



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen

Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2010). De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 171(5/6), 259-267. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16469>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16469>

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

De rechterlijke overtuiging

Een sprong met hindernissen

Prof. mr. C.P.M. Cleiren*

1. Inleiding

Aanleiding

Rechterlijke dwalingen en (mogelijk) onterechte veroordelingen zijn niet slechts van deze tijd. In de loop van de geschiedenis zijn vele gevallen bekend geworden waarbij achteraf bleek dat de veroordeelde niet de schuldige kon zijn. In de vorige eeuw schreef Wiarda in een opstel over het begrip bewijzen bijvoorbeeld nog uitvoerig over een aantal casus waarin dergelijke dwalingen aan de orde waren.¹

Rechterlijke dwalingen en (mogelijk) onterechte veroordelingen zijn ook niet uniek voor Nederland en zelfs zeer actueel in veel landen. Zo blijkt er bijvoorbeeld in landen met een andere strafrechtscultuur, met andere procedure-regels en actoren, eveneens sprake te zijn van veroordelingen van onschuldigen. Er is bovendien geen enkele aanwijzing dat dergelijke ‘missers’ minder voorkomen in rechtsculturen waar bijvoorbeeld het oordeel over schuld of onschuld (mede) wordt geveld door een jury.² Elk rechtsstelsel blijkt dus zo zijn eigen zwakke plekken te hebben.³

Dit universele – niet stelselgebonden – karakter van de problematiek van strafrechtelijke waarheidsvinding en dwalingen rechtvaardigt niet alleen de stelling dat men ‘missers’ niet kan wijten aan een type rechtstelsel, maar ook dat die niet eenvoudig kunnen worden teruggevoerd tot één actor of één oorzaak. Er is eerder sprake van een veelheid en samenstel van factoren, gecombineerd met een ‘samenspel’ van actoren. Deze stelling wordt voor de Nederlandse strafrechtspleging bevestigd door de resultaten van de onderzoeken die door de CEAS zijn verricht.⁴

Rechterlijke dwalingen en (mogelijk) onterechte veroordelingen onthullen niet alleen fouten of ‘missers’ in con-

crete strafzaken. Zij leggen ook zwakke plekken in een rechtsstelsel bloot, zwakke plekken op het raakvlak van factoren, actoren, hun samenspel en hun wisselwerking.

Er zijn inmiddels vele zwakke plekken in ons stelsel van strafrechtelijke waarheidsvinding blootgelegd. Zowel wetenschapstheoretici als bètawetenschappers en rechtspsychologen hebben aangezet tot reflectie, aanpassingen en debat. Dit betekent evenwel niet dat alle factoren die risico’s opleveren in het proces van strafrechtelijke waarheidsvinding daarmee in beeld zijn. Alertheid blijft geboden. Een van de potentieel risicovolle factoren waaraan in het juridisch debat weinig aandacht is besteed, betreft de in artikel 338 Sv genoemde rechterlijke overtuiging. Dat is opvallend omdat in de recente zaken waarin veroordeling van onschuldigen of rechterlijke dwalingen aan de orde waren (*de Schiedammer parkmoord*, *Lucia de Berk*, *Ina Post* en *de Puttense moordzaak*) niet kan worden uitgesloten dat de – niet expliciet benoemde of gemotiveerde – overtuiging van de rechter een belangrijke rol speelde bij de veroordeling.⁵ Vanuit de rechtspsychologie is bovendien reeds sinds 1992 aandacht gevraagd voor wat wordt aangeduid als de dissociatie van overtuiging en bewijs – een werkwijze waarbij een niet op bewijsmiddelen steunende overtuiging de overhand krijgt – en de risico’s daarvan.⁶ Deze vingerwijzing lijkt tot op heden nog maar weinig gehoor te hebben gekregen. Dat geeft te denken, mede omdat de betekenis van de rechterlijke overtuiging niet is beperkt tot de problematiek van rechterlijke dwalingen en ‘missers’. De overtuiging is volgens artikel 338 Sv een voorwaarde voor het bewijs van elk strafbaar feit en vormt dus in iedere zaak die aan de rechter wordt voorgelegd het sluitstuk van zijn oordeelsvorming. Dan mag men daar ook wel wat van verwachten.

* Prof. mr. C.P.M. Cleiren is hoogleraar straf- en strafprocesrecht in Leiden, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam en lid van de CEAS, in het bijzonder van het driemanschap dat de zaak *Ina Post* onderzocht.

1. J. Wiarda, ‘Het begrip “Bewijzen” in het strafprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht’, *TvS* 1959, p. 389-430.
2. Zie bijvoorbeeld voor een overzicht van dwalingen in de eerste helft van de vorige eeuw in de VS: J. Frank, *Not Guilty*, London: Gollancz 1957. Voor recente literatuur en posities kan onder meer worden verwezen naar E. Colvin, ‘Convicting the innocent: a critique of theories of wrongful convictions; Criminal Law Forum’, *An International Journal* 2009, Vol. 20, No. 2-3, p. 173-192.
3. Zie ook P. van Koppen, ‘Voor jurylid moet je dom zijn en het Redactioneel commentaar Feiten en Vermoedens’, *NRC* 21 oktober 2010. De discussie die is ontstaan in België over de juryrechtspraak naar aanleiding van de schuldigverklaring door de jury in de zaak van de parachutemoord en de Marollenmoord vormt hiervan een mooie illustratie. Waar in Nederland werd gepleit vóór het invoeren van een jury om dwalingen te voorkomen geschiedt het omgekeerde op dit moment in België.
4. Onderzoeken door de driemanschappen van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken: *de Enschedese ontuchtzaak* (gepubliceerd 18 december 2007), *de zaak Lucia de B.* (gepubliceerd 29 oktober 2007) en *de zaak Ina Post* (gepubliceerd 19 maart 2008). Zij zijn alle drie toegankelijk via <www.openbaarministerie.nl>.
5. Zie voor de zaak *Lucia de B.* onder meer Y. Buruma, ‘Ongemakkelijke lessen van Lucia’, *DD* 2010, 40, p. 689-706; M. Meulemeesters, *De bewijzende overtuiging*, Universiteit Utrecht, Kennispunt Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie 2009.
6. H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken, De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact 1994, p. 86-90 en daarna H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Het recht van binnen: psychologie en*

De vraag is of die verwachting in ons stelsel voldoende wordt waargemaakt.

Bij een eerste lezing van de tekst van artikel 338 Sv ontstaat met de woorden 'indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen' al snel de veronderstelling dat de rechter ruimte wordt geboden voor een subjectieve waardering. Deze veronderstelling is niet vreemd en historisch gezien ook niet zonder grond. Zo schreef De Bosch Kemper reeds in 1840: 'Er is geene theorie van bewijs denkbaar, zonder dat de slotsom der bewijsgronden aan het subjectief gevoel van de regter worde overgelaten; overal waar iemand oordeelen moet, is het een mensch die het oordeel velst, en moge de bepalingen omtrent de bewijskracht der afzonderlijke middelen eng of naauw beperken, het is altijd een subjectief gevoel, hetgene over het al of niet bestaan dier beperkingen moet uitspraak doen.'⁷

Vormt de notie van de rechterlijke overtuiging, in samenwerking met andere factoren, geen zwakke plek in ons stelsel? Wat is precies de functie en de inhoud van de rechterlijke overtuiging? En als het een subjectief gevoel zou betreffen, is het proces van oordeelsvorming dan voldoende gestructureerd, gerationaliseerd of ingekaderd om tot een maximaal 'correcte' bewezenverklaring te komen? Deze vragen brengen ons terug bij vragen uit de negentiende eeuw, die door Wiarda en Pompe in 1959 en door Enschedé in 1966 al werden opgehaald, en die nog niets aan actualiteit lijken te hebben ingeboet.⁸ Maar zij brengen ons ook bij meer recent gedachtengoed, ontwikkelingen in de strafrechtspleging en andere wetenschappelijke disciplines.

