



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

12 | Waardering en gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs

12.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is de totstandkoming van getuigenverklaringen in de Nederlandse uitvoeringspraktijk besproken. Daar werd duidelijk dat de verklaring in belangrijke mate een constructie behelst, terwijl op de totstandkoming van de verklaring in de eerdere fasen van het strafproces slechts beperkt controle kan worden uitgeoefend. Tevens bleek dat de verklaring afgelegd tijdens het verhoor niet gelijk kan worden gesteld met de weergave van de verklaring in het proces-verbaal. In dit hoofdstuk komt het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs door de rechter aan bod. De problemen waarmee de rechter zich ziet geconfronteerd bij het toetsen van de geloofwaardigheid van getuigenverklaringen en het gebruik van de getuigenverklaringen voor het bewijs, staan daarbij centraal. In het bijzonder wordt getracht aan te geven welke vragen rijzen als gevolg van het ontbreken van een juridische bewijstheorie. Tevens zullen vanuit methodologisch perspectief kanttekeningen worden geplaatst bij een aantal in de praktijk gangbare werkwijzen. Daarbij moet worden opgemerkt dat vragen over de geloofwaardigheid noodzakelijkerwijs worden beantwoord aan de hand van de verklaring zoals die op schrift is gesteld. Dit is slechts anders in gevallen waarin de rechter zelf de getuige hoort. Waar in dit hoofdstuk wordt gesproken van de verklaring van de getuige dient de lezer in het achterhoofd te houden dat het gaat om een afgeleide van de verklaring zoals die in werkelijkheid tijdens het verhoor is afgelegd.

Bij de beschrijving van deze problemen in de praktijk moet wel een kanttekening worden geplaatst. Tot dusver is in de literatuur geen systematische analyse gemaakt van de wijze waarop rechters met de selectie en waardering van getuigenverklaringen omgaan. De juridische analyses richten zich vooral op de mate van steunbewijs dat is vereist naast een getuigenverklaring. Over de maatstaven die rechters daarentegen feitelijk aanleggen bij het beoordelen van het waarheidsgehalte van getuigenverklaringen, is vrij weinig bekend. Het doen van uitspraken over de wijze waarop rechters getuigenverklaringen beoordelen, vergt inzicht in de redeneerwijze van de rechter, die zich niet zomaar uit diens schriftelijke motiveringen in het vonnis laat afleiden. Immers, de motivering weerspiegelt maar in beperkte mate de werkelijke beweegredenen van de beoordelaar. Niettemin kan aan de hand van de jurisprudentie

en de literatuur wel een aantal kwetsbaarheden of potentiële problemen worden blootgelegd.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst volgen enkele inleidende theoretische opmerkingen over het proces van bewijzen in relatie tot het Nederlandse strafproces, waarbij wordt teruggekoppeld naar de begrippen en theorieën over bewijs die in het eerste hoofdstuk zijn besproken (§ 12.2). Daarna wordt ingegaan op het rechterlijk beslisproces waarbij aandacht wordt besteed aan de problemen met betrekking tot de beoordeling van de geloofwaardigheid van de getuigenverklaring (§ 12.3), vervolgens aan het gebruik van de getuigenverklaring in de bewijsconstructie (§ 12.4) en tot slot aan de motivering van de rechter (§ 12.5). De conclusie is dat de rechterlijke waarderingsvrijheid in Nederland erg groot is en dat dit risico's meebrengt voor de (kwaliteit van) waarheidsvinding. Er wordt afgesloten met enkele bespiegelingen omtrent de rechterlijke waarderingsvrijheid in Nederland en enkele openstaande theoretische vragen (§ 12.6).

12.2 ENKELE INLEIDENDE OPMERKINGEN OVER BEWIJZEN IN HET NEDERLANDSE STRAFPROCES

Voordat meer in detail wordt ingegaan op de wijze waarop getuigenverklaringen worden getoetst en gebruikt voor het bewijs, volgt hier een korte samenvatting van de relevante theoretische inzichten uit de voorgaande hoofdstukken omtrent het proces van bewijzen.

12.2.1 Holistische of atomistische benadering van het bewijs?

In het vorige deel is meermalen aan de orde gekomen dat de Nederlandse rechter vrij is in de waardering en selectie van bewijs. De rechter wordt in het Nederlandse strafproces in staat geacht zelfstandig verklaringen te wegen en de Hoge Raad ziet geen aanleiding om bepaalde verklaringen op voorhand uit te sluiten.¹ Een juridische bewijstheorie die richting geeft aan de bewijswaardering is in de Nederlandse jurisprudentie niet tot ontwikkeling gekomen. Wel is vanuit andere disciplines gereflecteerd op de te nemen bewijsbeslissing en zijn er theorieën geformuleerd over wat de rechter doet of zou moeten doen bij het proces van bewijzen. In het eerste hoofdstuk zijn verschillende theorieën hierover uiteengezet. Sommige daarvan zetten het individuele bewijsstuk centraal en hanteren een atomistische benadering waarbij elk bewijsstuk afzonderlijk moet worden geanalyseerd. Bij een atomistische benadering wordt het bewijs van 'onderaf' geanalyseerd vanuit elk afzonderlijk bewijsstuk. Het gaat dus primair om een *bottum-up* benadering. Andere theorieën gaan uit

1 De onder hypnose afgelegde verklaring uitgezonderd. Zie § 10.4.1.2.

van het verhaal of de constructie als geheel en hebben een meer holistisch perspectief.² Een holistische benadering is primair *top-down*: de theorie is het startpunt, waarbij wordt gekeken hoe het beschikbare bewijs in die theorie past. De narratieve benadering is hier een voorbeeld van. Het risico van de top-down benadering is dat geen grondige toetsing van het bewijsmiddel zelf meer plaatsvindt en tegenstrijdigheden uit het oog worden verloren. In dat geval stelt men zich tevreden met de verklaring die past in het verhaal ofwel coherent is met het overige bewijsmateriaal en wordt niet meer gekeken naar de wijze waarop deze tot stand is gekomen.³ Zoals in het navolgende duidelijk wordt, kleven aan een dergelijke benadering bezwaren. Een verklaring die de bewering vervat in de tenlastelegging ondersteunt en aansluit bij het overige beschikbare bewijsmateriaal, hoeft immers niet in alle gevallen juist te zijn. Wil een verklaring aan het bewijs kunnen bijdragen, dan is het van belang om deze ook intrinsiek te toetsen (los van zijn coherentie met het overige bewijsmateriaal). Twijfel bestaat of deze intrinsieke toets in de Nederlandse strafprocespraktijk voldoende tot zijn recht komt.⁴

In Nederland lijkt de discussie over bewijs vooral te gaan over de beslissing door de rechter, maar in mindere mate over de totstandkoming en de waarde van de individuele bewijsstukken en de rol die dat dient te spelen in de oordeelsvorming van de rechter. Dit is mede het gevolg van het feit dat in het Wetboek van Strafvordering in de titel over het bewijs (art. 338-344a Sv) uitsluitend iets is geregeld over welk type bewijsmateriaal toelaatbaar is, welke maatstaf de rechter voor het nemen van een positieve bewijsbeslissing moet aanleggen en aan welke bewijsminima moet zijn voldaan. Er worden echter nauwelijks inhoudelijke eisen gesteld aan de kwaliteit van het te gebruiken materiaal. De fixatie op de beslissing leidt er volgens Van Koppen toe dat strafrechtjuristen weinig oog hebben voor het feit dat over de bewijsmiddelen zelf een aparte discussie kan worden gevoerd, die los staat van de bewijsbeslissing.⁵ Ook Merckelbach stelt dat juristen geneigd zijn om de verschillende verklaringen van getuigen tot één geheel te synthetiseren.⁶ Mijn ervaring is dat als het gaat om een dragende getuigenverklaring de discussie over de kwaliteit of waarde van die verklaring in de raadkamer wel degelijk wordt gevoerd, hoewel dat in het vonnis niet altijd is terug te zien.⁷ De toets die wordt aangelegd is echter – zoals we hierna nog zullen zien – noodzakelijkerwijs beperkt van aard, nu de rechter zich in veel gevallen uitsluitend baseert

2 Zie voor bespreking van deze theorieën hoofdstuk 2.

3 Vgl. Malsch & Freckelton 2009, p. 120.

4 Zie ook Malsch & Freckelton 2009, p. 132 en Merckelbach 2003, p. 219.

5 Van Koppen 2011, p. 248. Volgens Van Koppen is de fixatie op de beslissing mede veroorzaakt doordat bewijsmiddelen en vooral getuigen lange tijd een geringe rol speelden ter terechtzitting.

6 Merckelbach e.a. 2003, p. 219.

7 Zo is mijn ervaring als rechter-plaatsvervanger die overigens ook breder wordt gedeeld.

op de schriftelijke verklaring neergelegd in het proces-verbaal en vooral kijkt naar de steun voor de verklaring in het overige bewijsmateriaal.

12.2.2 Kwaliteit van getuigenverklaringen

Voor wat betreft de kwaliteit van een getuigenverklaring moet – zo zagen we in het tweede hoofdstuk – naar een tweetal aspecten worden gekeken, namelijk naar de inhoud van de verklaring in relatie tot de werkelijkheid en de inhoud van de verklaring in relatie tot de te bewijzen hypothese. Uit het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat bij het eerste aspect tevens dient te worden betrokken in hoeverre de weergave van de verklaring in het proces-verbaal strookt met in werkelijkheid afgelegde verklaring.

Als het gaat om de inhoud van de verklaring in relatie tot de werkelijkheid wordt meestal de term betrouwbaarheid gebruikt. In § 2.6.1 is aangegeven dat dit begrip niet helder is. Om die reden wordt in dit boek voor wat betreft de inhoud van de verklaring in relatie tot de werkelijkheid onderscheid gemaakt tussen de waarheidsgetrouwheid en de geloofwaardigheid van een getuigenverklaring. Bij de waarheidsgetrouwheid gaat het om de mate waarin de verklaring correspondeert met de werkelijkheid en bij de geloofwaardigheid gaat het om de mate waarin gerechtvaardigd geloof mag worden gehecht aan de inhoud van de verklaring op grond van de vermeende correspondentie met de werkelijkheid. Omdat de waarheidsgetrouwheid van een verklaring zich in veel gevallen niet laat vaststellen, moeten we het doen met het oordeel omtrent de geloofwaardigheid.

Ondanks dat betrouwbaarheid voor analytische doeleinden niet een bruikbaar begrip is, kunnen we bij de beschrijving van de praktijk niet helemaal om dit begrip heen. Betrouwbaarheid vormt immers wel de centrale toetsingsmaatstaf voor de inhoud van getuigenverklaringen en is een voorwaarde om de verklaring voor het bewijs te mogen gebruiken. Echter, nergens valt terug te lezen wat er precies onder betrouwbaarheid moet worden verstaan en wat de relatie is met andere begrippen die in dit verband worden gebruikt. Dat het begrip niet helder is geconceptualiseerd komt doordat in de juridische doctrine voor betrouwbaarheid als zelfstandig toetsingskader lange tijd weinig belangstelling is geweest. Pas sinds de rechterlijke dwalingen zien we dat in het juridisch debat en in de rechtspraak meer aandacht bestaat voor deze problematiek. Dit betekent niet dat rechters zich voorheen niet bezighielden met vragen omtrent de kwaliteit van het bewijsmateriaal. Integendeel, de beoordeling daarvan behoort tot een van de belangrijkste taken van de rechter, maar zij deden (en doen) dat grotendeels op hun eigen merites zonder wezenlijke houvast in de juridische doctrine.

