



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Waarheen met het strafrechtelijk bewijsstelsel?

Dubelaar, M.J.; Leeuw, B.J.G.; Ölçer, F.P.; Voorde, J.M. ten

Citation

Dubelaar, M. J. (2017). Waarheen met het strafrechtelijk bewijsstelsel? In B. J. G. Leeuw, F. P. Ölçer, & J. M. ten Voorde (Eds.), *Meijers-reeks* (pp. 69-86). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57871>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57871>

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

4 | Waarheen met het strafrechtelijk bewijsstelsel?

Marieke Dubelaar •

4.1 INLEIDING

De strafrechtelijke bewijsbeslissing staat onder kritische aandacht van de maatschappij en de wetenschap. Rechterlijke dwalingen en kritiek van met name rechtspsychologen op de wijze waarop feitenonderzoek en bewijs in het Nederlandse strafproces worden vormgegeven, roepen vragen op over de kwaliteit van rechterlijke beslissingen. Door juristen is bij herhaling gewezen op de uitholling van het bestaande negatief-wettelijke bewijsstelsel, waardoor het waarborgkarakter niet of niet optimaal tot zijn recht komt.¹ In dit verband hebben de onderzoekers van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 een overstap naar een vrij bewijsstelsel voorgesteld.² Het lopende grootschalige wetgevingstraject inzake de modernisering van het Wetboek van Strafvordering biedt de mogelijkheid om het bestaande bewijsstelsel aan te passen. Het lijkt er echter op dat de wetgever op het terrein van het bewijsrecht geen grote stappen gaat zetten in de vorm van een fundamentele herziening van het wettelijk stelsel. De plannen neergelegd in de Contourennota³ hebben althans vooral betrekking op het codificeren van het geldende rechtersrecht. Het is de vraag of dat erg is. Is er aanleiding tot een integrale stelselwijziging met het oog op de toekomst in de vorm van afstand van het negatief wettelijk bewijsstelsel of volstaat het op onderdelen aanpassen van de bestaande regeling? Deze bijdrage is gewijd aan de beantwoording van die vraag.

Om tot een antwoord te komen wordt allereerst ingegaan op de wezenlijke vraag wat nu eigenlijk de functie is van het bewijsrecht. Vervolgens komt de Nederlandse regeling aan de orde, waarbij achtereenvolgens wordt gekeken

■ M.J. Dubelaar is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is geschreven in het najaar van 2014 en nadien geactualiseerd.

1 D. Garé, 'Heeft ons negatief-wettelijk bewijsstelsel zijn langste tijd gehad?', *DD* 1996, p. 119-133; J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksprojectstrafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 438; W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (dissertatie Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 359.

2 Simmelink 2001, p. 397-454.

3 Contourennota en begeleidende brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, 278).

naar de uitholling van het wettelijk bewijsstelsel⁴ en naar ‘gebreken’ die kleven aan de regeling in relatie tot de toepassing daarvan. Daarna worden de plannen van de wetgever besproken. Betoogd zal worden dat een integrale herziening noch wenselijk, noch noodzakelijk is nu een goed beeld van de kwaliteit van rechterlijke beslissingen ontbreekt en voorts uit empirisch onderzoek niet volgt dat het loslaten van de bestaande bewijsregels dan wel het strakker normeren van de bewijsbeslissing leidt tot betere (in de zin van accuratere) beslissingen. Het ligt op dit moment eerder in de rede de wettelijke regeling op onderdelen aan te passen zodat deze meer in overeenstemming is met de toepassing daarvan in de praktijk, waarbij de vraag is op welke onderdelen aanpassing of aanvulling noodzakelijk is. In dat verband wordt een aantal voorstellen besproken.

4.2 FUNCTIE BEWIJSREGELING

Alvorens tot het evalueren van de bestaande regeling over te gaan, is het van belang om te reflecteren op het doel van een dergelijke regeling. Bewijsregels vinden hun bestaansrecht primair in epistemologische waarden en het daarmee samenhangende doel van waarheidsvinding.⁵ In het strafrecht streeft men er immers naar te beslissen in overeenstemming met de werkelijke toedracht. Voor wat betreft de Nederlandse bewijsregeling noemde de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 in zijn onderzoeksrapport als functie van de wettelijke bewijsregeling het bieden van aanknopingspunten voor de selectie van betrouwbaar en onbetrouwbaar bewijsmateriaal. Dat is zeker een belangrijk aspect, maar die omschrijving dekt niet geheel de lading. Het gaat immers niet alleen om de waardering van de kwaliteit van individuele bewijsstukken, maar vooral ook om de bewijsbeslissing zelf en de standaarden die men daarbij aanlegt. Een bewijsregeling kan immers zowel regels bevatten die de waardering en het gebruik van de individuele bewijsstukken normeren, als regels die voorschrijven onder welke omstandigheden een positieve bewijsbeslissing kan worden genomen en hoe deze moet worden verantwoord. Het waarborgen van de kwaliteit van het rechterlijk beslisproces met het oog op de waarheidsvinding staat in ieder geval centraal. Wanneer we in evaluerende of waarderende zin iets willen zeggen over het functioneren van een bewijsregeling, dan dient volgens Ho vooral gekeken te worden naar de effectiviteit van de des-

4 Tot het bewijsstelsel wordt in dit artikel gerekend de regels die de beslissing van de rechter omtrent de vaststelling van de feiten met het oog op de eerste vraag van 350 Sv reguleren. Dat wil zeggen: het bepaalde in de artikelen 338-344a Sv in combinatie met de motiveringsvoorschriften van artikel 358 en 359 Sv.

5 Zoals hierna nog duidelijk zal worden, zijn er ook niet-epistemologische waarden in het geding. Immers, ook de notie van rechtsbescherming ligt in de bewijsregeling besloten. Deze notie komt in Nederland het meest prominent naar voren in artikel 359a Sv waar het de uitsluiting van onrechtmatig bewijsmateriaal betreft.

betreffende regels in het begeleiden van de rechter naar een juiste (lees: accurate) uitkomst.⁶ Die regels kunnen zowel betrekking hebben op het waarderen van individuele bewijsstukken als op de voorwaarden waaronder de rechter of jury tot een positieve bewijsbeslissing mag komen.⁷

De accuratesse (in de zin van de feitelijke juistheid) van de rechterlijke beslissing is echter niet het enige gezichtspunt. We verlangen immers niet alleen van de rechter dat hij zo accuraat mogelijke beslissingen neemt, maar ook dat (redelijke) twijfel in het voordeel van de verdachte wordt beslecht. Het is immers een gegeven dat bewijsregels nooit zo vallen te construeren dat zij een feilloze scheiding maken tussen de werkelijk schuldigen en de werkelijk onschuldigen. Om die reden is er in de Anglo-Amerikaanse literatuur in toenemende mate aandacht voor wat men foutendistributie (ofwel: *the proper allocation of the risk of error*) noemt. Laudan stelt dat bij de distributie van fouten het strafrecht de voorkeur geeft aan de vrijspraak van schuldigen (fout negatieven) boven de veroordeling van onschuldigen (fout positieven).⁸ Dit komt ook tot uitdrukking in het adagium 'Liever tien schuldigen op vrije voeten, dan één schuldige vast' (ook wel de Blackstone ratio genoemd). Aan de bewijsregeling ligt altijd een zekere asymmetrie ten grondslag; het voorkomen van fout positieve bewijsbeslissingen (onterechte veroordelingen) staat voorop.⁹ Deze asymmetrie manifesteert zich onder andere bij de beslisstandaard, die in het strafrecht zwaarder is dan in het civiele recht.¹⁰ De vaststelling dat de verdachte het strafbare feit naar alle waarschijnlijkheid heeft gepleegd, is niet voldoende om tot een bewezenverklaring te komen. De strafrechter moet in Nederland overtuigd zijn dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Bij het wetgevingsproces dient de wetgever zich rekenschap te geven van de vraag hoeveel bescherming de bewijsregels moeten bieden tegen fout-positieve bewijsbeslissingen. Duidelijk is dat bij een lagere bewijsstandaard het aantal fout-negatieve bewijsbeslissingen daalt, maar het aantal fout-positieve stijgt.¹¹

