



Universiteit
Leiden

The Netherlands

‘Goede zeden’ van de grensoverschrijdende verdachte in het #MeToo-tijdperk: een opstel over mogelijke consequenties van de proceshouding van de verdachte in toekomstige zedenzaken

Boksem, J.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Boksem, J. (2021). ‘Goede zeden’ van de grensoverschrijdende verdachte in het #MeToo-tijdperk: een opstel over mogelijke consequenties van de proceshouding van de verdachte in toekomstige zedenzaken. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 447-467). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464115>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464115>

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

‘GOEDE ZEDEN’ VAN DE GRENSOVERSCHRIJDENDE VERDACHTE IN HET #METOO-TIJDPERK

*Een opstel over mogelijke consequenties van de
proceshouding van de verdachte in toekomstige
zedenzaken*

Jan Boksem

1 INLEIDING

Ruim dertig jaar geleden, voorjaar 1990, schreef Tineke Cleiren in de Leidse opstellenbundel ‘Grensoverschrijdend strafrecht, een bijzonder interessant artikel, getiteld: ‘Een grensoverschrijdende verdachte?’¹ In dit opstel stond de procesopstelling van de verdachte centraal en werd onder meer ingegaan op de vraag of de verdachte (ter terechtzitting) oneigenlijk gebruik of misbruik kan maken van processuele bevoegdheden door bijvoorbeeld te zwijgen en of dit aanleiding zou moeten zijn om de mogelijkheden die de verdediging heeft in het kader van het strafproces te beperken wanneer zo’n situatie zich voordoet. De antwoorden die Cleiren destijds gaf waren volkomen duidelijk. De verdachte heeft geen publieke functie. Hij mag naar eigen inzicht gebruik maken van de rechten en bevoegdheden die hem zijn toegekend, maar moet zich daarbij wel realiseren dat de keuzes die hij daarbij maakt consequenties kunnen hebben. De verdachte wordt niet gebonden door beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en zijn optreden kan in beginsel niet worden aangemerkt als misbruik of oneigenlijk gebruik van rechten en bevoegdheden.² Men zou kunnen zeggen: hij hoeft niks en mag alles. In het vierde en laatste deel van haar opstel vraagt Cleiren zich vervolgens nog wel af of er toch geen aanleiding zou moeten of kunnen zijn voor enige relativering: ‘Kan en / of mag het recht eisen dat de verdachte als persoon ‘fatsoenlijk’ met zijn rechten en bevoegdheden omgaat en is dat ook wenselijk? En, mag de rechter bijvoorbeeld consequenties verbinden aan een ‘niet actieve’ proceshouding van de

1 C.P.M. Cleiren, ‘Een grensoverschrijdende verdachte?’, in: Jacco Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 141-164.

2 Zie over de discussie die destijds is gevoerd over de vraag of de verdachte en diens raadsman misbruik kunnen maken van processuele bevoegdheden: T.N.B.M. Spronken, *Verdediging: een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, diss. UM, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 316-333.

verdachte?’³ De conclusie lijkt te zijn dat de rechter zeer terughoudend zou moeten zijn bij het verbinden van consequenties aan de proceshouding van de verdachte. ‘Het eisen van een bepaalde proceshouding door de verdachte zal (...) als uitgesloten moeten worden beschouwd’.⁴ Inmiddels zitten we halverwege het jaar 2020. Er wordt nagedacht over een nieuw Wetboek van Strafvordering (waarin op verschillende momenten in het strafproces een meer actieve opstelling van de verdediging wordt verlangd) en de wetgever lijkt heden ten dage meer oog te hebben voor de bescherming van aangevers, slachtoffers en nabestaanden dan voor de positie van de verdachte in het strafproces. Voor de strafrechtpraktijk betekenen de (accent)verschuivingen in de wetgeving dat de procesdeelnemers – professionele en niet-professionele – (telkens) opnieuw hun positie zullen moeten bepalen.

In dit opstel wil ik een klein – maar belangrijk – aspect van de positie van de verdachte in het strafproces belichten, te weten: het recht dat iedere verdachte heeft om geen antwoord te hoeven geven op vragen die hem worden gesteld.⁵ Ik zal dat doen aan de hand van het vaak problematische bewijs in zedenzaken. De directe aanleiding hiervoor vormt de aankondiging van de Minister van Veiligheid en Justitie dat hij voornemens is met een wetsvoorstel te komen waarin nieuwe strafbaarstellingen op het gebied van seksueel grensoverschrijdend gedrag worden opgenomen.⁶ De aangekondigde strafbepalingen roepen vragen op met betrekking tot de bewijsbeslissing. Een van die vragen is de vraag tot hoever de rechter zou mogen gaan bij het betrekken van het zwijgen van de verdachte bij zijn bewijsoordeel.

2 UITBREIDING VAN DE STRAFBAARSTELLING VAN SEKSUEEL GRENSOVERSCHRIJDEND GEDRAG

In zijn brief aan de Tweede Kamer heeft de minister zijn wetgevingsvoornemens toegelicht. Het is de bedoeling ‘de strafrechtelijke bescherming aan te passen aan de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent seksueel grensoverschrijdend gedrag’:

‘De maatschappelijke discussie over welk gedrag als seksueel grensoverschrijdend moet worden aangemerkt legt een discrepantie bloot tussen wat maatschappelijk wordt gezien als seksueel grensoverschrijdend gedrag en wat

3 Cleiren, a.w., p. 155.

4 Cleiren, a.w., p. 163.

5 De ‘kale ontkenning’ (in situaties die in meer of in mindere mate schreeuwen om een verklaring van de verdachte) zal in dit verband ook als een vorm van zwijgen worden beschouwd.

6 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie (Grapperhaus) aan de (voorzitter van de) Tweede Kamer van 22 mei 2019, Nieuwe strafbaarstellingen van seks tegen de wil en seksuele intimidatie, 29 279, nr. 518.

strafrechtelijk als zodanig wordt gekwalificeerd. Seks behoort vrijwillig te zijn; mensen moeten zich ongehinderd en vrij in het openbaar kunnen begeven, zonder angst voor ongewilde seksuele handelingen of ongewenste seksuele toenadering. De #Metoo-beweging heeft onder de aandacht gebracht hoe wijdverbreid seksueel grensoverschrijdend gedrag voorkomt en heeft bevestigd hoe ernstig en langdurig de gevolgen hiervan kunnen zijn.⁷

Er wordt daarom onder meer voorgesteld om ‘seks tegen de wil’ strafbaar te stellen:

‘Strafbaar wordt degene die met een persoon seksuele handelingen pleegt of een persoon seksuele handelingen laat plegen of ondergaan, terwijl diegene weet of behoort te weten op grond van feiten of omstandigheden dat deze handelingen tegen de wil van die persoon plaatsvinden.’⁸

