



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

7.1 INLEIDING

Zoals in het eerste deel van dit boek naar voren kwam, onderscheidt de activiteit van het bewijzen binnen het strafproces zich niet wezenlijk van andere op empirie gerichte disciplines. Bewijzen is een interdisciplinaire activiteit en kan slechts ten dele worden genormeerd door het recht. De kaders waarbinnen bewijsmateriaal wordt vergaard en de bewijsbeslissing wordt genomen, verschillen echter wel per rechtsstelsel. In dit hoofdstuk worden de contouren van het Nederlandse wettelijke bewijsstelsel verkend als introductie op de volgende hoofdstukken, waar wordt ingegaan op de wijze waarop in het Nederlandse strafproces met getuigen en hun verklaringen wordt omgegaan. Het betreft echter meer dan een beschrijving van de wettelijke regels zoals neergelegd in het Wetboek van Strafvordering. Met dit hoofdstuk wordt tevens beoogd de ontwikkelingen zichtbaar te maken die zich momenteel voordoen op het terrein van het Nederlandse bewijsrecht. Voor meer abstracte bespiegelingen over bewijs en bewijzen en de verschillende type bewijsstelsels wordt verwezen naar het eerste deel van dit onderzoek.

Tot het wettelijk bewijsstelsel worden in dit hoofdstuk gerekend de regels die betrekking hebben op het proces van bewijzen voor en door de rechter en de verantwoording van de genomen beslissing in het vonnis. Deze regels zijn neergelegd in de artikelen 338-344a, 350 lid 1 en 358-360 Sv. Hoewel de wetgever de motiveringsvoorschriften in een aparte afdeling heeft vastgelegd (onder het kopje beraadslaging), kunnen deze regels toch tot het wettelijk bewijsstelsel worden gerekend.¹ In de continentale procestraditie zijn beslissen en motiveren immers sterk met elkaar verweven. Zoals hierna nog aan de orde zal komen, geschiedt een belangrijk deel van de normering van de bewijsbeslissing in Nederland – net als in veel andere continentale jurisdicties – via de eisen die worden gesteld aan de motivering van de bewijsbeslissing. Opgemerkt moet nog worden dat de bewijsvoorschriften van artikelen 338-344a Sv alleen gelden voor de beslissing van de rechter ten aanzien van de vraag of het tenlastegelegde feit door verdachte is begaan (de eerste deelvraag van art. 350 Sv), maar niet voor de (feitelijke) vaststellingen die plaatsvinden ten

1 Zie ook Nijboer 2011, § 1.6 en Simmelink 2001, p. 396.

behoefte van de andere deelvragen van artikel 350 (de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond of de straftoemeting). Hiervoor gelden deels andere regels, zoals een lagere beslisstandaard,² die in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing zullen worden gelaten.

De regels die zien op de wijze waarop het bewijsmateriaal dient te worden vergaard, vallen buiten het bestek van dit hoofdstuk. Vanuit de definitie van het strafproces als een voortgezet onderzoek met de bewijsbeslissing als voorlopig eindpunt, zou men regels die zien op de vergaring van informatie en de presentatie daarvan op de terechtzitting ook tot het bewijsrecht kunnen rekenen.³ Daarom is de volgende korte opmerking over de wisselwerking tussen de wettelijke bewijsregeling en het daaraan voorafgaande feitenonderzoek wel op zijn plaats. De wettelijke bewijsregeling is immers rechtstreeks van invloed op de eerdere fasen van het strafproces. Hoewel de beslissings- en motiveringsregels pas worden toegepast in de laatste fase van het onderzoek, nadat het onderzoek ter terechtzitting is afgesloten en de beraadslaging is begonnen, wordt hier eerder in de procedure vanzelfsprekend wel op geanticipeerd. Het onderzoek zelf is in belangrijke mate gericht op de te nemen bewijsbeslissing. Indien door de rechter strengere eisen worden gesteld aan de kwaliteit van bepaalde informatiebronnen, dan zal daar in eerdere onderzoeksfasen rekening mee moeten worden gehouden. Net als rekening moet worden gehouden met de door de rechter te hanteren wettelijke bewijsminima (waarover meer in § 7.5). De politie die onderzoek verricht in een zaak waar het bewijs jegens de verdachte hoofdzakelijk berust op een anonieme getuigenverklaring, weet dat zij op zoek moet gaan naar aanvullend bewijs, omdat deze informatie alleen op grond van de bestaande bewijsminimumregels niet tot een veroordeling kan leiden. Daar komt bij dat door de rechter ter terechtzitting ook controle wordt uitgeoefend op de wijze waarop het onderzoek naar de feiten in de eerdere fasen van het strafproces is verricht. Indien de rechter van oordeel is dat zich tijdens het onderzoek onregelmatigheden hebben voorgedaan of dat het onderzoek kwalitatief onvoldoende is geweest, dan zal hij daarmee bij de selectie en waardering van het beschikbare bewijs rekening houden. Dit kan ertoe leiden dat bepaalde onderzoeksresultaten op grond van hun onrechtmatigheid of onbetrouwbaarheid niet voor het bewijs zullen worden gebruikt.⁴ Er bestaat derhalve een duidelijke wisselwerking tussen

2 Voor het aannemen van een strafuitsluitingsgrond is niet dezelfde mate van zekerheid vereist als bij het bewijs van het tenlastegelegde. De aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond hoeft slechts aannemelijk te zijn geworden. Bij de strafmaat daarentegen mag – ten nadele van de verdachte – rekening worden gehouden met feiten die niet buiten redelijke twijfel en met behulp van bewijsmiddelen zijn komen vast te staan.

3 Zie Simmelink 2001, p. 396.

4 De resultaten van ongeoorloofde onderzoeksresultaten kunnen op grond van hun onrechtmatigheid buiten beschouwing worden gelaten met behulp van artikel 359a Sv en de resultaten van ondeugdelijke onderzoeksmethoden op grond van hun onbetrouwbaarheid. Zie op dit punt meer uitvoerig Dubelaar 2009.

de bewijsregeling en het daaraan voorgaande feitenonderzoek. Om die reden worden deze twee activiteiten in de literatuur ook wel tezamen besproken onder de noemer feitenonderzoek en bewijs.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst wordt een korte typering gegeven van het wettelijk bewijsstelsel als geheel (§ 7.2), waarna nader wordt ingegaan op specifieke onderdelen daarvan, te weten de omvang van de bewijsbeslissing (§ 7.3), de limitatieve opsomming van de wettige bewijsmiddelen (§ 7.4), de bewijsminima (§ 7.5), de functie van de rechterlijke overtuiging bij het nemen van de bewijsbeslissing (§ 7.6) en de omvang van de motiveringsplicht ten aanzien van de bewijsbeslissing (§ 7.7). Tot slot wordt nog kort stilgestaan bij het ontbreken van een juridische bewijstheorie (§ 7.8). De specifieke bepalingen die zien op de getuige en diens verklaring komen in het zesde en achtste hoofdstuk aan bod.

