

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/314298984>

'Herziening ten nadele in de Vivaldi-zaak: een vergissing van de Raad in uw voordeel', in: Expertise en Recht 10(2), 52-61.

Article · March 2017

CITATIONS

0

READS

27

1 author:



[Ton Broeders](#)

Leiden University

66 PUBLICATIONS 341 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Herziening ten nadele in de Vivaldi-zaak: een vergissing van de Raad in uw voordeel

Op 8 november 2016 wees de Hoge Raad in een slechts 12 pagina's tellend arrest de eerste en tot nu toe enige herzieningsaanvraag af die krachtens de daarvoor in 2013 in werking getreden Wet herziening ten nadele is aanhangig gemaakt.¹ Dat gebeurde nauwelijks zes weken nadat advocaat-generaal Knigge in een 111 pagina's lang geschrift concludeerde dat dit eerste verzoek tot herziening ten nadele dient te worden afgewezen.² Daarmee kreeg de behandeling van wat bekend werd als de Vivaldi-zaak, de zaak van de overval op een Aldi-supermarkt in Ridderkerk op 11 december 2001, een geheel andere afloop dan het Openbaar Ministerie ongetwijfeld zal hebben gehoopt en vermoedelijk ook zal hebben verwacht. De zaak zelf is met dit arrest finaal beslecht, maar de conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad geven zeker aanleiding tot nadere beschouwing. Dat geldt zowel voor de interpretatie van de resultaten van het technisch onderzoek dat door het College van procureurs-generaal als grondslag voor de vordering tot herziening ten nadele werd ingebracht als voor de wijze waarop deze resultaten werden verkregen. Zo blijkt onder meer dat het 'sterkere' bewijs ook in eerste en tweede aanleg al beschikbaar had kunnen zijn. Ook leert nadere analyse van de argumentatie van de A-G en de Hoge Raad dat deze niet onontkoombaar leidt tot het gewezen arrest. Ten slotte wordt ingegaan op de vraag voor welk probleem de Wet herziening ten nadele in de Vivaldi-zaak geen oplossing bleek te bieden, waar dat wellicht wel had gekund.

1. De achtergrond van de zaak-Vivaldi

In de conclusie van de A-G wordt de toedracht van de overval op de Aldi-supermarkt in Ridderkerk zoals omschreven in de herzieningsaanvraag als volgt weergegeven:

'2.1 De overval werd gepleegd door 2 negroïde mannen, ieder gewapend met een vuurwapen. Daarbij heeft er een worsteling plaatsgevonden en is de bedrijfsleider door één van de overvallers doodgeschoten met een machinepistool. Van de schietpartij waren geen getuigen, nu deze heeft plaatsgevonden in het kantoortje (voorzien van zogenaamd spiegelglas) van de supermarkt, waar behalve de bedrijfsleider verder geen personeel aanwezig was. Door de toenmalige technische recherche werd vastgesteld dat er kennelijk een worsteling heeft plaatsgevonden tijdens de schietpartij (kogelbanen in diverse richtingen, achtergebleven schoen van de dader, omgegooid/verplaatst meubilair).'

De A-G vervolgt:

'2.1.2. In de aanvraag wordt voorts gesteld dat een zekere Oswaldo C. kort na de overval in de omgeving van de supermarkt als verdachte van de overval wordt aangehouden. Deze C. bekende de overval samen met een andere man (die door de politie werd geïdentificeerd als Barry John D.) te hebben gepleegd. C. is door de Rechtbank Rotterdam veroordeeld tot een gevangenisstraf van 6 jaren voor kort gezegd (1) het medeplegen van poging

tot afpersing terwijl het feit de dood tot gevolg heeft dan wel het medeplegen van poging tot diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbend; (2) medeplegen van de voorbereiding van het in vereniging plegen van afpersing en/of diefstal met geweld en (3) handelen in strijd met art. 26.1 WvM. Deze veroordeling is op 29 september 2003 onherroepelijk geworden.'

D. wordt op 12 juni 2002 vrijgesproken door de Rechtbank Rotterdam, welke uitspraak wordt bevestigd door het Hof Den Haag in een arrest dat op 14 oktober 2004 onherroepelijk wordt. Het OM laat het daarbij echter niet zitten. Op 22 juni 2007 doen de regiopolitie Rotterdam-Rijnmond en het OM een persbericht uitgaan waarin wordt gemeld dat in deze zaak '... nieuw bewijsmateriaal (...) is gehaald uit materiaal dat onder een nagel van het slachtoffer werd gevonden. Een analyse bij het Nederlands Forensisch Instituut heeft door de verbeterde techniek opgeleverd dat er een kans van 1 op het miljard is dat het materiaal van iemand anders is dan de vrijgesproken verdachte van de dodelijke schietpartij.'³ In datzelfde persbericht wijzen het OM en de politie erop dat 'de huidige wetgeving' het niet mogelijk maakt de man opnieuw te berechten voor de dodelijke schietpartij en vragen zij de wetgever '... ook voor het OM een herzieningsmogelijkheid bij de Hoge Raad te creëren'. Het persbericht werd kort daarop gevolgd door publicaties waarin respectievelijk de Rotterdamse hoofdofficier van justitie Korvinus en de voorzitter van het College van procureurs-generaal Brouwer ervoor pleitten herzie-

* Prof. dr. A.P.A. (Ton) Broeders is emeritus hoogleraar criminalistiek aan de Universiteit Leiden, honorair hoogleraar criminalistiek aan de Universiteit Maastricht en redacteur van dit tijdschrift. E-mail: apa.broeders@maastrichtuniversity.nl en a.p.a.broeders@law.leidenuniv.nl.

1. ECLI:NL:HR:2016:2520.

2. ECLI:NL:PHR:2016:904.

3. OM 2007. De gebruikte formulering 'dat er een kans van 1 op het miljard is dat het materiaal van iemand anders is dan de vrijgesproken verdachte' is een onjuiste weergave van het gewicht van het bewijs, waarover in par. 4.1.3 hierna meer.

ning ten nadele wettelijk mogelijk te maken.⁴ Die oproep aan de wetgever lijkt zijn effect niet te hebben gemist. Nauwelijks twee jaar later, op 1 september 2009, werd een wetsvoorstel gericht op de invoering van de mogelijkheid tot herziening ten nadele bij de Tweede Kamer ingediend. In de daaropvolgende discussies over dat wetsvoorstel figureert de Vivaldi-zaak frequent. Zo schrijft Van Hattum:

‘Voorstanders van deze wet verwijzen steeds naar de “Vivaldi-zaak”, een overval waarbij een bedrijfsleider van een Aldi om het leven kwam. De dader (*sic*: TB) werd vrijgesproken, en nieuw DNA-onderzoek zou zijn schuld nu kunnen bewijzen. Maar ook de oude DNA-analyses pleitten al tegen de verdachte en toch werd hij vrijgesproken. Andere voorbeelden waarin deze wet toegepast had kunnen worden, zijn niet genoemd.’⁵

Hiermee is al meteen de kern van het probleem gesignaleerd. Was dit wetsvoorstel er wel op gericht om de mogelijkheid te openen om als onbegrijpelijk of onterecht ervaren vrijspraken te herzien?