2. De rechterlijke overtuiging: een oriëntatie op wet, literatuur en praktijk

Artikel 338 Sv luidt:

'Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen.'

Uit deze tekst kan worden afgeleid dat de rechterlijke overtuiging onderdeel vormt van het proces dat leidt tot de bewijsbeslissing. Veelal – en bijna als vanzelfsprekend – wordt die notie gekoppeld aan het woord 'slechts' uit artikel 338 Sv en meegenomen bij de bespreking van het negatief-wettelijk karakter van ons bewijsstelsel. Daarbij gaat het om de norm dat ook bij voldoende wettig bewijs

de rechter niet verplicht is te veroordelen. Deze gedachte herkent men ook in het adagium 'in dubio pro reo', bij twijfel geen veroordeling. Op basis van de formulering van artikel 338 Sv en het adagium 'in dubio pro reo' kan gerechtvaardigd als uitgangspositie worden genomen dat de rechterlijke overtuiging minimaal heeft te gelden als een *conditio sine qua non* voor een positieve bewijsbeslissing. Maar daarmee is er nog geen zicht op de functie van die voorwaarde in relatie tot de bewijsmiddelen, noch op de inhoud van de eis van de rechterlijke overtuiging. Een beknopt overzicht van posities in de wet, de rechtswetenschappelijke literatuur en de rechtspraak illustreert dat daarop ook geen eenduidig antwoord wordt gegeven.

Wet en literatuur

Reeds in het ontwerp *Ontwerp van Wetten omtrent het 'Bewys'* van 1804 wordt in artikel 5 van hoofdstuk I betekenis toegekend aan de rechterlijke overtuiging: 'Rechtelyke Zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde, gegrond op de algemeene en byzondere Voorschriften, welke hem ter bepaling van Zyn Oordeel zyn voorgeschreven.'⁹ In het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland van 1809 wordt de regeling in het kader van het bewijsmiddel 'aanwijzingen' en de bewijskracht daarvan vergezeld van een artikel met een beroep op het geweten van de rechter (artikel 372 C.W.v.H.). Deze uitdrukkelijke herinnering aan het geweten bleef gehandhaafd tot de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering van 1921.

Onder de werking van het nieuwe wetboek schreef de Bosch Kemper in 1838 in zijn beschouwing *De overtuiging van de regter, als vereischte tot het volkomen bewijs*: 'De Nederlandsche Wetgeving heeft geene vereniging van eene *conviction intime* der Fransche gezworenen met het bestaan van wettelijke bewijsmiddelen daargesteld; twee tegenstrijdigheden laten zich niet vereenigen; maar zij heeft, even als in het Romeinsche en het Deutsche regt, aan het oordeel van den regter overgelaten, te beslissen, welke slotsom uit de bewijsmiddelen behoort te worden getrokken.' Bij het trekken van die slotsom is het ook in een geval van een wettig bewijsstelsel naar zijn opvatting onmogelijk om het subjectieve gevoel van de rechter uit te sluiten.¹⁰

Pompe spreekt niet zozeer over de inhoud van de eis van de overtuiging. Hij concentreert zijn redenering op de totstandkoming daarvan, waarbinnen hij tamelijk impliciet het geweten van de rechter als inhoudelijk aanknopingspunt neemt. Vanuit de erkenning dat ook in strafzaken een zekerheid nodig is die de rechter voor zijn geweten kan verantwoorden, zou er zijns inziens sprake

het recht, Deventer: Kluwer 2002 en P.J. van Koppen, H. Merkelbach, M. Jelacic & J.W. de Keijser, *Reizen met mijn rechter, Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010.

7. J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid met een bijvoegsel bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regters-commissarissen, officieren van justitie, griffiers, hulpofficieren, enz.*, Derde Deel, Amsterdam: Johannes Müller 1840, p. 523.

8. J. Wiarda, a.w.; W.P.J. Pompe, *Geschiedenis der Nederlandse strafrechtswetenschap*, Noord-Holl. Uitgeverij Amsterdam 1956, p. 253, 262, 274, 290, 327-334, 339-344, 356, 405 v., 414 v.; W.P.J. Pompe, 'Het bewijs in strafzaken'. In: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle z.j., p. 33-54; Ch. J. Enschedé, 'Bewijzen in het strafrecht', *RMThemis* 1966, p. 488-518; zie ook A.M. van Woensel, aant. 6 op de art. 338-344 (suppl. 91, oktober 1994), in A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer. Zie ook (deels op het Duitse stelsel gericht) G. Bohne, *Zur Psychologie der richtlichen Uberzeugungsbildung*, Kölner Universitätsverlag Balduin Pick 1948.

9. Zie voor een uitgebreid overzicht van dit ontwerp en het vervolg daarop in de geschiedenis J. Wiarda, a.w.

10. J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering*, a.w., p. 523-525.

moeten zijn van een zekerheid met een juridisch karakter. Voor de bewezenverklaring moet de rechter het hem voorgelegde geval subsumeren, niet onder een wettelijke strafbepaling, maar onder een schema, een patroon dat hem voldoende lijkt voor het aannemen van schuld of onschuld.¹¹ Enschedé volgt hem in deze redenering. Ook hij verwijst naar het geweten, maar stelt uitdrukkelijk dat de subjectieve overtuiging alleen niet voldoende is. De ontwikkeling van conviction intime naar conviction raisonnée – via de wettige bewijsmiddelen – beschouwt hij als een rationalisering die hij positief waardeert omdat de rechterlijke overtuiging daarmee wordt gehaald uit de sfeer van de subjectiviteit en intersubjectief overdraagbaar wordt gemaakt.¹²

In de meer recente literatuur lijkt de oriëntatie wat te veranderen. Nijboer vermeldt in zijn dissertatie van 1982: 'Het is de onmogelijkheid om 'absolute' maatstaven voor de bewijsbeslissing te ontwikkelen, die door de rechterlijke overtuiging moet worden overbrugd.'¹³ Van Woensel sluit daarop aan waar zij stelt dat de overtuiging van de rechter de normatieve brug vormt tussen datgene wat met – grote – waarschijnlijkheid is vast te stellen en datgene wat als 'waarheid' wordt aangenomen.¹⁴ Nijboer geeft ook een indicatie voor de inhoud van die brug waar hij stelt: 'Betekent dit nu dat wij de in art. 338 bedoelde overtuiging moeten opvatten als een subjectieve graad van zekerheid, afhankelijk van de persoonlijke waarderingsen en inzichten van de rechter? In beginsel is dat inderdaad het geval, maar het is niet het enige dat hier een rol speelt. De verplichting tot motivering is daarom in zijn visie doorslaggevend. Aan die eis is, zo stelt hij '(...) voldaan indien de juistheid van de telastelegging op grond van de in de motivering aangegeven resultaten van een zorgvuldig onderzoek 'buiten redelijke twijfel' ondubbelzinnig vaststelbaar is'. In recente publicaties duidt hij de rechterlijke overtuiging aan als een bewijsstandaard, als een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid.¹⁵

