



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Empirie en strafrechtelijke feitenvaststelling

Dubelaar, M.J.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Dubelaar, M. J. (2021). Empirie en strafrechtelijke feitenvaststelling. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 649-660). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464141>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464141>

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

EMPIRIE EN STRAFRECHTELIJKE FEITENFASTSTELLING

Marieke Dubelaar

1 INLEIDING

In het najaar van 2019 schreef Harald Merckelbach een opinie in *NRC Handelsblad* onder de kop ‘de juristen een lesje leren’ over feitenvaststelling in het strafrecht.¹ Hij mengt zich daarbij in een lang lopend debat tussen juristen en wetenschappers uit andere disciplines; een debat dat in het verleden vaak op scherp werd gevoerd en bij tijd en wijle oplaait. Inzet van dat debat is de wijze waarop juristen met de selectie en waardering van bewijs omgaan. Juristen zouden van de empirische processen die aan de bewijsbeslissing ten grondslag liggen, geen kaas hebben gegeten en de criticasters zouden op hun beurt niet begrijpen hoe het recht in elkaar steekt. Merckelbach neemt het in zijn opinie op voor ‘de juristen’ en neemt daarin een onverwachte positie in door te stellen dat ‘het onverstandig [is] om de regels van het strafrecht te modelleren naar de mores in de empirische wetenschap’. Merckelbach gelooft naar eigen zeggen niet in de empirische wetenschap als rolmodel voor het strafrecht en wijst op een aantal bijzonderheden in het juridisch proces van bewijzen die zouden meebrengen dat de ‘gereedchapskist van de wetenschap’ niet of nauwelijks bruikbaar is.

Aan het debat over de juridische feitenvaststelling en bijbehorende ‘gereedchapskist’ heeft ook Tineke Cleiren een belangrijke bijdrage geleverd. Strafrechtelijke waarheidsvinding is een van de thema’s in haar veelzijdige werk, hetgeen ook past binnen de Leidse traditie waarin voor vragen van bewijs en bewijzen altijd veel aandacht is geweest. In dit verband kan onder meer worden gedacht aan het werk van Tineke Cleirens promotor A.L. Melai en haar wijlen collega Hans Nijboer die beiden de bewijsvraag in een bredere kentheoretische en interdisciplinaire context plaatsten.² In haar wetenschappelijke werk³ heeft Tineke Cleiren weliswaar oog voor de empirische kant van de bewijsbeslissing, zij benadrukt net

1 H. Merckelbach, ‘De juristen een lesje leren’, *NRC Handelsblad* 18 oktober 2019.

2 A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1968; J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1982; J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

3 In haar rol als lid en thans voorzitter van de Adviescommissie Afgesloten Strafzaken houdt zij zich ook met de praktische toepassing bezig. Zie over de rol van de ACAS in meer detail: C.P.M. Cleiren, ‘De ACAS als speler in een gelaagde procedure’, *E&R* 2018(6), p. 249-254.

als Merckelbach tevens het eigen karakter van de juridische feitenvaststelling.⁴ Voorts is zij kritisch over de wijze waarop private criticasters zich mengen in de strafrechtelijke waarheidsvinding en het maatschappelijk debat.⁵ ‘Schoenmaker blijf bij je leest’, zo schrijft zij in een bijdrage op dit thema, overigens zonder daarmee alle inbreng van buiten het juridisch veld te willen diskwalificeren.⁶

De kwestie die Merckelbach aanroert en die ook in het werk van Tineke Cleiren veelvuldig aan bod komt, vraagt om nadere reflectie. Welke conclusies moeten aan het eigen karakter van de juridische feitenvaststelling worden verbonden? Waarop dienen juristen zich te oriënteren in het streven naar waarheidsvinding of in ieder geval het nemen van beslissingen op een juiste feitelijke grondslag? Wat hoort nu wel en niet thuis in de gereedschapskist van de strafrechtsjurist? En valt er veel te ‘modelleren’ zoals bovenstaand citaat van Merckelbach suggereert? Deze vragen zijn weliswaar niet nieuw, maar nog steeds actueel mede in het licht van de lopende wetgevingsoperatie inzake de modernisering van het Wetboek van Strafvordering waarin de wetgever nog een aantal knopen (definitief) moet doorhakken.⁷ In deze bijdrage wordt – na een korte reflectie op de aard van de bewijsbeslissing – stilgestaan bij bovenstaande vragen en de voornaamste lessen die we kunnen trekken uit andere disciplines voor wat betreft de bewijsbeslissing. Wat zijn de opbrengsten van het decennialange debat en de voortdurende wisselwerking tussen disciplines en wat leggen die bloot over de werkwijzen en concepten in het recht? Daarbij gaat het niet zozeer om inzichten ten aanzien van de waardering van specifieke soorten bewijsmateriaal, maar om de inzichten die raken aan de bewijsbeslissing en het beslisproces als geheel.