7.2 TYPERING VAN HET WETTELIJK BEWIJSSTELSEL IN WETBOEK VAN STRAFVORDERING

In de Nederlandse literatuur wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen vrije bewijsstelsels, positief wettelijke bewijsstelsels en negatief wettelijke bewijsstelsels.⁵ Deze stelsels onderscheiden zich primair in de mate van vrijheid (of gebondenheid) die de rechter (of jury) heeft bij het proces van bewijzen. De bewijsbeslissing kan in twee opzichten vrij zijn: enerzijds in de zin dat al het beschikbare materiaal door de rechter (of jury) mag worden gebruikt ten behoeve van de bewijsbeslissing en anderzijds dat de rechter elk bewijsstuk het gewicht mag toekennen waarvan hij meent dat daaraan toekomt.⁶ Systemen waarin geen gebondenheid bestaat aan specifieke, bij wet genoemde bewijsmiddelen en de rechter (of jury) bij het toekennen van bewijzende betekenis aan bepaald materiaal slechts is gebonden aan zijn eigen rationele maatstaven, worden als vrije bewijsstelsels aangemerkt.⁷ In positief en negatief wettelijke bewijsstelsels is de rechter in beide opzichten wel gebonden. In de positieve variant is de rechter verplicht te veroordelen bij een bepaalde hoeveelheid naar voren geschoven belastend en door de wet erkend bewijsmateriaal. In een negatief wettelijk bewijsstelsel mag de rechter beneden een bepaald minimum aan wettig bewijs weliswaar niet veroordelen, maar hij is tevens niet verplicht om – tegen zijn overtuiging in – tot een veroordeling te komen indien wel aan het vereiste wettelijke minimum is voldaan.⁸

5 Zie voor verdere differentiatie Nijboer 2011, § 1.6.4.

6 Vgl. Spencer 2002b, p. 620.

7 Nijboer 2011, § 1.6.2.

8 Voornoemde indeling is echter niet onproblematisch. Allereerst omdat het positief wettelijk bewijsstelsel waarin dwingend wordt voorgeschreven wanneer tot een veroordeling moet worden overgaan, hoogstens een systeem uit het verleden is. Daarnaast is geen systeem

Het Nederlandse bewijsstelsel wordt van oudsher getypeerd als een negatief wettelijk bewijsstelsel, aangezien de rechter is gebonden aan een aantal limitatief in de wet opgesomde bewijsmiddelen (art. 339 Sv) en hij slechts tot een bewezenverklaring mag komen indien hij ingevolge artikel 338 Sv 'uit het onderzoek ter terechtzitting door de inhoud van de wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen'.⁹ Naast de beperking in het voor de bewijsbeslissing in aanmerking te nemen materiaal en de eis van de rechterlijke overtuiging, kent de wet tevens een aantal andere bewijsminimumregels. Indien door de wet erkende bewijsmiddelen ontbreken of niet is voldaan aan wettelijke bewijsminima, moet de rechter de verdachte vrijspreken ongeacht zijn eigen persoonlijke overtuiging over het tenlastegelegde. Door het formuleren van bewijsminima ten aanzien van bepaalde bronnen wordt het gebruik en de bewijzende kracht van deze bronnen beperkt. Een bekentenis van een verdachte of een verklaring van een getuige kan in het Nederlandse strafproces namelijk niet zelfstandig de bewezenverklaring dragen (art. 341 lid 2 en 342 lid 2 Sv).

Zoals in het navolgende duidelijk zal worden heeft in de praktijk een zekere uitholling plaatsgevonden van het wettelijk bewijsstelsel doordat de Hoge Raad geen hoge eisen stelt aan de invulling van de wettelijke bewijsminima en de wettige bewijsmiddelen zo ruim worden uitgelegd dat het meeste bewijsmateriaal bruikbaar is. Om die reden heeft de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 gepleit voor de invoering van een vrij bewijsstelsel.¹⁰ In reactie daarop heeft Nijboer aangevoerd dat het negatief wettelijk bewijsstelsel enkel een variatie is op het vrije bewijsstelsel.¹¹ Het Nederlandse stelsel berust in de kern op het uitgangspunt van de vrije introductie en waardering van bewijsmateriaal. Dit kan onder meer worden afgeleid uit de memorie van toelichting waarin staat dat de wetgever beoogt 'de vrije bewijsleer zo dicht mogelijk te benaderen'.¹² Het Nederlandse bewijsstelsel past in die zin ook goed in de continentale traditie waarin de rechter bij het nemen van de bewijsbeslissing relatief ongebonden is. In stelsels die voortkomen uit de Anglo-Amerikaanse procestraditie is bewijsbeslissing meer in detail genormeerd. Juryleden zijn vrij in het toekennen van bewijzende betekenis aan het materiaal dat hun wordt voorgelegd, maar daar staat tegenover dat zij bepaald materiaal in het geheel niet onder ogen krijgen omdat dit valt onder de beperkende werking van de *exclusionary rules*. Het in het vierde hoofdstuk besproken verbod op *hearsay* is daarvan een goed voorbeeld. Omdat aan het gebruik van deze verklaringen

volledig vrij in de zin dat geen enkele beperking wordt gegeven op de waarderingsvrijheid van de rechter.

9 De rechter dient zijn beslissing op grondslag van het onderzoek ter terechtzitting te nemen. Voor een uiteenzetting voor hoe dit vereiste jurisprudentieel wordt uitgelegd in relatie tot getuigenbewijs, wordt verwezen naar het volgende hoofdstuk.

10 Simmelink 2001, p. 438. Simmelink stelt in dit verband 'dat het wettige bewijsstelsel in het strafprocesrecht geen positief te waarden functies meer vervult'.

11 Nijboer 2004, p. 492.

12 Rozemond 1998, p. 114.

bezwaren kleven in de zin dat de oordeelsvorming daardoor in potentie oneigenlijk kan worden beïnvloed, wordt dat materiaal buiten beschouwing gelaten. Dit is tegelijkertijd ook een beperking op de waarderingsvrijheid van de beslisser. Het aanduiden van een stelsel als 'vrij' betekent dan ook niet dat er geen beperkende regels bestaan.¹³

Een ander kenmerk van het Nederlandse bewijsstelsel dat past in de continentale traditie is dat de beslissing van de rechter in beginsel verantwoording in het vonnis behoeft. De wet kent een uitvoerig samenstel van motiveringsregels. De motivering is niet alleen een kwestie van verantwoorden, maar heeft ook een functie bij het beslissen zelf¹⁴ en werkt door op het door de rechter te verrichten onderzoek. Op het moment dat de rechter weet dat hij op een bepaald onderdeel van zijn beslissing in het vonnis rekenschap moet afleggen, zal dit een meer kritische houding ter terechtzitting bevorderen. Dit manifesteert zich bijvoorbeeld bij het deskundigenbewijs, waar de rechter aan de hand van een aantal concrete criteria moet laten zien dat hij de betrouwbaarheid van het deskundigenverslag heeft getoetst indien door de verdediging op dit punt verweer is gevoerd.¹⁵ Tevens geeft de motivering partijen inzicht in de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen en biedt tevens aanknopingspunten om deze bij een hogere rechter aan te vechten. Het past ook in een episodische en hiërarchische procedure waarin beslissingen door hogere autoriteiten worden getoetst.

7.3 OMVANG VAN DE FEITENFASTSTELLING: BESLISSEN OP GRONDSLAG VAN DE TENLASTELEGGING

Bij 'bewijzen' gaat om het toetsen van de juistheid van een bewering.¹⁶ De centrale bewering (of beweringen) die moet(en) worden bewezen, is vervat in de tenlastelegging en betreft de beschuldiging van de officier van justitie. De tenlastelegging is leidend voor het proces van bewijzen in die zin dat de rechter daaraan gebonden is. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'grondslag-leer': de rechter mag niet iets anders bewezen achten dan is tenlastegelegd. De inhoud en reikwijdte van de bewijsbeslissing ligt dus in beginsel vast.¹⁷ De beperking tot de tenlastelegging is ingegeven door de gedachte dat de verdachte voorafgaand aan de terechtzitting moet weten van welk feit hij precies wordt beschuldigd opdat hij zijn verdediging zorgvuldig kan voorberei-

¹³ Nijboer 2011, § 1.6.2.

¹⁴ Zie op dit punt uitvoeriger het proefschrift van Dreissen (2007).

¹⁵ HR 27 januari 1998, NJ 1998/404 (Schoenmaker). Zie ook Dubelaar & Nijboer 2008, § 2.2.

¹⁶ Zie meer in detail § 2.3.1.1.