De analyses van Dreissen leiden in de richting van de conclusie dat in ons stelsel weinig zelfstandige betekenis toekomt aan de rechterlijke overtuiging. 'Dit laat onverlet dat de overtuiging als maatstaf voor het feitenoordeel niet kan worden gemist. Bij gebrek aan een eenduidig criterium dat absolute zekerheid verschaft over de juistheid van de vastgestelde feiten, en de noodzaak om tot een (tijds) beslissing te komen, zal uiteindelijk het subjectieve oordeel van de rechter – zijn overtuiging – de doorslag moeten geven. De rechterlijke overtuiging is in die zin een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde voor de juistheid van het feitenoordeel.'¹⁶

Corstens stelt dat de overtuiging, anders dan in het Franse stelsel waar men uitgaat van de conviction intime, beredeneerd moet zijn: de conviction raisonnée. De overtuiging moet op bewijsmiddelen zijn gebaseerd. De wetgever heeft volgens hem niet gekozen voor de gedachte dat een manco in de bewijsvoering door de intuïtieve overtuiging van de rechter mag worden gecompenseerd.¹⁷ Recent nam A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 2 februari 2010, *LJN BJ7266* ook duidelijk een standpunt in waar hij stelt: 'Ik meen dat ook naar Nederlands recht vereist is dat de schuld van de verdachte buiten redelijke twijfel bewezen moet zijn.' Tegelijkertijd onderkent hij dat het nog lang niet zover is: 'Aan waarborgen op dit punt schort het echter. Dat de rechter overtuigd is geraakt, vormt bepaald geen garantie dat die overtuiging objectief gezien gerechtvaardigd is. (...)' In de daaropvolgende aanbevelingen legt hij onder meer het verband met de motivering van de bewijsbeslissing.

Uit dit overzicht blijkt dat er geen eenduidigheid bestaat in de opvattingen over de functie en de inhoud van de rechterlijke overtuiging. Wel lijkt er vanaf de jaren zeventig sprake te zijn van enige verschuiving in het denken daarover. In de beschouwingen lijkt steeds minder te worden geleund op het gedachtegoed van 'het geweten' van de rechter en op het subjectieve karakter van de overtuiging. Men spreekt meer in termen van een maatstaf en van een graad van waarschijnlijkheid, een tendens waarmee wordt aangesloten op de in common law-stelsels gehanteerde maatstaf 'beyond reasonable doubt'.¹⁸

De rechtspraak

Ook uit de rechtspraak komt geen eenduidig beeld naar voren over de betekenis die aan de rechterlijke overtuiging wordt toegekend. In de motivering van de bewijsbeslissing die krachtens artikel 350 jo. 359 Sv in het vonnis wordt opgenomen, wordt veelal volstaan met een standaardformule. Volgens Buruma blijkt uit twee recente uitspraken van de Hoge Raad dat 'verantwoording en controleerbaarheid mogelijk zijn voor zover het gaat om de kwaliteit van gebruikte bewijsmiddelen, maar heel problematisch wordt waar het gaat om de kwaliteit van de overtuiging. Die overtuiging is eigenlijk één met de selectie en waardering van de bewijsmiddelen.'¹⁹

Zoals Knigge in zijn conclusie bij HR 2 februari 2010, *LJN BJ7266* signaleert, sluit de werkwijze van de rechters in de praktijk niet zonder meer aan op een invulling van de overtuiging als de standaard: buiten redelijke twijfel. Eerder lijkt in de rechtspraak en in het bijzonder in het overleg in raadkamer de rechterlijke overtuiging te

11. W.P.J. Pompe, *Het bewijs in strafzaken*, a.w., p. 47 e.v.

12. Ch. J. Enschedé, *Bewijzen in het strafrecht*, a.w., p. 514 e.v.

13. J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint, 1982, aant. 29 op art. 338.

14. A.M. van Woensel, aant. 7 op art. 338-344 (suppl. 91 oktober 1994), a.w.

15. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen 2008, par. 2.5. jo. Cleiren & Nijboer, *Inleidende opmerkingen bij Boek II, Titel VI, afd. 3, aant. 2o.*, T&C Sv 2009.

16. W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridisch 2007, p. 378.

17. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 666.

18. Zie bijvoorbeeld J.F. Nijboer in Cleiren & Nijboer a.w., alsmede 'De overtuigingsparadox en het compensatoir straffen', in: A.H.E.C. Jordans e.a. (red.), *Praktisch Strafrecht, Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005, p. 493-503 en ook Knigge in zijn conclusie bij HR 2 februari 2010, *LJN BJ7266*.

19. Y. Buruma, a.w., p. 702. Hij baseert zich hierbij op HR 16 maart 2010, *LJN BK3359* en HR 23 maart 2010, *LJN BK6929*.

fungeren als een noodzakelijk surplus op de door de rechter reeds als wettig, rechtmatig en betrouwbaar geëvalueerde bewijsmiddelen. Het overleg in raadkamer betreft niet zelden de vraag of de rechters op basis van die bewijsmiddelen overtuigd zijn dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Het valt zelfs niet uit te sluiten dat de volgorde van 'werken' in een enkel geval omgekeerd is.²⁰

Vanuit de rechtsprekende macht zijn overigens geen geluiden te horen dat men problemen heeft met de invulling van de notie 'rechterlijke overtuiging'. Hoewel over de omgang met de rechterlijke overtuiging nauwelijks empirisch onderzoek beschikbaar is, wijzen uitlatingen door diverse rechters op het besef dat die notie geen methodologisch ankerpunt of processueel houvast biedt. Vraagt men rechters hoe de notie van de rechterlijke overtuiging wordt vormgegeven, dan spreekt men veelal in termen van intuïtie, *fingerspitzengefühl*, ervaring en praktische wijsheid.²¹

Bevindingen

Uit de wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak valt allereerst op te maken dat er geen eenduidigheid bestaat over de functie en de inhoud van de notie van de rechterlijke overtuiging. Daarnaast blijkt er sprake van een zekere discrepantie tussen de in de literatuur naar voren gebrachte opvattingen over de rol en de inhoud van de rechterlijke overtuiging en soms voorkomende werkwijzen in de rechtspraak. Er bestaat daarenboven een behoorlijke discrepantie tussen de recente opvattingen in de literatuur en opvattingen van (diverse) rechters.

'Vertalen' we de genoemde opvattingen en posities over functies van de rechterlijke overtuiging binnen de context van de bewijsbeslissing en -motivering, dan blijkt dat aan de rechterlijke overtuiging onder meer de volgende functies worden toegeschreven, die deels met elkaar samen vallen of verweven zijn en elkaar geenszins uitsluiten:

- een opdracht aan de rechter om zich bewust te blijven van zijn rechterlijke verantwoordelijkheden in het kader van de waarheidsvinding (een inscherpingsfunctie, de referentie aan het geweten);
- een vereiste dat bemiddelt tussen de onvermijdelijke scheiding tussen feiten en recht (een normatieve brugfunctie);
- een vereiste dat bemiddelt tussen de onvermijdelijke scheiding tussen een (grote) mate van waarschijnlijkheid en het categorisch ja/nee-oordeel dat de rechter in zijn bewijsbeslissing vormgeeft (een wetenschappelijke/inductieve brugfunctie);
- een extra vereiste (bovenop de bewijsmiddelen), dat geldt als *conditio sine qua non* voor de bewijsbeslis-

sing en waarbij wordt erkend dat de rechter ruimte heeft voor zijn eigen persoonlijke waardering of voor zijn morele of 'praktische' wijsheid (een surplus, een constituerende voorwaarde, een complementaire functie);

- een maatstaf ter bevordering van het 'waarheidsgehalte' van de bewijsbeslissing door een bepaalde standaard, een niveau van waarschijnlijkheid te eisen (een empirische en betrouwbaarheidsfunctie);
- een opdracht om de aanvaardbaarheid van de bewijsbeslissing te ondersteunen door het achteraf verantwoord worden van de beslissing naar veroordeelde en samenleving (motiverings-, legitimerings- en argumentatieve functie).

