

Redactioneel

DR. DR. R.W.M. GIARD*

Justitiële dwalingen: hoe moet je van die fouten leren?

The only person who is educated is the one
who has learned how to learn ... and change.

Carl Rogers

Moordparken

Is het toeval? Twee gerechtelijke dwalingen met opvallende overeenkomsten. Een openbaar park als *crime scene*, verkrachting van de slachtoffers waarna (poging tot) moord, al snel gevolgd door de arrestatie van de waarschijnlijke daders, die bekennen en ten slotte worden veroordeeld. Dan, jaren later, na gevangenneming vanwege een ander misdrijf – stom toeval? – bekennen de werkelijke respectievelijke daders alsnog hun verantwoordelijkheid voor genoemde delicten.

DNA-onderzoek bewijst hun schuld en daarna worden de onschuldigen veroordeeld met veel media-aandacht vrijgelaten. Commotie alom, dit had toch niet mogen gebeuren? De ene casus, de *Central Park joggers case*, speelde in de VS en de andere betreft onze 'eigen' Schiedammer parkmoord. Twee verschillende landen, twee verschillende justitiële systemen maar opvallend veel gelijkenissen wat er allemaal misging, leidend tot gerechtelijke dwalingen. Lady Justice én Vrouwe Justitia in tranen. Maar van je fouten, zo luidt het cliché, moet je toch kunnen leren? Er wordt natuurlijk een commissie benoemd, diepgaand onderzoek volgt en de dwaalwegen worden blootgelegd. Wat er allemaal te verbeteren valt, volgt logisch uit het rapport.

Elders in dit nummer doet Tamara Buruma verslag van het symposium 'De (straf)rechtspleging als lerend systeem' dat werd gehouden bij het ten doop houden van Hans Nijboers gelijknamige boek. Aanleiding daarvoor was een opeenstapeling van (vermeende) gerechtelijke dwalingen in ons land en de wens om herhaling ervan zoveel als mogelijk te voorkomen. Maar is onderwijs diep genoeg nagedacht over de vraag hoe dat leerproces dient te verlopen om er goede vruchten van te kunnen plukken? In dit commentaar plaats ik hierbij enkele kanttekeningen en kies daarbij de methodologisch-wetenschappelijke invalshoek, omdat juist daar nog duidelijk ontwikkeling mogelijk én nodig is.

Calamiteitenonderzoek

Bij accidenten/incidentenonderzoek dienen drie hoofdvragen te worden beantwoord: (1) hoe is dit gebeurd?, (2) wie kunnen we er eventueel voor verantwoordelijk houden? en (3) hoe is herhaling ervan te voorkomen? Binnen een juridische context zijn onderzoek en attributie formeelrechtelijk ingekaderd en is de preventieve werking een gewenst neveneffect van het billijke oordeel. Maar dergelijk retrospectief incidenten- en rampenonderzoek is beslist niet uniek voor de juristerij. Of het nu gaat om een vliegtuigramp, de dood van een patiënt door brand op een operatiekamer of het verzakken van huizen bij de aanleg van een metrolijn, steeds gaat het om onderzoek naar mogelijk foutief menselijk handelen en steeds wil men lering trekken uit wat er is gebeurd. Het berouw komt na de zonde en het beloven van beterschap luidt de fase van vergeving in en de wereld is er weer beter van geworden. Dit is een eeuwenoud patroon.

Toch is er bij dit oeroude reflectieve ritueel iets essentieels veranderd: waarheidsvinding na calamiteiten is niet eenvoudigweg een zaak van wijze mannen of vrouwen die *coûte que coûte* de onderste steen boven willen krijgen, het hoort vooral een wetenschappelijk gefundeerd project te zijn. Het beoordelen van menselijk gedrag staat daarbij steeds centraal. Daarbij zijn de woorden van James Reason, Brits psycholoog en deskundige op het gebied van menselijk falen, uitermate relevant: 'The most significant psychological difference between individuals who were involved in events leading up to a mishap and those who are called upon to investigate it after it has occurred is knowledge of the outcome'.¹ Dit betekent dat we bij calamiteitenonderzoek te maken krijgen met cognitieve valkuilen, waardoor we verkeerde conclusies kunnen trekken; onjuiste gevolgtrekkingen staan op hun beurt het waarlijk kunnen leren van fouten in de weg.