Het handelen tegen de wil van een ander wordt het criterium voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de opzettelijke variant gaat het erom dat wordt vastgesteld dat de verdachte ‘wist’ dat hij tegen de wil van de ander handelde en in de schuldvariant zal moeten worden vastgesteld dat de verdachte uit de feiten en omstandigheden die onvrijwilligheid had kunnen of behoren af (te) leiden. In deze schuldvariant kan het dus voorkomen dat iemand strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden voor het plegen van seksuele handelingen tegen de wil van een ander waarvan hij zich niet bewust was, maar die hem of haar worden toegerekend, omdat hij of zij deze situatie had behoren te onderkennen. De minister acht een dergelijke aansprakelijkheidstelling niet onverantwoord ‘omdat degene die het (verdergaande) seksuele contact aangaat hieraan kan ontkomen door oplettend te zijn en na te gaan bij de ander of er geen ongewild contact plaatsvindt.’⁹

Net als bij de meeste andere zedenmisdrijven, kan het bewijs problematisch zijn wanneer de verdachte zwijgt of het seksuele contact ontkent. Bij ‘seks tegen de wil’, zal daarnaast een voor de hand liggende reactie (kunnen) zijn dat er sprake was van consensualiteit (en dat de ander waarschijnlijk achteraf spijt heeft gekregen). Seksuele handelingen vinden meestal plaats zonder dat daar getuigen bij aanwezig zijn. Eventueel sporenmateriaal kan bevestigen dat er seksueel contact is geweest, maar zal in de regel niet kunnen vertellen of dat contact onvrijwillig was. De aangifte is in zo een geval de belangrijkste bron waaruit geput kan worden. Hieronder komt de vraag aan de orde of, en zo ja in hoeverre, de procehouding van de verdachte een bijdrage kan (of zou moeten) spelen bij het bewijs in dergelijke zaken waarin het bewijsmateriaal niet overvloedig aanwezig is.

7 Kamerbrief, p. 1.

8 Kamerbrief, p. 2.

9 Kamerbrief, p. 3.

3 HET RECHT OM TE ZWIJGEN

Een verdachte hoeft niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Dit is een van de fundamenteën waarop ons strafrechtstelsel is gebouwd. Dit zogenoemde *nemo tenetur*-beginsel is niet met zoveel woorden in ons Wetboek van Strafvordering opgenomen, maar wordt te onzent (tot op zekere hoogte) vormgegeven in het in artikel 29, eerste lid, Sv neergelegde pressieverbod en het in artikel 29, tweede lid, Sv opgenomen zwijgrecht van de verdachte en de daaraan gekoppelde cautieplicht voor de verhorende rechter of ambtenaar. Dit recht van de verdachte hangt nauw samen met een ander fundamenteel (strafvorderlijk) beginsel: het onschuldbeginsel. De verdachte dient voor onschuldig te worden gehouden. Hij hoeft zijn eigen onschuld niet te bewijzen (art. 6, tweede lid, EVRM).¹⁰ Hier staat tegenover dat de rechter een grote vrijheid heeft als het gaat om de waardering van het bewijsmateriaal. Hierdoor kan het gebeuren dat het uitblijven van een plausibele verklaring van de verdachte voor feiten en omstandigheden die belastend lijken te zijn, in het bewijsoordeel kan worden meegewogen. In de woorden van de Hoge Raad:

‘2.3.1.

Het middel voert allereerst aan dat het hof – door in zijn overwegingen te betrekken dat de verdachte geen geloofwaardige hem ontlastende verklaring heeft gegeven voor het voorhanden hebben van de auto – art. 6, tweede lid, EVRM en art. 6 Richtlijn 2016/343/EU betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (PbEU 2016, L 65/1) heeft miskend.

2.3.2.

Art. 6, tweede lid, EVRM luidt in de Nederlandse vertaling:

“Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.”

Art. 6 Richtlijn 2016/343/EU luidt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat de bewijslast voor de vaststelling van de schuld van verdachten en beklaagden op de vervolgende instantie rust. Dit doet geen afbreuk aan enige verplichting voor de rechter of de bevoegde rechtbank om zowel belastende en ontlastende bewijzen te zoeken, noch aan het recht

¹⁰ Vgl. Ontwerpvoorstel tot vaststelling van Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Strafvordering in het algemeen (7 februari 2017), artikel 1.1.1.3: ‘De verdachte wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.’

van de verdediging om overeenkomstig het nationale recht bewijsmateriaal aan te brengen.

2. De lidstaten waarborgen dat iedere twijfel over de schuldvraag in het voordeel van de verdachte of de beklagde werkt ook wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken.”

Overweging 28 van de preambule bij de Richtlijn 2016/343/EU luidt:

“De uitoefening van het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten mag niet worden gebruikt tegen een verdachte of beklagde en mag niet op zichzelf worden beschouwd als bewijs dat de betrokkene het desbetreffende strafbaar feit heeft begaan. Dit mag geen afbreuk doen aan nationale regels betreffende de beoordeling van bewijsmateriaal door rechtbanken of rechters, op voorwaarde dat de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd.”

2.3.3.

De omstandigheid dat de verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden kan op zichzelf, mede gelet op art. 29, eerste lid, Sv, niet tot het bewijs bijdragen. De rechter mag echter bij zijn bewijsoordeel in aanmerking nemen dat de verdachte voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend kan worden geacht voor het bewijs van het aan hem tenlastegelegde feit, geen aannemelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven. Art. 6, tweede lid, EVRM staat daaraan niet in de weg (vgl. HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, met verwijzing naar EHRM 18 maart 2010, 13201/05 (*Krupholz/Oostenrijk*) en het daarin opgenomen overzicht van de rechtspraak van het EHRM). Datzelfde geldt, mede gelet op overweging 28 van de preambule bij Richtlijn 2016/343/EU, voor art. 6 van deze Richtlijn, nog daargelaten dat de omzettingstermijn eerst op 1 april 2018 – en derhalve na de bestreden uitspraak – is verstreken (art. 14, eerste lid, Richtlijn 2016/343/EU).¹¹

Het zwijgrecht is een absoluut recht van iedere verdachte.¹² Hij mag er te allen tijde voor kiezen om zijn mond te houden. Die keuze mag als zodanig niet voor het bewijs tegen hem

11 HR 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:97, NJ 2019/310, m.nt. N. Rozemond (onder NJ 2019/313).

12 Het overkoepelende nemo tenetur-beginsel kent wel uitzonderingen en is dus niet absoluut. Bekende voorbeelden van uitzonderingen op het uitgangspunt dat de verdachte niet verplicht kan worden om mee te werken aan onderzoeken die belastend voor hem kunnen uitpakken, zijn: de bloedproef, de ademanalyse en het DNA-onderzoek. Bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, valt buiten het bereik van het nemo tenetur-beginsel. Vgl. EHRM 11 juli 2006, NJ 2007/226 (*Jalloh/Germany*).

worden gebruikt. Het feit dat een verklaring uitblijft in een situatie waarin men toch eigenlijk wel een verklaring zou verwachten, kan dan – zoals uit de hierboven aangehaalde overwegingen kan worden afgeleid – echter wel worden meegewogen door de rechter. In zoverre is zwijgen voor de verdachte niet altijd risicoloos en zonder consequenties. Het (absolute) zwijgrecht en de (de minder absolute) onschuldpresumptie lijken elkaar hier enigszins in de weg te zitten: de verdachte mag zwijgen, maar loopt dan het risico dat hij door de rechter als schuldige wordt aangemerkt wanneer hij niet met een plausibele verklaring komt voor feiten of omstandigheden die redengevend lijken te zijn voor het bewijs. Door deze gang van zaken verschuift de bewijslastverdeling enigszins. Van de verdachte wordt in zekere zin verlangd dat hij aannemelijk maakt dat hij – ondanks de hem belastende aanwijzingen – onschuldig is aan de hem verweten gedraging(en). Hieronder zal worden ingegaan op de vraag tot hoever de rechter daarbij mag/zou mogen gaan.