Een belangrijke vraag bij de betrouwbaarheid als toetsingsmaatstaf is hoe betrouwbaar of geloofwaardig een getuigenverklaring moet zijn alvorens deze voor het bewijs mag worden gebruikt. Bij betrouwbaarheid gaat het immers

om een glijdende schaal:⁸ een verklaring is meer of minder geloofwaardig. Perfectie (in de vorm van volledige zekerheid) is onbereikbaar. Indien een verklaring in zijn geheel geen 'oneffenheden' of kleine inconsistenties bevat, kan dit zelfs duiden op een valselijk gefabriceerde verklaring. Aangezien de bronnen die de rechter gebruikt nooit volmaakt zijn, wordt wel aangenomen dat niet kan worden geëist dat de rechter voor de volle honderd procent zekerheid heeft over het waarheidsgehalte van de verklaring. De vraag is evenwel of er in dit verband niet een bepaalde drempel of ondergrens geldt. De Hoge Raad stelt dat de verklaring door de rechter alleen voor het bewijs mag worden gebruikt 'wanneer deze naar zijn oordeel betrouwbaar en overeenkomstig de waarheid is afgelegd'.⁹ Den Hartog stelt dat als norm moet gelden dat niet of nauwelijks mag worden getwijfeld aan de juistheid van de inhoud van de verklaring.¹⁰ Echter, noch de regelgeving, noch de jurisprudentie biedt op dit punt uitsluitel. Dat zekerheid in de praktijk niet wordt vereist, blijkt wel uit het feit dat er in de lagere rechtspraak van uit wordt gegaan dat de verklaring door de rechter als *voldoende betrouwbaar* moet zijn beoordeeld.¹¹ De vraag wanneer een verklaring voldoende betrouwbaar is en wat dat precies betekent voor het gebruik van redengevende passages uit de verklaring voor de bewijsbeslissing, is nog niet beantwoord. Zoals hierna duidelijk zal worden, leidt dit in de praktijk tot lastige vragen. Hierbij zal aan het einde van dit hoofdstuk nog nader worden stilgestaan.

Naast de geloofwaardigheid of betrouwbaarheid van de getuigenverklaring is ook de bewijswaarde van de verklaring van belang. De bewijswaarde heeft betrekking op de inhoud van de verklaring in relatie tot de te bewijzen hypothese. In de Nederlandse juridische doctrine is weinig aandacht voor dit concept. Het begrip betrouwbaarheid wordt niet helder van de bewijswaarde onderscheiden. Duidelijk moge zijn dat een verklaring die geheel ongeloofwaardig/onbetrouwbaar is, weinig bewijswaarde toekomt. De bewijswaarde wordt dus rechtstreeks door de geloofwaardigheid beïnvloed. Echter, de bewijswaarde (in de zin van de diagnostische waarde) van een concreet bewijsstuk kan niet uitsluitend daaruit worden afgeleid. In dit verband wordt verwezen naar de voorbeelden genoemd in § 2.5.2. De algehele kwaliteit van een

8 Daarin verschilt het juridisch concept van 'betrouwbaarheid' van de het concept rechtmatigheid. Het oordeel over de rechtmatigheid is in belangrijke mate dichitoom, terwijl de betrouwbaarheid wordt beheerst door een meer graduele waardering (Dubelaar 2009, p. 96).

9 HR 14 december 1992, *NJ* 1993, 54 en HR 23 september 2008, *NJ* 2008, 425. Zie § 10.4.1.2.

10 Den Hartog 2001, p. 276.

11 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 10 maart 2008, *LJN* BC6068, *NJFS* 2008, 815. Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hanteert een soortgelijke benadering waar het stelt dat een veroordeling uitsluitend mag zijn gebaseerd op de verklaringen van niet-ondervraagde getuigen wanneer de verklaringen voldoende betrouwbaar zijn gelet op hun gewicht in de zaak (EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 147).

getuigenverklaring wordt in ieder geval bepaald door de bewijswaarde, die weer sterk afhangt van de geloofwaardigheid.

12.2.3 Stappen in de bewijsbeslissing

Uit het tweede hoofdstuk volgt dat de rechter, om te kunnen komen tot een positieve bewijsbeslissing, zowel de kwaliteit van de individuele bewijsstukken als alle bewijsstukken tezamen dient te analyseren. Om analytische doeleinden is het (mogelijk) nuttig om de verschillende stappen in het proces van bewijzen te onderscheiden. Geredeneerd vanuit het individuele bewijsstuk, in dit verband de getuigenverklaring, kan de rechter zich de volgende vragen stellen.

- Stap 1: Is de getuigenverklaring relevant voor de te nemen beslissing? En zo ja: welk onderdeel?¹²
- Stap 2: Berust dat onderdeel op eigen waarneming en ondervinding en voldoet het daarmee aan het gestelde in artikel 342 lid 1?
- Stap 3: In welke mate mag aan de verklaring als geheel en het voor het bewijs relevante onderdeel in het bijzonder, gerechtvaardigd geloof worden gehecht? In juridische termen: is de verklaring (voldoende) betrouwbaar?
- Stap 4: Welke bewijswaarde moet aan (het voor het bewijs relevante onderdeel van) de verklaring worden toegekend?
- Stap 5: Is in het licht van de wettelijke bewijsminima en de jurisprudentie van het EHRM aangaande het uitoefenen van het ondervragingsrecht – naast de betreffende getuigenverklaring – voldoende bijkomend bewijsmateriaal voorhanden is om te kunnen komen tot een bewezenverklaring?¹³
- Stap 6: Staat op basis van het beschikbare bewijsmateriaal en (mede) bezien vanuit de *a priori* waarschijnlijkheid buiten twijfel vast dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan?

Duidelijk moge zijn dat in de praktijk geen rechter deze stappen expliciet zo hanteert. Het voorgaande stappenschema laat wel zien dat het bij bewijzen op basis van getuigenverklaringen gaat om een complex proces waarin juridische en methodologische vragen met elkaar verweven zijn. Het is ook niet gezegd dat de stappen in deze volgorde (moeten) worden gehanteerd. Het ligt echter voor de hand om eerst naar de relevantie van de verklaring te kijken en dan verder te gaan met toetsen. Immers, als de verklaring niet relevant

12 Lastig in dit verband is dat het begrip ‘verklaring’ in de praktijk en theorie zowel wordt gebruikt in relatie tot de getuigenis als geheel als in relatie tot de specifieke beweringen die men voor het bewijs wil gebruiken.

13 De rechtmatigheid wordt hier buiten beschouwing gelaten.

is voor enig te nemen beslissing, dan kan de rechter zich de moeite van een nadere beoordeling besparen.

De eerste drie stappen zijn in § 10.4.1 besproken. Daarbij moet worden opgemerkt dat niet alle stappen even nadrukkelijk zijn genormeerd: vanzelfsprekend moet de rechter de relevantie en geloofwaardigheid van de getuigenverklaring vaststellen (stap 1 en 3), maar daaromtrent is in de wet niet of nauwelijks iets geregeld. Het is in elk geval goed om te constateren dat een intrinsieke toets van de inhoud van de getuigenverklaring mogelijk is, los van de te bewijzen hypothese (stap 2 en 3). In dit hoofdstuk is ervoor gekozen de toetsing van de inhoud van de getuigenverklaring (stap 3) en het gebruik van de getuigenverklaring voor de bewijsbeslissing afzonderlijk te bespreken (stap 4 en 5). Hierna wordt eerst ingegaan op de intrinsieke toets van de inhoud van de getuigenverklaring en daarna komen de eisen aan bod die worden gesteld aan de inhoud in relatie tot de te bewijzen hypothese in de tenlastelegging. We zullen zien dat de toetsing en het gebruik in elkaar overlopen en in de praktijk niet duidelijk van elkaar worden onderscheiden.

Bij de laatste stap wordt in dit hoofdstuk niet uitdrukkelijk stilgestaan. In dit verband volstaat op te merken dat de rechter er met de vaststelling dat aan alle juridische (minimum)normen is voldaan, nog niet is. Hij dient tevens overtuigd te zijn van het feit dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan. De schuld van de verdachte aan hetgeen hem is ten laste gelegd dient buiten redelijke twijfel vast te staan. Hierbij dient ook de in § 2.4.3 besproken *a priori* waarschijnlijkheid (*prior odds*) te worden betrokken. Een voorbeeld om dit te illustreren. Er is een gewapende overval gepleegd op een tankstation in Rotterdam door een persoon met een bivakmuts, waarbij camerabeelden zijn gemaakt. Aan de hand van de enigszins wazige camerabeelden die worden getoond op het internet wordt een persoon herkend door een familielid als zijnde de dader. Er wordt nader onderzoek verricht wat verder niet meer oplevert dan dat de verdachte in Rotterdam woont, geen alibi heeft voor het moment van de overval en een zwart fleecjack in zijn kast heeft hangen dat lijkt op de jas die op de beelden is te zien. De bewijswaarde van de herkenning zou dan weliswaar hoog kunnen zijn, maar de *prior odds* zijn heel laag. Het aanvullend bewijsmateriaal draagt voorts maar in geringe mate bij aan het bewijs dat de verdachte het feit heeft gepleegd. Juist vanwege deze lage *prior odds* kan (methodologisch gezien) niet buiten redelijke twijfel worden vastgesteld dat de verdachte de overval heeft gepleegd, ondanks de herkenning door het familielid. Dit zou heel anders zijn als men op een andere manier bij de verdachte was uitgekomen en daarna een herkenning zou plaatsvinden.

12.3 TOETSING VAN DE INHOUD VAN DE GETUIGENVERKLARING

De toetsing van de inhoud van de getuigenverklaring is primair de taak voor de rechter. Desgewenst kan hij ten behoeve hiervan deskundigen inschakelen.

In deze paragraaf wordt gekeken naar de manier waarop in de praktijk aan de toets van de inhoud van de getuigenverklaring in relatie tot de werkelijkheid gestalte wordt (en kan worden) gegeven en welke rol deskundigen hierbij kunnen spelen. Op grond van de vorige hoofdstukken moge duidelijk zijn dat die toets in de Nederlandse praktijk in het leeuwendeel van de gevallen geschiedt aan de hand van de schriftelijke verklaring. Meestal verschijnt de getuige niet ter terechtzitting en is de rechter niet in de gelegenheid om de verklaring te toetsen door middel van een mondelinge ondervraging. Van dit gegeven wordt in het hiernavolgende uitgegaan.