4 Zie onder meer: C.P.M. Cleiren, ‘Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs’, in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen (red.), *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (Procesrechtelijke reeks NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-31.

5 Zie in dit verband: C.P.M. Cleiren, ‘Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico’s van private “deskundigen”-inbreng’, *Strafblad* 2008(3), p. 272-285. Zij stelt op p. 276 dat ‘de juridische waarheidsvinding meer [omvat] dan het vaststellen van feiten volgens die wetenschappen: het behelst het vormgeven van een feitencomplex binnen processuele kaders. De waarheid wordt “geconstrueerd”.’

6 Cleiren 2008, p. 282.

7 Op het moment van schrijven van deze bijdrage is de ambtelijke versie beschikbaar van het concept-wetsvoorstel (versie juli 2020 te raadplegen op rijksoverheid.nl).

2 DE AARD VAN DE BEWIJSBESLISSING IN STRAFZAKEN

De kritische aandacht voor de feitenvaststelling in het strafrecht dateert van de jaren '90 van de vorige eeuw.⁸ Met de verschijning van het boek 'Dubieuze zaken'⁹ ontspon zich een debat tussen rechtspsychologen en juristen waarbij de argumenten tot op de dag van vandaag resoneren.¹⁰ Een van twistpunten betreft de 'ware' aard van de bewijsbeslissing in strafzaken. De criticasters gaan ervan uit dat aan de bewijsbeslissing een empirisch proces ten grondslag ligt en juristen streng(er) moeten worden opgevoed¹¹ in de empirische wetenschappen om op deze wijze fouten – al dan niet uitmondend in rechterlijke dwalingen – te minimaliseren. Merckelbach lijkt in zijn opinie het empirisch gehalte van de bewijsbeslissing evenwel in twijfel te trekken en schaaft zich achter de juristen die hebben gewezen op de bijzonderheden van de strafrechtelijke bewijsbeslissing waardoor de kritiek van de hand kan worden gewezen. Deze bijzonderheden zijn onder meer gelegen in de gebondenheid van de rechter aan de tenlastelegging en het feit dat rechters – anders dan een wetenschapper – binnen een redelijke termijn een definitieve en binaire beslissing (vrijspraak of bewezenverklaring) moeten nemen.¹²

Dat roept de vraag op hoe beide perspectieven zich tot elkaar verhouden en wie dan het gelijk aan zijn zijde heeft. Is de bewijsbeslissing nu een juridische of een op de empirie gegroundveste beslissing? Het antwoord op die vraag is afhankelijk van het perspectief. De *beslissing* wordt in rechte genomen en wordt sterk gekleurd door het toepasselijke materiële recht; het betreft derhalve een juridische beslissing. Ook in het *proces van bewijzen* zien rechters zich gebonden aan allerlei regels ter zake van het type materiaal dat zij mogen gebruiken, de eisen die daarvoor gelden en de omstandigheden waaronder zij tot een bewezenverklaring mogen komen, inclusief de motivering daarvan. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het recht weliswaar een kader biedt waarbinnen de beslissing moet worden genomen, maar het eigenlijke beslisproces niet of nauwelijks normeert. Rechters die moeten beslissen in meer complexe feitelijke aangelegenheden, hebben aan het recht maar relatief weinig houvast. De activiteit van het bewijzen zelf heeft ook duidelijk

8 De wetenschappelijke aandacht voor de bewijsbeslissing is al veel ouder. Het bredere maatschappelijke debat hierover en populariserende literatuur is echter van recentere datum.

9 H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Olympos 1992.

10 Zie voor een meer uitvoerige bespreking van dat debat: M.J. Dubelaar, 'De rechtspsychologie en het strafrecht', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Routes van het recht. Over de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 49-65.

