

Het falen

TON
DERKSEN

van
de

Hoge
Raad

NOORDBOEK

Inhoud

Voorwoord 7

Inleiding 9

I

De herziening en haar eisen 13

II

Drie zaken in vogelvlucht 23

III

De strategieën van de Hoge Raad. Een overzicht 37

IV

Onbegrip bij de Hoge Raad. Een overzicht 53

V

Strategieën en onbegrip in de zaak-Van Leeuwen 71

VI

Strategieën en onbegrip in de zaak-Baybasin 95

VII

Strategieën en onbegrip in de zaak-Hamers 121

VIII

Strategieën en onbegrip in de zaak-Hagemann 137

IX

De Arnhemse villamoord en de Pettense campingmoord:
de drogreden van het zorgvuldig hof 155

X

Reflecties 171

Noten 189

Voorwoord

In de loop der jaren ben ik bij een viertal herzieningen betrokken geraakt. In de zaak van Lucia de Berk kon iedereen na afloop opgelucht ademen. In drie andere zaken, die van Olaf Hamers, van Louis Hagemann en van Huseyin Baybasin, heb ik het ongeloof over de afwijzing en de daaropvolgende depressie van dichtbij kunnen meemaken. Op enige afstand heb ik diezelfde reacties ook bij de zaak van Dick van Leeuwen gezien.

Ik vermoed dat vanwege de verbijstering nauwelijks iemand serieuze aandacht aan de argumentatie van de Hoge Raad heeft besteed. Bij de advocaten ging het bovendien doorgaans om een eenmalige afrekening door de Hoge Raad. Voor zover ik advocaten later alsnog serieus naar de argumentatie van de Hoge Raad heb zien kijken, resulteerde het vooral in een verlamd gevoel. 'Dat kan toch niet!' Maar het kon wel, en het kon steeds weer.

Annotatoren lezen de arresten van de Hoge Raad gespit op de laatste juridische snufjes. Ze lezen de arresten ook met het respect dat de hoogste rechter toekomt. Ze kennen echter niet het dossier en zien dus niet wat de Hoge Raad in feite aan het doen is.

Omdat ik de dossiers in de zaken van Olaf Hamers, Louis Hagemann en Huseyin Baybasin grondig kende, leek het mij leerzaam, ofschoon deprimerend, om te analyseren of de Hoge Raad in zijn afwijzingen ook algemene strategieën hanteert. Voor dit boek heb

ik het dossier in de zaak-Van Leeuwen bestudeerd. Dat leverde zeven extra herzieningsaanvragen op.

Ik hoopte met mijn onderzoek de aanvragers van dienst te kunnen zijn. Aan het eind van mijn studie moet ik constateren dat er geen enkel argument en geen enkel bewijs is dat een herziening kan waarborgen. De aanvrager is altijd afhankelijk van de goodwill en de willekeur van de Hoge Raad. De door de Hoge Raad gebruikte strategieën garanderen dat hij, als het hem zo uitkomt, elke aanvraag kan afwijzen.

Laat ik mijn standpunt bij voorbaat duidelijk maken. Op basis van het dossier en ander onderzoek meen ik dat Van Leeuwen, Baybasin, Hamers en Hagemann alle vier onschuldig zijn aan de hen ten laste gelegde moorden. Dat is niet wat ik in dit boek heb beargumenteerd. Wat ik hier argumenteer is dat vanwege de aangedragen nova in alle vier zaken het ernstig vermoeden ontstaat dat een onpartijdig en rationeel hof, indien bekend met deze nova, tot vrijspraak zou zijn gekomen.

Toen mijn boek al klaar was, sprak de Hoge Raad zich uit over de Arnhemse villamoord en de Pettense campingmoord. In mijn reactie op deze twee arresten heb ik me door de twee ingebrachte onderzoeken laten leiden: het Maastrichtse onderzoek onder leiding van dr. Han Israëls, culminerend in het boek *De Arnhemse villamoord* (2014), en het rapport van de ACAS over de Arnhemse villamoord. Ik constateer dat de Hoge Raad ook in deze twee zaken zijn favoriete strategie toepast: de drogreden van het zorgvuldig hof.