6 H.L. Ho, *Philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 47.

7 In Nederland wordt gesproken van een bewezenverklaring, in Anglo-Amerikaanse stelsels van een *guilty verdict*.

8 L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press 2006, p. 2 e.v.

9 Dit is een belangrijk rechtsbeschermend aspect van de bewijsregeling.

10 In het Anglo-Amerikaanse recht is de standaard voor het strafrecht 'beyond reasonable doubt' en in het civiele recht 'by a preponderance of evidence'. In het Nederlandse civiele recht kent de wet niet een in de wet neergelegde bewijsstandaard. In de rechtspraak hanteert men doorgaans als maatstaf dat te bewijzen feiten 'in voldoende mate zijn komen vast te staan' of in sommige gevallen dat 'feiten aannemelijk of voldoende aannemelijk zijn'. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (dissertatie Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 202 e.v.

11 P.J. van Koppen, 'Rechterlijke dwalingen', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 920. Zie ook Laudan 2006, p. 123.

Het probleem met bewijsregels is dat van veel regels helemaal niet duidelijk is in hoeverre zij de accuratesse van het rechterlijk beslisproces daadwerkelijk verhogen. De wetgever kan rigide bewijsuitsluitingsregels ontwerpen om potentieel onbetrouwbaar bewijsmateriaal buiten de deur te houden (denk aan de hearsay-doctrine in de Anglo-Amerikaanse stelsels), maar daarmee gaat wel potentieel bewijsmateriaal verloren omdat dit type regels naar hun aard altijd meer bescherming biedt dan strikt genomen noodzakelijk is vanuit een oogpunt van betrouwbaarheid.¹² De overheersende gedachte op het continent van West-Europa is dat de waardering van bewijs beter aan de rechter kan worden overgelaten dan (meer of minder) rigide regels op dat punt te ontwerpen.¹³ De kernvraag in dit verband is: wat discrimineert beter tussen betrouwbaar en onbetrouwbaar bewijs respectievelijk werkelijk schuldige personen en niet-schuldige personen, een harde regel of een rechter die de betrouwbaarheid van een bewijsstuk per geval bekijkt?¹⁴ Dit is onderwerp van voortdurend debat. We zien in ieder geval in Anglo-Amerikaanse stelsels (vooral in Engeland en Wales) een versoepeling van de bewijsregels en meer waarderingsruimte voor de beslisser.¹⁵ Dit werkt in bepaalde gevallen ook ten voordele van de verdachte, omdat ook ontlastend bewijsmateriaal onder de uitsluitingsregels kan vallen.¹⁶ Een zekere waarderingsvrijheid is in ieder geval onontbeerlijk om de algehele accuratesse van het rechterlijk beslisproces te waarborgen. Men kan binnen het recht wel allerlei hoge drempels opwerpen voor het nemen van een positieve bewijsbeslissing, maar dat betekent – als gezegd – onvermijdelijk een toename in het aantal fout-negatieve beslissingen.

Daar komt bij dat het recht weliswaar de kaders biedt waarbinnen een beslissing wordt genomen en voorziet – in meer of mindere mate – in bewijsstandaarden die de rechter (of jury) daarbij moet aanleggen, maar de bewijsbeslissing en het daaraan voorafgaande proces van selecteren en waarderen laat zich niet geheel in juridische regels vangen. Dat noopt tot bescheiden ambities als het gaat om het bevorderen of verhogen van de kwaliteit van rechterlijke beslissingen met behulp van het formuleren van nadere wettelijke regels.

12 Immers, ook bewijsmateriaal dat feitelijk wel betrouwbaar is, kan onder een bewijsuitsluitingsregel vallen.

13 M.R. Damaška, 'Of hearsay and its analogues', *Minnesota Law Review* 1992, p. 425-458. Dit komt voort uit ervaringen met het Middeleeuws numerieke stelsel, waarin regels waren opgenomen en rekenkundige formules over de benodigde kwantiteit en kwaliteit van het bewijs ('hele preuve', 'halve preuve' en indiciën). J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Leiden: Ars Aequi Libri 2011, § 1.6.2.

14 P. Roberts & A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 601 e.v.

15 Dit manifesteert zich onder andere op het terrein van *hearsay* waar de regels de afgelopen decennia aanmerkelijk zijn versoepeld.

16 Het is dus niet automatisch zo dat rigide uitsluitingsregels automatisch het aantal vals positieve bewijsbeslissingen vermindert. Dat zou in Nederland vermoedelijk anders liggen omdat we aan ontlastend bewijsmateriaal geen eisen stellen.

4.3 FUNCTIONEREN WETTELIJKE REGELING

Voorgaande roept de vraag op hoe de Nederlandse regeling is ingericht en op welke wijze deze functioneert.

4.3.1 Uitholling negatief-wettelijk bewijsstelsel

Het Nederlandse bewijsstelsel wordt van oudsher gekarakteriseerd als een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Het predicaat wettelijk wordt ingegeven doordat de rechter bij zijn beslissing is gebonden aan een aantal limitatief opgesomde bewijsmiddelen en beneden een bepaald minimum aan door de wet erkende bewijsmiddelen moet vrijspreken. Met de term negatief wordt aangeduid dat de wet – anders dan bij een positief wettelijk bewijsstelsel – de rechter niet dwingt om tegen zijn overtuiging in tot een bewezenverklaring komen.¹⁷ Voorgaande betreft slechts een typering. Om het Nederlandse stelsel goed te begrijpen is het van belang om verder te kijken naar de uitgangspunten van het stelsel en de bedoelingen die de wetgever had.¹⁸ Duidelijk is dat de praktijk zich anders heeft ontwikkeld dan de wetgever bij het ontwerpen van de regeling voor ogen had en dat de in het wetboek vervatte waarborgen zich slechts ten dele hebben gerealiseerd. Om die reden hebben diverse auteurs geconcludeerd dat het wettelijk bewijsstelsel is uitgehold.¹⁹

Voor de gesignaleerde uitholling kan een aantal punten worden aangewezen, zoals de minimale invulling door de Hoge Raad van de bewijsminimum-regels en de wettelijke motiveringsverplichtingen, hoewel er op dit laatste punt sinds 2005 met invoering van artikel 359 lid 2, 2^e volzin Sv wel het is nodige veranderd.²⁰ Een ander punt betreft het omzeilen van het voorschrift van artikel 341 lid 3 Sv, waardoor verklaringen van medeverdachten toch (kunnen) worden gebruikt. In de praktijk wordt hiervoor een uiterst gekunstelde constructie gebruikt. Door zaken niet te voegen, maar wel gelijktijdig ter terechtzitting te behandelen, kunnen de verklaringen van verdachten over en weer worden gebruikt (omdat zij formeel geen verdachten zijn in de dezelfde zaak).