11 Merckelbach 2019.

12 Zie hierover ook Nijboer 2011, par. 10.4.2 en Van Koppen die de nodige kanttekeningen plaatsen bij de veelvuldig geschetste tegenstellingen tussen wetenschappelijk onderzoek en onderzoek in de rechtspraktijk. Wetenschappelijk onderzoek kent immers ook zijn beperkingen in omvang, tijd en methode. Zie P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs. Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2011, p. 21-22.

een empirische grondslag nu rechters op basis van waarneming en ervaring ‘ware’ of juiste uitspraken trachten te doen over hetgeen werkelijk is voorgevallen.¹³ Aan dergelijke feitelijke vaststellingen ligt derhalve een empirisch proces ten grondslag.¹⁴ Dat het recht de beslissing mede normeert en het proces van bewijzen binnen die context bepaalde ‘eigenaardigheden’ kent, ontnemt niet het empirisch karakter van de activiteit.

De vaststelling dat de bewijsbeslissing mede is gestoeld op een empirisch proces is om verschillende redenen relevant. Allereerst legitimeert het de inbreng vanuit andere disciplines omwille van de ruime ervaring met het doen van empirisch onderzoek en het redeneren met bewijs. De vaststelling is bovendien relevant voor de bewijsbeslissing zelf. De inductieve redeneerprocessen die aan de bewijsbeslissing ten grondslag liggen, kunnen immers nooit tot logisch dwingende conclusies leiden. Er is altijd ruimte voor onzekerheid, terwijl van de rechter wel een categorische beslissing (bewezen of niet bewezen) wordt verlangd. Om het inductieprobleem het hoofd te bieden, dienen ook alternatieve hypothesen of scenario’s in ogenschouw te worden genomen. Met name dat laatste heeft tot de nodige discussie binnen de juridische gelederen geleid, omdat het toetsen van hypothesen geen taak van de strafrechter zou zijn. Strafrechters zouden zich volgens sommigen uitsluitend moeten concentreren op het tenlastegelegde.¹⁵ Bij die gedachte wordt in paragraaf 3 nader stilgestaan. Tot slot is het empirisch karakter ook van belang voor de normering. Uit de aard van de zaak volgt immers dat de bewijsbeslissing niet alleen genormeerd wordt door het recht, maar ook vanuit de regels van de logica, de algemene methodologie en de waarschijnlijkheidsleer.¹⁶

Van belang is daarbij ook de ambitie die het strafrecht zichzelf stelt. Het strafrecht stelt zich tot doel de materiële waarheid te achterhalen. In dit verband wordt in de juridische doctrine wel gesproken van een proces van ‘waarheidsvinding’. Nu is waarheid een riskante term om te introduceren; niet alleen vanwege de epistemologische haken en ogen aan het streven naar de waarheid, maar ook omdat men snel verzandt in discussies over de formele en materiële waarheid. Over dat onderscheid is al veel geschreven, ook door Tineke Cleiren.¹⁷ In dit verband is het van belang te benadrukken dat hetgeen het recht zich tot doel

13 Bijvoorbeeld: was de verdachte nu wel of niet aanwezig op de plaats delict en is hij de persoon die de aldaar aanwezige personen met een vuurwapen heeft bedreigd?

14 Nijboer 2011, par. 1.3.2. Zie ook Aben die spreekt van een rationele grondslag gelegen in het met behulp van ervaringsregels objectief controleerbare conclusies trekken. Zie D.J.C. Aben, ‘Het geluid van stille getuigen. Over de toepassing van forensisch bewijs in de Nederlandse strafrechtspleging’, in: D.J.C. Aben & S. Van Overbeke, *Forensisch bewijs in het Nederlandse en Belgische strafrecht* (preadviezen NVVS), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 33.

15 Zie hierover onder andere: M.A. Loth, ‘Slappende rechters of dwalende deskundigen?’, *NJB* 2009/868, par. 2.

16 Zie ook Nijboer 2011 en Cleiren 2001, p. 20. Zo blijkt ook uit het feit dat als de rechter ‘zondigt tegen de regels van logica en argumentatieleer’ dan wel gevolgtrekkingen trekt die niet kunnen voortvloeien uit de vastgestelde feiten en omstandigheden, de Hoge Raad casseert. Zie Aben 2018, p. 55.