12.3.1 Aandachtsgebieden

In het zesde hoofdstuk zijn aanknopingspunten voor de toetsing van getuigenverklaringen geboden. Om de geloofwaardigheid van een verklaring te kunnen beoordelen, dient zowel te worden gekeken naar de totstandkoming (waaronder de weergave in het proces-verbaal) en de inhoud van de verklaring als naar de persoon van wie de verklaring afkomstig is. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op deze drie aandachtsgebieden en de wijze waarop daar in de praktijk mee wordt omgegaan.

12.3.1.1 Totstandkoming

In eerdere hoofdstukken werd duidelijk dat de context waarin een verklaring wordt afgelegd en de wijze waarop de verklaring tot stand komt, mede bepalend is voor de kwaliteit en inhoud van de getuigenverklaring. De verklaring moet worden gezien als het product van gezamenlijk construeren. Een zekere mate van beïnvloeding is in dit verband onvermijdelijk. Dit proces van gezamenlijk construeren is in beginsel slechts problematisch als de verklaring wordt vervormd of het oorspronkelijke verhaal van de getuige zo wordt 'herschreven' dat de in het proces-verbaal vastgelegde informatie niet meer aan de verklarende persoon kan worden toegeschreven. Voor de waarheidsvinding is het van belang om te weten of de in de verklaring vervatte informatie afkomstig is van de getuige zelf of dat deze is aangedragen door de verhorende functionaris (en door de getuige – ten onrechte – als waar is aangenomen). De wijze waarop de verklaring tot stand is gekomen, vormt – in het licht van hetgeen we vanuit de rechtspsychologie daarover te weten zijn gekomen – een belangrijke factor bij het beoordelen van de geloofwaardigheid van de verklaring. Zijn bij de totstandkoming wezenlijke fouten gemaakt, dan heeft dit rechtstreeks consequenties voor het geloof dat aan de verklaring kan worden gehecht. Deskundigen die worden gevraagd een 'betrouwbaarheids-onderzoek' te verrichten, betrekken daarbij ook de totstandkomingsgeschiedenis van de verklaring. Dat kan, omdat hun hulp veelal wordt ingeroepen in

lastige zedenzaken, waarin de verhoren ook op beeld- of geluidsdrager zijn vastgelegd.

Bij het beoordelen van de geloofwaardigheid van verklaringen gaat het in beginsel om terugkijken ofwel een controle achteraf (tenzij de beslissende rechter degene is die de getuige voor het eerst hoort). Zoals in het elfde hoofdstuk is besproken, zijn de controlemechanismen tijdens het verhoor – in ieder geval bij de politie – erg beperkt, nu de raadsman daar in beginsel niet bij aanwezig is en ook niet van de getuige kan worden verwacht dat hij de vinger aan de pols houdt. In het licht van ontbrekende controlemechanismen tijdens het verhoor bij de politie zou men verwachten dat de totstandkoming achteraf grondig wordt getoetst. Geconstateerd moet echter worden dat de rechterlijke controle op de gang van zaken tijdens het verhoor thans erg marginaal is. Zo merken Duker en Stevens op dat ‘de rechtspraak (...) weinig houvast geeft ten aanzien van wat wordt gezien als een betrouwbaar en zorgvuldig verhoor’.¹⁴ De bij het getuigenverhoor ingezette verhoormethoden zijn in de rechtszaal en in het wetenschappelijk debat nauwelijks onderwerp van discussie. De gang van zaken tijdens het verdachtenverhoor mag zich weliswaar op meer belangstelling verheugen, maar ook daarbij geldt dat de aandacht niet zozeer uitgaat naar de verhoortechniek zelf, maar naar de randvoorwaarden van het verhoor (de aanwezigheid van de raadsman en de audiovisuele registratie van het verhoor). Alleen bij de – thans verboden – Zaanse verhoormethode heeft de techniek zelf echt ter discussie gestaan. Nierop stelt in dit verband het volgende.

‘Externe wetenschappers zouden zich niet alleen op de excessen, maar ook op de gebruikelijke verhoormethoden moeten richten. De discussie moet openlijk worden gevoerd en niet langer een interne aangelegenheid van de politie zijn. Als alle procespartijen zich verdiepen in gebruikelijke verhoormethoden, worden onwenselijke verhoormethoden en hun gevolgen in een eerder stadium herkend.’¹⁵

Dat de problematiek van het verhoor onder juristen lang onderbelicht is gebleven, is niet echt verwonderlijk.¹⁶ Het is een onderzoeksterrein waar zonder zelf observatieonderzoek te doen, lastig grip op is te krijgen. Voor wat betreft de procespartijen en de door Nierop voorgestane kennis van verhoortechnieken, moet worden opgemerkt dat tot voor kort weinig aanleiding bestond voor procesdeelnemers om zich grondig in de verhoortechnieken te verdiepen. Immers, kennis van verhoormethoden is alleen nuttig als die ook kan worden toegepast. Dit laatste is uitsluitend het geval als de gang van zaken in het verhoor en de daarbij gestelde vragen zichtbaar worden gemaakt in

¹⁴ Duker & Stevens 2009, p. 83.

¹⁵ Nierop 2005, p. 890.

¹⁶ Recentelijk is echter een tweetal publicaties verschenen waarin de verhoortechniek bij verdachten aan bod komt: Duker & Stevens 2009 en Stevens & Verhoeven 2010.

het proces-verbaal of anderszins kan worden achterhaald (door middel van het bekijken van de beelden). Het is niet onaannemelijk dat juristen meer interesse zullen krijgen voor dit onderwerp, naarmate zij in toenemende mate worden blootgesteld aan materiaal waarin de gehanteerde methode wel zichtbaar wordt. Uit een inmiddels al wat ouder rapport van de Landelijke Expertisegroep Bijzondere Zedenzaken komt naar voren dat ook als opnamen van het verhoor voorhanden zijn, deze te weinig door officieren en rechters worden bekeken.¹⁷

Incidenteel duiken echter aspecten van de gebruikte verhoormethoden in de jurisprudentie op. In de rechtspraak van de Hoge Raad betreft het vooral excessen. Het in het elfde hoofdstuk besproken Poppenspelerarrest uit 1989 is daarvan een voorbeeld.¹⁸ In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat de feitenrechter ten onrechte geen aandacht had besteed aan het verweer van de verdediging omtrent de gehanteerde methode, het gebruik van het spelinterview. Hoewel de Hoge Raad het gebruik van anatomisch correcte poppen niet uitdrukkelijk ontoelaatbaar heeft verklaard, heeft dit arrest tot gevolg gehad dat deze methode in die vorm niet meer wordt gebruikt. Ten aanzien van de verklaringen afgelegd onder hypnose heeft de Hoge Raad wel een expliciet bewijsverbod geformuleerd.¹⁹ Ook de discussie omtrent de Zaanse verhoormethode en de opstelling van de Hoge Raad daarin heeft ertoe geleid dat deze methode niet meer wordt gebruikt.²⁰

Een onderdeel van de totstandkoming van de verklaring waarvoor de laatste jaren binnen het juridisch domein meer aandacht bestaat, betreft de confrontaties van getuigen met verdachten met het oog op een eventuele herkenning. Met name de wijze waarop met de (resultaten van de) niet correct uitgevoerde confrontaties wordt omgegaan, is al lange tijd een doorn in het oog van de rechtspsychologen. Zij beschuldigen rechters van onwil om consequenties te verbinden aan gemaakte fouten.²¹ Het punt is echter dat een fout in de totstandkoming voor de rechter niet direct aanleiding is om het bewijsmiddel vervolgens in het geheel niet te gebruiken. Een verklaring hiervoor kan allereerst worden gevonden in het gegeven dat de rechter weinig oog heeft voor de totstandkomingsgeschiedenis, omdat hij gewend is de verklaring te toetsen aan de hand van het overige bewijsmateriaal (zie hierna). Indien de identificatie steun vindt in het overige bewijsmateriaal, kan dat voor de rechter in bepaalde gevallen aanleiding zijn om de resultaten van een positieve herkenning tijdens een confrontatie toch voor de bewijsconstructie te gebruiken ondanks de gemaakte fouten in de herkenningsprocedure. Kortom, een manke-

17 Nierop & Van den Eshof 2008, p. 84.

18 HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 748. Zie ook hetgeen hieromtrent in hoofdstuk 8 is opgemerkt.

19 HR 17 maart 1998, *NJ* 1998, 798, m.nt. Reijntjes.

20 HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 152.

21 Wagenaar, Israëls & Van Koppen 2009, p. 215. Zie ook Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2005, p. 209-212.

ment in de totstandkoming is voor de rechter niet direct reden om de verklaring naast zich neer te leggen, indien bewijsmateriaal voorhanden is dat de herkenning ondersteunt. De vraag is echter hoeveel bewijswaarde toekomt aan een identificatie die niet op juiste wijze tot stand is gekomen. Zo weten we bijvoorbeeld dat de diagnostische waarde van een eenpersoonsconfrontatie nihil is.²² Een andere verklaring kan worden gevonden in het feit dat niet altijd duidelijk is wat de betekenis is van gemaakte fouten voor de kwaliteit van een herkenning of de afgelegde verklaring. Dit is een probleem dat ook speelt bij de waardering van de totstandkoming van een verklaring in 'normale' verhoorsituaties waarin geen confrontatie heeft plaatsgevonden. Al zouden rechters beelden van het verhoor bekijken en fouten constateren in de vraagstelling, dat betekent niet dat zij ook weten welke consequentie daaraan te verbinden. Het feit bijvoorbeeld dat suggestieve vragen worden gesteld, hoeft niet te betekenen dat de getuige daar ook op reageert en diens respons niet meer op eigen waarneming of ondervinding berust. Sommige getuigen zullen wel door de suggestie worden beïnvloed en een pseudoherinnering ontwikkelen, maar veel anderen niet. Onderzoek onder kinderen toont aan dat het percentage kinderen dat zich door suggestie laat beïnvloeden zo rond de dertig procent ligt, de overige zeventig procent is daar niet gevoelig voor.²³ De rechter zal niet altijd kunnen opmaken tot welke categorie het desbetreffende kind behoort en in hoeverre de afgelegde verklaring daadwerkelijk is gecompromitteerd.²⁴ Anders ligt het bij fouten gemaakt gedurende de verslaglegging; of het proces-verbaal van het verhoor klopt en volledig is, kan eenvoudig worden gecontroleerd aan de hand van de beelden of geluidsbanden, maar dan moeten die wel voorhanden zijn (en worden bekeken).

Dat in de jurisprudentie relatief veel zaken vallen aan te treffen waarin de confrontatie onderwerp van discussie is, kan vermoedelijk worden verklaard uit het feit dat dit onderdeel meer is gejuridiseerd dan andere onderdelen van de totstandkoming van verklaringen, doordat de regels omtrent de herkenningsprocedure zijn vastgelegd in een juridisch bindende regeling, te weten het 'Besluit toepassing maatregelen in het belang van het onderzoek'. Indien de daarin vastgelegde procedure niet is gevolgd, kan de rechter besluiten het verzuim te sanctioneren met behulp van artikel 359a Sv. Het gegeven dat de rechter hier houvast heeft aan een specifieke regeling, blijkt de toetsing te vereenvoudigen. Dit zien we ook bij het verhoor van jeugdige zedenslachtoffers dat wordt genormeerd door de Aanwijzing opsporing en vervolging seksueel misbruik.