4 WAARHEIDSVINDING

De zittingsrechter heeft als belangrijke taak de waarheid te vinden. Hij moet dat doen binnen de grenzen die in het recht daaraan worden gesteld. In veel gevallen komt die waarheidsvinding neer op het ter zitting doornemen van het dossier met de verdachte. De rechter houdt stukken uit het dossier aan de verdachte voor en vraagt hem om een reactie.¹³ Tijdens de beraadslaging wordt het bewijsmateriaal vervolgens gewogen en komt de rechter tot zijn oordeel. De vraag die hij daarbij moet beantwoorden is de vraag van artikel 338 Sv.¹⁴ Daarbij geldt als uitgangspunt dat de rechter (in beginsel) vrij is in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal.¹⁵ In zaken waarin het bewijsmateriaal niet overvloedig aanwezig is, kan het voor de rechter verleidelijk zijn om de overtuiging mede te doen steunen op het feit dat de verdachte geen verklaring heeft willen geven voor hem belastende aanwijzingen. Hoever mag de rechter daarbij gaan? Welke aanwijzingen zijn zwaarwegend genoeg om het uitblijven van een verklaring van de verdachte bij het bewijsoordeel te mogen betrekken? En is er aanleiding om de aard of de ernst van het misdrijf als factor mee te wegen?

13 J. Boksem, 'Over waarheidsvinding, bewijsverkrijging, rechtsbescherming en evenwicht', *RM Themis* 2010-5/6, p. 233-244.

14 '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.'

15 O.a. HR 29 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2842, *NJ* 2015/418 en HR 4 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5061, *NJ* 2004/480.

5 **PROBLEMATISCH BEWIJS IN ZEDENZAKEN**

Het bewijzen in zedenzaken kent dezelfde regels als het bewijzen in andere strafzaken. Politie en justitie hebben een reconstructie van het feit of van de feiten gemaakt dat aan de rechter is voorgelegd en de rechter zal op zijn beurt – mede naar aanleiding van hetgeen op de zitting aan de orde is geweest – antwoord moeten geven op de vraag of die reconstructie hem heeft kunnen overtuigen van de stelling dat de verdachte het hem tenlastegelegde ook daadwerkelijk heeft begaan. Vaak zijn er meer dan genoeg aanwijzingen die het scenario dat aan de tenlastelegging ten grondslag ligt ondersteunen. Er ligt bijvoorbeeld een aangifte, er zijn getuigen die belastend hebben verklaard en er is overtuigend technisch bewijsmateriaal voorhanden (in de vorm van bijvoorbeeld een DNA-match). Vaak ook heeft de verdachte een bekennende verklaring afgelegd (al dan niet nadat hij met het belastende materiaal werd geconfronteerd). Uiteraard wil een overvloed aan belastend materiaal niet in alle gevallen zeggen dat de verdachte ook daadwerkelijk de dader is geweest, maar men mag aannemen dat naarmate het materiaal dat belastend is voor de verdachte zich opstapelt, daarmee de overtuiging van de rechter wordt gevoed. Een verdachte die (van mening is dat hij) onschuldig is, zal – naarmate de bewijzen zich opstapelen – daarom met een overtuigend verhaal moeten komen om de rechter er alsnog van te overtuigen dat de vork toch anders in de steel steekt dan het gepresenteerde bewijsmateriaal doet vermoeden. Zwijgen is in zo'n geval waarschijnlijk niet de beste strategie.

Zedenzaken vormen een bijzondere categorie strafzaken. Het gaat in de meeste gevallen om (zeer) ingrijpende gebeurtenissen. Slachtoffers doen (uit angst, schaamte of om een andere reden) niet altijd meteen aangifte, waardoor aanwijzingen verloren (kunnen) gaan. Soms wordt er (een valse) aangifte gedaan vanuit een oneigenlijk motief (bijvoorbeeld: echtscheiding, omgang met kinderen, jalousie, wraak, spijt). In de meeste gevallen gaat het om een situatie die zich heeft afgespeeld tussen twee personen (waarbij geen getuigen aanwezig waren). Regelmatig is er sprake van het gebruik van alcohol en/of van verdovende middelen door de aangever/aangeefster en/of door de verdachte. De vermeende slachtoffers zijn soms (jonge) kinderen of zwakbegaafd. Soms ook is sprake van een gezag-relatie of hebben de feiten zich afgespeeld binnen een (intieme) relatie en/of huwelijk. Enzovoort. Het is in al deze gevallen vaak niet eenvoudig om te reconstrueren wat zich precies heeft afgespeeld. Een en ander speelt waarschijnlijk nog sterker bij de aangekondigde strafbaarstelling van 'seks tegen de wil', omdat 'de wil' in de regel moeilijk objectief kan worden vastgesteld (tenzij er getuigen bij het seksuele contact aanwezig waren of er bijvoorbeeld beeld- en geluid-opnamen van het handelen zijn gemaakt) en het niet denkbeeldig is dat 'de wil' pas achteraf is komen te vervallen (door bijvoorbeeld gevoelens van schuld of spijt). De aard van de feiten maakt echter dat men juist in zedenzaken behoefte heeft aan duidelijkheid. Er moeten knopen worden doorgehakt. Waar in het 'normale' strafrecht de verdachte beschermd moet worden, is het in zedenzaken misschien wel veeleer het (vermeende)

slachtoffer dat bescherming verdient en op sympathie kan rekenen. Door de introductie van het spreekrecht is de betrokkenheid bij het (vermeende) slachtoffer nog toegenomen. Er wordt hierdoor een groot beroep gedaan op de onafhankelijkheid van de rechter. Voor hem geldt echter nog steeds dat hij zijn overtuiging zal moeten baseren op het bewijsmateriaal en niet op zijn (onderbuik)gevoel.

In het onderstaande wordt nader ingegaan op de proceshouding van de verdachte en op de vraag in hoeverre die houding invloed heeft, kan of zou moeten hebben, op de bewijsbeslissing in (met name) zedenzaken. Er worden twee situaties onderscheiden: 1) de situatie waarin er een overvloed aan belastend bewijsmateriaal is of lijkt te zijn en 2) de situatie waarin een bewijstekort dreigt.