17 Zij stelt terecht dat – vanuit rechtsvergelijkend perspectief bezien – niet zozeer de aard van de waarheid verschilt, maar de wijze waarop deze wordt achterhaald. Zie Cleiren 2001, p. 13.

stelt, niet op één lijn kan worden gesteld met het uiteindelijke resultaat. Dat achteraf niet met zekerheid kan worden vastgesteld of de waarheid gevonden is en de waarheid in feite wordt geconstrueerd, wil niet zeggen dat algemeen methodologische principes en eisen van logica niet op het proces van bewijzen van toepassing zijn. De onbekendheid met de zogenaamde *ground truth* hoeft er ook niet aan in de weg te staan om de criteria, procedures en werkwijzen waarlangs feiten worden vastgesteld, tegen het licht te houden om met een wetenschappelijke bril te bezien in hoeverre zij bijdragen aan een accurate feitelijke beslissing. Van bepaalde werkwijzen of uitgangspunten kan wel degelijk – tot op zekere hoogte in ieder geval – worden bezien in hoeverre ze de rechter dichterbij of verder van ‘de waarheid’ brengen. Ook daarvoor zijn inzichten uit onder meer sociale wetenschappen, epistemologie en waarschijnlijkheidsleer van groot belang. Vanwege de kentheoretische haken en ogen aan het begrip waarheids*vinding* is het wellicht beter om in navolging van Berger in dit verband te spreken van het streven naar ‘een optimaal geïnformeerd rationeel oordeel’.¹⁸ De pretentie dat de waarheid wordt gevonden, kan het recht immers niet waarmaken.

Wat zijn nu de belangrijkste lessen die we kunnen trekken uit andere disciplines voor wat betreft het proces van bewijzen en de beslissing die daaruit volgt?

3 VERIFICATIE EN FALSIFICATIE

Een van de zaken die de wetenschap ons leert is het belang van falsificatie. Door de inrichting van het strafproces in Nederland ligt het accent sterk op verificatie, hetgeen overigens al lang door juristen wordt onderkend. De nadruk op het voorbereidend onderzoek heeft tot consequentie dat de rol van de rechter zich in hoofdzaak beperkt tot het verifiëren of de officier van justitie het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan terecht uit het tenlastegelegde heeft afgeleid. Eigen onderzoek door de zittingsrechter – anders dan het horen van de verdachte – vindt in de Nederlandse context maar in zeer bescheiden mate plaats, waardoor al direct een methodologische eigenaardigheid optreedt, namelijk dat de tenlastelegging in belangrijke mate wordt getoetst aan de hand van (grotendeels) hetzelfde materiaal waaruit deze is afgeleid.¹⁹ Het betreft dus in de kern een verificatoir proces, waarbij wordt gezocht naar bevestiging voor hetgeen is ten laste gelegd. Voor de kwaliteit van het rechterlijk beslisproces is evenwel noodzakelijk dat men

18 C.E.H. Berger, *De waarheidsvinding naar een hoger niveau* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2017, p. 3.

19 Zie ook Nijboer die stelt dat het verificatoire karakter van het onderzoek op de terechtzitting kan worden gezien als geconditioneerde toetsingsprocedure van de in de tenlastelegging vervatte hypothese. Zie Nijboer 2011, noot 131. Vgl. J.F. Nijboer, ‘Strafrechtelijk bewijs in de jaren ’90: meer dan een papieren werkelijkheid?’, *DD* 1990(2), p. 138-152.

alternatieve hypothesen in de beoordeling van het tenlastegelegde meeneemt. De risico's van een sterk op verificatie geënt proces werden manifest in de rechterlijke dwalingen die in afgelopen twee decennia aan het licht kwamen. Falsificatiepogingen kunnen in dat licht worden gezien als remedie tegen tunnelvisie.²⁰