Een belangrijk ander punt vanwege de vergaande implicaties voor de wijze van procederen, betreft het loslaten van het onmiddellijkheidsbeginsel door het onverkort toelaten van bij de politie afgelegde verklaringen van horen

17 Nijboer 2011, § 1.6.2 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (bewerkt door M.J. Borgers), p. 757. Zie over die typering in relatie tot het lopende wetgevingsproces meer uitvoerig: J.M. Reijntjes, 'Onbekend en onbemind. Het Nederlandse bewijsstelsel opnieuw ter discussie', *Strafblad* 2014/69, afl. 6, p. 457-464.

18 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de algemene uitgangspunten Nijboer 2011, hoofdstuk 2.

19 Zie noot 1.

20 Daarmee is immers een algemene responsieplicht in het leven geroepen die de rechter verplicht om te reageren op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten.

zeggen vervat in een proces-verbaal van verhoor voor het bewijs. Er is wel beweerd dat de opstelling van de Hoge Raad in dezen meer invloed heeft gehad op de wijze van procederen dan de hele wettelijke regeling.²¹ Er is in de literatuur echter veel debat gevoerd over hoe ver de wetgever nu precies wilde gaan met het uitsluiten van zogenaamd derivatief bewijs. Uit het systeem van de wet lijkt te volgen dat getuigenverklaringen in beginsel ter terechtzitting moeten worden afgelegd om als wettig bewijsmiddel te gelden,²² maar in de wetsgeschiedenis zijn ook aanknopingspunten te vinden die er op duiden dat de wetgever getuigenverklaringen afgelegd bij de politie en vervat in een proces-verbaal, niet geheel heeft willen uitsluiten voor het bewijs.²³ Wat daar ook van zij, de constructie die de Hoge Raad in het *De auditu*-arrest heeft gekozen, heeft het systeem der wet wel geweld aangedaan. Immers, schriftelijke getuigenverklaringen worden sinds het *De auditu*-arrest onder artikel 344 lid 1 sub 2 Sv geschaard terwijl de bijzondere bewijskracht die geldt voor processen-verbaal van politie op grond van het tweede lid niet van toepassing is. Roze-mond heeft op goede gronden betoogd dat het meer voor de hand had gelegen als schriftelijke getuigenverklaring via artikel 344 lid 2 sub 5 Sv zouden meewerken als bijzonder geschrift, mede gelet op de extra eisen die gelden ten aanzien van het steunbewijs.²⁴

Een laatste punt dat raakt aan bovenstaande typering als negatief wettelijk stelsel, betreft de limitatieve opsomming van bewijsmiddelen die is opgenomen in artikel 339 Sv. In de literatuur wordt er op gewezen dat langs de weg van de eigen waarneming van de rechter als bedoeld in artikel 343 Sv in feite alle bewijsmateriaal aan de bewezenverklaring kan bijdragen. De wettelijke opsomming van artikel 339 Sv werkt in die zin weinig beperkend. De vraag is echter waartoe de wettelijke opsomming dient. Moet deze worden gezien als een catalogus van toegelaten bronnen met het oog op de betrouwbaarheid? Of gaat het alleen om de vorm waarin informatie aan de rechter moet worden gepresenteerd met het oog op de controleerbaarheid ter terechtzitting? Bepaalde passages uit de wetsgeschiedenis lijken er op te duiden dat dit laatste het geval is en dat de wetgever geen bewijsbronnen op voorhand heeft willen uitsluiten.²⁵ Niettemin valt te constateren dat thans wel veel soorten bewijsmateriaal onder de eigen waarneming van de rechter worden geschaard en dat de wet op dat vlak nauwelijks enige nadere normering biedt (behalve dan dat hetgeen de rechter wil gebruiken in beginsel op het onderzoek ter terecht-

21 W.P.J. Pompe, 'Bewijs in strafzaken', in: W.P.J. Pompe (red.), *Vijf opstellen van Willem Pompe, met herdenking G.Th. Kempe*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 46.

22 Of bij de rechter-commissaris waarvoor onder omstandigheden een fictie gold als zijnde ter terechtzitting afgelegd.

23 Zie voor een bespreking M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2014, p. 253 e.v.

24 K. Rozemond, 'De mythe van het de auditu-bewijs', *AA* 1999, p. 145-146.

25 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 169 (MvT, ORO WvSv).

zitting aan de orde moet zijn gesteld). In feite is de opsomming verouderd omdat deze geen enkele voorziening biedt voor auditief en audiovisueel of (andersoortig) digitaal bewijsmateriaal, terwijl men zich kan voorstellen dat op dit punt ook enige normering wenselijk is (in dit verband is vooral de authenticiteit en integriteit van het bewijsmateriaal van belang).

De gesignaleerde uitholling is voor de onderzoeksgroep Sv 2001 aanleiding geweest om het Nederlands negatief-wettelijk bewijsstelsel failliet te verklaren. De onderzoeksgroep stelt in dit verband het volgende.

‘Wat betreft de functie van het wettige bewijsstelsel, het bieden van aanknopingspunten voor de selectie van betrouwbaar en onbetrouwbaar bewijsmateriaal, ligt thans de nadruk op de naleving van zittingsvoorschriften [...] en de uitoefening van het ondervragingsrecht. De door het wettige bewijsstelsel als zodanig geboden waarborgen zijn derhalve afgestorven en bij andere strafvorderlijke voorzieningen weer tot leven gekomen. [...] De slotsom is dan ook dat het wettige bewijsstelsel in het strafproces geen positief te waarderen functies meer vervult.’²⁶

Vanwege de uitholling van het stelsel stelt de onderzoeksgroep een overstap naar een vrij bewijsstelsel voor, inhoudende dat wordt afgestapt van de wettelijk geclausuleerde bewijsmiddelen. ‘Afgezien wordt van voorschriften die de selectie en waarderingsvrijheid van de rechter beperken. Beter dan de wetgever met behulp van algemene regels wordt de rechter in staat geacht van geval tot geval de betrouwbaarheid van het beschikbare bewijsmateriaal te beoordelen.’²⁷ De onderzoeksgroep wilde dus afzien van een inhoudelijke definiëring en begrenzing van toegelaten bewijsmiddelen. De wettelijke bewijsminima wilde men echter wel behouden, doch vervangen door één algemeen minimum.

Als reactie op het voorstel van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 is indertijd door Nijboer naar voren gebracht dat het Nederlandse stelsel in de kern slechts een variatie is op het vrije stelsel.²⁸ Uit de memorie van toelichting komt naar voren dat de wetgever met het bewijsstelsel heeft beoogd de vrije bewijsleer zoveel mogelijk te benaderen. De vrije selectie en waardering van bewijs vormt ook thans het uitgangspunt. Echter, binnen de kaders die de wet én jurisprudentie stellen. Een aantal wettelijke waarborgen is weliswaar uitgehold, maar vanuit de jurisprudentie is wel aanvullende normering ontwikkeld.²⁹ Zo mag bepaald type materiaal niet voor het bewijs worden gebruikt en worden er nadere eisen gesteld aan, onder meer, het gebruik van verklarin-

26 J.B.H.M. Simmelink, ‘Bewijsrecht en bewijsmotivering’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 406-407.

27 Simmelink 2001, p. 452.

28 J.F. Nijboer, ‘Legaliteit en het strafrechtelijk bewijsrecht; uitholling van het wettelijk bewijsstelsel in strafzaken’, *AA* 2004, p. 493.