6 OVERVLOEDIG BEWIJS

In zedenzaken wordt de bewijsconstructie meestal opgebouwd rondom een aangifte, waarin wordt verteld wat er zou zijn gebeurd. Vaak wordt daarbij aangegeven wie de 'dader' is, maar het komt ook voor dat de aangever of aangeefster niet weet wie het heeft gedaan (omdat hij of zij bijvoorbeeld bewusteloos was of omdat hij of zij de dader niet kent). Op basis van de aangifte wordt onderzoek gedaan en de resultaten daarvan worden aan het dossier toegevoegd. Wanneer dit onderzoek leidt tot een 'ronde' zaak, zal de proceshouding van de verdachte in de regel weinig tot geen invloed hebben op het bewijsoordeel. Het maakt voor de bewijsbeslissing in zo'n geval niet veel uit of de verdachte bekent, zwijgt of ontkent. In alle gevallen vertellen de bewijsmiddelen immers het verhaal dat tot de bewezenverklaring leidt. De rechter laat zich overtuigen door het verhaal dat door de bewijsmiddelen wordt verteld en waartegen niets (inhoudelijks) is ingebracht. Het wordt in zo'n geval pas interessant wanneer de verdachte met een (inhoudelijk) verhaal komt waardoor hij een ander licht op de zaak laat schijnen. Hij vertelt bijvoorbeeld dat er sprake was van consensualiteit (en licht dat ook toe). Of hij komt met een aannemelijk alibi of heeft een plausibele verklaring voor het feit dat zijn DNA op de kleding of in het lichaam van de aangever/aangeefster is aangetroffen. De rechter zal het bewijsmateriaal en hetgeen daartegenover is gesteld daadwerkelijk moeten 'wegen', alvorens tot een oordeel te kunnen komen. Bij een 'kale' ontkenning of bij een beroep op het zwijgrecht, zal de rechter de feiten gemakkelijker voor zich kunnen laten spreken en zal het wegen van het bewijsmateriaal niet gauw leiden tot twijfel aan het verhaal dat tot een bewezenverklaring zou moeten leiden. De bewijsmiddelen bevestigen immers dat verhaal en door de verdachte is daar niets tegenover gesteld.

Het overvloedige bewijs is niet altijd zo overvloedig als op het eerste gezicht lijkt. Wanneer de aangifte betrekking heeft op feiten die geruime tijd eerder hebben plaatsgevonden, is er meestal geen sporenmateriaal voorhanden dat kan bevestigen dat de verdachte

de dader is. Getuigen hebben het verhaal vaak van het vermeende slachtoffer gehoord (de auditu) en hebben bijvoorbeeld iets gezegd over de indruk die het vermeende slachtoffer op hen maakte toen hij of zij het verhaal (voor het eerst) vertelde. En er is enig steunbewijs, bijvoorbeeld in de vorm van materiaal dat bevestigt dat de verdachte en het vermeende slachtoffer elkaar kenden of contact met elkaar hebben gehad in de periode waarin het feit zich zou hebben afgespeeld. In zo'n geval is waarschijnlijk (net) aan het bewijsminimum voldaan. Alles komt dan aan op de overtuiging die de rechter op basis van het bewijsmateriaal heeft gekregen. Hoe indringender en gedetailleerder de aangifte is en hoe uitgesprokener de getuigen zijn over de indruk die het vermeende slachtoffer op hen maakte, hoe groter de kans is dat de rechter overtuigd raakt van de schuld van de verdachte. Dat geldt zeker wanneer het overige bewijsmateriaal op (ondergeschikte punten) steun geeft aan de aangifteverklaring. Ook in zo'n geval levert zwijgen of ontkennen (zonder inhoudelijke verklaring) de verdachte waarschijnlijk weinig op. Sterker nog: de rechter kan zijn overtuiging mede baseren op het feit dat het bewijsmateriaal dat op tafel ligt, belastend is voor de verdachte, en de verdachte heeft nagelaten om met een verklaring te komen die de redengevendheid van dat materiaal voor het bewijs ontzenuwt.

De conclusie mag zijn dat het in gevallen waarin er ontegenzeggelijk voldoende belastend bewijsmateriaal voorhanden is om een bewezenverklaring op te kunnen baseren, het voor de verdachte (die niet veroordeeld wil worden) weinig zin heeft om te zwijgen of om te volstaan met een 'kale' ontkenning. Wil hij bereiken dat de rechter zich niet laat overtuigen door het bewijsmateriaal dat belastend voor hem is (en dat op zich voldoende is om tot een bewezenverklaring te kunnen komen), dan zal hij met een plausibele verklaring moeten komen. Blijft die verklaring uit, dan kan de rechter op basis van het materiaal dat hij tot zijn beschikking heeft tot een bewezenverklaring komen, mits dat materiaal hem heeft kunnen overtuigen.

Bij de 'klassieke' zedendelicten (ontucht, verkrachting, etc.) staat het handelen van de verdachte centraal. Dat dit handelen 'tegen de wil' van de aangever of aangeefster is, ligt – afgezien van die delicten die, ongeacht of er sprake is geweest van instemming, strafbaar zijn, zoals het verrichten van seksuele handelingen met (jonge) kinderen – stilzwijgend in de delictsomschrijving besloten en krijgt bij de bewijsbeslissing in de regel pas aandacht op het moment dat de verdachte aangeeft dat er sprake was van consensualiteit. In de aangekondigde strafbaarstelling van 'seks tegen de wil' wordt het ontbreken van consensualiteit een expliciet onderdeel van de delictsomschrijving. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat er eerder sprake is van een bewijsprobleem (in gevallen waarin de verdachte zwijgt, ontkent of het ontbreken van consensualiteit betwist).

7 BEWIJSTEKORT

Wanneer het bewijsmateriaal (net) niet (of misschien nog net wel) toereikend is voor een bewezenverklaring, worden er soms constructies bedacht om toch tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Het meest bekende bewijshulpmiddel is dat van het zogenoemde ‘schakelbewijs’.¹⁶ Afzonderlijke aangiftes tegen dezelfde verdachte kunnen met dit hulpmiddel over en weer als steunbewijs dienen, waardoor aan het bewijsminimum van artikel 342, tweede lid, Sv wordt voldaan.

Een ander bewijshulpmiddel is de ‘kennelijk leugenachtige verklaring’ van de verdachte. Dit hulpmiddel kan uiteraard alleen worden ingezet wanneer de verdachte een verklaring heeft afgelegd. Bovendien zal het oordeel dat er sprake is van een leugenachtige verklaring steun moeten vinden in ander bewijsmateriaal.¹⁷ De omstandigheid dat de verdachte omtrent een bepaald punt geen verklaring heeft willen afgeven, kan – aldus de Hoge Raad – niet ten grondslag worden gelegd aan het oordeel dat de tot het bewijs gebezigde verklaring van de verdachte kennelijk leugenachtig is en is afgelegd om de waarheid te bemantelen.¹⁸ Het meest problematisch zijn vanzelfsprekend de één-op-één situaties; de gevallen waarin de aangifte wellicht enige steun vindt in indirecte aanwijzingen, maar waarin de verdachte zwijgt of ontkent. Dergelijke gevallen worden vanzelfsprekend niet altijd aan de rechter voorgelegd, maar wanneer dat wel het geval is, zal de rechter zich een oordeel moeten zien te vormen over de tenlastelegging. Met name in gevallen waarin de aangever/aangeefster zeer gedetailleerd heeft verklaard over wat hem of haar is overkomen, kan het voor de rechter verleidelijk zijn om te redeneren dat er sprake is van een situatie die schreeuwt om een verklaring van de verdachte en dat de omstandigheid dat die verklaring niet wordt gegeven, bijdraagt tot het bewijs. De vraag die gesteld moet worden, is de vraag of dit bewijshulpmiddel soelaas biedt in gevallen waarin er sprake is van een bewijstekort. Moet er sprake zijn van een ‘ronde’ zaak of kan dit bewijshulpmiddel worden gebruikt om de zaak ‘rond’ te maken? Waar ligt de grens?

