenbak van de militaire attaché had gevist. De 'bordereau' was vermoedelijk afkomstig van "Dubois", en hield een aanbod in tot verkoop van informatie over onder meer een superieur Frans kanon. De militaire inlichtingendienst leidde hieruit af dat "Dubois" werkzaam was als artillerieofficier bij de generale staf. Het oog viel toen op de kapitein der artillerie Alfred Dreyfus. Mogelijk speelde hierbij mee dat Dreyfus' achternaam ook met een 'D' begon, dat hij van joodse komaf was, en geboren in de Elzas. Het van hem verkregen handschrift en taalgebruik in een rapport van een jaar daarvoor vertoonde naar verluidt overeenkomsten met dat van "Dubois".

Dreyfus werd op 15 oktober 1894 gearresteerd voor het verkopen van militaire geheimen aan de Duitse militaire attaché, op 22 december 1894 door de krijgsraad in Rennes wegens hoogverraad veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf en vervolgens verbannen naar Duitseilanden, waar hij ruim vier jaren zou verblijven. Het onvervalste(134) bewijs tegen Dreyfus bestond uitsluitend uit de 'bordereau'. Vijf deskundigen hadden vergelijkend onderzoek gedaan. Twee van hen oordeelden dat het handschrift niet dat van Dreyfus was, maar drie van hen verklaarden dat Dreyfus daarvan wel degelijk de auteur was. Eén van hen was de bekende forensisch deskundige Alphonse Bertillon; geen handschriftdeskundige, maar een befaamd criminalist. Hij bleek een van de meest vasthoudende experts.

Vele verwickelingen laat ik onbesproken. De zaak verdeelde Frankrijk jarenlang in twee kampen en kwam pas op 12 juli 1906 tot een finale ontknoping toen de verenigde strafkamer van de Cour de Cassation de veroordeling van Dreyfus definitief vernietigde.(135) Deze laatste uitspraak was mede gegrond op een rapport d.d. 2 augustus 1904 van drie door de Cour de Cassation aangestelde deskundigen, Darboux, Appell en de inmiddels vermaarde wiskundige Henri Poincaré. Daarin werd niet voorzien in nieuw bewijsmateriaal, maar werden uitsluitend de conclusies gekraakt die door de deskundige Alphonse Bertillon waren getrokken op basis van zijn onderzoek aan de 'bordereau'.(136) Bertillon had zich in zijn tot het bewijs gebruikte rapporten over de 'bordereau' bediend van een door hemzelf ontwikkeld systeem van geometrische vergelijking van handschrift, met toepassing van kansrekening, en dit op een volgens Poincaré onwetenschappelijke en onjuiste wijze. Hij noemde het 'systeem' van Bertillon zelfs een "absurdité". In zijn "notions sur la probabilité des causes" gaf Poincaré een nog immer modern aandoende uitwijding over Bayesiaanse statistiek en paste hij die, bij mijn weten als een van de eersten, toe in een forensische context. Daarmee toonden Poincaré c.s. uiteraard niet onomstotelijk de onschuld van Dreyfus aan, maar hun interpretatie riep ernstige twijfel op over de kracht van het bewijsmateriaal dat ten laste van Dreyfus was gebruikt.

Dat de onderzoeksresultaten bovendien meer wezen in de richting van de man die tegenwoordig voor de

werkelijke verrader wordt gehouden, ene majoor Esterhazy, was de Cour de Cassation blijkens het arrest van 12 juli 1906 niet ontgaan. Esterhazy was intussen echter gevlucht naar Engeland, heeft daar zijn verraad bekend en is er in 1923 overleden. Dreyfus heeft in de eerste wereldoorlog gevochten in de rang van luitenant-kolonel der artillerie, overigens met gebruikmaking van het superieure kanon waarvan ik gewag maakte, en dit aan Franse zijde. Hij overleed in 1935.

Het door mij geraadpleegde naslagwerk over het Franse procesrecht gaf mij geen aanleiding te vermoeden dat de Cour de Cassation afstand heeft genomen van zijn jurisprudentie over de toelaatbaarheid van voortschrijdend deskundigeninzicht als fundament van een novum.(137) De tegenstelling tussen 'feit' en 'gevolgtrekking' lijkt in Frankrijk, voor zover ik kan overzien, in dit verband geen onderwerp van juridisch debat te zijn geweest.

9.3. Engeland en Wales(138)

Ik vang de bespreking aan met een beschrijving van een onderdeel van de gewone appelrechtspraak in Engeland en Wales. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat diverse rechtsinstituten en regelingen in het op accusatoire leest geschoeide Engelse procesrecht niet één-op-één kunnen worden omgezet in equivalente rechtsbegrippen uit het Nederlandse procesrecht. Om die reden zal ik hieronder niet spreken van 'beroep', 'appel' of 'cassatieberoep', omdat daaraan een Nederlands referentiekader is verbonden. Datzelfde geldt voor het begrip 'herziening'.

In geval een ontkennende verdachte ter zake van een 'indictable offence' in eerste aanleg is veroordeeld door de Crown Court, waarbij een jury als feitenrechter optreedt, kan de verdachte 'appeal' instellen bij de Court of Appeal, Criminal Division, in Londen. Het 'appeal' kan alleen aanhangig worden gemaakt na verlof daartoe, in de regel verleend door de Court of Appeal zelf.(139) Het 'appeal', indien met verkregen verlof aanhangig gemaakt, brengt op zichzelf geen nieuwe feitelijke behandeling mee. De jury heeft immers - in beginsel definitief - gesproken. Partijen worden wel gehoord over juridische kwesties die aan de Court of Appeal worden voorgelegd.

Niettemin kan de Court of Appeal "if necessary or expedient in the interests of justice" processtukken in aanmerking nemen en getuigen horen, ongeacht of zij zijn gehoord ten overstaan van de Crown Court in de procedure die uitmondde in de beslissing waartegen wordt opgekomen. Zelfs kan de Court of Appeal besluiten om nieuw bewijsmateriaal toe te laten. Bij het besluit om daartoe over te gaan, moet de Court of Appeal in het bijzonder acht slaan op de vragen

- (1) of het bewijsmateriaal geloofwaardig is,
- (2) of dit bewijsmateriaal grond kan vormen om het 'appeal' toe te wijzen,
- (3) of het bewijsmateriaal in de procedure waartegen het 'appeal' aanhangig is, toelaatbaar zou zijn geweest, en
- (4) of er een redelijke verklaring is voor het verzuim om dit bewijsmateriaal in die procedure in te brengen.(140)

Het 'appeal' wordt vervolgens toegewezen indien de Court of Appeal van oordeel is dat de veroordeling 'unsafe' is, en in het andere geval afgewezen.(141) Bij toewijzing van het 'appeal' wordt de veroordeling vernietigd, dan wel op de voet van section 3 CAA 1968 vervangen door de veroordeling voor een ander delict. Bovendien is de Court of Appeal bevoegd een 'retrial' voor de Crown Court te bevelen, indien dit nodig is "in the interests of justice".(142) Indien de Court of Appeal dit achterwege laat, hetgeen de Court of Appeal om uiteenlopende redenen kan doen, vaardigt de Crown Court een 'acquittal' uit.

Een veroordeling hoeft niet alleen 'unsafe' te zijn op feitelijke gronden; het ontbreken van strafbaarheid alsook procedurele onvolkomenheden, die een veroordeling 'unsatisfactory' maken, kunnen in aanmerking worden genomen.(143) De maatstaf die wordt gehanteerd is een subjectieve: elk lid van de Court of Appeal dient zich af te vragen "have I a reasonable doubt, or even a lurking doubt that this conviction may be unsafe?" In de zaak Pendleton oordeelde het House of Lords dat de juiste maatstaf in een geval waarin de Court of Appeal op de voet van section 23 CAA 1968 nieuw bewijsmateriaal heeft toegelaten, de vraag is of de veroordeling 'safe' is, niet of de veroordeelde schuldig is.(144) In dergelijke gevallen moet de Court of Appeal in overweging nemen welk effect het nieuwe bewijsmateriaal zou hebben gehad op de jury indien het naar voren zou zijn gebracht in de procedure voor de Crown Court, een toets die ook wel de 'jury impact test' wordt genoemd. Als het bewijsmateriaal redelijkerwijze van invloed kon zijn geweest op de beslissing van de jury om te veroordelen, moet deze veroordeling 'unsafe' worden beschouwd, aldus begrijp ik de House of Lords. De Court of Appeal mag niet zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van de jury.

Naar aanleiding van met name de vernietiging van de veroordelingen van 'the Guildford Four' in 1989, en van 'the Maguire Seven' en 'the Birmingham Six' in 1991 was in Engeland grote maatschappelijke onrust ontstaan.(145) De druk om herzieningsverzoeken in te willigen nam toe. Het termijnloos verlenen van rechtsingang tot de herzieningsprocedure bij de Court of Appeal was echter tot dan toe exclusief toebedeeld aan de Home Secretary (de minister van Binnenlandse zaken), die van zijn bevoegdheid naar verluidt slechts mondigesmaat en schoorvoetend gebruik maakte. De onrust leidde er uiteindelijk toe dat overeenkomstig een daartoe strekkend advies van de 'Royal Commission on Criminal Justice' bij Criminal Appeal Act 1995 een 'Criminal Cases Review Commission' (CCRC) in het leven is geroepen, die op 31 maart 1997 operationeel werd en is gevestigd in Birmingham.(146) Deze onafhankelijke commissie kreeg vergaande onderzoeksbevoegdheden en zij is ter uitvoering daarvan geëquipeerd met een staf van meer dan honderd man. Zij nam de taak van de Home Secretary over, waartoe zij de competentie kreeg om zaken naar de Court of Appeal te verwijzen.(147) De CCRC is informeel toegankelijk en dit in alle denkbare zaken.

Indien de CCRC het onderzoek in een zaak heeft afgerond, is zij bevoegd om bij de Court of Appeal een rechtsingang te verlenen die in de plaats komt van het verlof om bij dit college een 'appeal' aanhangig te maken.(148) De CCRC verwijst een zaak naar de Court of Appeal indien zij van oordeel is dat er een 'real possibility' bestaat dat de veroordeling bij de Court of Appeal niet in stand blijft, met andere woorden:

wanneer er een reële mogelijkheid bestaat dat de Court of Appeal zal concluderen tot een 'unsafe conviction'.(149) Over de betekenis van 'real possibility' overwoog de High Court als volgt:

"The 'real possibility' test prescribed in section 13(1)(a) of the 1995 Act as the threshold which the Commission must judge to be crossed before a conviction may be referred to the Court of Appeal is imprecise but plainly denotes a contingency which, in the Commission's judgment, is more than an outside chance or a bare possibility but which may be less than a probability or a likelihood or a racing certainty. The Commission must judge that there is at least a reasonable prospect of a conviction, if referred, not being upheld."(150)

Deze 'real possibility' moet bovendien het gevolg zijn van 'new evidence' c.q. 'new argument'. Bij 'new argument' moet voornamelijk gedacht worden aan juridische verweren. 'New evidence' betreft hoofdzakelijk argumenten van feitelijke aard. Aangezien de CCRC vooruit moet lopen op een procedure bij de Court of Appeal, zal de CCRC zich moeten afvragen of de Court of Appeal de 'new evidence/argument' krachtens section 23 CAA 1968 zal toelaten.