3. De vereisten van artikel 338 Sv

Nu uit het bovenstaande blijkt dat er geen eenduidigheid bestaat over functie en inhoud van de rechterlijke overtuiging zal hier eerst worden gezien of de rechter houvast kan ontleen aan de vereisten zoals die worden geformuleerd in artikel 338 Sv.

De beperking tot de inhoud van wettige bewijsmiddelen en het onderzoek ter terechtzitting

Artikel 338 geeft aan dat de overtuiging moet zijn bekomen uit het onderzoek ter terechtzitting en door de inhoud van de wettige bewijsmiddelen. Veelal wordt deze zinsnede begrepen als een aanwijzing voor het kader waarbinnen de rechter zijn werkzaamheden ten aanzien van de bewijsvraag van artikel 350 Sv heeft te begrijpen. Deze aanwijzing bevat twee aspecten die los van elkaar aandacht behoeven, maar die elkaar deels overlappen: de beperking tot de inhoud van de wettige bewijsmiddelen en de beperking tot het onderzoek ter terechtzitting.

De beperking tot de inhoud van wettige bewijsmiddelen heeft in de literatuur weinig aanleiding gegeven tot opmerkingen. Bij beschouwingen over dit aspect wordt met name aandacht besteed aan het feit dat de wet geen beperkingen aanbrengt ten aanzien van een overtuiging die van invloed is op het aannemen van strafuitsluitingsgronden of het bepalen van de strafsoort of -maat.²² Daarnaast wordt deze aanwijzing betrokken op de invulling van de motiveringsverplichting krachtens artikel 350 jo. artikel 359 Sv.

De beperking tot het onderzoek ter terechtzitting sluit aan op het gegeven dat in ons stelsel de rechter beslist of de verdachte het in de tenlastelegging omschreven feit heeft begaan. Het bewijsoordeel vormt het sluitstuk in een keten van bewijsgaring en de rechter ter terechtzitting is de beslissende actor te midden van een veelheid van

20. Zo merkte D. Simons in 1886 reeds op dat 'menigmaal... eerst de vraag zal worden beslist of de rechter de overtuiging heeft, dat de klaagde het hem te laste gelegde feit heeft gepleegd en daarna de gronden, die tot het vestigen der overtuiging hebben geleid, zullen worden getoetst aan de regelen, bij de wet voor de bewijsvoering gesteld'. Aandachtspunt en citaat overgenomen uit J. Wiarda, a.w. p. 411. Zie voor een soortgelijke redenering P. Scholten, Algemeen Deel van *C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, 1931, par. 28, De beslissing.

21. Deze vaststelling is voornamelijk gebaseerd op eigen veelvuldige gesprekken met rechters van diverse gerechten.

22. Een duidelijke illustratie van deze vorm van problematiseren vindt men in de eerder aangehaalde teksten van W.P.J. Pompe, *Het bewijs in strafzaken*, a.w. en Ch. J. Enschedé, *Bewijzen in het strafrecht*, a.w. Men vindt deze gedachte ook wel terug bij rechtspsychologen die dan spreken over compensatoir straffen. Zie J.W. de Keijser & P.J. van Koppen, 'Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf', in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de rechter*, Den Haag: Boom Juridisch 2001, hfdst. 6, alsmede J.F. Nijboer, 'De overtuigingsparadox en het compensatoir straffen', in A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch Strafrecht, Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 493-503.

actoren die zich bezighouden met waarheidsvinding. Het WvSv biedt hem daartoe een gestructureerd kader voor het eindonderzoek op de zitting. In de literatuur wordt de beperking van het tot stand komen van de rechterlijke overtuiging tot het onderzoek ter terechtzitting die artikel 338 Sv formuleert nauwelijks expliciet aan de orde gesteld. Deze kwestie komt overigens wel via andere vraagstukken – indirect – aan de orde. Zo brengt de eis van een onpartijdige rechter volgens artikel 6 EVRM – mede op basis van de rechtspraak van het EHRM – consequenties mee voor de positie van rechters die op enige wijze reeds betrokken zijn geweest bij de betrokken zaak. Men kan daarbij denken aan beslissingen ten aanzien van de voorlopige hechtenis, een rol als rechter-commissaris, een behandeling van de zaak van de medeverdachte, enz. Een en ander hangt mede af van de vraag of de zittingsrechter eerder beslissingen heeft genomen die de gedachte kunnen doen rijzen dat de rechter al een oordeel over de voorliggende schuldvraag heeft.

Betrekken we de beide vereisten van artikel 338 Sv op elkaar, dan kan ook worden gewezen op het feit dat het onderzoek ter terechtzitting niet is beperkt tot het louter doornemen van het door het Openbaar Ministerie aangedragen bewijsmateriaal. Er passeert van alles op een terechtzitting en niet alles is gericht op waarheidsvinding in de betekenis van vaststellen van de historische werkelijkheid. In dit verband is het goed te wijzen op het bewijsmiddel van de ‘eigen waarneming door de rechter’ uit artikel 339 jo. 340 Sv en op de in artikel 309 de in artikel 309 Sv genoemde stukken van overtuiging die langs de weg van artikel 340 Sv deel kunnen gaan uitmaken van het wettig bewijs. Maakt de rechter gebruik van een beuzenverklaring die mede berust op de eigen waarneming van de rechter, dan dient de bewijsconstructie precies te vermelden wat is waargenomen.

Bevindingen

De structurering van het onderzoek ter terechtzitting zou in wisselwerking met de eis van wettige bewijsmiddelen, de voorgeschreven bewijsminima en de eis zoals geformuleerd in artikel 338 Sv, garant moeten staan voor een kwalitatief hoogwaardig en betrouwbaar bewijsdeel. De vraag is evenwel of die pretentie voldoende wordt of kan worden waargemaakt.

Zoals gezegd passeert er op een terechtzitting veel en niet alles is gericht op waarheidsvinding in de betekenis van vaststellen van de historische werkelijkheid. De rechter ondervindt derhalve ook invloeden die niet binnen de wettige bewijsmiddelen kunnen worden ondergebracht. De aard van de ‘invloeden’ kan zeer divers zijn en kan variëren van informatie die de rechter zelf niet waardeert als wettig bewijsmiddel tot psychologische invloeden op de rechter door bijvoorbeeld informatie uit kranten of

door het zwijgen van de verdachte. De wijze waarop de rechter al deze invloeden, informatie en omstandigheden ‘verwerkt’ in zijn overtuiging wordt niet geregeld in artikel 338 Sv, noch in andere wettelijke bepalingen. De wetgever ‘timmert’ de totstandkoming van de rechterlijke overtuiging dus niet volledig dicht.²³ Hij accepteert blijkbaar en mogelijk als onvermijdelijk – net als de wetgever in het verleden – dat de rechterlijke overtuiging niet volledig kan worden bepaald volgens rationele en objectieve maatstaven.²⁴

In het licht van deze stand van zaken is het goed om te bezien binnen welke context en met welke beperkingen en middelen de rechter zijn taak in het kader van de waarheidsvinding kan en moet vervullen. Daarbij is het goed vooraf te wijzen op het volgende. Waarheidsvinding is geen gratuite proces, maar een vormgeving van de werkelijkheid die heeft te voldoen aan eisen van logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen. Maar daarmee zijn we er niet. Waarheidsvinding raakt aan de kern van het menselijk kennen in brede zin. Waar algemeen wordt erkend dat ‘de’ waarheid niet door de mens kan worden gekend, geldt dat er geen ‘echtere’ waarheid is dan een beschreven of ten minste geconceptualiseerde waarheid. In de epistemologie wordt waarheid dan ook beschouwd als een kwalificatie die kan worden toegekend aan beweringen of uitspraken over de werkelijkheid. Iedere beschrijving van de werkelijkheid vindt evenwel plaats op basis van een bepaald perspectief en met behulp van methoden/technieken. Men kan stellen dat ieder perspectief – en daarmee iedere discipline – zijn eigen werkelijkheid mede construeert.