8 WAAR LIGT DE GRENS?

De Hoge Raad lijkt de mogelijkheid open te laten dat het uitblijven van een verklaring van de verdachte redengevend kan worden geacht voor het bewijs in gevallen waarin er (voor het overige) nog onvoldoende bewijsmateriaal voorhanden is om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Het gaat er (slechts) om ‘dat de verdachte voor een omstandigheid die

16 O.a. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1216, NJ 2017/309 en HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1817, NJ 2015/488, m.nt. Borgers.

17 Vaste rechtspraak. O.a. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9968, NJ 2012/466.

18 O.a. HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0413, NJ 1996/540, m.nt. Schalken.

op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend kan worden geacht voor het bewijs van het aan hem tenlastegelegde feit’, geen aannemelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven.¹⁹ Een gedetailleerde aangifte-verklaring kan ‘op zichzelf’ als een redengevende verklaring worden beschouwd. Dat de Hoge Raad deze mogelijkheid bewust openlaat, blijkt wellicht ook uit de uitdrukkelijke verwijzing naar de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In zijn arrest van 5 juni 2012 overwoog de Hoge Raad het volgende:

‘3.5 De klacht steunt – (...) – op de opvatting dat een omstandigheid als hiervoor onder 3.4 bedoeld eerst dan door de rechter in de bewijsvoering mag worden betrokken indien sprake is van een ‘formidable case’, waarmee blijkens de toelichting op het middel beoogd is te zeggen dat pas conclusies uit het stilzwijgen van de verdachte mogen worden getrokken op de voorwaarde dat “de zaak bewijsbaar moet zijn zonder rekening te houden met het stilzwijgen van de verdachte”, en dat de rechter expliciet moet vaststellen dat aan die voorwaarde is voldaan. Die opvatting vindt echter geen steun in hetgeen hiervoor onder 3.4 is vooropgesteld en evenmin in de op dit thema betrekking hebbende rechtspraak van het EHRM (vgl. bijvoorbeeld het overzicht daarvan in EHRM 18 maart 2010, nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk)).²⁰

Betekent dit nu dat de Hoge Raad toestaat dat de proceshouding van de verdachte door de rechter gebruikt wordt om de bewijsconstructie sluitend te maken? Kan een tekort aan wettig bewijsmateriaal, in de bewijsvoering en -motivering worden gecompenseerd door te benadrukken dat de verdachte geen verklaring heeft gegeven voor een omstandigheid die schreeuwde om een verklaring van de verdachte? Waarschijnlijk is dat niet wat de Hoge Raad bedoelt.²¹ De proceshouding van de verdachte zal met name van invloed kunnen zijn op de waardering van het (belastende) bewijsmateriaal en daarmee op de overtuiging van de rechter. De bewezenverklaring zal – ook wanneer de verdachte zwijgt of ontkent – moeten steunen op voldoende bewijsmateriaal. Het beschikbare bewijsmateriaal hoeft niet overweldigend (*‘formidable’*) te zijn, maar zal op het eerste gezicht wel voldoende moeten zijn om een bewezenverklaring op te kunnen baseren (er moet sprake zijn van een *‘prima facie case’*). De (zwijgende) proceshouding van de verdachte kan een bewijstekort dan ook

19 HR 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:97, NJ 2019/310, m.nt. Rozemond (r.o. 2.3.3).

20 HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, NJ 2012/369.

21 Voor een analyse van de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan worden verwezen naar: G.H. Meijer en R. ter Haar, ‘Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsvoering’, TPWS 2018/23, p. 46 – 63.

niet zomaar wegnemen. Zij kan er wel voor zorgen dat het voor de rechter buiten redelijke twijfel is komen te staan dat de verdachte het feit heeft begaan.

9 DE FEITENRECHTSPRAAK IN ZEDENZAKEN

In zedenzaken waarin sprake is van ‘*formidable*’ bewijs of van een ‘*prima facie case*’ zal de rechter doorgaans ook wel overtuigd zijn van de schuld van de verdachte. De omstandigheid dat de verdachte zwijgt of ontkent, zal in zo’n geval in de regel weinig invloed hebben op zijn beoordeling van de zaak. In dit opzicht verschillen zedenzaken van bijvoorbeeld vermogensdelicten (waarbij onduidelijkheid kan bestaan over bijvoorbeeld de passende juridische kwalificatie van de feiten: Is de verdachte bij wie de buit is aangetroffen, steler, heler of witwasser?) en van zaken waarin het draait om de vraag of de verdachte, die op een plaats delict is geweest, als medepleger kan worden aangemerkt. In dergelijke gevallen kan (het ontbreken van) de verklaring ertoe doen bij het beantwoorden van de vraag of buiten redelijke twijfel kan worden vastgesteld of de tenlastelegging bewezen kan worden verklaard (en zo ja, in welke variant). In zedenzaken is de situatie vaak meer zwart – wit: óf er is voldoende wettig (en overtuigend) bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde zedenmisdrijf heeft begaan, óf het bewijs is daarvoor niet toereikend. Veel ruimte voor ‘grijstinten’ is er – wat dat betreft – in het strafrecht niet. Het zwijgen (of ontkennen) door de verdachte zal in de regel weinig bijdragen aan de overtuiging van de rechter, wanneer het bewijs al voor hem op tafel ligt. En ligt het bewijs daar niet, dan voedt de proceshouding eerder de twijfel dan de overtuiging van de rechter. De rechter heeft – met andere woorden – de proceshouding van de verdachte niet nodig om zijn bewijsoordeel te onderbouwen. De vraag of aan het bewijsminimum is voldaan, zal in de rechtspraak dan ook meer aandacht krijgen dan de vraag of er consequenties moeten worden verbonden aan de proceshouding van de verdachte.

Deze hypothese vindt steun in de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde feitenrechtspraak. Ik geef een drietal voorbeelden (van veroordelende vonnissen) uit het afgelopen jaar ter illustratie:

Rechtbank Limburg 3 juli 2019

De verdachte werd verdacht van aanranding van een minderjarige werknemer. De verdachte beriep zich op het zwijgrecht en kwam met een algemene ontkenning van de beschuldigingen. De rechtbank veroordeelde de verdachte en overwoog daartoe onder andere het volgende:

‘Uit de aangifte volgt dat de verdachte in de tenlastegelegde periode in Ulestraten diverse keren aangever tegen zijn wil heeft gezoend en aangeraakt, waaronder ook zijn rug, buik, billen en geslachtsdeel. Ook volgt daaruit dat de verdachte de aangever heeft afgetrokken en zijn penis in de hand(en) van [...] heeft gelegd. Daarover heeft de aangever consistent en gedetailleerd verklaard. De verdachte stelt daar slechts een zwijgen tegenover, en – bij monde van zijn advocaat – een algemene ontkenning, zonder enige onderbouwing of concretisering. Gelet op de voormelde omstandigheden bestaat er voor de rechtbank geen aanleiding om te twijfelen aan de verklaring van de aangever. Anders dan de raadsman acht te rechtbank de aangever betrouwbaar in hetgeen door hem tegenover ambtenaren van de politie werd verklaard. (...).