Voor kritisch commentaar dank ik mijn vrouw die vanaf het begin aan het onderzoek heeft meegewerkt, prof. dr. Peter Tak, strafrechtjurist met grote kennis van strafrechtssystemen in het buitenland, wetenschapsfilosoof en psycholoog dr. Monica Meijsing, neuropsycholoog dr. Angelique Hendriks, dr. Jos van Mulbregt, rechter bij de Rotterdamse rechtbank, dr. Henk-Maarten Laane, huisarts-anatoom-gemeentelijk lijkschouwer, en dr. Erno Eskens, filosoof-uitgever. Ik dank ook Jacqueline Hagemann en mijn burens Nel Sewing en Fred Ostermeijer voor commentaar en correcties.

Ik vermeld expliciet dat commentaar-op-mijn-manuscript-leveren niet gelijk is te stellen aan het omarmen-van-de-inhoud-van-dit-boek. Ik noem deze zelfevidente waarheid om misverstanden ten aanzien van mijn gewaardeerde critici te voorkomen.

Inleiding

Er is goed nieuws en er is slecht nieuws. Het goede nieuws is dat de kans dat je, onschuldig en wel, voor een moord wordt opgepakt, uiterst klein is. Het slechte nieuws is dat je, als je hoe onschuldig ook voor een moord wordt opgepakt, bijna 50% kans loopt om veroordeeld te worden.¹ Ondanks de volkswijsheid komt de waarheid lang niet altijd uit. Het strafproces is werk van feilbare mensen. Fouten zijn daarom ook daar onvermijdelijk, hoezeer de rechters ook te goeder trouw zijn en hoe goed ze ook zijn opgeleid.²

Heb je als onschuldige de pech om bij de rechtbank voor een moord veroordeeld te worden, dan is er altijd nog het gerechtshof voor een hoger beroep. Het Nederlandse rechtssysteem is trots op deze 'tweede aanleg'. Het hele proces wordt daar nog eens overgedaan. Drie raadsheren bestuderen de zaak opnieuw. Het idee is dat na het hof de onvermijdelijke fouten er zo goed als allemaal zijn uitgefilterd. Maar ook de raadsheren van het hof zijn mensen, met alle feilbaarheden en cognitieve tekortkomingen van dien. Soms komen ze tot vrijspraak in zaken waar de rechtbank veroordeelde, en soms komen ze tot een veroordeling in zaken waar de rechtbank eerder tot vrijspraak kwam. Er is geen reden te denken dat een hof minder fouten maakt dan een rechtbank. De verdediging is wellicht beter voorbereid. Er zijn nieuwe deskundigen. Door het tijdsverloop is er doorgaans meer distantie. Dat helpt allemaal. Daar staat tegenover

dat de verdachte bij de rechtbank al voor moord is veroordeeld. Als de raadsheren van het hof de verdachte vrijspreken, keert iemand die in de ogen van de rechters een moordenaar is terug naar de maatschappij. Dat legt de lat voor vrijspraak hoger. Aldus is voor het hof veroordelen gemakkelijker dan vrijspreken. De raadsheren zijn professionals, maar – zoals gezegd – het zijn ook mensen.

Sedert 2000 zijn er van de gerechtshoven geen publieke gegevens over het aantal nieuwe vrijspraken en het aantal nieuwe veroordelingen.³ Alleen als het aantal *terechte* nieuwe vrijspraken groter is dan het aantal *onterechte* nieuwe veroordelingen, wordt het aantal gerechtelijke dwalingen teruggedrongen. Uit gegevens van de periode 1996-1999 laat zich voorzichtig afleiden dat in tweede aanleg het foutenpercentage met ongeveer 1% werd teruggebracht. Met een foutenpercentage in moordzaken van rond de 10% zet de reductie, hoe heugelijk ook op zichzelf, nauwelijks zoden aan de dijk.