4. De beperkingen in het tot stand brengen van een zekerheidsoordeel

Op het onderzoek ter terechtzitting gaat het bij de waarheidsvinding om een reconstructie van gebeurtenissen uit het verleden. Het gaat dus niet om waarheidsvinding in de betekenis zoals die in diverse wetenschappen aan de orde is en die vaak is gericht op het beschrijven van de werkelijkheid in het heden en voorspelbaarheid in de toekomst, maar om de toetsing van een beschrijving van een gebeurtenis in het verleden op overeenstemming met de historische werkelijkheid.²⁵ Dat proces van waarheidsvinding heeft een aantal beperkingen die meebrengen dat het bewijsdeel niet als een zekerheidsoordeel kan worden gekwalificeerd. Daarin wijkt dat oordeel zelf niet wezenlijk af van uitspraken over de werkelijkheid vanuit andere wetenschappen, maar het proces om tot dat oordeel te komen wel, alsmede het gegeven dat de rechter verplicht is om tot een beslissing te komen.

De structurering van het onderzoek ter terechtzitting zou, zoals gezegd, in wisselwerking met de eis van wettige

23. Hierbij kan meteen worden aangetekend dat dat ook niet eenvoudig zou kunnen. De juridische discipline beschikt zelf immers niet over methoden of andere aanknopingspunten om die invloed te normeren of in te kaderen. Hoogstens zou men kunnen denken aan aanwijzingen om de rechter te beschermen tegen dergelijke psychologische invloeden. In het slot van deze bijdrage zal dat aspect kort worden belicht.

24. Hierbij kan worden aangetekend dat men dergelijke invloeden mogelijk zou kunnen indelen in eigenlijke en oneigenlijke invloeden. Een uitwerking van deze gedachte vergt meer dan binnen het kader van deze bijdrage mogelijk is. In het hiernavolgende komen wel enkele voorbeelden van invloeden aan de orde.

25. De vraag hoe vergaand die toetsing moet zijn in termen van verificatie, falsificatie en het verwerpen van alternatieve scenario's, waarop onder meer door vertegenwoordigers uit de wetenschapsfilosofie en rechtspsychologie wordt aangedrongen blijft hier buiten beschouwing.

bewijsmiddelen, de voorgeschreven bewijsminima en de eis zoals geformuleerd in artikel 338 Sv garant moeten staan voor een kwalitatief hoogwaardig en betrouwbaar bewijsoordeel. Toch roept de wijze waarop de weg naar het bewijsoordeel door de strafrechter wordt vormgegeven grote verbazing en verzet op bij vertegenwoordigers van andere disciplines, zoals de natuurwetenschappen, de statistiek, de filosofie en de psychologie. Zij verklaren rechterlijke dwalingen zelfs (deels) vanuit het gebrek aan wetenschappelijk verantwoorde methoden/benaderingen voor de omgang met beschikbaar bewijsmateriaal en presenteren vanuit hun disciplines diverse methoden/benaderingen voor een verantwoord proces.²⁶ Dankzij de recente aandacht die mede dankzij deze disciplines aan de totstandkoming van het bewijsoordeel is besteed lijkt inmiddels binnen de strafrechtspleging het besef aanwezig dat dat proces veel meer – en onder meer met behulp van dergelijke methodes – kan en moet worden gerationaliseerd. Het gegeven dat de wet, buiten de structurering van het onderzoek ter terechtzitting, de wettige bewijsmiddelen en de strafminima, geen richtlijnen aan de rechter biedt voor het bewijsoordeel wordt dan ook steeds minder zo begrepen dat er geen maatstaven voor het bewijsoordeel hebben te gelden. Waar het gaat om een reconstructie van een gebeurtenis, een onderzoek naar de feiten, wijkt het strafrecht niet af van andere gebieden waar men streeft naar kennis en waarheid. De selectie en waardering van het bewijsmateriaal zal dan ook zo veel als mogelijk moeten plaatsvinden met behulp van wetenschappelijk en anderszins rationeel te verantwoorden methoden. De maatstaf ‘buiten redelijke twijfel’ (beyond reasonable doubt) is voor een bewijsoordeel, een oordeel met zo veel en zulke grote consequenties voor betrokkene en samenleving, niets te veel gevraagd. De mogelijkheden om aan die hoge maatstaf te voldoen zijn met de huidige wetenschappelijke kennis en inzichten sterk gegroeid. Aan de rechter mag de eis worden gesteld om die mogelijkheden maximaal te benutten. Maar ook al zou maximaal gebruik worden gemaakt van dergelijke uit andere wetenschappen afkomstige methoden, dan nog blijft een reële mogelijkheid bestaan dat de in het strafproces gevonden ‘waarheid’ niet of niet volledig overeenstemt met de historische werkelijkheid. De vormgeving van het proces naar het bewijsoordeel kan niet volledig plaatsmaken voor de rationaliteit zoals die bijvoorbeeld vanuit de natuurwetenschappen, de statistiek en de psychologie naar voren wordt gebracht. Er blijft voor de rechter altijd sprake van een inductieve stap van een hoge mate van waarschijnlijkheid naar een categorisch ja/nee-oordeel.²⁷ Dat betekent dat ook bij zorgvuldig gebruik van wetenschappelijk verantwoorde methoden bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal moet worden erkend dat dat oordeel grenzen heeft en er een

‘sprong’ zal moeten worden gemaakt om tot een positieve of negatieve bewijsbeslissing te komen. Wiarda gebruikt in zijn eerder aangehaalde opstel over bewijzen uit 1956 deze term ‘sprong’ ook al in het kader van het strafrechtelijk bewijs.²⁸ Het staat natuurlijk volstrekt buiten discussie dat het van het grootste belang is dat die sprong zo klein mogelijk is.

5. De context van de strafrechtelijke waarheidsvinding: beperkingen aan het vinden van de historische werkelijkheid

De wetgever heeft met de structurering van het onderzoek ter terechtzitting, in wisselwerking met het vereiste van wettige bewijsmiddelen en de voorgeschreven bewijsminima, beoogd te garanderen dat een kwalitatief hoogwaardig bewijsoordeel tot stand komt. De juridische werkelijkheid is evenwel gecompliceerder dan deze eenvoudige schets doet vermoeden. Een kwalitatief hoogwaardig bewijsoordeel kan in ons stelsel van strafvordering niet volledig worden geïdentificeerd met een waarheidsoordeel dat zonder meer correspondeert met de historische werkelijkheid.