Ten slotte kunnen uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigen dat de CCRC een zaak verwijst naar de Court of Appeal ongeacht het bestaan van 'new evidence' of 'new argument', doch in dat geval dient nog wel de 'real possibility'-test met vrucht te worden doorlopen.(151)

De CCRC is geen laatste rechterlijke instantie en de procedure bij de CCRC doorbreekt het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet. Een verwijzing van de CCRC functioneert als een bijzondere vorm van rechtsingang tot een termijnloos 'appeal'. De CCRC kan "dat doen omdat zij een inquisitoire onderzoekstaak heeft die wordt ingezet wanneer het er naar uitziet dat, ondanks alle eigen adversaire garanties, het gewone strafproces een onaanvaardbaar resultaat heeft opgeleverd. Zij neemt daarbij juist niet de functie van de rechter over, al moet zij in haar verwijzingsbeslissing rekening houden met de criteria die hij aanlegt om tot de conclusie te komen dat sprake is van een unsafe conviction," aldus Brants.(152) De Court of Appeal zal zich op zijn beurt moeten beraden over de vraag wat de jury van de Crown Court zou hebben besloten in het hypothetische geval dat de jury in de betreffende zaak bekend was met de 'new evidence'; dat is de al genoemde 'jury impact test'.

Enig cijfermateriaal. Met ingang van haar instelling en tot en met 31 december 2012 heeft de CCRC in totaal 14.770 zaken afgerond. Daarvan zijn 512 zaken verwezen naar de Court of Appeal. Deze heeft daarvan 466 zaken behandeld, met als resultaat de vernietiging van 328 veroordelingen en de afwijzing van het 'appeal' in 138 zaken.(153) Mij is niet duidelijk geworden hoeveel van die 328 vernietigingen hebben geleid tot een 'retrial' en wat daarvan het resultaat was.

Thans rijst de vraag hoe in deze juridische structuur wordt omgegaan met nieuwe deskundigeninzichten. In dit verband is van belang dat in Engeland het begrip 'evidence' bepaald niet is gelimiteerd tot hetgeen door de Hoge Raad werd aangemerkt als 'omstandigheden van feitelijke aard'. Het begrip 'evidence' bestrijkt ieder bewijsmateriaal. De verklaring van een deskundige valt zonder twijfel in volle omvang onder (het geven van) 'evidence' en zij kan dus ook 'new evidence' genereren. Ik bespreek kort enkele door de CCRC verwezen zaken die exemplarisch zijn voor gevallen waarin geen nieuwe waarnemingen doch uitsluitend afwijkende deskundigeninterpretaties cruciaal waren voor het oordeel van de bevoegde rechter.(154)

Pendleton was in 1986 door de Crown Court veroordeeld voor het medeplegen van een moord, gepleegd in 1971, en dit voornamelijk op basis van zijn bekentenissen. Op verzoek van de CCRC was Pendleton in 1999 onderzocht door de klinisch psycholoog Gudjonsson, die hem had onderworpen aan een aanzienlijke testbatterij. Kort samengevat deelde Gudjonsson mede "that he did not know if there had been a false confession but the appellant's personality disorder may make him particularly vulnerable to making a false confession. There was a serious question on the reliability of the confessions."

Er waren meer punten die door de Court of Appeal moesten worden beslist, maar al met al twijfelde de Court er niet aan dat de veroordeling 'safe' was.(155) De House of Lords was een ander oordeel toegedaan en vernietigde op 13 december 2001 alsnog de veroordeling, voornamelijk vanwege de bevindingen van Gudjonsson.(156)

Gilfoyle was veroordeeld voor de moord op zijn hoogzwangere echtgenote, die levenloos was aangetroffen, half hangend in een strop in de garage van hun woning. Gilfoyle verweerde zich met de stelling dat het zelfmoord betrof. In 'appeal' handelde de zaak uitsluitend over de interpretatie van het sporenbeeld op de plaats van het delict, met inbegrip van het pathologische bewijsmateriaal. Verscheidene deskundigen verschilden met elkaar van mening. Uiteindelijk legde de Court of Appeal het 'appeal' terzijde omdat het nieuwe bewijsmateriaal (een verklaring van een patholoog die zich tevens ontpopte als sporendeskundige) naar het oordeel van de Court de zaak van de appellant in essentie niet sterker had gemaakt.(157)

Brown was veroordeeld voor seksueel misbruik van het zoontje van zijn partner. Het ging in deze zaak voornamelijk om de interpretatie van de observaties aan het onderlichaam van het zeer jeugdige slachtoffer die bij gelegenheid van medisch onderzoek waren gedaan, bovendien van andere medische informatie (over diarree waarvan het jongetje last had gehad), en van zijn mentale gesteldheid. De CCRC had binnen het bestek van haar onderzoek de voorhanden gegevens opnieuw laten beoordelen door een tweetal medische deskundigen. Bovendien had een 'neuropsychiater' zich uitgelaten over de betrouwbaarheid van de verklaringen van de moeder van het kind. Aan de laatste verklaring ging de Court of Appeal voorbij; het bewijsmateriaal was niet toelaatbaar onder section 23 CAA 1968. De verklaringen van de twee medici waren dat echter wel en brachten de Court of Appeal tot het oordeel dat de veroordeling 'unsafe' was.(158)

Sally Clark was op 9 november 1999 door de Crown Court veroordeeld tot tweemaal levenslang voor het doden van haar twee baby's in december 1996 en januari 1998. Aanvankelijk werd gedacht dat zij beiden

aan wiegendoed waren gestorven. Na het overlijden van het tweede kind groeide echter het denkbeeld dat een tweede wiegendoed in één gezin wel erg onwaarschijnlijk was. Over de verdenking van een onnatuurlijke dood van met name het tweede kind bestond onder de geraadpleegde medische deskundigen een grote verscheidenheid aan opinies. Er waren geen tot weinig aanwijzingen voor een niet-natuurlijke dood.

In Engeland hoeft de jury het bewijsoordeel niet te motiveren, zodat onbekend blijft welk bewijsmateriaal tot de veroordeling heeft geleid. Ongetwijfeld zal de uitspraak van een emeritus hoogleraar kindergeneeskunde, Sir Roy Meadow, (159) indruk hebben gemaakt op de jury; hij verklaarde dat de kans op het optreden van twee gevallen van wiegendoed in één gezin 1 op 73 miljoen bedraagt. Enige tijd na de veroordeling (alsook na een eerder afgewezen 'appeal'), heeft de CCRC de zaak naar aanleiding van eigen onderzoek verwezen naar de Court of Appeal. Het ging bij de tweede behandeling voor deze instantie niet uitsluitend om de kansrekening. Veelzeggend is echter dat de Royal Statistical Society zich in oktober 2001 geroepen voelde om naar aanleiding van deze zaak een verklaring uit te geven dat de statistiek onjuist was toegepast. Mede op grond van de ernstige bedenkingen die omtrent dit indrukwekkende getal waren gerezen, vernietigde de Court of Appeal op 11 april 2003 de veroordeling van Clark. (160)

De sterk van de Nederlandse afwijkende Engelse rechtscultuur maakt het niet eenvoudig om vergelijkingen te trekken tussen het Engelse 'appeal'-systeem en het Nederlandse instituut van herziening. Aan de andere zijde van de Noordzee fungeert een correctiemechanisme dat het mogelijk maakt om rechterlijke dwalingen te redresseren, maar door dit te betitelen als een modaliteit van 'herziening' gaan nuances verloren.

De jury als feitenrechter hoeft, zoals gezegd, het bewijsoordeel niet te motiveren. Daar staat tegenover dat de Court of Appeal wel degelijk uitvoerig ingaat op het voorgelegde bewijsmateriaal, zodat toch nog een beeld kan worden verkregen van de wijze waarop de Engelse rechter bewijskwesaties benadert. Een tegenstelling tussen 'feit' en 'gevolgtrekking' is aldaar klaarblijkelijk onbekend. Het deskundigeninzicht kan bij wijze van 'evidence' sowieso in de beschouwingen worden betrokken, en de vraag of 'new evidence' moet worden toegelaten en moet leiden tot toewijzing van het 'appeal', wordt beantwoord aan de hand van regels die afwijken van de onze. De procesgang in Engeland en Wales die is gericht op het tenietdoen van rechterlijke dwalingen, kenmerkt zich, zo is mijn indruk, door een grote mate van souplesse.

9.4. Duitsland

Het Duitse strafprocesrecht kent de 'Wiederaufnahme' (161) op grond van (onder meer) een novum reeds met ingang van de inwerkingtreding op 1 oktober 1879 van de Strafprozeßordnung van 1 februari 1877, zulks in een redactie die sindsdien ongewijzigd is. (162)

§ 359 van de Strafprozeßordnung (StPO) luidt voor zover relevant als volgt (cursivering mijnerzijds):

"Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig,

(...)

5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines mildereren Strafgesetzes eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind,"

Het Duitse recht vergt voor het bestaan van een novum dat nieuwe feiten of bewijsmiddelen worden bijgebracht die geschikt zijn om daarop een vrijspraak te baseren. De door mij geraadpleegde naslagwerken (163) leren mij dat een deskundigeninzicht en een deskundigenrapportage vallen binnen het bereik van de begrippen "Tatsachen oder Beweismittel", met dien verstande dat een andere waardering ("Würdigung") van juist waargenomen feiten op zichzelf geen 'nieuw feit' vormt. (164) De stelling dat de rechter de verklaring van de getuige of deskundige verkeerd heeft gewaardeerd is niet toereikend, maar de stelling dat de rechter de getuige of deskundige simpelweg verkeerd heeft begrepen wellicht weer wel. (165)

Het debat over de bruikbaarheid van het deskundigenbericht als basis voor een novum centreert zich in het Duitse recht met name rond de vraag onder welke voorwaarden het deskundigeninzicht kan doorgaan voor nieuw. Wanneer in de zaak nog geen deskundige is opgetreden, vormt de verklaring van een eerste deskundige vrij evident een nieuw feit of bewijsmiddel. De verklaring van een tweede deskundige, die op grond van dezelfde feitelijke uitgangspunten en dezelfde kennis en methode tot een andere slotsom komt, kan echter geen novum bijbrengen. (166) Wanneer de tweede deskundige over andere feitelijke uitgangspunten beschikt, of over meer superieure onderzoeksmethoden dan de deskundige wiens verklaring door de rechter voor juist werd gehouden, kunnen zijn bevindingen als 'nieuw' worden aangemerkt. Daartoe behoort ook het geval waarin hij nieuwe wetenschappelijke kennis bezit. (167) Ook de gebleken onjuistheid van de feitelijke uitgangspunten die aan de gevolgtrekkingen van de eerste deskundige ten grondslag liggen, kunnen de 'nieuwheid' van de tweede deskundigenverklaring meebrengen. (168) In toenemende mate wordt in de meer recente rechtspraak erkend dat het er wezenlijk op aankomt of het deskundigenbericht een 'nieuw en geschikt' bewijsmiddel is. Dat is het wanneer het de conclusies van de voorgaande deskundige wezenlijk aantast. (169) Ik begrijp Gössel aldus dat het er naar zijn oordeel op aankomt of de inhoud van het deskundigenbericht nieuw is. Zo geldt dat een tweede deskundige met de nieuwste wetenschappelijke inzichten kan komen tot een conclusie die de rechter zelf al getrokken had. (170) Die conclusie kan dan geen novum teweegbrengen.