* Dr. dr. R.W.M. Giard is verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en als klinisch patholoog aan het Maastricht Ziekenhuis te Rotterdam. Hij is tevens redacteur van dit blad. Met dank aan Ton Broeders voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

¹ J. Reason, *Human error*, Cambridge University Press 1990.

Wijsheid achteraf moet plaats maken voor werkelijkheid achteraf ('no hindsight, but insight!'), maar hoe dan?

Binnen verschillende maatschappelijke sectoren is er al geruime tijd sprake van kennisontwikkeling op het gebied van incidenten- en rampenonderzoek. De luchtvaart is daarvan het beste voorbeeld; veel landen hebben kenniscentra op dat gebied waar alle vliegtuigongelukken en 'near-accidents' systematisch worden bestudeerd. Die knowhow wordt niet alleen naar de professionals teruggekoppeld maar tevens voor andere geïnteresseerden kenbaar gemaakt.² Ook binnen de geneeskunde bestaat inmiddels ruime ervaring met het onderzoeken van medische bedrijfsongevallen want daar wordt sinds Hippocrates onderkend dat adaptief leren belangrijk is maar alleen onder voorwaarden werkelijk zal lukken.³ Daarbij hebben medici geleerd dankbaar gebruik te maken van inzichten uit andere disciplines.

Rechtspleging als lerend systeem

Wordt van dergelijke, meestal in multidisciplinair verband ontwikkelde, wetenschappelijk onderbouwde objectiverende onderzoeksmethoden voldoende gebruik gemaakt binnen de rechtswetenschap? Wie gewapend met de hierboven aangeduide methodologische vereisten voor goed accidenten/incidentenonderzoek de rapporten leest van (vermeende) gerechtelijke dwalingen⁴ of de nota's met aanbevelingen voor verbeteringen⁵ bespeurt maar weinig expliciete verwijzingen naar die toch belangrijke inzichten, hoe gedegen en zorgvuldig de commissieleden ook getracht hebben de onderste steen boven te krijgen.

Aan rechtspleging worden verschillende eisen gesteld wat betreft vorm én inhoud. Het procesrecht omschrijft de vormvereisten en bij bewijsvergaring en -waardering hebben we daarnaast te maken met de inhoudelijke aspecten: daarvoor is naar goede juridische traditie eveneens een beginsel te formuleren, namelijk het *best evidence principle*.⁶ Het criterium om bewijsmateriaal als 'best mogelijke' te classificeren is primair epistemologisch en niet-juridisch van aard.⁷ Maar vervolgens is het natuurlijk de vraag *hoe* je aan dat beginsel kan voldoen. Dáár ligt de kern van wat het leerproces moet gaan brengen: het proces van bewijsvergaring en -waardering wordt op grond van

wetenschappelijk verkregen inzichten methodisch verricht.

Voor het correct ontwerpen en uitvoeren van onderzoek met een normatieve doelstelling zijn nodig:

- kennis van het object van onderzoek;
- kennis van methoden en technieken van onderzoek;
- ervaring met die kennis.⁸

Een systematische aanpak voorkomt dat lukraak naar informatie wordt gezocht of dat alleen die feiten worden verzameld die een a-priorivermoeden ondersteunen ('cherry picking'). Mede kijkend naar de al genoemde voorbeelden van de CEAS-onderzoeken formuleer ik aan de hand van deze drie punten hieronder een aantal richtinggevende posities die zouden kunnen bijdragen tot een optimaal leerproces.