2. Het oordeel van de A-G en de HR kort samengevat

De Wet herziening ten nadele is op 1 oktober 2013 in werking getreden.⁶ De wet bepaalt, voor zover in deze casus van belang, dat herziening ten nadele – uitsluitend – mogelijk is als er sprake is van een gegeven, i.c. de resultaten van technisch onderzoek, dat aan de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting niet bekend was en dat aanleiding geeft tot het ernstige vermoeden dat als dit gegeven wel bekend zou zijn geweest, de zaak zou zijn geëindigd in een veroordeling van de gewezen verdachte voor een opzettelijk begaan misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft.⁷

De A-G komt tot de conclusie dat hiervan in de Vivaldi-zaak geen sprake is. Hij baseert die negatieve conclusie op zijn oordeel dat de resultaten van het na de onherroepelijke vrijspraak uitgevoerde technisch onderzoek op grond van art. 482a lid 4 Sv van het bewijs moet worden uitgesloten omdat die resultaten zijn verkregen door middel van een onderzoek, in dit geval aanvullend DNA-onderzoek, waarvoor een wettelijke basis ontbrak en waardoor een inbreuk is gemaakt op een recht van de gewezen verdachte. De A-G verwijt het OM *en passant* een ernstige fout te hebben gemaakt door niet met het onderzoek te wachten op de inwerkingtreding van de wet die herziening ten nadele mogelijk zou maken, en dat ‘dientengevolge onderzoek is verricht zonder de machtiging van de rechter-commissaris die de wetgever nodig heeft geacht’.⁸

Voor het geval de Hoge Raad hem niet in zijn negatieve conclusie mocht volgen, voegt de A-G hier nog aan toe dat hij van mening is dat het nieuwe technische bewijsmateriaal, als het al niet op formele gronden moet worden uitgesloten, naar zijn oordeel objectief gezien evenmin voldoet aan de door hem gehanteerde eis dat de resultaten van het technisch onderzoek een aanzienlijk verschil moeten maken met het eerder beschikbare bewijsmateriaal wil het vermoeden kunnen rijzen dat bij bekendheid met het nieuwe bewijsmateriaal de zaak in een veroordeling zou zijn geëindigd. De Hoge Raad volgt de A-G in zijn tweede conclusie en spreekt geen oordeel uit over de eerste.⁹

3. Het nieuwe technisch onderzoek

Het technisch onderzoek waar het in deze zaak om draait, is een nader DNA-onderzoek van een bemonstering van de nagels van het slachtoffer en een schoen van – vermoedelijk – de dader, dat in opdracht van het OM in de tweede helft van 2006 werd uitgevoerd door een deskundige van het NFI. Centraal daarin stond een poging om door dit nader DNA-onderzoek een ‘vollediger’ profiel te verkrijgen van de donor van het biologisch sporen materiaal dan het eerste onderzoek in 2002 had opgeleverd. En dat lukte: waar de berekende frequentie van het in 2002 verkregen DNA-sporenprofiel minder dan 1 op 100 000 bedroeg, werd de frequentie van het nu verkregen, uit meer genetische markers bestaande sporenprofiel als kleiner dan 1 op 1 miljard gerapporteerd. Met die exercitie was op zichzelf niets mis, zo begrijp ik de A-G, zolang dat sporenprofiel uitsluitend zou worden gebruikt om daarmee de identiteit te achterhalen van de donor van het sporenmateriaal, bijvoorbeeld door een vergelijking van dat volledige sporenprofiel met de profielen in de Nederlandse DNA-databank voor strafzaken.¹⁰ In zogenaamde *old of cold cases* gebeurt dat bijna routinematig en levert het ook regelmatig iets op. De A-G meent echter dat het hier vooral ging om een onderzoek gericht op het verkrijgen van een herzieningsgrond en daarmee om een onrechtmatig onderzoek omdat op deze wijze opsporingsbevoegdheden tegen de gewezen verdachte werden uitgeoefend zonder dat (en voordat) daarvoor een wettelijke basis bestond. En dat zou het geval zijn als het nadere DNA-onderzoek primair of zelfs exclusief werd uitgevoerd met de bedoeling om (sterker) bewijs tegen de gewezen verdachte te verzamelen.

3.1. Het doel van het nieuwe onderzoek

De A-G stoelt zijn visie dat dit laatste inderdaad het geval was onder meer op de onduidelijkheid rond de vraag of het verkregen, volledige profiel – al dan niet handmatig – wel met de profielen in de databank is vergeleken of alleen met dat van het slachtoffer en de gewezen verdachte. Volgens het NFI-rapport van 2 februari 2007, waarin

4. Jensma 2007; Brouwer 2007.

5. Van Hattum 2012.

6. Wet van 11 april 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van een regeling betreffende herziening ten nadele van de gewezen verdachte (Wet herziening ten nadele), *Stb.* 2013, 138. Bronpublicatie inwerkingtreding: Besluit van 17 juli 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet herziening ten nadele, *Stb.* 2013, 313.

7. Art. 482a lid 1 en 3 Sv. Daarnaast is ook bij ‘*falsa*’ herziening ten nadele mogelijk, zoals in het geval van een meinedig gebleken getuigenverklaring.

8. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:904, 12.29.

9. Dat laatste is opmerkelijk. De Hoge Raad laat daarmee de gelegenheid onbenut om zijn oordeel te geven over de rechtmatigheid van het bewijs in dit eerste herzieningsverzoek ten nadele. Het verklaart mogelijk wel de veel snellere afhandeling van de zaak dan werd verwacht blijkens de op de website van de Hoge Raad tot op heden (maart 2017) nog vermelde vermoedelijke datum van afhandeling, te weten 14 maart 2017.

10. En met de profielen die voldoen aan de daarvoor geldende eisen in de databanken van de overige twintig landen die participeren in de Europese uitwisseling en vergelijking van DNA-profielen.

de match met de gewezen verdachte wordt gerapporteerd, heeft opname van het referentieprofiel van de gewezen verdachte in de databank en vergelijking met de daarin aanwezige profielen plaatsgevonden op 1 augustus 2006 en niets opgeleverd, zoals de A-G in 12.16 van zijn conclusie vermeldt.

Dat die vergelijking op 1 augustus 2006 niets opleverde, hoeft geen verwondering te wekken. Dat was ook niet te verwachten. Het referentieprofiel van D. was nog maar net, op 9 juni 2006, in opdracht van een Haagse advocaat-generaal uit de databank verwijderd en had tot dan toe kennelijk ook geen matches opgeleverd. De opdracht tot verwijdering van het referentieprofiel en vernietiging van het celmateriaal werd gegeven nadat een eerdere veroordeling van D. door de Rechtbank Den Haag in een andere zaak op 23 december 2005 door het Hof Den Haag was vernietigd. Het hof stelde namelijk vast dat de rechtbank daarbij voor het bewijs gebruik had gemaakt van DNA-materiaal dat van D. in 2001 was afgenomen in het kader van de Vivaldi-zaak. Het daarvan verkregen referentieprofiel had uiteraard na diens onherroepelijke vrijspraak in die zaak op 14 oktober 2004 uit de databank moeten worden verwijderd.

Opmerkelijk in dit verband is nog dat de feitelijke afname van het DNA-materiaal waarmee het op 1 augustus 2006 gebruikte referentieprofiel werd bepaald, plaatsvond op een tijdstip dat het in verband met de Vivaldi-zaak verkregen referentieprofiel van D. zich nog – ten onrechte – in de databank moet hebben bevonden, en wel op 14 mei 2006, drie weken voordat de Haagse A-G opdracht gaf dit profiel en het bijbehorende celmateriaal te vernietigen. De gedachte dringt zich op dat men zich realiseerde dat de aanwezigheid van het profiel uit de Vivaldi-zaak in de databank niet legitiem was en daarom besloot nogmaals DNA-materiaal van D. af te nemen, en wel op basis van zijn veroordeling voor een andere zaak door de Rechtbank Den Haag, om zo weer over ‘legaal’ referentiemateriaal van D. te beschikken.

Onduidelijk is overigens waarom de DNA-afname niet werd gebaseerd op een andere veroordeling van D., door de Rechtbank Rotterdam, die op 1 september 2005 onherroepelijk was geworden en waarvan de behandelend officier van justitie volgens A-G Knigge op de hoogte was.

Hoe dat ook zij, voor de A-G is vooral de vraag van belang of en wanneer met het nieuw verkregen, vollediger profiel een zoekactie is uitgevoerd in de databank. Hij merkt daarover op:

‘Het rapport vermeldt niet wanneer de vergelijking van dit referentieprofiel met het profiel dat werd verkregen door het aanvullende onderzoek aan de nagels van het slachtoffer plaatsvond. Gelet op de datum van het rapport (2 februari 2007) is aannemelijk dat dit na 1 augustus 2006 is gebeurd.’¹¹

Hieruit leidt de A-G vervolgens af dat er geen aanwijzingen zijn dat er sprake is geweest van hetzij een ‘ongegerichte’ eenmalige zoekactie hetzij een handmatige verge-

lijking met de profielen in de databank, maar dat het uitsluitend ging om een gerichte vergelijking van het vollediger sporenprofiel met dat van de gewezen verdachte.