¹⁷ De mogelijkheden van de officier van justitie om de tenlastelegging aan te vullen (art. 312) of te wijzigen (art. 313) daargelaten.

den.¹⁸ De ratio van beperking tot de tenlastelegging is voorts gelegen in de vervolgingsmonopoliepositie van het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie is exclusief belast met de vervolgingsbeslissing en bepaalt welk verwijt de verdachte moet worden gemaakt (en dus niet de rechter). De betekenis van de grondslagleer is door de werking van het opportuniteitsbeginsel mogelijk groter dan in andere landen. Zo kan het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld besluiten een 'lichter' feit ten laste te leggen: een gedraging die strikt genomen als een poging doodslag valt te kwalificeren, kan in theorie als mishandeling ten laste worden gelegd. De rechter kan dan niet meer veroordelen voor de poging doodslag, ook niet als hij meent dat de bewezenverklarde feiten beter als zodanig kunnen worden gekwalificeerd. De strikte gebondenheid van de rechter aan de tekst van de tenlastelegging wordt ook wel de tirannie van de tenlastelegging genoemd.¹⁹

De gebondenheid van de rechter aan de grondslag van de tenlastelegging kan worden beschouwd als een kenmerkend aspect van het proces van bewijzen in Nederland en gezien als een beperking in de waarheidsvinding ten opzichte van andere disciplines. In dit verband wordt gesproken van een reductie van de werkelijkheid.²⁰ De reductie is daarin gelegen dat het strafproces niet is gericht op het vaststellen van de historische werkelijkheid in volle omvang, maar uitsluitend op die aspecten die zijn verwoord in de tenlastelegging. Met het fixeren van een werkelijkheid in een tenlastelegging en daarop toegesneden bewezenverklaring, gaat een deel van haar nuance verloren en wordt een zekere beperking aangebracht op de rechterlijke activiteit, in dat opzicht dat gebeurtenissen die niet ten laste zijn gelegd in beginsel geen onderwerp zijn van onderzoek (tenzij met het aannemelijk worden van een ander voorval het tenlastegelegde feit wordt ontkracht). Indien een diefstal is ten laste gelegd en ter terechtzitting blijkt dat ook een mishandeling is gepleegd dan mag de rechter dit feit niet meenemen in de bewezenverklaring. De rechter die tot een bewezenverklaring komt, dient deze uitsluitend te baseren op de tenlastelegging. In geval van een vrijspraak laat de rechter zich ook niet uit over de vraag wat wel zou zijn voorgevallen.

Dat de feitenvaststelling door de tenlastelegging wordt beperkt, betekent uitdrukkelijk niet dat onderzoek naar alternatieve scenario's buiten het bestek van de bewijsvraag valt, zoals sommige juristen lijken te betogen. Zo rekent Loth het toetsen van hypothesen voorgelegd door het Openbaar Ministerie en de verdediging in beginsel niet tot de rechterlijke taak. Volgens hem gaat het in het institutionele kader van het strafproces 'om de (beperkte) vraag of deze verdachte dit verwijt kan worden gemaakt, niet om de vraag wat er

18 Het grondslagvereiste brengt tevens mee dat er niet mag worden afgeweken van de bewoordingen van de tenlastelegging door een verwijt in te lezen waarop verdachte niet bedacht hoeft te zijn (Van Dorst 2009, p. 219).

19 Melai 1963, p. 105 e.v.

20 Crijns 2008, p. 51.

gebeurd is en wie daarvoor verantwoordelijk is'.²¹ Ook Van Dorst volgt een soortgelijke lijn als hij stelt dat 'de rechter bij de beslissing over het al of niet bewezen zijn van het feit niet *mag* [cursivering, MJD] kijken naar wat werkelijk is gebeurd, maar naar de gebeurtenis zoals die zich volgens de tenlastelegging heeft toegedragen'.²² Het zijn dit soort tamelijk formalistische uitspraken over de beperktheid van het strafrechtelijk onderzoek die leiden tot misverstanden tussen juristen en personen uit andere disciplines. Het wekt immers de indruk dat de onderliggende feitelijke realiteit niet ter zake doet, terwijl om vast te kunnen stellen of een gebeurtenis heeft plaatsgehad toch echt naar de werkelijkheid moet worden gekeken en moet worden onderzocht of er ook andere verklaringen zijn voor het aangetroffen bewijsmateriaal. Dat gebeurt in de praktijk ook. Indien een verdachte met een alternatief scenario komt waardoor de onderzoeksresultaten in een ander licht komen te staan, moet dat worden onderzocht en zal dat onderzoek in beginsel ook plaatsvinden (tenzij het al bij voorbaat een zeer onwaarschijnlijk verhaal is). Het toetsen van eventuele alternatieve scenario's, waarvan het onschuldsscenario het belangrijkste is, behoort tot het normale takenpakket van de rechter. Echter, in het strafrechtelijk bedrijf plegen die alternatieve scenario's niet als zodanig te worden aangeduid. Er wordt in dit verband wel gesproken van een alternatieve lezing of toedracht, hetgeen feitelijk op hetzelfde neerkomt. Dat neemt niet weg dat er wel degelijk beperkingen zijn aan de rechterlijke taak met betrekking tot de waarheidsvinding en dat daar door juristen terecht op wordt gewezen.

Hoe uitvoerig het onderzoek naar alternatieve scenario's dient te geschieden is echter mede afhankelijk van hetgeen door de verdediging wordt aangedragen. Van de rechter wordt immers niet gevergd dat hij zelfstandig alle mogelijke alternatieve scenario's inventariseert en onderzoekt, daarvoor zijn de mogelijke alternatieven eenvoudigweg te talrijk en de middelen te beperkt. Het is aan de verdachte om op het moment dat er sterk incriminerend bewijs voorhanden is, met een verklaring of alternatieve lezing te komen waardoor de rechterlijke onderzoeksplicht wordt geactiveerd. Als het gaat om het onderzoek naar alternatieve scenario's, dan kan ook worden gekeken naar de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de gemotiveerde weerlegging van alternatieve scenario's. In een uitspraak van 16 maart 2010 spreekt de Hoge Raad zich indirect uit over de afhechting van de bewijsbeslissing door aan te geven hoe de verwerping van alternatieve scenario's dient te worden gemotiveerd en de gevallen waarin die verwerping uitdrukkelijk op bewijs moet berusten.

'Als uitgangspunt heeft te gelden dat ingeval een verdachte het hem tenlastegelegde bestrijdt met een alternatieve lezing van de gebeurtenissen, die niet met een bewezenverklaring zou stroken, de rechter – indien hij tot een bewezenverklaring komt –

21 Loth 2009, p. 1145.

22 Van Dorst 2009, p. 219.

die aangedragen alternatieve gang van zaken zal moeten weerleggen. Dat kan geschieden door opneming van bewijsmiddelen of vermelding, al dan niet in een nadere bewijsoverweging, van aan wettige bewijsmiddelen te ontlelen feiten en omstandigheden die de alternatieve lezing van de verdachte uitsluiten. Een dergelijke weerlegging is echter niet steeds vereist. In voorkomende gevallen zal de rechter ter weerlegging kunnen oordelen dat de door de verdachte gestelde alternatieve toedracht niet aannemelijk is geworden dan wel dat de lezing van de verdachte als ongeloofwaardig terzijde moet worden gesteld. Ten slotte kunnen zich gevallen voordoen waarin de lezing van de verdachte zo onwaarschijnlijk is, dat zij geen uitdrukkelijke weerlegging behoeft.²³

In de hiervoor genoemde zaak had het Hof de verdachte vrijgesproken van de moord op zijn vrouw nadat de verdachte – anderhalf jaar na dato – met een alternatieve versie van de gebeurtenissen was gekomen, die de aangetroffen bloedsporen zou kunnen verklaren. Het Hof oordeelde ‘dat niet voldoende voor een weerlegging is (...) dat de verklaring minder of meer geloofwaardig is. Vereist is dat de weerlegging door middel van bewijsmiddelen geschiedt’. De Hoge Raad is daarentegen van oordeel dat de omstandigheid dat de lezing van de verdachte zijn weerlegging niet vindt in enig bewijsmiddel, niet zonder meer in de weg hoeft te staan aan een bewezenverklaring. Hoewel deze zaak gaat om de vraag wat het Hof had moeten motiveren, ziet deze uitspraak indirect ook op het beslisproces en de omvang van de rechterlijke onderzoeksplicht. Om tot een bewezenverklaring te komen, is het niet noodzakelijk dat alle alternatieve scenario’s zijn afgedekt met bewijsmiddelen. Advocaat-generaal Machielse stelt in dit verband dat ook een ‘reconstructieve redenering volgens logische lijnen een toereikende weerlegging kan opleveren’. Hij wijst in dit verband op de Meer en Vaartjurisprudentie, ‘waarin een dreigend Meer en Vaartgat wordt gedicht met de overweging dat het alternatieve scenario niet aannemelijk is geworden, zonder dat daartoe bewijsmiddelen in dat gat worden gestort’.²⁴ Als geen bewijsmateriaal voorhanden is dat het alternatieve scenario rechtstreeks weerlegt, hoeft dat dus niet in alle gevallen aan een bewezenverklaring in de weg te staan. In bepaalde gevallen kan het voldoende zijn als op andere wijze kan worden aangegeven waarom het toch verantwoord is tot een bewezenverklaring over te gaan. Indien de alternatieve lezing echter niet door de feiten of langs argumentatieve lijnen kan worden ontkracht, dan moet worden vrijgesproken of zal de rechter nader onderzoek moeten (laten) verrichten naar de juistheid van de alternatieve lezing.