22 Van Koppen & Wagenaar 2010, p. 286.

23 Candel & Otgaar 2008, p. 83.

24 Bijvoorbeeld omdat er onvoldoende ander bewijs is om de verklaring aan te toetsen. Dat neemt niet weg dat de suggestibiliteit soms wel uit andere onderdelen van het verhoor kan worden afgeleid. Er bestaan instrumenten voor het meten van de suggestibiliteit. Zie Rassin & Candel 2010, p. 521 e.v.

De laatste jaren komen we steeds meer zaken tegen waarin de rechter consequenties verbindt aan gemaakte fouten tijdens de confrontatie en het verhoor van jeugdige zedenslachtoffers. Betekent dit dat bij deze zaken meer fouten worden gemaakt dan bij 'normale' verhoren? Het antwoord daarop moet waarschijnlijk ontkennend luiden, maar de rechter heeft ten eerste meer zicht op de gang van zaken tijdens het verhoor door de aanwezigheid van beelden of geluidsopnamen en ten tweede een instrumentarium om er iets mee te doen, doordat de methodologische uitgangspunten van het verhoor in juridisch bindende regels zijn vastgelegd. Onderzoek laat zien dat rechters soms kiezen om te sanctioneren via het kader van de rechtmatigheid maar soms niet.²⁵ Bij de keuze om dit type fouten af te doen via het kader van de rechtmatigheid kunnen echter wel kanttekeningen worden geplaatst, nu vooral de deugdelijkheid van het resultaat ter discussie staat.²⁶

12.3.1.2 Inhoud

Als het gaat om de inhoud van de verklaring is er een aantal kwaliteiten waarop kan worden gelet: consistentie, accuratesse en volledigheid. In het zesde hoofdstuk is aan de orde gesteld dat voornoemde kenmerken geen harde indicatoren voor waarheidsgetrouwheid zijn. Met andere woorden, het feit dat een verklaring consistent is, betekent niet noodzakelijkerwijs dat deze ook waarheidsgetrouw is. Datzelfde geldt voor accuratesse en volledigheid: een op onderdelen aantoonbaar accurate of volledige verklaring hoeft niet op alle onderdelen juist of volledig te zijn. Criteria om met zekerheid vast te stellen dat een getuigenverklaring overeenkomt met de werkelijkheid ontbreken. Niettemin kan een getuigenverklaring wel worden gefalsificeerd, bijvoorbeeld op het moment dat de verklaring op geen enkele wijze overeenkomt met de aangetroffen fysieke sporen of aan de hand van een reconstructie wordt vastgesteld dat de getuige hetgeen waarover hij verklaart eenvoudigweg niet kan hebben waargenomen.

Het feit dat harde indicatoren ontbreken, maakt de rechterlijke taak ten aanzien van de waardering er niet eenvoudiger op. In de literatuur is wel betoogd dat rechters (ten onrechte) erg de nadruk leggen op de mate van detail en de consistentie van de verklaring.²⁷ Dit is ook het beeld dat naar voren komt wanneer gekeken wordt op rechtspraak.nl. Wanneer wordt gezocht op de gedetailleerdheid en consistentie van de verklaring als positief argument voor de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring in strafzaken dan levert dit vele treffers op. Daarbij dient echter opnieuw de kanttekening te worden gemaakt dat wat rechters opschrijven en daadwerkelijk laten meewegen in hun beslissing niet volledig overeen hoeft te komen.

²⁵ Dubelaar 2009, p. 93 en 98 e.v.

²⁶ Zie uitvoerig Dubelaar 2009, p. 101-113.

²⁷ Candel, Merckelbach & Wessel 2010, p. 484 en Merckelbach e.a. 2003, p. 214.

Een ander aspect dat rechters betrekken in de toetsing van de inhoud van een getuigenverklaring, is de mate van overeenkomst met het overige aanwezige bewijsmateriaal. Indien de verklaring op wezenlijke onderdelen wordt ondersteund door het overige beschikbare bewijsmateriaal, dan is dat voor de rechter veelal aanleiding om de verklaring als 'betrouwbaar' aan te merken. Op het moment dat de verklaring uitsluitend wordt getoetst aan de hand van extern materiaal, maar niet op zichzelf wordt bekeken dan is de vraag hoeveel zelfstandige bewijswaarde nog toekomt aan de getuigenverklaring in de constructie als geheel. Tevens is het probleem dat de verklaring vaak kleuring geeft aan andere meer objectieve gegevens. Het feit dat een getuigenverklaring een plausibele verklaring biedt voor het aantreffen van bepaalde fysieke sporen, betekent vanzelfsprekend niet dat dit de enige of de juiste verklaring is. Als vervolgens de juistheid van de verklaring wordt vastgesteld aan de hand van die fysieke sporen, bestaat het risico van een cirkelredenering.

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

Getuige H biedt een verklaring voor feiten Fi... Fn

De verklaring van getuige H is betrouwbaar omdat zij steun vindt in feiten Fi en Fn.

Indien de verklaring niet op zijn eigen merites wordt getoetst, dan is een reëel gevaar dat te veel waarde wordt gehecht aan de verklaring. Het is natuurlijk ook mogelijk dat er juist te weinig waarde aan wordt gehecht. Een verklaring wordt terzijde geschoven omdat deze een aantal zeer ongeloofwaardige elementen bevat, terwijl nader onderzoek zou uitwijzen dat de verklaring wel degelijk wordt ondersteund oor extern hard bewijsmateriaal.

Het ontbreken van een bewijsleer heeft tot gevolg dat rechters zijn genoodzaakt zelf het toetsingskader te bepalen als het gaat om de waardering van getuigenverklaringen. Witteveen constateert dat tot voor kort een grote terughoudendheid bestond bij strafrechters om in hun uitspraken de regels of uitgangspunten te formuleren die zij aanlegden ten behoeve van de vaststelling van de betrouwbaarheid.²⁸ Dat is ook het beeld dat uit de bestudering van de jurisprudentie naar voren komt.²⁹ De uitspraken waarin de rechter uitdrukkelijk aangeeft welke normen zijn aangelegd bij de beoordeling van de geloofwaardigheid (juridisch: de betrouwbaarheid) van de beschikbare getuigenverklaringen zijn relatief schaars. Een voorbeeld waarin de rechter het toetsingskader wel expliciteert, betreft de zaken met betrekking tot de Limburgse Nomads uit 2005 voor de Rechtbank Amsterdam. Hier komt men de volgende lijst van vragen tegen.

²⁸ Witteveen 2012, p. 367.

²⁹ In het kader van dit onderzoek is alle lagere jurisprudentie bestudeerd die is gepubliceerd in de *Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak* en de *Nieuwsbrief Strafrecht* gerelateerd aan getuigenverklaringen. Er is tevens gezocht op rechtspraak.nl op de term betrouwbaarheid/geloofwaardig in relatie tot getuigenverklaringen.

- 'a. Zijn de verklaringen consistent? Daarmee wordt bedoeld dat vanaf het begin tot aan het einde steeds in overwegende mate hetzelfde is betoogd. Het mag niet zo zijn dat in verklaring 2 zus, in verklaring 7 zo, in de 13de dit en in de 18de dat is verklaard.
- b. Zijn in de verklaringen tegenstrijdigheden te constateren? En zo ja gaat het hier om hoofd- dan wel om bijzaken? Als er zodanige verschillen zijn vast te stellen, heeft de getuige daar dan een bevredigende verklaring voor? Heeft hij zich vergist en heeft hij deze vergissing willen herstellen of zijn er andere factoren die de verschillen kunnen verklaren en zijn deze verklaringen dan aannemelijk?
- c. Is de getuige op enig moment met nieuwe gegevens op de proppen gekomen? Zo ja waarom heeft hij niet van meet af aan open kaart gespeeld? Heeft hij een aannemelijke verklaring voor het feit dat hij niet vanaf het begin open is geweest?
- d. Passen de verklaringen in overig bewijsmateriaal? Indien dat niet het geval is hoe kan de getuige dan verklaren dat zijn relaas afwijkt van andere bewijsmiddelen?
- e. Maakt de getuige ter zitting een oprechte, betrouwbare indruk?³⁰

In zogeheten WIM-zaken³¹ wordt thans wel vrij uitvoerig weergegeven aan de hand van welke aandachtspunten getuigenverklaringen zijn getoetst. Het 'toetsingskader' dat hier wordt gebruikt, is het volgende.

- '1. toetsing aan andere objectieve, van elders verkregen informatie zoals met betrekking tot de situatie ter plaatse;
- 2. de consistentie van de opeenvolgende, door de desbetreffende getuige afgelegde verklaringen;
- 3. de overeenstemming van die verklaring(en) met hetgeen andere getuigen hebben verklaard;
- 4. de (op zichzelf minder 'hard' vast te stellen) plausibiliteit van de inhoud van de afgelegde verklaringen.'³²

Deze criteria strekken ter toetsing van de inhoud. Er wordt tevens gekeken naar de persoon van de getuige en de totstandkoming van diens verklaring. Men kijkt in dit verband of er omstandigheden aannemelijk zijn geworden waardoor de geloofwaardigheid van de verklaring mogelijk is aangetast.³³

Voorgaande wil niet zeggen dat de rechter in andere zaken geen criteria gebruikt bij de beoordeling van de betrouwbaarheid. Dat doet hij wel, maar hij expliciteert meestal niet op voorhand welke criteria hij aanlegt. Wat opvalt in de hiervoor genoemde rijtjes is dat de gedetailleerdheid niet terugkomt,

30 Rb Amsterdam 17 maart 2005, *LJN* AT0873 (samenvatting). Er wordt hier twee keer naar verwezen op rechtspraak.nl.

31 Dit zijn zaken behandeld onder de Wet Internationale Misdrijven (WIM).

32 Hof 's-Gravenhage 7 juli 2011, *LJN* BR0686, § 9.1-9.5, waarbij het aansluiting heeft gezocht bij het Hof 's-Gravenhage 10 maart 2008, *LJN* BC6068, *NJ* 2008, 469 m.nt. N. Keijzer (Kouwenhoven), § 9.11.

33 Zie in dit verband ook Rb 's-Gravenhage 1 maart 2013, *LJN* BZ4292 (Basebya), § 8 en de Rb 's-Gravenhage 23 maart 2009, *LJN* BI2444, *NJFS* 2009, 178 (Joseph M.), § 46.

terwijl dit bij de verwerping van betrouwbaarheidsverweren wel vaak als argument wordt genoemd voor de betrouwbaarheid.