Dat is juist. Sterker nog, de door de A-G bedoelde ‘ongegerichte’ vergelijking was onmogelijk. De DNA-databank bevat overwegend zogenaamde SGM-Plus-profielen bestaande uit tien genetische merkers (of *loci*).¹² Het vollediger sporenprofiel waarvan in het rapport van 2 februari 2007 sprake is, bestond echter uit vijftien loci, en omvatte naast de tien SGM-Plus-merkers vijf additionele merkers van het zogenaamde *Profiler*-systeem, zoals blijkt uit een door de A-G in zijn conclusie geciteerde e-mail d.d. 26 mei 2015 van deskundige Kloosterman aan officier van justitie Groen. De vergelijking van het referentieprofiel van de gewezen verdachte met de profielen in de databank die op 1 augustus 2006 plaatsvond en niets opleverde, betrof dus slechts de tien loci van het SGM-Plus-systeem. Vergelijking van het vollediger, gecombineerde SGM-Plus-*Profiler*-sporenprofiel van vijftien loci met de profielen in de databank was (en is) niet mogelijk omdat het gros van de profielen in de databank, zoals gezegd, bestaat uit maximaal tien genetische merkers. Het achterwege blijven van die vergelijking kan op zichzelf daarom moeilijk als evidentie worden gezien voor de stelling dat het OM slechts uit was op het vergaren van sterker bewijs tegen de gewezen verdachte.

3.1.1. Doelgericht verificatieonderzoek

Anders ligt het wellicht met het gegeven dat de deskundige in het eerdergenoemde e-mailbericht van 26 mei 2015 aan officier van justitie Groen schrijft dat ‘... in 2007 aanvullend DNA-onderzoek is gedaan om de in 2002 gerapporteerde DNA-match met de verdachte [D.] te verifiëren.’ ‘Op falsificatie van de match uit 2002 (en daarmee op het vinden van een andere dader) was het onderzoek zo gezien dus niet gericht’, concludeert de A-G.¹³

De vraag rijst echter of de deskundige hier wel enig verwijt kan worden gemaakt. Als de A-G gelijk heeft, ontbrak de wettelijke basis voor het verificatieonderzoek. Maar dat onderzoek werd wel uitgevoerd in opdracht van het OM en verschilde technisch niet van onderzoek uitgevoerd in opdracht van het OM waarvoor de wettelijke basis niet kwestieus is. Kan van de deskundige als niet-jurist wel worden verwacht dat hij zelf toetst of een opdracht binnen de wettelijke kaders valt? Misschien heeft hij soms zijn twijfels. Strikt genomen ligt de verantwoordelijkheid voor het handelen van de deskundige in gevallen als dit echter bij de opdrachtgever, i.c. het OM. Wel zou de deskundige in twijfelgevallen wellicht advies kunnen vragen aan de landelijk forensisch officier die, als niet-zaaksofficier, de rechtmatigheid van de aanvraag met enige distantie zou kunnen beschouwen. Dat het resultaat van het nadere DNA-onderzoek niet een min of meer toevallige vondst was in het kader van een cold case-onderzoek maar een gevolg was van een doelgericht onderzoek naar de vraag of de gewezen verdachte, ondanks de gegeven vrijspraak, toch schuldig

11. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:904, 12.16.

12. Van der Beek 2015.

13. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:904, 12.2. Dat neemt natuurlijk niet weg dat, ook al was de kans klein, het uitgevoerde ‘verificatieonderzoek’ als resultaat had kunnen hebben dat (een of meer van) de vijf additionele merkers niet overeenkwamen en dus tot uitsluiting van D. had kunnen leiden.

was aan de overval op de Aldi, zou volgens de A-G overigens ook blijken uit de omstandigheid dat het onderzoek volgens het College van procureurs-generaal mede werd verricht om de nabestaanden uitsluitend te geven over het daderschap in de zaak en om bewijs tegen de gewezen verdachte te verzamelen dat de nabestaanden eventueel in een civiele procedure zouden kunnen gebruiken. Maar, zo merkt de A-G op, dergelijke niet-strafvorderlijke doelen mogen helemaal niet met de opsporing worden gediend.

3.2. Nieuw onderzoek of nader onderzoek?

Zoals eerder opgemerkt, kunnen de resultaten van technisch onderzoek op grond van art. 482a lid 1 sub a en lid 3 sub b Sv een grond vormen voor herziening. Volgens de A-G heeft de wetgever hierbij vooral gedacht aan nieuwe forensische technieken. In de memorie van toelichting bij de Wet herziening ten nadele wordt ter illustratie hiervan de Vivaldi-zaak zelfs als voorbeeld genoemd.

‘Door nieuwe forensische technieken kan het bestaande bewijsmateriaal in een ander licht komen te staan. Zo werd er in de zogenaamde Vivaldi-zaak, betreffende een gewapende overval op een supermarkt waarbij één dode viel, bestaand celmateriaal opnieuw onderzocht. Doordat de DNA-techniek inmiddels was voortgeschreden, bleek bij het nieuwe onderzoek dat de kans dat het materiaal van een willekeurig ander dan de vrijgesproken verdachte afkomstig was niet één op honderdduizend was (zoals aanvankelijk was aangenomen), maar één op het miljard.’¹⁴

Uit het e-mailbericht van 26 mei 2015 van deskundige Kloosterman aan officier van justitie Groen blijkt echter geenszins dat het nieuwe onderzoeksresultaat is verkregen door toepassing van nieuwe en/of meer gevoelige forensische technieken. Het hiervoor in 2006-2007 in de Vivaldi-zaak gebruikte *Profiler*-analysesysteem was volgens de deskundige immers ook in 2002 al voorhanden maar werd (en wordt) doorgaans niet toegepast in strafzaken omdat de DNA-merkers van het *Profiler*-systeem slechts deels samenvallen met de Europese standaardset van DNA-merkers en daardoor ook slechts deels overeenkomen met de DNA-merkers van de SGM-Plus-profielen in de Nederlandse DNA-databank voor strafzaken. Vergelijking van een met het *Profiler*-systeem verkregen sporenprofiel met de profielen in de DNA-databank had en heeft daarom betrekkelijk weinig zin omdat slechts vier van de negen *Profiler*-merkers overlappen met de (overwegend) SGM-Plus-profielen in de databank.

Opmerkelijk genoeg blijkt uit de e-mail dat het ‘nieuwe’ onderzoeksresultaat ook al in 2002 had kunnen worden verkregen. En dat roept in meer algemene zin de vraag op waarom in een zaak waarin er referentiemateriaal beschikbaar is van een *bekende* verdachte door het NFI volstaan werd (en mogelijk nog steeds wordt) met het bepalen van een DNA-sporenprofiel dat primair geschikt is om matches met in de databank aanwezige profielen

van eventuele nog niet bij de zaak betrokken verdachten aan het licht te brengen, nu dit onderzoek slechts een match met een partieel nevenprofiel opleverde met een frequentie (of kans op een *random match*) van minder dan 1 op 100 000. Niets wijst erop dat de DNA-deskundige die het onderzoek in 2002 verrichtte het OM heeft gewezen op de mogelijkheid dat nader onderzoek met het *Profiler*-systeem sterker bewijs zou kunnen opleveren. Dat had ertoe kunnen leiden dat het ‘nieuwe bewijs’ al in 2002 beschikbaar was gekomen, in welk geval de rechter mogelijk al in eerste en/of tweede aanleg tot een veroordeling zou hebben besloten.

3.2.1. Nalatig OM?

Zoals A-G Knigge opmerkt, stelt de wet overigens niet de eis dat het om *nieuwe* technieken moet gaan. Wat de wetgever echter niet zou hebben gewild, is dat technisch onderzoek tot herziening ten nadele kan leiden dat al eerder, i.c. in het opsporingsonderzoek dat aan de vrij-spraak voorafging, had kunnen plaatsvinden maar dat door nalatigheid van politie en justitie achterwege is gebleven. In dat geval zou herziening ten nadele in het algemeen niet in het belang van een goede rechtsbedeling zijn, aldus de minister in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer.¹⁵ Toch heeft het er alle schijn van dat in deze casus precies dat is gebeurd. Daarmee rijst de vraag of door politie en justitie nalatig is gehandeld, waar gebruikmaking van de beschikbare analysemogelijkheden al in 2002 een resultaat had kunnen opleveren dat door justitie zelf in 2015 als herzieningsgrond wordt aangevoerd. Meer algemeen roept de gang van zaken de vraag op of de opdrachtgever in vergelijkbare gevallen door de DNA-deskundige wordt gewezen op de mogelijke meerwaarde van een vergelijkend onderzoek waarbij andere analysesystemen worden ingezet dan doorgaans routinematig gebeurt.