23 HR 16 maart 2010, *NJ* 2010/314, m.nt. Buruma (onder *NJ* 2010/315).

24 Conclusie A-G Machielse HR 16 maart 2010, *NJ* 2010, 314.

7.4 WETTIGE BEWIJSMIDDELEN

De wettige bewijsmiddelen staan opgesomd in artikel 339 Sv. Als wettig bewijsmiddel hebben te gelden: de eigen waarneming van de rechter, de verklaringen van verdachten, getuigen en deskundigen en schriftelijke bescheiden. Alleen door de wet erkende bewijsmiddelen zijn voor het bewijs bruikbaar. Het betreft een limitatieve opsomming, maar omdat het om erg brede categorieën gaat, kan vrijwel alle informatie tot het bewijs meewerken, zolang deze is vervat in een wettig bewijsmiddel en de inhoud voldoet aan de geldende (wettelijke of jurisprudentiële) eisen. Van een strikte scheiding tussen de verschillende bewijsmiddelen naar hun inhoud is geen sprake. Zo kunnen camerabeelden voor het bewijs worden gebruikt zowel via het bewijsmiddel en de eigen waarneming van de rechter ter terechtzitting als via een procesverbaal van politie waarin een verbalisant heeft beschreven wat op de beelden te zien valt. De camerabeelden zelf hebben niet de status van 'bewijsmiddel'; dit type informatiedragers ontbreekt in de wettelijke opsomming die sinds de totstandkoming van het wetboek in 1926 niet meer is aangepast.

Zolang de rechter maar via een van de voorgeschreven wettige bewijsmiddelen kennis krijgt van de inhoud van het bewijs, kan de informatie voor het bewijs worden gebruikt. Dit roept de vraag op naar de functie van de opsomming van wettige bewijsmiddelen. Nijboer heeft betoogd 'dat de gebondenheid aan limitatief opgesomde wettige bewijsmiddelen (...) ten doel heeft bepaalde categorieën onderzoeksresultaten uit te sluiten die vanuit het oogpunt van het verwerven van geldige kennis onbruikbaar worden geacht'.²⁵ Aan deze doelstelling draagt de wettelijke opsomming echter nauwelijks meer bij, nu de meeste informatie – zolang formeel maar vervat in een van de genoemde bewijsmiddelen – kan worden gebruikt bij de rechterlijke beslissing. Informatie die nog wel rechtstreeks op grond van de wet is uitgesloten, betreft de eigen wetenschap van de rechter zolang deze niet berust op gegevens van algemene bekendheid of ervaringsregels (art. 339 lid 2 Sv). In de jurisprudentie is echter wel een aantal 'bewijsverboden' ontwikkeld. Zo mag een verklaring die is afgelegd onder hypnose niet voor het bewijs worden gebruikt²⁶ en zijn ook de beweringen van de raadsman niet bruikbaar bij de bewijsbeslissing.²⁷ Ondanks dat de wettelijke opsomming weinig dienst doet bij het uitsluiten van bepaalde informatie voor het bewijs, heeft deze nog wel een andere functie. Het onderscheiden van verschillende typen bewijsmiddelen biedt immers de mogelijkheid om het gebruik daarvan te clausuleren in dat opzicht dat zij alleen mogen worden gebruikt in combinatie met andere bewijsmiddelen en onder specifieke voorwaarden. Zo kan de eigen waarneming van de rechter uitsluitend meewerken tot het bewijs wanneer deze bij het onderzoek ter

25 Nijboer 2011, § 1.6.3.

26 HR 17 maart 1998, NJ 1998, 798.

27 HR 8 januari 2002, NJ 2002, 340 en HR 15 december 2009, NJ 2010, 26.

terechtzinging is gedaan. Informatie die de rechter ter kennis komt na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting, bijvoorbeeld dat verdachte een kenmerkend 'loopje' heeft, kan niet voor het bewijs worden gebruikt.²⁸

De keuze onder welk bewijsmiddel een bepaald type informatie moet worden gebracht, wordt in de zienswijze van de Hoge Raad bepaald door de vorm van de overbrenging. De vorm is ook thans nog van belang voor de eisen die aan (de presentatie van) het bewijs worden gesteld. In het hiervoor genoemde voorbeeld van de camerabeelden geldt dat als de rechter de beelden via de eigen waarneming voor het bewijs gebruikt, deze op het onderzoek ter terechtzitting moeten zijn getoond, terwijl voor het gebruik van de beelden met behulp van een proces-verbaal van de politie deze eis in beginsel niet geldt. De eisen die worden gesteld aan het bewijs worden daarmee afhankelijk (gemaakt) van de wijze van presentatie. Dit is ook zichtbaar bij de getuigenverklaring. Aan het gebruik van de getuigenverklaring via processen-verbaal werden lange tijd minder hoge eisen gesteld dan aan een ter terechtzitting afgelegde verklaring. De vorm en niet de inhoud van het bewijsmiddel was dominant voor wat betreft de eisen die aan de informatie neergelegd in het desbetreffende bewijsmiddel werden gesteld. De Hoge Raad is bij de getuigenverklaring van dit formalisme afgestapt door in 1955 te bepalen dat een aantal eisen die gelden voor de ter terechtzitting afgelegde verklaringen, ook van toepassing zijn op de in het proces-verbaal neergelegde verklaring, maar dat geldt bijvoorbeeld niet voor de eis van beëdiging.²⁹ Het wettelijk systeem draagt in andere opzichten nog steeds sporen van formalismen, die de bewijsregeling niet overzichtelijker maken. Een voorbeeld betreft de verklaring van de medeverdachte. De wet stelt dat de verklaringen van een verdachte alleen te zijnen aanzien kunnen gelden (art. 341 lid 3 Sv) en dus niet in de zaak tegen een medeverdachte. De praktijk is hier echter (met goedkeuren van de Hoge Raad) omheen gegaan, door het begrip medeverdachte zeer beperkt uit leggen. Alleen de persoon die gelijktijdig samen op grond van dezelfde tenlastelegging en in gevoegde zaken terechtstaat, wordt als zodanig aangemerkt. Door zaken tegen medeverdachten formeel van elkaar te splitsen maar wel gelijktijdig te behandelen, zijn de verschillende personen geen medeverdachten meer van elkaar en kunnen hun verklaringen over en weer als getuigenverklaring in de zaak jegens de ander worden gebruikt.³⁰

Zolang de informatie te rubriceren is onder een van de wettige bewijsmiddelen, voldoet aan de eisen die daaraan in wet en jurisprudentie zijn gesteld en als voldoende betrouwbaar kan worden aangemerkt, mag deze informatie in beginsel voor het bewijs worden gebruikt. Een uitzondering hierop betreft het leerstuk van het onrechtmatig bewijs. De onrechtmatige verkrijging van bepaald bewijsmateriaal kan in de weg staan aan het gebruik van deze infor-

28 HR 29 augustus 2006, NJ 2007, 134.

29 Zie op dit punt meer uitvoerig § 9.4.3.

30 HR 27 mei 1929, NJ 1929, p. 1329.

matie voor het bewijs, in de zin dat het van het bewijs wordt uitgesloten via artikel 359a lid 1 onder a Sv. Op deze problematiek wordt verder niet ingegaan, daar de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal in dit onderzoek centraal staat. Hier wordt volstaan met de opmerking dat het feit dat bewijsmateriaal een zekere bewijswaarde heeft, niet betekent dat het ook onder alle omstandigheden als bewijsmiddel kan worden gebruikt.