Het proces van totstandkoming van het bewijsoordeel door de rechter, waarvoor de overtuiging volgens artikel 338 Sv *conditio sine qua non* is, bevindt zich tussen het voorhanden hebben van bewijsmateriaal en de bewijsbeslissing. De kern van dat proces bestaat uit het onderzoek ter terechtzitting en de daarop aansluitende selectie en waardering van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal. Binnen onze procescultuur begint dat proces voor de strafrechter met het procesdossier dat hem wordt aangeleverd, waarin resultaten van het vooronderzoek zijn opgenomen. Dat proces eindigt met een beraadslaging in raadkamer die uitmondt in een bewijsoordeel.²⁹ Dit proces vindt niet plaats in een vacuüm. Het onderzoek ter terechtzitting is door de wetgever zorgvuldig gestructureerd. Die structurering biedt de rechter de noodzakelijke bevoegdheden om het onderzoek ter terechtzitting vorm te geven en zijn oordeel over het ten laste gelegde feit te kunnen vormen. De wettelijke regeling van het onderzoek ter terechtzitting in boek II, titel VI van het Wetboek van Strafvordering biedt daarmee waarborgen voor een zorgvuldige en verantwoorde omgang met bewijsmateriaal, verdachte en andere procesdeelnemers.³⁰

Zoals hierboven reeds werd aangegeven kan men stellen dat iedere discipline haar eigen werkelijkheid mede construeert. Evenals bij andere disciplines geldt dus voor het strafproces dat het zijn eigen werkelijkheid mede construeert. Een bijzondere ‘kwaliteit’ van het construeren van de waarheid in het strafproces is dat de constructie niet alleen wordt bepaald door het doel van waarheidsvinding. Het construeren kent een complicerende factor: het

26. De vanuit die disciplines voorgestelde methoden/benaderingen zou men kunnen onderscheiden en categoriseren in drie groepen: de statistical, story-based and argument-based.

27. Dit aspect speelt sterker dan in vele wetenschappen omdat de rechter zich niet aan een beslissing mag onttrekken.

28. Wiarda, *TvS* 1959, a.w., p. 422. Hij sluit zich daarmee expliciet aan bij de hierna te behandelen sprong van Scholten die betrekking heeft op rechtsoordelen.

29. Een alleensprekende rechter beraadslaagt ‘in zichzelf’, direct aansluitend op de sluiting van het onderzoek ter zitting en spreekt direct de beslissing uit.

30. Zie voor een overzicht van het geldend recht voorzien van kritische beschouwingen J.B.H.M. Simmelink, ‘Bewijsrecht en bewijsmotivering’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting, Onderzoeksproject Strafvordering 2001, eerste interim-rapport*, alsmede J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w.

strafproces is wel gericht op waarheidsvinding, maar niet tot elke prijs.³¹ Deze complicatie vindt haar verklaring en rechtvaardiging rechtstreeks in de eisen van de democratische rechtsstaat en de daarin besloten waarborging van rechten van de burger (en de verdachte). De functie van het strafrecht wordt in het licht daarvan ook steeds dubbelzijdig geformuleerd: aan de ene kant het vinden van de waarheid teneinde overtreders van het materieel strafrecht te kunnen bestraffen en aan de andere kant de bescherming van de burgers daarbij tegen een vergaande overheidsinmenging en inbreuken op grondrechten. In aansluiting op deze functies kenmerkt onze strafrechtelijke processtructuur zich door een dubbelzijdig karakter. Die dubbelzijdigheid in onze processtructuur geldt ook waar het de waarheidsvinding betreft: het proces is enerzijds doelgericht, instrumenteel en gericht op waarheidsvinding, anderzijds gericht op waarborging/bescherming van de verdachte en het slachtoffer.³² Het proces van waarheidsvinding is als gevolg van de oriëntatie op de beide genoemde functies van het strafrecht daarvan niet eenvoudig. De neerslag van het zojuist beschreven tweezijdige karakter van het strafproces brengt namelijk mee dat wettelijke en jurisprudentiële procedureregels niet steeds zijn gericht op waarheidsvinding, maar bijvoorbeeld ook op het belang van de verdachte bij hoor en wederhoor, bij zwijgen of bij liegen.³³ Dit waarborg- en beschermingskarakter wordt – toegespitst op het bewijsrecht – wel aangeduid als het asymmetrisch beslissingsprincipe en het pro-defendant bias.³⁴ Dergelijke procedureregels kunnen grote consequenties hebben voor de waarheidsvinding, bijvoorbeeld voor het toe te stane bewijsmateriaal. Als voorbeeld kan dienen de regel van het onrechtmatig verkregen bewijs: ingeval de rechter van oordeel is dat er zeer ernstige vormfouten zijn gemaakt bij het verkrijgen van bewijsmateriaal in het vooronderzoek, zal hij dat materiaal kunnen uitsluiten voor het bewijs (artikel 359a Sv). Dat betekent dat onrechtmatig verkregen bewijs – hoewel corresponderend met de werkelijkheid – soms buiten beschouwing zal blijven, terwijl dat materiaal gezien vanuit eisen van logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen uitstekend zou kunnen bijdragen aan het vinden van de waarheid.

Kortom, ondanks het feit dat in ons stelsel het procesmaxime van de materiële waarheid geldt, moet worden vastgesteld dat de gevonden ‘waarheid’ beperkter kan zijn of minder correspondeert met de historische werkelijkheid dan men wellicht zou verwachten of zou wensen. De rechter moet ook de juridische discipline met eigen

waarden en procedureregels respecteren, ook al zouden die hem beperken in het vinden van de historische werkelijkheid. Daartoe heeft hij zich onder meer te richten naar de normen van het materiële strafrecht en de geldende interpretatie daarvan. Maar bovendien berust het bewijsoordeel niet slechts op deugdelijkheid en betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal, maar ook op de waarden van en beperkingen in het strafprocessuele kader, waarin zijn begrepen eisen van wet, recht en behoorlijkheid. Zo gezien is de bewijsbeslissing niet slechts een feitelijk oordeel, maar liggen daarin ook aspecten van een rechtsoordeel besloten. Pompe formuleerde dit aldus: ‘Het eigenaardige van het bewijs in strafzaken is daarin gelegen, dat dit bewijs een rechtskarakter draagt. (...), reeds de bewezenverklaring veronderstelt een groot stuk toepassing van recht.’³⁵ Bezien we de bewijsbeslissing in deze context van een rechtsoordeel, dan impliceert dat volgens Pompe dat de rechter (ook) bij het bewijs een dubbele functie heeft: het vaststellen van feiten en het toepassen van recht op die feiten.

6. De brugfuncties van de rechterlijke overtuiging

Hoewel uit de besproken wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak niet met zekerheid valt op te maken dat de functie van de rechterlijke overtuiging mag worden vereenzelvigd met de in het voorafgaande benoemde sprongen, ligt dit wel in de rede.

Uit het voorafgaande kan worden geconcludeerd dat zowel de sprong van een hoge mate van waarschijnlijkheid naar een juridische ‘zekerheid’, als de sprong van een feitelijk oordeel naar een bewijsbeslissing die mede een rechtsoordeel omvat, onvermijdelijke stappen zijn in het proces om tot een bewijsbeslissing te komen. Deze vaststelling sluit zo goed als naadloos aan op de normatieve en de wetenschappelijk/inductieve brugfunctie van de rechterlijke overtuiging die in het voorafgaande uit wet, literatuur en rechtspraak werden afgeleid. De beide sprongen worden hier onderscheiden, maar wel in het besef dat dat onderscheid in de praktijk nauwelijks als zodanig zal worden onderkend.

