



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief

Dubelaar, M.J.

Citation

Dubelaar, M. J. (2014, February 6). *Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/23625>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/23625>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/23625> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Dubelaar, M.J.

Title: Betrouwbaar getuigenbewijs : totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief

Issue Date: 2014-02-06

2 | Waarheidsvinding en bewijzen in het strafproces

2.1 INLEIDING

Alvorens in te gaan op de inhoudelijke problematiek omtrent het achterhalen van de waarheid met behulp van getuigenverklaringen, wordt in dit hoofdstuk in meer algemene termen ingegaan op de strafrechtelijke waarheidsvinding en het proces van bewijzen. Dit heeft tot doel een aantal centrale begrippen en theorieën te introduceren die voor het vervolg van dit onderzoek van belang zullen blijken te zijn. Zowel de bespreking van de theorie als de te introduceren begrippen zijn nog geabstraheerd van de specifieke kenmerken van het Nederlandse stelsel, hoewel daar op enkele plaatsen wel aan zal worden gerefereerd. Typisch Nederlands begrippen, zoals redengevende bewijsmiddelen, komen nog niet aan de orde, evenmin als de bijzonderheden van het Nederlandse bewijsstelsel. Weliswaar wordt in de tekst gerefereerd aan de rechterlijke beslissing, maar daarvoor kan in de meeste gevallen ook jury worden gelezen. Dit wordt echter niet telkens afzonderlijk vermeld.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt ingegaan op waarheidsvinding als een van de doelstellingen van het strafproces. Na een uiteenzetting over de verschillende doelen in het strafproces en hun onderlinge verhouding, komt het gehanteerde waarheidsbegrip aan de orde en wordt ingegaan op de bijzonderheden van de strafrechtelijke waarheidsvinding in vergelijking tot andere, niet-juridische disciplines (§ 2.2). Daarna wordt aandacht besteed aan wat bewijzen in de kern is en wat de relatie tot het bewijsrecht en de bijzonderheden van het bewijzen in het strafproces (§ 2.3). Vervolgens komen enkele theorieën aan bod over het proces van bewijzen en wordt gekeken wat bewijstheorieën ontwikkeld vanuit andere disciplines ons kunnen leren over de relatie tussen het individuele bewijsstuk en de bewijsbeslissing als geheel (§ 2.4). Tot slot wordt ingegaan op de eisen die (moeten) worden gesteld aan de kwaliteit van een individueel bewijsmiddel (§ 2.5).

2.2 STRAFRECHTELIJKE WAARHEIDSVINDING

Zoals in de inleiding reeds aan bod kwam, is waarheidsvinding het leidende perspectief waarmee in dit onderzoek naar het strafproces en de problematiek van getuigenverklaringen wordt gekeken. Waarheidsvinding vormt niet uitsluitend een extern perspectief, het strafproces stelt zich dit ook uitdrukkelijk

tot doel. Het streven naar de waarheid komt op tweeërlei wijzen tot uitdrukking, namelijk in het proces van bewijzen en het onderzoek dat daaraan voorafgaat. In het strafrechtelijk onderzoek streeft men ernaar de werkelijke toedracht van strafrechtelijk relevante incidenten te achterhalen.¹ Vervolgens wordt van de rechter die zich ziet geconfronteerd met een concrete verdachte, verwacht dat hij zijn beslissing baseert op de 'feiten'. Op hem rust de taak om te achterhalen of de verdachte het strafbare feit waarvan hij wordt beschuldigd, ook daadwerkelijk heeft gepleegd en om op dit punt een bindende beslissing te nemen gebaseerd op hetgeen zich in werkelijkheid heeft voorgedaan. De bewijsbeslissing vormt het sluitstuk van de strafrechtelijke waarheidsvinding en markeert het (voorlopige) eindpunt van de zoektocht daarnaar.²

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op het doel van waarheidsvinding in relatie tot andere doelen van het strafproces en problemen omtrent de kenbaarheid van de werkelijkheid. Tot slot wordt kort stilgestaan bij de gehanteerde waarheidsbegrippen.

2.2.1 Relatie tot andere doelen in het strafproces

Waarheidsvinding is geen doel op zich, maar staat mede ten dienste van andere doelen in het strafproces zoals rechtsbescherming en de verwezenlijking van het materiële strafrecht.³ Wat dat laatste betreft: in het strafrecht gaat het om het sanctioneren van door de wetgever als strafbaar aangeduid gedrag. Zonder de feitelijke vaststelling dat bepaald gedrag zich heeft voorgedaan, kan niet worden gestraft. Daar ligt een uitdrukkelijke verbinding met het materiële strafrecht. Echter, de waarheidsvinding geschiedt niet alleen opdat de schuldigen worden gestraft, maar is er tevens op gericht dat onschuldige burgers vrijuit gaan (en zo min mogelijk hinder ondervinden van het strafrechtelijk onderzoek). Het strafproces moet de verdachte bescherming bieden tegen de almacht van de staat door te voorkomen dat hij willekeurig onderwerp van onderzoek wordt en een veroordeling plaatsvindt zonder dat daaraan een deugdelijke feitenvaststelling ten grondslag ligt en de verdachte een weerwoord tegen de beschuldiging heeft kunnen bieden. Bovendien moet ook aan de belangen van andere procesdeelnemers, zoals slachtoffers en getuigen, worden tegemoetgekomen. Dit perspectief is met name de laatste decennia steeds meer dominant geworden. Het strafproces is dus niet alleen gericht

1 In het Nederlandse strafproces spreekt men in dit verband wel van de zoektocht naar de 'materiële' waarheid.

2 Er wordt gesproken van voorlopig omdat de definitieve beslissing van de rechter in bepaalde gevallen nog kan worden herzien.

3 Aan de discussie over wat als hoofddoelstelling heeft te gelden, wordt hier verder voorbijgegaan. Zie op dit punt meer uitvoerig onder meer Crijns & Van der Meij 2005, p. 51-69.

op het realiseren van een fatsoenlijk proces voor de verdachte, maar daarin dienen mede de belangen van andere procesdeelnemers in acht te worden genomen.

De vaststelling dat waarheidsvinding niet de enige doelstelling is, is van belang omdat de overige doelen hun weerslag hebben op de wijze waarop het onderzoek naar de feiten en het proces van bewijzen wordt vormgegeven. De waarheidsvinding staat niet alleen ten dienste van deze doelen, maar wordt daar in bepaalde opzichten ook door beperkt en gekleurd. Een juiste toepassing van het materiële strafrecht vergt dat het feitenonderzoek daarop wordt afgestemd. Welke aspecten van de werkelijkheid relevant zijn voor de beslissing van de rechter wordt mede door het materiële recht bepaald. De binding aan het materiële recht brengt mee dat de wettelijke delictsomschrijvingen in belangrijke mate de omvang van de waarheidsvinding en de inzet van het feitenonderzoek ter terechtzitting bepalen. Bovendien heeft ook het doel van rechtsbescherming zijn weerslag op het proces van waarheidsvinding. De zoektocht naar de waarheid kan niet altijd onbelemmerd doorgang vinden. Zoals hierna duidelijk zal worden prevaleert in bepaalde gevallen de rechtsbescherming van de verdachte of de getuige boven de epistemologische waarde van het beste bewijs. Het strafprocesrecht kent ook procedurele regels die de behoorlijkheid van de procedure moeten garanderen.⁴ Echter, dat rechtsbeschermende procedures in bepaalde gevallen de waarheidsvinding kunnen belemmeren, doet niet af aan het belang van waarheidsvinding voor de legitimiteit en eerlijkheid van de procedure.

Voorgaande laat onverlet dat op sommige momenten in de loop van de strafrechtelijke procedure waarheidsvinding niet (of niet zo uitdrukkelijk) op de voorgrond staat. Hierbij kan worden gedacht aan de procedure in cassatie, waarbij de feitelijke constellatie naar de achtergrond is geschoven en het vooral gaat om de vraag of de procedurele regels in acht zijn genomen en het recht op de juiste wijze is toepast. Daarnaast kent elk rechtsstelsel systeem-ontlastende procedures in de vorm van verkorte afdoeningen, waarbij het aspect van de waarheidsvinding meer naar de achtergrond is verschoven, zoals de procedure voor de strafbeschikking in Nederland, de *plea bargaining* procedure in Amerika en het *Beschleunigtes Verfahren* in Duitsland. Niet dat de feiten in dit type procedures niet meer ter zake doen, maar met de vaststelling daarvan wordt meer pragmatisch omgesprongen in de zin dat genoeg wordt genomen met minder zekerheid dan in de reguliere procedure of dat de procedure met minder waarborgen is omkleed. Echter, ook in de reguliere procedure wordt de omvang van de feitenvaststelling beperkt door overwegingen van efficiency. Hoewel men erover kan twisten of het streven naar een efficiënte en doeltreffende procedure als een zelfstandige doelstelling geldt in het straf-

4 In dit verband kan onderscheid gemaakt tussen deugdelijkheidsregels (gericht op waarheidsvinding) en behoorlijkheidsregels (gericht op rechtsbescherming). Zie verder Dubelaar 2009, p. 93-105.

proces (menig jurist zal dit ontkennen met de argumentatie dat efficiencyoverwegingen nooit ten koste mogen gaan van de individuele verdachte), zijn de beperkte middelen wel een realiteit waarmee elke praktijkjurist zich ziet geconfronteerd en die hun weerslag kunnen hebben op de kwaliteit van het proces van waarheidsvinding. Met de beperkte middelen die Justitie op dit moment ter beschikking staan, moet ook in dit onderzoek rekening worden gehouden.

2.2.2 Correspondentie als ideaal

Als gezegd stelt het strafproces zich tot doel de waarheid te achterhalen. Waar hebben we het dan over en is dit een haalbaar streven? In de epistemologie is het gebruikelijk om waarheid te zien als een kwalificatie die kan worden toegekend aan beweringen of uitspraken over de werkelijkheid.⁵ Een uitspraak of bewering over de werkelijkheid kan waar of niet waar zijn.⁶ De eigenschap ‘waar’ wordt aan beweringen toegedicht, indien het beweerde een accurate weergave van de werkelijkheid behelst.⁷ De bewering ‘Zuid-China is getroffen door een aardbeving’ is slechts waar, indien zij correspondeert met de feiten en (uitsluitend indien) Zuid-China ook daadwerkelijk door een aardbeving is getroffen. Uitgaande van de correspondentietheorie ziet waarheid aldus op de relatie tussen uitspraak en ‘onafhankelijk daarvan bestaande feiten’.⁸ In die theorie zijn waar die beweringen die corresponderen met ‘de’ werkelijkheid. Op de correspondentietheorie valt het nodige aan te merken; het bestaan van een ondubbelzinnig kenbare werkelijkheid wordt in de epistemologie ter discussie gesteld. Zo er al een van de waarnemer onafhankelijke realiteit bestaat, kan – als gevolg van het inductieprobleem gelegen in het doen van generaliserende uitspraken op basis van individuele waarnemingen – nooit zekerheid worden verkregen of de realiteit adequaat is beschreven (of een concrete bewering ook daadwerkelijk een correcte afspiegeling van de werkelijkheid vormt). Daarbij wordt onze perceptie van de werkelijkheid gekleurd door onze eigen ervaringen, denkbeelden en opvattingen en de context waarbinnen wordt waargenomen.⁹

5 Derksen 2010, p. 163 en De Vries 2002, p. 17. Er zijn ook filosofen, zoals Heidegger, die het waarheidsbegrip ontologisch opvatten als kenmerk van het zijn (Vasterling 1993, p. 27 e.v.).

6 In dit verband wordt ook wel de term propositie gebruikt. De begrippen bewering, uitspraak of propositie worden in dit boek als synoniemen gehanteerd.

7 De Vries 2002, p. 17. Zie ook Derksen 2010, p. 164, die stelt ‘een bewering is waar wanneer ze de werkelijke toedracht beschrijft, de toedracht zoals die in werkelijkheid heeft plaatsgevonden’.

8 De Vries 2002, p. 23.

9 Zie op dit punt meer uitvoerig Glastra-Van Loon 1980, p. 124.

Het predicaat 'waar' wordt ook gebruikt voor die beweringen waarvan men meent dat het bewijs voor het beweerde is geleverd. De term 'waar' is volgens De Vries in die betekenis een meer pragmatisch, evaluerend begrip.¹⁰ De bewering 'Zuid-China is getroffen door een aardbeving' is waar, indien het bewijs daarvoor bijvoorbeeld in de vorm van ooggetuigenverslagen of videobeelden is geleverd. Niet de correspondentie met de werkelijkheid staat in deze betekenis centraal, maar het geleverde bewijs. Deze opvatting van het waarheidsbegrip past beter bij de andere waarheidstheorieën die in de loop van de tijd zijn ontwikkeld. Kenmerkend voor deze theorieën is hun pragmatische inslag. Centraal staat niet zozeer wat is waar, maar wat accepteren wij als zijnde waar.¹¹ Als waar worden bijvoorbeeld aangenomen uitspraken die passen bij reeds als waar beschouwde uitspraken (coherentietheorie) of uitspraken die binnen een specifieke groep als waar gelden (consensustheorie).¹²

Ondanks de kentheoretische haken en ogen aan de correspondentietheorie en de ontwikkeling van andere waarheidstheorieën, geldt het correspondentiemodel op veel wetenschapsgebieden nog wel als ideaal. Ook in de strafrechtelijke procedure streeft men naar correspondentie met de werkelijkheid, in het besef dat dit – tot op zekere hoogte – een onhaalbaar streven is. De realiteit is dat de uitkomst van het rechterlijk beslisproces in belangrijke mate een (re)constructie behelst. Deze constatering is evenwel geen aanleiding om van een ander waarheidsbegrip uit te gaan.¹³ Het streven moet immers worden onderscheiden van het resultaat.¹⁴

In dit onderzoek wordt de aanduiding 'waar' in relatie tot getuigenverklaringen gereserveerd voor uitspraken van getuigen die de werkelijkheid op accurate wijze beschrijven of – anders gezegd – beweringen die overeenstemmen met de werkelijkheid. Op basis van het hiervoor genoemde zal duidelijk zijn dat voor het 'vaststellen' van het waarheidsgehalte men genoodzaakt is om een pragmatische invalshoek te kiezen. Omdat het waarheidsgehalte van een uitspraak zich (buiten een experimentele setting) niet met zekerheid laat vaststellen,¹⁵ moet worden gekeken onder welke omstandigheden aan een getuigenverklaring gerechtvaardigd geloof mag worden gehecht. Het gebruik van het begrip waar of waarheid als kwalificatie voor rechterlijke oordelen, wordt vermeden omdat dit onvermijdelijk leidt tot begripsverwarring zoals hierna nog duidelijk zal worden.

10 De Vries 2002, p. 23.

11 Nijboer 2009, p. 56.

12 Nijboer 2011, § 10.3.2. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de waarheidstheorieën in het strafproces Nijboer 1982, p. 18 e.v. en Derksen 2010, p. 161 e.v.

13 Zie ook Derksen 2010, p. 175. Zie anders Nijboer 2009, p. 60.

14 De waarheid vormt de toetssteen voor de juistheid en legitimiteit van dat resultaat. Met louter procedurele juistheid neemt men binnen het strafproces geen genoegen.

15 Alleen binnen een experimentele setting is de zogenaamde *ground truth* bekend. Zie § 6.2.

2.2.3 Materiële versus formele waarheid

De zojuist genoemde waarheidstheorieën en daaraan gekoppelde begrippen kunnen in verband worden gebracht met het in de strafrechtelijke context veelvuldig gehanteerde onderscheid tussen de formele en materiële waarheid. Materiële waarheid duidt op datgene wat ‘werkelijk zo is’, een in taal bestaande weergave van de werkelijkheid of - in voornoemde terminologie - een bewering over de feiten die correspondeert met de werkelijkheid (corresponderend waarheidsbegrip). De formele waarheid zou kunnen worden opgevat als datgene waarvan in rechte – op grond van het aanwezige bewijs – is gesteld dat het waar is (evaluerend waarheidsbegrip). Het gaat bij een rechterlijke uitspraak immers om een evaluerend eindonderdeel, waarmee het einde van een zoektocht wordt gemarkeerd. Hoewel correspondentie met de werkelijkheid het centrale streven is, behelst het eindproduct – als gezegd – in belangrijke mate een constructie. De ‘waarheid’ die in een rechterlijke uitspraak wordt ‘vastgesteld’, is in die zin altijd formeel of processueel van aard.