In het licht van bestendige jurisprudentie in zedenzaken, komt de rechtbank tot het oordeel dat in deze zaak ook wordt voldaan aan het bewijsminimum zoals dat door artikel 342, tweede lid, Sv is voorgeschreven. De verklaring van de aangever over de gedragingen van de verdachte vindt namelijk voldoende steun in de op het telefoontoestel van aangever aangetroffen WhatsApp-berichten, zoals deze hiervoor werden geciteerd. (...). De aangifte vindt aldus op specifieke punten steun in ander bewijsmateriaal, zodat die verklaring niet op zichzelf staat, maar bevestiging vindt in een andere bron.²²

Rechtbank Amsterdam 11 december 2019

In deze zaak ging het om seksueel misbruik dat meer dan 20 jaar voor de aangifte zou hebben plaatsgevonden. De verdachte heeft zich steeds op zijn zwijgrecht beroepen. De rechtbank stond stil bij het bewijsminimum:

‘Bewijs in zedenzaken

Deze zaak gaat over een verdenking van ontuchtige handelingen met een minderjarige. Het gaat bij zedenzaken vaak om feiten die zich in het geheim afspelen en waarbij het in de kern dus kan gaan om het woord van aangever tegen dat van de verdachte. De vraag of is voldaan aan het bewijsminimum doet zich dan ook regelmatig voor bij zedenzaken.

22 Rb. Limburg 3 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9360.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat niet vereist is dat het misbruik zelf bevestiging vindt in ander bewijsmateriaal, maar dat het voldoende is wanneer de verklaring van het slachtoffer op onderdelen steun vindt in andere bewijsmiddelen, die afkomstig zijn van een andere bron dan degene die de belastende verklaring heeft afgelegd. Er mag geen sprake zijn van een te ver verwijderd verband tussen het overige gebruikte bewijsmateriaal en de verklaring van de aangever.

De vraag waar het in deze zaak dan ook hoofdzakelijk om gaat is of de verklaringen van aangever [...] voldoende steun vinden in andere bewijsmiddelen.²³

In de motivering van de bewezenverklaring werd vervolgens geen enkele aandacht besteed aan de proceshouding van de verdachte.

Rechtbank Overijssel 23 december 2019

De verdachte in deze zaak werd ervan verdacht dat hij zijn ex-partner gedurende een groot aantal jaren meermalen had verkracht. De verdachte had zich tot de inhoudelijke behandeling van zijn zaak op het zwijgrecht beroepen en had ter zitting van de rechtbank een verklaring afgelegd. De officier van justitie stelde zich op het standpunt dat 'het dossier schreeuwt om een verklaring van verdachte' en dat de verklaring die de verdachte ter zitting had afgelegd als ongeloofwaardig terzijde zou moeten worden geschoven. De rechtbank negeerde de proceshouding van de verdachte volledig en kwam op basis van het beschikbare bewijsmateriaal tot een bewezenverklaring. In algemene zin overwoog de rechtbank het volgende:

'Het wettelijk kader

De rechtbank stelt ten aanzien van beide feiten vast dat [...] verdachte ervan beschuldigt de feiten te hebben gepleegd, terwijl verdachte dit ontkent. Zoals vaker in zedenzaken bevat het dossier geen verklaringen van ooggetuigen van de ten laste gelegde verkrachtingen.

Volgens het tweede lid van artikel 342 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) kan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, door de rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige. Deze bepaling strekt ter waarborging van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing in die zin dat zij de rechter verbiedt om tot een bewezenverklaring te komen in het geval dat de door één getuige genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal.

23 Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9464.

De rechtbank moet daarom de vragen beantwoorden of er steunbewijs is dat de door [...] gedane aangifte (op relevante onderdelen) bevestigt en, zo ja, of dit steunbewijs voldoende is om tot een veroordeling te komen. De vraag of aan het bewijsminimum van artikel 342, tweede lid, Sv is voldaan laat zich niet in algemene zin beantwoorden. De vraag of er voldoende steunbewijs is indien de bewezenverklaring zwaar leunt op de verklaring van één getuige, zoals vaak het geval is bij zedenzaken, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Wel zijn daarvoor in de jurisprudentie enige regels geformuleerd. Zo moet het steunbewijs “voldoende steun” geven aan de verklaring van de getuige, dat wil zeggen dat het steunbewijs op relevante wijze in verband dient te staan met de inhoud van de verklaring van die getuige, in dit geval [...]. Steunbewijs mag in beginsel niet enkel afkomstig zijn van dezelfde bron, in die zin dat als steunbewijs zou kunnen worden gebruikt de verklaring van een ander aan wie [...] heeft verteld wat haar is overkomen. Enkel een “de auditu verklaring” levert op zichzelf dus onvoldoende steunbewijs op. Wel kunnen bepaalde waarnemingen of vaststellingen die niet van [...] afkomstig zijn voldoende steunbewijs opleveren.²⁴

In gevallen waarin de verdachte (gemotiveerd) wordt vrijgesproken, is meestal sprake van een ontkennende verdachte. Het belastende bewijsmateriaal kan de bewezenverklaring niet dragen of mist overtuigingskracht. Ook hier een drietal voorbeelden ter illustratie.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23 december 2019

In deze zaak werd de verdachte vrijgesproken van verkrachting, omdat – ondanks de aangifte – niet kon worden vastgesteld dat de seksuele handelingen onvrijwillig hadden plaatsgevonden. De rechtbank overwoog:

‘Bij de beoordeling van het bewijs stelt de rechtbank voorop dat in zedenzaken doorgaans slechts het veronderstelde slachtoffer en de veronderstelde dader aanwezig zijn. In deze zaak is dat ook het geval. Dit betekent dat, indien de verdachte ontkent de ten laste gelegde feiten te hebben begaan, de verklaringen van de veronderstelde slachtoffers als enig bewijsmiddel voorhanden zijn. Op grond van artikel 342, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv) kan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan door de rechtbank niet uitsluitend worden aangenomen op basis van een enkele verklaring. Deze bepaling strekt ertoe dat zij de rechtbank verbiedt om tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige naar voren gebrachte

24 Rb. Overijssel 23 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4860.

feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal. Het komt erop neer dat de bevestiging die het bijkomende bewijs moet bieden, in een relatie van betekenis moet staan tot het ten laste gelegde. Dit gaat niet zover dat het bijkomend bewijs het strafbare van het handelen in de kern moet bevestigen of dat het bijkomend bewijs een deel van de tenlastelegging zelfstandig moet kunnen dragen. De vraag of aan het bewijsminimum is voldaan laat zich niet in algemene zin beantwoorden maar vergt een beoordeling van het concrete geval.

De rechtbank overweegt als volgt. Het is helder geworden dat verdachte en [...] een aantal onstuimige dagen hebben gehad waarbij er op verschillende momenten vrijwillig seks heeft plaatsgevonden – (...) – en dat de seks en deels ook de ruzies zijn gefilmd.

[...] heeft verklaard dat de seks tussen haar en verdachte op enig moment onvrijwillig is geworden. Daartegenover staat dat verdachte vanaf het begin stellig heeft ontkend [...] te hebben verkracht. Hij heeft verklaard dat zij steeds vrijwillig seks hebben gehad.