7.5 BEWIJSMINIMA

Naast dat een opsomming wordt gegeven van de wettige bewijsmiddelen, kent de wet een aantal bewijsminimumregels. Het Nederlandse bewijsstelsel verschilt in dit opzicht van andere rechtssystemen. Noch in de Anglo-Amerikaanse bewijsstelsels, noch in andere landen op het West-Europese continent worden bewijsminimumregels in deze vorm gehanteerd.³¹ In het Schotse recht kent men echter wel de algemene eis dat voor een veroordeling in beginsel bewijs uit twee onafhankelijke bronnen aanwezig moet zijn.³² Het Nederlandse bewijsstelsel kent echter bijzondere, per type bewijsbron geldende bewijsminima. De functie van bewijsminimumregels is volgens de Hoge Raad gelegen in het waarborgen van de 'deugdelijkheid van de bewijsbeslissing'.³³ Het betreft in ieder geval in theorie een beperking op de vrije waarderingsruimte van de rechter ten aanzien van de bewijskracht van de individuele bewijsmiddelen die aan de bewijsminima zijn onderworpen.

De bewijsminimumregels worden zo uitgelegd dat elk onderdeel van de bewezenverklaring moet worden gedekt door de aanwezige bewijsmiddelen. Is voor een bepaald onderdeel van de tenlastelegging geen of onvoldoende bewijsmateriaal voorhanden, dan dient daarvan te worden vrijgesproken.³⁴ Dat lijkt vanuit het concept 'bewijs en bewijzen' vanzelfsprekend. Immers, hoe kan een onderdeel van de tenlastelegging bewezen worden geacht als daar geen bewijsmateriaal aan ten grondslag ligt? Echter, in de praktijk zijn tenlasteleggingen door de vele daarin opgenomen alternatieven vaak uitermate complex en is een fout al snel gemaakt. In cassatie wordt dan ook met enige regelmaat geklaagd over dit punt. Uitdrukkelijk is niet vereist dat voor elk onderdeel van de bewezenverklaring een afzonderlijk bewijsmiddel of een pluraliteit aan bewijsmiddelen voorhanden is. Eén bewijsmiddel kan immers ook steun bieden voor alle onderdelen van de bewezenverklaring tegelijkertijd.

31 Dreissen 2009, § 1 en Damaska 1997, p. 21.

32 Het bijkomend bewijs moet de primaire bewijsbron ondersteunen of bevestigen. De mate van waarin steun is vereist, is afhankelijk van de kracht van de primaire bron.

33 HR 26 januari 2010, *LJN* BK 2094, r.o. 3.3, zie ook Borgers onder *NJ* 2009, 496, onder verwijzing naar Borst 1985, p. 24, 120-121, 239-241.

34 Indien dit een cruciaal onderdeel betreft dan volgt een algehele vrijspraak. Indien dit niet het geval is, dan kan dit onderdeel uit de tenlastelegging worden gestreept. Zie over de praktijk van het 'strepn' en de kritiek daarop hoofdstuk 12.

Of dat in het licht van de bewijsminimumregels toereikend is, hangt af van het type bewijsmiddel.

Als uitgangspunt geldt dat één enkel bewijsmiddel meestal niet voldoende is om als bewijs te dienen dat verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. Dit wordt met betrekking tot een aantal wettelijk bewijsmiddelen uitdrukkelijk gestipuleerd in de artikelen 341 lid 2, 342 lid 2, 344 lid 1 onder 5 en 344a lid 1, 3 en 4 Sv. In het licht van de gebreken die kunnen kleven aan op waarneming gebaseerde verklaringen, is het niet verwonderlijk dat juist ten aanzien van het bewijs afkomstig van verdachten of getuigen de wetgever bewijsminimumregels heeft geformuleerd.³⁵ Ten aanzien van de verklaringen van deskundigen of de eigen waarneming van de rechter is niets opgenomen. Toch gaan de meeste auteurs uit van de algemene eis van dubbele bevestiging, inhoudende dat de bewezenverklaring niet mag berusten op een enkel bewijsmiddel, maar dat er altijd meerdere bronnen voorhanden moeten zijn.³⁶ De wet kent één uitdrukkelijke uitzondering op deze regel, geformuleerd in artikel 344 lid 2 Sv, voor wat betreft de waarnemingen van de politie. De eigen waarneming van een politieambtenaar gerelateerd in een proces-verbaal, kan namelijk wel zelfstandig de bewezenverklaring dragen.

De eis van dubbele bevestiging laat onverlet dat de Hoge Raad wel bewijsconstructies aanvaardt waarin het tweede bewijsmiddel uitsluitend betrekking heeft op een ondergeschikt onderdeel van de tenlastelegging.³⁷ De Hoge Raad eist niet dat alle onderdelen van de tenlastelegging door meerdere bewijsmiddelen worden gedekt en stelt evenmin de eis dat het dragende bewijsmiddel door het bijkomende bewijs inhoudelijk wordt bevestigd. Wel geldt de eis dat het bijkomend bewijsmateriaal afkomstig moet zijn uit een andere bron. Het louter 'tellen' van bewijsmiddelen is dus niet voldoende. Zou het formele aantal doorslaggevend zijn, dan kan de bewijsminimumregel eenvoudig worden omzeild door zowel het proces-verbaal van verhoor als de ter terechtzitting afgelegde verklaring te gebruiken. Zo kan het bewijs inzake ontucht niet steunen op de verklaring van het jeugdige slachtoffer en de verklaring van de moeder van het slachtoffer, die verhaalt over wat haar dochter haar daaromtrent heeft verteld. Tot voor kort waren dit de enige eisen die aan het bijkomend bewijs werden gesteld. Zolang het bijkomend bewijs maar niet te herleiden was tot dezelfde bron en steun bood voor enig onderdeel van de tenlastelegging, was voldaan aan de wettelijke minima. Een inhoudelijk ver-

35 In de literatuur wordt gewezen op het behoorlijke aspect dat met de in de wet opgenomen bewijsminimumregels is verboden. Als verklaringen als enig bewijsmiddel kunnen dienen, zou dit het risico van het uitoefenen van ongeoorloofde druk op de declarant, verdachte of getuige, mogelijk vergroten. Dit speelt uiteraard vooral een rol bij testimoniaal bewijs.

36 Nijboer 2011, § 2.6.1 en De Wilde 2008, p. 272-3. Zie anders de conclusie van Jörg onder HR 21 november 2000, NJ 2001, 48. Zie ook Bleichrodt die stelt dat de eis van dubbele bevestiging niet uit het systeem kan worden afgeleid (Bleichrodt 2011, p. 12-13).

37 HR 8 juni 1931, NJ 1932, p. 1550 en HR 14 januari 1935, NJ 1935, p. 494.

band tussen de dragende getuigenverklaring en het bijkomend bewijs werd door de Hoge Raad niet geëist. Door deze betrekkelijk formele uitleg van de Hoge Raad slaagden klachten in cassatie over de (on)toereikendheid van het bewijsmateriaal in het licht van de minima vaak niet.³⁸

Op de minimale lijn van de Hoge Raad is in de literatuur de nodige kritiek gekomen.³⁹ Zo stelde Reijntjes in 2005 dat de bewijsminimumregels waren verworpen tot blote vormkwesties.⁴⁰ In 2009 heeft de Hoge Raad zijn lijn ten aanzien van de bewijsminimumregel *unus testis, nullus testis*, neergelegd in artikel 342 lid 2 Sv, echter enigszins aangescherpt door te stellen dat het bijkomend bewijs voldoende steun moet bieden aan de dragende getuigenverklaring,⁴¹ hetgeen in ieder geval in theorie een verzwaring betekent ten opzichte van de oude invulling. Op deze nieuwe lijn en de vragen die in dit verband nog leven als het gaat om de mate van steun die aanwezig moet zijn voor een belastende getuigenverklaring, wordt in het tiende hoofdstuk nader ingegaan.