12.3.1.3 Bron

Van oudsher vormt informatie over de persoon die een verklaring aflegt een belangrijk aanknopingspunt voor de waardering van de inhoud van de door die persoon afgelegde verklaring. De herkomst van informatie is nog steeds een indicatie voor de betrouwbaarheid. Van Koppen stelt dat de verankering van een getuigenverklaring in feite altijd is terug te voeren op de reputatie (in enge zin) of feiten van algemene bekendheid.³⁴ Het punt is dat de rechter vaak maar weinig afweet van de persoon die de getuigenverklaring aflegt. In processen-verbaal wordt meestal geen of slechts in beperkte mate achtergrondinformatie geboden over de persoon van de getuige (terwijl bij de verdachte de verslaglegging van het ‘sociaal verhoor’ veelal wel deze informatie biedt). Als het waar is dat alle verankering uiteindelijk neerkomt op reputatie, is het van belang om daar enig zicht op te hebben. Over het algemeen is men voorzichtig met het bieden van informatie die afbreuk kan doen aan het beeld van de persoon van de getuige. Dat het slachtoffer al een keer eerder een valse aangifte heeft gedaan van verkrachting, wil niet zeggen dat de nieuwe aangifte niet waarheidsgetrouw is. Daarbij komt dat ook mensen die geen onkreukbaar verleden hebben door het strafrecht moeten worden beschermd. Echter, deze informatie is wel relevant voor de beoordeling van de betrouwbaarheid. Dit geldt ook voor de rol die de getuige mogelijk zelf heeft gespeeld in relatie tot de strafbare feiten en voor de relatie van de getuige tot de verdachte of tot andere getuigen.³⁵

Het is vanzelfsprekend zo dat niet het slachtoffer terechtstaat, maar in het Nederlandse strafproces wordt – in vergelijking met Anglo-Amerikaanse stelsels – wel erg weinig aandacht besteed aan de geloofwaardigheid van de persoon die de verklaring aflegt of heeft afgelegd.³⁶ Weliswaar wordt de geloofwaardigheid van getuigen ter terechtzitting door de verdediging regelmatig in twijfel getrokken, maar van een zelfstandig diepgravend onderzoek daarnaar is veelal geen sprake. Het past ook niet in de Nederlandse procestraditie om – in het geval de getuige wel verschijnt – op dit punt op kritische of agressieve wijze te ondervragen. Het agressief ondervragen van getuigen wordt wel gezien als een van de zwakheden van het Amerikaanse strafproces, maar in Nederland staan we helemaal aan de andere kant van het spectrum. Het is lastig om een goede beoordeling te maken van de integriteit van de beoordelende persoon als de rechter deze niet voor zich ziet. Zoals besproken

³⁴ Van Koppen 2011, p. 101.

³⁵ Witteveen 2012, p. 371.

³⁶ Het Amerikaanse strafproces kent mogelijkheden tot de *impeachment* van ter zitting gehoorde getuigen inhoudende het in twijfel trekken van de geloofwaardigheid van de getuige.

in het zesde hoofdstuk kan de rechter niet zien aan de wijze waarop de getuige zich gedraagt of hij liegt, maar het horen op terechtzitting biedt wel de mogelijkheid om kritisch door te vragen en eventuele motieven van de getuige om een onware verklaring af te leggen aan het licht te brengen. Vanzelfsprekend is het voor een persoon die onvrijwillig in het strafproces wordt betrokken niet prettig om allerlei persoonlijke informatie te moeten bieden, maar in bepaalde gevallen kan de waarheidsvinding daarmee zijn gediend. Bij de bijzondere getuigen wordt in het proces-verbaal wel uitdrukkelijk stilgestaan bij de geloofwaardigheid van de verklarende persoon. Voor de bedreigde, afgeschermde en kroongetuige is in de wet een speciale regeling opgenomen, die voorschrijft dat de rechter-commissaris in zijn verslag uitdrukkelijk aandacht besteedt aan de betrouwbaarheid (artikel 226e, 226h en 226q Sv).

12.3.2 Inschakeling deskundigen ten behoeve van de toetsing

Dat rechters moeite hebben met het beoordelen van het waarheidsgehalte van verklaringen manifesteert zich in zedenzaken waarin bij twijfel over de verklaring van een mogelijk slachtoffer in toenemende mate deskundigen worden ingeschakeld ten behoeve van de beoordeling van de geloofwaardigheid.³⁷ Of rechters dat doen omdat zij zelf de noodzakelijke kennis ontberen of omdat het deskundigenonderzoek een potentieel extra bewijsmiddel kan opleveren (opdat bij bewijsnood het wettelijk bewijsminimum kan worden gehaald), is niet duidelijk. Wel is duidelijk dat er in dit opzicht een behoefte bestaat. In de literatuur wordt ook wel het belang benadrukt van inschakeling van deskundigen bij de beoordeling van getuigenverklaringen.³⁸ Volgens Jellicic en Merckelbach is een van de fouten die rechters in dit verband kunnen maken dat zij denken voldoende kennis te bezitten en derhalve nalaten een beroep te doen op een deskundige. Jellicic en Merckelbach verwijzen daarbij naar Noors onderzoek waaruit blijkt dat ook rechters slechts beperkte kennis hebben voor wat betreft de factoren die de accuratesse van het geheugen ondermijnen. Zij stellen daarom dat het in zaken waarin het geheugen van getuigen ter discussie staat, het verstandig is om deskundigen te benoemen. Zij merken op:

‘dat (...) rechtspsychologen heel wat te melden hebben over hoe goed ooggetuigen zich frequenties (hoe vaak is het gebeurd?), de snelheid van voertuigen, de toedracht van ongevallen, of het tijdsverloop (hoeveel tijd zat er tussen X en Y?) kunnen herinneren. Die kennis kan in voorkomende gevallen informatief zijn voor rechters’.³⁹

37 Jellicic & Merckelbach 2011, p. 13.

38 Jellicic & Merckelbach 2009, p. 38.

39 Jellicic & Merckelbach 2009, p. 38.

Het probleem bij de inschakeling van deskundigen ten behoeve van de beoordeling van de geloofwaardigheid van getuigenverklaringen is dat een sluitende methode voor het vaststellen van de waarheidsgetrouwheid van een verklaring ontbreekt. Daardoor kunnen deskundigen veelal niet de mate van zekerheid bieden die de rechter verlangt. Wel kan de deskundige een oordeel geven over de wijze waarop de getuige is gehoord en signaleren als er fouten zijn gemaakt. Er is immers het nodige bekend over de gevolgen van sommige fouten voor de diagnostische waarde. Voor de inschatting van de geloofwaardigheid van door slachtoffers afgelegde belastende verklaringen wordt soms wel gebruikgemaakt van de *criteria based content analysis*. Echter, zoals in het zesde hoofdstuk duidelijk werd, kleven er ook nadelen aan deze methode. Zo is de diagnostische waarde van de methode laag en bestaat er geen overeenstemming onder vakgenoten in hoeverre deze methode ook bij volwassenen kan worden gehanteerd.

Indien de bewijsconstructie staat of valt met de waarheidsgetrouwheid van een verklaring van een getuige (veelal het slachtoffer) en de rechter vraagt de deskundige hier een oordeel over te geven, dan komt de zogenaamde *ultimate issue* problematiek om de hoek kijken. De *ultimate issue rule* is afkomstig uit het Amerikaanse recht en houdt in dat deskundigen zich niet op het terrein van de rechter mogen begeven en zich moeten onthouden van (indirecte of directe) uitspraken over de vraag of de verdachte schuldig is aan hetgeen hem wordt verweten, de *ultimate issue*. Nu kent het Nederlandse recht niet uitdrukkelijk een dergelijke regel, maar algemeen wordt aangenomen dat de deskundige niet op de stoel van de rechter mag gaan zitten. En omgekeerd wordt aangenomen dat de rechter op zijn beurt de beslissing over de schuld-vraag niet aan de deskundige mag delegeren. Dit gevaar ligt echter wel op de loer, met name in zedenzaken waar ander bewijs ontbreekt. Praktisch gezien wordt – in gevallen waarin het belastend bewijs hoofdzakelijk bestaat uit de verklaring van het slachtoffer – met de beoordeling van de geloofwaardigheid van de desbetreffende verklaring een oordeel gegeven over de schuld of onschuld van verdachte. Dit is bij dit type onderzoek in zekere zin onvermijdelijk, maar daarmee niet minder problematisch.

De *ultimate issue* problematiek wordt versterkt in de gevallen waarin de deskundige ter beoordeling van de verklaring het hele dossier krijgt aangeleverd. Dit geschiedt veelal opdat de deskundige zich een oordeel kan vormen over de totstandkoming van de verklaring, hetgeen van groot belang is voor het uiteindelijke resultaat. In zijn afscheidsrede in 2000 heeft Crombag reeds aangegeven dat de opdracht aan de deskundige vaak te eenzijdig is en dat hem gevraagd zou moeten worden om in gevallen waarin verschillende getuigen elkaar tegenspreken, deze verklaringen tegen elkaar af te wegen. Zelf neemt hij in zijn rapporten de vrijheid 'om een te beperkte onderzoeksopdracht van de rechter eigenzinnig te verruimen tot al die onderdelen van het dossier waarvan "mijn wetenschap mij leert" dat zij voor de rechterlijke afweging van

belang zouden kunnen zijn'.⁴⁰ Van Koppen stelt in dit verband dat het in sommige zaken welhaast onvermijdelijk is om het gehele dossier in de beschouwingen te betrekken en vooruit te lopen op de beslissing van de rechter.⁴¹ De wijze van rapporteren (en de stelligheid van de conclusies) speelt ook een rol als het gaat om de *ultimate* issue problematiek. Sommige deskundigen stellen uitsluitend dat er geen indicaties zijn dat de verklaring niet klopt, anderen gaan verder en verbinden daaraan de conclusie dat de verklaring juist (betrouwbaar) moet zijn.⁴² Dit laatste is echter een gevolgtrekking die dient te worden overgelaten aan de rechter zelf (en waarvan men zich kan afvragen of die – in het licht van eerder besproken onderzoeksresultaten – wel valt te trekken).

12.4 GEBRUIK VAN DE GETUIGENVERKLARING IN DE BEWIJSCONSTRUCTIE

Het toetsen van de geloofwaardigheid van de getuigenverklaring en het gebruik van de verklaring in de bewijsconstructie zijn analytisch gezien twee verschillende stappen die in de praktijk veelal samenvallen. De toetsing kan, zoals in het voorgaande betoogd, los worden gezien van de beslissing als geheel. Net als voor elk ander bewijsmiddel geldt dat de verklaring naast voldoende geloofwaardig ook relevant moet zijn en in voldoende mate dient te discrimineren tussen het schuld- en onschuldscenario. Indien gebreken kleven aan de inhoud of totstandkoming van een bewijsmiddel, heeft dit rechtstreeks consequenties voor de bewijswaarde daarvan. Het gegeven echter dat een verklaring als geloofwaardig kan worden aangemerkt, betekent niet dat zij ook relevant is en dus bewijswaarde heeft. Naast het bepalen van de bewijswaarde dient de rechter ook vast te stellen of is voldaan aan het wettelijk bewijsminimum alvorens hij tot een bewezenverklaring kan komen.