De rechtbank stelt vast dat de verklaring van [...] over de verkrachting summier te noemen is. Voors heeft [...] twee verschillende verklaringen afgelegd over het moment waarop de verkrachtingen begonnen. Enerzijds verklaart zij vanaf maandag (...) te zijn verkracht. Anderzijds verklaart zij vanaf woensdag (...) te zijn verkracht. In dat kader is het van belang op te merken dat er een video is bekeken door de politie van dinsdag (...) waarop [...] seksuele handelingen verricht bij verdachte. Van die video is niet komen vast te staan dat deze handelingen onvrijwillig zijn geweest.

(...). De rechtbank overweegt dan ook dat in het geconstateerde letsel geen steunbewijs is te vinden voor de aangifte van [...]. Ook overigens is in het dossier geen ondersteunend bewijsmiddel te vinden voor voornoemde aangifte.²⁵

Rechtbank Noord-Holland 3 september 2019

De verdachte zou gedurende een periode van zo'n tien jaren de aangeefster stelselmatig hebben verkracht. Hij ontkende de beschuldigingen. De rechtbank sprak vrij omdat het bewijsmateriaal haar niet had kunnen overtuigen. Zij overwoog daartoe het volgende:

‘De rechtbank stel voorop dat zedenzaken zich doorgaans kenmerken door het feit dat in de regel slechts twee personen aanwezig zijn bij de veronderstelde seksuele handelingen: het veronderstelde slachtoffer en de veronderstelde dader.

25 Rb. Zeeland-West-Brabant 23 december 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:5914.

Wanneer dan zoals in dit geval de veronderstelde dader, te weten verdachte, de ten laste gelegde seksuele handelingen ontkent, leidt dat ertoe dat op die punten alleen de verklaring van het veronderstelde slachtoffer, als wettig bewijs beschikbaar is. Op grond van het bepaalde in artikel 342, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering is echter de enkele verklaring van het veronderstelde slachtoffer onvoldoende om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Hier staat tegenover dat in zedenzaken een geringe mate van steunbewijs in combinatie met de verklaringen van het veronderstelde slachtoffer reeds voldoende wettig bewijs van het ten laste gelegde kan opleveren.

In deze zaak doet zich het volgende voor.

Aangeefster heeft (...) aangifte gedaan van stelselmatige verkrachting door verdachte gedurende tien jaren in de periode van (kort gezegd) 1991 tot en met 2001. Op 21 februari 2017 heeft een aanvullend verhoor plaatsgevonden. Aangeefster heeft in haar aangifte en aanvullend verhoor uitgebreid verklaard over de aan verdachte verweten ontuchtige handelingen. Zij heeft daarin benoemd wat er volgens haar is gebeurd, alsmede wanneer en waar het misbruik heeft plaatsgevonden.

Anders dan de raadvrouw van verdachte stelt, is de rechtbank van oordeel dat in het dossier wel een geringe mate van steunbewijs te vinden is. De medische gegevens van aangeefster, waarin onder meer vanaf 2005 seksueel misbruik wordt genoemd, alsmede haar fysieke en psychische problemen nadien. Ook in de verklaringen van de ouders van aangeefster die, kort gezegd, verklaren dat de vrouw van verdachte aan hen heeft aangegeven dat verdachte tegenover haar heeft bekend seks met aangeefster te hebben gehad, kan enige steun worden gevonden. Aan de vereisten voor wettig bewijs is hiermee naar het oordeel van de rechtbank voldoende voldaan.

De rechtbank heeft echter niet de voor een bewezenverklaring vereiste overtuiging bekomen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het hem ten laste gelegde. Tegenover de aangifte van aangeefster en voornoemd steunbewijs staat de stellige ontkenning van verdachte. Ondanks het feit dat het steunbewijs voldoende wettig bewijs oplevert, is het onvoldoende van gewicht om de overtuiging van de rechtbank te dragen. Het in het dossier aanwezige steunbewijs betreft informatie die afkomstig is van aangeefster zelf of wordt weersproken door de vrouw van verdachte en biedt met name geen enkele specifieke steun voor de tenlastegelegde handelingen. Onder deze omstandigheden ontbreekt bij de rechtbank de vereiste overtuiging dat verdachte de tenlastegelegde feiten heeft gepleegd. De verklaring van verdachte ter zitting dat hij op meerderjarige leeftijd van aangeefster een affaire met haar heeft gehad waarbij is

gezoend en hij haar heeft betast, maakt dit – hoe ongepast dat gedrag van verdachte ook is – niet anders.

Nu de overtuiging ontbreekt om tot een bewezenverklaring van de tenlastegelegde feiten te komen, moet verdachte van het hem tenlastegelegde worden vrijgesproken.²⁶

Rechtbank Midden-Nederland 24 maart 2020

De verdachte stond terecht voor (subsidiair) het plegen van ontucht met een minderjarige beneden de leeftijd van 16 jaren. De rechtbank sprak hem vrij en overwoog daartoe:

‘Voldoende wettig bewijs?’

Zoals vaak het geval is bij zedendelicten komen de verklaringen van verdachte en degene namens wie aangifte is gedaan niet overeen. De rechtbank stelt in dit kader vast dat verdachte zowel tijdens zijn verhoor bij de politie als op de terechtzitting de tenlastegelegde handelingen, waarover [...] heeft verklaard, heeft ontkend en daarbij consistent is geweest in zijn uitleg.

De rechtbank is van oordeel dat de belastende verklaringen van [...] over de tenlastegelegde handelingen onvoldoende ondersteund worden door ander (steun)bewijs om te kunnen vaststellen dat verdachte die handelingen zou hebben verricht. Weliswaar bevinden zich in het procesdossier nog enkele andere verklaringen die belastend zijn voor verdachte, maar de rechtbank heeft geconstateerd dat al deze verklaringen zijn te herleiden tot één bron, te weten [...]. De rechtbank is daarom van oordeel dat er onvoldoende wettig en overtuigend bewijs is en dat verdachte van het subsidiair tenlastegelegde feit dient te worden vrijgesproken.²⁷

De bovenstaande feitenrechtspraak overziend, kan worden geconstateerd dat het in zedenzaken blijkbaar niet zozeer gaat om de proceshouding van de verdachte – die zal, in de meeste gevallen waarin de bewijsvraag een punt van aandacht is, de tenlastelegging toch wel (deels) ontkennen –, maar vooral om de vraag of er – los daarvan – voldoende wettig (en overtuigend) bewijsmateriaal voorhanden is om tot een bewezenverklaring te (kunnen) komen. De vraag of er consequenties aan de door de verdachte gekozen proceshouding zouden moeten worden verbonden, is in zedenzaken in de regel dan ook niet aan de orde. Is er voldoende wettig bewijsmateriaal, dan hoeft de rechter zich slechts af te vragen of dat materiaal hem ook daadwerkelijk heeft kunnen overtuigen. Wanneer dat het geval is, is er voor hem geen enkele aanleiding om in de bewijsmotivering nog uitdrukkelijk stil te

26 Rb. Noord-Holland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7517.

27 Rb. Midden-Nederland 24 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1099.

staan bij de omstandigheid dat bepaalde belastende aanwijzingen schreeuwen om een verklaring van de verdachte. Hebben de bewijsmiddelen hem daarentegen niet kunnen overtuigen, dan zal hij de verdachte (moeten) vrijspreken. Ook dan is er voor de rechter geen aanleiding om nog uitdrukkelijk stil te staan bij de proceshouding van de verdachte.