29 Nijboer 2004, p. 494.

gen van deskundigen en de waarneming van de rechter. Deze regels zijn gekoppeld aan de verschillende categorieën bewijsmiddelen. De wettelijke opsomming van artikel 339 Sv heeft (in ieder geval vandaag de dag) niet zozeer tot functie om bepaald materiaal buiten de deur te houden, maar om nadere regels te stellen aan het gebruik van bepaalde categorieën bewijsmateriaal.³⁰

Het voorgaande maakt duidelijk dat niet alle waarborgen in ons Nederlandse bewijsstelsel (optimaal) tot hun recht zijn gekomen. Bovendien vormt de regeling geen adequate beschrijving van de werkelijkheid. Het bewijsrecht kan maar heel ten dele uit de wettelijke regeling worden afgeleid en op onderdelen wordt de lezer ronduit op het verkeerde been gezet.³¹ Deze vaststelling wijst in de richting van aanpassing van de regeling, maar betekent nog niet het failliet van de regeling als geheel. De discrepanties tussen de regeling in het wetboek en het toepasselijke rechtersrecht doet vanzelfsprekend wel afbreuk aan de transparantie en consistentie van de regeling.

4.3.2 Regeling in het licht van de werkwijzen in de praktijk

Bij de vraag of er aanleiding is tot wijziging, is het van belang om verder te kijken dan de juridische regeling en om de uitvoeringspraktijk in ogenschouw te nemen. Welke problemen doen zich eigenlijk voor bij het proces van bewijzen en hoe is het gesteld met de kwaliteit van rechterlijke beslissingen? Het probleem is dat we dat eigenlijk niet weten.

Rechterlijke dwalingen van de afgelopen jaren hebben laten zien dat rechterlijke beslissingen feilbaar zijn. Er worden fouten gemaakt, maar inzicht in de omvang van rechterlijke dwalingen ontbreekt. Niet duidelijk is hoeveel fout-positieve (onrechte veroordelingen) en fout-negatieve (onterechte vrijspraken) bewijsbeslissingen worden genomen, omdat het verrichten van onderzoek hiernaar erg lastig is bij gebrek aan kennis over de zogenaamde '*ground truth*'. In veruit de meeste gevallen bestaat er geen zekerheid of de verdachte zich daadwerkelijk heeft schuldig gemaakt aan het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht. Slechts in enkele gevallen komen we erachter dat de rechter een feitelijk onjuiste beslissing heeft genomen, omdat later onderzoek uitwijst dat de veroordeelde het strafbare feit niet kan hebben gepleegd. Dat er fouten worden gemaakt is evenwel onvermijdelijk gelet op de aard van de activiteit van het bewijzen. Rechterlijke dwalingen laten tot op zekere hoogte wel zien

30 Weliswaar betreft het hier een eis aan de motivering maar deze eis heeft wel normerende werking nu het de rechter verplicht al gedurende het onderzoek hierbij stil te staan.

31 Denk in dit verband aan het voorschrift dat verklaringen van verdachten 'alleen te zijnen aanzien gelden' dat in wezen niet wordt nageleefd en de definitie van een verklaring van een getuigenverklaring als wettig bewijsmiddel waar in ieder geval de suggestie vanuit gaat dat verklaringen ter terechtzitting moeten zijn afgelegd willen deze bruikbaar zijn voor bewijs.

waar het in het concrete geval is misgegaan,³² maar het trekken van algemene lessen uit individuele zaken in relatie tot specifieke bewijsregels is niet eenvoudig. Systematisch onderzoek naar de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en de problemen waar de rechter zich mee ziet geconfronteerd, ontbreekt. We weten echter wel dat de waardering van getuigenverklaringen en deskundigenrapporten notoir lastig is, maar dit probleem laat zich niet zomaar door meer regels oplossen.

Het voorgaande laat onverlet dat het systeem als zodanig wel kwetsbaarheden kent die ten dele ook door die rechterlijke dwalingen zijn blootgelegd. Het is echter zeer de vraag of die kwetsbaarheden kunnen worden ondervangen met meer bewijsregels. Nu valt het buiten het bestek van deze bijdrage om een uitputtende beschrijving te geven van die kwetsbaarheden (voor zover dat al binnen mijn mogelijkheden ligt), maar om de lezer niet geheel in ongewisse te laten noem ik de – in mijn optiek – belangrijkste. Dat betreft allereerst de activiteit van de zittingsrechter en het verificatoire karakter van het onderzoek ter terechtzitting.³³ Als bekend doet de rechter in Nederland relatief weinig eigen onderzoek ter zitting en baseert hij zijn beslissing vooral op de schriftelijke stukken bijeengebracht in het procesdossier. Daarbij spelen twee problemen. Het eerste probleem is dat de rechter maar beperkt de mogelijkheden heeft om de totstandkoming van het in het dossier neergelegde bewijsmateriaal adequaat te toetsen (en de voorhanden zijnde mogelijkheden daartoe ook niet altijd benut). Het tweede probleem dat in het verlengde daarvan ligt, is dat het dossier vaak heel bepalend is voor de beeldvorming en kennisname daarvan de ontvankelijkheid van de rechter voor eventuele inconsistenties en alternatieve scenario's kan doen verminderen (als gevolg van processen die in de rechtspsychologische literatuur worden aangeduid als *belief perseverance* en *confirmation bias*).³⁴ Er wordt vooral gekeken of de officier van justitie terecht het ten laste gelegde uit het dossier heeft kunnen afleiden, maar het proces is (te) weinig gericht op falsificatie. Een ander punt betreft de motivering. De rechter hoeft – ondanks de invoering van de algemene responsieplicht van artikel 359 lid 2, tweede volzin Sv – maar in zeer beperkte mate reenschap te geven van de afwegingen die hij heeft gemaakt om tot een positieve (of negatieve) bewijsbeslissing te komen. Dat raakt primair aan de controleerbaarheid van de genomen beslissing, maar indirect ook aan de kwaliteit.

32 Zo volgde op de Schiedammerparkmoord een heel verbeterprogramma, uiteengezet in het rapport 'Versterking Opsporing en Vervolging naar aanleiding van de evaluatie van de Schiedammer parkmoord' uit 2005.

33 Waarop al door Pompe gewezen werd. Zie W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', in: W.P.J. Pompe (red.), *Vijf opstellen van Willem Pompe, met herdenking G.Th. Kempe*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 141-151.