4. De inhoudelijke beoordeling van het uitgevoerde technisch onderzoek

Na zijn negatieve conclusie over de rechtmatigheid van het nieuwe bewijs gaat de A-G uitgebreid in op de vraag of het resultaat van het nieuwe technisch onderzoek, als het al niet op formele gronden moet worden uitgesloten, inhoudelijk voldoet aan de eis dat het ernstige vermoeden kan rijzen dat bij bekendheid met het nieuwe bewijsmateriaal (het gepresenteerde *novum*) de zaak in een veroordeling zou zijn geëindigd.

4.1. Een ernstig vermoeden

De behandeling van de vraag of er sprake is van een ernstig vermoeden wordt door de A-G als volgt ingeleid:

‘Door het NFI is op verzoek van de officier van justitie aanvullend DNA-onderzoek verricht aan hetzelfde sporenmateriaal dat in 2002 aan een DNA-onderzoek is onderworpen (...). Bij het aanvullende onderzoek is eveneens een mengprofiel verkregen met DNA-kenmerken van het slachtoffer en de gewezen verdachte. Het verschil is dat de kans dat een willekeurig gekozen derde eenzelfde

14. *KamerstukkenII* 2008/2009, 32044, 3, p. 13. Ook hier geldt overigens dat de gebruikte formulering ‘(...) dat de kans dat het materiaal van een willekeurig ander dan de vrijgesproken verdachte afkomstig was niet één op honderdduizend was (zoals aanvankelijk was aangenomen), maar één op het miljard’ een onjuiste weergave is van het gewicht van het bewijs, waarover in par. 4.1.3 hierna meer.

15. *KamerstukkenI* 2012/13, 32044, C, p. 6-7.

de combinatie DNA-kenmerken heeft als de gewezen verdachte, nu wordt berekend als kleiner dan één op één miljard (in plaats van één op de honderdduizend). Dit verschil wordt verklaard door het gebruik van nieuwe onderzoekstechnieken.¹⁶

4.1.1. De bewijskracht van een DNA-match voor de herkomstvraag¹⁷

De vraag die nu volgens Knigge voorligt is of dit verschil in bewijskracht van zodanige aard is dat het tot het in de wet bedoelde ernstig vermoeden kan leiden. Het gewicht van een DNA-match kan op verschillende manieren worden uitgedrukt. Als er een match is tussen het profiel van een biologisch spoor en het referentieprofiel van een persoon zal de deskundige rapporteren dat het sporenmateriaal afkomstig *kan* zijn van die persoon. Anders gezegd: die persoon kan niet worden uitgesloten als donor van het biologisch spoor. Vervolgens rijst uiteraard de vraag naar het gewicht van dit bewijsmateriaal, meer in het bijzonder naar de zeldzaamheid van dit profiel. Immers, hoe minder vaak het profiel voorkomt, en hoe kleiner dus de kans is dat iemand het profiel in kwestie heeft, hoe meer gewicht aan deze overeenkomst kan worden toegekend.

4.1.2. De berekende frequentie, de kans op een random match en de likelihood ratio

Er zijn verschillende manieren waarop het gewicht van een DNA-match getalsmatig kan worden uitgedrukt. Het NFI rapporteert doorgaans de berekende frequentie van het profiel in de relevante populatie. Voor een volledig (SGM-Plus-)profiel bestaande uit tien merkers wordt die frequentie gerapporteerd als kleiner dan 1 op 1 miljard. Daarnaast kan het gewicht van het bewijs tot uitdrukking worden gebracht met de zogenaamde kans op een *random match*. Dat is de kans dat een willekeurige, niet verwante persoon hetzelfde profiel heeft als het biologisch spoor. Ook die kans, die rechtstreeks samenhangt met de frequentie van het profiel, wordt bij een volledig profiel gerapporteerd als kleiner dan 1 op 1 miljard. Een derde manier waarop het gewicht van een match kan worden gerapporteerd is door de zogenaamde *likelihood ratio* (LR), het quotiënt van de kans dat het profiel wordt gevonden als de persoon wiens profiel matcht met dat van het spoor de donor is enerzijds en de kans dat we het profiel vinden als een willekeurige, niet met de donor van het spoor verwante persoon de donor is anderzijds. De LR bedraagt in het geval van een match van een volledig profiel meer dan 1 miljard.

In plaats van de term '*likelihood ratio*' wordt met name in de medische en psychologische literatuur doorgaans de term 'diagnostische waarde' gebruikt. Om getallen als 1 miljard en 100 000 enig perspectief te geven is een vergelijking met de diagnostische waarde van bijvoorbeeld de Oslo-confrontatie instructief. Wagenaar (1994) schrijft: 'Uit mijn eigen onderzoek (Wagenaar & Veefkind

1993) blijkt dat de diagnostische waarde van een herkenning in een correct uitgevoerde Oslo-confrontatie ongeveer 15 bedraagt.' Rassin (2015) houdt het op 6.

4.1.3. The prosecutor's fallacy

Wat bij al deze formuleringen helaas niet zo in het oog springt, is dat de DNA-deskundige steeds een uitspraak doet over de waarschijnlijkheid van het bewijsmateriaal (het aantreffen van een bepaald profiel) bij een bepaalde (herkomst)hypothese (bijv. het DNA is afkomstig van de verdachte). Hij spreekt zich dus niet uit over het 'omgekeerde', de waarschijnlijkheid van de (herkomst)hypothese gegeven het bewijsmateriaal, ook al is dat laatste de vraag die de rechter beantwoord wil zien. Helaas gaat dat in tegen onze intuïtie, die gericht is op het krijgen van een uitspraak over de waarschijnlijkheid van de (herkomst)hypothese en niet zozeer op het verkrijgen van een uitspraak over de waarschijnlijkheid van het bewijsmateriaal. Een uitspraak over de herkomst van het DNA-materiaal acht de deskundige echter niet mogelijk zonder het doen van verdere aannamen over andere aspecten van het DNA-bewijs, zoals bijvoorbeeld het aantal mensen dat als donor in aanmerking komt, om nog maar niet te spreken van het overige bewijs tegen de verdachte etc.¹⁸ Doet men zo'n uitspraak toch, dan maakt men zich schuldig aan de zogenaamde *prosecutor's fallacy* of de *source probability error*.¹⁹

Die komt er kort gezegd op neer dat men een uitspraak als 'de kans dat dit profiel wordt gevonden *als* het celmateriaal niet van de verdachte afkomstig is, is kleiner dan 1 op 1000' verwart met 'de kans *dat* het celmateriaal niet van de verdachte afkomstig is als dit profiel wordt gevonden, is kleiner dan 1 op 1000'. De laatste formulering is een uitspraak over de herkomsthypothese, de eerste geeft slechts aan hoe groot de kans is dat het profiel gevonden wordt als het celmateriaal door een willekeurige niet-verwante man is achtergelaten en is dus een uitspraak over de waarschijnlijkheid van het bewijsmateriaal, gegeven een bepaalde hypothese. Naarmate er meer mannen in aanmerking komen als donor, neemt de kans dat de matchende verdachte de donor is af; naarmate er minder mannen in aanmerking komen, neemt die kans juist toe.

Kortom, het enkele gegeven dat het profiel van een man of vrouw matcht met dat van een biologisch spoor maakt het weliswaar waarschijnlijker dat die man of vrouw de donor is, maar daarmee is dat niet noodzakelijkerwijs waarschijnlijk in absolute zin.

Hoewel de hier kort omschreven wijze van rapporteren bij het DNA-onderzoek ook internationaal inmiddels al decennialang wordt gepraktiseerd, blijkt steeds weer dat juristen en juryleden (en in mindere mate deskundigen zelf) moeite hebben met het contra-intuïtieve karakter

16. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 5.1. Zoals eerder opgemerkt blijkt uit de e-mail van de deskundige Kloosterman dat het volgens deze geen nieuwe onderzoeksmethoden betrof maar dat de resultaten werden verkregen met een analysesysteem, *Profiler* genaamd, dat ook in 2002 al voorhanden was.