7.6 RECHTERLIJKE OVERTUIGING EN WAARDERINGSVRIJHEID

Naast de eis dat de rechter zijn beslissing dient te baseren op de inhoud van wettige bewijsmiddelen, stelt de wet ook de eis dat de rechter op basis van deze bewijsmiddelen 'de overtuiging heeft bekomen' (art. 338 Sv). Is dit niet het geval, dan kan de rechter niet tot een bewezenverklaring komen. Het kan dus zo zijn dat is voldaan aan de wettelijke bewijsminima en bezien vanuit deze minima voldoende redengevend bewijsmateriaal voorhanden is, maar de rechter toch niet is overtuigd van het feit dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. In een dergelijk geval rest de rechter niets anders dan de verdachte vrij te spreken. Andersom moet de rechter die wel overtuigd is (in subjectieve zin), maar zich ziet geconfronteerd met een gebrek aan voldoende wettig bewijs, de verdachte vrijspreken van het tenlastegelegde.⁴² De vraag is echter wanneer hij een feit bewezen mag verklaren en welke functie de overtuiging daarin precies toekomt. De wet zwijgt op dit punt. In artikel 338 Sv valt wel te lezen waarop de rechter zijn overtuiging dient te baseren, maar niet wanneer hij zich overtuigd mag achten. Uit het beginsel *in dubio pro reo* volgt dat in geval van twijfel in het voordeel van de verdachte dient te worden beslist, maar daarmee is de functie van de rechterlijke overtuiging bij het nemen van de bewijsbeslissing nog niet gegeven.

38 Van Dorst 2009, p. 238.

39 Meest recentelijk De Wilde 2008.

40 Hij meent dan ook dat 'tot blote vorm verworpen unus-verboden hun materiële inhoud behoort te worden teruggegeven' (noot Reijntjes onder HR 28 september 2004, NJ 2005, 93).

41 HR 30 juni 2009, NJ 2009, 495 en HR 30 juni 2009, NJ 2009, 496.

42 Hoewel men in dit soort gevallen kan afvragen waarop die overtuiging dan is gebaseerd.

Over de uitleg van het begrip overtuiging wordt in de Nederlandse literatuur verschillend gedacht.⁴³ Sommige auteurs zien in de eis van de overtuiging een rechterlijk besliscriterium of bewijsstandaard. Zij leggen de overtuiging zo uit dat alleen tot een bewezenverklaring kan worden gekomen, indien geen sprake is van redelijke twijfel.⁴⁴ Zij oriënteren zich daarbij veelal op het Anglo-Amerikaanse besliscriterium *beyond reasonable doubt*. Zo vertaalt Nijboer de eis van de rechterlijke overtuiging als een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid.⁴⁵ Andere auteurs zien de rechterlijke overtuiging vooral als brug tussen het inductieve waarschijnlijkheidsoordeel en het categorische oordeel dat de rechter moet geven.⁴⁶ Er zijn ook auteurs die menen dat de overtuiging geen zelfstandige functie toekomt in het Nederlandse strafproces of er vooral een 'psychologisch criterium' in zien, waarbij het gaat om de persoonlijke of innerlijke overtuiging van de beslisser.⁴⁷

Het ontbreken van een expliciet besliscriterium kan worden gerelateerd aan het te hanteren waarheidsbegrip en proces van waarheidsvinding, zoals die in het eerste deel van dit onderzoek aan de orde zijn gekomen. In een systeem waar het vinden van *materiële* waarheid voorop staat en de premisse is dat de realiteit objectief te reconstrueren valt, is een besliscriterium niet echt nodig. Wanneer 'waarheidsvinding' meer wordt gezien als een proces van eliminatie van onzekerheid, dan ligt het werken met een besliscriterium en graden van waarschijnlijkheid (*beyond reasonable doubt*) meer voor de hand. Met de realisatie dat de rechterlijke bewijsbeslissing in de kern altijd mede een waarschijnlijkheidsoordeel behelst, zijn meer auteurs dit in het overtuigingsbegrip gaan lezen.⁴⁸ Hoewel er weinig consensus bestaat over de precieze uitleg van het overtuigingsbegrip, bestaat er wel overeenstemming over het feit dat de rechter bij de aanwezigheid van redelijke twijfel niet tot een bewezenverklaring kan of mag komen. Absolute zekerheid is evenmin vereist om te komen tot een bewezenverklaring. Corstens stelt dat er meer moet zijn dan een waarschijnlijkheid, maar niet elke hoge onwaarschijnlijkheid als belemmering voor een bewezenverklaring dient te worden opgevat.⁴⁹

43 Zie voor een uitvoerig overzicht Cleiren 2010.

44 Borgers bij HR 30 juni 2009, NJ 2009/496. Zie ook Hof 's-Gravenhage 10 maart 2008, LJN BC6068 (Kouwenhove), dat stelt 'dat strafbare feiten slechts bewezen kunnen worden verklaard indien de rechter tot de overtuiging is gekomen dat de verdachte de hem verweten en specifiek omschreven feiten heeft begaan, dat wil zeggen: de rechter dit buiten redelijke twijfel als vaststaand aanneemt. Die overtuiging moet bovendien berusten op wettige en door de rechter als voldoende betrouwbaar beoordeelde bewijsmiddelen die zich in het dossier bevinden en ter terechtzitting ter discussie zijn gesteld'.

45 Nijboer 2011, § 2.5.3.

46 Cleiren 2010, p. 265.

47 Conclusie Knigge bij HR 2 februari 2010, LJN BJ7266, NJ 2010, 261. Zo gezien meent Knigge dat het eerder een belemmering is voor de waarheidsvinding dan een waarborg voor accurate beslissingen.

48 Vgl. Cleiren 2010, p. 261.

49 Corstens/Borgers 2011, § 16.12.

Het gegeven dat de Nederlandse wet spreekt van de overtuiging van de rechter lijkt nog steeds ruimte te bieden voor een zekere subjectiviteit. Vooral daar het accent zeker in het verleden nog wel werd gelegd op de 'innerlijke' overtuiging. Dit in combinatie met het feit dat bezien vanuit het perspectief van cassatie de rechter vrij is in de selectie en waardering van bewijs, leidt nog wel eens tot misverstanden. De standaardformulering van de Hoge Raad met betrekking tot de selectie en waardering van bewijs luidt als volgt.

'De feitenrechter is – binnen de door de wet getrokken grenzen – vrij om van het beschikbare materiaal datgene tot het bewijs te bezigen wat hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe *gedienstig* [mijn cursivering, MJD] voorkomt en terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht.'⁵⁰

Uit het voorgaande volgt echter niet dat de rechter zomaar uit de bewijsmiddelen mag kiezen wat hem 'gedienstig' voorkomt louter om het gewenste resultaat te bereiken – de term *gedienstig* is in dit verband dan ook niet zo gelukkig. Er is uitdrukkelijk geen sprake van een discretionaire bevoegdheid, zoals de rechter die bijvoorbeeld bij de sanctieoplegging kent.⁵¹ De rechter heeft weliswaar de vrijheid om als er vijf ontlastende getuigenverklaringen voorhanden zijn toch die ene belastende verklaring voor het bewijs te gebruiken, maar alleen als hij op goede gronden voor zichzelf kan beredeneren waarom de vijf ontlastende verklaringen niet kloppen en aan die ene belastende verklaring wel gerechtvaardigd geloof mag worden gehecht. Als het goed is, dwingt het bewijs de rechter dan ook in de richting van een bepaalde keuze. Indien dat niet het geval is, dan moet hij vrijspreken. Het feit echter dat de rechter juridisch vrij is in de selectie en waardering van het bewijs, betekent niet dat de beslissing geheel ongenormeerd is. Deze wordt – zoals in het tweede hoofdstuk duidelijk werd – alleen niet genormeerd door het recht, maar door algemene regels van methodologie en logica.

7.7 MOTIVERING VAN DE BEWIJSBESLISSING

Een belangrijke functie komt in het Nederlandse bewijsrecht als gezegd toe aan de motivering. De wet eist dat de rechter zijn beslissing op de eerste vraag van artikel 350 Sv – of de tenlastelegging kan worden bewezen – in zijn vonnis of arrest vermeldt en met redenen omkleedt (art. 359 lid 2 j° art. 358 lid 2 Sv).⁵² De omvang van de motiveringsplicht wordt in geval van een bewezenverklaring bepaald door artikel 359 lid 3 Sv dat stelt dat 'de beslissing dat

⁵⁰ HR 7 april 1981, NJ 1981/399, r.o. 6.