34 W.A. Wagenaar, H.F.M. Crombag & H. Israels, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 882.

Wat de normering van de bewijsbeslissing bemoeilijkt, is dat er ook op het niveau van de theorie nog het nodige uit te dokteren valt. Door diverse auteurs is gewezen op het ontbreken van een juridische bewijstheorie.³⁵ Er is weliswaar het nodige geschreven over de bewijsbeslissing, maar een breed gedragen theorie over hoe de rechter binnen de contouren van het Nederlandse strafproces te werk zou moeten gaan, ontbreekt. Dat is problematisch omdat de Nederlandse strafrechter bij zijn beslissing weinig houvast heeft én er in de praktijk verschillende standaarden worden aangelegd. Als voorbeeld kan de rechterlijke overtuiging worden genoemd; over de invulling is in de literatuur veel discussie terwijl dit wel de centrale beslisstandaard is.³⁶ Sommige auteurs leggen het begrip uit als *beyond reasonable doubt*, weer anderen als een klemmende graad van waarschijnlijkheid, weer anderen vullen het begrip juist heel subjectief in.³⁷ Mijn eigen ervaring als rechter-plaatsvervanger leert dat dit 'theoretische probleem' zich rechtstreeks manifesteert in de praktijk. Zo heb ik officieren van justitie in de rechtszaal geregeld horen zeggen dat (1) het wettig bewijs aanwezig is en zij tevens (2) de overtuiging hebben dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan. Daarbij toetsen zij klaarblijkelijk eerst of er vanuit juridisch oogpunt voldoende wettig bewijs is en kijken zij vervolgens of zij (persoonlijk) overtuigd zijn van de schuld van de verdachte. Een dergelijke benadering verschilt wezenlijk van een benadering inhoudende dat op grond van de beschikbare wettige bewijsmiddelen buiten redelijke twijfel vast moet staan dat de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd. Bij die laatste, meer objectieve benadering staat de kracht van het bewijsmateriaal voorop, terwijl in de eerste benadering de persoonlijke (subjectieve) overtuiging lijkt te domineren omdat het 'wettig' bewijs – gelet op de minimale invulling van de Hoge Raad van de bewijsminimumregels – nu eenmaal al snel is geleverd. En zo zijn meerdere begrippen en schakels in het beslisproces niet helder geconceptualiseerd.³⁸ De vraag is natuurlijk wie zich dat moet aantrekken. De wetgever of misschien eerder: de Hoge Raad, de wetenschap of rechters in de praktijk? Ik kom daar nog op terug.

Het ontbreken van een eenduidige uitleg van begrippen binnen een breed gedragen theorie maakt het debat met wetenschappers uit andere disciplines die reflecteren op de werkwijzen in de praktijk, ook buitengewoon lastig, terwijl vanuit die hoek wel allerlei theorieën zijn ontwikkeld over wat de

35 Zie bijvoorbeeld: G. Knigge, 'Niet uitleggen, maar verantwoorden', *RM Themis* 2008, p. 234; P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs: indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2011, p. 253.

36 Hoewel er ook juristen zijn die dat betwisten en zeggen dat de rechterlijke overtuiging geen functie heeft (of zou moeten hebben).

37 Zie voor een overzicht C.P.M. Cleiren, 'De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen', *RM Themis* 2010, p. 259-267.

38 Zo is niet glashelder wat de rechter bij zijn overtuiging wel of niet mag meenemen. Zie recent: M.J. Dubelaar, 'Redactioneel: vervanging van het begrip overtuiging in het strafrecht?', *Expertise en Recht* 2016, p. 49-51.

rechter doet of zou moeten doen bij het proces van bewijzen. Het meest bekend in dit verband is de theorie van verhaal en verankering die de basis biedt voor het zogenaamd scenario-denken dat in de rechtspraktijk steeds verder ingeburgerd raakt. Maar er kan ook worden gedacht aan de Bayesiaanse en argumentatieve benaderingen van bewijs. Zij springen als het ware in een leemte in de strafrechtelijke theorie. De schakel tussen individuele bewijsmiddelen en de uiteindelijke bewijsbeslissing is in ieder geval in het Nederlandse strafrecht niet helder geconceptualiseerd. Het probleem is echter dat deze theorieën niet naadloos aansluiten bij de bestaande juridische concepten en dogma's. Zo is bijvoorbeeld de vraag hoe het scenario-denken zich verhoudt tot de juridische grondslagleer en wat het omarmen van de theorie van verhaal en verankering voor consequenties heeft voor de rechterlijke onderzoeksplicht.³⁹ Bovendien is de vraag welke benadering doorslaggevend zou moeten zijn. Dit lijkt mij echter eerder iets waarover de Hoge Raad, de praktijk en wetenschap zich zouden moeten buigen, dan waarover de wetgever zich thans dient uit te laten.

4.3.3 Diagnose

Wat is nu de 'diagnose' die bij deze stand van zaken kan worden gesteld? Is er een probleem dat met behulp van wetgeving moet worden aangepakt? Geconstateerd moet worden dat de uitgangpunten die de wetgever van het Wetboek van Strafvordering aan het begin van de vorige eeuw voor ogen had, zich deels niet hebben gerealiseerd, terwijl de wettelijke regeling grotendeels onveranderd is gebleven (met uitzondering van het later ingevoegde artikel 344a Sv). Aan bepaalde artikelleden wordt in de rechtspraak een wezenlijk andere invulling gegeven dan door de wetgever is bedoeld. Dit doet afbreuk aan de transparantie en consistentie van de regeling, maar vormt nog geen aanleiding tot een fundamentele stelselwijziging. Dat is in mijn optiek alleen aan de orde op het moment dat er aanleiding is om te veronderstellen dat strafrechters worden gehinderd door de inconsistenties in bestaande regelingen en daardoor (vaker) onjuiste beslissingen nemen of wanneer er aanleiding is om te veronderstellen dat de kwaliteit van de rechterlijke oordelen met een stelselwijziging zal verbeteren. Dat eerste lijkt mij niet het geval en bij het tweede is het probleem dat er betrekkelijk weinig kennis beschikbaar is over de kwaliteit van rechterlijke beslissingen. De bewijsproblematiek laat zich bovendien niet eenvoudig in meer regels vangen en de vraag is of het terrein al rijp is voor nadere normering. Vanuit die optiek ligt het voor de hand om het negatief-wettelijk bewijsstelsel als zodanig te laten voor wat het is en vooral te kijken hoe de regeling in overeenstemming kan worden gebracht met de

39 Zie op dit punt meer uitvoerig: C.P.M. Cleiren & M.J. Dubelaar, 'De betekenis van het scenario-denken voor het bewijs op grondslag van de tenlastelegging en de rechterlijke onderzoeksplicht', *Strafblad* 2014, p. 445-446.

praktijk. Bij die gelegenheid kan tevens worden gekeken of er eventueel aanvullende waarborgen in het leven moeten worden geroepen in het licht van de wijze waarop de praktijk zich sinds 1926 heeft ontwikkeld.

4.4 PLANNEN NEERGELEGD IN DE CONTOURENNOTA

Uit de Contourennota blijkt dat ook de (concept) wetgever niet koerst op een grote stelselwijziging op het terrein van het bewijsrecht, hetgeen overigens in lijn is met het algemene uitgangspunt dat het wetgevingsprogramma vooral is bedoeld ter modernisering van het Wetboek van Strafvordering en niet als integrale stelselherziening.⁴⁰ Weliswaar werd de vraag naar het al dan niet vasthouden aan het huidige negatief-wettelijke bewijsstelsel wel kort als discussiepunt opgeworpen in de vraagpuntennotitie, maar de Contourennota neemt de bestaande regeling als uitgangspunt. De voorstellen betreffen in de kern vooral aanpassingen van bestaande onderdelen van die regeling, het codificeren van het bestaande rechtersrecht of het invoegen van elementen binnen het bestaande kader. Volgens de auteurs van de Contourennota bestaat voor het stelsel als zodanig nog steeds brede steun.⁴¹ Wel worden er op onderdelen voorstellen gedaan tot wijziging van de bestaande regeling, die hierna de revue zullen passeren.