12.4.1 Selectie van passages uit de getuigenverklaring

Wanneer een verklaring wordt gebruikt in de bewijsconstructie dan maakt de rechter een selectie: niet de verklaring als geheel, maar alleen de voor het bewijs redengevende inhoud wordt gebruikt. Het betreft de concrete beweringen die in de verklaring zijn vervat en die relevant zijn voor het bewijs. Bij het nemen van de bewijsbeslissing worden derhalve beweringen of passages geselecteerd op basis van hun geloofwaardigheid en relevantie voor de te nemen beslissing. Een verklaring die niet op alle onderdelen accuraat of consistent is gebleken, kan niettemin voor het bewijs worden gebruikt op die

40 Crombag 2000, p. 1663

41 Van Koppen 2011, p. 233.

42 Crombag 2000, p. 1661.

onderdelen die de rechter wel geloofwaardig acht. Het kan zijn dat een getuige zegt meermalen te zijn mishandeld door de verdachte, maar dat de rechter slechts één incident bewezen verklaart omdat slechts eenmaal letsel is waargenomen bij het slachtoffer en voor de overige beweerd incidenten aanvullend bewijs ontbreekt. Ook een verklaring waarvan is vastgesteld dat deze inconsistent is en op onderdelen aantoonbaar onjuist, kan op een specifiek onderdeel toch voor het bewijs worden gebruikt indien de rechter aan de desbetreffende passage die hij voor het bewijs gebruikt wel geloof hecht. Er is geen juridische regel die zich daartegen verzet.⁴³

Het is staande jurisprudentie dat in de verklaring mag worden geknipt, zolang de verklaring daardoor niet wordt gedенatureerd. Dit laatste houdt in dat de betekenis van het verklaarde verandert door de wijze waarop de verklaring in het vonnis wordt gebruikt. Er bestaat behoorlijk wat rechtspraak over het denatureren van verklaringen (in het bijzonder bij verklaringen afkomstig van verdachten), maar er is onder juristen weinig discussie over het mechanisme dat achter het selecteren van passages schuilgaat.⁴⁴ Aan het selecteren van passages uit de verklaring voor het bewijs en het negeren van andere zijn risico's verbonden, namelijk dat de rechter kiest uit de verklaring wat hem welgevallig voorkomt en eventuele tegenstrijdigheden met het overige bewijsmateriaal negeert. De vraag is of het valt te verantwoorden dat het ene deel van de verklaring wel wordt gebruikt en het andere in potentie relevante deel niet? Als het louter een kwestie is van relevantie dan lijkt het geen probleem, maar als het een kwestie van geloofwaardigheid is wel. Men kan zich afvragen of – kleine inconsistenties daargelaten – het voorkomen van evidente onjuistheden in de verklaring niet betekent dat de verklaring in zijn geheel is besmet.

12.4.2 Mate van steunbewijs

De wet schrijft voor dat het bewijs tegen een verdachte niet uitsluitend mag berusten op één getuigenverklaring. Er dient altijd een bewijsmiddel uit een andere bron aanwezig te zijn, dat voldoende steun biedt aan de getuigenverklaring. Aangezien de invulling van deze bewijsminimumregel in de Nederlandse rechtspraak in het achtste hoofdstuk al uitvoerig aan de orde is geweest, wordt op deze plaats slechts kort stilgestaan bij de vraag hoe de toetsing van de individuele verklaring zich verhoudt tot het gebruik in de constructie als geheel

⁴³ Het wordt pas problematisch op het moment dat de rechter de verklaring als geheel in het vonnis uitdrukkelijk als onbetrouwbaar heeft bestempeld. Dan lijkt de mogelijkheid om nog onderdelen van die verklaring voor het bewijs te gebruiken uitgesloten. Zie HR 14 december 1992, *NJ* 1993, 54 en HR 23 september 2008, *NJ* 2008, 425.

⁴⁴ Deze praktijk is wel door rechtspsychologen ter discussie gesteld. Zij ageren zowel tegen het strepen uit de tenlastelegging als tegen het strepen uit verklaringen (Wagenaar 2010, p. 360-363).

en het daaraan verbonden wettelijk bewijsminimum van artikel 342 lid 2 Sv. De rechter die een verklaring voor het bewijs wil gebruiken, dient – in ieder geval in theorie – eerst de geloofwaardigheid van die verklaring te beoordelen, alvorens hij toekomt aan de vraag of de getuigenverklaring (in samenhang met het overige beschikbare bewijs) als (dragend) bewijsmiddel kan fungeren. Het lastige is echter dat de rechter voor de waardering van de inhoud van de verklaring veelal ook al kijkt naar het overige bewijsmateriaal. Zoals we hiervoor reeds zagen, is de verantwoording van de geloofwaardigheid van de verklaring en een eventuele selectie van relevante beweringen uit die verklaring, veelal gelegen in het feit dat voor de gebruikte beweringen steunbewijs bestaat. De toetsing van een individuele (getuigen)verklaring laat zich dus niet volledig loskoppelen van de bewijsconstructie als geheel. Echter, het feit dat de bewijsminimumregels wel uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld terwijl normering van de waardering van de geloofwaardigheid (in de zin van betrouwbaarheid) van de verklaring in het Wetboek van Strafvordering in zijn geheel ontbreekt, wekt de suggestie alsof de rechter met de vaststelling dat er voor een getuigenverklaring voldoende steunbewijs bestaat, zich voldoende van zijn taak heeft gekweten. Echter, zonder een intrinsieke toetsing van de verklaring zelf bestaat het risico dat de rechter te veel of juist te weinig gewicht hecht aan de verklaring in de bewijsconstructie en dat deze ten onrechte wel of niet als (dragend) bewijsmiddel wordt gehanteerd. Tevens ligt het gevaar op de loer dat men ten prooi valt aan de zogenaamde *double counting fallacy*, waarbij bewijsmateriaal ten onrechte dubbel wordt ‘geteld’. Walton noemt in dit verband het voorbeeld waarin een getuige wijst naar de verdachte en waarbij de verdachte later bekent dat hij het strafbare feit heeft begaan. Elk bewijsstuk afzonderlijk wijst naar de conclusie dat de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd. De bekentenis ondersteunt ook de getuigenverklaring in de zin dat het meer waarschijnlijk wordt dat het is gegaan zoals de getuige heeft verklaard. De dubbeltelling is daarin gelegen dat de bekentenis (impliciet) voor twee doeleinden wordt gebruikt, namelijk ten eerste als bewijs dat de verdachte het feit heeft gepleegd en ten tweede als bewijs dat de getuige de waarheid heeft verteld. Een dergelijk (onbewuste) dubbeltelling kan worden voorkomen door de waarde van de verklaring als bewijs dat de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd op zichzelf te bezien. Dit betekent dat deze moet worden getoetst op zijn geloofwaardigheid los van de bekentenis.⁴⁵

12.4.3 Bewijswaarde van de getuigenverklaring

De bewijswaarde van een verklaring kan worden bepaald door de verklaring te bekijken vanuit twee scenario's. Dit geldt niet alleen op het niveau van de

⁴⁵ Walton 2008, p. 35.

bewijsconstructie als geheel maar ook op het niveau van individuele bewijsmiddelen. Als voorbeeld kan worden genoemd een identificatie die tot stand komt als gevolg van een eenpersoons- of enkelvoudige confrontatie. Er is een overval begaan op een tankstation, de tankbediende geeft een signalement af van de dader en een halfuur later wordt Jan in een naburig winkelcentrum aangehouden omdat hij voldoet aan het afgegeven signalement. Jan wordt aan de tankbediende getoond in een enkelvoudige confrontatie, waarbij hij wordt herkend als zijnde de persoon in het tankstation en de dader van de overval. Om deze herkenning voor het bewijs te kunnen gebruiken, moet de rechter zich de vraag stellen of, en hoeveel, bewijswaarde aan die herkenning toekomt. Om dit te bepalen dient zowel naar het schuld- als naar het onschuldscenario te worden gekeken: de waarschijnlijkheid van de identificatie als de verdachte in het tankstation was versus de waarschijnlijkheid van de identificatie als de verdachte niet in het tankstation was.⁴⁶ In het genoemde voorbeeld is in het scenario dat de verdachte aanwezig was het zeer waarschijnlijk dat de tankbediende Jan correct identificeert (er gemakshalve van uitgaande dat hij de dader goed heeft gezien). Het lijkt dus alsof bewijswaarde aan deze identificatie toekomt. Echter, de kans op een positieve identificatie is ook groot bij het scenario dat niet de verdachte maar een andere persoon in het tankstation was. Onderzoek laat immers zien dat mensen snel geneigd zijn om de getoonde persoon aan te wijzen als zijnde de dader.⁴⁷ Dit is in de gegeven casus temeer een reëel risico nu de getoonde persoon is aangehouden op basis van het afgegeven signalement (en dus vooraf vaststaat dat er enige gelijkenis moet bestaan tussen de aangehouden persoon en de dader). Met andere woorden, deze herkenning discrimineert nauwelijks tussen het scenario 'Jan was aanwezig in het tankstation' en het scenario 'Een andere man was in het tankstation en heeft de overval gepleegd' en komt daarom – afhankelijk van de meer concrete omstandigheden van het geval – slechts beperkte of misschien wel helemaal geen bewijswaarde toe. We zien echter in de rechtspraak dat de resultaten van dergelijke (enkelvoudige) confrontaties wel voor het bewijs worden gebruikt.⁴⁸ Gevreesd wordt dat de rechter zich niet of onvoldoende realiseert dat het bewijsstuk niet of nauwelijks diagnostisch is. Het gevolg van het gebruik is dat de bewijsconstructie – op het eerste gezicht – veel sterker lijkt dan hij in werkelijkheid is. Als in het vonnis wordt opgenomen dat de tankbediende Jan heeft aangewezen als de dader dan lijkt dat een zeer belastende bevinding, maar dat is gegeven de omstandigheden waaronder de identificatie is gedaan, dus niet het geval.

46 Dit is wat in het eerste hoofdstuk de *diagnostische waarde* werd genoemd.

47 Van Koppen & Wagenaar 2010, p. 286, voetnoot 69.

48 Over de frequentie daarvan is niets bekend. Zie hieromtrent Van Koppen & Wagenaar 2010, p. 303.

12.5 MOTIVERING VAN HET GEBRUIK VAN GETUIGENVERKLARINGEN VOOR HET BEWIJS

De rechter kan genomen beslissingen op verschillende manieren motiveren. Het gaat daarbij telkens om een verantwoording achteraf. Wat betreft de bewijsmotivering kunnen twee 'niveaus' worden onderscheiden die corresponderen met het voorgaande, namelijk motivering op het niveau het individuele bewijsmiddel en motivering op het niveau van de bewijsconstructie. De rechter kan zijn beslissing omtrent het gebruik van de getuigenverklaring als bewijsmiddel ten eerste toelichten door aan te geven waarom hij de getuigenverklaring betrouwbaar/geloofwaardig acht (niveau van het bewijsmiddel) en ten tweede door uit te leggen op welke wijze de getuigenverklaring aan de bewijsconstructie heeft bijgedragen (niveau van de bewijsconstructie). In het navolgende wordt stilgestaan bij de wijze van motiveren in de praktijk, waarbij eerst de motivering op het niveau van de bewijsconstructie aan de orde komt, omdat de wet op dit punt nadere eisen stelt en de motivering niet geheel afhankelijk is van de opstelling van de verdediging, en dan de motivering op het niveau van het bewijsmiddel.