⁵¹ Nijboer 2011, § 2.5.4

⁵² Bij een vrijspraak hoeft de rechter in beginsel niet aan te geven waarop hij zich heeft gebaseerd.

het feit door de verdachte is begaan, moet steunen op de inhoud van de in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden'. In geval van een bewezenverklaring kan de rechter volstaan met het motiveren van zijn beslissing door het opsommen van de gebezigde bewijsmiddelen in het vonnis en het weergeven van de inhoud van die bewijsmiddelen.⁵³ Door het opgeven van de bewijsmiddelen kan de verdachte kennis verkrijgen op basis van welk bewijsmateriaal de rechter tot een bewezenverklaring is gekomen. Tevens kan op deze manier door een hogere rechter of door derden (het publiek) controle worden uitgeoefend op de keuze van de bewijsmiddelen en in bijzonder worden gekeken of het gebezigde bewijsmateriaal voldoet aan de wettelijke eisen, redengevend is voor de beslissing en – in het licht van de wettelijke bewijsminima – de bewezenverklaring kan dragen. In cassatie wordt ten aanzien van de bewijsbeslissing een marginale toets aangelegd: de beoordeling van de feiten wordt primair aan de feitenrechter overgelaten en de cassatierechter zal niet teveel in de waarderingsvrijheid van de feitenrechter willen treden. De cassatierechter laat zich in beginsel niet uit over de juistheid van de beslissing zelf, maar kijkt alleen of de wettelijke regels in acht zijn genomen⁵⁴ en of de door de feitenrechter gegeven (nadere) bewijsmotivering voldoende begrijpelijk is. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, heeft de (nadere) bewijsmotivering tevens een functie voor de bewijsconstructie. Zo kan de rechter die zich ziet geconfronteerd met een dreigende Meer en Vaartsituatie, de bewezenverklaring in bepaalde gevallen afhechten door in een nadere bewijsoverweging aan te geven waarom het verantwoord is om toch tot een bewezenverklaring over te gaan.⁵⁵

De bewezenverklaring moet berusten op de redengevende feiten en omstandigheden. In de eis dat de door rechter gebruikte bewijsmiddelen *redengevend* moeten zijn voor de bewijsbeslissing, ligt (onder meer) de eis van relevantie besloten zoals die in het tweede hoofdstuk ook al aan de orde is gekomen. Wil een bewijsmiddel redengevend zijn voor het bewijs, dan dient er een logisch verband te bestaan tussen de feiten en omstandigheden neergelegd in dat bewijsmiddel en de bewezenverklaarde tenlastelegging.⁵⁶ Anders dan in de Verenigde Staten betreft het in Nederland een eis die wordt gesteld aan de motivering. Aan de wettelijke verwijzing naar de redengevende feiten en omstandigheden komt in de jurisprudentie geen zelfstandige betekenis toe ten opzichte van de eis dat de inhoud van de bewijsmiddelen moet blijken

53 Indien de verdachte een bekennende verklaring heeft afgelegd kan de rechter volstaan met de opgave van bewijsmiddelen (art. 359 lid 2 Sv). De rechter kan in geval van een veroordeling tevens kiezen voor een verkort vonnis, dan hoeven de bewijsmiddelen pas te worden opgenomen en uitgewerkt op het moment dat hoger beroep is ingesteld (art. 365a Sv).

54 Van Dorst 2009, p. 234.

55 Zie op dit punt § 7.3.

56 Vgl. Dreissen 2007, p. 167. Zie voor een meer gedetailleerde uiteenzetting van de invulling van het begrip redengevendheid in relatie tot getuigenverklaringen § 10.4.1.3.

uit het vonnis.⁵⁷ Er hoeft geen afzonderlijke overweging te worden gewijd aan welke redengevende feiten en omstandigheden uit de bewijsmiddelen zijn afgeleid. Een verwijzing naar de inhoud van de bewijsmiddelen volstaat in het kader van artikel 359 lid 3 Sv. Ook een ambtshalve toelichting van logisch verband tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring is niet vereist.⁵⁸ Dit is ook het geval niet wanneer het zogenaamd indirect bewijs betreft dat niet rechtstreeks een onderdeel van de tenlastelegging steunt. De lezer moet in dat geval zelf achterhalen in welk opzicht de rechter het gehanteerde bewijsmiddel redengevend heeft geacht voor de beslissing dat de verdachte het hem tenlastegelegde feit heeft begaan.⁵⁹ Indien de inhoud van een bewijsmiddel niet redengevend kan zijn voor de bewijsbeslissing, levert dat wel grond op voor cassatie. Er is de nodige jurisprudentie waarin volgens de Hoge Raad niet aan de eis van redengevendheid is voldaan. Zo wordt in de jurisprudentie 'redengevende kracht' ontszegd aan de omstandigheid dat de verdachte zich op zijn zwijgrecht beroept. Dreissen stelt echter dat op dit punt geen echte inhoudelijke leer tot ontwikkeling is gekomen doordat de rechter zijn beslissing om bepaalde delen van het bewijsmateriaal wel of niet redengevend te achten niet nader hoeft te motiveren.⁶⁰

De beslissing omtrent de 'betrouwbaarheid' van het gebezigde materiaal vergt in beginsel geen nadere toelichting. De gedachte is dat uit de opgesomde bewijsmiddelen kan worden afgeleid wat de rechter wel en niet betrouwbaar heeft geacht. Over het *waarom* hoeft hij zich niet ambtshalve uit te laten. Dit ontslaat de rechter van uitleg over allerlei netelige bewijskwesities, zoals waarom de ene getuige niet en de andere wel wordt geloofd. Lange tijd was het ook zo dat bewijsverweren onbesproken konden blijven vanuit de (nogal formalistische) redenering dat zij hun weerlegging reeds vinden in de opsomming van de bewijsmiddelen. Tegenwoordig dient de rechter op het moment dat de verdediging een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt heeft ingenomen in beginsel wel te responderen op grond van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv.⁶¹ Bij de omvang en reikwijdte van die responsieplicht voor wat betreft de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring wordt in het tiende hoofdstuk nader ingegaan.

57 Zie HR 29 november 1926, *NJ* 1927, 46 en Dreissen 2007, p. 180.

58 Dit was aanvankelijk wel de bedoeling van de wetgever, die blijkens de memorie van toelichting met artikel 359 lid 3 beoogde te bewerkstelligen dat de rechter zijn logische gedachtegang in zijn vonnis kenbaar zou maken. In de jurisprudentie is echter spoedig na de inwerkingtreding van het wetboek beslist dat kon worden volstaan met een verwijzing naar de inhoud van de bewijsmiddelen (HR 29 november 1926, *NJ* 1927, 46). Daarmee is de eis van redengevendheid komen samen te vallen met de weergave van de inhoud van de bewijsmiddelen (Dreissen 2007, p. 189-191).

59 Dreissen 2007, p. 185-186.

60 Dreissen 2007, p. 169 en 215.

61 De algemene responsieplicht is ingevoerd bij Wet van 10 november 2004, Stb. 580 (i.w.tr. op 1 januari 2005).

Overigens geldt voor specifieke bewijsmiddelen wel een bijzondere ambtshalve motiveringsplicht. Indien de rechter die bewijsmiddelen wil gebruiken, zal hij dat in zijn vonnis dienen te verantwoorden. Artikel 360 Sv stelt dat als de rechter verklaringen van een bepaald type getuigen als bewijsmiddel gebruikt, hij daarvoor in het vonnis in het bijzonder de reden geeft. Het gaat dan om ter terechtzitting of ten overstaan van de rechter-commissaris afgelegde verklaringen van niet-beëdigde getuigen, bedreigde of afgeschermd getuigen en getuigen met wie – op grond van artikel 226h lid 3 of 226k Sv – een afspraak is gemaakt (de zogenaamde ‘kroongetuige’). De schriftelijke verklaring van een anoniem gebleven getuige valt ook onder deze bijzondere motiveringsplicht.⁶² De bijzondere motiveringsplicht behelst dat de rechter in zijn vonnis er blijk van dient te geven zelfstandig de betrouwbaarheid van de gebezigde verklaringen te hebben onderzocht.⁶³ De ratio van deze verzwaarde motiveringsplicht ligt in de beperkte mogelijkheid tot toetsing vanwege de onbekendheid van de identiteit van de bron en het verhoogde risico van onbetrouwbaarheid van dit type verklaringen. Voor het overige hoeft de rechter niet ambtshalve stil te staan bij de betrouwbaarheid van de gebezigde bewijsmiddelen.