Een cassatieverzoek bij de Hoge Raad, het hoogste rechtscollege, is de volgende mogelijkheid om een onterechte veroordeling terug te draaien. De vraag die de Hoge Raad bij cassaties beantwoordt, is echter alleen of de wet juist is toegepast en of de rechter de uitspraak voldoende heeft gemotiveerd. Het gaat dus niet over de feiten.

Wanneer je deze drie stappen achter de rug hebt (rechtbank, gerechtshof, cassatie bij de Hoge Raad), heb je als onschuldig-voor-moord-veroordeelde als laatste mogelijkheid de herzieningsprocedure. Je dient via je advocaat bij de Hoge Raad een herzieningsverzoek in. Dat is een verzoek om je zaak te heropenen zodat een ander hof nogmaals naar je zaak kijkt. Na een advies van een advocaat-generaal van het parket van de Hoge Raad, bekijkt de Hoge Raad (drie dan wel vijf van zijn raadsheren) of het verzoek nieuwe feiten bevat. Hier gaat het dus wel om de feiten. Die feiten moeten niet alleen nieuw zijn, dat wil zeggen het hof onbekend, maar ze moeten ook zo overtuigend zijn dat de raadsheren van het hof 'waarschijnlijk tot een ander oordeel zouden zijn gekomen als deze feiten tijdens het proces bekend waren geweest'.⁴

En daarmee is de hamvraag: biedt de wet de onschuldige die voor een moord tot vele jaren gevangenisstraf is veroordeeld een reële kans om dat onrecht te herstellen? Om deze vraag te beantwoorden

analyseer ik in dit boek de reactie van de Hoge Raad op elf afgewezen herzieningsaanvragen uit vijf verschillende zaken. Een dergelijk systematisch onderzoek is tot nu toe niet gedaan. De annotatoren, juristen die annotaties (rechtsgeleerde commentaren) bij de arresten van de Hoge Raad schrijven, beperken zich doorgaans tot een beoordeling van de juridische snufjes in die arresten. Dat kan ook niet anders: ze zullen hoogst zelden voldoende kennis van het dossier hebben om te zien hoe de Hoge Raad in feite omgaat met de herzieningsaanvragen in moordzaken.

In dit boek bestudeer ik aanvragen in zaken waarvan ik het dossier uitgebreid heb bestudeerd: Dick van Leeuwen, de zogenaamde butlermoord (waarover ik een manuscript klaar heb liggen), Huseyin Baybasin (over wie ik drie boeken publiceerde), Olaf Hamers (over wie ik één boek heb gepubliceerd) en Louis Hagemann (aan wie ik een hoofdstuk in *Onschuldig vast* wijdde). Ik vergelijk ook de reacties van de Hoge Raad op de zogeheten Arnhemse villamoord en op de Pettense campingmoord, waarover de Hoge Raad recentelijk een uitspraak deed, en ik analyseer met behulp van mijn theoretisch kader waarom de Hoge Raad het eerste herzieningsverzoek verwierp en in het tweede geval een herziening toekende.

I

De herziening en haar eisen

Vroeger dacht ik er zo over. In een moordzaak zit een hof er heel soms naast, maar gelukkig kan die fout, na een mislukte cassatieprocedure, in Nederland met een herziening worden rechtgezet. De veroordeelde legt de Hoge Raad uit wat er mis is gegaan, de Hoge Raad onderkent dat en die kent vervolgens een herziening toe. De zaak wordt opnieuw door een ander hof bekeken.

Deze voorstelling van zaken heeft echter niets met de werkelijkheid te maken. De Hoge Raad herziet namelijk zelden een moordzaak. Volgens vooraanstaande juristen is dat maar goed ook. De Hoge Raad is er namelijk niet om zaken opnieuw te beoordelen. Dat is het werk van het hof. Zou de Hoge Raad zich wel met zulke zaken gaan bezighouden, dan zouden we een verkapt hoger beroep invoeren, een vierde gewone instantie na de rechtbank, het gerechtshof en de cassatie bij de Hoge Raad.⁵ Dat is vloeken in de kerk. Na de rechtbank, het hof en de cassatie hebben in ernstige zaken negen rechters naar de zaak gekeken, de verdachte heeft driemaal een kans gehad om zijn zaak te bepleiten. Het 'gezag van gewijsde', waarmee de definitieve veroordeling na cassatie wordt bekleed, zou een lachertje worden. Na drie keer houdt het op: er moet een einde aan het procederen komen. De zaak is 'onherroepelijk gesloten'. Zoals de minis-