1. Object van onderzoek

Of het nu gaat om rechtspraak in eerste aanleg of een evaluatie van een al gewezen vonnis vanwege een mogelijke dwaling door de rechter, het object van onderzoek is in feite een (vermeend) accident/incident. Welke data worden verzameld en hoe die worden geanalyseerd, hangt af van de veronderstelling van de onderzoeker hoe incidenten/accidenten kunnen gebeuren. Kiest men voor een eenvoudig lineair dominomodel, een gecompliceerder multifactorieel schema of juist een complex systeem?⁹

Geen enkel accident/incident, hoe bijzonder ook, staat op zichzelf. Altijd maakt zo'n casus deel uit van verschillende populaties¹⁰: de Schiedammer parkmoord maakt deel uit van de populatie van parkmoorden, de populatie van zedenmisdrijven, de populatie van rechterlijke dwalingen, de populatie van valse bekentissen enz. Nader onderzoek in kwalitatieve en kwantitatieve zin maakt de kenmerken van dergelijke populaties duidelijk en biedt aanknopingspunten voor nader observationeel of experimenteel onderzoek om oplossingen te zoeken voor de kwesties inzake opsporing en vervolging. Dergelijk epidemiologisch onderzoek maakt het mogelijk bepaalde patronen te herkennen en dat is instructief.

Spraakmakende catastrofes vinden vrijwel steeds plaats binnen complexe systemen. Dat zijn organisaties die uit verschillende onderdelen bestaan, die onderling moeten samenwerken om een gewenste uitkomst te bereiken. Juist die multi-pele interacties

2 Zie het boek van Sidney Dekker, *The field guide to understanding human error*, Aldershot (UK): Ashgate 2006.

3 K. Henriksen & H. Kaplan, 'Hindsight bias, outcome knowledge and adaptive learning', *Quality and Safety in Health Care* 2003, 12 (Suppl II): ii46-ii50.

4 Bijvoorbeeld het rapport van de commissie Posthumus 'Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord', Openbaar Ministerie 2005, het CEAS (Commissie evaluatie afgesloten strafzaken)-rapport van het driemanschap in de zaak tegen mevrouw de B. (2007) of het CEAS-rapport van het driemanschap in de zaak betreffende mevr. C.M. Post (2008).

5 Bijvoorbeeld het rapport 'Versterking opsporing en vervolging naar aanleiding van het evaluatierapport van de Schiedammer parkmoord'. Ook: *Wat niet weet, wat niet leert. Over de kennisfunctie bij de politie*, Rijksuniversiteit Groningen: Pro Facto 2007.

6 D.A. Nance, 'The best evidence principle', *Iowa Law Review* 1988, p. 227-297.

7 A. Stein, *Foundations of evidence law*, Oxford University Press 2005 p. 39 e.v.

8 In deze opsomming bevindt zich het vaker genoemde analytische trias object-methode-theorie.

9 Zie Dekker (noot 3), p. 81 e.v.

10 Het woord 'populatie' wordt gedefinieerd als de verzameling van alle mogelijke leden van een groep die wordt bestudeerd; de leden van die groep dragen een of meer attributen gemeenschappelijk als hun bindend kenmerk.

maken dat dergelijke systemen zich niet kenmerken door simpele oorzaak-gevolgrelaties. Vliegtuigcrashes, medische fouten maar ook gerechtelijke dwalingen zijn daar voorbeelden van. Juist bij een casus zoals die van de Schiedammer parkmoord blijkt die complexiteit, waar men te maken heeft met de onderdelen opsporing, vervolging en rechtspraak die op hun beurt weer uit verschillende componenten bestaan waar van alles mis kan gaan bij onderlinge communicatie en afstemming. Het grote belang van deze complexiteitsdimensie is tweërlei: ten eerste bepaalt het de wijze waarop onderzoek dient plaats te vinden en ten tweede de manier waarop verbeteringen kunnen worden gerealiseerd.¹¹