Naar mijn indruk is de Duitse rechtspraak over de toepassing van het deskundigeninzicht binnen het raamwerk van het novumbegrip betrekkelijk complex. Een ondubbelzinnige exegese van die rechtspraak is op dit punt niet gemakkelijk te volvoeren. Behoudens de complexiteit van het onderwerp zelf, hangt dit onder

meer samen met het volgende. Duitsland kent geen exclusieve herzieningsrechter zoals Frankrijk, Engeland/Wales en ons land. Op grond van § 367 StPO en § 140a Gerichtsverfassungsgesetz ligt de bevoegdheid om over de herzieningsaanvraag te beslissen in de regel bij een naastgelegen gerecht van dezelfde rang als het gerecht dat de bestreden veroordeling heeft gewezen. Iedere rechterlijke instantie kan dus met herzieningsverzoeken in aanraking komen. Als gevolg daarvan is de rechtspraak over dit onderwerp versnipperd en is rechtseenheid problematisch; de herzieningsbeslissing is namelijk niet appelabel, zodat toezicht van een hogere rechter ontbreekt.

Over de herzieningsprocedure zelf nog dit. Na binnenkomst van de aanvraag volgt eerst een ontvankelijkheidsprocedure ("Aditionsverfahren"), en bij een positief resultaat een gegrondheidsprocedure ("Probationsverfahren"), die een toets aan de maatstaven van § 359 StPO behelst. Daarbij moeten zowel het nieuwe feit/bewijsmiddel als het reeds bekende bewijsmateriaal worden gewaardeerd, en dat laatste vanuit het standpunt van de rechter die het vonnis heeft gewezen.⁽¹⁷¹⁾ Indien de aanvraag deze procedures succesvol heeft doorlopen, wordt de heropening van de zaak bevolen en volgt een nieuwe behandeling ervan.

Het gaat het bestek van deze conclusie verre te buiten om naar de praktijk en statistieken van de herziening in Duitsland een verdergaand onderzoek in te stellen dan waarvan ik heb doen blijken in deze paragraaf.

In onze recente wetsgeschiedenis heeft de minister eveneens stilgestaan bij het Duitse procesrecht ter zake. Het gaat mij in dit verband in het bijzonder om de perceptie van het Duitse herzieningsrecht die hieruit spreekt en de blijk van de wens om bij het aldus gepercipieerde recht aan te sluiten.

Ik citeer:

"Hoewel het in de Duitse regeling gebezigde begrip "neue Tatsachen oder Beweismittel" niet in de formulering van de voorgestelde regeling is overgenomen, heeft de regeling wel tot gevolg dat het Nederlandse recht nauwer bij het Duitse aansluit. Ook naar Duits recht is in ruimere mate dan thans in Nederland het geval is herziening op grond van nieuw deskundigenbewijs mogelijk. Tegelijk kan worden vastgesteld dat ook naar Duits recht een gewijzigd deskundigeninzicht op zichzelf nog geen novum oplevert. In de eerste plaats worden er belangrijke eisen gesteld aan de aard van het deskundigenbewijs, omdat het moet gaan om nieuw bewijs. In de tweede plaats dient nieuwe deskundigenbewijs zo krachtig te zijn dat het geschikt is te leiden tot één van de in paragraaf 359, vijfde lid, van de Strafprozeßordnung genoemde uitspraken. Gezien deze beide vereisten heeft naar Duits recht een herzieningsverzoek op grond van nieuw deskundigenbewijs in het algemeen alleen kans van slagen wanneer ten minste de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- de desbetreffende kwestie was tijdens de strafprocedure nog niet aan het oordeel van een deskundige voorgelegd of
- er was in de desbetreffende strafzaak al wel onderzoek verricht door een deskundige, maar er is sprake van een nieuwe deskundige die ófwel vanuit een ander vakgebied ófwel op grond van andere onderzoeksmethoden tot nieuwe conclusies komt, of
- een nieuwe deskundige komt op grond van dezelfde feiten tot andere inzichten omdat het eerdere deskundigenoordeel is gebaseerd op onjuiste of onvolledige feitelijke veronderstellingen of omdat er nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen zijn op het desbetreffende vakgebied."⁽¹⁷²⁾

10. De inwerking van de bijkomende restricties op het 'gegeven'

Zo zijn we van het Duitse procesrecht weer terug bij het onze. Het citaat waarmee ik de vorige paragraaf afsloot, vervolgt namelijk met:

"Het verruimde novumbegrip uit de voorgestelde regeling sluit bij de Duitse regeling aan. De precieze invulling van het verruimde novumbegrip is overgelaten aan de rechtspraak. Hierdoor kan de rechtspraak zich op dit punt nog uitkristalliseren. Het ligt voor de hand om in ieder geval in de hierboven omschreven situaties een novum aanwezig te achten, mits het nieuwe deskundigenbewijs zo sterk is dat het bovengenoemde ernstige vermoeden ontstaat. Daarnaast zou men ook in andere situaties een novum aanwezig kunnen achten. Bijvoorbeeld wanneer een deskundige tijdens de herzieningsprocedure terug komt op zijn eerdere deskundigenoordeel omdat hij niet beschikte over de juiste startinformatie, waardoor zijn aanvankelijke oordeel op onjuiste premissen was gebaseerd."

De kernvraag is op welke wijze in de praktijk vorm kan worden gegeven aan de inwerking van de restrictie van 'nieuwheid' en die van het 'ernstig vermoeden' op het 'gegeven'. De minister heeft hierover de volgende uiteenzetting gegeven:

"De leden van de CDA-fractie vroegen wanneer een gewijzigd deskundigeninzicht een novum oplevert. De vergelijking die in de memorie van toelichting op dit punt wordt gemaakt met de Duitse regeling vonden deze leden enigszins verwarrend, omdat een gewijzigd deskundigeninzicht in de Duitse regeling op zichzelf nog geen novum oplevert. In antwoord stel ik voorop dat ook in de voorgestelde regeling een gewijzigd deskundigeninzicht op zichzelf nog geen novum oplevert. In dit opzicht komt de voorgestelde regeling met de Duitse overeen. Het gewijzigde deskundigeninzicht moet zodanig zijn dat daardoor - op zichzelf of in verband met de vroeger geleverde bewijzen - het ernstige vermoeden ontstaat dat als de rechter daarmee bekend zou zijn geweest, een vrijspraak (of een andere in artikel 457 Sv genoemde uitspraak) zou zijn gevolgd. Zoals de aan het woord zijnde leden constateerden gaat het wetsvoorstel ervan uit dat de verdere invulling van het novumbegrip aan de rechtspraak wordt overgelaten. Ik wijs erop dat ook in de Duitse wettelijke regeling is niet aangegeven in welke gevallen een gewijzigd deskundigeninzicht een novum oplevert. Het is immers van de omstandigheden van het concrete geval afhankelijk wanneer een gewijzigd deskundigeninzicht zodanig is dat daardoor het ernstige vermoeden ontstaat dat de rechter bij bekendheid daarmee in dat

concrete geval tot een vrijspraak zou zijn gekomen. In lijn met het Duitse recht en in lijn met de richtinggevende factoren die in de conclusie van de advocaat-generaal G. Knigge in de zaak Lucia de B. zijn geformuleerd, kan wat betreft de soort gevallen waarin een gewijzigd deskundigeninzicht een novum zou kunnen opleveren, worden gedacht aan het volgende:

- a) de desbetreffende, met de bewezenverklaring in rechtstreeks verband staande, kwestie was nog niet aan een deskundige voorgelegd,
- b) een nieuwe deskundige komt vanuit een ander vakgebied of op grond van andere onderzoeksmethoden tot nieuwe conclusies,
- c) een nieuwe deskundige komt op grond van dezelfde feiten tot andere inzichten omdat het eerdere deskundigenoordeel is gebaseerd op onjuiste feitelijke veronderstellingen of omdat er nieuwe ontwikkelingen zijn op het desbetreffende vakgebied,
- d) de deskundige komt terug op zijn eerdere oordeel omdat dit oordeel door het ontbreken van de juiste startinformatie op onjuiste premissen was gebaseerd."(173)

Zelf heb ik mij hierboven in § 6.5 al een voorstander getoond van een meer inhoudelijke toets van de kwaliteit van het deskundigeninzicht. Deze opmerkingen gelden onverminderd nu tevens de nieuwigheid van dat inzicht en de relevantie en de kracht ervan in de beschouwingen moeten worden betrokken (zie § 8). Een deskundigeninzicht kan weliswaar getuigen van grote zorgvuldigheid en vakkundigheid, maar als de bevindingen niet in voldoende mate in een andere richting wijzen dan waarop de veroordeling is gestoeld, ontbeert het inzicht onderscheidend vermogen en kan het geen novum teweeg brengen. Alleen indien het inzicht ernstige twijfel oproept aan de feitelijke juistheid van de veroordeling, maakt het immers een vrijspraak waarschijnlijk. Kortom, de bewijskracht van het deskundigeninzicht zal in herziening aan onderzoek moeten worden onderworpen.

De meer inhoudelijke toets die ik voorsta wordt ook gezien in Engeland/Wales en in Frankrijk, en is in Duitsland gepropageerd door Gössel. Het kan mij zijn ontgaan, maar in Engeland/Wales en Frankrijk wordt weinig tot niet gedebatteerd over formele vereisten waaraan het deskundigeninzicht zou moeten voldoen wil het zich lenen voor een novum. Ik zou daar ook in Nederland niet naartoe willen. In essentie gaat het immers telkens om de vraag of een tot dan toe onbekend onderzoeksresultaat dan wel een andere interpretatie van een reeds voorhanden onderzoeksresultaat een zodanig nieuw licht laat schijnen op de zaak dat als gevolg daarvan bekend wordt dat de feiten anders (kunnen) liggen en alsnog ernstige twijfel rijst aan de juistheid van de veroordeling, met als uitvloeisel dat in herziening een vrijspraak waarschijnlijk wordt. Die stand van zaken rechtvaardigt een inbreuk op het rechterlijk gezag van gewijsde.

De rol van deskundigeninzichten hoeft in het kader van herziening overigens niet beperkt te zijn tot die van het 'gegeven' dat zo mogelijk een novum constitueert. Ook indien zij niet als 'breekijzer' fungeren om in uitzonderlijke gevallen het gezag van gewijsde open te breken, kunnen dergelijke inzichten in aanmerking worden genomen bij de weging van de bewijsconstructie waarop de veroordeling is gevestigd, als bedoeld in § 8.3.2 hierboven. Om het relatieve gewicht te bepalen van het gegeven dat in de herzieningsaanvraag als novum wordt gepresenteerd, zal het immers moeten worden afgewogen tegen de kracht van de bewijsvoering. Bij de vraag of een veroordeling in aanmerking komt voor herziening kan het dus zijn aangewezen om stil te staan bij de bewijskracht van bijvoorbeeld de bekentenissen die aan de veroordeling ten grondslag zijn gelegd. Rechtspsychologische rapportage over die bekende verklaringen en over degene die deze bekentenissen heeft afgelegd kan daarbij van betekenis zijn, ook ingeval die rapportage niet tot novum wordt verheven. Rechtspsychologische rapportage kan derhalve eventueel ook een novum faciliteren, doordat de daarin getrokken conclusie het geloof in de juistheid van de veroordeling ondergraaft. Brandon L. Garrett, hoogleraar aan de University of Virginia School of Law, die in een belangwekkend boek een analyse heeft gegeven van de eerste 250 gerechtelijke dwalingen die in de Verenigde Staten door 'DNA-exonerations' zijn blootgelegd,(174) maakt er in dit verband melding van dat in diverse zaken de rechtspsychologische rapportage "secured the DNA-exoneration".(175)

Ten slotte nog een andere observatie. De restricties die zijn verbonden aan het begrip 'gegeven', de restrictie van 'nieuwheid' en de restrictie van het 'ernstige vermoeden', ofschoon zij elk een zelfstandig bestaansrecht hebben, bekrachtigen elkaar in die zin dat zij bij een bepaalde stand van zaken eenzelfde uitkomst van het geding over herziening kunnen bewerkstelligen. Voor zover voor de interpretatie van de onderzoeksresultaten weinig tot geen specialistische kennis is vereist, zal het deskundigeninzicht minder gemakkelijk worden beschouwd als nieuw, maar eveneens minder gemakkelijk als een 'gegeven' in de zin der wet. Bovendien, een deskundigeninzicht dat niet voldoet aan de kwaliteitseisen die samenhangen met de restricties die zijn verbonden aan het begrip 'gegeven', zal niet snel geschikt zijn om de verlangde uitkomst van een nieuw onderzoek van de strafzaak waarschijnlijk te maken. Onder bepaalde omstandigheden kan dus een afwijkend deskundigeninzicht om dezelfde redenen niet doorgaan voor een 'gegeven', noch als 'nieuw', noch als voldoende krachtig worden bestempeld. Op basis van welke restrictie het in het herzieningsverzoek aangevoerde novum als zodanig wordt gediskwalificeerd is dan enigszins lood om oud ijzer.