De wetenschappelijke/inductieve brugfunctie

Wat betreft de wetenschappelijk/inductieve brugfunctie van de rechterlijke overtuiging, de sprong van een oordeel met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid (bij voorkeur beyond reasonable doubt) naar een zekerheidsoordeel, moet worden vastgesteld dat die sprong niet meer (louter) door rationale factoren wordt bepaald. Dat bete-

31. Zie voor een uitgebreidere toelichting op deze karakteristiek van ons strafproces C.P.M. Cleiren, ‘Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs’, in: *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 9-31; *Preadvies vereniging voor Procesrecht 2001* en J.H. Crijns, ‘Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding’ en M.J. Dubelaar, ‘Nullius in verba: Waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces’, beide in: *De waarde van waarheid, opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p.15-55. Zie voor een meer universele analyse van deze problematiek M. Damaska, ‘Epistemology and legal regulation of proof’, in: *Law, Probability and Risk* 2003, 2, p. 117-130.

32. Ook Pompe plaatst het bewijsrecht uitdrukkelijk binnen dit dubbelzijdige karakter van het strafrecht. Hij gebruikt in de verband reeds het later – door het werk van A.A.G. Peters – gangbaar geworden begrip ‘rechtskarakter’. W.P.J. Pompe, *Het bewijs in strafzaken*, a.w.

33. Laudan benoemt dergelijke andere functies binnen het proces als ‘nonepistemic policy values’, waaronder hij naast de hier genoemde ook schaarst door het recht beschermende maatschappelijke waarden. Zie L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press 2006, p. 2.

34. J.F. Nijboer, a.w., par. 1.3.3. en L. Laudan, a.w., p. 136. Ook het principe van in dubio reo past in dit waarborgkarakter en sluit nauw aan op dit asymmetrisch karakter.

35. W.P.J. Pompe, *Het bewijs in strafzaken*, a.w., p. 33-34. Het hele betoog is doordrongen van dit rechtskarakter van het bewijsoordeel.

kent ook dat niet-kenbare en irrationele factoren de richting van die sprong naar een positieve bewijsbeslissing of naar een vrijspraak mede (kunnen) bepalen. Deze sprong biedt ruimte voor het eigen gevoelen van de rechter, zijn intuïtie, zijn Fingerspitzengefühl en zijn ervaring.

De vraag die dan opdoemt is of dit ook betekent dat de gedachte dat de rechterlijke overtuiging moet worden opgevat als hoge graad van waarschijnlijkheid of als beyond reasonable doubt niet opgaat. Het voorafgaande leidt inderdaad tot de conclusie dat de notie van de rechterlijke overtuiging niet samenvalt met deze maatstaf. Dat betekent evenwel niet dat die maatstaf niet heeft te gelden als maatstaf die voor het bewijsoordeel moet worden aangelegd. De rechterlijke overtuiging – als extra sprong bovenop die maatstaf – blijft evenwel noodzakelijk als de laatste stap naar het zekerheidsoordeel, de bewijsbeslissing. Hoe kleiner die sprong, hoe beter.

De normatieve brugfunctie

Wat betreft de normatieve brugfunctie, de sprong van een oordeel over de feiten naar een rechtsoordeel, moet worden gezegd dat de jurist vanuit zijn eigen discipline wel vertrouwd is met het maken van een dergelijke sprong. Rechtsvinding en juridische argumentatie zijn doortrokken van de problematiek van het rationaliseren van rechtsoordelen. Rechterlijke oordelen en beslissingen vergen altijd iets 'meer' dan louter waarnemen van feiten en logica. Scholten benoemt dit 'meer', dat onvermijdelijk is verweven met het werk van de rechter, met de term 'sprong'. Het rechterlijk oordeel is, zo overweegt hij, dan ook tot op zekere hoogte irrationeel. 'Ik geloof, dat in ieder wetenschappelijk oordeel meer ligt dan waarnemen en logisch betoog, doch wat daarvan zij, het rechtsoordeel is meer dan dat – het is nooit herleidbaar tot deze twee. Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.'³⁶ Deze gedachte wordt nog immer onderkend en erkend.³⁷ Scholten stelt aan het rechterlijk oordeel twee eisen: het moet steunen op gezag en het moet logisch verantwoord kunnen worden. 'Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel rationeel. In de verplichting tot motivering vindt deze zijde de rechtspraak haar volledige uitdrukking.'³⁸

Als we deze gedachtegang vertalen naar de functie van de rechterlijke overtuiging, dan kan worden geconcludeerd dat moet worden erkend dat de functie van de rechterlijke overtuiging ligt in het overbruggen van het feitelijk oordeel naar het rechtsoordeel. Deze sprong is in zichzelf niet rationeel, maar moet wel worden verantwoord in de motivering van de bewijsbeslissing. Daarbij zal de verplichting tot motivering de rechter aansporen tot een maximaal rationeel proces van vorming van het bewijsoordeel en tot een gewetensvolle beslissing.

7. De inhoud van de rechterlijke overtuiging

Als gezegd bevat artikel 338 Sv twee eisen voor het bekoemen van de overtuiging: de inhoud van de wettige bewijsmiddelen en het onderzoek ter terechtzitting. De conclusie over de brugfuncties van de rechterlijke overtuiging sluit aan bij de hiervoor weergegeven bevinding dat artikel 338 Sv de totstandkoming van de bewijsbeslissing niet volledig dichttimmer met harde, empirische of methodologische kaders of voorschriften. De twee eisen bleken niet afdoende te zijn om invloeden die niet aan die vereisten voldoen 'buiten de deur' te houden. De twee sprongen die de rechter voor de bewijsbeslissing onvermijdelijk heeft te maken kunnen dus mede worden bepaald door niet door artikel 338 Sv benoemde elementen, zoals subjectieve, morele of psychische elementen aan de zijde van de persoon van de rechter. Waar rechters de rechterlijke overtuiging duiden als intuïtie, Fingerspitzengefühl, ervaring en praktische wijsheid, sluit dat aan op dit niet te rationaliseren aspect van de bewijsbeslissing. De inhoud van de notie van de rechterlijke overtuiging ligt derhalve nauw aan tegen het eigen gevoelen van de rechter, een gevoelen met een behoorlijk gewicht omdat hij die overtuiging ook voor zijn eigen geweten moet kunnen verantwoorden. Dit gegeven brengt een grote verantwoordelijkheid mee voor de rechter en drukt extra zwaar in een samenleving waarin het gezag van de rechter niet meer als vanzelf voorop staat. Dat gezag vormt immers een van de vereisten om de rechter een rechtsoordeel te kunnen toevertrouwen.³⁹

8. Consequenties voor het proces van waarheidsvinding

Bezien we de consequenties van het voorafgaande betoog, dan kan worden geconcludeerd dat de notie van de rechterlijke overtuiging in ons stelsel van strafvordering een zwakke plek vormt met het oog op het benaderen van de historische werkelijkheid. Hoe meer de maatstaf van 'beyond reasonable doubt' wordt gehaald en hoe krachtiger de aanmoediging van de motiveringsverplichting wordt opgepakt, des te kleiner is de waarderingsruimte voor het eigen gevoelen van de rechter. Met het oog op de kwaliteit en de legitimiteit van de bewijsbeslissing verdient het aanbeveling die waarderingsruimte zo klein mogelijk te houden. De vraag kan dan ook worden gesteld of er mogelijkheden zijn om die waarderingsruimte te 'begrenzen' en daarmee risico's van dwalingen ten aanzien van de historische werkelijkheid te voorkomen.