ter voor Rechtsbescherming, drs. Sander Dekker, aan de voorzitter van de Tweede Kamer schreef: 'De rechter heeft juist tot taak om in die discussie definitief een knoop door te hakken.'⁶ De samenleving moet weten waar ze aan toe is. Advocaat-generaal bij de Hoge Raad mr. Geert Knigge waarschuwt dat 'het strafproces zelf zowat alle betekenis verliest als de beslissing die uiteindelijk valt, niet onherroepelijk is maar telkens opnieuw ter discussie wordt gesteld.'⁷ Daarom 'mag en moet [in het strafproces] van de juistheid van de uitkomst van onherroepelijke oordelen in strafzaken uitgegaan worden', aldus minister voor Rechtsbescherming Dekker.⁸ De herzieningsprocedure is derhalve niet gelijk te stellen aan de drie voorgaande stadia. Het is een rechtsmiddel om flagrante fouten te kunnen herstellen, zeker, maar het is wel een *buitengewoon* rechtsmiddel, omdat het proces na drie ronden in principe vanwege de rechtszekerheid onherroepelijk gesloten is. Rechtszekerheid stelt strenge eisen aan een herziening.

Naast de rechtszekerheid is er volgens Knigge – en Dekker zegt dit hem na – ook een praktische reden die noopt tot een streng criterium voor een herziening, namelijk de werklust van de Hoge Raad. Wanneer iedereen met een herzieningsverzoek gevaarloos een gokje zou kunnen wagen, zou de Hoge Raad door een stortvloed van aanvragen worden overspoeld. De te verwachten hausse aan aanvragen zou een inadequaat beslag op de capaciteit van de Hoge Raad leggen, zo oordeelt Knigge, en ook dit zegt Dekker hem na.⁹ Een lichtere maatstaf voor een herziening zou volgens insiders ook nog eens een aanzuigende werking hebben 'op de verkeerde zaken (terechte veroordelingen dus)'.¹⁰ Knigge concludeert dan ook dat 'met een restrictieve herzieningsregeling een gewichtig maatschappelijk belang is gemoeid'.¹¹ Een uitspraak moet herzien kunnen worden, maar dat moet niet te gemakkelijk zijn en het moet vooral niet te vaak gebeuren.

Deze overwegingen vergen van de Hoge Raad een zeer streng beleid. De keerzijde is dat voor de ten onrechte veroordeelde het zicht op vrijheid afneemt. De minister voor Rechtsbescherming lijkt tevreden over de huidige balans tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming.¹² De evaluatiecommissie van de Wet hervorming herziening ten voordele deelt die opinie.¹³

Het bijzondere karakter van de herziening en de dreigende werklust voor de Hoge Raad vereisen dus inperkingen. De wet stelt daarom strenge eisen aan een *novum*, een nieuw feit, dat voor een herziening nodig is.

- De in de herziening aangedragen informatie betreft een ‘*omstandigheid, en wel van feitelijke aard*’. Dit is de formulering in de wet tot 1 oktober 2012. Daarna spreekt de wet over een ‘gegeven’. (Zes van de elf door mij bestudeerde herzieningen zijn van vóór 2012.)
- Die omstandigheid was *niet bekend bij de rechters*.
- Op basis van die nieuwe omstandigheid ontstaat het *ernstig vermoeden* dat, ware deze omstandigheid wel bekend geweest, de veroordeelde zou zijn vrijgesproken.¹⁴

De belangrijkste inperking is de eis dat het aangedragen feit niet bij de rechters bekend was. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de rechter het hele dossier kent. Aldus valt grofweg alles wat in het dossier zit als *novum* af.¹⁵ Dat de rechter het hele dossier zou kennen is echter een illusie, zeker bij omvangrijke strafdossiers. De rechter leest het dossier selectief, met een leeshulp van de griffier die met papertjes de belangrijkste passages aangeeft.