17. Naast de herkomstvraag, die gericht is op het bepalen van de identiteit van de donor van het celmateriaal, speelt uiteraard ook de vraag op handelings- of activiteitsniveau, d.w.z. de vraag of het celmateriaal delictgerelateerd is. Aangezien het celmateriaal in deze casus werd verkregen uit een bemonstering van bloed op de nagels van het slachtoffer en er op de plaats delict sporen waren van een worsteling ligt die relatie overigens wel zeer voor de hand.

18. Zo is het evenmin mogelijk – zonder meer – te concluderen dat het (waarschijnlijk) heeft geregend als de straat nat is of dat een dier (waarschijnlijk) een koe is op grond van het enkele gegeven dat het vier poten heeft, terwijl het omgekeerde in beide gevallen wel mogelijk is.

19. Thompson & Schumann 1987; Thompson & Newman 2015.

ervan en de aldus geformuleerde conclusies vaak slecht begrijpen.²⁰

4.1.4. De gevolgen van de prosecutor's fallacy

Sjerps stelt de vraag aan de orde of de *prosecutor's fallacy* slechts een kwestie is van semantiek of blijkt geeft van wanbegrip dat tot gerechtelijke dwalingen kan leiden.²¹ Zij meent dat voor een groot deel van de zakenstroom van het forensisch onderzoek geldt dat de a-priorikans op een positief resultaat vrij groot is: 'De items worden niet voor niets voor onderzoek aangeboden. Als de onderzoeksresultaten dan een redelijk grote bewijskracht hebben, dan is zowel de LR als de a posteriori kansverhouding groot en zijn de consequenties van de *prosecutor's fallacy* zeer beperkt.'²² Anders ligt het wanneer er naast het DNA-bewijs, nauwelijks of geen ander bewijs is tegen de verdachte, zoals in het geval van een 'koude' databankmatch. Dan kan de *prosecutor's fallacy* leiden tot vervolging of veroordeling van onschuldige personen. Maar het omgekeerde is ook mogelijk. Wanneer het technisch bewijs als minder sterk wordt gerapporteerd dan mogelijk is, dan dreigt het gevaar dat de rechter het technisch bewijs terzijde schuift. Juist die mogelijkheid kan in deze casus niet worden uitgesloten.

4.1.5. Is er een substantieel verschil in bewijskracht?

Als we kijken naar de conclusie van de A-G dan valt allereerst op dat de formulering die hij kiest strikt genomen afwijkt van de zojuist geïllustreerde tweede formulering, die in termen van de kans op een *random match*. Correct zou zijn: de kans dat een willekeurig gekozen derde eenzelfde combinatie van DNA-kenmerken heeft als het biologisch spoor. De A-G heeft het echter over '(...) de kans dat een willekeurig gekozen derde eenzelfde combinatie DNA-kenmerken heeft als de gewezen verdachte'.²³ Hij komt daarbij ongemakkelijk dicht in de buurt van wat in de vakliteratuur bekendstaat als de *double coincidence fallacy*: de kans dat er in de populatie behalve de verdachte nog een persoon is die matcht.²⁴

Zoals eerder opgemerkt, hanteert de A-G als criterium voor herziening de eis dat het nieuwe technische bewijsmateriaal aanzienlijk in bewijskracht verschilt van het bewijsmateriaal dat in eerste en tweede aanleg voorlag. Zijn behandeling van de vraag of er in deze casus inderdaad sprake is van een substantieel verschil in bewijskracht tussen het DNA-bewijsmateriaal waarover de rechter die vrijspraak beschikte en het in het kader van de herzieningsaanvraag aangevoerde DNA-bewijs sluit vrijwel naadloos aan bij het antwoord dat Van Koppen daarop geeft in hoofdstuk 15, 'De Vivaldi-moord: een wetsontwerp zonder bewijs', in diens boek *Gerede twijfel*.²⁵ Van Koppen betoont zich in dat hoofdstuk niet alleen een uitgesproken tegenstander van de toen net met

de niptst mogelijke meerderheid door de Eerste Kamer aangenomen Wet herziening ten nadele maar voorziet ook al meteen de afloop van een eventuele herzieningsaanvraag in de Vivaldi-zaak. Hij is van mening dat het verschil tussen de door het NFI berekende kansen er bij de waardering van het bewijsmateriaal in deze zaak nauwelijks toe doet. Zijn oordeel laat ook niets aan duidelijkheid te wensen over: 'Er was helemaal geen nieuw bewijs in de Aldi-zaak. De rechters hebben alleen maar zitten suffen', zo citeert de A-G – met kennelijke instemming – Van Koppen.²⁶

De A-G sluit zich hierbij aan, ook al formuleert hij het anders: 'Ik meen daarom met Van Koppen dat aan het verschil tussen heel erg klein en ontzettend klein misschien niet in het algemeen, maar gezien het overige bewijs wel in de onderhavige zaak, geen voldoende relevante betekenis toekomt. Van een *novum* is dus naar mijn oordeel geen sprake.'²⁷

Dat de A-G nota neemt van het hoofdstuk van Van Koppen valt in hem te prijzen. Wel lijkt het wat ten koste te zijn gegaan van aandacht voor andere, meer orthodoxe verhandelingen over de waarde van forensisch DNA-bewijs.²⁸ Mogelijk heeft hij zich ook onvoldoende gerealiseerd dat wat Van Koppen in deze en andere publicaties schrijft over de waarde van DNA-bewijs ten minste discutabel is. Dat is relevant omdat Van Koppen meent dat het juist de ingewikkelde conclusies van de DNA-deskundigen van het NFI zijn die '... in de Vivaldi-zaak de rechtbank en het hof mede op het verkeerde been [hebben] gezet'.²⁹

Of de rechter het DNA-bewijs verkeerd heeft gewogen is volgens de A-G niet te bepalen op grond van de inhoud van het desbetreffende vonnis en arrest. Gelet op het beschikbare bewijs ziet het daar echter inderdaad wel naar uit.

4.1.6. Van Koppens alternatieve formuleringen

Helaas blijken de formuleringen die Van Koppen voorstelt als alternatief voor die van (o.a.) het NFI bepaald geen verbetering. Nadat hij die laatste eerst correct weergeeft, verwerpt hij ze als te ingewikkeld en claimt dan dat het veel eenvoudiger kan. Zo stelt hij bijvoorbeeld dat als het profiel van een verdachte matcht met dat van een bloedspoor en de kans op een *random match* kleiner is dan 1 op 1 miljard de deskundige de volgende conclusie zou kunnen formuleren:

'Ik heb gevonden dat de verdachte hetzelfde profiel heeft als het profiel dat we vonden in het bloed op de plaats delict. Ik kan dan de conclusie trekken dat het bloed afkomstig is van de verdachte. Die conclusie kan fout zijn, namelijk als bij toeval de twee profielen met elkaar overeenkomen. Ik heb geprobeerd de kans dat ik fout

20. De Keijser et al. 2009; Berger & Aben 2010c.

21. Sjerps 2012.

22. Sjerps 2012, p. 22. De a-posteriorikansverhouding is de kansverhouding die geldt als het nieuwe bewijs wordt gecombineerd met het overige bewijs.

23. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 2.51.

24. De term is afkomstig van Stoney (1991). Opmerkelijk is dat het NFI in zijn *Vakbijlage – De reeks waarschijnlijkheidstermen van het NFI en het Bayesiaanse model voor interpretatie van bewijs* (NFI 2014), schrijft: 'Wanneer een onbekende man de donor is van het celmateriaal, dan is het vrij toevallig dat dit materiaal hetzelfde DNA-profiel heeft als de verdachte.' Ook hier ligt de *double coincidence fallacy* op de loer.

25. Van Koppen 2013, p. 277-289.

26. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 13.5.

27. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 13.7.

28. Zoals die van zijn ambtgenoot in Berger & Aben 2010a, 2010b en 2010c. Zie hiervoor ook Meulenbroek et al. (2014) en de overige bijdragen over dit onderwerp in *Expertise en Recht* 2014, afl. 6, p. 193-219.