In de voorgestelde wetgeving waarin 'seks tegen de wil' strafbaar wordt gesteld, zal dit waarschijnlijk niet wezenlijk anders zijn. Weliswaar is het ontbreken van consensualiteit een kenmerkend delictsbestanddeel (dat bewezen zal moeten kunnen worden), maar uit de brief van de minister aan de Tweede Kamer kan worden afgeleid dat met de nieuwe strafbaarstelling wordt beoogd de 'bewijsrechtelijke lat' lager te leggen.²⁸ Men mag er dan ook vanuit gaan dat ook in de toekomstige situatie de (gedetailleerde) aangifte die gesteund wordt door enig steunbewijs, voldoende is om een bewezenverklaring op te baseren. Is er onvoldoende wettig bewijsmateriaal beschikbaar om tot een bewezenverklaring te kunnen komen, dan zal de rechter sowieso (moeten) vrijspreken. De door de verdachte gekozen procesopstelling kan daaraan niets veranderen. Betekent dit dan dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de mogelijke consequenties die de rechter kan verbinden aan het gebruik van het zwijgrecht door de verdachte dan helemaal zonder betekenis is in zedenzaken? Neen!

10 AFRONDING

De verdachte zal – ongeacht de aard en de ernst van de feiten waarvan hij wordt verdacht – gedurende het verloop van het strafproces (telkens) moeten nadenken over zijn procesopstelling. De keuze die hij maakt kan consequenties voor hem hebben. Hij doet er daarom (in de regel) verstandig aan zich omtrent die procesopstelling te laten adviseren door een raadsman. Het kan zin hebben de processtrategie in de loop van het proces aan te passen. De aanvankelijke beslissing om te zwijgen, kan op een later moment in de procedure tegen de verdachte gaan werken. Maar het is ook mogelijk dat een verdachte die er in eerste instantie voor heeft gekozen om mee te werken aan het onderzoek, er na verloop van enige tijd achter komt dat hij misschien toch maar beter zijn mond kan houden. Zwijgen, ontkennen en verklaren kunnen – afhankelijk van de omstandigheden – stuk voor stuk verstandige proceshoudingen zijn. Het feit dat de verdachte geen (inhoudelijke) verklaring heeft gegeven voor feiten en omstandigheden die belastend voor hem zijn en die schreeuwen om opheldering, kan (in bepaalde gevallen) bijdragen tot het bewijs tegen de verdachte. De beslissing om niet te verklaren is in zoverre geen vrijblijvende beslissing. Zij kan voor de verdachte nadelig uitpakken.

28 Kamerbrief, p. 2.

In zedenzaken is de aangifte (per definitie) een belangrijke bouwsteen in de bewijsconstruc-tie. De rechter zal stilstaan bij de betrouwbaarheid van de aangifte en zal onderzoeken of de aangifte voldoende steun vindt in ander bewijsmateriaal. Wanneer die steun er blijkt te zijn, is er niet veel meer nodig om de rechter te overtuigen. Zwijgen is daarom in zedenzaken meestal niet meest verstandige verdedigingsstrategie. Een verdachte die zijn mond houdt, brengt de rechter immers niet aan het twijfelen. De rechter heeft de zwijgende houding van de verdachte (in de regel) niet nodig als bewijshulpmiddel. Als aan het bewijsminimum van artikel 342, tweede lid, Sv is voldaan, zal hij tot een bewezenverklaring (kunnen) komen. Staat de aangifte op zichzelf – zonder steun in ander bewijsmateriaal – dan zal de rechter (vanzelfsprekend) moeten vrijspreken. Het hierboven besproken bewijshulpmiddel biedt dan geen soelaas, omdat de zaak daarvoor in dat geval te zwak is.

De verdachte die de rechter wil laten twijfelen, zal met een (plausibel) verhaal moeten komen. Dat heeft niets te maken met de bewijslastverdeling in zedenzaken of met de mogelijkheid die de rechter heeft om bij de bewijsoverwegingen te betrekken dat de verdachte geen aannemelijke, de redengevendheid van het belastende bewijs ontzenuwende, verklaring heeft gegeven. De rechter weegt het bewijsmateriaal en wanneer de verdachte ervoor kiest om niet te verklaren, wordt het verhaal dat de verdachte had kunnen vertellen eenvoudigweg niet meegewogen. De verdachte kan – wil hij gehoord worden – dan ook maar beter verklaren. Daar komt bij dat zwijgen in zedenzaken voor de verdachte meestal niet een natuurlijke reactie is. Hij zal in de regel juist willen verklaren. Het kan zijn dat hij schuld bewust is en om die reden wil bekennen, maar het kan natuurlijk ook zo zijn dat hij aan de rechter wil duidelijk maken dat hij geen verkrachter of ontuchtpleger is, of dat er geen sprake was van ‘seks tegen de wil’. In beide gevallen (schuldig of onschuldig) ligt zwijgen (in zedenzaken) niet voor de hand.

In zedenzaken, waarin de feitenrechter in het kader van de motivering van de bewijsbeslis-sing meestal niet uitdrukkelijk stilstaat bij de proceshouding van de verdachte, geldt (zoals in alle strafzaken) dat er voor de rechter die tot een bewezenverklaring komt, geen enkele ruimte mag zijn voor twijfel. De rechtspraak van de Hoge Raad, waarin wordt benadrukt dat de feitenrechter in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal mag betrekken dat de verdachte geen aannemelijke, de redengevendheid ontzenuwende verkla-ring geeft voor omstandigheden die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend kunnen zijn voor het bewijs, wijst – ook al wordt die rechtspraak door de feitenrechter niet uitdrukkelijk toegepast – die feitenrechter er immers (impliciet) op dat het voor een bewezenverklaring nodig is dat buiten redelijke twijfel is komen vast te staan dat de verdachte het hem tenlastegelegde feit heeft begaan (en dat hij anders – wanneer er sprake is van ‘*reasonable doubt*’ – de verdachte zou moeten vrijspreken). Wanneer er van de zijde van de verdachte geen alternatieve verklaring is gekomen in een op het eerste gezicht ‘ronde’ zaak, is er voor de rechter in principe geen

reden om te twijfelen aan het bewijs. Dit *‘reasonable doubt’*-beginsel wordt als algemene bewijsregel opgenomen in artikel 4.3.2.1, tweede lid, van het Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.²⁹

Het laatste woord is voor Tineke:

‘De rol van de verdachte op de terechtzitting zou in het licht van het bovenstaande eerder kunnen worden gekwalificeerd als een van persoonlijke vrijheid: hij heeft de mogelijkheid als persoon te kiezen wat hem wenselijk voorkomt. Die persoonlijke vrijheid om op eigen wijze te bepalen of en op welke wijze hij een bijdrage wil leveren aan het proces heeft voor hem wel vergaande consequenties.’³⁰

29 Ontwerpvoorstel ‘tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering’, 5 december 2017.

30 Cleiren, a.w., p. 154.