De vraag is echter hoe dat proces van falsificatie dan vorm moet krijgen. Uitgangspunt is dat de rechter niet alleen kijkt naar hetgeen het Openbaar Ministerie aan bewijs aandraagt, maar ook naar wat de verdediging als alternatief scenario aanvoert. Het denken in termen van waarschijnlijkheden en falsificatie laat in ieder geval zien dat de stellingname – zoals die in het verleden wel werd beleden – dat juristen niet naar de werkelijkheid hoeven te kijken, maar alleen naar de gebeurtenis zoals die volgens de tenlastelegging heeft plaatsgevonden,²¹ niet langer houdbaar is. Als er informatie is die het tenlastegelegde tegensprekt, is dat wel degelijk een relevant gegeven en moeten rechters deze informatie in hun overwegingen meenemen. Sterker nog, we verwachten van de rechters (tot op zekere hoogte) dat zij daarnaar actief op zoek gaan. Door actief te zoeken naar bewijsmateriaal dat de tenlastelegging ontkracht, wordt het bewijs tegen de verdachte sterker indien dat bewijsmateriaal niet te vinden blijkt.²² Echter, het is niet duidelijk hoever rechters daarin moeten gaan.²³

Uit het promotieonderzoek van Maegherman blijkt dat rechters in hun streven naar falsificatie vooral zoeken naar aanknopingspunten of bewijsmateriaal dat het door de verdediging aangevoerde scenario *ontkracht*. Maegherman stelt in haar proefschrift dat dit echter ook een indirecte vorm is om steun te zoeken voor de tenlastelegging, derhalve in de kern een verificatoire strategie behelst. Rechters zouden ook moeten zoeken naar bewijsmateriaal dat alternatieve scenario's ondersteunt. Pas als dat bewijsmateriaal niet kan worden gevonden, kan worden gesproken van een geslaagde of daadwerkelijke poging tot *falsificatie*.²⁴ Bij het redeneren in alternatieve scenario's of hypothesen liggen ook valkuilen op de loer. Rechters die verlangen dat het alternatieve scenario met zekerheid kan worden uitgesloten en de verdachte om die reden vrijspreken, slaan ook de plank mis. Dan wordt de lat immers veel te hoog gelegd.²⁵ Dergelijke mechanismen worden echter

20 Zie op dit punt het recent verschenen proefschrift van E.F.L. Maegherman, *Facilitating Falsification in Legal Decision-Making: Problems in Practice and Potential Solutions* (diss. Maastricht en Göteborg), 2020, p. 62 en 75.

21 Zie A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 262 die stelt dat de rechter niet *mag* kijken naar wat er werkelijk is gebeurd.

22 Maegherman 2020, p. 62-63.

23 Zie op dit punt meer uitgebreid: 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(6), p. 445-446.

24 Maegherman 2020, p. 54 en 83.

25 Zie onder meer: J. de Groot, *DNA in het strafrecht. Hoe moet het niet? Hoe moet het wel?*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 155 en L. Stevens, *Onterechte vrijspraken? Over hoe de rechter redeneert met een alternatief scenario van de verdachte* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 17 en 37.

alleen zichtbaar als met een meer wetenschappelijke bril naar de bewijsbeslissing wordt gekeken. Dat niet duidelijk is hoever rechters in hun pogingen tot falsificatie moeten gaan en blijken te worstelen met die ‘opdracht’,²⁶ betekent mijns inziens evenwel niet dat het niet thuishoort in hun gereedschapskist. Het legt wel bloot dat er voor juristen in dit opzicht nog het nodige uit te dokteren valt ten aanzien van wat binnen de bandbreedte van de juridische procedure tot de mogelijkheden behoort en wie in dit opzicht welke verantwoordelijkheid draagt.²⁷

4 BEWIJSMATERIAAL EN BEWIJSMIDDELEN

De waarschijnlijkheidsleer leert ons voorts dat alternatieven niet alleen op het niveau van het tenlastegelegde in ogenschouw dienen te worden genomen, maar ook op het niveau van de individuele bewijsstukken. Bewijsmateriaal verandert de waarschijnlijkheid van twee hypothesen ten opzichte van elkaar (oftewel hun onderlinge kansverhouding).²⁸ Het bezien van bewijsmateriaal vanuit twee concurrerende hypothesen helpt de rechter om een inschatting te maken van de waarde van de daarin besloten liggende informatie en de mate waarin de kansverhouding tussen de hypothesen verschuift. Bewijsmateriaal discrimineert alleen in belastende zin als de bevinding onder de hypothese van schuld (zoals vervat in de tenlastelegging) waarschijnlijker is dan onder de hypothese van onschuld (vervat in een alternatief scenario).²⁹ Daarbij bepaalt de zeldzaamheid van de bevinding de waarde van het bewijsstuk, hetgeen overigens niet alleen geldt voor forensisch-technisch bewijsmateriaal maar voor alle soorten bewijsmateriaal. Alle bewijsmateriaal is probabilistisch van aard; ook een vingerafdruk³⁰ of een verklaring van een getuige die zegt de verdachte

26 Zie hierover ook het proefschrift van Maegherman die rechters op dit punt heeft bevraagd (Maegherman 2020, p. 77-79 en 81).