Het is gebruikelijker om het begrippenpaar van de materiële en formele waarheid te relateren aan te onderscheiden rechtstelsels, bijvoorbeeld in relatie tot het onderscheid tussen het civiele recht en strafrecht. Echter, ook dan werkt het niet verhelderend. Zo wordt het onderscheid door sommige auteurs gebruikt om aan te geven dat het in door partijen gedomineerde procesvormen slechts zou gaan om een partijenwaarheid (formele of relatieve waarheid), terwijl het in stelsels waarin de rechter een meer actieve rol heeft en niet gebonden is aan hetgeen partijen inbrengen, zou gaan om de werkelijke of volle waarheid (materiële waarheid). De correspondentie met werkelijkheid zou bij de formele waarheid minder groot zijn dan bij de materiële waarheid. Andere auteurs wijzen erop dat niet zozeer de ‘aard van de waarheid’ verschilt, maar het proces waarmee die waarheid wordt achterhaald.¹⁶ Zo zou ook in het civiele recht ernaar worden gestreefd om de beslissing over een geschil te funderen op de feiten, ondanks dat feiten en omstandigheden die door partijen niet worden betwist door de rechter als vaststaand mogen worden aangenomen. Vanwege het vele verschillende interpretaties en de verwarring die de begrippen plegen op te roepen, wordt dit begrippenpaar in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten. Als uitgangspunt geldt dat de strafrechter bij het doen van vaststellingen van feitelijke aard streeft naar correspondentie met de werkelijkheid en dat in strafprocessuele context gehanteerde procedures en regels vanuit dat licht kunnen worden beschouwd.

16 Vgl. Cleiren 2001, p. 13 en Spencer 2003, p. 29-30.

2.3 BEWIJZEN IN HET RECHT

Hiervoor werd aangegeven dat de bewijsbeslissing in beginsel het eindpunt vormt van de strafrechtelijke waarheidsvinding. In het navolgende wordt nader stilgestaan bij het proces van bewijzen in de strafrechtelijke context.

2.3.1 Enkele sleutelbegrippen

Voor een goed begrip van de materie is het van belang om eerst enkele kernbegrippen gerelateerd aan het bewijs uiteen te zetten en aan te geven in welke hoedanigheid zij worden gehanteerd in dit hoofdstuk en in het vervolg van dit onderzoek.

2.3.1.1 *Bewijs en bewijzen*

De begrippen bewijs en bewijzen worden in veel verschillende betekenissen gebruikt. Onder het werkwoord bewijzen wordt in algemene zin wel verstaan het aantonen of toetsen van de juistheid van een bewering of stelling.¹⁷ Voor wat betreft de activiteit van het bewijzen refereert men in het strafproces meestal aan de rechter (of jury), omdat hij met de bewijsbeslissing is belast. In het juridisch jargon spreekt men in dit verband wel over 'het vaststellen van de feiten'.¹⁸ In het civiele proces ligt de bewijslast bij partijen en ligt het accent op het *aantonen* van de juistheid van de stelling door de procespartijen. In het strafproces, waar men geen bewijslast kent, refereert men bij de activiteit van het bewijzen vooral aan de rechter (of de jury). Het accent ligt dan op het *toetsen* van de juistheid van de bewering(en) of stelling neergelegd in de tenlastelegging of de beschuldiging.¹⁹ De rechter moet vaststellen of de verdachte het feit waarvan hij wordt verdacht, heeft begaan. Hij doet dat door de geldigheid van de bewering af te leiden uit de onderzoeksresultaten die voorliggen. Voor wat betreft de activiteit van het bewijzen door de strafrechter kan onderscheid worden gemaakt tussen de oordeelsvorming, de beslissing, het resultaat van die bewijsbeslissing (vrijspraak of bewezenverklaring) en de motivering.²⁰

17 Op de daarmee gepaard gaande processen van falsificatie en verificatie wordt in § 2.3.4 nader ingegaan.

18 Dit wordt in de Anglo-Amerikaanse doctrine aangeduid met de term *fact-finding*. Ho omschrijft dit als volgt: 'Fact-finding refers to the fact of (i) aiming at and (ii) giving answers to (iii) questions of fact.' (Ho 2008, p. 1). Zie over de feiten § 2.3.1.2.

19 De bewering die moet worden bewezen, wordt door sommige auteurs wel aangeduid als het probandum.

20 Zie voor een uitvoerigere ontrafeling van de uiteenlopende wijzen waarop de termen bewijs en bewijzen worden gebruikt het proefschrift van Nijboer (1982), p. 6-8.

Het begrip bewijs is complex en wordt in veel verschillende vormen gebruikt. Allereerst komen we het begrip bewijs tegen als zelfstandige vorm van het werkwoord, bijvoorbeeld in de zin ‘de rechter is belast met het bewijs van het tenlastegelegde’. Het wordt tevens gehanteerd als aanduiding voor het geheel van feiten en redeneringen waaruit de juistheid of geldigheid van een bepaalde bewering blijkt.²¹ Vanuit dat perspectief worden in Nederlandse strafrechtelijke vonnissen de bewezenverklaring en de motivering samen ook wel als ‘het bewijs’ betiteld. Het gaat dan om de bewijsconstructie: de bekende verklaring van de verdachte en camerabeelden waarop de verdachte te zien is samen met een eventuele toelichting, vormen het *bewijs* dat de verdachte de overval heeft begaan. Voorts komt men het begrip tegen als aanduiding voor het materiaal op basis waarvan een stelling of bewering kan worden bewezen.²² De bron van waaruit dat materiaal afkomstig is, wordt soms ook wel wordt aangeduid als de bewijsbron. Zo spreekt men bijvoorbeeld van getuigen- of deskundigen*bewijs* indien het materiaal betreft waarin de beweringen van een getuige of deskundigen zijn opgenomen. Tot slot wordt de term bewijs ook gebruikt voor de feiten zoals door de rechter uit het bewijsmateriaal afgeleid.²³ De vaststelling dat de verdachte voldoet aan het signalement zoals door de getuige opgeven, vormt het *bewijs* voor de stelling dat de verdachte de overval heeft gepleegd. Een alibi ten tijde van het delict vormt *tegenbewijs* (of beter gezegd: vormt *bewijs* dat een ander de overval heeft gepleegd). In het Engels wordt onderscheid gemaakt tussen *evidence* en *proof*. De term *evidence* heeft betrekking op de beschikbare informatie wijzende in de richting van de (on)juistheid van een bepaalde bewering²⁴ en *proof* op het geheel van bewijs en redeneringen waarmee de juistheid van een propositie wordt aangetoond.²⁵ In dat laatste geval gaat het dus om de vaststelling van een omstandigheid, gedraging of gebeurtenis met behulp van bewijsmateriaal aan de hand van een of meer logische redeneerstappen.²⁶

21 Nijboer 2011, § 1.

22 Nijboer 1982, p. 6-8. In de Anglo-Amerikaanse bewijstheoretische literatuur wordt in dit verband ook wel gesproken van *evidential data*. Zie bijv. Anderson, Schum & Twining 2005, p. 382.

23 Bex 2009, p. 13.

24 In de Anglo-Amerikaanse literatuur komt men veel andere definities tegen. Anderson en collega's omschrijven *evidence* als ‘any facts considered by the tribunal as data to persuade them to reach a reasoned belief on a probandum’ (Anderson, Schum & Twining 2005, p. 382). Bex definieert *evidence* in zijn proefschrift als volgt: ‘the available body of information indicating whether a belief in some proposition is justified’ (Bex 2009, p. 12).

25 In Black's law dictionary wordt *proof* gedefinieerd als ‘the logically sufficient reason for assenting a proposition advanced’ (Black's law dictionary 1990, p. 1215). Wigmore omschreef *proof* als ‘the persuasive operation of the total mass of evidentiary facts as to a probandum’. Zie Anderson, Schum & Twining 2005, p. 385.

26 Zie over het onderscheid tussen *proof* en *evidence* uitvoeriger Black's law dictionary 1990, p. 1215. Daarin wordt het onderscheid als volgt toegelicht: ‘Proof is the result or effect of evidence, while evidence is the medium or means by which a fact is proved or disproved, but the words ‘proof’ and ‘evidence’ may be used interchangeably. Proof is the perfection

Vanuit analytisch oogpunt is het van belang om het woordgebruik in relatie tot het proces van bewijzen nader te specificeren. In dit onderzoek wordt de algemene term bewijs uitsluitend gebruikt als aanduiding voor het geheel van feiten en redeneringen op basis waarvan de juistheid van de tenlastelegging wordt vastgesteld, dus dat wat in het Engels wordt aangeduid als *proof*. Voor wat betreft de resultaten van onderzoek wordt gesproken over het bewijsmateriaal (al het materiaal tezamen) of over bewijsstuk (een concreet onderzoeksresultaat, al dan niet in schriftelijke vorm). De term bewijsmiddel zal uitsluitend worden gebruikt in relatie tot de Nederlandse strafprocessuele context en dient ter aanduiding van die onderzoeksresultaten die de rechter ook daadwerkelijk ten grondslag mag leggen of heeft gelegd aan een *positieve* bewijsbeslissing. Om de verschillende stappen in het proces van bewijzen inzichtelijk te maken, wordt in dit verband gesproken van 'bewijswaardering' voor zover het gaat om de selectie en weging van het materiaal (de hiervoor bedoelde oordeelsvorming), van 'bewijsbeslissing' voor wat betreft de beslissing die voortvloeit uit de beoordeling van het aanwezige materiaal en van de 'bewijsmotivering' voor wat betreft de wijze waarop het waarderingsproces in het vonnis wordt neergelegd.

Het verzamelen van bewijsmateriaal wordt soms ook wel onder de activiteit van het bewijzen geschaard. Immers, om de juistheid van een stelling of bewering over het verleden vast te stellen zal onderzoek moeten worden verricht. Het is echter van belang om (feiten)onderzoek dat aan de oordeelsvorming en beslissing voorafgaat, terminologisch te onderscheiden van het bewijs als geheel van argumenten en redeneringen met een daaropvolgende beslissing. Ook omdat dit in de systematiek van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering is gescheiden. In Nederland wordt in dit verband gesproken van het vooronderzoek (de opsporingsfase) en het hoofdonderzoek (het onderzoek ter terechtzitting). Het moge duidelijk zijn dat feitenonderzoek en bewijzen nauw met elkaar zijn verbonden. Zoals hiervoor aan de orde kwam, komt het streven naar waarheidsvinding in beide processen naar voren. Voor wat betreft de getuigenverklaring komt het onderscheid tussen feitenonderzoek en bewijs tot uitdrukking in de begrippen totstandkoming en waardering. Bij de totstandkoming gaat het om de wijze waarop de verklaring van een getuige tijdens

of evidence; for without evidence there is no proof, although there may be evidence which does not amount in proof.' Uit dit citaat komt naar voren dat de begrippen *evidence* en *proof* onder omstandigheden uitwisselbaar zijn. Of *evidence* ook *proof* oplevert, is afhankelijk van de kracht van het materiaal en de te bewijzen propositie. Een voorbeeld is het aantreffen van een vingerafdruk van een verdachte na een inbraak. Het aantreffen van een vingerafdruk van de verdachte op een raamkozijn kan wel worden geduid als *evidence* voor de propositie dat de verdachte de inbraak heeft gepleegd, het levert echter nog geen *proof* op. Echter, het aantreffen van de vingerafdruk levert wel *proof* op van de propositie dat de verdachte daar is geweest. De redeneerstap die hierbij moet worden gemaakt is dat de verdachte het raamkozijn moet hebben aangeraakt en om dat te kunnen doen moet hij aanwezig zijn geweest (ervan uitgaande dat het raamkozijn niet net is geplaatst).

het onderzoek naar de feiten wordt gevormd en de factoren die daar op van invloed zijn. De waardering betreft de wijze waarop de getuigenverklaring wordt getoetst mede in het licht van het overige bewijsmateriaal en met het oog op de hypothese neergelegd in de tenlastelegging.

2.3.1.2 Feiten

Bij de activiteit van bewijzen gaat het om het afleiden van de juistheid of geldigheid van de stelling uit de onderzoeksresultaten. De omstandigheden, gebeurtenissen of gedragingen zoals die uit de onderzoeksresultaten naar voren komen, worden ook wel aangeduid als ‘de feiten’. De rechter moet deze feiten dan wel als zodanig benoemen en ‘vaststellen’. De feiten zoals die door de rechter worden vastgesteld, fungeren als het ware als premissen op basis waarvan de bewijsbeslissing wordt genomen. Echter, anders dan in bijvoorbeeld de formele logica of wiskunde liggen die premissen niet vast. De ‘feiten’ of premissen waarop de rechter zich baseert, zijn zelf ook weer voorwerp van onderzoek.²⁷ Een simpel voorbeeld ter illustratie: de rechter baseert zijn beslissing dat de verdachte zijn vrouw met een vuurwapen om het leven heeft gebracht, onder meer op het aantreffen van diens vingerafdrukken op het moordwapen en de verklaring van een ooggetuige die heeft gezien dat hij de trekker overhaalde. Aan de vaststelling dat de vingerafdrukken van de verdachte op het moordwapen zijn aangetroffen gaat onderzoek vooraf aan de hand waarvan moet worden vastgesteld dat het inderdaad de vingerafdrukken van de verdachte zijn en dat het gevonden wapen het moordwapen betreft. Dat geldt ook voor de vaststelling dat de getuige heeft gezien dat verdachte de trekker overhaalde. Gekeken dient te worden of de getuige goed zicht had en geen motieven had om te liegen en in hoeverre op basis daarvan kan worden aangenomen dat diens verklaring overeenstemt met de werkelijkheid. Met andere woorden, de feiten liggen niet vast, maar moeten ook weer aan de hand van een redeneerproces en daaraan voorafgaand onderzoek worden vastgesteld.²⁸ De aanduiding ‘feit’ is overigens in dat verband enigszins misleidend, omdat de ‘vaststelling’ daarvan nooit volstrekt dwingend is. Het omschreven proces wordt ook wel aangeduid als verankeren. De zogenaamde theorie van ‘verhaal en verankering’ wordt in § 2.4.2 besproken.

Voorts wordt het begrip feit in het strafproces wel gebruikt als aanduiding voor de gebeurtenis waarop de strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd of anders gezegd: de gedraging waarvan de verdachte is beschuldigd en waarvan de rechter heeft bewezen dat die zich in werkelijkheid ook heeft voorgedaan (in voornoemd voorbeeld: dat de verdachte zijn vrouw om het leven heeft gebracht). Het meervoud wordt gebruikt als zich (mogelijk) meer-

27 Nijboer 1982, p. 6.

28 In het civiele recht kan de rechter een bewering als feit aannemen op het moment dat geen van de partijen de inhoud daarvan betwist.

dere strafbare gedragingen hebben voorgedaan. In de Anglo-Amerikaanse doctrine wordt het voorgaande uitgewerkt in een onderscheiding tussen *constitutive* (ook wel aangeduid als: *material facts* of *facts at issue*) en *evidential facts*. Bij de *constitutive facts* gaat het om de feiten waaraan het recht een juridische consequentie verbindt, terwijl het bij *evidential facts* gaat om de feitelijke vaststellingen die daaraan voorafgaan. Roberts en Zuckerman formuleren het als volgt: 'An evidential fact is one which on being ascertained, affords some logical basis – not conclusive – for inferring some other facts.' Zij stellen verder: 'Evidential facts warrant further inference whereas constitutive facts are legal significant conclusions bringing a chain of inference to an end, so far as the facts concerned.'²⁹

Behalve dat de feiten kunnen worden opgevat als uit de onderzoeksresultaten af te leiden omstandigheden, gedragingen of gebeurtenissen die als vaststaand kunnen worden aangemerkt, dus uitspraken over de werkelijkheid, kan het begrip 'feit' ook worden opgevat als aanduiding van een onderdeel van die werkelijkheid.³⁰ Nijboer spreekt in dit verband over feiten als 'stukjes' of 'samenstellende delen' van de '(buitentalige) objectieve werkelijkheid'.³¹ Zo bezien fungeren de feiten als bron van en als toetssteen voor de juistheid van de uitspraken die wij doen over de werkelijkheid.³² Hoewel kan worden aangenomen dat de werkelijkheid niet in volle omvang valt te kennen, is het streven in het strafproces dat de rechter zich in zijn bewijsbeslissing baseert op de 'echte' feiten of ware toedracht. Op het moment dat achteraf blijkt dat een veroordeling berust op een onjuiste voorstelling van zaken omdat in werkelijkheid een ander dan de veroordeelde de strafbare gedraging heeft begaan, dan zal dat aanleiding vormen om de eerder gedane uitspraak te herzien.³³ Tot slot wordt het begrip feit ook gebruikt ter aanduiding van omstandigheden die opheldering behoeven ('de politie doet onderzoek naar de feiten') of van de beweringen waarvan nog niet duidelijk is of zij waar zijn, maar die wel aan de rechter voorliggen. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer gesproken wordt van 'de feiten die moeten worden bewezen' of 'de tenlastegelegde feiten'.³⁴

Dan nog een laatste opmerking over het vaststellen van de feiten en de relatie tot het (materiële) recht. Het vaststellen van de feiten en het toepassen van het recht worden veelal gezien als twee gescheiden activiteiten. Dit komt

²⁹ Roberts & Zuckerman 2010, p. 131 en 132.

³⁰ Een gangbare omschrijving in de filosofie van het begrip feit is 'an obtaining state of affairs expressed by a true proposition', een stand van zaken tot uitdrukking gebracht in een ware propositie (Bex 2009, p. 12).

³¹ Nijboer 1982, p. 13.

³² Nijboer 1982, p. 14.

³³ Overigens valt er vanuit dogmatisch perspectief over het begrip feit nog veel meer te zeggen, bijvoorbeeld in relatie tot het *ne bis in idem*-beginsel dat voorschrijft dat niemand twee keer vervolgd kan worden voor hetzelfde feit, maar dat valt buiten het bestek van dit onderzoek.