4.4.1 Codificeren de-auditujurisprudentie

De eerder aangehaalde *de-auditurechtspraak* vormt al decennialang een heet hangijzer. Zij ligt ten grondslag aan de hiervoor beschreven wijze van procederen die veel minder onmiddellijk is dan de wetgever in 1926 bij het ontwerpen van de regeling voor ogen had. Die regeling nam (als gezegd) tot uitgangspunt dat getuigen in beginsel ter terechtzitting zouden worden gehoord. Na alle discussie over de bedoelingen van de wetgever en vooral ook over de zin en onzin van het onmiddellijkheidsbeginsel, lijkt de (concept)wetgever negentig jaar na het wijzen van het *de-auditu*-arrest de knoop definitief⁴² te hebben doorgehakt. In de Contourennota kondigt men aan dat de tekst van de wet op zodanige wijze zal worden gewijzigd dat duidelijk wordt dat de verklaring van een getuige die niet ter terechtzitting is afgelegd, als zodanig

40 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie bij de Contourennota, p. 6-7.

41 Contourennota, p. 108. Er wordt evenwel niet aangegeven waar die steun uit blijkt. Er is in de recente literatuur evenwel niet gepleit om bij gelegenheid van de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering het wettelijk bewijsstelsel op de schop te nemen.

42 Bij herziening van het onderzoek ter terechtzitting in 1955 kondigde de wetgever al aan geen aanleiding te zien het onmiddellijkheidsbeginsel een meer prominente plek te geven en om de op dat punt ingezette ontwikkelingen terug te draaien. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 692, 3, p. 7 (MvT).

als bewijsmiddel kan worden gebezigd.⁴³ Hoe men dat wil gaan doen, is niet duidelijk. Blijkens de aan de Contourennota voorafgegangene discussiestukken ligt een tweetal opties voor, namelijk het schrappen van de zinsnede 'op het onderzoek ter terechtzitting' of het handhaven van de bestaande definitie met toevoeging van een extra artikellid aan artikel 342 Sv waaruit naar voren komt dat ook verklaringen die niet ter terechtzitting zijn afgelegd, bruikbaar zijn voor het bewijs, zoals de wet ook regelt voor de verklaringen van verdachten in artikel 341 lid 2 Sv.⁴⁴ Aansluiting bij de regeling voor de verdachte lijkt in dit verband voor de hand te liggen. De vraag is echter wel waarom men vanuit een oogpunt van bewijs onderscheid zou blijven maken tussen op de terechtzitting afgelegde verklaringen en verklaringen die ten overstaan van de politie of rechter-commissaris zijn afgelegd.⁴⁵ Het is immers niet zo dat aan verklaringen afgelegd ter terechtzitting thans nog een bijzondere waarde toekomt.⁴⁶

De auteurs van de Contourennota kiezen in ieder geval voor het codificeren in plaats van het corrigeren van de staande jurisprudentie op dit punt. Ongetwijfeld zullen er mensen zijn die dit graag anders hadden gezien en die van mening zijn dat men juist de gelegenheid had moeten aangrijpen om het onmiddellijkheidsbeginsel in ere te herstellen. Echter, een volledig eerherstel voor het onmiddellijkheidsbeginsel in die zin dat getuigen standaard op zitting moeten worden gehoord, lijkt niet reëel gelet op het tijdsbeslag dat het horen van getuigen legt op de zittingscapaciteit en is ook niet noodzakelijkerwijs beter voor de waarheidsvinding.⁴⁷ Wel is de vraag of er van de wettelijke regeling thans voldoende prikkel uitgaat om over te gaan tot het zelfstandig bevragen van getuigen in die gevallen dat het ook daadwerkelijk van belang is voor de waardering van het bewijs. Punt van zorg is in dit verband dat men bij wetgeving koerst op nog minder getuigenverhoren ter terechtzitting. Het streven is om getuigenverhoren zoveel mogelijk tijdens het voorbereidend onderzoek te laten plaatsvinden en de zaak panklaar aan te leveren. Nu is er niets mis mee om het dossier in het voorbereidend onderzoek zoveel mogelijk zittingsgereed te maken, maar de zittingsrechter heeft wel een eigen verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding. In bepaalde gevallen kan het zelf horen van een getuige daaraan wel degelijk bijdragen. Dat lijken de auteurs van de Contourennota overigens ook te onderschrijven, waar zij stellen dat 'er *natuurlijk* [cursivering, MJD] voldoende ruimte blijft om bepaalde (cruci-

43 Contourennota, p. 109.

44 Discussiestuk 'Het onderzoek ter terechtzitting', p. 60 (te raadplegen via www.rijksoverheid.nl).

45 Zie ook Reijntjes die voorstelt dat de zinsnede 'op het onderzoek ter terechtzitting' in de artikelen 341 lid 1, 342 lid 1 en 343 wordt geschrapt. J.M. Reijntjes, 'Onbekend en onbemind. Het Nederlandse bewijsstelsel opnieuw ter discussie', *Strafblad* 2014/69, afl. 6, p. 457-464.

46 Wat onverlet laat dat het vanuit een oogpunt van waarheidsvinding wel verstandig kan zijn om getuigen ter zitting te horen.

47 Zie voor de argumentatie Dubelaar 2014, p. 265 e.v.

ale) getuigen ter terechtzitting te horen indien dit noodzakelijk is'.⁴⁸ De vraag is of dat thans in de praktijk voldoende gebeurt en dit niet op enigerlei wijze dient te worden gestimuleerd. Men overweegt wel om een nader motiveringsvoorschrift op te nemen voor die gevallen waarin de getuige zijn bij de politie afgelegde verklaring heeft ingetrokken en de rechter deze nadien toch gebruikt.⁴⁹ Maar dat ziet wel op een heel beperkte categorie gevallen en gaat in mijn optiek dan ook niet ver genoeg. In mijn proefschrift heb ik gepleit voor een motiveringsvoorschrift voor het gebruik van verklaringen waaraan evidente gebreken kleven gelegen in de verklaring zelf of de wijze van totstandkoming.⁵⁰