2. Methoden en technieken van onderzoek

De al genoemde valkuil van de hindsight bias is het eerste en belangrijkste aandachtspunt bij toetsing van de methoden en technieken van onderzoek.¹² In de psychologische literatuur is uitgebreid aandacht aan dit onderwerp besteed en in de internationale rechtsliteratuur aan praktisch georiënteerde beschouwingen onderworpen.¹³ Hoewel het fenomeen als zodanig niet onbekend is in juridische kringen, heeft men wel moeite het proces van waarheidsvinding zo in te richten dat dergelijke vertekende effecten (goedgeels) worden uitgebannen. Dat speelt in eerste instantie bij diegenen belast met het opsporingsonderzoek en/of de te hulp geroepen deskundigen. In het boek van Dekker wordt bijvoorbeeld aangegeven hoe, door het stroomlijnen van het onderzoeksproces, een situatie zo objectief mogelijk kan worden gereconstrueerd.¹⁴ Hindsight bias speelt een rol bij het verzamelen, rapporteren en interpreteren van data. Die vertekening moet structureel worden bestreden. Een van de mogelijkheden bij zowel forensisch onderzoek, maar bijvoorbeeld ook in het aansprakelijkheidsrecht om tot een objectieve beoordelingsprocedure te komen, is blindering van de onderzoekers c.q. deskundigen voor

de afloop in combinatie met onderzoek van een reeks in plaats van één object.¹⁵ Model daarvoor staat de bekende Oslo-confrontatie, waarbij een getuige van een misdrijf de mogelijke dader moet aanwijzen te midden van in een rij opgestelde mensen (de verdachte willekeurig opgesteld tussen een rij onschuldigen die voldoen aan het beschikbare signalement). In ons land wezen Merckelbach et al. reeds op genoemde gevaren en mogelijke remedies van verwachtingseffecten.¹⁶ Veel van de kwesties waar men bij gerechtelijke dwalingen tegenaan loopt, hebben vooral een psychologische achtergrond: niet alleen de al genoemde verwachtingseffecten, maar bijvoorbeeld ook valse bekentnissen van verdachten en/of getuigen¹⁷, ongerechtvaardigd ontkennend gedrag van gedaagden¹⁸, de omgang met indirecte bewijsmiddelen¹⁹ en dwaalwegen bij besluitvormingsheuristieken²⁰. Daarmee heeft een dergelijke psychologische inbreng een normatief karakter, die nauw aansluit bij de hierboven aan bewijsvergaring gestelde epistemologische eisen.²¹ Hoe die kennis zinvol te integreren in de rechtspraktijk? Vrijwel alle juridische faculteiten hebben rechtspsychologen binnen hun muren, maar daarbij is soms eerder sprake van een antagonistische dan van een synergistische relatie tussen juristen en psychologen. Zo komen we niet vooruit.

Een betere, dus vooral wetenschappelijke, benadering van het proces van waarheidsvinding is stellig gebaat met inbreng vanuit andere wetenschapsgebieden. Daar kunnen juristen van leren (en omgekeerd: óók de niet-juridische wetenschappers!) maar dat vereist een hoge mate van zowel inhoudelijke als emotionele zorgvuldigheid.

3. Ervaring

Dit onderdeel heeft enerzijds met persoonlijke ervaring te maken (men moet gaandeweg groeien in kennis van en ervaring met deze materie) en vraagt onder meer zelfreflectie.²² Anderzijds kan men op organisa-

11 Zie D. Woods & R. Cook, 'Nine steps to move forward from error', *Cognition, Technology & Work* 2002, vol. 4, p. 137-144 en R. Cook, 'How complex systems fail', <www.ctlab.org/documents/How%20Complex%20Systems%20Fail.pdf>.