³⁴ Vgl. Bex 2009, p. 12.

bijvoorbeeld in Anglo-Amerikaanse stelsels tot uitdrukking in het feit dat de jury beslist over '*questions of fact*' en de rechter over '*questions of law*'. Analytisch bezien kan bij het rechterlijk beslisproces onderscheid worden gemaakt tussen de vaststelling van de feiten en het toepassen van het recht op basis van de vastgestelde feiten. In de praktijk lopen deze twee activiteiten echter door elkaar heen. Een scherpe scheiding tussen feit en recht valt niet te maken. De feitenvaststelling vindt plaats met het oog op de toepasselijke rechtsregels³⁵ en wordt daarmee gekleurd door het juridisch begrippenkader. Of zoals De Jong het formuleert: 'De feiten waarop het strafrecht pretendeert zijn beslissingen te funderen, zijn geenszins ongerepte, onmiddellijk uit de empirische werkelijkheid gelichte gegevens: zij zijn al bij voorbaat door het interpretatieve raster van de in aanmerking komende strafrechtelijke normen gehaald.'³⁶ De sterke verwevenheid van feiten en toepasselijke normen is kenmerkend voor juridische beslissingen.³⁷ Er is een voortdurende wisselwerking tussen beide: de feiten worden geselecteerd met het oog op de bestanddelen in de toepasselijke delictomschrijving en het recht wordt op zijn beurt gevormd door de feiten.³⁸

2.3.2 Algemene kenmerken van het proces van bewijzen

In het voorgaande is al het nodige gezegd over het proces van bewijzen. Het streven is om juiste vaststellingen te doen omtrent de ware toedracht op basis van daaraan voorafgaand onderzoek. In deze paragraaf zal worden uiteengezet dat het een vorm van empirisch onderzoek en bewijs betreft, waarbij de uitkomst een waarschijnlijkheidsoordeel betreft.

2.3.2.1 Empirische activiteit

Hoewel door juristen veelal het bijzondere karakter wordt benadrukt van het proces van bewijzen in het recht, gaat het in de kern om het doen van 'gewone conventionele, empirische vaststellingen van de waarheid van beweringen'.³⁹ Op basis van eigen waarnemingen en ervaring⁴⁰ wordt getracht een gerechtvaardigde uitspraak te doen over de werkelijkheid. De activiteit van feitenonderzoek en bewijs in het recht verschilt daarbij niet wezenlijk van feitenonderzoek en bewijs op andere terreinen zoals in de wetenschap. Het draait

35 Dit geschiedt in Nederland tevens binnen de grenzen van de wettelijke tenlastelegging. Zie § 7.3.

36 De Jong 2008, p. 214.

37 Van Koppen & De Keijser 2010, p. 864.

38 Zie uitvoerig De Bock 2011, p. 7 e.v.

39 Nijboer 2009, p. 53. Empirisch wordt opgevat als aan de menselijke ervaring of waarneming ontleend.

40 Causaliteit kan niet worden waargenomen. Onze kennis daarover berust op ervaring.

immers om het genereren en toetsen van hypothesen over de werkelijkheid.⁴¹ In het strafrecht wordt het centrale onderzoeksthema gevormd door de opheldering van de ware of feitelijke toedracht van een gebeurtenis die mogelijk een strafbaar feit inhoudt.⁴² Het genereren van hypothesen omtrent de toedracht is primair de taak van de politie en het Openbaar Ministerie. Het is vervolgens aan de rechter (of de jury) om op basis van eigen waarnemingen, het overige beschikbare bewijsmateriaal en tegen de achtergrond van bestaande kennis, een conclusie te trekken omtrent de juistheid van de voorgelegde hypothesen(n).

De constatering dat het gaat om een vorm van empirisch onderzoek en bewijzen is van groot belang omdat de rechter daarbij ook gebonden is aan maatstaven voor geldige kennisverwerving en geldig redeneren.⁴³ Wat betekent dat *in concreto*? Ten eerste dat de rechter bij de waardering van het bewijsmateriaal dat hij aan zijn beslissing ten grondslag wil leggen, moet kijken of de daarin neergelegde onderzoeksresultaten tot stand zijn gekomen met inachtneming van de methodologische regels die gelden op het desbetreffende onderzoeksterrein. Ten tweede dat de rechter bij het nemen van de beslissing zelf ook is gebonden aan algemeen logische en methodologische principes (zoals het principe dat alleen relevant bewijsmateriaal kan bijdragen aan de bewijsbeslissing). In het recht zelf zijn ook regels van methodologische aard terug te vinden. Deze zien hoofdzakelijk op de fase van de bewijsvergaring en de deugdelijkheid van de te verkrijgen onderzoeksresultaten. Er zijn tevens regels die de kwaliteit van de (rechtelijke) beslissing trachten te bevorderen. In dit verband moet gedacht worden aan de Nederlandse bewijsminimumregels en de toelaatbaarheidsregels in op Anglo-Amerikaanse leest geschoeide stelsels. Het feit dat de bewijsbeslissing tot op zekere hoogte juridisch is genormeerd, betekent niet dat aan algemeen methodologische principes en regels van logica en statistiek voorbij kan worden gegaan indien men zich tot doel stelt om ware uitspraken te doen over de (voorbij) werkelijkheid.⁴⁴

2.3.2.2 Beslissen in onzekerheid

Hoewel het strafproces zich voor wat betreft het reconstrueren van de feitelijke toedracht tot doel stelt juiste uitspraken over de werkelijkheid te doen, kan zekerheid niet worden verkregen. Net als in andere ervaringsafhankelijke domeinen van kennisverwerving kan de conclusie omtrent de feitelijke toe-

41 Zie ook Giard 2009, p. 44-45.

42 Nijboer 1982, p. 23.

43 Nijboer 2009, p. 53.

44 Nijboer 2011, § 10.4.2.

dracht niet logisch-dwingend uit de onderzoeksresultaten worden afgeleid. De rechter (of jury) trekt aan de hand van een grote hoeveelheid uiteenlopende gegevens een conclusie omtrent de juistheid van de voorliggende hypothese(n), maar deze conclusie is in de kern gebaseerd op een inductieve redeneerwijze en kan alleen al daarom geen zekerheid opleveren.⁴⁵ Het inductieve karakter is gelegen in het redeneren van individuele bevindingen naar een conclusie. De conclusie behelst in de kern een waarschijnlijkheidsoordeel. Als een verdachte in zijn auto wordt aangehouden met een grote hoeveelheid geld en bolletjes met cocaïne en heroïne op zak, in zijn telefoon allerlei telefoonnummers worden aangetroffen van personen die bij de politie als gebruiker bekend zijn en nadien uit nader onderzoek naar de telefoonnummers blijkt dat de verdachte door een aantal personen is herkend als zijnde de persoon bij wie zij drugs kopen, rechtvaardigt dat in beginsel de conclusie dat de verdachte handelt in drugs. Op basis van specifieke waarnemingen kan een beredeneerde gevolgtrekking worden gemaakt omtrent de hypothese dat de verdachte schuldig is aan de handel in drugs. Daarbij spelen generalisaties een belangrijke rol. Zij vormen de 'lijm' voor de bewijsconstructie.⁴⁶ Zo wordt geredeneerd dat drugsdealers vaker grote hoeveelheden contant geld bij zich hebben en dat drugs die in grote hoeveelheden bij iemand worden aangetroffen, niet bestemd zijn voor eigen gebruik. Ook deze generalisaties zijn gebaseerd op inductie en hebben derhalve een onzeker karakter.

Inductieve redeneringen als de voorgaande zijn niet logisch-dwingend, maar probabilistisch van aard. Dat wil zeggen dat het gaat om waarschijnlijkheidsredeneringen. Het aantreffen van drugs onder voornoemde omstandigheden maakt het zeer waarschijnlijk dat de verdachte handelt in drugs en rechtvaardigt om die reden de conclusie dat de betrokken persoon in drugs handelt. Absolute zekerheid is niet te verkrijgen. Er zal altijd een sprong moeten worden gemaakt, een sprong van bekende feiten (verdachte heeft een grote hoeveelheid drugs en contant geld op zak, etc.) naar nieuwe, onbekende feiten of hypothesen (verdachte handelt in drugs).⁴⁷ Dit type redeneren wordt ook wel aangeduid als *inferential reasoning*. De conclusie behelst altijd een zekere mate van onzekerheid en is in die zin te kenmerken als een waarschijnlijkheidsoordeel. Wellicht had de verdachte in het genoemde voorbeeld de drugs bij zich voor iemand anders, was het niet zijn telefoon en hebben de getuigen zich vergist toen zij - aan de hand van een getoonde foto - de verdachte identificeerden als hun dealer. Die mogelijkheden bestaan, maar zullen zonder nadere onderbouwing door menig rechter of jury als onwaarschijnlijk terzijde worden geschoven. Dat het in de kern gaat om redeneringen van probabilistische aard waarbij uiteindelijk een categorische beslissing moet

45 Schum 1994, p. 32 en Broeders 2003, p. 168.

46 Anderson, Schum & Twining 2005, p. 262.

47 Broeders 2003, p. 168 en Cleiren 2010, p. 264.

worden genomen, betekent dat fouten onvermijdelijk en rechterlijke oordelen feilbaar zijn.

Niet alleen het inductieve karakter van de redeneringen en gebruikte generalisaties maken dat het proces van bewijzen met onzekerheid gepaard gaat. Er is een aantal factoren dat hieraan bijdraagt. Allereerst moet worden beslist op basis van een incomplete verzameling van gegevens: men heeft niet het overzicht en de beschikking over alle relevante informatie. Daar komt bij dat bewijsmateriaal zelden eenduidig is en dwingt tot een bepaalde conclusie. Zo kan een bewijsstuk soms op meerdere wijze worden geïnterpreteerd of zijn er op het niveau van de constructie alternatieve verklaringen mogelijk die niet allemaal door bewijsmateriaal kunnen worden afgedekt. Bovendien is er ook het probleem van de waarheidsgetrouwheid van het bewijsmateriaal dat aan de beslissing ten grondslag wordt gelegd: wordt de werkelijkheid wel op de accurate wijze weergegeven?⁴⁸ Deze problemen doen zich ook in het recht voor. Het gaat ook in het recht om het beslissen op incomplete en meerduidige informatie waarvan de juistheid niet vaststaat en waarbij niet al het bewijsmateriaal in dezelfde richting wijst. Indien in voornoemd voorbeeld aan de kwaliteit van de herkenningen kan worden getwijfeld en er vervolgens twijfels ontstaan over waar de telefoon is aangetroffen (bijvoorbeeld op de achterbank, terwijl zich ook andere personen in de auto bevonden) dan wordt daarmee de onzekerheid vergroot en ontstaat de situatie dat getwijfeld kan worden of het nog wel gerechtvaardigd is om tot een positieve bewijsbeslissing te komen.

2.3.3 Bijzonderheden van strafrechtelijk bewijzen

Dat het proces van bewijzen in het strafproces in de kern is terug te voeren op empirische vaststellingen waarbij het gaat om beslissen in onzekerheid, betekent niet dat bewijzen in de strafrechtelijke context niet een aantal bijzonderheden kent. Eén daarvan is hiervoor al aangestipt, te weten de sterke verwevenheid tussen feit en norm. Het strafrechtelijk bewijzen kenmerkt zich vanzelfsprekend ook door het bewijsthema: het accent ligt niet op het ontdekken en vaststellen van algemene wetmatigheden, maar het onderzoek richt zich op een gebeurtenis binnen één concrete episode en is in beginsel op het verleden gericht.⁴⁹ In deze paragraaf wordt nader ingegaan op een aantal andere bijzonderheden gelegen in de context.

⁴⁸ Anderson, Schum & Twining 2005, p. 246 en Schum 2003, p. 33 e.v.

⁴⁹ Nijboer 2009, p. 53. In die zin vertoont strafrechtelijk bewijzen een parallel met de geschiedwetenschap, waarbij men op grond van gegevens tracht te achterhalen hoe het in het verleden is geweest. In dit verband wordt ook wel gesproken van 'retrodictie': het doen van voorspellingen naar het verleden gekeerd (Van Peursem 1980, p. 73).

2.3.3.1 Niet-epistemologische waarden

Kenmerkend voor feitenonderzoek en bewijs in het strafproces is dat het waarheidsvinding binnen een sterk geformaliseerde context betreft waarbij het recht beperkingen oplegt aan de wijze waarop bewijsmateriaal wordt vergaard en gewogen. Weliswaar stelt men zich in het strafproces tot doel om de ware toedracht te achterhalen, dit dient wel te geschieden met inachtneming van andere op het spel staande waarden. Laudan spreekt in dit verband van niet-epistemologische beleidswaarden (*non-epistemic policy values*). Hieronder moeten de waarden worden begrepen die voor het strafproces en de samenleving van belang zijn, maar die niet (primair) zijn gegrond in het proces van waarheidsvinding en waarvan inachtneming eenvoudig kan conflicteren met de zoektocht naar de waarheid.⁵⁰ Die waarden hangen hoofdzakelijk samen met de eerder genoemde doelen van het strafproces en omvatten onder meer de bescherming van rechten van personen die bij de procedure zijn betrokken en het efficiënte gebruik van middelen. Onder niet-epistemologische waarden worden ook buiten de procedure gelegen maar door het recht beschermde maatschappelijke waarden begrepen, zoals het door het professionele verschoningsrecht gewaarborgde belang van algemene toegankelijkheid tot medische zorg.⁵¹

Dat deze niet-epistemologische waarden het zoeken naar de waarheid en het proces van bewijzen in een concreet geval kunnen beïnvloeden, laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Het kan zijn dat voor de bewijsbeslissing potentieel relevant bewijsmateriaal buiten beschouwing moet worden gelaten, omdat het materiaal niet op rechtmatige wijze is verkregen terwijl het op zichzelf bezien wel bewijzende waarde heeft.⁵² In dit verband kan worden gedacht aan de inbeslagname van verdovende middelen in een huis zonder dat er een bevel tot doorzoeking is afgegeven. De niet-epistemologische waarden hebben niet alleen betrekking op het materiaal dat de rechter (of jury) ten grondslag aan zijn beslissing mag leggen, maar zijn ook van invloed op het door hemzelf te verrichten onderzoek. Zo kunnen de belangen van een getuige in de weg staan aan de oproeping van deze getuige ter terechtzitting ten behoeve van de beoordeling van de waarachtigheid van door hem afgelegde verklaringen. In het concrete geval zal een afweging tussen de verschillende aan het proces ten grondslag liggende waarden moeten worden gemaakt, waarbij de epistemologische waarde van het 'beste' bewijs niet altijd zal prevaleren. Zo zal ook

⁵⁰ Laudan 2006, p. 2.

⁵¹ Laudan 2006, p. 2. Zie voor andere belangen die met het verschoningsrecht zijn gemoeid Brants & Spronken 2006, p. 2.

⁵² Hierin verschilt de juridische, geformaliseerde context van bijvoorbeeld de epistemologische context.

het belang van het afdoen van een zaak binnen een redelijke termijn moeten worden afgewogen tegen het belang van meer en beter onderzoek.⁵³

Zoals in het volgende hoofdstuk nog duidelijk zal worden, spelen niet-epistemologische waarden bij getuigenbewijs meer dan bij ander bewijsmateriaal een grote rol, in die zin dat de bescherming van de belangen van de persoon van de getuige soms voorrang krijgt boven een 'optimale' waarheidsvinding.

2.3.3.2 Definitieve bewijsbeslissing en asymmetrie ten voordele van verdachte

Als verschil met andere domeinen van kennisverwerving wordt ook wel genoemd de finaliteit van het uiteindelijke oordeel en de verplichting om binair te beslissen.⁵⁴ De rechter moet een oordeel geven. Dit oordeel is bindend en zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan in beginsel definitief.⁵⁵ Anders dan in de wetenschap waar bevindingen in beginsel voorlopig zijn,⁵⁶ moet een strafzaak op een zeker moment tot een einde komen.⁵⁷ De rechter heeft daarbij maar twee opties: ofwel hij verklaart het feit bewezen ofwel hij spreekt vrij.⁵⁸ Zoals we in § 2.3.2.2 zagen is deze beslissing gebaseerd op een inductieve redenering. Mede daarom is het voor de rechter onmogelijk om een dwingende conclusie te trekken over de juistheid van hetgeen aan de verdachte is ten laste gelegd. Er wordt van hem echter wel een categorische beslissing verwacht.⁵⁹ De rechter spreekt zich namelijk niet uit over hoe waarschijnlijk het is dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd, maar oordeelt – in geval van een positieve bewijsbeslissing – dát de verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd.⁶⁰ Het (impliciete) waarschijnlijkheidsoordeel wordt omgezet in een categorisch oordeel.