11. Synthese

Het novum als grond voor herziening van onherroepelijke veroordelingen is in 1899 in het Wetboek van Strafvordering geïntroduceerd naar aanleiding van de commotie die de veroordeling van de drie broers Hogerhuis in de samenleving teweeg bracht. Met deze nieuwe, wettelijk verankerde rechtsingang moesten onherroepelijke veroordelingen kunnen worden herzien ingeval een omstandigheid die de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting onbekend was ernstige twijfel oproep aan de juistheid van de veroordeling. Een eerste proeve van de gewijzigde wet pakte voor de aanvragers ongunstig uit: het herzieningsverzoek van de broers Hogerhuis werd onder de vigeur van de wet van 1899 door de Hoge Raad afgewezen.

Van meet af aan is het novum als grond voor herziening in de jurisprudentie van de Hoge Raad gelimiteerd tot omstandigheden van feitelijke aard. Rechtsgronden konden en kunnen niet met vrucht voor de

herzieningsrechter worden ingeroepen. Ofschoon de opstellers van de wet van 1899 zich daarover niet hebben uitgelaten, en de wetsgeschiedenis nadien evenmin aanknopingspunten bevat voor deze opvatting, heeft de Hoge Raad eveneens subjectieve elementen uit het novumbegrip willen weren. Niet alleen meningen en overtuigingen, maar ook gevolgtrekkingen ten aanzien van de feiten schoten daardoor tekort als fundament voor een novum. Uitsluitend, in mijn woorden, 'objectieve feiten' die de zittingsrechter onbekend waren, leenden zich voor een novum.

Op het voetspoor van de Tweede Kamer en van andere critici werd deze restrictie pas recentelijk door de minister als een knelpunt ervaren. Naast een ander knelpunt, te weten die van de beperkte onderzoeksmogelijkheden die ten deel vielen aan een veroordeelde die zijn onherroepelijke veroordeling wilde aanvechten, leidde het tot een wetwijziging die het mogelijk maakt om (eventuele) gerechtelijke dwalingen onder een meer bevredigend criterium te ondervangen. De toelichting en de voorbeelden die de minister in de totstandkomingsgeschiedenis van deze wetwijziging heeft aangedragen, wijzen uit dat daarmee is beoogd het novumbegrip zodanig te verruimen dat het voortaan ook gewijzigde deskundigeninzichten bestrijkt.

In het wetenschapsbedrijf groeit kennis door het opstellen van hypothesen, door het doen van waarnemingen en door het interpreteren van die waarnemingen in het licht van de hypothesen die zodoende aan toetsing worden onderworpen. Vervolgens zijn de waarnemingen en interpretaties onderwerp van het wetenschappelijke debat, dat zich in principe niet door de tijd laat begrenzen. Ofschoon waarneming en interpretatie onvermijdelijk subjectieve elementen bevatten, die door de toepassing van een wetenschappelijke methode zoveel mogelijk moeten worden gereduceerd, hebben zij uitsluitend betrekking op de werkelijkheid waarin wij leven. Het zijn deze waarnemingen en interpretaties waarop de wetgever m.i. het oog had toen hij ervan blijk gaf het novumbegrip te willen verruimen. Niet iedere interpretatie leent zich voor een novum. Waardeoordelen en normatieve oordelen (rechtsopvattingen) vallen überhaupt - nog steeds - buiten het bereik van het novumbegrip. De verruiming daarvan betreft uitsluitend wetenschappelijke inzichten die voldoen aan bepaalde kwaliteitsmaatstaven. Om als novum te worden toegelaten, dienen zij bovendien de toets van 'nieuwheid' en van 'ernstig vermoeden' te doorstaan; het wetenschappelijke inzicht dient derhalve de zittingsrechter onbekend te zijn geweest en met voldoende kracht de aangevochten veroordeling te ondergraven.

Bij vergelijking van het buitengewone rechtsmiddel van herziening met soortgelijke instrumenten in Frankrijk, Engeland/Wales en Duitsland, valt op dat Nederland met deze significante verruiming van het novumbegrip niet voorop loopt. De bekendwording van een gewijzigd deskundigeninzicht als hier bedoeld, kan ook in die rechtstelsels aanleiding geven voor de vernietiging van een veroordeling die onder ongewijzigde omstandigheden onherroepelijk zou zijn. Voor zover ik kan overzien is in die landen nimmer vastgehouden aan de strikte scheiding tussen 'feit' en 'gevolgtrekking' waarmee de Hoge Raad vermoedelijk de subjectieve elementen die met deskundigeninzichten gepaard gaan uit het domein van het novum heeft willen weren. De buitenlandse praktijk van de herziening van onherroepelijke veroordelingen laat zich lastig kennen binnen het bestek van mijn beperkte onderzoek ten behoeve van deze conclusie, maar mede op basis van de achterhaalde cijfers is wel duidelijk dat het gezag van het rechterlijke gewijsde in die landen niet uit het oog wordt verloren. Een grond om hierop uitzondering te maken wordt (ook) elders niet licht aanvaard.

Onze wetgever heeft zich bij de recente wetwijziging uitdrukkelijk laten inspireren door het Duitse procesrecht en de jurisprudentie op het terrein van het novum. Toegegeven zij dat in Duitsland ten overstaan van de herzieningsrechter in een preparatoire procedure wordt gedebatteerd over de vraag of het deskundigenbericht kan doorgaan voor voldoende 'nieuw'. Ik ben geen voorstander van een te formele benadering in deze. Bedacht moet worden dat het instrument van herziening van oudsher fungeert als een mechanisme ter correctie van de onterechte veroordelingen die de Nederlandse rechter in de grote hoeveelheid door hem behandelde strafzaken ongetwijfeld heeft uitgesproken. Zodra een deskundigeninzicht leert dat de tot dusverre voor waar gehouden feiten anders (kunnen) liggen en zij alsnog ernstige twijfel oproept aan de juistheid van een veroordeling, moet dit correctiemechanisme in werking treden.

Onderdeel C: Wederom de voorliggende aanvraag tot herziening

1. De gegevens die thans in de aanvraag tot herziening zijn overgelegd betreffen niet in volle omvang gegevens waarmee de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting onbekend was. De kennisgeving van inbeslagneming, met de mededeling dat de zakken met hennep houdend materiaal "naast de paardenstal" waren aangetroffen, bevond zich immers in het dossier. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat dit gegeven aan de aandacht van de veroordelende rechter is ontsnapt. Nieuw zijn wel kadastrale gegevens en een zwart/wit-foto afkomstig van 'google earth', waaruit met enige goede wil zou kunnen worden opgemaakt dat er zich een paardenstal bevindt op een afstand van 120 tot 140 meter van de locatie aan [a-straat 1]. In de aanvraag wordt enkel gewezen op de vrijspraak van de zoon van de verzoeker, en de gronden waarop die uitspraak is gedaan.

2. Een divergerend bewijsoordeel van een andere rechter kan echter, zoals hiervoor in onderdeel B, § 7.4 betoogd, niet worden aangemerkt als een novum. Het betreft geen gegeven van feitelijke aard (zie ook in onderdeel B: § 7.2). De in artikel 457, eerste lid onder a Sv genoemde grond (conflicterende bewezenverklaringen) is in casu überhaupt niet van toepassing.

3. De gronden waarop die vrijspraak is gegeven, acht ik onvoldoende om in de voorliggende zaak ernstige twijfel te wekken aan de juistheid van de veroordeling ter zake van dit onderdeel in de totaliteit van bewezenverklarde gedragingen. De herzieningsrechter zal die gronden zelfstandig moeten beoordelen.

Ik meen dat de enkele aanwezigheid van een paardenstal op aanmerkelijke afstand van de woning [a-straat 1] onvoldoende waarschijnlijk maakt dat de aanvrager tot herziening niets van doen heeft met twee inbeslaggenomen zakken hennep houdend materiaal. Een mededeling van dergelijke aard kan ik uit de mond van de aanvrager - ook nu nog - niet eens optekenen. Hij is in de strafzaak geconfronteerd met verscheidene hoeveelheden verboden middelen en heeft - kort gezegd - verklaard dat het allemaal van hem

kan zijn geweest. Bij deze stand van zaken acht ik hetgeen is aangevoerd omtrent de twee vuilniszakken met hennepschraapsel ontoereikend. Het aangevoerde wettigt niet het ernstige vermoeden dat vrijspraak zou zijn gevolgd indien de rechter bekend was met de kadastrale gegevens en de foto afkomstig van 'google earth'.

4. Deze conclusie strekt ertoe dat de aanvraag wordt afgewezen.

De procureur-generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 10 (MvT). Indien ik in deze conclusie over "de minister" spreek, bedoel ik: de minister van Justitie, respectievelijk de minister van Veiligheid en Justitie.

2 Een dwaling uit een verder verleden betreft de moord op de stationschef in Giessen-Nieuwkerk (veroordeling louter op basis van getuigenissen die onder politiedruk tot stand waren gekomen), gerechtshof Amsterdam (in herziening) 1 oktober 1929, NJ 1929, p. 1395.

3 Illustratief is wellicht dat de website van 'The Innocence Project' in de Verenigde Staten (bezocht op 23 januari 2013) welgeteld 302 gevallen opsomt van "DNA-exonerations", dat wil zeggen strafzaken waarin door middel van DNA-onderzoek zou zijn aangetoond dat de veroordeelde de dader niet kan zijn, en van 5 "non-DNA-exonerations". Zie: <<http://www.innocenceproject.org/>>. The National Registry of Exonerations, een gezamenlijk project van the University of the Michigan Law School en The Center on Wrongful Convictions at Northwestern University School of Law, bevat een register met meer dan 1050 zaken uit de periode van 1989 tot heden, waarin een veroordeelde ten onrechte bleek te zijn veroordeeld en alsnog was "cleared of all charges". Zie <<http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>> (bezocht op 23 januari 2013).

In het Verenigd Koninkrijk worden onder meer de veroordelingen van the Guildford Four (1989), the Birmingham Six (1991), the Maguire Seven (1991), Stefan Kiszko (1992), Judith Ward (1992), the Cardiff Three (1992), the Bridgewater Four (1997) en Sally Clark (2003) als 'miscarriages of justice' aangemerkt. Jaartallen van de vernietiging van hun veroordelingen. Zie: A.P.A. Broeders, Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van forensisch bewijs (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 69; alsook: C.H. Brants, Rapport ten behoeve van de minister van Justitie betreffende de Criminal Cases Review Commission, Utrecht: Willem Pompe Instituut voor Strafrechtwetenschappen 2006, p. 3 en 4.