Deze eis van niet-bekend-zijn brengt ook een tweede serieuze inperking met zich mee. De argumenten van het hof, inclusief zijn argumentatiefouten, zijn vaak op het dossier gebaseerd. Bij een herzieningsaanvraag kun je daarom geen gebruik van materiaal uit het dossier maken om zo’n argumentatiefout aan te tonen.

Vanuit het perspectief van waarheidsvinding is er geen enkele reden voor het uitsluiten van bekend materiaal. De rechter kan bepaalde feiten in het dossier niet hebben opgemerkt, hij kan er verkeerde conclusies uit hebben getrokken. Het uitsluiten van aan de rechter bekend materiaal verhoogt de drempel voor een herziening kunstmatig.

Ook de frase ‘omstandigheid van feitelijke aard’ wordt beperkend ingezet. De wetgever legt nergens uit wat hij met een omstandigheid bedoelt, noch wat de frase ‘van feitelijke aard’ inhoudt. Zonder nadere uitleg van wat een omstandigheid van feitelijke aard is, heeft de

Hoge Raad als autonome uitlegger van de wet een grote vrijheid om te bepalen of iets wel of niet een novum is.

Verder kan de Hoge Raad beslissen of een aangevoerd novum tot het ernstig vermoeden leidt dat de rechters, met kennis van dat feit, tot vrijspraak zouden zijn gekomen. De Hoge Raad behoeft hier niet te argumenteren, hij behoeft slechts uit te spreken dat het aangevoerde novum zijns inziens niet tot het ernstig vermoeden zou hebben geleid.

Ten slotte kan de Hoge Raad nieuwe spelregels voor een herziening bedenken. Zo heeft de Hoge Raad in 1987 in een arrest vastgelegd dat een aanvrager in een latere herzieningsaanvraag niet nogmaals met hetzelfde materiaal kan aankomen. Dat heet in de taal van de Hoge Raad dat 'niet met vrucht een beroep kan worden gedaan op omstandigheden die al eerder aan een beoordeling van de Hoge Raad zijn onderworpen'.¹⁶ Evenmin is toegestaan om op een eerder antwoord van de Hoge Raad te reageren. Vanuit de wet lijkt dit inzichtelijk. De zaak was al onherroepelijk gesloten. De veroordeelde heeft alsnog een kans gekregen: de herziening. Dat is dan echt zijn laatste kans. Het moet een keer afgelopen zijn. Het lijkt daarom redelijk dat een arrest van de Hoge Raad niet weer ter discussie kan worden gesteld. Maar dat gaat er wel van uit dat het antwoord adequaat is. Is de inperking nog steeds redelijk wanneer het antwoord bizar was, of wanneer de Hoge Raad überhaupt geen antwoord heeft gegeven? Het arrest van de Hoge Raad gaat ervan uit dat zulke zaken bij de Hoge Raad nooit voorkomen.

De wetgever geeft niet aan wat een omstandigheid is, en al helemaal niet wat een omstandigheid van feitelijke aard is. De Hoge Raad laat ons ook op dit punt in het duister. Wel heeft hij in de loop der tijd bepaalde zaken uitgesloten. Bijvoorbeeld, in arresten heeft de Hoge Raad (deskundigen)meningen, overtuigingen, gevolgtrekkingen en redeneringen als nova afgewezen, omdat deze volgens de Hoge Raad geen omstandigheid van feitelijke aard zijn.¹⁷ In de alledaagse beleving van moordzaken kunnen echter meningen, overtuigingen, gevolgtrekkingen en redeneringen wel degelijk omstandigheden van feitelijke aard zijn. Hier zijn een paar voorbeelden.

- Een van de omstandigheden waarom de man meteen had geschoten, was omdat hij *meende* dat hijzelf met een pistool werd bedreigd.
- Een van de omstandigheden waarom we onze aarzelingen hebben over de schuld van de verdachte, was de vaste *overtuiging* van de getuige dat de verdachte geen pistool in zijn hand had.
- Mede vanwege de omstandigheid dat voor iedereen de *gevolgtrekking* duidelijk was dat een moord het domste was wat hij kon doen, was niet te verwachten dat hij voor een moord veroordeeld zou worden.
- Een van de omstandigheden waarom we ervan uitgingen dat de verdachte zou worden veroordeeld, was de heldere *redenering* van de deskundige dat er geen andere dader kon zijn.