De rechter dient in elke zaak een bindend oordeel te geven. Hij moet uitspraak doen en het tenlastegelegde feit al dan niet bewezen achten. Kenmerkend voor bewijzen in het strafproces is dat twijfel wordt beslecht ten gunste van de verdachte (*in dubio pro reo*). Er wordt een hoge bewijsstandaard aangelegd. Zo mag de rechter in veel continentale rechtsstelsels pas tot een bewezenverklaring komen indien hij overtuigd is van de juistheid van het ten laste gelegde. In het Anglo-Amerikaanse recht geldt de eis van *beyond reasonable doubt*, wat betekent dat in geval van redelijke twijfel moet worden vrijgespro-

53 Nijboer 2011, § 10.4.2.

54 Nijboer 2011, § 10.4.2.

55 Wel bestaat in veel stelsels de mogelijkheid tot herziening van een strafzaak op het moment dat sprake is van een nieuw feit.

56 Het staat een wetenschapper immers vrij om, indien gegevens opduiken die nopen tot herinterpretatie van zijn eerdere bevindingen, zijn conclusies aan te passen. Zie meer uitvoerig Nijboer 2011, § 1.3.2.

57 Zie op dit punt (*lites finiri oportet*) uitvoeriger Crijns 2008, p. 29 e.v.

58 Een jury in Anglo-Amerikaanse stelsels heeft de keuze uit '*guilty or not guilty*'.

59 Broeders 2005, p. 14. Zie ook Ho 2008, p. 66.

60 Hij zal echter niet zeggen dat de verdachte het strafbare feit niet heeft gepleegd.

ken.⁶¹ Kenmerkend voor het strafproces ten opzichte van andere rechtsgebieden is in dit opzicht wat Nijboer noemt het ‘asymmetrisch beslissingsprincipe’ of wat Laudan bestempelt als de *pro-defendant bias*.⁶² Beiden betogen (vrij vertaald) dat in het strafrechtelijk bewijsstelsel een asymmetrie tot uitdrukking wordt gebracht ten voordele van de verdachte. Zo laat Nijboer aan de hand van de overtuigingseis en de eis dat strafuitsluitende omstandigheden slechts aannemelijk behoeven te zijn om veroordeling te verhinderen, zien dat in geval van redelijke twijfel de verdachte het voordeel van de twijfel krijgt (*in dubio pro reo*).⁶³ Laudan gaat uit van eenzelfde vooronderstelling. Hij stelt dat waar het de distributie van fouten betreft, men in het strafrecht de voorkeur geeft aan de vrijspraak van schuldigen (vals negatieven) boven de veroordeling van onschuldigen (vals positieven). Dit vanuit de gedachte ‘beter tien schuldigen op vrije voeten, dan één onschuldige in de cel’. In zijn optiek is de (impliciete) functie van veel Anglo-Amerikaanse bewijsregels, zoals de bewijsstandaard *beyond reasonable doubt*, het verschuiven van de balans tussen vals positieve beslissingen en vals negatieve beslissingen ten voordele van die laatste, ook als dit ten koste gaat van de accuratesse van rechterlijke uitspraken in zijn algemeenheid.⁶⁴ Deze asymmetrie zien we ook terug in het denken over rechterlijke dwalingen: aan het veroordelen van onschuldigen wordt binnen het strafrecht zwaarder getild dan een vrijspraak van een mogelijk schuldig persoon. De verhouding tussen het aantal vals negatieven en vals positieven wordt in de literatuur aangeduid als de *Blackstone-ratio* (naar Engelse jurist William Blackstone).⁶⁵ Blackstone noemde zelf een numerieke verhouding van 10:1, maar dit is onderwerp van veel debat.⁶⁶ De onderliggende gedachte is echter helder: het veroordelen van onschuldigen dient zoveel mogelijk te worden voorkomen, hetgeen zijn weerslag vindt in het bewijsrecht.

2.3.4 Gangbare redeneerprocessen

Bij het proces van bewijzen is een belangrijke rol weggelegd voor logisch redeneren en argumenteren. In het proces van bewijzen wordt van verschillende redeneerwijzen gebruikgemaakt. Hoewel de feitenvaststelling primair tot

61 Zie over de bewijsstandaarden meer uitvoerig § 4.2.5.

62 Nijboer 2011, § 1.3.3; Laudan 2006, p. 136.

63 Nijboer 2011, § 1.3.3.

64 Laudan 2006, p. 123. Laudan baseert zijn analyse op de bewijsregels zoals die gelden in de Verenigde Staten. Zoals in hoofdstuk 4 nog duidelijk zal worden hebben de bewijsregels in Anglo-Amerikaanse stelsels een iets andere functie dan in continentale stelsels zoals het Nederlandse.

65 Het adagium van Blackstone luidde: ‘Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffers’. Zie over de relatie met de onschuldpresumptie Van Sliedregt 2009, p. 21-22.

66 Zie voor een bespreking Volokh 1997, p. 173-211.

stand komt met behulp van een inductieve redenering, komen er ook deductieve en abductieve redeneerprocessen bij kijken. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de verschillende redeneerprocessen.

Als gezegd gaat het bij bewijzen in het strafrecht primair om een inductieve redeneerwijze. Het gaat immers om het trekken van een conclusie uit een beperkt aantal individuele waarnemingen. Bij inductie is men snel geneigd om te denken aan enumeratieve inductie, dat verloopt volgens het patroon: de eerste zwaan is wit, de tweede zwaan is wit..., de honderdste zwaan is wit, dus alle zwanen zijn wit. Inductieve redeneerwijzen doen zich echter voor in vele variaties.⁶⁷ Bij strafrechtelijk bewijzen heeft inductie de volgende vorm:

- (a) De politie ontvangt een melding over geschreeuw in de woning van A en B.
 - (b) A wordt dood op grond aangetroffen met messteken in haar hele lichaam.
 - (c) B zit naast haar, houdt een bebloed mes in zijn hand en roept 'wat heb ik gedaan?'
 - (d) A en B hebben geschiedenis van huiselijk geweld.
- Conclusie: B heeft A van het leven beroofd.

Inducties worden ook wel aangeduid als *ampliative*, dat wil zeggen dat de inhoud van de conclusie verder strekt dan de inhoud van de premissen.⁶⁸

Deductieve redeneerwijzen worden vooral gebruikt wanneer de vertaalslag moet worden gemaakt van de vastgestelde feiten naar de algemene leerstukken van het materiële recht. De deductie neemt dan de vorm aan van een syllogisme. De majorpremissie wordt gevormd door de regel, de minorpremissie door het feit. In geval van moord ziet de (impliciete) redenering ziet er dan als volgt uit.

Hij die een ander opzettelijk en met voorbedachte rade van het leven berooft, pleegt moord.
Verdachte beroofde opzettelijk en met voorbedachte rade zijn vrouw van het leven.
Verdachte pleegde moord.

De voorgaande redenering is weliswaar logisch geldig, maar de conclusie hoeft niet juist te zijn. De juistheid van de minor (dat verdachte zijn vrouw opzettelijk en met voorbedachten rade van het leven heeft beroofd) staat immers niet vast.⁶⁹ Deze wijze van deductief redeneren leidt dus niet tot zekerheid. Een dergelijke wijze van redeneren wordt niet alleen gebruikt bij de vraag hoe

⁶⁷ Zie Schum 1994, p. 25 e.v.

⁶⁸ Schum 1994, p. 69.

⁶⁹ De vaststelling dat de verdachte handelde zonder toestemming is immers op basis van een inductieve redenering vastgesteld en de vaststelling draagt om die reden een probabilistisch karakter.

een strafbare gedraging moet worden gekwalificeerd, maar ook bij het bewijzen van meer kwalificatieve bestanddelen van een delict.⁷⁰

Deductieve redeneerwijzen zijn ook te herkennen wanneer gebruik wordt gemaakt van generalisaties of juridische veronderstellingen. Wigmore stelt in dit verband het volgende: 'Every inductive inference is at least being transmuted into and stated in deductive form, by forcing into prominence the implied law or generalization on which it rests more or less obscurely'.⁷¹ In dat geval wordt de majorpremissie niet gevormd door een regel, maar door een generalisatie of veronderstelling. Een voorbeeld van een generalisatie die veelvuldig wordt gebruikt in drugszaken, is dat mensen plegen te weten wat er in hun koffer zit ten behoeve van de vaststelling van het opzet. De mededeling van een verdachte dat hij zijn koffer zelf heeft ingepakt, kan leiden tot de inductieve gevolgtrekking dat de verdachte wist dat hij drugs bij zich had. Er ligt impliciet ook een (quasi)deductieve redenering aan deze gevolgtrekking ten grondslag.⁷²

Mensen die zelf hun koffer inpakken, weten wat er in hun koffer zit.

Verdachte heeft zelf zijn koffer ingepakt.

Verdachte wist wat er in zijn koffer zat.

In dit voorbeeld wordt de inductieve manier van redeneren omgezet in een quasideductieve vorm door het identificeren en articuleren van de generalisatie waarop de gevolgtrekking (dat verdachte wist wat er in zijn koffer zat) berust.⁷³

Een redeneervorm verwant aan inductie en die tevens in het strafproces een rol speelt, is abductie dat door sommigen ook wel wordt aangeduid als *inference to the best explanation*. Bij abductie gaat het om het genereren en toetsen van hypothesen over wat er is gebeurd aan de hand van gedane waarnemingen. Dit speelt vooral een rol in het opsporingsonderzoek waar men aan de hand van de bekende feiten verschillende scenario's moet bedenken en onderzoeken. Abductie kan echter niet alleen worden gebruikt in het onderzoek, maar ook bij de beslissing zelf.⁷⁴ Een abductieve redeneerwijze kan uitkomst bieden wanneer voor de beschikbare feiten verschillende verklaringen mogelijk zijn en een inductief redeneerproces alleen geen soelaas biedt. In dat geval

70 Kwalificatieve bestanddelen zijn wetstermen die in de tenlastelegging zijn overgenomen.

71 Wigmore 1937, p. 21.

72 De term quasi deductief redeneren heeft betrekking op de deductieve redeneringen die ten dienste staan van een primair inductieve aanpak.

73 Anderson, Schum & Twining 2005, p. 100. In het voornoemde voorbeeld is het aan de verdachte om deze veronderstelling te ontkrachten.

74 Zie Amaya 2009, p. 135-139. Anderson en collega's zien alleen een rol weggelegd bij genereren van hypothesen, maar niet bij het selecteren (Anderson, Schum & Twining 2005, p. 99).

wordt de meest waarschijnlijke verklarende hypothese aangenomen. De redeneerwijze is als volgt.

Fi ... Fn zijn feiten die een verklaring behoeven.

Hypothese H verklaart feiten Fi... Fn.

Geen van de beschikbare concurrerende hypothesen verklaart de feiten Fi... Fn zo goed als H.

Daarom is H waarschijnlijk waar.⁷⁵

Net als bij een inductie valt geen zekerheid te verkrijgen over de juistheid van de verklarende hypothese, maar deze wordt op grond van zijn (mate van) waarschijnlijkheid als waar aangenomen.⁷⁶ In een abductief redeneerproces wordt hypothese H verworpen zodra is vastgesteld dat concurrerende hypothese B een betere verklaring biedt voor de beschikbare feiten. Bij het gebruik van een dergelijke redeneerwijze is het van belang om te beschikken over criteria die een gefundeerde keuze tussen verschillende hypothesen mogelijk maken.⁷⁷ Bij de keuze van de meest waarschijnlijke verklaring speelt coherentie een belangrijke rol. Volgens de theorie van het coherentisme kan een keuze voor een bepaalde verklaring/lezing gerechtvaardigd zijn wanneer deze coherent is met het geheel aan de voorhanden zijnde kennis. Coherentie speelt een belangrijke rol in de hierna nog uiteen te zetten narratieve theorie over bewijs.

Hiervoor is aangegeven dat een positieve bewijsbeslissing, dat wil zeggen het aannemen van de hypothese neergelegd in de tenlastelegging, niet mogelijk is louter via deductieve redenering. Het proces als geheel is immers inductief dan wel abductief, waarbij soms gebruik wordt gemaakt van (quasi)deductieve redeneringen. Echter, een deductieve redenering kan wel worden gebruikt om een bepaalde hypothese of lezing te verwerpen. De hypothese neergelegd in de tenlastelegging kan op deze manier worden gefalsificeerd. Falsificatie is mogelijk indien een feit als vaststaand kan worden aangenomen dat de in de tenlastelegging verwoorde hypothese ontkracht. Stel, de officier van justitie neemt in de tenlastelegging op dat de verdachte op 1 maart 2011 in Leiden een moord heeft gepleegd door eigenhandig het slachtoffer met een pistool

75 Amaya 2009, p. 136. We zien hier een parallel met de hierna nog te bespreken *likelihood ratio*, dat gaat over de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothese van schuld gedeeld door de waarschijnlijkheid van bevindingen gegeven de hypothese van onschuld. Een hoge *likelihood ratio* van het bewijsmateriaal verhoogt de kans dat de hypothese van schuld waar is. Zie § 2.4.3.

76 In de *Stanford Encyclopedia of Philosophy* wordt het onderscheid tussen inductie en abductie als volgt toegelicht: '(...) the best way to distinguish between induction and abduction is this: both are ampliative, meaning that the conclusion goes beyond what is (logically) contained in the premises (which is why they are non-necessary inferences), but in abduction there is an implicit or explicit appeal to explanatory considerations, whereas in induction there is not; in induction, there is only an appeal to observed frequencies or statistics'.

77 Giard 2010, p. 157.

door het hoofd te schieten. Op het onderzoek ter terechtzitting blijkt dat de verdachte in kwestie op die dag een sluitend alibi heeft inhoudende dat hij zich op de bewuste datum voor een congres in Nieuw-Zeeland bevond. In dat geval zal de rechter de verdachte vrijspreken. Deze vrijspraak berust op een deductieve redenering, waarmee de hypothese neergelegd in deze tenlastelegging wordt gefalsificeerd.⁷⁸

Op de Nederlandse strafvorderlijke praktijk, daarmee vooruitlopend op het tweede deel van dit onderzoek, bestaat de kritiek dat het onderzoek en de daarmee samenhangende redeneerprocessen te weinig zijn gericht op het falsificeren van de door de officier van justitie aangedragen hypothese, maar vooral verificatoir van aard zijn. Een verificatoir redeneerproces verloopt langs de volgende lijnen.

Hypothese H biedt verklaring voor feiten $F_i \dots F_n$.

De feiten F_i en F_n kunnen worden vastgesteld (of juist niet).

Hypothese H is waar (of wordt verworpen).

Bij een dergelijke werkwijze wordt de hypothese uit de tenlastelegging slechts getoetst aan de hand van de in het dossier beschikbare gegevens in plaats van dat de rechter zich richt op falsificatie van de tenlastelegging. Het manco van een dergelijke redeneerwijze is daarin gelegen dat het feit dat de betrouwbaarheid van feiten F_i en F_n kan worden vastgesteld, geen zekerheid biedt over de juistheid van hypothese H. Er kunnen immers ook alternatieve - en wellicht betere - verklaringen zijn voor het aantreffen van deze feiten. Wanneer verschillende verklaringen voor het aantreffen van bepaald bewijsmateriaal met elkaar concurreren, kan een verificatoir redeneerproces dan ook geen uitsluitsel bieden. Op deze problematiek die inherent lijkt te zijn aan het Nederlandse stelsel, wordt in § 9.7.2.4 nader ingegaan.

2.4 THEORIEËN OVER BEWIJS: ATOMISTISCH EN HOLISTISCH

Hiervoor is stilgestaan bij enkele algemene en bijzondere kenmerken van het proces van bewijzen in het strafproces en daarbij gehanteerde redeneerwijzen. Er is nog niet ingegaan op de vraag hoe een rechter of jury op basis van het bewijsmateriaal tot een beslissing komt of moet komen. Hier is in de literatuur het nodige over geschreven. Globaal kan onderscheid worden gemaakt tussen atomistische en holistische benaderingen. In de atomistische benadering wordt elk bewijsstuk afzonderlijk geanalyseerd en gewogen, terwijl in de holistische

⁷⁸ Immers, hypothese H veronderstelt dat de dader aanwezig was op de plaats delict; verdachte is niet aanwezig op de plaats delict; hypothese H wordt verworpen. Dat wil overigens niet zeggen dat de verdachte niet de dader is. Mogelijk heeft de officier van justitie niet de juiste datum ten laste gelegd en heeft het schietincident op een andere datum plaatsgevonden, maar dan vergt de hypothese aanpassing.

benadering de aandacht uitgaat naar de bewijsconstructie als geheel, waarbij het voorhanden zijnde bewijsmateriaal in zijn onderlinge samenhang wordt gezien en ervan uit wordt gegaan dat de bewijsbeslissing meer is dan de som der delen.⁷⁹ Atomistische benaderingen worden wel getypeerd als *bottom-up* en holistische benaderingen als *top-down*. In deze paragraaf zal een schets worden gegeven van enkele bewijstheorieën zoals die worden gehanteerd in relatie tot bewijzen in het (straf)recht.