4 Zie de memorie van toelichting bij de Wet van 14 juli 1899, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 3, p. 2 en de memorie van antwoord, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 5, p. 12. Zie G.A.M. Strijards, Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgevijsde, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 108. Strijards verwijst hiertoe naar J.W. Belinfante, Geschiedenis van de Wet van den 14en juli 1899 Stbl. Nr. 159, tot wijziging van den 18en Titel van het Wetboek van Strafvordering (Herziening van Arresten en Vonnissen), Volledige verzameling ontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz., 's-Gravenhage 1899.

5 Handelingen der Staten-Generaal, Eerste Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, Eindverslag der Commissie van Rapporteurs over het wetsontwerp nr. 78, p. 381, § 4.

6 "Herziening is een buitengewoon rechtsmiddel dat buitengewoon dient te blijven." Zie Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 11 (MvT).

7 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 5 (MvT). Zie ook p. 10.

8 Zie Strijards, a.w., p. 164 e.v., alsook HR 16 februari 1931, NJ 1931, p. 1108; HR 13 januari 1976, LJN AD7424, NJ 1976/339 en HR 6 juli 1999, LJN ZD1603, NJ 1999/800 m.nt. De Hullu.

9 Zie R.E.P. de Ranitz, Herziening van arresten en vonnissen (diss. Leiden), Alphen a/d Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 1 e.v.; Strijards, a.w., en J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 9 e.v.

10 Zie het door Koning Willem I uitgevaardigde "Geesel- en worgbesluit" van 11 december 1813, volledig: "Besluit van den 11den December 1813, no 1, houdende bepalingen ten aanzien van de Lijfstraffelijke Regts-oefening, in de Verëenigde Nederlanden," Stb. 1813, 10. Hierin werden ten aanzien van de strafrechtstoepassing voorzieningen van provisionele aard getroffen, waaronder de afschaffing van de juryrechtspraak (in procedures voor het Hof van Assisen) en een wijziging in de aangewezen instrumenten om de doodstraf te voltrekken.

11 Zie artikel 20 van het genoemde Geesel- en worgbesluit. Zie voor wat betreft gewijsden van Hoven van Assisen artikel 26.

12 Aldus de kritische handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging van 1873 (ontleend aan De Ranitz, a.w.). De uitlating is feitelijk niet helemaal juist. De gronden voor herziening zijn echter, hoewel enigszins anders geformuleerd, in essentie wel gelijk gebleven.

13 Bij KB van 10 april 1838, Stb. 1838, 12, werden de Wet RO van 18 april 1827 (gewijzigd in 1835) en de andere nationale wetboeken per 1 oktober 1838 van kracht.

14 Zie De Ranitz, a.w. p. 4. Hij ontleende deze informatie op zijn beurt aan de dissertatie van W.H. Borgman uit 1899 (Universiteit Utrecht).

15 Het toepassingsbereik van de gronden onder 1 en 3 bestreek met ingang van 1 oktober 1886 niet alleen "misdrijven", maar ook overtredingen. Deze verruiming stelde per saldo weinig voor, omdat "misdrijf" in 1838 een breder begrip was dan de ernstige delicten die als zodanig werden gecategoriseerd in het Wetboek van Strafrecht van 1886. De onder 2 genoemde grond stond niet meer slecht open indien in geval van doodslag het slachtoffer (waarschijnlijk) nog in leven was, doch met ingang van 1 oktober 1886 (eveneens) in geval van "moord, doodslag of eenig misdrijf met dodelijk gevolg."

16 Stb. 1899, 159.

17 Handelingen der Staten-Generaal, Eerste Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, Eindverslag der Commissie van

Rapporteurs over het wetsontwerp nr. 78, p. 380, § 1.

18 De Ranitz, a.w. p. 11 - 15; Strijards, a.w., p. 105 - 107.

19 Zie de memorie van toelichting bij artikel 432 O.R.O., Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1913 - 1914, 286, nr. 3, p. 157.

20 Zie uitgebreid: Strijards, a.w., p. 109 - 114; De Ranitz, a.w. 104 e.v.

21 De hoofdtekst is, zoals gezegd, toegespitst op een herzieningsaanvraag die is gebaseerd op een novum. Wat de twee andere gronden voor herziening betreft gelden enigszins afwijkende regelingen. Bij het bestaan van een conflict van bewezenverklaringen vernietigt de Hoge Raad zelf de beide betreffende uitspraken en verwijst hij daarna beide zaken. Bij noodzaak van rechtsherstel na een veroordeling van Nederland door het EHRM kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen. Zie artt. 471 en 472 Sv. Bij wijze van hoge uitzondering en uit overwegingen van doelmatigheid beslist de Hoge Raad tegenwoordig ook zelf ten principale in zaken waarin een herzieningsaanvraag op grond van een novum is toegewezen en (de wettelijk voorgeschreven) verwijzing naar de feitenrechter volstrekt overbodig is omdat de uitkomst bij voorbaat vaststaat; zie bijv. HR 3 maart 1987, LJN AB8325, NJ 1987/865 m.nt. Corstens.

22 Twee voorbehouden: 1. Aan het inhoudelijke oordeel gaat bovendien een ontvankelijkheids- en een kennelijke-ongegrondheidstoets vooraf. 2. De aanvrager tot herziening kan bij herhaling een herzieningsverzoek indienen. Bij deze problematiek wordt in deze conclusie niet stilgestaan.

23 Zie de memorie van toelichting bij de Wet van 14 juli 1899, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 3, p. 2.

24 Dat wil zeggen: voor de delicten waarvoor de Hoge Raad het verzoek tot herziening gegrond heeft verklaard, zie HR 14 november 2000, LJN AA8297, NJ 2001/17; HR 22 februari 2005, LJN AR5714 (Deventer moordzaak), r.o. 3.5.

25 Zie HR 18 februari 1997, LJN ZD0651, NJ 1998/35 m.nt. Knigge, en zie ook de conclusie van mijn voormalige ambtgenoot Van Dorst daaraan voorafgaand; bovendien: HR 14 november 2000, LJN AA8297, NJ 2001/17; HR 22 februari 2005, LJN AR5714 (Deventer moordzaak), r.o. 3.5 en 3.6 en de conclusie van mijn ambtgenoot Vellinga daaraan voorafgaand, § 15.

26 Handelingen der Staten-Generaal, Eerste Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, Eindverslag der Commissie van Rapporteurs over het wetsontwerp nr. 78, p. 381-382, onder art. 375. Zie ook: HR 18 februari 1997, LJN ZD0651, NJ 1998/35 m.nt. Knigge, en zie ook de conclusie van mijn voormalige ambtgenoot Van Dorst daaraan voorafgaand; HR 14 november 2000, LJN AA8297, NJ 2001/17; HR 22 februari 2005, LJN AR5714 (Deventer moordzaak), r.o. 3.5 en 3.6.

27 Zie HR 22 februari 2005, LJN AR5714 (Deventer moordzaak), r.o. 3.5 en 3.6. Wel is betoogd dat uit de regel dat herziening (ten voordele) niet ten nadele van de aanvrager zou mogen strekken voortvloeit dat na de verwijzing bij het onderzoek ter terechtzitting in herziening door het openbaar ministerie geen nieuw belastend bewijsmateriaal mag worden ingebracht. Zie G.G.J. Knoops, 'De grenzen van de toelaatbaarheid van nieuw bewijsmateriaal in de strafrechtelijke procedure na herziening', *Ars Aequi* 2005 (6), p. 484; N. van Schaik, *De interpretatie van het strafrechtelijk novumbegrip. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de strafrechtelijke herzieningsbeslissing in Nederland en Engeland*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij, 2007, p. 9 - 10 en p. 76 - 78.

Ik kan mij in die zienswijze niet vinden. Zoals uit het voorgaande blijkt, verhoudt het betoogde zich m.i. slecht met de regel dat de strafzaak na verwijzing (in beginsel) geheel wordt heropend. Bovendien worden in dat betoog formele beletselen opgeworpen voor de ongehinderde loop van de materiële waarheidsvinding. Dat komt mij principieel onjuist voor. Ook de argumenten die door deze auteurs worden gestoeld op het EVRM snijden m.i. geen hout. De veroordeelde krijgt na herziening een nieuw hoger beroep, dat wil zeggen: een risicoloze herkansing. In tweede feitelijke instantie kan altijd nieuw feitenmateriaal worden ingebracht, ongeacht of het een verwijzing na herziening, een terugwijzing/verwijzing na cassatie of een 'gewoon' hoger beroep betreft. De door deze auteurs aangevoerde argumenten zouden evenzeer van toepassing zijn op terugwijzing/verwijzing na cassatie en in het geval van een gewoon hoger beroep. Elk hoger beroep zou dan alleen ten voordele van de verdachte mogen strekken.

28 Strijards onderscheidt zeven elementen in het novum. Zie Strijards, a.w., p. 149 - 164.

29 Zie de memorie van toelichting, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 3, p. 2. Zulks op het voetspoor van preadviseur Waller voor de vergadering van de Nederlandse Juristen-vereniging van 1873.

30 Memorie van antwoord, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 5, p. 12.

31 HR 19 december 2006, LJN AY9718, NJ 2007/423. Zie ook HR 26 april 1983, LJN AC7966, NJ 1983/650 m.nt. Van Veen; HR 27 januari 1987, nr. 4468 (niet gepubliceerd; eerste herzieningsverzoek inzake de moord op Dorothea Van Wylick); HR 14 september 1987, LJN AC3713, NJ 1988/615; HR 26 juni 2001, LJN AA9800, NJ 2001/564 m.nt. Schalken, r.o. 4.11 (derde herzieningsverzoek in Puttense moordzaak I); HR 25 september 2001, LJN AD5967; HR 30 september 2003, LJN AL6140; HR 17 februari 2004, LJN AO3665, NJ 2004/333 (vierde verzoek Ina Post); HR 7 september 2004, LJN AQ9834 (Schiedammer parkmoord); HR 18 maart 2008, LJN BA1024 (Deventer moordzaak); HR 21 december 2010, LJN BL0336 ([Kevin S.]).

32 HR 14 september 1987, LJN AC3713, NJ 1988/615, r.o. 4.1.2.

33 CAG Vellinga voor HR 23 juni 2009, LJN BI1689, § 10.

34 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 8 (MvT).

35 Voetnoot D.A.: Mij is niet duidelijk welke regeling uit 1888 wordt bedoeld. Waarschijnlijk betreft het een verschrijving en stond de minister hierbij de regeling van 1898/1899 voor ogen.

36 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 7 e.v. (MvT).