29. Van Koppen 2013, p. 283.

zit uit te rekenen en die kans is kleiner dan 1 op 1 miljard.³⁰

Dit is echter een onvervalste *prosecutor's fallacy*: een uitspraak over de waarschijnlijkheid van de (herkomst)hypothese gegeven het bewijs. Van Koppens formulering 'de kans dat ik fout zit met mijn conclusie dat het bloed van de verdachte afkomstig is, is kleiner dan 1 op 1 miljard' impliceert immers dat de kans dat het bloed *niet* van de verdachte afkomstig is kleiner is dan 1 op 1 miljard. Daarmee wordt het DNA-bewijs in veel gevallen aanzienlijk overschat. Die conclusie is slechts juist als er naast de verdachte nog precies één andere man evenzeer in aanmerking zou komen als donor of, in algemene zin, als de kans dat de verdachte de dader is op grond van het overige bewijs 50% zou zijn. Maar voor die aanname is bepaald niet in iedere zaak steun. Anders dan Van Koppen stelt, is de kans op een *random match* volstrekt niet hetzelfde als de kans op een fout, of de kans dat er sprake is van een toevalstreffer.³¹

Niettemin wordt de conclusie van de DNA-deskundige in eerste aanleg in de Vivaldi-zaak dat de '... kans dat bij menging van celmateriaal van het slachtoffer met celmateriaal van een willekeurige tweede persoon eenzelfde mengprofiel wordt verkregen, zoals aangetroffen is in het nagelvuil, (...) kleiner [is] dan een op honderdduizend' door Van Koppen als volgt geparafraseerd:

'De boodschap van de deskundige aan de rechtbank was ondubbelzinnig. Hij vertelde dat als de rechtbank zou beslissen dat het DNA in het bloed op de nagels van het slachtoffer afkomstig was van Barry, de rechtbank een kans van één op honderdduizend zou hebben dat de beslissing fout zou zijn.'³²

Ook dat is weer een onvervalste *prosecutor's fallacy*. En daar blijft het niet bij. In het volgende fragment citeert Van Koppen uit een interview van NRC-redacteur Folkert Jensma met hoofdofficier Korvinus op 27 juni 2007 en legt daarbij laatstgenoemde een *prosecutor's fallacy* in de mond, zonder op de onjuistheid van die formulering te wijzen:

'Onder de nagels van het slachtoffer waren huidcellen aangetroffen, die destijds op DNA werden onderzocht. De kans dat ook een ander het gedaan zou kunnen hebben, werd toen geschat op 1 op de honderdduizend. Maar in het nieuwe onderzoek is die kans 1 op de miljard.'³³

Van Koppen beëindigt zijn analyse van de Vivaldi-zaak met de conclusie dat '... in de zaak van Barry de rechters (...) zich niet hebben gerealiseerd wat die kansschattingen precies inhielden. Als ze dat wel hadden gedaan,

was Barry gewoon veroordeeld.'³⁴ Ik acht dat heel wel mogelijk. Maar het is de vraag of ze erg geholpen zouden zijn geweest als ze kennis hadden kunnen nemen van wat de gerapporteerde kansen volgens Van Koppen 'precies inhielden'.

4.1.7. De persberichten van de Hoge Raad

En daarmee zijn we er nog niet. Ook het persbericht van het parket van de Hoge Raad van 27 september 2016, waarin de conclusie van de A-G kort wordt samengevat, wordt ontsierd door een *prosecutor's fallacy* en wel:

'Het verschil was dat de kans dat de DNA-sporen niet van de verdachte waren, in 2002 door het NFI was berekend als een kans van één op honderdduizend, en in 2007 als een kans van één op een miljard.'³⁵

En het persbericht van de Hoge Raad van 8 november 2016 lijdt aan hetzelfde euvel. Daar is te lezen:

'Uit dat eerdere onderzoek kwam dat de kans dat het materiaal van een andere persoon dan de verdachte was kleiner was dan 1 op 100 000. De rechter heeft dit destijds in zijn oordeel laten meewegen. Uit het nieuwe onderzoek blijkt nu dat de kans dat het materiaal van iemand anders is nog kleiner is, namelijk 1 op 1 miljard. De Hoge Raad oordeelt dat deze nieuwe kansberekening onvoldoende grond oplevert voor herziening. De rechter had een zeer kleine kans – 1 op 100 000 – destijds al meegewogen naast het andere bewijs tegen de vrijgesproken verdachte. Dat de kans op een DNA-match met een ander persoon nu nog kleiner blijkt te zijn, voegt aan het al bestaande bewijs te weinig toe.'³⁶

4.1.8. De defence fallacy

Knigge haalt – zij het niet expliciet instemmend – een ander punt aan uit Van Koppens betoog waar laatstgenoemde – terecht – een door Korvinus in hetzelfde NRC-interview ingebrachte redenering ontzenuwt die mogelijk teruggaat op de pleitnota van de advocaat van D. Het gaat daarbij om een ander veelvoorkomend misverstand dat bekendstaat als de *defence fallacy*.³⁷ Korvinus meent: 'In een stadsregio met 1,2 miljoen mensen was voor de rechter een kans van één op de 100 000 minder overtuigend.'³⁸ In de klassieke vorm komt de defence fallacy erop neer dat er geargumenteed wordt dat de verdachte weliswaar matcht met het spoor maar dat er in een regio met 1,2 miljoen mensen naar schatting nog zo'n dozijn andere mensen rondlopen met een profiel dat een frequentie heeft van 1 op 100 000. Van Koppen merkt terecht op dat dit gegeven irrelevant is. Nog los van het feit dat die circa twaalf mensen niet allen mannen zullen zijn die in staat zouden zijn een overval

30. Van Koppen 2013, p. 283.

31. De *random match*-kans is niet gelijk aan de kans dat het resultaat een toevalstreffer is maar de kans dat het resultaat zich voordoet als het een toevalstreffer is.

32. Van Koppen 2013, p. 283-284.

33. Van Koppen 2013, p. 286. Het betreft hier in feite een tekst van Jensma, geen citaat van Korvinus.

34. Van Koppen 2013, p. 287.

35. Hoge Raad (2016a). De onmiddellijk daaropvolgende zin: 'Dat verschil kan worden toegeschreven aan het gebruik van verbeterde onderzoekstechnieken' is moeilijk te rijmen met het gegeven dat de in 2007 gebruikte analysetechniek volgens deskundige Kloosterman ook in 2002 al voorhanden was.

36. Hoge Raad (2016b). De formulering in de laatste zin, 'Dat de kans op een DNA-match met een ander persoon nu nog kleiner blijkt te zijn', is weer wel juist, althans zolang voor 'een ander persoon' een willekeurige niet-verwante persoon wordt gelezen.

37. Thompson & Schumann 1987.

38. Jensma 2007.

te plegen, wordt daarbij voorbijgegaan aan het feit dat er tegen de verdachte, anders dan tegen eventuele andere (regio-)Rotterdamers met een matchend profiel, naast de DNA-match ander, onafhankelijk bewijs bestaat. Knigge rondt zijn discussie van dit punt als volgt af:

‘Die hoeveelheid mensen doet, zo begrijp ik, niets af aan het feit dat de in cijfers uitgedrukte kans dat het profiel niet van de dader afkomstig is, zeer klein is, namelijk kleiner dan één op de honderdduizend. Dat zou betekenen dat, als het hof zich door dit argument heeft laten leiden, aan de gegeven vrijspraak een misvatting ten grondslag ligt.’³⁹

Men kan het met Knigge eens zijn dat, indien en voor zover de rechters de advocaat in deze argumentatie hebben gevolgd, dat inderdaad ten onrechte is gebeurd. Maar wat dan weer niet helpt, is de door Knigge in de eerste zin van bovenstaand citaat gehanteerde formulering: ‘... de kans dat het profiel niet van de dader afkomstig is’. Die formulering is om maar liefst drie redenen onjuist. Allereerst gaat het niet om de vraag van wie het *profiel* ‘afkomstig is’ maar om de vraag van wie het *celmateriaal* afkomstig is. Daarnaast rapporteert, zoals eerder besproken, de DNA-deskundige niet de kans *dat* het celmateriaal van iemand afkomstig is maar gaat het om de kans dat een willekeurige niet-verwant hetzelfde profiel heeft als het spoor, met andere woorden om de kans dat het profiel gevonden wordt *als* een willekeurige niet-verwant de donor is. Ten slotte is het profiel, lees: het celmateriaal, als het spoor delictgerelateerd is, zoals we hier aannemen, *altijd* ‘van de dader afkomstig’ en gaat het uiteraard slechts om de vraag of het spoor al dan niet van de *verdachte* afkomstig is. Dat de interpretatie van de bevindingen van het forensisch herkomstonderzoek, meer in het bijzonder het DNA-onderzoek, complex en daardoor vaak problematisch is, is al jaren bekend.⁴⁰ Dat dit aanleiding geeft tot misverstanden en dat die misverstanden ook het OM en de ZM parten kunnen spelen is ook al jaren bekend.⁴¹ Niet alleen dateren de termen ‘*prosecutor’s fallacy*’ en ‘*defence fallacy*’ alweer van 1987, op de onjuistheid van wat ook wel als de *transposed conditional* wordt aangeduid, werd al in 1906 door onder meer de wiskundige Poincaré gewezen in de zaak-Dreyfus.⁴²