2.4.1 Argumentatieve schematische benaderingen

Een manier om tot een bewezenverklaring te komen, is met behulp van argumenten. Bij de argumentatieve benadering gaat het om door middel van logisch redeneren gebaseerd op premissen tot een conclusie te komen, waarbij gebruik wordt gemaakt van de redeneerwijzen zoals hiervoor geschetst. Om dit proces enigszins te structureren opdat geen stappen worden overgeslagen, heeft J.H. Wigmore in het begin van de vorige eeuw een model ontworpen waarin de relatie tussen het beschikbare bewijsmateriaal en de proposities centraal staat, de zogenaamde *evidence chart*. Het beschikbare bewijsmateriaal wordt stapsgewijs geanalyseerd en in een schema gezet. Met behulp van symbolen en tekens worden in dat schema de verschillende type relaties tussen argumenten weergegeven. Deze schematische benadering kan worden gebruikt om grote hoeveelheden bewijsmateriaal te rangschikken, relaties tussen individuele bewijsstukken en de te bewijzen proposities bloot te leggen en om alle verborgen stappen in een bewijsredenering aan de oppervlakte te brengen. Het is in die zin een *bottom-up* benadering: eerst worden alle bewijsstukken afzonderlijk geanalyseerd en vervolgens wordt gekeken naar de onderlinge relatie en de relatie met de te bewijzen propositie.⁸⁰ Naast de *evidence chart* kunnen ook vereenvoudigde modellen worden gehanteerd, zoals de *outline* methode.⁸¹

Het voordeel van het schematisch in kaart brengen van het beschikbare bewijsmateriaal is dat het zichtbaar maakt welke redeneerstappen zijn genomen. Eventuele zwakke gevolgtrekkingen of vergezochte generalisaties die nodig zijn om de argumentatie sluitend te maken, kunnen daarmee worden blootgelegd. In een dergelijke benadering wordt de bewijsredenering gezien als een keten van argumenten: als een schakel zwak is of berust op een misvatting dan wordt de bewijsketen logischerwijs doorbroken.⁸² Het nadeel van de schematische benadering is dat het maken van een schema een zeer tijdrovende exercitie is en het in complexe zaken niet mogelijk is om alles in schema te zetten. Daarbij komt dat verzamelde feiten soms multi-interpretabel

79 Twining 2006, p. 309.

80 Malsch & Freckelton 2009, p. 122.

81 Anderson, Schum & Twining 2005, p. 145 e.v.

82 Malsch & Freckelton 2009, p. 121.

zijn en – zoals hiervoor duidelijk werd – pas betekenis krijgen in een bepaalde context. Het kan bijna niet anders dan dat de analyse van het bewijsmateriaal in de praktijk geschiedt met een verhaal of een theorie in het achterhoofd. Dit wordt door voorstanders van argumentatieve schematische benaderingen ook wel erkend. Voorts geldt als kritiekpunt dat de theorievorming over schema's geen duidelijkheid biedt over welke mate van verfijning van het schema noodzakelijk is om tot een zinvol niveau van analyse te komen.⁸³

Een andere argumentatieve benadering die in dit verband kan worden genoemd, is de pragma-dialectiek, een argumentatietheorie ontworpen door Van Eemeren en Grootendorst. In deze theorie, die geïnspireerd is op het kritisch rationalisme van Karl Popper, staat de kritische discussie centraal. Argumentatie wordt gezien als deel van een discussie die als doel heeft een verschil van mening tussen twee partijen op te lossen.⁸⁴ Het pragma-dialectisch model dient als instrument om te bepalen of een standpunt waarover verschil van mening bestaat, houdbaar is in het licht van de kritische reacties van de persoon die dit standpunt ter discussie stelt. In deze benadering wordt de verdediger van een bepaald standpunt de 'protagonist' genoemd en de aanvaller de 'antagonist'. De theorie heeft – zoals de aanduiding al doet vermoeden – zowel dialectisch als een pragmatisch aspect. Het pragmatisch aspect verwijst naar de pragmatiek als studie van het gebruik van taal en heeft betrekking op de communicatieve en interactieve regels voor het gebruik van argumentatieve taal in verschillende discussiesituaties. Het dialectisch aspect verwijst naar de dialectica als de 'leer' van het discussiëren en heeft betrekking op de kritische test van het standpunt dat ter discussie staat.⁸⁵ In de pragma-dialectische benadering wordt een standpunt aanvaard op het moment dat de protagonist zijn gezichtspunt succesvol heeft verdedigd op basis van gemeenschappelijke discussieregels tegen de kritische reacties van de antagonist of wanneer de antagonist het standpunt succesvol heeft aangevallen. Juridisch redeneren kan in deze benadering worden gezien als een vorm van kritische discussie.⁸⁶ Om vast te stellen of de informatie die door een van de partijen naar voren is gebracht valide is, moet een analyse worden gemaakt van de elementen die relevant zijn voor de argumentatie. Alleen wanneer de argumenten – en de ongearticuleerde premissen waarop deze zijn gebaseerd – bestand zijn tegen rationele kritiek, mogen zij meewerken aan het bewijs.

Volgens Malsch en Freckelton verschilt de pragma-dialectische benadering van de Wigmoreaanse analyse daarin dat deze zich vooral bezighoudt met de regels van het debat die een juiste uitkomst moeten genereren, terwijl de Wigmoreaanse benadering bewijsstukken neemt zoals ze zijn en daartussen

⁸³ Van Koppen 2011, p. 242.

⁸⁴ In de retorische benadering wordt ervan uitgegaan dat argumentatie tot doel heeft het publiek te overtuigen (Wagemans 2009, p. 44).

⁸⁵ Vgl. Feteris 1999, p. 161 en Wagemans 2009, p. 242.

⁸⁶ Feteris 1999, p. 163.

verbanden tracht te leggen. Niettemin wordt bij beide benaderingen begonnen vanuit de individuele bewijsstukken en worden deze onafhankelijk van elkaar bekeken. De sterkte van de elementen worden vastgesteld en de relaties tussen deze elementen worden in kaart gebracht.⁸⁷ Argumentatieve benaderingen gaan primair uit van een bottom-up werkwijze.

2.4.2 Narratieve benadering

De narratieve benadering gaat niet uit van de individuele bewijsstukken maar van het verhaal. De gedachte is dat individuele bewijsstukken pas betekenis krijgen wanneer deze in de context van een verhaal worden geplaatst. Het verhaal dat in het strafproces tot uitgangspunt wordt genomen is het verhaal zoals ten uitdrukking gebracht in de tenlastelegging. De narratieve benadering wordt in Nederland gepropageerd door Crombag, Van Koppen en Wagenaar in hun 'theorie van verhaal en verankering' die daarbij voortborduren op het gedachtegoed van Pennington en Hastie. De narratieve benadering is vooral geïnspireerd op het Anglo-Amerikaanse partijenproces waarin zowel de vervolgende als verdedigende partij een eigen verhaal aan de jury presenteert. In de theorie van verhaal en verankering is het *verhaal* uit de tenlastelegging het uitgangspunt. De theorie komt er kort gezegd op neer dat de rechter kijkt (of moet kijken) naar het verhaal in de tenlastelegging en de onderdelen van het verhaal vervolgens toetst aan de bewijsmiddelen, die op hun beurt weer worden *verankerd* in algemeen aanvaarde kennis. Het gaat om een proces van 'stapsgewijze regressie van het verhaal naar de vaste grond van algemeen aanvaarde kennis'.⁸⁸ De gedachte is dat hoe verder wordt afgedaald in de hiërarchie van deelverhalen en hoe steviger wordt verankerd in algemeen aanvaarde kennis, hoe veiliger de bewijsconstructie.⁸⁹ Bewijsmiddelen worden in de theorie van Crombag, Van Koppen en Wagenaar gezien als deelverhalen die op dezelfde manier als het overkoepelende verhaal moeten worden verankerd in algemene kennis.⁹⁰ Bij de toetsing van verklaringen gaat het erom het verhaal zover te ontleden totdat men uitkomt bij min of meer 'veilige' kennis die door iedereen in de maatschappij wordt gedeeld.⁹¹ Volgens Aben expliciteert het proces van verankering de structuur van het proces van bewijzen, maar heeft het 'op zichzelf geen meerwaarde boven hetgeen de argumentatieleer tot onderwerp heeft en ons reeds leert'.⁹²

87 Malsch & Freckelton 2009, p. 123.

88 Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2005, p. 455.

89 Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2005, p. 72-73.

90 Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2005, p. 18.

91 Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2005, p. 447.

92 Aben 2011, p. 48.

De narratieve benadering kan worden gekenmerkt als overwegend top-down, omdat het proces van bewijzen begint met een verhaal houdende een (voorlopige) conclusie over de feiten zoals verwoord in de tenlastelegging, waarna het redeneerproces vervolgt met het verhaal als uitgangspunt. Het gebruik van verhalen voor de reconstructie van het verleden is gebaseerd op de herkenning van patronen, waarbij voortdurend wordt gebruikgemaakt van alledaagse generalisaties en algemene kennis.⁹³ Soms worden deze expliciet benoemd in de door de rechter gehanteerde bewijsredenering als zogenaamde ‘feiten van algemene bekendheid’, maar veel vaker geschiedt het gebruik van generalisaties en algemene kennis impliciet.⁹⁴ Elementen die van belang zijn bij de beoordeling van een verhaal zijn: dekking, coherentie, uniciteit en *quality of fit*.⁹⁵ Uit onderzoek van Pennington & Hastie blijkt dat van een goed verhaal, dat wil zeggen een verhaal met een duidelijke structuur, plot en motief, grote overtuigingskracht uitgaat.⁹⁶

Het gevaar van het gebruiken van verhalen is dat op basis van de beschikbare feiten vaak meerdere verhalen mogelijk zijn en het meest plausibele verhaal niet altijd ook het juiste verhaal hoeft te zijn. Daarnaast bestaat het gevaar dat een gepresenteerd verhaal in een te vroeg stadium wordt geaccepteerd en dat latere informatie die in strijd is met het verhaal niet voldoende gewicht krijgt of wordt weggeredeneerd. Verhalen zijn tevens gebaseerd op generalisaties die niet altijd hoeven te kloppen. Het risico is dus dat de rechter gebruikmaakt van onveilige ankers. In een holistische benadering staan afzonderlijke elementen in de bewijsconstructie daarbij meer op de achtergrond, waardoor tegenstrijdigheden tussen de samenstellende delen in deze benadering relatief onderbelicht blijven.⁹⁷ De kritiek op de theorie van verhaal en verankering zoals aanvankelijk ontwikkeld door Crombag, Van Koppen en Wagenaar was dat deze uitsluitend uitgaat van het verhaal zoals dat in de tenlastelegging is neergelegd. Het gaat daarbij niet om het toetsen van twee hypothesen tegen elkaar, maar uitsluitend om een systematisch onderzoek naar de schuldhypothese zoals die in de tenlastelegging door het Openbaar Ministerie is verwoord.⁹⁸ Het probleem van deze benadering is dan ook dat zij in de kern uitsluitend een verificatoir karakter heeft. Vanuit de literatuur is aangevoerd dat het aandragen van positief bewijs niet voldoende is voor het aannemen van een bepaald verhaal als (hoogstwaarschijnlijk) waar. Er dient

93 Malsch & Freckelton 2009, p. 120.

94 Expliciete benoeming van deze algemene feiten is in het Nederlandse strafproces noodzakelijk indien een bepaald onderdeel van de bewezenverklaring niet wordt ‘gedekt’ door de bewijsmiddelen, maar wel volgt uit algemeen aanvaarde kennis. Zie voor een uiteenzetting van het gebruik van feiten van algemene bekendheid Stevens 2012, p. 69-82.

95 Pennington & Hastie 1993, p. 198-199.

96 Zie Pennington & Hastie 1993, p. 192-221. Het verhaal dat de jury construeert, bepaalt in belangrijke mate de uitkomst van de bewijsbeslissing.

97 Malsch & Freckelton 2009, p. 119.

98 Wagenaar 2010, p. 361.

tevens gekeken te worden of de aangetroffen feiten mogelijk niet op andere wijze kunnen worden verklaard en de door het Openbaar Ministerie aangedragen hypothese kan worden gefalsificeerd.⁹⁹ Ondanks de voornoemde bezwaren blijkt dat verhalen in de praktijk bij het construeren van het bewijs een belangrijke rol spelen.¹⁰⁰

2.4.3 Probabilistische benadering

In de literatuur zijn ook auteurs die een probabilistische benadering voorstaan.¹⁰¹ Het betreft een noodzakelijke aanvulling op de voorgaande benaderingen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, behelst het rechterlijk oordeel in de kern een waarschijnlijkheidsoordeel dat wordt omgezet in een categorisch oordeel. Bij het bepalen van de waarschijnlijkheid van het tenlastegelegde (de hypothese dat de verdachte het feit heeft begaan) komt de waarschijnlijkheidsleer om de hoek kijken. Een belangrijk inzicht dat het redeneren vanuit waarschijnlijkheid heeft gebracht, is dat het voor de evaluatie van bewijs van belang is om alternatieve hypothesen in de afweging mee te nemen (zie hiervoor) en dat individuele bewijsmiddelen alleen betekenis krijgen in relatie tot die concurrerende hypothesen.¹⁰² Derhalve moet niet alleen worden gekeken naar de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothese van schuld, maar ook naar de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothese van onschuld.¹⁰³ De bewijswaarde van een bepaald bewijsstuk ligt niet op voorhand vast. Of, en de mate waarin, bepaald bewijsmateriaal discrimineert tussen de ene en de andere hypothese, is afhankelijk van de inhoud van de concurrerende hypothesen. De waarde of kracht van bewijsmateriaal wordt tot uitdrukking gebracht in de zogenaamde diagnostische waarde, ook wel de aannemelijkheidsverhouding of *likelihood ratio* genoemd.¹⁰⁴ Een bewijsmiddel is diagnostisch indien de waarneming of het gevolg waarschijnlijker is wanneer de ene hypothese waar is (dat de verdachte bijvoorbeeld de donor van een bepaald DNA-spoor is) dan wanneer de andere hypothese waar is (dat een ander de donor van dat spoor is). Van belang bij het beoordelen van de bewijswaarde van bepaalde waarnemingen is dat het gaat om de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothesen en niet om de waarschijnlijkheid van de hypothesen gegeven de bevindingen.

⁹⁹ Derksen 2010, p. 79 en Elffers 2010, p. 369.

¹⁰⁰ Zie ook Aben 2011, p. 48, die stelt dat de verhaaltheorie wel een aardige beschrijving geeft van de gang van zaken in de raadkamer en dus niet alleen van toepassing is op juryrechtsspraak, maar ook op de Nederlandse rechtersrechtsspraak.

¹⁰¹ Zie bijv. Berger & Aben 2010a-c en het proefschrift van Broeders 2003.

¹⁰² Berger & Aben 2010b, p. 87 en Wagenaar 2005, p. 7.

¹⁰³ Sjerps 2008, p. 467.

¹⁰⁴ De Keijser e.a. 2009, p. 14.

Draait men het om, dan is sprake van een zogenaamde *prosecutor's fallacy*.¹⁰⁵ De diagnostische waarde of aannemelijkheidsverhouding kan worden bepaald door de kans dat het bewijsmateriaal wordt gevonden onder de ene hypothese, te delen door de kans dat hetzelfde materiaal wordt aangetroffen onder de andere hypothese.¹⁰⁶ Zo is de diagnostische waarde van een *DNA-match* heel groot, omdat de kans om dat bewijsmateriaal te vinden als de verdachte inderdaad de donor is heel erg groot is, terwijl de kans om dat bewijsmateriaal te vinden als een willekeurige derde persoon de donor is onwaarschijnlijk klein is.¹⁰⁷ De diagnostische waarde van een – op juiste wijze uitgevoerde – Oslo-confrontatie is bijvoorbeeld veel lager.¹⁰⁸ Er kunnen namelijk allerlei redenen zijn waarom er, ondanks dat de juiste procedure is gevolgd, toch een onjuiste identificatie volgt. Met andere woorden, hoe zeldzamer de bevinding, hoe hoger de diagnostische waarde is. Wanneer de verbinding wordt gelegd met de hiervoor besproken theorie van verhaal en verankering, kan worden gesteld dat bewijsstukken met hoge diagnostische waarde voor de rechter in beginsel een veiliger anker vormen dan bewijsstukken met een lage diagnostische waarde.

In de Bayesiaanse benadering houdt het met het vaststellen van de diagnostische waarde van een bepaald bewijsstuk niet op. Auteurs die een Bayesiaanse benadering voorstaan, stellen dat de kans dat de ene hypothese juist is (dat verdachte het feit heeft begaan) ten opzichte van de kans dat de andere hypothese juist is (dat een ander dan verdachte het feit heeft begaan), zich niet laat afleiden uit de bewijswaarde van de in het bewijsmateriaal vervatte bevindingen alleen.¹⁰⁹ Voor de inschatting van de waarschijnlijkheid van de hypothesen na het doen van een bevinding (*posterior odds*) dient een inschatting te worden gemaakt van de waarschijnlijkheid van de hypothesen voorafgaand aan de kennisneming van de bevindingen (*prior odds*).¹¹⁰ Hier is de regel van Bayes van toepassing: $\text{posterior odds} = \text{prior odds} \times \text{aannemelijkheidsverhouding}$. Deze regel geeft aan hoe de verhouding van waarschijnlijkheden verandert

105 De Keijser e.a. 2009, p. 12.

106 Wagenaar 2005, p. 3. Indien de bevindingen even waarschijnlijk is onder de verschillende concurrerende hypothesen (de diagnostische waarde = 1) dan komt de inhoud van het bewijsmateriaal geen bewijswaarde toe.