37 HR 26 juni 2001, LJN AA9800, NJ 2001/564 m.nt. Schalken.

38 HR 7 september 2004, LJN AQ9834 (afwijzing) en HR 25 januari 2005, LJN AS1872 (toewijzing).

39 HR 23 juni 2009, LJN BI1689.

40 HR 7 oktober 2008, LJN BD4153, NJ 2009/44.

- 41 HR 27 juni 2000, LJN AA6301, NJ 2000/503 m.nt. Schalken.
- 42 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 8 (MvT).
- 43 HR 26 juni 2001, LJN AA9800, NJ 2001/564 m.nt. Schalken, r.o. 4.11 en 4.12.
- 44 HR 7 september 2004, LJN AQ9834, r.o. 5.2.2.
- 45 HR 25 januari 2005, LJN AS1872.
- 46 Zie over de bekentenissen van Ina Post: H. Israëls, De bekentenissen van Ina Post, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010 (2e druk met nawoord); eerste druk in 2004.
- 47 HR 17 februari 2004, LJN AO3665, NJ 2004/333.
- 48 HR 23 juni 2009, LJN BI1689, r.o. 4.8.
- 49 H.F.M. Crombag, H. Israëls, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, 'Twee nova: Ina Post en de Deventer moord-zaak', Nederlands Juristenblad 2010 (8), 378, p. 475 - 478.
- 50 Zie HR 7 oktober 2008, LJN BD4153, NJ 2009/44. Vrijspraak volgde door gerechtshof Arnhem 14 april 2010, LJN BM0876, NJ 2010/363 m.nt. Mevis.
- 51 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 28 (MvT).
- 52 G.G.J. Knoops, 'De Puttense moordzaak: herzieningsrechtelijke implicaties van de voortschrijdende forensische expertise in strafzaken', Nederlands Juristenblad 2002 (29), p. 1402 - 1407; B.F. Keulen, 'Herziening van de herziening', RM Themis 2007, blz. 3 - 14; G.G.J. Knoops, 'Hervorming van het herzieningsstelsel in strafzaken. Naar een adequate toegang tot de herzieningsprocedure vanuit het perspectief van de veroordeelde', Nederlands Juristenblad 2007, 762; H.F.M. Crombag, 'Wie geven wij het allerlaatste woord?', Nederlands Juristenblad 2007, 1958; H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen, W.A. Wagenaar & H. Israëls, 'Herziening in strafzaken. Kanttekeningen bij het wetsontwerp', Nederlands Juristenblad 2009, 500; H.F.M. Crombag, H. Israëls, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, 'Twee nova: Ina Post en de Deventer moordzaak', Nederlands Juristenblad 2010 (8), 378, p. 475 - 478;
- 53 M.J.A. Duker, 'Het nieuwe novumbegrip in de herzieningsregeling verdient nadere toelichting', Nederlands Juristenblad 2010, 1327.
- 54 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 4 (NV II).
- 55 Zie vorige voetnoot.
- 56 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 2 (MvT). Aldaar wordt verwezen naar het Kamerdebat over het rapport Posthumus inzake de Schiedammer parkmoord, Handelingen II 2004/05, blzz. 6431 - 6491, waarvan met name blz. 6452. Op de betreffende pagina tref ik de in de memorie van toelichting bedoelde uitlatingen niet aan. Waarschijnlijk doelt de minister op de volgende uitlatingen van het Kamerlid Wolfsen: "Ik heb de minister een tijdje geleden gevraagd om eens te kijken naar die herzieningsprocedure. Het is ook niet goed dat een zaak als deze die in herziening wordt gebracht bij de Hoge Raad, niet heropend kan worden door de Hoge Raad. Dat komt natuurlijk ook omdat de Hoge Raad niet adequaat wordt geïnformeerd door hetzelfde OM dat weet dat er méér is en dat niet meldt. Die band tussen de pg bij de Hoge Raad en de rest van het Openbaar Ministerie is inmiddels redelijk doorgesneden. Ik ben het met de heer Van Haersma Buma eens dat de herzieningsprocedure echt anders moet." (blz. 6459) en dat "de zaak makkelijk moet kunnen worden heropend wanneer er een herzieningsprocedure komt." (blz. 6473). De minister zegde vervolgens toe om "het punt van de heer Wolfsen over herziening mee te nemen in (zijn) reactie aan de Kamer over het verbeterplan." (blz. 6474).
- 57 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 9 (MvT).
- 58 Kamerstukken I 2011/12, 32 045, nr. C, p. 4 (MvA).
- 59 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 3 (NV II).
- 60 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 8 (MvT). De herzieningsaanvraag kon onder de oude regeling niet worden benut als middel om de Hoge Raad onderzoek te laten verrichten naar het bestaan van een novum. Zie HR 10 februari 2009, LJN BH2429, NJ 2009/347 m.nt. Mevis; HR 26 mei 2009, LJN BH5357, NJ 2009/348 m.nt. Mevis. Voor soortgelijke kritiek, zie: G.G.J. Knoops, 'Hervorming van het herzieningsstelsel in strafzaken. Naar een adequate toegang tot de herzieningsprocedure vanuit het perspectief van de veroordeelde', Nederlands Juristenblad 2007, 762.
- 61 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 19 (MvT).
- 62 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 20 (MvT).
- 63 Ik ben prof. dr. ir. C.E.H. Berger, drs. ing. T.J.P. de Blaeij en drs. J.A. de Koeijer zeer erkentelijk voor hun commentaar op een eerdere versie van § 6. De eventuele onvolkomenheden in de huidige versie komen geheel voor mijn rekening.
- 64 Zie o.m. C.E.H. Berger, 'Het juiste gewicht in de schaal', Ars Aequi 2010, p. 499 - 501.
- 65 "De theoriegeladenheid van de waarneming" is een kernelement in de kentheorie van de wetenschapsfilosoof K.R. Popper. Kwestieus is of hij de eerste was die dit concept muntte. In elk geval was hij zeer waarschijnlijk schatplichtig aan de Duitse psycholoog Otto Selz (1881 - 1943); zie M. ter Hark, 'Searching for the Searchlight Theory: From Karl Popper to Otto Selz', Journal of the History of Ideas 2003 (3), p. 465 - 487.
- 66 A.D. Kloosterman & A.J. Meulenbroek, 'DNA-onderzoek van minimale biologische sporen; 'gevoelige problematiek', Expertise en Recht 2010 (4), p. 108 - 120; A.J. Meulenbroek, De essenties van forensisch biologisch onderzoek. Humane biologische sporen en DNA, Deventer: Uitgeverij Paris B.V. 2009, p. 204 - 208.
- 67 Zie onder meer: C. Henssge & B. Madea, 'Estimation of the time since death in the early post-mortem period', Forensic science international 2004 (144), p. 167 - 175; Richtlijn forensische geneeskunde postmortaal interval (september 2012); zie voor een kritische bespreking: E. Pellini, Time since death and body cooling. Revaluation of the Henssge nomogram (diss. Verona), Verona: University of Verona 2011.
- 68 Zie over de informele toepassing van de regel van Bayes de volgende voetnoot alsook onder veel meer: C. Berger, 'Criminalistiek is terugredeneren. Logisch correct redeneren in forensische rapportages ...en in de rechtszaal', Nederlands Juristenblad 2010, 646; M.J. Sjerps & J.A. Coster van Voorhout (red.), Het onzekere bewijs. Gebruik van statistiek en kansrekening in het strafrecht, Deventer: Kluwer 2005.
- 69 Zie over de toepassing van Bayesiaanse statistiek in de criminalistiek: A.P.A. Broeders, Op zoek naar de

bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van forensisch bewijs (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003; M.J. Sjerps, 'Forensische statistiek en kansrekening: interpretatie van bewijs', in: A.P.A. Broeders & E.R. Muller (red.), Forensische wetenschap. Studies over forensische kennis en organisatie, Deventer: Kluwer 2008, p. 467 - 496 (hoofdstuk 16).

70 Zie bijvoorbeeld de bevindingen van forensisch-patholoog Van de Goot in HR 23 juni 2009, LJN BI1689 (Ina Post).

71 Vgl. de rapportage van Van Koppen in de Schiedammer parkmoord I, HR 7 september 2004, LJN AQ9834.

72 Een kleine greep: zie hoofdstuk 7 van H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, Dubieuze Zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs, Amsterdam: Contact 1992; H. Israëls & R. Horselenberg, 'Valse bekentenissen', in P.J. van Koppen, H. Merckelbach e.a. (red.), Reizen met mijn Rechter. Psychologie van het recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 765-783; P.J. van Koppen & M. Malsch, Het praktische nut van de rechtspsychologie, Deventer: Kluwer 2008, p. 50-54; H. Israëls, 'Bekentenissen: over daderkennis, suggestibiliteit en compliance', Expertise en Recht 2011 (5), p. 179-184; H. Israëls, De bekentenissen van Ina Post, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010 (2e druk met nawoord); eerste druk in 2004.

Zie in het Engelse taalgebied onder veel meer: S.M. Kassir & G.H. Gudjonsson, 'The psychology of confession: A review of the literature and issues', Psychological science in the Public Interest 2004 (5), p. 33-67; M.B. Russano, C.A. Meissner, F.M. Narchet & S.M. Kassir, 'Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm', Psychological Science 2005 (16), p. 481-486; S.M. Kassir, 'The psychology of confessions', Annual Review of Law and Social Science 2008 (4), p. 193-217; S.M. Kassir, S.C. Appleby & J. Torkildson Perillo, 'Interviewing suspects: Practice, science, and future directions', Legal and Criminological Psychology 2010 (15), p. 39-55; S.M. Kassir, S.A. Drizin, T. Grisso, G.H. Gudjonsson, R.A. Leo & A.D. Redlich, 'Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations', Law and Human Behavior 2010 (34), nr. 1; S.A. Drizin & R.A. Leo, 'The problem of false confessions in the post-DNA world', North Carolina Law Review 2004 (82), p. 892-1003.

73 De Engelse forensisch statisticus Evett onderscheidt een drietal niveaus waarop hypothesen over het onderzochte misdrijf kunnen worden geformuleerd, te weten: het bronniveau, het activiteitsniveau en het misdrijfniveau. Op het bronniveau doet de deskundige uitspraken over de herkomst (de bron) van het sporenmateriaal. Op activiteitsniveau worden uitspraken gedaan over de wijze waarop het sporenmateriaal is ontstaan, dat wil zeggen: door welke activiteiten het spoor is bewerkstelligd. Zie o.m. R. Cook, I.W. Evett, G. Jackson, P.J. Jones & J.A. Lambert, 'A hierarchy of propositions: deciding which level to address in casework', Science & Justice 1998 (4), p. 231-239; G. Jackson, S. Jones, G. Booth, C. Champod, I.W. Evett, 'The nature of forensic science opinion. A possible framework to guide thinking and practice in investigations and in court proceedings', Science & Justice 2006 (46), p. 33 - 44.

74 Zie meer in het algemeen: A.P.A. Broeders, Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van forensisch bewijs (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 70 - 82; A.P.A. Broeders, 'Daubert en Saks: het einde van de klassieke identificatiecriminalistiek?', Nederlands Juristenblad 2002 (36), p. 1786 - 1798; A.P.A. Broeders, 'De officier, de deskundige en de schoenmaker - over de rol van het OM als poortwachter voor het deskundigenbewijs', Trema 2007 (4), p. 118 - 126; J.F. Nijboer, 'De omgang met deskundigen in de strafrechtspleging', Trema 2004, p. 196 - 205; J.F. Nijboer, 'De rechtspleging en de rol van forensische expertise daarin', (hoofdstuk 20) in: A.P.A. Broeders en E.R. Muller, Forensische wetenschap, Deventer: Kluwer 2008, p. 621 - 654.

75 U.S. Supreme Court 28 juni 1993, Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993). De aangehaalde passage heb ik omwille van de omvang ontleend aan de 'syllabus', zijnde een niet geautoriseerde samenvatting die aan de gepubliceerde tekst vooraf gaat. De aangehaalde passages zijn (nagenoeg) letterlijk terug te vinden in de 'Opinion of the Court'.