Met hun feitelijke aard is ook niets mis.

- Het is een feit dat hij *meende* dat hij met een pistool bedreigd werd.
- Het is een feit dat de vaste *overtuiging* van de getuige dat de verdachte geen pistool in zijn hand had, ons aangaande de schuld van de verdachte deed aarzelen.
- Het is een feit dat de *gevolgtrekking* dat een moord het domste was wat hij kon doen, het onvoorstelbaar maakte dat hij voor een moord veroordeeld zou worden.
- Het is een feit dat de heldere *redenering* van de deskundige dat er geen andere dader kon zijn, ons deed aannemen dat de verdachte zou worden veroordeeld.

De Hoge Raad heeft echter bepaald dat een mening, een overtuiging, een gevolgtrekking, een redenering geen omstandigheden van feitelijke aard zijn. Dat doet denken aan Humpty Dumpty:

‘When I use a word,’ Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean – neither more nor less.’ ‘The question is,’ said Alice, ‘whether you can make words mean so many different things.’ ‘The question is,’ said Humpty Dumpty, ‘which is to be master – that’s all.’¹⁸

In de herzieningscontext is de Hoge Raad de *master* die bepaalt wat woorden betekenen. Als hoogste baas heeft hij altijd gelijk en bepaalt hij wat onder ‘omstandigheden’ wordt verstaan. Vanuit het perspectief van waarheidsvinding en rechtsbescherming is de uitsluiting van meningen, overtuigingen, gevolgtrekkingen en redeneringen echter onzinnig.

Tot 2012 werden gewijzigde deskundigenoordelen op basis van dezelfde oude data, ondanks nieuwe wetenschappelijk inzichten, door de Hoge Raad als ‘geen omstandigheid van feitelijke aard’ afgevoerd. Na de gerechtelijke dwalingen in de Schiedammer parkmoord en de Puttense moordzaak wilde de politiek dit rechtzetten. De nieuwe herzieningswet introduceerde daartoe een subtiele aanpassing: een novum is niet langer ‘een omstandigheid’, het is nu ‘een gegeven’. Met deze nieuwe naamgeving zouden ook oordelen van nieuwe deskundigen die op basis van oude informatie tot een nieuw inzicht waren gekomen, als een novum kunnen gelden. In de Puttense moordzaak had de Hoge Raad zelf al vanwege een gewijzigd deskundigenoordeel een herzieningsaanvraag toegekend. De Hoge Raad was volgens kenners zelf al iets aan het schuiven. Er is dan ook gezegd dat de verandering in de wet in 2012 slechts het feitelijk gedrag van de Hoge Raad codificeert.

De wetwijziging van 2012 beoogde dus een verruiming van het novumbegrip. De wetgever wees de Hoge Raad aan om aan het nieuwe, ruimere novumbegrip invulling te geven. Dat was riskant. Gezien zijn natuurlijke en primaire drang naar rechtszekerheid was te verwachten dat de Hoge Raad deze nieuwe deur van 2012 spoedig weer zou gaan sluiten. In de volgende hoofdstukken zal blijken dat de Hoge Raad verschillende strategieën gebruikt om van nieuwe deskundigen af te komen.

Iedereen, ook de wetgever, is het erover eens dat het criterium voor een herziening hoe dan ook streng moet zijn: het moet rechtszekerheid waarborgen en overwerk van de Hoge Raad voorkomen. Zoals A.J.A. van Dorst, raadsheer bij de Hoge Raad, zegt: ‘Bij het ernstige vermoeden legt de Hoge Raad de lat bewust hoog, conform het idee van de wetgever.’¹⁹ Er is wel een grens aan de gestrengheid. Het is niet zo, aldus minister Dekker, dat voor een ernstig vermoeden