4.4.2 Opheffen dan wel introduceren van bewijsverboden

Een ander aspect dat de overzichtelijkheid van de bewijsregeling niet ten goede komt, is de regeling ten aanzien van het gebruik van de verklaringen van medeverdachten. De wet stelt thans duidelijk dat verklaringen van verdachten alleen te zijnen aanzien kunnen gelden. Hoewel niet expliciet zo geformuleerd, ligt in deze bepaling in feite een bewijsverbod besloten. In de Contourennota wordt voorgesteld om deze bepaling te schrappen, kort gezegd omdat dit verbod in de praktijk wordt omzeild.⁵¹ Het handhaven van deze regel zou de gekunstelde constructies in stand houden waar de rechtspraak zich op dit punt van bedient, tenzij de wetgever zou besluiten de ontstane praktijk op dit punt te corrigeren en de regel in ere zou herstellen. Vanuit een perspectief van betrouwbaarheid is daar geen aanleiding toe. De wetgever van 1926 heeft verklaringen van medeverdachten willen uitsluiten mede omwille van onbetrouwbaarheid daarvan. Echter, medeverdachten kunnen onder omstandigheden een waarheidsgetrouwe verklaring afleggen. Denk aan een verdachte die volledige openheid van zaken geeft aan justitie en wiens verklaring ook aan de hand van externe objectieve gegevens kan worden getoetst. Met een categorische uitsluiting van de verklaringen van medeverdachten gaat ook relevant en betrouwbaar materiaal verloren. Het is om die reden alleen zinvol om dit type verklaringen uit te sluiten als wettig bewijsmiddel op grond van hun potentiële onbetrouwbaarheid als blijkt dat rechters daaraan ten onrechte te veel gewicht toekennen. De empirie biedt evenwel geen basis voor deze stelling, nu daarnaar geen onderzoek is gedaan. Een oplossing, of beter: een extra waarborg, tegen het te lichtvaardig gebruiken van verklaringen van een medeverdachte kan ook zijn gelegen in het verzwaren van de motiverings-

48 Brief van de Minister bij de Contourennota, p. 18.

49 Contourennota, p. 109.

50 Dubelaar 2014, p. 413 e.v.

51 Zie op dit punt uitvoerig A.C. Diesfeldt en M.J.A. Duker, 'Artikel 341 lid 3 Sv: behouden, schrappen of vervangen?', *Delikt en Delinkwent* 2013, p. 751-759.

plicht. De beoordeling van andersoortig riskant bewijsmateriaal (denk aan anonieme getuigen of kroongetuigen) wordt tenslotte thans ook aan de rechter overgelaten, maar dan moet hij zijn beslissing op dat punt wel nader motiveren. Een tegenwerping zou kunnen zijn dat als er geen steun is voor de stelling dat rechters te veel gewicht hechten aan de verklaringen van medeverdachten, er ook geen aanleiding is tot verzwaring van de motiveringsplicht op dit punt en men eenvoudigweg zou kunnen volstaan met het schrappen van de betreffende regel. Echter, wat mij betreft zou de rechter alle beslissingen op basis van (extra) gevoelig bewijsmateriaal moeten toelichten. Zie in dit verband ook de eerdere verwijzing naar mijn voorstel tot verzwaring van de motiveringsplicht bij getuigenverklaringen indien er evidente gebreken kleven aan de verklaring of de wijze van totstandkoming.

Een ander aspect dat men overweegt om in de wet tot uitdrukking te brengen, is dat 'rapportages die zijn uitgebracht ter voorlichting aan de rechter over de persoon van de verdachte (zoals (Vroeghulp)rapporten van de Reclassering of van de Raad voor de Kinderbescherming) niet als bewijsmiddel gebruikt kunnen worden'.⁵² Dit uitgangspunt is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad,⁵³ maar zou een nieuw element in de bestaande regeling introduceren.⁵⁴ Als inhoudelijke reden noemt de Contourennota het waarborgen van de vertrouwelijkheid van de hulpverlenersrelatie. De auteurs schrijven evenwel niet waarom nu juist dit aspect in de wet moet worden neergelegd. Dit is om een aantal redenen problematisch. Allereerst zou het opnemen van een bepaling in artikel 344 Sv die voorziet in het uitsluiten van reclasseringsrapporten voor het bewijs, niet bepaald passen in het bestaande regeling. Immers, de bestaande regeling is geformuleerd vanuit het insluitingsprincipe, dat wil zeggen: vanuit hetgeen aan materiaal is toegelaten voor het bewijs en niet vanuit hetgeen is uitgesloten (hoewel het te schrappen artikel 341 lid 3 daarop een uitzondering vormt⁵⁵). Voorts zijn er in de jurisprudentie meer 'bewijsverboden' ontwikkeld die niet worden genoemd als kandidaat voor codificatie. Denk aan het verbod om de justitiële documentatie van de verdachte of mededelingen gedaan door diens raadsman ter terechtzitting te gebruiken als bewijsmiddel. Mogelijk is het voorstel ingegeven door de gedachte dat de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het voorgestelde punt thans niet ver genoeg gaat aangezien dit alleen geldt voor hetgeen in het verslag is neergelegd en niet voor eventuele verklaringen die de hulpver-

52 Contourennota, p. 109.

53 HR 25 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4269, NJ 2013/127.

54 De auteurs van de Contourennota houden echter een slag om de arm in de zin dat het mogelijksterwils alleen wordt opgenomen in de toelichting op de wet. De vraag is welk doel dat precies dient, nu het staande jurisprudentie betreft.

55 Maar dat is – zoals hiervoor aangegeven – niet expliciet geformuleerd als bewijsverbod.

lener op het onderzoek terechtzitting zou afleggen.⁵⁶ Maar dat staat niet in de Contourennota. Een ander punt is dat de uitsluiting van rapporten over de persoon van de verdachte niet zozeer is gegrond in de potentiële onbetrouwbaarheid van dat materiaal, maar in het waarborgen van de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en reclasseringsambtenaar of een hulpverlener. Dit is evenwel geen epistemologische waarde, terwijl de overige regels in de artikelen 339-344a Sv wel primair te herleiden zijn tot het streven naar waarheidsvinding. Het past met andere woorden ook om die reden niet in de bestaande systematiek.

4.4.3 Normering gebruik van audiovisueel bewijsmateriaal

Nieuw is het voornemen om het gebruik van beeld- en geluidsopnamen voor het bewijs te normeren. De Contourennota stelt voor dat deze slechts kunnen worden gebruikt voor het bewijs door middel van het bewijsmiddel van de 'eigen waarneming' door de rechter.⁵⁷ Daarbij verwijst hij naar de jurisprudentie van de Hoge Raad en het daarin neergelegde verrassingscriterium. Ook hier is nog niet helemaal duidelijk wat men precies voor ogen heeft. De Contourennota lijkt te zeggen dat de rechter dergelijk materiaal altijd zelf moet bekijken en dus niet langs andere weg voor het bewijs kan bezigen, bijvoorbeeld door middel van een proces-verbaal van bevindingen waarin gerelateerd wordt wat er op de beelden te zien valt. Mij lijkt dat op zichzelf een zinnig voorstel. Vanuit het perspectief van waarheidsvinding is het wenselijk dat de rechter beelden zelf bekijkt indien hij voornemens is deze als bewijs te gebruiken.⁵⁸ Men kan zich wel afvragen of het zelf bekijken van de beelden onder alle omstandigheden noodzakelijk is. Dat lijkt mij in beginsel vooral het geval als overeenstemming tussen partijen ontbreekt over de interpretatie van de beelden. Een punt is dat de beelden thans niet altijd bij het dossier zijn gevoegd, maar dat zal vermoedelijk veranderen op het moment dat de wet stelt dat de rechter de beelden alleen mag gebruiken via de eigen waarneming.

Het voorstel gaat gepaard met een regeling voor het gebruik van audiovisuele reconstructies op het onderzoek ter terechtzitting, 'waarbij een procespartij

56 Zie HR 25 september 2012, NJ 2013/172 waarin de Hoge Raad oordeelde dat de inhoud van een namens de Raad voor de Kinderbescherming opgesteld rapport niet als bewijsmiddel kan worden gebruikt, maar de eventuele verklaring van de opsteller van het rapport wel indien deze als getuige is gehoord en deze geen beroep op het verschoningsrecht heeft gedaan.