Een eerste punt waarop in dat verband kan worden gewezen is dat de rechter zich ten minste bewust zal moeten zijn (of worden) van de functie en de inhoud van de rechterlijke overtuiging en de kwetsbaarheden die deze met zich meebrengt met het oog op de waarheidsvinding. Het besef dat artikel 338 Sr niet toereikend blijkt te zijn om niet-gereguleerde invloeden op zijn waardering te kanaliseren is daartoe een eerste stap. De rechter zal zich

36. P. Scholten, *Algemeen Deel van C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, 1974, p. 130.

37. Dit neemt overigens niet weg dat vanuit diverse rechtstheoretische en rechtsfilosofische posities wordt getracht deze sprong te rationaliseren.

38. P. Scholten, a.w., p. 130.

39. Idem.

rekenschap moeten geven van het feit dat hij bij zijn taakvervulling mede wordt beïnvloed door niet-juridische factoren zoals relationele, psychologische, cognitieve en door karakter bepaalde omstandigheden. Dat is minder eenvoudig dan het lijkt. Ons stelsel van strafvordering roept hem daartoe niet op. Dat is anders in het Angelsaksisch recht, waar het vaststellen van de feiten in handen ligt van de jury. In die stelsels zijn Rules of Evidence geformuleerd, die bijvoorbeeld grenzen stellen aan de presentatie van bewijs.⁴⁰ Zo worden onder meer gegevens die ‘prejudicial’ worden geacht, niet voor het bewijs toegelaten. Wagenaar, Crombag en Israëls geven het belang daarvan aan met het voorbeeld van het strafblad van de verdachte. Een strafblad is niet relevant voor het bewijs en wordt derhalve niet tot het bewijs toegelaten. In ons stelsel maakt dat strafblad deel uit van het procesdossier en kan het dus wel van invloed zijn op de overtuiging van de rechter. De rechter wordt niet gewaarschuwd en is niet gewapend om voorzichtig met die invloed om te gaan. De auteurs geven aan dat het verschil weliswaar wordt gerechtvaardigd door het feit dat in ons land feitenrechtters vaklieden zijn, maar zij trekken uitdrukkelijk in twijfel of die veronderstelling houdbaar is bij de huidige stand van onze kennis over het denken van mensen.⁴¹

Het voorbeeld van het strafblad is inzichtelijk en we mogen hopen dat als de rechter zich dit eenmaal heeft gerealiseerd hij zich enigszins kan wapenen tegen een niet bedoelde invloed van dat document op zijn overtuiging. Maar de processuele context van de strafrechtelijke waarheidsvinding brengt meer en minder zichtbare valkuilen met zich mee. De achtergrond daarvan ligt onder meer in het hierboven besproken tweezijdig karakter van de waarheidsvinding. Een belangrijk deel van de procedureregels die de rechter sturen bij het onderzoek ter terechtzitting zijn gericht op waarheidsvinding, maar niet allemaal. Zoals aangegeven zijn er ook diverse procedureregels die zijn gericht op het waarborgen van de belangen van verdachten, getuigen, slachtoffer enz. De richting waarin dergelijke procedureregels de rechter sturen zijn niet per se verbonden met het feitelijk gebeuren in het verleden. Denk hiervoor bijvoorbeeld aan het zwijgrecht. De naleving van die procedureregels zou de rechter ook kunnen ‘wegleiden’ van de historische werkelijkheid. Daarbij gaat het deels om psychologische effecten waarvan de rechter zich veelal niet bewust zal zijn. Voorbeelden kunnen dit aandachtspunt verduidelijken.

- De officier van justitie kan de tenlastelegging beperken tot een aspect van het feitelijk gebeuren. De dossierinformatie over het gehele gebeuren kan evenwel de rechterlijke overtuiging beïnvloeden;
- Ingeval een verdachte ervoor kiest niet aanwezig te zijn op de terechtzitting, een recht dat hem toekomt in ons stelsel, valt niet uit te sluiten dat die keuze op zichzelf kan doorwerken in de overtuiging van de rechter;
- Ingeval een verdachte zich beroept op zijn zwijgrecht valt niet uit te sluiten dat die houding van invloed is op de overtuiging;

- Ingeval ad informandum zaken zijn gevoegd, kan kennis van die zaken ook de overtuiging ten aanzien van het wel expliciet ten laste gelegde feit beïnvloeden;
- Ingeval een verdachte bepaalde verweren voert, bijvoorbeeld primair ontkennen, subsidiair een beroep op noodweer, valt niet uit te sluiten dat die strategische keuze van invloed is op de overtuiging;
- Ingeval de rechter bewijsmateriaal wegens onbehoorlijke verkrijging niet aan zijn bewijsbeslissing ten grondslag legt, heeft hij wel kennis genomen van de inhoud daarvan, hetgeen de overtuiging kan beïnvloeden (dissociatie);
- Bij uitoefening van het spreekrecht mag het slachtoffer zich niet uitlaten over het bewijs. Het slachtoffer gaat in zijn verhaal echter uit van het gegeven dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, hetgeen de rechterlijke overtuiging kan beïnvloeden;
- Ingeval de verdachte in het vooronderzoek een bekentenis heeft afgelegd en op de zitting ontkent, is het aan de rechter om te kiezen welke verklaring hij het meest geloofwaardig acht en aan zijn oordeel ten grondslag legt. De verklaring van de verdachte uit het vooronderzoek is tot de rechter gekomen via de weg van het procesdossier en gelezen vóór de aanvang van de terechtzitting. Hoewel het opnieuw horen van de verdachte ter zitting de rechter zou moeten beschermen tegen een mogelijk onjuist oordeel, is de vraag of dat zo werkt. De overtuiging is immers al in belangrijke mate gevormd met het lezen van het procesverbaal van de eerste bekende verklaring, en de rechtspsychologie leert dat de oordelende mens de neiging heeft om informatie die strijdt met het eenmaal gevormde (voor)oordeel te negeren (confirmation bias; belief perseverance);
- Een Promisvonniss biedt met de diverse bewijsmiddelen, de bewijsmotivering en de verbinding tussen alle onderdelen een verhaal, een verhaal waarvan niet kan worden uitgesloten dat het de overtuiging van de rechter in appèl mede zal vormen.

Om dergelijke valkuilen te voorkomen geldt ook hier dat het van groot belang is dat de rechter zich bewust is van dergelijke processen en effecten. Onder die conditie kan hij niet bedoelde invloeden zo goed als mogelijk vermijden of compenseren en irrationele aspecten zo maximaal mogelijk inbedden en inkaderen in een voor hemzelf te rechtvaardigen en voor de burger te billijken en te controleren proces. Dat bewustzijn komt evenwel niet vanzelf. Het toepassen van rechtspsychologische inzichten op het eigen denken van de rechter vergt van de rechter meer dan met de natte vinger aanvoelen dat de schoen ergens wringt. Daar komt bij dat niet valt uit te sluiten dat psychologische processen meebrengen dat de rechter zich niet kan wapenen tegen alle bedoelde mechanismen. Hoewel de rechtspsychologen waar het het eigen functioneren van de rechter betreft wellicht niet ’s rechters meest geliefde gesprekspartner zijn, verdienen de valkuilen waar zij reeds lang voor waarschuwen in dit verband een serieuze interdisciplinaire aanpak. De rechterlijke overtuiging is en blijft een sprong, een sprong met hindernissen.

40. Een beknopt overzicht van bewijsregels in Angelsaksische stelsels vindt men in M. Meulemeesters, a.w. hfdst. 2.

41. H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken*, a.w., hfdst. G 47, p. 876-877.