76 HR 27 januari 1998, LJN ZD0917, NJ 1998/404 m.nt. Reijntjes.

77 Vordering voor HR 7 oktober 2008, LJN BD4153, NJ 2009/44, §§ 3.6.17 en 3.6.18.

78 Kritiek hierop is wat betreft het veranderd deskundigeninzicht al te vinden bij Strijards, a.w., p. 182 - 185.

79 Ook in het Duitse herzieningsrecht gelden (wijzigingen van) appreciaties/waarderingen en rechtsopvattingen ("Bewertungen und Rechtsauffassungen") niet als 'Tatsachen'. Voor zogeheten rechtsfeiten ("Rechtsstatsachen") ligt dat genuanceerder. Zie W. Schmidt in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Verlag C.H. Beck oHG 2008, § 359, p. 1962.

80 Zie ook HR 17 januari 2006, LJN AV0185.

81 HR 13 januari 1976, LJN AD7424, NJ 1976/339. Zie voor het latere verval van de vergunningsvoorwaarde: HR 12 oktober 2004, LJN AR3623, NJ 2004/687.

82 Zie memorie van antwoord bij de Wet van 14 juli 1899, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 5, p. 12. Zie bijvoorbeeld: HR 27 november 2007, LJN BB8745, NJ 2008/172, en zie het 'tongzoen is geen verkrachting'-arrest van HR 12 maart 2013, LJN BZ2653, r.o. 2.9.

83 Zie Strijards, a.w., p. 164 - 165. Een uitzondering op deze regel vormt de in 2003 in de wet opgenomen derde ingang voor herziening, te weten indien nodig voor het bewerkstelligen van rechtsherstel nadat het EHRM heeft geoordeeld dat Nederland in strijd heeft gehandeld met het EVRM of een daarbij behorend protocol. Deze kwestie komt thans niet aan de orde.

84 Een uitzondering vormen de na de veroordeling door de civiele rechter of een bestuursorgaan vastgestelde 'rechtsfeiten' die terugwerken tot en met het delict. Zie in iets andere bewoordingen J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 278 - 279, en de daar genoemde jurisprudentie, waaronder: HR 10 februari 1987, NJ 1987/848 m.nt. Corstens (beschikking ongewenstverklaring met terugwerkende kracht ingetrokken). Zie ook: HR 16 april 2002, LJN AD9940 en HR 25 september 2007, LJN BA7935.

85 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 6 (NV II).

86 Zie de memorie van toelichting bij de Wet van 14 juli 1899, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1898 - 1899, 78, nr. 3, p. 2. Zie voorts Strijards, a.w., p. 5, p. 69-70 en p. 108. Overigens heeft De Hullu wel eens voorgesteld om herziening toe te laten bij rechtswaang. Zie J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 280 - 282.

87 Heden ten dage wordt onderzocht in hoeverre zogeheten 'Bayesiaanse netwerken' dienstbaar kunnen zijn

aan het combineren en analyseren van uiteenlopend bewijsmateriaal. Bij het NFI is bovendien een afdeling in het leven geroepen die zich uitsluitend bezighoudt met het combineren van forensisch-technische onderzoeksresultaten, te weten de afdeling interdisciplinair forensisch onderzoek (IDFO).

88 Dat neemt uiteraard niet weg dat anderen dan rechters vrijelijk mogen filosoferen over de hoogte van de bewijsstandaard in abstracto. Zie bijvoorbeeld: F. van Dijk & J. Sonnemans, 'Kansrekening en strafrechtspraak: Fouten bij het beslissen onder onzekerheid', *Rechtstreeks* 2009 (4), p. 18 - 21; A. Volokh, 'n Guilty men', 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1997 (173).

89 Een 'omstandigheid (van feitelijke aard)' waren beslissingen van Nederlandse rechters onder het oude regime al niet; zie HR 27 november 2007, LJN BB8745, NJ 2008/172.

90 Zie bijvoorbeeld: HR 11 januari 2005, LJN AR3663. Voor conflicterende bewezenverklaringen van een buitenlandse (i.c. Antilliaanse) rechter en een Nederlandse rechter, zie HR 13 juni 2006, LJN AV1162, NJ 2006/342, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het 'conflict van bewezenverklaringen' als grond voor herziening in deze niet in aanmerking komt, aangezien de Hoge Raad niet bevoegd is om het buitenlandse gewijsde te vernietigen. Wel is een novum aangenomen.

91 HR 26 april 1983, LJN AC7966, NJ 1983/650 m.nt. Van Veen. Ook: HR 3 oktober 2006, LJN AZ0737; HR 20 april 2010, LJN BL6771. Onverenigbaarheid van een uitspraak van de hoogste bestuursrechter enerzijds en een strafvonnis anderzijds levert evenmin grond op voor de herziening van een strafvonnis (HR 4 september 2007, LJN BB2749, NJ 2008/170).

92 HR 21 januari 1986, LJN AC9188, NJ 1987/663, rov. 7.1; HR 6 december 2005, LJN AU2246, NJ 2007/455 en LJN AU5444.

93 Het ligt uiteraard anders indien de veroordelende rechter onbekend was met het feitenmateriaal dat de andere rechter heeft gebracht tot de vrijspraak. Dan vormt niet de vrijspraak op zichzelf maar dat andere feitenmateriaal in potentie een novum.

94 Zie HR 26 april 1983, LJN AC7966, NJ 1983/650 m.nt. Van Veen. Zie bovendien: HR 20 juni 1967, LJN AB5394, NJ 1968/67 m.nt. Van Eck; HR 6 november 1973, LJN AB3969, NJ 1974/78 m.nt. Van Veen; HR 3 oktober 2006, LJN AZ0737 ('als 'eenige omstandigheid' kan niet dienen een beslissing van een Nederlandse rechter doch slechts een omstandigheid van feitelijke aard die 'met de bestreden uitspraak niet bestaanbaar schijnt',"); HR 17 april 2012, LJN BW2972. Evenmin vormt een andere waardering van hetzelfde bewijsmateriaal door de bestuursrechter een feitelijke omstandigheid, HR 13 december 2011, LJN BU7695.

95 Een uitzondering hierop vormt het geval waarin twee bewezenverklaringen conflicteren, waaronder één van een buitenlandse (nl. Antilliaanse) rechter. Zie HR 13 juni 2006, LJN AV1162, NJ 2006/342.

96 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 9 (MvT).

97 Zie bijvoorbeeld HR 18 december 2012, LJN BW7190.

98 Zie Strijards, a.w. p. 152 - 154. Zie ook de memorie van antwoord naar aanleiding van het tweede onderzoek in de afdelingen bij de Wet van 14 juli 1899, *Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen*, 1898 - 1899, 78, nr. 9, p. 24, onder art. 375, waaruit bovendien blijkt dat de opstellers van de wet van 1899 ervan uitgingen dat het besprokene ter terechtzitting beslissend was voor hetgeen bij de rechter bekend mocht worden geacht, en niet de inhoud van het procesdossier.

99 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 4 - 5 (NV II).

100 Kamerstukken I 2011/12, 32 045, nr. C, p. 5 (MvA).

101 Zie vorige voetnoot, p. 5 - 6.

102 Zie vorige voetnoot, p. 6-7.

103 In het vervolg zal ik bij de bespreking van deze eis alleen melding maken van de vrijspraak als uitkomst van de strafzaak, en zal ik niet tevens afzonderlijk melding maken van het ontslag van rechtsvervolging op grond dat de veroordeelde niet strafbaar was, of van de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, c.q. de toepasselijkverklaring van een minder zware strafbepaling. Mijn beschouwingen hebben mutatis mutandis betrekking op die andere uitspraken.

104 Zie mijn vordering tot herziening voor HR 18 december 2012, LJN BW7190, § 2.1; zie ook: De Ranitz, a.w. p. 81 - 84; Vgl. analoge beschouwingen van mijn ambtgenoot Knigge in zijn vordering tot herziening van 17 juni 2008 in de zaak Lucia de Berk, HR 7 oktober 2008, LJN BD4153, NJ 2009/44, §§ 3.4.2 en 3.4.3.

105 Ontleend aan De Ranitz, a.w., p. 83. Cursivering mijnerzijds.

106 De memorie van antwoord bij de Wet van 14 juli 1899, *Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen*, 1898 - 1899, 78, nr. 5, p. 12.

107 Zie ook Strijards, a.w., p. 83 - 84, en p. 108 - 109. G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 841. Dat de verzoeker tot herziening een dwaling heeft uitgelokt, doet evenmin ter zake; zie HR 25 juni 1974, LJN AB5958, NJ 1975/92 m.nt. Van Veen (de verzoeker tot herziening had bij de politie de schuld op zich genomen van een door een ander gepleegde overtreding).

108 Zo heeft de Hoge Raad in de herzieningsjurisprudentie naar aanleiding van manco's in de uitvoering van geuridentificatieproeven het na bewijsuitsluiting resterende bewijsmateriaal aan weging onderworpen. Zie bijv. HR 22 april 2008, LJN BC8789, NJ 2008/591; HR 22 april 2008, LJN BC9637, NJ 2008/592; HR 29 april 2008, LJN BC9956, NJ 2008/593 m.nt. Schalken.

109 Zie de analoge beschouwingen van mijn ambtgenoot Knigge voorafgaande aan HR 7 oktober 2008, LJN BD4153, NJ 2009/44 (Lucia de Berk), §§ 3.4.4 en 3.4.5. Zie ook Strijards, a.w. p. 108 - 109.

110 HR 27 november 2007, LJN BB8765, NJ 2008/173 m.nt. Mevis, r.o. 4.5.

111 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 27 (MvT).

112 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 27 (MvT): "Voldoende is dat het "ernstige vermoeden" rijst dat de rechter tot een andere beslissing zou zijn gekomen. Zekerheid hoeft daarover dus geenszins te bestaan."

113 Ontwerpnummering. Bij inwerkingtreding was de bepaling genummerd als artikel 375 Sv.

114 Zie de memorie van toelichting bij de Wet van 14 juli 1899, *Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen*, 1898 - 1899, 78, nr. 3, p. 2.

115 Zie de memorie van antwoord bij de Wet van 14 juli 1899, *Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen*, 1898 - 1899, 78, nr. 5, p. 12.

116 Vgl. de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafvordering van 1926, ontwerpartikel 432 O.R.O. (later vernummerd tot artikel 457), Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1913 - 1914, 286, nr. 3, p. 158.

117 Zie vorige voetnoot, p. 157. Cursivering in de authentieke tekst.

118 A.J. Blok & L. Ch. Besier, Het Nederlandsche strafproces II, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon 1925.

119 G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, Het Nederlands strafprocesrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 840.

120 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 4 (NV II).

121 Kamerstukken I 2011/12, 32 045, nr. C. p. 4 (MvA).

122 Zie vorige voetnoot, p. 4 - 5.

123 Zie ook nog: Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 10 - 11 (MvT).

124 Het Tweede Kamerlid Gesthuizen heeft tevergeefs een amendement voorgesteld om het woord "ernstige" te laten vervallen in artikel 457, eerste lid, onderdeel c Sv, waarmee volgens haar toelichting "het herzien van onherroepelijke uitspraken (...) niet louter [wordt] beperkt tot het criterium dat er een "ernstig" vermoeden moet bestaan, maar kan geschieden na elk vermoeden dat het nieuwe gegeven tot een andere uitspraak zou kunnen hebben geleid." Zie Kamerstukken II 2011/12, 32 045, nr. 8.