107 Nota bene, dit zegt alleen iets over de schuld of onschuld van de verdachte als de vaststelling dat de verdachte de donor was van bepaald biologisch sporenmateriaal, voor het bewijs ook relevant is. Met andere woorden, het begrip diagnostische waarde in relatie tot een DNA-materiaal heeft alleen betrekking op het donorschap en niet op de zogenaamde *ultimate issue*. Om dit verband te kunnen leggen, is een extra stap nodig, namelijk de vaststelling dat gaat om een daderspoor. Hoeveel waarde aan een *DNA-match* in een concrete zaak toekomt, is in die zin dus geheel afhankelijk van de context.

108 De diagnostische waarde van de Oslo-confrontatie ligt zo rond de 15. Dit betekent dat het aantreffen van aanwijzen van een verdachte is vijftien keer zo waarschijnlijk als verdachte de dader is dan als verdachte niet de dader is (Wagenaar & Veeffkind 1992, p. 275 e.v.)

109 Berger & Aben 2010b, p. 87

110 Berger & Aben 2010c, p. 160.

door de bevindingen. De diagnostische waarde bepaalt de mate waarin dit het geval is. Door de aannemelijkheidsverhouding te vermenigvuldigen met kansverhouding zoals die bekend is vóórdat de bevindingen gedaan werden (*prior odds*), kan de kansverhouding na afloop van de bevindingen worden bepaald (*posterior odds*).¹¹¹ Op deze manier kan niet alleen iets worden gezegd over de bewijswaarde van bevindingen, dus de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothesen, maar ook iets over de waarschijnlijkheid van de hypothesen gegeven de bevindingen.¹¹² Met andere woorden, gekeken moet worden hoe waarschijnlijk het is dat verdachte het delict heeft gepleegd *gegeven* het aanwezige bewijsmateriaal. Een voorbeeld waaruit blijkt dat de diagnostische waarde moet worden beoordeeld in samenhang met de *prior odds* om te kunnen oordelen over de waarschijnlijkheid van de alternatieve hypothesen, kan worden gegeven aan de hand DNA-onderzoek.¹¹³ Een *DNA-match* is als gezegd in potentie een krachtig bewijsmiddel (in de zin dat de diagnostische waarde hoog is), maar als deze match het resultaat is van een willekeurige zoektocht in de DNA-databank, dan levert dit slechts geringe steun op voor de schuldhypothese vanwege de lage *prior odds*. Dit ligt vanzelfsprekend anders als de verdachte in beeld is gekomen omdat hij door zijn familie is herkend op camerabeelden van het delict getoond in het televisieprogramma *Opsporing Verzocht* en dan wordt gevraagd zijn DNA-materiaal af te geven. In dat geval wijst de posterieure kansverhouding veel overtuigender op de schuld van de verdachte, omdat de *prior odds* veel groter zijn.

Het Bayesiaanse model voorziet in een bottom-up benadering waarin de bewijswaarde (diagnostische waarde) van een individueel bewijsstuk telkens als beginpunt wordt genomen voor verdere analyse. Indien meerdere bewijsstukken voorhanden zijn, dan wordt de regel van Bayes bij herhaling toegepast. Het gaat daarbij om een sequentiële verwerking van informatie. Nieuw bewijs leidt telkens tot bijstelling (*updating*) van de *posterior odds* door deze als *prior odds* in verband te brengen met het volgende bewijsstuk.¹¹⁴

Het Bayesiaanse model als methode om de waarde van strafrechtelijk bewijs te evalueren wordt vooral gebruikt in forensische wetenschappen. Zo worden de resultaten van onderzoek in toenemende mate in alternatieve hypothesen geformuleerd. Het bepalen of inschatten van de diagnostische waarde van een bepaald bewijsmiddel kan in bepaalde gevallen aan een deskundige worden overgelaten. Het inschatten van de *prior odds* is echter primair een taak van de rechter, nu de deskundige niet over alle relevante informatie beschikt om een inschatting van de *prior odds* te kunnen maken en dit in

111 Sjerps 2008 p. 472, Wagenaar 2005, p. 5.

112 De aannemelijkheidsverhouding mag echter niet met de a posteriori waarschijnlijkheid worden verward, want dan is sprake van de *prosecutor's fallacy* (Elffers 2010, p. 382).

113 Vergelijk Berger & Aben 2010b, p. 90.

114 De Keijser e.a. 2009, p. 16 en Sjerps 2008, p. 481.

beginsel buiten zijn expertise valt.¹¹⁵ Het is vanzelfsprekend de vraag of de rechter dat wel kan.

Op het Bayesiaanse model is de nodige kritiek gekomen. Het is primair ontworpen als een rekenmodel, waarbij het probleem is dat de *prior odds* lastig te kwantificeren zijn en ook de diagnostische waarde van een specifiek bewijsstuk in veel gevallen niet bekend is. Daarbij speelt een rol dat statistici onderling een discussie hebben over het te hanteren kansbegrip. Er zijn auteurs die menen dat het niet correct is om te spreken in termen van de kans dat verdachte schuldig is. Een verdachte heeft het feit ofwel begaan of niet begaan, maar niet een beetje begaan.¹¹⁶ Daar kan tegenin worden gebracht dat in het Bayesiaanse model een andere definitie van het begrip waarschijnlijkheid of kans wordt gebruikt: in plaats van het gebruikelijke frequentistische kansbegrip wordt een subjectief kansbegrip gehanteerd. Kans ziet in de Bayesiaanse benadering op een persoonlijke mate van geloof of de subjectieve graad van overtuiging.¹¹⁷ Ondanks de bestaande bezwaren zijn er diverse auteurs die betogen dat het denkmodel niettemin bruikbaar is, omdat het inzicht creëert ook zonder de bewijswaarde en de *prior odds* te kwantificeren.¹¹⁸ Het is immers in veel gevallen wel mogelijk om een inschatting te maken van de kans- en aannemelijkheidsverhoudingen.¹¹⁹ Het subjectieve kansbegrip biedt de mogelijkheid om tot een waarschijnlijkheidsoordeel te komen in geval empirische gegevens voor het gebruik van frequentistische kansen ontbreken.¹²⁰ Er lijkt zich een voorzichtige consensus af te tekenen dat het Bayesiaanse benadering vooral bruikbaar is als logische denkwijze en niet zozeer als rekenmodel.¹²¹ Overigens wordt de aannemelijkheidsverhouding tot dit model gerekend, maar deze kan ook los van de Bayesiaanse benadering worden gezien.¹²² Het belang van de probabilistische benadering voor het strafrecht is dat zij het belang toont van het denken in alternatieve hypothesen en van het inschatten van de *a priori* waarschijnlijkheid van de te bewijzen hypothesen.

2.4.4 Verhouding bewijstheorieën

¹¹⁵ Sjerps 2008, p. 475-476.

¹¹⁶ Elffers 2010, p. 384.

¹¹⁷ Sjerps 2008, p. 470 en 491 en Kerkmeester 2005, p. 115. Broeders wijst er tevens op dat het Bayesiaanse denkkader zich goed leent voor het scheiden van taken van de rechter en een rapporterend deskundige. De deskundige laat zich uit over de bewijswaarde van een concreet bewijsstuk los van de *a priori* waarschijnlijkheid waarover de rechter moet oordelen (Broeders 2003, p. 224).

¹¹⁸ Aben & Berger 2010a, p. 56 en Sjerps & Berger 2011.

¹¹⁹ Sjerps 2008, p. 481, Kerkmeester 2005, p. 125 en Derksen 2010, p. 188.

¹²⁰ Kerkmeester 2005, p. 115.

¹²¹ Sjerps & Berger 2011, p. 3.

¹²² De Keijser e.a. 2009, p. 71.

Hoewel de hiervoor besproken benaderingen zijn gepresenteerd als alternatieven, zijn het theorieën die elkaar kunnen aanvullen en beïnvloeden. Om die reden zijn er ook auteurs die een gemengde benadering voorstaan. Zo hanteren Bex en Verheij een gemengd argumentatief-narratief perspectief, waarbij de verhalen een belangrijke functie hebben bij het vormen van alternatieve hypothesen over het gebeurde, terwijl met behulp van redeneringen de verbinding tussen de bewijsmiddelen en de feiten in het verhaal kan worden geanalyseerd.¹²³ Ook Van Koppen, een van de bedenkers van de theorie van verhaal en verankering, kiest in zijn nieuwe boek *Overtuigend bewijs* een enigszins ander perspectief door in zijn narratieve benadering ook het waarschijnlijkheidsdenken (in termen van alternatieve scenario's) te incorporeren.¹²⁴ Bij het komen tot een bewijsbeslissing dient het verhaal in de tenlastelegging tegen concurrerende scenario's te worden afgewogen aan de hand van het beschikbare bewijsmateriaal, hetgeen in feite neerkomt op een abductief redeneerproces zoals eerder geschetst.¹²⁵

Geconstateerd moet worden dat geen consensus bestaat over de te hanteren benadering. Op dit moment is het zo dat in de literatuur verschillende benaderingen worden voorgestaan zonder dat precies duidelijk is hoe deze zich tot elkaar verhouden. Er bestaat in ieder geval geen geïntegreerde bewijstheorie, die onder juristen en in andere op het recht georiënteerde disciplines breed wordt gedragen. Een complicerende factor in dit verband is dat door verschillende auteurs een andere terminologie wordt gehanteerd. Zo spreken statistici over hypothesen, auteurs die een narratieve benadering voorstaan over verhalen en scenario's, terwijl taalkundigen spreken over proposities en de jurist het heeft over 'lezingen' (de lezing zoals verwoord in de tenlastelegging en de lezing van de verdediging). In alle gevallen gaat het echter om mogelijke verklaringen voor en redeneren met het voorhanden zijnde bewijsmateriaal in een bepaalde strafzaak.¹²⁶

Wat betreft de toepasbaarheid van de voornoemde bewijstheorieën kan worden gesteld dat de narratieve benadering waarschijnlijk het meest overeenkomt met de feitelijke gang van zaken in de praktijk waarbij het 'verhaal' zoals verwoord in de tenlastelegging het startpunt vormt. Hoewel verhalen onmisbaar zijn voor de duiding van individuele bewijsstukken, zijn aan de narratieve benadering ook de meeste risico's verbonden. Een mooi verhaal is immers niet noodzakelijkerwijs een juist verhaal. De theorie omtrent verhaal en verankering heeft duidelijk een descriptief karakter, maar er bestaat nog discussie

123 Bex & Verheij 2010, p. 940.

124 Hij is echter geen voorstander van de Bayesiaanse aanpak (Van Koppen 2011, p. 220 e.v.).

125 Volgens Van Koppen wint het scenario dat de bewijsmiddelen het beste voorspelt. Hij hanteert daarbij het weddenschapmodel. Amaya gaat daarentegen uit van coherentie bij de keuze van het 'winnende' scenario.

126 Vgl. Sjerps 2008, p. 478, die stelt dat 'een hypothese een scenario is dat voor de rechter of een andere juridische beslisser van belang kan zijn als mogelijke verklaring voor een bepaalde gebeurtenis in een strafzaak'.

in hoeverre deze ook voldoet als prescriptieve theorie.¹²⁷ Ook speelt argumentatie in de praktijk van het recht van oudsher een belangrijke rol. De argumentatief schematische benadering, zoals die wordt voorgestaan door Anderson en collega's, is echter lastig toe te passen zeker in de meer complexe zaken, omdat het in schema zetten van de bewijsmiddelen een zeer tijdrovende exercitie is. Ook voor de probabilistische benadering geldt dat deze ver aflight van de praktijk, nu de bewijswaarde zich in de meeste gevallen niet laat kwantificeren. Niettemin moet worden geconstateerd dat denken in termen van waarschijnlijkheid de afgelopen jaren steeds belangrijker is geworden.

In het vervolg van dit onderzoek zal gebruik worden gemaakt van de hiervoor beschreven bewijstheorieën, waarbij de holistische en atomistische benaderingen worden gezien als complementair. De holistische benadering is van belang om bewijsmateriaal in perspectief te kunnen plaatsen en alternatieve scenario's of hypothesen te achterhalen. Een meer atomistische benadering is onmisbaar als het gaat om het toetsen van de waarschijnlijkheid van de beschikbare scenario's of hypothesen, aangezien daarvoor de kwaliteit van de dragende bewijsmiddelen mede in hun onderlinge relatie moet worden geanalyseerd.¹²⁸

Tot slot is nog een opmerking over het onderscheid tussen hypothesen en scenario's op zijn plaats. In de praktijk en de literatuur blijken er uiteenlopende opvattingen te zijn over wat hypothesen en scenario's zijn en in welke verhouding zij tot elkaar staan.¹²⁹ Om het hypothetisch karakter van de tenlastelegging te benadrukken wordt in het vervolg gesproken van de hypothese in de tenlastelegging ofwel de schuldhypothese. Het woord scenario wordt gebruikt in relatie tot het achterliggende verhaal.¹³⁰ Zowel achter de schuld- als achter de onschuldhypothese kunnen verschillende scenario's schuilgaan.

2.5 KWALITEIT VAN INDIVIDUELE BEWIJSSTUKKEN

Uit het voorgaande volgt dat voor het nemen van een (deugdelijke) bewijsbeslissing van belang is om te kijken naar al het materiaal tezamen (holistisch), maar ook naar de individuele bewijsstukken (atomistisch). De rechter die de

127 Zie bijv. Aben 2011, p. 48, die de vraag aan de orde stelt of de verhaaltheorie moet worden gezien als rechterlijke beslistheorie. Zie ook Verheij 2011, p. 210.

128 Zie ook Anderson, Schum & Twining 2005, p. 157-158. Volgens Anderson en collega's gaan de holistische en atomistische benadering hand in hand. In hun optiek blijven atomistische analyses het centrale instrument voor het identificeren van de plausibele verhalen, voor het checken van die verhalen op consistentie en coherentie en voor het kiezen tussen die verhalen.

129 Zie voor een overzicht Taverne e.a. 2013, p. 52-55.

130 In het Nederlandse strafproces ligt een deel van het verhaal al wel besloten in de tenlastelegging, doordat daarin ook vaak een feitelijke omschrijving wordt gegeven van hetgeen zich zou hebben voorgedaan, waarbij soms meerdere varianten of alternatieven zijn opgenomen.

geldigheid van de hypothese in de tenlastelegging moet vaststellen, doet dat op basis van feiten die hij afleidt uit het bewijsmateriaal. Voor de deugdelijkheid van de feitelijke vaststellingen waarop de rechter zijn beslissing baseert, is de kwaliteit van het bewijsmateriaal van groot belang. In het juridisch domein wordt als maatstaf voor de kwaliteit van het bewijsmateriaal veelal het begrip betrouwbaarheid gehanteerd. Het begrip betrouwbaarheid is echter niet onproblematisch, omdat dit begrip op verschillende manieren wordt ingevuld. In deze paragraaf wordt nader gekeken naar het concept betrouwbaarheid mede in relatie tot andere concepten die betrekking hebben op kwaliteit van bewijsmateriaal. Daarbij is het goed om het volgende voor ogen te houden. In zijn streven naar deugdelijke (zo men wil: betrouwbare) kennis over de werkelijkheid, zal de rechter bij de waardering van individuele bewijsstukken naar een tweetal aspecten (moeten) kijken, namelijk naar 1) de inhoud van het bewijsstuk in relatie tot de werkelijkheid en 2) de inhoud van het bewijsstuk in relatie tot de te bewijzen hypothese. Er komt in dit verband een viertal begrippen aan de orde die paarsgewijs worden besproken. Het betreft de begrippen betrouwbaarheid en geloofwaardigheid, die zien op inhoud van het bewijsmateriaal in relatie tot de werkelijkheid en de begrippen relevantie en bewijswaarde, die zien op de inhoud van het bewijsmateriaal in relatie tot de te bewijzen hypothese.

De rechter staan verschillende soorten bewijsmateriaal ter beschikking. In dit verband kan globaal onderscheid worden gemaakt tussen verklaringen (*testimony*) enerzijds en meer tastbaar, stoffelijk bewijs (*tangible* of *real evidence*) anderzijds. Dit onderscheid is afkomstig uit de Anglo-Amerikaanse literatuur, maar is ook algemeen bruikbaar. Bij verklaringen (*testimonial evidence*) gaat het om menselijke informatiebronnen, in de zin van mondelinge of op schrift gestelde beweringen van personen over de werkelijkheid, terwijl het bij fysiek bewijsmateriaal gaat om objecten, foto's, metingen en kaarten, waarbij de gedachte is dat de gebruiker door middel van directe observatie rechtstreeks kan beoordelen wat een individueel bewijsstuk aantoont.¹³¹ Het is van belang om de verschillende soorten bewijsmateriaal van elkaar te onderscheiden, omdat de toets van de inhoud bij elk type bewijsmateriaal anders is. Echter, er zijn ook veel overeenkomsten.¹³² Zo kunnen bij verklaringen afkomstig van getuigen, verdachten en deskundigen tot op zekere hoogte dezelfde criteria worden aangelegd.