12 Zie H. Blank et al., 'Hindsight bias: on being wise after the event', *Social Cognition* 2007, vol. 25, nr. 1, p. 1-9 alsmede M.V. Pezzo & S.P. Pezzo, 'Making sense of failure: a motivated model of hindsight bias', *Social Cognition* 2007, vol. 25, nr. 1, p. 147-164 en tevens R.W.M. Giard, 'Mentale misleidingen', *EeR* 2008- 4, p. 105-107.

13 Zie bijvoorbeeld J.J. Rachlinski, 'Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?', *Oregon Law Review* 2000, vol. 79, nr. 1, p. 61 e.v.; K.A. Findley & M.S. Scott, 'The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases', *Wisconsin Law Review* 2006, p. 291-397. Tevens: Risinger et al., 'The Daubert/Kumho implications of observer effects in forensic science: hidden problems of expectation and suggestion', *California Law Review* 2002, nr. 90, p. 3-56. Voorts het themanummer van *Memory* 2003, vol. 11, nr. 4/5, een speciaal aan 'hindsight bias' gewijd nummer van *Social Cognition* 2007, vol. 25, nr. 1.

14 Zie noot 3.

15 Zie A.D. Gold, *Expert evidence in criminal law: the scientific approach*, VS, Irwin Law, 2003 en Risinger (noot 14).

16 H.L.G.J. Merckelbach et al., 'Hoge Verwachtingen', *NJB* 2003, p. 710 e.v.

17 S. Kassir, 'On the psychology of confessions', *American Psychologist* 2005, vol. 60, p. 215-228.

18 K. Markman & P. Tetlock, "'I couldn't have known': accountability, foreseeability and counterfactual denials of responsibility", *British Journal of Social Psychology* 2000, vol. 39, p. 313-325.

19 K.J. Heller, 'The cognitive psychology of circumstantial evidence', *Michigan Law Review* 2006, p. 241-303.

20 A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', *Science* 1974, vol. 185, p. 1124-1131.

21 C.J. Lee, 'Applied cognitive psychology and the "strong replacement" of epistemology by normative psychology', *Philosophy of the Social Sciences* 2008, vol. 38(1), p. 55-75.

22 A.H. van Delden, 'De reflecterende rechter', *NJB* 2006, p. 1110 e.v.

torisch niveau dankbaar gebruik maken van de ervaring van anderen. Deze positiekeuze is bedoeld op twee manieren. Ten eerste: buiten de rechtswetenschap worstelt men vaak met soortgelijke kwesties. Chirurgen, ministers, piloten, economen en tunnelgravers doen verkeerde keuzes met gevolgschade. Hoe onderzoek je dat op een zodanige wijze dat je letterlijk recht doet aan de situatie waarin de beslissers zich ten tijde van hun oordeel bevonden, indachtig de hierboven genoemde woorden van James Reason? Ten tweede: buiten onze landsgrenzen worstelt men vaak met soortgelijke kwesties. Wij zijn niet het enige land dat gerechtelijke dwalingen kent. De afgelopen twee decennia zijn in tal van westerse landen clusters strafrechtelijke dwalingen gebleken, onderzocht en gerapporteerd. Dat is rechtsvergelijkend onderzoek in de meest brede zin! Wie googelt, vindt talrijke wetenschappelijke artikelen en rapporten hierover.²³ Dat is vaak leerzame lectuur! Leren is hier: over de grens kijken.

De noodzaak van regelmatige kwaliteitsevaluatie van rechtspraak

Om te kunnen leren is niet alleen onderzoek van incidentele in het oog springende juridische missers een vereiste, maar juist ook een cyclisch uitgevoerde bredere evaluatie van juridische structuren, processen en uitkomsten. Systematische kwaliteitstoetsing maakt bijvoorbeeld duidelijk hoe het met de rechtseenheid is gesteld, leert hoe vaak en waar het misgaat en daardoor oog te hebben voor die aspecten van de beroepsuitoefening die aangepast of veranderd dienen te worden.²⁴ Maar tegelijkertijd heeft dergelijk onderzoek ook een positief cultuureffect. Systematisch kwaliteitsonderzoek binnen andere disciplines heeft duidelijk gemaakt dat achter spraakmakende incidenten veel meer bedrijfsongevallen schuilgaan. Zijn dergelijke *mishaps* eenmaal geïdentificeerd, dan kunnen ze weer nader worden onderzocht, kunnen gerichte maatregelen worden genomen en kan worden bekeken of de frequentie ervan daardoor daalt. Dat maakt het tot een continu leer- en vooral verbeterproces.