12.5.1 Motivering op het niveau van de constructie

Zoals in het zevende hoofdstuk al aan de orde kwam, verlangt de wet van de rechter dat hij in geval van een bewezenverklaring in zijn vonnis de redengevende bewijsmiddelen opneemt. Door het opnemen van de bewijsmiddelen wordt zichtbaar welke delen van het bewijsmateriaal de rechter redengevend heeft geacht voor de bewezenverklaring.⁴⁹ De wet schrijft niet voor op welke wijze de bewijsmiddelen in het vonnis moeten worden weergegeven. De klassieke manier van werken betreft een puntsgewijze opsomming, waarin alle bewijsmiddelen onder elkaar worden gezet. Dit gebeurt door een korte samenvatting te geven van de redengevende passages uit het gebezigde materiaal. Het probleem met deze wijze van motiveren is dat niet inzichtelijk wordt gemaakt wat de samenhang is tussen de gebruikte bewijsmiddelen en het onderlinge gewicht.

Naar aanleiding van de kritiek op de inzichtelijkheid van strafvonnissen is de rechterlijke macht in 2004 een project gestart onder de naam Promis (project motiveringsverbetering vonnissen). Dit project heeft tot doel beslissingen omtrent het bewijs en de strafoplegging beter te motiveren en daarmee inzichtelijker te maken voor de lezer. Een bewijsmotivering in een Promis-vonnis behelst een verhalend of lopend betoog waarbij in de voetnoten wordt verwezen naar de vindplaatsen in het dossier. De gebezigde getuigenverklarin-

49 Bij een vrijspraak hoeft de rechter niet in het vonnis aan te geven op welke bronnen hij zich heeft gebaseerd.

gen worden ingebed in een lopend betoog. De lezer hoeft niet zelf af te leiden uit het vonnis wat de samenhang tussen de verschillende bewijsmiddelen is. Het narratief komt daardoor sterker op de voorgrond te staan, waarmee ook het logisch verband tussen de getuigenverklaring en de bewezenverklaring tot uitdrukking wordt gebracht. De mate waarin de motivering ook daadwerkelijk inzicht verschaft in het beeld dat de rechter bij zijn bewezenverklaring voor ogen had, is derhalve in belangrijke mate afhankelijk van de gekozen vorm. De Promis-werkwijze is thans ingeburgerd in de rechterlijke praktijk in de zin dat bij een groot deel van de vonnissen deze werkwijze wordt gebruikt. Het merendeel van de arresten wordt echter nog op klassieke wijze geconcipeerd.⁵⁰ Het uitwerken van een bewezenverklaring op Promis-wijze is namelijk erg tijdrovend. Promis is een initiatief uit de praktijk dat geen wettelijke basis heeft. De Hoge Raad heeft deze manier van werken gefiatteerd, maar stelt in zijn jurisprudentie wel nadere eisen aan de manier waarop in de voetnoten naar de vindplaatsen in het dossier wordt verwezen.⁵¹ In 2010 heeft de toetsingscommissie Promis III een rapport uitgebracht waarin het stelt dat de leesbaarheid van de vonnissen weliswaar is verbeterd, maar er nog problemen bestaan van juridisch-technische aard. Zo zou het geregeld voorkomen dat bij het zakelijk weergeven van het bewijsmateriaal de inhoud wordt gedenatureerd, en bevat het vonnis niet altijd de redengevende feiten en omstandigheden, waardoor het niet mogelijk is te controleren of de bewezenverklaring door de gebezigde bewijsmiddelen wordt gedragen.⁵²

12.5.2 Motivering op het niveau van de getuigenverklaring

Wat betreft de motivering op het niveau van de getuigenverklaring: rechters hoeven in beginsel niet uitdrukkelijk stil te staan bij de betrouwbaarheid van de door hen gebruikte getuigenverklaring(en). Uit het feit dat de rechter de desbetreffende verklaring heeft gebruikt, kan de lezer afleiden dat de rechter deze betrouwbaar heeft bevonden. Immers, alleen materiaal dat door de rechter als betrouwbaar is aangemerkt, mag ten grondslag aan de bewezenverklaring worden gelegd. Een nadere motivering is slechts vereist indien de verdediging de geloofwaardigheid van de gebezigde getuigenverklaring uitdrukkelijk heeft betwist (door het innemen van 'een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt') én de rechter besluit de verklaring toch voor het bewijs te gebruiken. Met andere woorden, of er in het vonnis een toelichting valt terug te lezen op het

50 Uit het jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak uit 2012 blijkt dat inmiddels 67% van de zaken via Promis wordt afgedaan. Bij de hoven ligt het percentage nog op 27%.

51 Standaardjurisprudentie van de Hoge Raad betreft HR 15 mei 2007, *LJN* BA0424, *NJ* 2007/387, m.nt. Buruma, (Promis I) en HR 15 mei 2007, *LJN* BA0425, *NJ* 2007/388 (Promis II).

52 Rapport Toetsingscommissie Promis III, stand van zaken Promis in 2010.

gebruik van de getuigenverklaring voor het bewijs, is afhankelijk van de gevoerde verweren.

De wijze waarop op verweren omtrent de geloofwaardigheid/betrouwbaarheid van getuigenverklaringen dient te worden gerespondeerd en welke aspecten daarin dienen te worden belicht, is niet nader genormeerd.⁵³ Zoals reeds eerder in dit hoofdstuk is opgemerkt, komt datgene wat rechters opschrijven omtrent de betrouwbaarheid in de praktijk niet in alle gevallen overeen met hun daadwerkelijke overwegingen. Rechters houden er rekening mee dat hun uitspraken kunnen worden gelezen door personen wiens verklaring als onbetrouwbaar zijn beoordeeld en dat zij er in hun oordeel over de verklaring mogelijk naast kunnen zitten.

Vanuit de praktijk is naar voren gebracht dat de beslissing om een getuigenverklaring al dan niet betrouwbaar te achten, zich ook niet in alle opzichten laat rationaliseren. Zo stelt Verheij, president van het Gerechtshof Amsterdam:

‘Veel rechters zullen met mij de ervaring hebben dat het in een aantal gevallen moeilijk is om de overtuiging dat een getuige (on)betrouwbaar is goed onder woorden te brengen (te rationaliseren). Niet voor niets wordt dat ook maar in beperkte mate van de feitenrechter gevraagd.’⁵⁴

De vraag is of een beoordeling van de betrouwbaarheid/geloofwaardigheid niet altijd op rationele argumenten zou moeten berusten. Verheij lijkt deze vraag ontkennend te beantwoorden. Hij verwijst daarbij op het boek *Het slimme onderbewuste* van Dijksterhuis, waarin naar voren komt dat bewuste beslissingen niet altijd beter zijn dan onbewuste beslissingen en dat vaak achteraf rationalisering wordt gegeven terwijl dit met de feitelijke beslissing weinig te maken heeft.⁵⁵ Dit is echter maar een deel van het verhaal. Uit onderzoek blijkt inderdaad dat het onbewuste een grote rol speelt bij het nemen van beslissingen. Het onbewuste kan grote hoeveelheden informatie tegelijkertijd verwerken omdat het een heel grote capaciteit heeft en relatief weinig aandacht vraagt, maar het onbewuste is ook gevoelig voor vertekening doordat ‘het onbewuste niet goed in staat is irrelevante informatie buiten beschouwing te laten’.⁵⁶

Voorts moet worden opgemerkt dat betrouwbaarheidsproblemen in het vonnis niet altijd worden geëxpliciteerd, omdat rechters deze problemen soms op andere wijze trachten op te lossen. Soms is het makkelijker om in het vonnis een verklaring niet te gebruiken dan om expliciet aan te geven waarom een

53 Dit is bijvoorbeeld wel het geval bij verweren die zien op de betrouwbaarheid van deskundigenverklaringen, waarbij de rechter een aantal criteria dient langs te lopen. Dit betreft de zogenaamde schoenmakerscriteria neergelegd in het Schoenmakersarrest (HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404).

54 Verheij 2011, p. 211.

55 Verheij 2011, p. 211.

56 Wevers 2012, p. 56-57.

verklaring betrouwbaar wordt bevonden. Immers, een motivering is alleen vereist op het moment dat de getuigenverklaring ook als bewijsmiddel is gebruikt. Op deze manier kan in het vonnis worden omzeild om een expliciet standpunt in te nemen, terwijl deze problematiek bij de beslissing in raadkamer wel een rol heeft gespeeld en de verklaring mogelijk (onbewust) wel heeft meegespeeld in het vormen van de rechterlijke overtuiging. Een dergelijke 'oplossing' kan echter alleen worden gebruikt als er naast de betwiste getuigenverklaring voldoende ander bewijs voorhanden is om een bewezenverklaring op te doen steunen.

12.6 TOT BESLUIT

13.6.1 Grote waarderingsvrijheid

De waarderingsvrijheid van de Nederlandse rechter als het gaat om het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs is groot (volgens sommigen zelfs te groot).⁵⁷ Een zekere mate van waarderingsvrijheid is onontbeerlijk voor het nemen van eerlijke en juiste beslissingen. Het proces van het waarderen van verklaringen is namelijk dermate complex dat het niet volledig met behulp van regels valt te normeren. Een grote waarderingsvrijheid brengt wel een aantal kwetsbaarheden met zich. Op grond van het voorgaande kunnen enkele punten worden onderscheiden waar de grote waarderingsvrijheid zich manifesteert en een aantal risico's worden genoemd die daarmee zijn verbonden.

De grote waarderingsvrijheid is allereerst gelegen in het feit dat in beginsel alle type getuigenverklaringen door de rechter voor het bewijs mogen worden gebruikt en dat wet en jurisprudentie nauwelijks criteria bieden waaraan de betrouwbaarheid/geloofwaardigheid van de getuigenverklaring moet worden getoetst. Sterker nog, het centrale toetsingscriterium van de betrouwbaarheid komt men in het Wetboek van Strafvordering in relatie tot de gewone getuigenverklaring helemaal niet tegen. Vanzelfsprekend biedt de eis dat een getuigenverklaring moet zijn gebaseerd op de eigen waarneming een inhoudelijke waarborg. Dat geldt ook voor het wettelijk bewijsminimum neergelegd in artikel 342 lid 2 Sv dat indirect de bewijswaarde van één enkele getuigenverklaring beperkt. Echter, deze eisen bieden de rechter slechts in zeer beperkte mate houvast bij de toetsing van getuigenverklaringen voor het bewijs. Voorts worden in wet en jurisprudentie geen eisen gesteld aan het onderzoek dat naar de betrouwbaarheid wordt verricht. Zo is de rechter in beginsel niet verplicht om de getuige zelf te horen of zelf op te roepen. In veruit de meeste gevallen baseert hij zich op de schriftelijke verklaring. Echter, er bestaat geen verplichting voor de rechter om ook de totstandkomingsgeschiedenis bij zijn

⁵⁷ Zie bijv. A.R. Mackor, Nederlandse strafrechters hebben te veel autonomie, *Opinie op de RuG-site*, 24.1.2011, http://www.rug.nl/corporate/nieuws/opinie/2011/opinie5_2011.

beoordeling van de betrouwbaarheid te betrekken of in dit verband nader aandacht te besteden aan de integriteit van de bron. Als gevolg van de wijze van verbaliseren zijn de mogelijkheden om aan een dergelijke toets uitvoering te geven ook tamelijk beperkt. De consequentie van dit alles is dat de schriftelijke verklaring voornamelijk wordt getoetst in relatie tot het overige bewijs. De vraag is of de toets van de betrouwbaarheid in een dergelijk geval wel voldoende tot zijn recht komt. Het heeft er in ieder geval alle schijn van dat een atomistische toets waarbij zelfstandig aandacht is voor de totstandkoming van de verklaring, in de praktijk veelal achterwege blijft. Ook de toets van de inhoud is niet transparant doordat niet duidelijk is welke criteria zijn aangelegd en op welke rationele argumenten de beslissing omtrent de bewijswaarde is gestoeld. De dominantie van de holistische benadering kan worden genoemd als verklaring voor het feit dat het centrale criterium bij de atomistische toets niet is uitgewerkt of geoperationaliseerd.