5. Het criterium: een ernstig vermoeden van veroordeling (de wet) vs. een ander oordeel (Knigge)

Zowel Van Koppen als Knigge houdt het erop dat het nadere DNA-bewijsmateriaal, als het de rechter bekend was geweest, niet had geleid tot een ander oordeel. Volgens de A-G kan niet gezegd worden dat het ernstige vermoeden dat de gewezen verdachte de dader is, door het nieuwe DNA-bewijs is ontstaan.⁴³ Aan de door de A-G

geformuleerde eis dat dit bewijsmateriaal objectief gezien een aanzienlijk verschil moet maken, is namelijk niet voldaan. Dat betekent dat in zijn visie het nieuwe bewijs niet tot herziening van de vrijspraak kan leiden. Herziening ten nadele is volgens Knigge immers niet bedoeld om herziening te faciliteren van zaken waarvan de vrijspraak al in eerste instantie discutabel was. In deze redenering volgt Knigge het uitgangspunt van zijn collega Aben die in zijn conclusie in een eerdere herzieningsaanvraag (ten voordele) argumenteert dat bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een *novum* niet bepalend is of het nieuwe bewijsmateriaal de *oorspronkelijke* rechter anders had doen beslissen maar de vraag of een ‘ideale’ modelrechter dat gedaan zou hebben.⁴⁴ Men moet bij deze vraag volgens Knigge dus abstraheren van de rechter die vrijsprak. Kortom, de vraag is volgens Knigge en Aben: maakt het nieuwe bewijsmateriaal objectief gezien het verschil (ten voordele:) tussen veroordeling en vrijspraak, dan wel (ten nadele:) tussen vrijspraak en veroordeling?

Hoewel deze redenering op zichzelf verdedigbaar is, gaat zij voorbij aan het gegeven dat het nadere bewijs, ware het de modelrechter bekend geweest, al in eerste of tweede instantie tot veroordeling had kunnen leiden en legitimeert zij de situatie dat falende, dwalende of blunderende rechters niet gecorrigeerd kunnen worden als zij vrijspreken in gevallen waarin de modelrechter zou veroordelen, althans zolang zij de wet correct toepassen. De falende rechter blijft daarmee buiten schot, hoe onbevredigend dat ook moge zijn, juist ook omdat aan dat falen een onjuiste interpretatie van technisch bewijs ten grondslag kan liggen, zoals in dit geval bepaald niet kan worden uitgesloten.

Dat komt doordat Knigge niet de vraag stelt of ‘... er sprake is van een gegeven dat aan de rechter bij het onderzoek op de terechtzitting niet bekend was en waardoor het ernstige vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, de zaak zou zijn geëindigd in een veroordeling van de gewezen verdachte ...’, zoals de wetgever het heeft geformuleerd.⁴⁵ Als hij dat zou doen, zou hij gelet op het gewicht van het totale bewijs, inclusief het sterkere DNA-bewijs, onontkoombaar tot herziening moeten concluderen.

In plaats daarvan hanteert hij echter als criterium dat er sprake is van een gegeven dat aan de (model)rechter bij het onderzoek op de terechtzitting niet bekend was en waardoor het ernstige vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, de zaak *anders zou zijn geëindigd*. Omdat het bewijs naar zijn oordeel objectief gezien niet aanzienlijk verschilt van het in eerste en tweede instantie beschikbare bewijsmateriaal is er geen *novum*, zou de zaak daarom niet anders kunnen zijn geëindigd en is er dus ook geen grond voor herziening. De vraag of er sprake is van een ernstig vermoeden dat de modelrechter bij bekendheid met het nieuwe bewijs

39. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 13.5.

40. Zie bijv. Broeders 2002 en De Keijser et al. 2009.

41. Voorbeelden zijn te vinden in Berger & Aben 2010c; Broeders 2003, p. 251-258; Broeders 2016.

42. Berger & Aben 2011a, p. 55; Broeders 2003, p. 127; Aben 2013.

43. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:9042, 13.16, een dubbelzinnige formulering die impliceert dat dit vermoeden hetzij ook in eerste en tweede aanleg al bestond, hetzij ook toen niet bestond.

44. Zie conclusie A-G Aben, ECLI:NL:PHR:2013:CA2549, 8.3.3, HR 11 juni 2013. Iets dergelijks had Knigge ook reeds bepleit in zijn vordering tot herziening (ten voordele) d.d. 17 juni 2008 in de zaak van Lucia de B., ECLI:NL:PHR:2008:BD4153, 3.4.4 en 3.4.5, vóór HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4153, NJ 2009/44 (*Lucia de B.*). Zie ook Strijards 1989, p. 109.

45. In art. 482a lid 1 sub a Sv.

wel tot veroordeling zou hebben besloten, laat Knigge geheel buiten beschouwing, ook al claimt hij de modelrechter als norm te hanteren. De mogelijkheid tot herziening in een zaak die in de discussie over de wenselijkheid van een Wet herziening ten nadele centraal stond, wordt daarmee wat de A-G betreft uitgesloten. Daar komt nog bij dat zijn stelling dat het bewijs objectief bezien niet aanzienlijk verschilt, minst genomen discutabel is: de diagnostische waarde voor donorschap van de gewezen verdachte werd in 2007 als 10 000 maal groter gerapporteerd dan in 2002! Het is minstens verdedigbaar dat dit objectief bezien wel degelijk een aanzienlijk verschil betekent.

6. Erosie van het DNA-bewijs

Zoals eerder opgemerkt, volgt de Hoge Raad de A-G in zijn conclusie dat het nieuwe bewijs geen aanzienlijk verschil maakt, althans voor de modelrechter. Maar voor de rechter die in werkelijkheid vrijsprak zou dat wel eens heel anders kunnen liggen. Sjerps wijst erop dat DNA-bewijs waarvoor grotere frequenties worden gerapporteerd dan 1 op 1 miljard, juist in situaties waarin er ook relatief sterk andersoortig bewijs is, ernstig kan worden ondergewaardeerd.⁴⁶ Zij spreekt in dit verband van de erosie van het DNA-bewijs, een term die zij toeschrijft aan haar collega Kloosterman, misschien niet toevallig de DNA-deskundige die het rapport schreef waarop het College van procureurs-generaal zijn herzieningsaanvraag in de Vivaldi-zaak baseerde. Sjerps schrijft: 'Waar men vroeger verguld was met een berekende frequentie van 1 op duizend, neemt men tegenwoordig het DNA-bewijs niet meer mee als de 1 op 1 miljard niet wordt gehaald.' Zij ziet voorbeelden van onderwaardering van DNA-bewijs:

'... steeds vaker in zaken met "moeilijke" DNA profielen, die een lagere bewijskracht hebben dan de standaard berekende frequentie "minder dan 1 op 1 miljard" die normaliter wordt gerapporteerd. Wanneer het op grond van het overige bewijs al vrij waarschijnlijk is dat het spoor van de verdachte is, dan is er geen LR van een miljard nodig om te kunnen concluderen dat het spoor vrijwel zeker van de verdachte afkomstig is. Is er bijvoorbeeld op grond van het overige bewijs 50% kans dat het spoor van de verdachte is, en zijn er geen fouten gemaakt, dan vergroot een DNA-match met de verdachte met een berekende frequentie van het profiel van één op honderdduizend deze kans al naar honderdduizend tegen één (99,999%). Wanneer de rechter in zo'n situatie het DNA-bewijs terzijde schuift omdat het niet zo sterk is als normaal dan ontloopt een dader dus mogelijk ten onrechte zijn straf en kan verder gaan met het plegen van misdrijven.'⁴⁷

7. Een teleurstellend arrest

De toepassing van de Wet herziening ten nadele in de Vivaldi-zaak door de A-G en de Hoge Raad lijkt op het eerste gezicht een klassiek voorbeeld van het gooien met een dure oplossing naar het verkeerde probleem. De oplossing is duur omdat de Wet herziening ten nadele een inbreuk mogelijk maakt op het beginsel van de onherroepelijkheid van de rechterlijke uitspraak. Het is het verkeerde probleem omdat er niet zozeer sprake lijkt van een gebrek aan bewijs maar veeleer van een onjuiste waardering van het beschikbare bewijs door de rechter in eerste en tweede aanleg.