125 HR 3 april 1973, LJN AB3603, NJ 1974/514; HR 13 februari 2001, LJN AB0073.

126 In de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafvordering van 1926, ontwerpartikel 432 O.R.O. (later vernummerd tot artikel 457), Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, bijlagen, 1913 - 1914, 286, nr. 3, p. 158 werd artikel 443 van de toen nog geldende Code d'instruction criminelle 1808 bij wijze van rechtsvergelijkende exercitie vertaald als: "(...) een nieuw feit of vroeger onbekende stukken waardoor de onschuld van den veroordeelde waarschijnlijk wordt."

127 Zie voor een en ander de website van legifrance.gouv.fr.

128 Dat geldt niet voor de 'contraventions' (overtredingen), die in Frankrijk van herziening zijn uitgesloten. Alleen van definitieve gewijsden over 'crimes' en 'delits' staat herziening open.

129 Conform art. 623 CPP.

130 Jaarverslag 2011 van de Cour de Cassation, blz. 601. Het jaarverslag van 2012 was op 8 april 2013 nog niet beschikbaar op de website van de Cour de Cassation.

131 Zie voor een en ander wederom art. 623 CPP. Zie de toelichting op de p. 602 - 603 van het Jaarverslag 2011 van de Cour de Cassation. Voorts: J-F. Renucci, Code de procédure pénale, Paris: Dalloz 2012, art. 622 - 626, p. 976 - 988.

132 Art. 625 CPP.

133 Zie Jaarverslag 2011 van de Cour de Cassation, blz. 601. Ter verklaring van het verschil tussen het aantal van 31 in die periode door de Commission de Révision verwezen zaken en het aantal van 34 in die periode door de Cour de Révision behandelde zaken het volgende: onder die 34 zaken bevinden zich ook (enkele) zaken die door de Commission de Révision voorafgaand aan 2002 naar de Cour de Révision zijn verwezen, en daaronder bevinden zich niet de zaken die weliswaar voorafgaand aan 2012 zijn verwezen, maar door de Cour de Révision eind 2011 nog niet waren afgewikkeld.

134 Ontdekt werd dat het plaatsvervangend hoofd van de Franse militaire inlichtingendienst, majoor Henry, bewijsmateriaal tegen Dreyfus had vervalst. Na zijn arrestatie eind augustus 1898 bekende Henry dit en pleegde hij de volgende dag (waarschijnlijk) zelfmoord in z'n cel.

135 Arrêt rendu par la Cour de Cassation le 12 juillet 1906, inzake Dreyfus. Mijn exemplaar is niet voorzien van een rolnummer, noch van paginanummering. De bespreking van het hierna te noemen rapport van Darboux c.s. beslaat daarin bijna een bladzijde. Al eerder, namelijk op 3 juni 1899 vernietigde de Cour de Cassation de eerste veroordeling van Dreyfus, te weten die van 22 december 1894. Daarbij gelastte de hoogste rechter een nieuw proces, en dit op basis van de verklaringen van drie nieuwbenoemde deskundigen die oordeelden dat niet Dreyfus maar majoor Esterhazy de auteur was van de 'bordereau'. In het heropende proces, wederom voor de krijgsraad in Rennes, hield Bertillon gedurende een ondervraging van vier dagen staande dat zijn 'systeem' de schuld van Dreyfus aantoonde. Dreyfus werd op 9 september 1899 opnieuw veroordeeld voor verraad, dit keer tot tien jaren gevangenisstraf. Gratiëring werd kort daarna door Dreyfus geaccepteerd onder het voorbehoud dat hij mocht blijven strijden voor de erkenning van zijn onschuld. Het is deze tweede veroordeling van 9 september 1899 die bij arrest van de Cour de Cassation van 12 juli 1906 werd vernietigd, dit keer zonder een bevel tot heropening van de zaak. De strafzaak tegen Dreyfus was daardoor definitief beëindigd.

136 Zie: Darboux, Appell et Poincaré, Rapport de MM. Les experts van 2 augustus 1904. Voorts: C. Champod, F. Taroni, & P. Margot, 'The Dreyfus Case - An Early Debate on Expert's Conclusions', International Journal of Forensic Document Examiners 1999 (5), p. 446 - 459.

137 J-F. Renucci, Code de procédure pénale, Paris: Dalloz 2012, art. 622, p. 978 - 983.

138 Voor deze subparagraaf heb ik naast de op internet ontsloten rechtspraak en wetgeving gebruik gemaakt van C.H. Brants, Rapport ten behoeve van de minister van Justitie betreffende de Criminal Cases Review Commission, Utrecht: Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen 2006, waarnaar ik graag verwijs; zie voorts: M. Hannibal & L. Mountford, Criminal Litigation (LPC Handbooks), Oxford: Oxford University Press 2007; (Kritisch:) M. Naughton (ed.), The Criminal Cases Review Commission. Hope for the innocent?, Basingstoke/London/Oxford: Palgrave Macmillan Ltd. 2012; N. van Schaik, De interpretatie van het strafrechtelijk novumbegrip. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de strafrechtelijke herzieningsbeslissing in Nederland en Engeland, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007.

139 Zie de Criminal Appeal Act 1968 (CAA 1968), zoals gewijzigd door (in het bijzonder) de Criminal Appeal Act 1995. Zie voorts Brants, a.w., p. 19 e.v., alsook: M. Hannibal & L. Mountford, a.w., § 30.6, p. 466 e.v.. Wetgeving, zowel authentieke teksten als de geconsolideerde teksten zijn toegankelijk op:

<<http://www.legislation.gov.uk/>>.

140 S. 23 (2) CAA 1968.

141 S. 2 CAA 1968.

142 S. 7 (1) CAA 1968.

- 143 Zie bijvoorbeeld Court of Appeal, Criminal Division, 3 December 2002, [2002] EWCA Crim 2858, R. v. S. Mair, waarin na de veroordeling een relevante 'shift in common law' was opgetreden (te onzent vergelijkbaar met een omslag van jurisprudentie), die de 'summing up' voor de jury wezenlijk zou hebben gemodificeerd voor wat betreft de vereisten voor het aannemen van medeplichtigheid.
- 144 House of Lords 13 December 2001, [2001] UKHL 66, paragraph 19, R. v. Pendleton, in een beroep tegen de Court of Appeal, Criminal Division. Ter toelichting: tegen uitspraken van de Court of Appeal was met toestemming van de Court of Appeal beroep mogelijk op de House of Lords, dit echter alleen ter zake van rechtsvragen van een bovengemiddelde importantie. Sedert 1 oktober 2009 zijn de justitiële taken van de House of Lords overgenomen door de Supreme Court of the United Kingdom, die is opgericht bij Constitutional Reform Act 2005.
- 145 Zie voetnoot 3, voor wat de zaken in het Verenigd Koninkrijk betreft. De volgende passages ontleen ik hoofdzakelijk aan Brants, a.w. Zie ook M. Naughton, 'The Criminal Cases Review Commission: Innocence versus Safety and the Integrity of the Criminal Justice System', Criminal Law Quarterly 2012, p. 207 - 244.
- 146 S. 8 CAA 1995.
- 147 CAA 1995. Indien de bestreden veroordeling een uitspraak van een magistrates' court betreft, verwijst de CCRC naar de Crown Court. Dit vindt slechts zeer sporadisch plaats.
- 148 S. 9 CAA 1995.
- 149 S. 13 CAA 1995.
- 150 High Court (Administrative Court) 18th May 1999, [1999] EWHC Admin 452, Pearson v CCRC, § 17. Ontleend aan Brants, a.w.. Ter toelichting: de CCRC is een 'openbaar lichaam'. Tegen de weigering om een zaak te verwijzen naar de Court of Appeal staat administratief beroep open bij de High Court (Administrative Court). De jurisprudentie van deze bestuursrechter is leidend bij de beslissingen van de CCRC om al dan niet te verwijzen.
- 151 Er zijn enkele ontvankelijkheidseisen, zoals de voorwaarde dat (behoudens uitzonderlijke omstandigheden) de normale beroepsgang is gevolgd, en de voorwaarde dat de veroordeling is gevallen bij een gerecht in Engeland, Wales of Noord-Ierland. Schotland heeft inmiddels voorzien in een Criminal Cases Review Commission van eigen bodem.
- 152 Brants, a.w., p. 51.
- 153 Zie de website van de CCRC: <<http://www.justice.gov.uk/about/criminal-cases-review-commission>>. Bezocht op 1 maart 2012.
- 154 De website: <<http://www.baillii.org/ew/cases/EWCA/Crim/>> biedt toegang tot de rechtspraak van de Court of Appeal voor Engeland en Wales, Criminal Division ("EWCA Crim").
- 155 Court of Appeal, Criminal Division, 22nd June 2000, [2000] EWCA Crim 45, R. v. D. Pendleton.
- 156 House of Lords 13th December 2001, [2001] UKHL 66, R. v. Pendleton.
- 157 Court of Appeal, Criminal Division, 20th December 2000, [2000] EWCA Crim 81, R. v. N.E. Gilfoyle.
- 158 Court of Appeal, Criminal Division, 22nd January 2004, [2004] EWCA Crim 50, R. v. K.J. Brown.
- 159 Hij is de bedenker van de naam van de diagnose van het syndroom van 'Münchhausen by proxy'.
- 160 Court of Appeal, Criminal Division, 11th April 2003, [2003] EWCA Crim 1020, R. v. S. Clark. Zie hierover ook: A.P.A. Broeders, Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van forensisch bewijs (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 183 - 187.
- 161 Heropening van het proces. Niet te verwarren met 'Revision', waarmee in Duitsland het gewone rechtsmiddel van hoger beroep wordt bedoeld.
- 162 Genummerd als § 399 in de oorspronkelijke versie van de Strafprozeßordnung van 1 februari 1877.
- 163 W. Schmidt in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Verlag C.H. Beck oHG 2008, vor § 359, §§ 359 - 367;
- K.H. Gössel in: V. Erb, R. Esser e.a. (eds.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2013, § 359;
- B. Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH 2009, met name p. 349 - 352;
- S. Theobald, Barrieren im strafrechtlichen Wieder-aufnahmeverfahren. Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Verurteilten, Berlin/Heidelberg: Springer 1998.
- 164 K.H. Gössel in: V. Erb, R. Esser e.a. (eds.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2013, § 359, nr. 98.
- 165 S. Theobald, Barrieren im strafrechtlichen Wieder-aufnahmeverfahren. Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Verurteilten, Berlin/Heidelberg: Springer 1998, p. 29, en op basis van onder meer dezelfde rechtspraak als waarnaar Gössel verwijst.
- 166 W. Schmidt in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Verlag C.H. Beck oHG 2008, § 359, nr. 26, blz. 1963.
- 167 Zie vorige voetnoot, nr. 27, blz. 1964.
- 168 W. Schmidt in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Verlag C.H. Beck oHG 2008, § 359, nr. 26, blz. 1964; K.H. Gössel in: V. Erb, R. Esser e.a. (eds.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2013, § 359, nr. 118.
- 169 Gössel, a.w. § 359, nr. 118.
- 170 Vorige voetnoot, § 359, nr. 119.
- 171 B. Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH 2009, blz. 352.
- 172 Kamerstukken II 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 10 (MvT).
- 173 Kamerstukken II 2009/10, 32 045, nr. 6, p. 3 (NV II).
- 174 Brandon L. Garrett, Convicting the innocent. Where criminal prosecutions go wrong, Cambridge

Massachusetts: Harvard University Press 2011.

175 Mededeling van Garrett in een e-mailwisseling met dr. H. Israëls van de universiteit van Maastricht.