131 Schum 2003, p. 17-19

132 Bij tastbaar bewijsmateriaal is vooral de authenticiteit van het bewijs van belang. Is het bewijsmateriaal wel wat het pretendeert te zijn? Een belangrijk element is de *chain of custody* die het bewijsmateriaal heeft gepasseerd voordat de gebruiker het observeert en daaraan conclusies verbindt. Bij metingen en dergelijke zijn juist de sensitiviteit en accuratesse belangrijk. Bij verklaringen moet naar andere factoren worden gekeken, zoals naar de bron (wie zegt het?) en naar de volledigheid, accuratesse en consistentie van de verklaring (Anderson, Schum & Twining 2005, p. 64-65). Zie voor het toetsen van de geloofwaardigheid van getuigenverklaringen hoofdstuk 6.

2.5.1 Betrouwbaarheid en geloofwaardigheid

De rechter die een concreet bewijsstuk krijgt gepresenteerd en daaruit feiten of premissen wil afleiden om zijn bewijsbeslissing op te steunen, zal zich een oordeel trachten te vormen over de mate waarin de inhoud van het bewijsmateriaal correspondeert met de werkelijkheid. Daarbij stuiten we direct op het probleem omtrent het kennen van de werkelijkheid. Zekerheid over de juistheid van een getuigenverklaring of de herkomst van een spoor valt niet te verkrijgen. Dat wil vanzelfsprekend niet zeggen dat dit de rechter ontslaat van de verplichting om naar de inhoud van individuele bewijsstukken te kijken. Uitgaande van de correspondentietheorie van waarheid zal de rechter alleen niet kunnen zeggen dat een bewering van een getuige of een conclusie van een deskundige ‘waar’ is. Echter, hij kan aan bepaalde uitspraken wel een hogere mate van waarschijnlijkheid voor wat betreft de juistheid daarvan toekennen dan aan andere.¹³³ De rechter zal een inschatting moeten maken van de mate waarin gerechtvaardigd geloof¹³⁴ kan worden gehecht aan bewijsmateriaal.¹³⁵ De notie van rechtvaardiging staat daarbij centraal: zijn er goede redenen om aan te nemen dat de inhoud van het bewijsmateriaal overeenkomt met de werkelijkheid? Dit laatste moet voor tastbaar bewijs iets anders worden geformuleerd: zijn er goede redenen om aan te nemen dat het bewijsstuk de werkelijkheid adequaat weergeeft of – als het gaat om objecten (zoals het vermeende moordwapen) – zijn er goede redenen om aan te nemen dat het authentiek is (dat wil zeggen: is het waar het voor doorgaat)? De kwestie onder welke omstandigheden we gerechtvaardigd zijn om geloof te hechten aan getuigenbewijs wordt elders geadresseerd.¹³⁶ Het gaat hier om de vraag welk concept de hiervoor beschreven problematiek het beste dekt en kan dienen als (abstracte) toetsingsmaatstaf voor de rechter.

Als gezegd, in het juridische domein wordt in relatie tot de kwaliteit van bewijsmateriaal veelal de term betrouwbaarheid (in het Engels: *reliability*) gebruikt. Er wordt gestreefd naar het gebruik van ‘betrouwbare’ bronnen ten behoeve van het verkrijgen van ‘betrouwbare’ kennis. De term betrouwbaar wordt echter – zowel in het dagelijks taalgebruik als in de wetenschap – op verschillende manieren uitgelegd. Ook onder juristen bestaat geen overeenstem-

133 Het ultieme voorbeeld is DNA-onderzoek waarbij deskundigen soms uitspraken kunnen doen die een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid hebben.

134 De term ‘gerechtvaardigd geloof’ is ontleend aan de epistemologische literatuur waarin kennis (*knowledge*) wordt gedefinieerd als ‘*true justified belief*’. Gettier heeft laten zien dat deze definitie niet sluitend is Gettier 1963, p. 121-123.

135 In deskundigenrapportages is het gebruikelijk dat de deskundige zelf al iets zegt over de waarschijnlijkheid van de juistheid van zijn conclusies. De rechter hoeft zich daar niet meer over te buigen, maar moet zich wel een oordeel vormen over de deskundigheid van de deskundige en de door hem toegepaste methoden.

136 Zie § 3.4.3.

ming over wat precies onder het begrip moet worden verstaan. Er doen zich verschillende problemen voor. Het eerste probleem is dat betrouwbaarheid een eigenschap is die zowel aan mensen, aan verklaringen, als aan zaken kan worden toegekend. Het tweede probleem is dat betrouwbaarheid zowel in corresponderende als in evaluerende zin wordt gebruikt. Het derde probleem is dat in onder meer de sociale wetenschappen betrouwbaarheid een andere betekenis heeft dan in het recht. Deze drie problemen worden in deze paragraaf besproken. De reden dat zo uitvoerig bij het begrip betrouwbaarheid wordt stilgestaan, is dat dit de centrale toetsingsmaatstaf lijkt te zijn als het gaat om getuigenverklaringen.¹³⁷ Dit boek dankt daaraan ook zijn titel. Laudan duidt het concept betrouwbaarheid in zijn boek *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* als een metaprincipe.¹³⁸ Zonder betrouwbare bronnen is waarheidsvinding namelijk onmogelijk. Zoals hierna echter duidelijk zal worden, wordt het begrip betrouwbaarheid op zoveel verschillende manieren gebruikt dat begripsverwarring onvermijdelijk is. Er zal om die reden moeten worden gekeken naar alternatieve begrippen.¹³⁹

Om met het eerste probleem te beginnen: het predicaat betrouwbaar kan aan verschillende dingen worden toegekend, maar heeft dan wel een enigszins andere connotatie. Wanneer we de *Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands* naslaan, zien we dat onderscheid wordt gemaakt tussen het gebruik van het woord betrouwbaarheid ten aanzien van personen, inlichtingen en zaken. In relatie tot personen heeft betrouwbaarheid de betekenis van 'te vertrouwen'. Betrouwbaarheid van personen gaat volgens de Van Dale over vertrouwen, 'zo dat men zich erop kan verlaten'. Het kan dan in verband worden gebracht met begrippen als solide, degelijk, eerlijk en gewetensvol. Van een persoon die betrouwbaar is, kan men verwachten dat hij de klus klaart.¹⁴⁰ Zo is in de sport een betrouwbare sluitpost een aanduiding voor een goede keeper (die veel ballen tegenhoudt). In relatie tot inlichtingen heeft het woord betrouwbaar de betekenis van geloofwaardig. Als iets uit betrouwbare bron is verkregen, kan daaraan geloof worden gehecht, zo volgt uit de contextbeschrijving. Betrouwbaar is in die zin een persoon die bij herhaling bruikbare inlichtingen verschaft. In relatie tot zaken is betrouwbaarheid volgens de Van Dale synoniem voor deugdelijkheid. Duidelijk is dat het woord betrouwbaar in het Nederlands een sterke verwantschap met het woord vertrouwen,¹⁴¹ net als in het Engels waar het woord *reliable* afgeleid van het werkwoord *to rely on*. Wanneer we in het Nederlands een bewering of persoon als betrouwbaar aanduiden in relatie tot inlichtingen, dan wordt daarmee in feite

137 Zie § 10.4.2.1.

138 Laudan 2006, p. 123.

139 Er staat een aantal alternatieven ter beschikking: kwaliteit, waarachtigheid/ waarheidsgetrouwheid, validiteit, accuratesse (in de zin van *overall accuracy*) en geloofwaardigheid.

140 'Reliability implies functional efficacy' (Ho 2008, p. 66).

141 In het Belgisch-Nederlands geldt het woord *betrouwen* als synoniem voor *vertrouwen*.

gezegd dat op de juistheid van die bewering respectievelijk de mededelingen afkomstig van die persoon kan worden vertrouwd. Het probleem is echter dat de rechtspsychologie ons leert dat de betrouwbaarheid van een persoon niet zoveel zegt over de juistheid van diens verklaringen. Immers, een persoon kan geheel te goeder trouw een onjuiste verklaring afleggen. Voorts geeft het feit dat iemand in het verleden juiste verklaringen heeft afgelegd of een smetteloze reputatie heeft, geen garantie voor de juistheid van de afgelegde verklaringen. Het recht erkent dat ook. Niettemin komen we het begrip betrouwbaar ook tegen in relatie tot personen. Er is echter niet zoiets als een betrouwbare getuige. Echter, de (vermeende) oprechtheid van de verklarende persoon is wel een factor die kan worden meegewogen bij de beslissing om al dan niet geloof te hechten aan de verklaring van een getuige.¹⁴² In de Duitse literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen *Glaubhaftigkeit* en *Glaubwürdigkeit*, waarbij de eerste term betrekking heeft op de getuige zelf en de tweede op de afgelegde verklaring.¹⁴³

Het tweede probleem is dat juristen onder het begrip betrouwbaar in relatie tot verklaringen ook verschillende dingen verstaan. Meestal wordt daarbij gerefereerd aan de relatie tussen de inhoud van het bewijsstuk en de werkelijkheid. Het hangt van de context af wat de precieze betekenis van het begrip is. De ene keer wordt het begrip gebruikt in 'corresponderende' zin en de andere keer in meer 'evaluerende' zin.¹⁴⁴ Bij betrouwbaarheid gaat het dan over de mate waarin de inhoud van het beweerde de werkelijkheid benadert. Een auteur die de correspondentie met de werkelijkheid centraal stelt in zijn definitie van betrouwbaar bewijs, is Rosenthal. Hij definieert betrouwbaar bewijs als volgt: 'Evidence is reliable if it is what it is purported to be.'¹⁴⁵ Met het woord betrouwbaar of *reliable* verwijst hij kennelijk naar de intrinsieke kwaliteit van het bewijsmateriaal, waarbij de mate waarin de inhoud van het bewijsmateriaal een correcte of waarheidsgetrouwe afspiegeling vormt van de werkelijkheid centraal staat. Dit is bijvoorbeeld het geval in de zin 'getuigen kunnen onder omstandigheden een betrouwbare verklaring afleggen'. Hier wordt gedoeld op het waarheidsgehalte van eventuele door getuigen af te leggen verklaringen en is betrouwbaar synoniem voor 'waar' of 'waarheidsgetrouw'. In meer evaluerende zin ziet het begrip op de mate van gerechtvaardigd geloof dat aan de inhoud van een verklaring kan worden gehecht. De vraag is dan: kan – op basis van objectieve gegevens – gerechtvaardigd worden vertrouwd op de juistheid van het beweerde of getoonde? In die betekenis heeft het begrip betrouwbaarheid betrekking op de relatie tussen bewijsmateriaal en 'gebruiker' en diens perceptie van de overeenstemming tussen de

142 Zie § 6.4.1.

143 Jansen 2004, p. 23.

144 We zien hier een parallel met de wijze waarop het begrip 'waar' wordt gehanteerd. Zie § 2.2.2.

145 Rosenthal 2002, p. 337.

inhoud van het bewijsmateriaal en de werkelijkheid.¹⁴⁶ Een auteur die het begrip betrouwbaar op deze wijze hanteert is Laudan. Hij stelt: 'Evidence or testimony is reliable just in case there is a solid basis for believing it is true.'¹⁴⁷ Betrouwbaarheid is hier in feite synoniem voor geobjectiveerde geloofwaardigheid. Wanneer de term betrouwbaar wordt gebruikt in directe relatie tot het woord bewijs, dan is dat meestal in deze betekenis. We doelen dan niet op iets dat objectief 'waar' is (de waarheid kan toch niet worden vastgesteld), maar op iets dat geloofwaardig wordt bevonden.¹⁴⁸

Het derde probleem is dat in de psychologie en de sociale wetenschappen het begrip betrouwbaar op een heel andere wijze wordt gebruikt. Daar is het begrip betrouwbaar gekoppeld aan de gebruikte methode of instrument en verwijst het naar de stabiliteit van het onderzoeksresultaat: geeft het instrument bij herhaling dezelfde resultaten? Het begrip validiteit daarentegen heeft betrekking op de inhoud: meet het instrument wat het beoogt te meten? In wetenschappelijk onderzoek wordt gestreefd naar het gebruik van methoden en instrumenten die zowel een betrouwbaar als een valide onderzoeksresultaat genereren. De mate waarin een onderzoeksresultaat overeenkomt met 'de werkelijkheid' is in deze context een kwestie van validiteit en niet van betrouwbaarheid.¹⁴⁹ In deze optiek is een betrouwbare getuige een getuige die bij herhaling hetzelfde verklaart. In het strafrecht wordt betrouwbaar soms ook in de betekenis van consistent gebruikt.¹⁵⁰ Om begripsverwarring te voorkomen spreken rechtspsychologen veelal over waarheidsgetrouwheid of waarachtigheid wanneer zij doelen op het feitelijke waarheidsgehalte (dat zich in een experimentele setting anders dan in het dagelijks leven wel laat vaststellen). Echter, het begrip betrouwbaar komt men in de wetenschap en epistemologie ook tegen als overkoepelende term. Het begrip wordt dan methodologisch ruimer uitgelegd en omvat dan zowel de betrouwbaarheid als de validiteit.¹⁵¹

Het voornoemde maakt duidelijk dat het begrip betrouwbaar op verschillende wijzen wordt gebruikt. De vraag is dan ook of het voor analytische doeleinden wel een bruikbare term is. Wanneer alternatieven in ogenschouw worden genomen dan is er een aantal begrippen dat in aanmerking komt. De mate waarin de inhoud correspondeert met de werkelijkheid kan ook worden aangeduid met de term waarheidsgetrouwheid (of niet helemaal correct, maar wel mooier: waarachtigheid) of met accuratesse. Het probleem met het begrip

146 Zie Schum 1994, p. 66.

147 Laudan 2006, p. 120

148 Het ligt in feite al in de taal zelf besloten, in de zin dat niet gebruikelijk is om te spreken van 'waar bewijs', maar wel van *geldig* of *betrouwbaar* bewijs. Vgl. Nijboer 2011, § 1.3.4, voetnoot 79.

149 Elffers & Van Koppen 2002, p. 1009.

150 Zo stelt de Hoge Raad dat een getuigenverklaring alleen tot het bewijs mag bijdragen indien deze 'overeenkomstig de waarheid en betrouwbaar is afgelegd'. Het is heel waarschijnlijk dat de Hoge Raad hier consistent bedoelt. Zie voor nadere analyse § 10.4.2.

151 Nijboer 2009, p. 16, voetnoot 7 en Broeders 2003, p. 42.

accuratesse is dat dit niet geheel de lading dekt: een verklaring die op onderdelen accuraat is, hoeft niet waarheidsgetrouw te zijn.¹⁵² Voor wat betreft betrouwbaarheid in evaluerende zin zou gesproken kunnen worden van geloofwaardigheid.¹⁵³ Ook dit begrip is niet onproblematisch. Ten eerste heeft het begrip geloofwaardigheid een iets andere connotatie dan betrouwbaarheid. Het klinkt mogelijk subjectiever. Het gaat echter niet om 'gewone' geloofwaardigheid maar om een versterkte of geobjectiveerde vorm. Immers, op het moment dat een bewijsstuk door de rechter als betrouwbaar wordt aangemerkt, dan betekent dit dat een inhoudelijke waardering heeft plaatsgevonden en de inhoud van het bewijsmateriaal op zijn correspondentie met de werkelijkheid is getoetst. Ten tweede worden in de Anglo-Amerikaanse literatuur de begrippen *reliability* en *credibility* vaak in één adem genoemd.¹⁵⁴ Deze begrippen hebben kennelijk een verschillende betekenis. Rosenthal stelt dat de meeste Anglo-Amerikaanse juristen het onderscheid niet helder voor ogen hebben. Het is volgens hem in ieder geval terug te voeren op de Amerikaanse wijze van procederen, waarin de rechter in het kader van de toelaatbaarheidsregels in bepaalde gevallen iets moet zeggen over de betrouwbaarheid, maar het uiteindelijke oordeel omtrent de vraag of er ook geloof aan kan worden gehecht wordt overgelaten aan de jury.¹⁵⁵ Dit is het geval bij deskundigenbewijs; de jury mag daarvan pas kennisnemen, nadat de rechter in hun afwezigheid heeft gekeken of de onderzoeksresultaten voldoende betrouwbaar zijn.

Duidelijk is dat er geen ideaal begrip voorhanden is als het gaat om het oordeel van de gebruiker over de waarheidsgetrouwheid van een verklaring of andersoortig bewijsstuk. Niettemin moet een keuze worden gemaakt. Het gaat uiteindelijk niet zozeer om het etiket, maar om de criteria die kunnen worden aangelegd om een deugdelijke inschatting van de 'betrouwbaarheid' van een bewijsstuk te maken. Het gaat bij de betrouwbaarheidsproblematiek in de kern om de vraag op welke gronden gerechtvaardigd geloof mag worden gehecht aan een getuigenverklaring of andersoortig bewijsstuk. Echter, doordat het begrip op zoveel verschillende wijzen wordt gebruikt en zulke sterke

152 Het kan zijn dat deze incompleet is of op wezenlijke onderdelen onjuist, terwijl een deel van de verklaring wel blijkt te kloppen. Een oplossing die sommige auteurs kiezen is om te spreken van algehele accuratesse (*overall accuracy*). Zie verder § 6.3.1.