Als deze analyse juist is, moet zij misschien eerder leiden tot maatregelen om de kenniskloof te slechten en de daarmee vaak gepaard gaande kennisillusie te doorbreken dan tot een wetgevingsreflex, zoals hier is gebeurd. Het gevaar dat de rechter lijdt aan kennisillusie is bepaald niet denkbeeldig en als dergelijke illusoire kennis bestaat, kan zij gemakkelijk in stand blijven zolang de rechter onvoldoende wordt uitgedaagd om zich te ontworstelen aan de al dan niet zelfverkozen *splendid isolation* waarin hij zich mogelijk bevindt.

Ook De Keijser ziet de kenniskloof tussen juristen en deskundigen als een bedreiging van de waarheidsvinding. Hij stelt in zijn recente oratie de vraag of '... meer en betere uitleg door de deskundigen en (...) het aanbieden van cursussen, zoals bij SSR, (...) voldoende zoden aan de dijk heeft gezet'.⁴⁸ De vraag stellen is 'm beantwoorden. Net als andere professionals zouden rechters wellicht van zichzelf moeten eisen dat ze aantoonbare basiscompetenties bezitten, aan intervisie doen en zich voortdurend blijven scholen om op die manier meer op de modelrechter te gaan lijken.

Zolang dat niet het geval is, neemt de kans op onbegrijpelijke of als onterecht ervaren vrijspraken eerder toe dan af en daarmee naar verwachting ook de roep om ook voor deze rechterlijke beslissingen een herzieningsmogelijkheid te faciliteren.

Zoals hierboven betoogd, is daarvoor overigens niet zozeer *per se* nieuwe wetgeving nodig. Een interpretatie van de bestaande Wet herziening ten nadele die niet als criterium hanteert of de modelrechter *anders* zou hebben geoordeeld als hij bekend was geweest met het nieuwe bewijs maar of de zaak in dat geval '... zou zijn geëindigd in een veroordeling van de gewezen verdachte', zoals de wet stelt, zou in deze casus tot een ander resultaat hebben kunnen leiden.⁴⁹ De keuze van de A-G en de Hoge Raad voor de eerste optie is niet overtuigend. De bescheiden omvang van het arrest van de Hoge Raad in deze eerste herzieningsaanvraag ten nadele is ronduit teleurstellend.

46. Sjerps 2012.

47. Sjerps 2012, p. 22.

48. De Keijser 2017, p. 25.

49. Art. 482a lid 1 sub a.

8. Literatuur

Aben 2013

D.J.C. Aben, 'Een schone taak – Herziening van onherroepelijke veroordelingen vóór en na 1 oktober 2012', *EeR* 2013, afl. 3, p. 80-90.

Van der Beek 2015

C.P. van der Beek, *Criteria voor de aanlevering van DNA-profielen aan de Nederlandse DNA-databank voor strafzaken* (versie 1.7), <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/> 2015.

Berger & Aben 2010a

C.E.H. Berger & D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: rationeel redeneren sinds Aristoteles', *EeR* 2010, afl. 2, p. 52-56.

Berger & Aben 2010b

C.E.H. Berger & D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: redeneren in de rechtszaal', *EeR* 2010, afl. 3, p. 86-90.

Berger & Aben 2010c

C.E.H. Berger & D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: een helder zicht op valkuilen', *EeR* 2010, afl. 5/6, p. 159-165.

Broeders 2002

A.P.A. Broeders, 'Daubert en Saks: het einde van de klassieke identificatiecriminalistiek?', *NJB* 2002/36, p. 1786-1798.

Broeders 2003

A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron: Over de grondslagen van de criminalistiek en de waarde van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003.

Broeders 2016

A.P.A. Broeders, 'Forensisch bewijs', in: M. Boone, C. Brants & R. Kool (red.), *Criminologie en Strafrecht*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 117-161.

Brouwer 2007

H. Brouwer, 'Onherroepelijke vrijspraak lijkt goed, maar is het niet', *NRC Handelsblad*, 18 juli 2007.

Van Hattum 2012

W. van Hattum, 'Nieuwe wet wekt valse verwachtingen en tast grondrechten aan', www.rug.nl/news/2012/01/04wienevanhattum 2012.

Hoge Raad 2016a

Hoge Raad, 'Advies AG: geen herziening van onherroepelijke vrijspraak in Vivaldi-zaak', persbericht Parket HR, 27 september 2016, www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Advies-AG-geen-herziening-van-onherroepelijke-vrijspraak-in-Vivaldi-zaak.aspx.

Hoge Raad 2016b

Hoge Raad, 'Hoge Raad wijst herzieningsverzoek van OM af', persbericht HR, 8 november 2016, www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Hoge-Raad-wijst-herzieningsverzoek-van-OM-af.aspx.

Jensma 2007

F. Jensma, 'OM heeft recht op tweede kans', *NRC Handelsblad*, 27 juni 2007.

De Keijser 2017

J.W. de Keijser, *Als de waarheid eraan moet geloven* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

De Keijser et al. 2009

J.W. de Keijser, H. Elffers, R.M. Kok & M.J. Sjerps, *Bijkans begrepen: feitelijk en vermeend begrip van deskundigen-rapportages onder rechters, advocaten en deskundigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van Koppen 2013

Peter van Koppen, *Gerede twijfel – over bewijs in strafzaken*, Amsterdam: Uitgeverij De Kring 2013.

Meulenbroek et al. 2014

L. Meulenbroek, B. Kokshoorn & B. Aarts, 'De waarde van DNA-bewijs', *EeR* 2014, afl. 6, p. 193-196.

NFI 2014

NFI, *De reeks waarschijnlijkheidstermen van het NFI en het Bayesiaanse model voor interpretatie van bewijs*, Den Haag: NFI 2014.

OM 2007

Openbaar Ministerie, 'Nieuw bewijs in oude moordzaak', persbericht OM, 22 juni 2007, www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@55464/nieuw-bewijs-oude/.

Rassin 2015

E. Rassin, *De diagnostische waarde van bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Sjerps 2012

M.J. Sjerps, *Bewijskracht 10, volle vaart recht vooruit* (oratie UvA Amsterdam), 2012, nr. 417.

Stoney 1991

D.A. Stoney, 'Transfer Evidence', in C.G.G. Aitken & D.A. Stoney (red.), *The Use of Statistics in Forensic Science*, Chichester: Ellis Horwood 1991, p. 107-138.

Strijards 1989

G.A.M. Strijards, *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Thompson & Newman 2015

W.C. Thompson & E.J. Newman, 'Lay Understanding of Forensic Statistics: Evaluation of Random Match Probabilities, Likelihood Ratios, and Verbal Equivalents', *Law and Human Behavior* 2015, afl. 4, <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000134.suppl>.

Thompson & Schumann 1987

W.C. Thompson & E.L. Schumann, 'Interpretation of statistical evidence in criminal trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy', *Law and Human Behavior* 1987, afl. 11, p. 167-187, <http://dx.doi.org/10.1007/BF01044641>.

Wagenaar 1995

W.A. Wagenaar, *De diagnostische waarde van bewijsmiddelen*, New York, Amsterdam, Oxford, Tokyo: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1995.

Wagenaar & Veefkind 1992

W.A. Wagenaar & N. Veefkind, 'Comparison of one-person and many-person lineups: A warning against unsafe practices', in: F. Lösel, D. Bender & Th. Bliesener (red.), *Psychology and Law: International perspectives*, Berlijn: Walter de Gruyter 1992, p. 275-286.