7.8 GEEN JURIDISCHE BEWIJSTHEORIE

De hiervoor beschreven regels bieden het wettelijk kader waarbinnen de rechter tot een beslissing moet komen. Geconstateerd moet worden dat de wettelijke waarborgen zoals de wetgever van 1926 voor ogen had, in belangrijke mate zijn uitgehold. Daar staat tegenover dat vanuit de jurisprudentie wel enige aanvullende normering is gekomen. De wettelijke en jurisprudentiële regeling bieden de rechter wel enige houvast, maar raken slechts zijdelings aan de kern van het proces van bewijzen. Knigge stelt dat als gevolg van de vrijheid die de rechter altijd is gelaten, in de jurisprudentie geen bewijsleer tot ontwikkeling is gekomen.

‘Het ontbreekt aan een set op de rechtspsychologie geënte, algemeen geaccepteerde uitgangspunten en criteria die richting geven aan de bewijswaardering. Een dergelijke bewijsleer biedt de rechter houvast, maar beperkt tegelijk zijn waarderingsvrijheid. Er worden immers (nadere) eisen gesteld aan het bewijs. Denkbaar is bijvoorbeeld de invoering van een bewijsregel die niet, of alleen onder bepaalde voorwaarden, toestaat dat het daderschap uitsluitend of hoofdzakelijk wordt gebaseerd op één enkelvoudige spiegelconfrontatie.’⁶⁴

62 Anoniem gebleven getuigen zijn getuigen die niet de status van bedreigde getuigen hebben, maar wiens identiteit niet blijkt uit het proces-verbaal waarin de verklaring is neergelegd (art. 344a lid 3 Sv).

63 HR 21 november 2006, NJ 2006, 649.

64 Knigge 2008, p. 234.

Ook Van Koppen constateert dat in Nederland geen theorievorming bestaat met betrekking tot de wijze waarop de bewijsbeslissing moet worden genomen en de rol die de bewijsmiddelen daarbij spelen.⁶⁵ Door het ontbreken van een bewijsleer zijn rechters genoodzaakt zelf het toetsingskader te bepalen als het gaat om waardering en gebruik van getuigenverklaringen. De jurisprudentie ten aanzien van artikel 342 lid 2 Sv (het wettelijk bewijsminimum ten aanzien van getuigen) biedt slechts in heel beperkte mate houvast als het gaat om de beslissing als geheel en voorziet niet in een kader voor bijvoorbeeld de analyse van getuigenverklaringen.

Dat in Nederland geen bewijsleer tot ontwikkeling is gekomen, is waarschijnlijk het gevolg van een combinatie van factoren. Allereerst is de terughoudende rol van de Hoge Raad in dit opzicht een belangrijke factor. De Hoge Raad toetst wel of de gebezigde bewijsmiddelen redengevend kunnen zijn en de bewijsconstructie als geheel volledig en consistent is,⁶⁶ maar probeert zich voor het overige verre te houden van kwesties die raken aan de selectie en waardering van het bewijs. Dit vanuit de gedachte dat dit primair het domein is van de feitenrechter en diens vrijheid in dat opzicht niet moet worden beknot. Een andere factor betreft het feit dat het Wetboek van Strafvordering wel degelijk voorziet in regels, waardoor het idee kan ontstaan dat als die regels maar in acht worden genomen, dit automatisch zal leiden tot juiste (of in ieder geval juridisch houdbare) beslissingen. Echter, de bewijsregels stammen uit 1926 en zijn betrekkelijk uitwendig. Zo geven de bewijsminimumregels weliswaar een methodologisch minimum, maar zij bieden geenszins een garantie voor een feitelijk juiste (in de zin van accurate) beslissing. Daar komt bij dat de wettelijke onderscheiding van bronnen in verschillende bewijsmiddelen een formalistische benaderingswijze in de hand heeft gewerkt. Het strafrechtelijk bewijsstelsel zoals dat nog steeds in de wet is neergelegd, gaat primair over de vorm, vooral daar de inhoudelijke vereisten – zoals de wetgever van 1926 voor ogen had – in de praktijk erg zijn uitgehold. Dit heeft tot discussie geleid over de kwalificatie van ons wettelijk bewijsstelsel.⁶⁷ Veel belangrijker nog is het antwoord op de vraag hoe rechters kunnen worden geholpen bij het nemen van methodologisch verantwoorde (en daarmee zoveel mogelijk juiste) beslissingen. De wet biedt de rechter immers nauwelijks houvast. Enige theorievorming op dit punt zou in een behoefte kunnen voorzien.

⁶⁵ Van Koppen 2011, p. 253.

⁶⁶ Nijboer 2011, § 3.1. Zie ook de conclusie van Aben onder HR 8 juni 2010, *LJN* BM3636.

⁶⁷ Zie § 7.2.

7.9 TOT BESLUIT

Het Nederlandse wettelijk bewijsstelsel biedt randvoorwaarden waarbinnen de beslissing tot stand moet komen en laat daarbij een grote waarderingsvrijheid aan de rechter. Het bewijsrecht is een terrein dat sterk in beweging is, in die zin dat de laatste jaren kritischer en op een andere manier naar bewijsvragen wordt gekeken. Met name het waarschijnlijkheidsdenken en het denken in termen van alternatieve scenario's dringt steeds verder door in beschouwingen over bewijs en de rechtspraak, hetgeen onder meer is terug te zien bij de invulling van de rechterlijke overtuiging en de motiveringsplicht. Dit is mede het gevolg van technische ontwikkelingen binnen het strafrechtelijk onderzoek, waardoor steeds vaker deskundigen worden ingeschakeld. Deze deskundigen worden weliswaar ingezet met een concrete opdracht maar brengen wel hun methoden en denkwijzen mee in het strafproces. Daarbij zijn er deskundigen die als gevolg van het unieke inkijkje dat zij hebben gekregen in het strafproces, in de literatuur (kritisch) zijn gaan reflecteren op de in het strafproces gangbare werkwijzen. Als gevolg van rechterlijke dwalingen lijkt de laatste jaren een grotere ontvankelijkheid te bestaan voor andere zienswijzen en kritische reflectie.

Niettemin hebben juristen de neiging om in het debat met buitenstaanders sterk de eigenheid van het juridisch bedrijf te benadrukken, hetgeen nog wel eens leidt tot misverstanden en onbegrip tussen juristen en niet-juristen. Een goed voorbeeld is de discussie over de omvang van de bewijsbeslissing. Er wordt van juridische zijde zoveel nadruk gelegd op de specifieke strafrechtelijke beperkingen, dat soms voorbij wordt gegaan aan de universele of algemene grondslagen van het proces van bewijzen en aan dat waar het ook in de strafrechtelijke context in de kern om gaat, namelijk het toetsen of de verdachte het strafbare feit dat hem ten laste is gelegd in *werkelijkheid* heeft begaan. De kloof tussen juristen en niet-juristen is in de praktijk echter minder groot dan deze lijkt. Rechter toetsen in de praktijk wel degelijk alternatieve scenario's maar benoemen deze niet als zodanig (hoewel de term scenario steeds vaker terug te zien valt in strafrechtelijke vonnissen).⁶⁸ Het is uitdrukkelijk niet mijn bedoeling om daarmee het probleem van de uiteenlopende opvattingen over de taak van de rechter ten aanzien van het bewijs te bagatelliseren. De empirische kant van het rechterlijk beslisproces is in de juridische literatuur duidelijk lange tijd onderbelicht gebleven.

68 De vraag is wel of het toetsen van alternatieve scenario's voldoende aandacht krijgt.