Waarheidsvinding als wetenschappelijk proces

Wetenschappelijkheid is geen eindproduct maar een wijze van werken, een proces. In een themanummer van *Justitiële Verkenningen*, gewijd aan waarheidsvinding²⁵, vraagt filosoof De Vries aandacht voor een

realistische door de filosoof Karl Popper geïnspireerde beleidslijn:

‘De basis van wetenschappelijke kennis is een andere: zij ligt in *procedures* die kritiek mogelijk maken en die ons in staat stellen om fouten in onze ideeën op het spoor te komen. Menselijk als we zijn, moeten we het daarbij vooral hebben van onze concurrenten. We dienen onze vermoedens daarom zo te formuleren dat kritiek er vat op kan krijgen: onze uitspraken, de theorieën die we formuleren, dienen “falsifieerbaar” te zijn’.²⁶

Door aannames, methoden en procedures bij feitenonderzoek en het gebruik ervan voor beslissingen voortdurend aan een dergelijke kritische dialoog te onderwerpen, kunnen we stap voor stap verder komen. Rechtspleging als lerend systeem is daar dus bij gebaat. Maar dan dient aan basale voorwaarden te worden voldaan: leren hoe juridische structuren, processen en uitkomsten vanuit verschillende perspectieven te onderzoeken, leren hoe daarvan te leren en leren wat te veranderen en vooral ook hoe. Zoiets heeft geen goede kans van slagen als dat – hoe kritisch ook – uitsluitend een interne dialoog is tussen juristen. Inbreng van buitenaf is gewenst, maar vorm waarin en toon waarop die bijdragen door de deelnemers worden gepresenteerd zijn daarbij bepalend voor het welslagen van de dialoog.²⁷ Er hebben zich in de media enkele ‘deskundigen’ als zelfbenoemde redders van de rechtsstaat opgeworpen aan wie genoemde boodschap van zorgvuldigheid niet besteed lijkt.²⁸ Zij hebben echter wel terecht op deficiënties van het systeem gewezen. Wat betreft de methodologie van waarheidsvinding bij zowel rechtspraak als gerechtelijke dwalingen valt er voor iedereen dus nog veel te leren – en dat is de uitdaging. Dit tijdschrift wil daarvoor zeker een forum bieden.

23 Hierboven genoemde wetenschappelijke artikelen (zie nt. 14) maar ook overheidsrapporten zoals: *FPT heads of prosecutions committee working group, Report on the prevention of miscarriages of justice*, Canada 2004 en Groot-Brittannië *House of Commons Science and Technology Committee. Forensic Science on Trial. Seventh Report of Session 2004-05*.

24 De Raad voor de Rechtspraak heeft in de *Agenda van de Rechtspraak 2008-2011* kenbaar gemaakt die weg in te willen slaan.

25 WODC-rapport als themanummer ‘Waarheidsvinding’, *JV* 2002-2.

26 G.H. de Vries, ‘Wat is waarheid? Een filosofische benadering’, *JV* 2002-2, p. 16 e.v.

27 Lees, als voorbeeld hoe dat liever niet moet: A.J.M. Loonen, ‘Juridisch bewijs gezien door een biomedische wetenschapper’, *NJB* 2008, p. 118.

28 *NRC Handelsblad* 24 mei 2008, ‘De deskundige rukt op in het recht. Hoogleraren zetten zich in om “onschuldigen” uit de cel te krijgen’.