De grote waarderingsvrijheid is tevens gelegen in het feit dat in ons systeem de schakel tussen de toetsing van het individuele bewijsmiddel en de beslissing als geheel, niet helder is geconceptualiseerd. Niet duidelijk is hoe betrouwbaar een getuigenverklaring (in zijn geheel) moet zijn alvorens deze aan het bewijs mag bijdragen en onder welke omstandigheden de selectie van passages uit de verklaring voor het bewijs gerechtvaardigd is. Tevens is er weinig aandacht voor het feit dat bewijsmateriaal alleen betekenis heeft in het licht van verschillende scenario's. Dit draagt eraan bij dat in de praktijk soms materiaal wordt gebruikt waarvan de diagnostische waarde op grond van de wijze van totstandkoming gering is, zoals de resultaten van een eenvoudige confrontatie. Hieraan zal in de volgende paragraaf nadere aandacht worden besteed.

De grote waarderingsvrijheid is vooral problematisch omdat de rechter maar in heel beperkte mate verantwoording over het proces van waardering hoeft af te leggen. Dit wordt namelijk gezien als beperking van diezelfde waarderingsvrijheid. Er is geen voorschrift dat van de rechter verlangt dat hij op specifieke punten rekenschap aflegt. Het feit dat niet of nauwelijks eisen worden gesteld aan de motivering van beslissingen omtrent de betrouwbaarheid, heeft als consequentie dat de motivering betrekkelijk summier kan zijn en de eigenlijke motieven van de rechter niet hoeft te weerspiegelen. Het staat de rechter daarmee vrij om bepaalde aspecten wel of niet in zijn motivering te vermelden. Betrouwbaarheidsverweren kunnen in algemene bewoordingen worden 'weggeschreven' door te verwijzen naar de consistentie en gedetailleerdheid van de gebezigde getuigenverklaringen en naar de steun daarvoor in het dossier. Hierdoor wordt controle op de genomen beslissing over de betrouwbaarheid op basis van dergelijke verweren belemmerd. De gedachte dat een motiveringsplicht de rechterlijke waarderingsvrijheid beperkt, is echter niet juist. Althans, niet als men het erover eens is dat de beslissing omtrent de geloofwaardigheid gebaseerd dient te zijn op rationele argumenten. De koppeling tussen de rechterlijke waarheidsvrijheid en de motivering wordt veelal

gemaakt vanuit de gedachte dat de beoordeling van getuigenverklaringen mede subjectief is en zich niet volledig laat motiveren. Het punt is echter dat als de beslissing omtrent de betrouwbaarheid of het bewijs niet valt te motiveren langs de weg van de motivering, deze beslissing niet zou mogen worden genomen.

13.6.2 Betrouwbaarheidsdrempel?

Hiervoor is geconstateerd dat de rechter een grote waarderingsvrijheid heeft en dat deze mede voortkomt uit het ontbreken van standaarden voor de toetsing van de kwaliteit van bewijsmateriaal. Een antwoord op de vraag hoe betrouwbaar of geloofwaardig een getuigenverklaring als geheel moet zijn om voor het bewijs te worden gebruikt, is niet te vinden. Het antwoord is echter wel van belang voor de vraag of het opportuun is om beweringen uit de verklaring te selecteren en die vervolgens voor het bewijs te gebruiken. Er kunnen in dit opzicht twee uitersten worden onderscheiden. Het ene uiterste is dat een concreet bewijsstuk alleen tot het bewijs mag bijdragen indien buiten redelijke twijfel vaststaat (of de rechter overtuigd is) dat de inhoud daarvan een accuraat beeld geeft van de werkelijkheid. Hiervan is in de literatuur reeds betoogd dat dit een te hoge standaard is. Als de bewijsstandaard die geldt voor de beslissing als geheel, wordt geprojecteerd op de individuele bewijsmiddelen, dan kunnen veel aangebrachte zaken niet meer worden bewezen terwijl bezien vanuit alle bewijsmiddelen tezamen er geen aanleiding bestaat om redelijkerwijs te twijfelen aan de schuld van verdachte.⁵⁸ Het andere uiterste is dat al het bewijsmateriaal dat steun biedt aan de tenlastelegging, mag worden gebruikt. Een dergelijke holistische benadering wordt bijvoorbeeld voorgestaan door de Kamer van beroep in het Joegoslavië-tribunaal, waar men te kampen heeft met veelal getraumatiseerde getuigen en lastige problemen op het vlak van de communicatie.⁵⁹ De opvatting van de Kamer van beroep komt in de volgende overweging helder tot uitdrukking:

‘(...) the Appeals Chamber emphasised the importance of assessing the credibility of a witness in light of the trial record as a whole. The Appeals Chamber has reiterated the importance of such a holistic approach to assessing credibility within its own jurisprudence: A tribunal of fact must never look at the evidence of each witness separately, as if it existed in a hermetically sealed compartment; it is the accumulation of all evidence in the case which must be considered. The evidence

⁵⁸ Vgl. Laudan 2006.

⁵⁹ Zie daarover meer in detail het boek van Comb (2010).

of one witness, when considered by itself, may appear at first to be of poor quality, but it may gain strength from other evidence in the case.⁶⁰

Eerder werd al betoogd dat er risico's kleven aan een dergelijke benadering. Het is niet verkeerd om de eis die wordt gesteld aan de mate van geloofwaardigheid te relateren aan het gewicht daarvan in de bewijsconstructie. Veel matig diagnostisch bewijs kan een solide constructie opleveren. Als de bewijsconstructie in belangrijke mate rust op de verklaring van één getuige dan moeten daar vanzelfsprekend hogere eisen aan worden gesteld dan als er meerdere verklaringen voorhanden zijn. Echter, de vraag is wel of er niet een zekere drempel zou moeten gelden, wil een verklaring of herkenning mogen meetellen en wil het mogelijk zijn om uit de verklaring passages te selecteren. Deze discussie speelt bijvoorbeeld ook bij het deskundigenbewijs. Zo heeft de *Law Commission* in Engeland ten aanzien van deskundigenbewijs bepaald dat 'the expert's opinion evidence must (...) satisfy a threshold of acceptable reliability'.⁶¹ Het stellen van concrete drempelwaarden bij getuigenverklaringen lijkt echter niet realistisch omdat de bewijswaarde zich niet laat kwantificeren. Het voorgaande geeft wel aanleiding om te zeggen dat wanneer er echt iets fundamenteel fout is gegaan in de procedure, ofwel ter zake van de herkenning ofwel tijdens het verhoor, dat de afgelegde verklaring niet zou mogen worden gebruikt.

13.6.3 Wanneer is sprake van een bewijsmiddel?

Een ander punt betreft de vraag wanneer informatie kan/mag worden aangemerkt als bewijs of bewijsmiddel. Men zou denken dat alle informatiebronnen die de rechter aan het beslisproces ten grondslag legt, ook als bewijsmiddel worden aangemerkt.⁶² In de praktijk lijkt men daar anders tegenaan te kijken. Interessant zijn in dit verband de ontwikkelingen omtrent Promis en de lijn die commissie Promis III hanteert omtrent het vermelden van de informatiebronnen in de voetnoten. Dat is de volgende. Op het moment dat een bepaalde verklaring 'rechtstreeks' als bewijs wordt gebruikt, dan dient de vindplaats uit het dossier in de voetnoot te worden opgenomen. Bijvoorbeeld de verklaring van de getuige die aangifte doet van een inbraak en verklaart over de braaksporen die hij heeft waargenomen aan het keukenraam waardoor de inbrekers naar binnen zijn gekomen, levert het bewijs voor het bestanddeel

60 ICTY Appeal Chamber 23 oktober 2001, nr. IT-95-16-A (*Public Prosecutor t. Kupreškic e.a.*), § 334, instemmend aangehaald door de Nederlandse rechter in de WIM-zaak Basebya van de Rb 's-Gravenhage 1 maart 2013, LJN BZ4292.

61 The Law Commission, *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England & Wales*, no. 325, p. 14.

62 Tenzij deze informatie niet valt te rubriceren onder één van de wettige bewijsmiddelen als bedoeld in art. 339 Sv.

‘braak’ in artikel 311 lid 1 sub 5 Sr. De gedachte is dat aan de hand van de voetnoten de bewijsconstructie kan worden gekeken of alle onderdelen van de tenlastelegging wel zijn gedekt. Echter, naar bewijsmateriaal dat wordt gebruikt om een betrouwbaarheidsverweer te verwerpen maar dat niet zelfstandig een onderdeel van de bewezenverklaring ondersteunt, hoeft niet met behulp van voetnoten te worden verwezen.⁶³ De reden die hiervoor wordt genoemd, is dat de Hoge Raad deze informatie niet redengevend acht voor de bewezenverklaring.⁶⁴ Een voorbeeld ontleend rechtspraak betreft de verklaring van een getuige die zegt dat hij de verdachte heeft opgezocht om een telefoonnummer te overhandigen, hetgeen wordt ondersteund door een andere getuige die verklaart over het briefje met daarop het telefoonnummer. Naar de eerste verklaring dient wel te worden verwezen met een voetnoot, naar de tweede verklaring niet.⁶⁵ Echter, deze gegevens verstevigen wel de bewijsconstructie. Immers, zij maken het waarschijnlijker dat de getuigenverklaring waar is en daarmee de hypothese zoals verwoord in de tenlastelegging juist is. Nu lijkt het al dan niet zetten van een voetnoot betrekkelijk triviaal, maar het voorgaande illustreert wel dat een helder concept over wanneer informatie als ‘bewijs’ kan worden aangemerkt, ontbreekt.

63 Raad voor de rechtspraak, *Rapport toetsingscommissie Promis III: stand van zaken Promis 2010*, p. 21.

64 Men verwijst in dit verband naar HR 23 oktober 2007, *LJN* BA5851 en BA5858, *NJ* 2008, 69 en 70.

65 Dit voorbeeld is ontleend aan: de conclusie bij HR 12 januari 2010, *LJN* BK4421. De Hoge Raad heeft de klacht over het niet vermelden van de vindplaats in het dossier afgedaan met 81 RO.