153 Zie ook Anderson, Schum & Twining 2005, p. 385. Zij gebruiken de term betrouwbaar uitsluitend in relatie tot de herhaalbaarheid of consistentie van de resultaten (dus in zijn algemeen methodologische betekenis). Zij spreken in relatie van testimoniaal bewijs van *credible* of *believable* en stellen dat *reliability* in dit verband ten onrechte als synoniem wordt gebruikt.

154 Ook in de jurisprudentie komen we dit begrippenpaar tegen. Zie bijv. EHRM 18 maart 2013, nr. 38623 (*Pichugin t. Rusland*), § 210, EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04, EHRC 2012, 109 (*Karpenko t. Rusland*), § 76 en EHRM 18 maart 1997, nrs. 21363/93, 21364/93 en 22056/93, NJ 1997, 635, m.nt. Knigge (*Van Mechelen e.a. t. Nederland*), § 62.

155 Rosenthal koppelt de geloofwaardigheid vervolgens geheel aan de persoon van de getuige (Rosenthal 2002, p. 337).

associaties heeft, zal deze term in relatie tot de problematiek van de totstandkoming en waardering van getuigenverklaringen niet worden gebruikt.¹⁵⁶ In plaats daarvan zal in dit onderzoek worden gerefereerd aan de waarheidsgetrouwheid voor wat betreft de mate waarin de verklaring correspondeert met de werkelijkheid en de geloofwaardigheid voor wat betreft de mate waarin in het recht gerechtvaardigd geloof mag worden gehecht aan de inhoud van de verklaring.¹⁵⁷ Het is daarbij nog van belang om op te merken dat verklaringen in meer of mindere mate geloofwaardig zijn. Het gaat om een glijdende schaal.

2.5.2 Relevantie en bewijswaarde

Naast dat de rechter zich een oordeel moet vormen over de mate waarin de inhoud van het bewijsmiddel correspondeert met de werkelijkheid (in relatie tot getuigenverklaringen te duiden als waarheidsgetrouwheid), dient de rechter ook te kijken naar de inhoud van het bewijsmateriaal in relatie tot de bewijzen hypothese. De begrippen die dan in de internationale literatuur over bewijs veelvuldig worden gebruikt, zijn de relevantie en bewijswaarde. In Nederland komen we die begrippen minder frequent tegen. De relatie tussen de inhoud van een bewijsmiddel en de tenlastelegging wordt hier veelal aangeduid met de term redenevendheid. Dat betreft echter alleen de eis die de cassatierechter stelt aan de motivering (waarover meer in hoofdstuk 10).¹⁵⁸

Met name over het begrip relevantie is in de Anglo-Amerikaanse literatuur veel geschreven. In het Amerikaanse recht is dit beginsel opgenomen in de zogenaamde *Federal Rules of Evidence*. De definitie van relevant bewijs luidde tot voor kort als volgt: “Relevant evidence” means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is the consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence (rule 401).’ Bewijsmateriaal wordt relevant geacht wanneer het betrekking heeft op een feit van belang voor de uitkomst van de zaak en het (in positieve of negatieve zin) bijdraagt aan de waarschijnlijkheid van dat feit.¹⁵⁹ Met andere woorden, bewijsmateriaal is relevant als het de waar-

156 De term zal echter wel worden gebruikt bij de uiteenzetting van de jurisprudentie van de Hoge Raad en maatstaven die de feitenrechter aanlegt bij de waardering van de inhoud van de getuigenverklaring.

157 In dat laatste geval betreft het dus de perceptie van de gebruiker van de waarheidsgetrouwheid. Vgl. Schum 1994, p. 66.

158 Zie §10.4.1.3. Voor dit moment kan de lezer ervan uitgaan dat dit begrip de notie van relevantie en bewijswaarde omvat.

159 Om deze twee aspecten duidelijker tot uitdrukking te brengen is regel 401 in 2011 geherformuleerd. Deze luidt thans als volgt: ‘Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action’. De regel is niet meer geformuleerd als definitie, maar als toets. Het is niet de bedoeling geweest van de adviescommissie om een inhoudelij-

schijnlijkheid verhoogt of verlaagt dat de hypothese van schuld (zoals die in Nederland is verwoord in de tenlastelegging) juist/waar is. Het gaat daarbij niet om de intrinsieke kwaliteit van een bewijsstuk, maar om de relatie tussen hetgeen moet worden bewezen en het beschikbare bewijsmateriaal.¹⁶⁰ Bewijsmateriaal dat niet relevant is voor de te nemen beslissing, wordt door de rechter in het Amerikaanse strafproces uitgesloten. De jury krijgt het niet onder ogen. De rechter die de relevantie toetst, beoordeelt of – uitgaande van de juistheid van het bewijsmateriaal – het de waarschijnlijkheid verhoogt of verlaagt dat de verdachte schuldig is aan hetgeen hem wordt verweten.¹⁶¹ Hij doet dat op basis van logische regels en wetenschappelijke en op ervaring gebaseerde principes.¹⁶² De rechter laat zich daarbij niet uit over de mate waarin dat het geval is. De eigenlijke waardering van het bewijsmateriaal wordt overgelaten aan de jury.

Het begrip bewijswaarde, ook wel aangeduid als bewijskracht (in het Engels: *probative value or force*) heeft betrekking op de waarde of bewijzende betekenis die kan worden toegekend aan een bewijsstuk. De term is volgens Nijboer van ondergeschikte betekenis in de zin dat aan dit begrip in de Nederlandse strafrechtelijke doctrine en jurisprudentie weinig aandacht wordt besteed.¹⁶³ Het is niettemin in dit verband een belangrijke notie. Het gaat bij de bewijswaarde primair om de vraag hoe sterk het bewijs een bepaalde hypothese ondersteunt of ontkracht.¹⁶⁴ Een manier om tegen de bewijswaarde van bepaalde informatie aan te kijken, is om deze te beschouwen vanuit twee hypothesen. Bewijsmateriaal dat sterk discrimineert tussen het schuldig scenario en het onschuldig scenario komt een grote bewijswaarde toe. Bewijsmateriaal dat dat niet - of maar in beperkte mate - doet, komt geen of slechts geringe bewijswaarde toe. De bewijswaarde wordt in belangrijke mate bepaald door de aard van het bewijsmiddel en de context. De resultaten van DNA-onderzoek ten behoeve van de identificatie van een onbekende dader leveren over het algemeen sterker bewijsmateriaal dan een identificatie door een ooggetuige.¹⁶⁵ Wanneer de bewijswaarde van een bewijsstuk in probabilistische termen wordt uitgedrukt, dan spreken we over de *likelihood ratio* of diagnostische waarde van bewijs. Dit kan worden bepaald door de kans dat

ke wijziging aan te brengen. Zie voor een andere toelichting op de redenen voor het herformuleren van de *Federal Rules of Evidence*, de website federalevidence.com.

160 Zie ook de opmerkingen van de *Advisory Committee* uit 1972 bij *rule 401* (te vinden op federalevidence.com). 'Relevancy is not an inherent characteristic of any item of evidence but exists only as a relation between an item of evidence and a matter properly provable in the case. Does the item of evidence tend to prove the matter sought to be proved?'

161 Zie ook Laudan 2006, p. 120: 'physical evidence is relevant provided that, if true, it increases or decreases the likelihood of guilt of the accused'.

162 Zie opnieuw de opmerkingen van de *Advisory Committee* uit 1972 bij de *rule 401* (te vinden op federalevidence.com).

163 Nijboer 2011, § 1.4.2.

164 Anderson, Schum & Twining 2005, p. 71.

165 Zie hetgeen hierover in § 2.4.3 is opgemerkt.

het bewijsmateriaal wordt gevonden wanneer de verdachte schuldig is te delen door de kans dat hetzelfde materiaal wordt aangetroffen wanneer de verdachte onschuldig is.¹⁶⁶

De oplettende lezer zal zich afvragen wat nu precies het verschil is tussen relevantie zoals hiervoor omschreven en de bewijswaarde. Deze zal hebben geconstateerd dat voor het bepalen van de relevantie ook moet worden gekeken of het bewijsmateriaal discrimineert tussen de schuld- en onschuldhypothese. Er zijn auteurs die om die reden het begrip bewijswaarde gelijkstellen aan relevantie. In dit verband kan worden verwezen naar Dreissen die relevantie omschrijft als 'de bewijskracht die men toekent aan feiten en omstandigheden waarbij een afweging wordt gemaakt tussen de kans dat die feiten en omstandigheden zich voordoen bij de te bewijzen situatie en de kans dat die feiten en omstandigheden ook in een andere situatie optreden'.¹⁶⁷ Andere auteurs maken het onderscheid wel. Zij gaan ervan uit dat relevantie uitsluitend betrekking heeft op de vraag óf het bewijsmateriaal een bepaalde hypothese ondersteunt of ontkracht. De bewijswaarde is een maat voor de mate waarin dat het geval is.¹⁶⁸ Echter, een bewijsstuk dat geen enkele bewijswaarde heeft, kan ook niet relevant zijn. Auteurs die de bewijswaarde onder de relevantie scharen doen dat waarschijnlijk vanuit de gedachte dat de bewijswaarde ook kan worden gezien als de *mate* van relevantie. Van belang is dus of relevantie wordt geduid als een maat (meer of minder) of als categorisch oordeel (relevant of niet relevant). In het Amerikaanse recht gaat het om het laatste.¹⁶⁹ Immers, de rechter die zich buigt over de relevantie in het kader van de toelaatbaarheidsregels, moet het bewijsmateriaal ofwel als relevant ofwel als niet-relevant aanmerken.

De vraag is of het zin heeft om in de Nederlandse context onderscheid te maken tussen relevantie en bewijswaarde, nu de relevantie en de bewijswaarde door één en dezelfde persoon worden beoordeeld. Begripsmatig kunnen beide begrippen van elkaar worden onderscheiden. Het is ook waarschijnlijk dat een rechter alvorens hij een concreet bewijsstuk nader gaat analyseren eerst kijkt of het op logische gronden wel kan bijdragen aan de beslissing. Zo niet, dan kan hij zich de moeite van het verder toetsen besparen. Echter, materiaal dat op het eerste gezicht relevant lijkt, kan dat bij nadere analyse niet blijken te zijn omdat de bewijswaarde nihil is. Het lijkt daarom niet zinvol om relevantie in de hiervoor bedoelde zin te poneren als toetsings-

166 Wagenaar 2005, p. 5.

167 Dreissen 2007, p. 186. Ook Berger en Aben maken niet duidelijk onderscheid tussen relevantie en bewijswaarde (Berger & Aben 2010a, p. 56).

168 Meulemeesters 2010, p. 217 en Anderson, Schum & Twining 2005, p. 71.

169 Zodra het concept categorisch wordt geduid dan moet er ook een drempelwaarde zijn, die ligt bij relevantie in het Amerikaanse recht niet heel hoog. Zie ook de opmerkingen van de adviescommissie uit 1972: 'The standard of probability under the rule is "more probable than it would be without the evidence". Any more stringent requirement is unworkable and unrealistic.'

criterium dat de rechter zou moeten hanteren naast de bewijswaarde van het individuele bewijsstuk. Niettemin is de onderscheiding vanuit cassatieperspectief wel nuttig. De cassatierechter toetst in beginsel niet de bewijskracht van het materiaal, maar wel de relevantie. Indien het gebezigde bewijsmiddel niet relevant is voor de bewijsbeslissing dan levert dat grond op voor cassatie.

Tot slot nog enkele opmerkingen over de relatie tussen het oordeel omtrent de geloofwaardigheid¹⁷⁰ en de bewijswaarde. Hoe verhouden beide concepten zich tot elkaar? In het navolgende zal worden uiteengezet dat het gaat om twee verschillende zaken die helder van elkaar moeten worden onderscheiden, maar die wel met elkaar samenhangen. Bewijsmateriaal dat heel erg geloofwaardig is, hoeft niet diagnostisch te zijn. Een voorbeeld om dit te illustreren. Er is een moord gepleegd, waarbij sporenonderzoek uitwijst dat de dader bloedgroep 0-positief heeft. De verdachte blijkt eveneens bloedgroep 0-positief te hebben. Is dat relevant? Ja, want dit gegeven draagt op logische gronden bij aan het bewijs van het tenlastegelegde en maakt het waarschijnlijker dat de verdachte de dader is. Kan aan de inhoud van de conclusie ook gerechtvaardigd geloof worden gehecht? Ook dat antwoord luidt bevestigend, indien het spoor op de juiste wijze is veiliggesteld en bij het onderzoek op de juiste wijze is uitgevoerd. De bewijswaarde van het onderzoeksresultaat is echter niet zo groot, omdat dit de meest voorkomende bloedgroep is. In Nederland heeft bijna veertig procent van de bevolking deze bloedgroep.¹⁷¹ Het aantreffen van deze evidentie is weliswaar waarschijnlijker onder de hypothese dat de verdachte de dader is, dan onder de hypothese dat een ander de dader is, maar niet heel veel waarschijnlijker. Dat zou vanzelfsprekend anders zijn als het zou gaan om een heel zeldzame bloedgroep. Dat een dergelijke redeneerwijze ook kan worden gebruikt bij getuigenverklaringen blijkt uit het volgende voorbeeld. Er is een overval gepleegd op een tankstation en een van de aanwezigen heeft aan de politie een signalement gegeven van de dader. Het zou een man betreffen met een normaal postuur van ongeveer 1.80m en met donkerblond haar. Hij droeg een blauwe spijkerbroek en een rode trui. De verdachte die enkele weken later wordt aangehouden, voldoet aan het signalement en heeft een blauwe spijkerbroek en rode trui in zijn kast hangen. Ook al zijn er mogelijk heel goede redenen om geloof te hechten aan de desbetreffende getuigenverklaring, de bewijswaarde van een dergelijke verklaring is niet zo groot, omdat er nu eenmaal in Nederland heel veel mannen rondlopen die voldoen aan dit signalement. Met andere woorden, het feit dat iets betrouwbaar is, betekent niet dat het ook bewijswaarde heeft. Andersom, problemen omtrent de waarheidsgetrouwheid van een verklaring of omtrent de

170 Ook wel aangeduid met de term betrouwbaar (zie de vorige paragraaf).

171 In dit geval zijn getallen voorhanden en kan de diagnostische waarde worden berekend. De kans dat het de match gevonden wordt als verdachte schuldig is 100%, de kans dat de match gevonden wordt wanneer de verdachte niet schuldig is 40%. Wanneer dit wordt gedeeld, is de diagnostische waarde 2.5.

toepassing van een ondeugdelijke methode bij het genereren van onderzoeksresultaten, tasten de bewijswaarde wel aan. Gebreken in de betrouwbaarheid / geloofwaardigheid zijn rechtstreeks van invloed op de bewijswaarde die aan een bewijsstuk kan worden toegekend. De bewijswaarde hangt dus niet alleen af van de aard van het materiaal, maar ook van de wijze waarop het tot stand is gekomen en de mate van geloof dat kan worden gehecht aan de inhoud.

2.6 TOT BESLUIT

In dit hoofdstuk is een aantal centrale theorieën en begrippen geïntroduceerd die van belang zijn voor de verdere analyse. Men stelt zich in het strafproces tot doel de waarheid te achterhalen en juiste feitelijke vaststellingen te doen omtrent het verleden. Vanuit de juridische doctrine bestaat de neiging om de bijzondere trekken van de strafrechtelijke waarheidsvinding te benadrukken, maar het gaat bij strafrechtelijk bewijzen in de kern om een gewone vorm van empirisch bewijs. Daarbij spelen inductieve redeneerprocessen en waarschijnlijkheidsoordelen een grote rol. Teveel nadruk op het recht en de eigenheid van het strafrechtelijk bewijs kan ons uit het oog doen verliezen waar het in de kern om gaat. Dat het bij strafrechtelijk bewijzen draait om het doen van gewone op de empirie gebaseerde vaststellingen, maakt de materie niet minder complex. Integendeel, het maakt kennisname van inzichten uit andere disciplines relevant. Hoewel de nodige theorievorming bestaat over bewijzen, is er geen overeenstemming over de wijze waarop het proces van bewijzen moet vormkrijgen in het licht van de waarheidsvinding. Duidelijk is in ieder geval geworden dat zowel op het niveau van de bewijsconstructie als op het niveau van de individuele bewijsstukken aandacht moet worden besteed aan alternatieve hypothesen. Voorts wordt de kwaliteit van een bewijsstuk niet alleen bepaald door de geloofwaardigheid van de inhoud maar ook door de bewijswaarde die aan de inhoud kan worden toegekend.

De rol van getuigenverklaringen in het proces van bewijzen is nog niet uitdrukkelijk aan de orde gekomen. In het volgende hoofdstuk zal nader worden stilgestaan bij de betekenis van getuigenverklaringen voor de strafrechtelijke waarheidsvinding en de uitdagingen waar het strafrecht zich voor ziet gesteld.