57 Contourennota, p. 108.

58 Enige voorzichtigheid is hier op zijn plaats aangezien van beelden ook oneigenlijke beïnvloeding kan uitgaan. Aangenomen kan echter worden dat de voordelen van directe kennisname opwegen tegen de eventuele risico's van beïnvloeding. Zie op dit punt meer uitvoerig: M.J. Dubelaar, 'Lezen, kijken, luisteren: de invloed van de (audiovisuele) techniek op de informatieoverdracht in het Nederlandse strafproces', *Tijdschrift voor Taalbeheersing* 2011/33, afl. 1, p. 70-89.

tijdig te kennen geeft een audiovisuele reconstructie te zullen presenteren, waarna de andere procespartij de mogelijkheid heeft een verzoek in te dienen ter aanvulling van de reconstructie, bijvoorbeeld tot het verwerken van een alternatief scenario in de reconstructie'. Ook dat lijkt mij een heel zinnig voorstel gelet op de 'equality of arms'. Wel kan men zich afvragen of alleen ten aanzien van audiovisuele reconstructies iets geregeld moet worden of dat er aanleiding is om in zijn algemeenheid iets te regelen over het gebruik van audiovisuele middelen ten behoeve van het bewijs (hetgeen in de Anglo-Amerikaanse literatuur wordt aangeduid als *demonstrative evidence*).⁵⁹

4.5 WAT GAAT DE WETGEVER (WAARSCHIJNLIJK) NIET DOEN?

In de discussiestukken is een aantal punten aangestipt die in de Contourennota niet worden genoemd of waarvan men aangeeft na beraad geen wijziging door te voeren. Het eerste betreft de bewijsminima. In de voorbereidingen op het moderniseringstraject is overwogen om de bewijsminimumregels aan te passen door de bestaande regels te vervangen door één regel, maar daar ziet men thans (naar alle waarschijnlijkheid) van af.⁶⁰ Ook zal men geen nadere invulling en begrenzing aan de regels geven. Dat wordt overgelaten aan de praktijk. Wel is men voornemens om de wet aan te passen op het punt van het gebruik van 'andere geschriften' in de zin van artikel 344 lid 1 sub 5 Sv. Nu geldt daarvoor als het ware een bijzonder bewijsminimumvoorschrift, terwijl de Hoge Raad heeft bepaald dat één ander bewijsmiddel volstaat.⁶¹

Een ander aspect dat men ongeregeld laat, betreft de rechterlijke overtuiging. In de discussiestukken kwam aan de orde de vraag of het begrip rechterlijke overtuiging zou moeten worden vervangen door een maatstaf 'die beter aansluit bij de forensische aspecten die de bewijsvraag veelal heeft'.⁶² Dit wordt in de Contourennota niet meer genoemd. Mogelijk dat men dit plan reeds heeft laten varen. Dat zou jammer zijn. Dit voorstel is zeker het overwegen waard gelet op hiervoor gedane constatering dat het begrip overtuiging in de praktijk verschillend wordt uitgelegd en gebruikt. De invulling waarvoor in het betreffende discussiestuk wordt geopteerd, is om aansluiting te zoeken bij het begrip *beyond reasonable doubt*. Nu ook in het Nederlandse strafrecht als uitgangspunt geldt dat redelijke twijfel ten gunste van de verdachte moet worden beslecht, kan men tegen een dergelijke formulering nauwelijks bezwaar hebben. Het zou echter naïef zijn om te veronderstellen dat het probleem

59 Zie hieromtrent ook M.J. Dubelaar & G.N.G. Vanderveen, 'Beeld en geluid in het strafproces', *NJB* 2009, p. 1954-1960.

60 Contourennota, p. 108-109.

61 Zie bijvoorbeeld HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9131, *NJ* 2005/93 en HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BV9954, *NJ* 2008/265.

62 Het betreft het discussiestuk getiteld 'Het onderzoek ter terechtzitting', p. 53-54 (te raadplegen op de website van de rijksoverheid).

daarmee helemaal is opgelost, al was het maar omdat in Anglo-Amerikaanse stelsels ook veel discussie bestaat over de invulling van dit begrip.⁶³ De vraag is immers ook daar: wanneer is het redelijk om te twijfelen? Juryinstructies in Amerika met betrekking tot de invulling van dit begrip lopen voorts erg uiteen. Niettemin meen ik dat het nuttig kan zijn om iets dergelijks in de wet op te nemen.⁶⁴ Het geeft namelijk een signaal af naar de praktijk om het begrip overtuiging niet te subjectief in te vullen en biedt aanknopingspunt voor nadere reflectie in de literatuur en de rechtspraak.⁶⁵

4.6 CONCLUSIE

Uit de Contourennota blijkt dat de wetgever met betrekking tot de bewijsregeling voornemens is dicht bij de bestaande regeling te blijven. Dat lijkt een verstandige keuze gelet op het gebrek aan empirische kennis over het functioneren van bewijsregels en de werkwijzen in de praktijk. Er is vooralsnog in ieder geval geen aanleiding om te veronderstellen dat het grondig op de schop nemen van de wettelijke bewijsregeling (bijvoorbeeld door het afstappen van de wettelijk geclausuleerde bewijsmiddelen), tot accuratere beslissingen leidt. Enige bescheidenheid over wat het recht in dit verband kan betekenen, is bovendien op zijn plaats. De gesignaleerde uitholling vormt – zoals aangegeven – evenmin aanleiding om het stelsel als geheel te herzien. Wel is er alle aanleiding om de regeling in overeenstemming te brengen met de realiteit en te kijken of – gelet op die realiteit – binnen het bestaande bewijsstelsel aanvullende waarborgen op hun plaats zijn. Het ligt in dit verband voor de hand om de motiveringsverplichtingen op onderdelen aan te scherpen en zo de rechter te activeren om meer onderzoek te doen en zijn beslissingen op het terrein van de selectie en waardering van het bewijs beter inzichtelijk te maken. Bij het aanpassen van de bestaande regeling is in ieder geval telkens van belang om te bedenken wat het doel daarvan is en in hoeverre het past binnen de bestaande systematiek. Dat ik op dit moment geen aanleiding zie voor een integrale stelselherziening, betekent overigens niet dat er geen werk aan de winkel is. Dit zal echter in de eerste plaats in het veld en de wetenschap moeten gebeuren. Het doel voor de toekomst zou moeten zijn – naast het kritisch blijven volgen van de ophanden zijnde wetgevingsoperatie – om te bouwen aan een kader voor de waardering en selectie van bewijs. Niet om de rechter op dit punt met handen en voeten te binden, maar wel om hem

⁶³ Laudan 2006, p. 32 e.v. Zie daarover ook Dubelaar 2014, p. 91-93.

⁶⁴ Zie voor een meer uitvoerige bespiegeling op dit punt: Dubelaar 2016, p. 49-51.

⁶⁵ Overigens zijn er ook andere invullingen denkbaar. Nijboer gaat er vanuit dat de rechter tot een bewezenverklaring mag komen bij een 'zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid'. Nijboer 2011, § 2.5.3.