27 Idealiter heeft de politie namelijk in dit opzicht al het nodige werk verricht door tijdens het opsporingsonderzoek ook andere onderzoekslijnen te exploreren. Hoe meer informatie voorhanden is, hoe minder rechters hoeven te ondernemen en hoe eenvoudiger het voor hen is om bepaalde alternatieve scenario's met kracht van argumenten te weerleggen. De realiteit is dat de politie zelf ook worstelt met de opdracht om alternatieve scenario's in hun onderzoek mee te nemen en de verdachte soms pas in een relatief laat stadium met een alternatief scenario komt.

28 Berger 2017, p. 4. Hij noemt de bewijskracht ‘de update-factor voor onze overtuiging, de update-factor voor de kansverhouding’. Bewijskracht wordt uitgedrukt in de vorm van *likelihood ratio* oftewel aannemelijkheidsverhouding.

29 Ook als de verdachte geen alternatief scenario aanvoert, maar zich beroept op zijn zwijgrecht, moet gekeken worden hoe waarschijnlijk de bevindingen zijn wanneer de verdachte het feit niet heeft gepleegd (een generiek onschuldscenario).

30 Weliswaar wordt bij vingerafdrukken in categorische termen gerapporteerd (match/geen match), absolute zekerheid dat de vingerafdruk ook daadwerkelijk van de verdachte afkomstig is, is er niet. Zie A.P.A. Broeders, ‘Forensisch bewijs’, in: M.M. Boone & C.H. Brants (red.), *Criminologie en Strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma 2020, p. 125-173.

met 100% zekerheid te herkennen. Rechters hebben soms moeite het probabilistische karakter van bewijs te herkennen en om daarmee om te gaan, onder meer omdat zij gewend zijn te redeneren vanuit vaststaande feiten.³¹ Zij kunnen er evenwel niet omheen, nu het Nederlands Forensisch Instituut is overgegaan tot wat wordt aangeduid ‘logisch correct rapporteren’, waarbij onderzoeksbevindingen in toenemende mate worden gepresenteerd vanuit twee hypothesen (in de vorm van een aannemelijkheidsverhouding).³² Deskundigen doen daarbij een uitspraak over de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothesen, rechters moeten precies het omgekeerde doen. Zij oordelen over de waarschijnlijkheid van de hypothesen gegeven de bevindingen.³³ Dat zijn inzichten die relevant zijn voor het denken over bewijzen in het strafrecht, maar ook voor de praktijk, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de rolverdeling tussen de rechter en de deskundige. Het geeft de rechter in ieder geval handvatten om een betere inschatting te maken van de waarde van het beschikbare bewijsmateriaal.

Het laat voorts zien dat het niet zo zinvol is om alleen naar ‘bewijs’ te kijken als belastende gegevens. Bewijsmateriaal kan in twee richtingen wijzen: richting (de hypothese van) schuld of richting (de hypothese van) onschuld. Informatie neergelegd in het dossier of ter terechtzitting naar voren gebracht kan met andere woorden in ontlastende en belastende zin meewerken.³⁴ Dat zal overigens ook geen strafrechtjurist ontkennen. Met belastend bewijs wordt echter in de Nederlandse strafrechtelijke context op een andere manier omgegaan dan met ontlastend bewijs. Het Nederlandse stelsel neemt namelijk ‘bewijsmiddelen’ als aanknopingspunt,³⁵ alleen belastend bewijsmateriaal krijgt dat predicaat en wordt derhalve door het negatief-wettelijke bewijsstelsel genormeerd.³⁶ Ontlastend bewijsmateriaal kan en moet wel degelijk door de rechter in ogenschouw worden genomen, maar het recht stelt in dat verband geen nadere eisen. In ontlastende zin mag de rechter met alles rekening houden. Men zou zelfs kunnen stellen dat we daarvoor een geheel vrij bewijsstelsel kennen. Op zichzelf valt het te begrijpen dat aan bewijsmateriaal dat in

31 J.W. de Keijser e.a., *Bijkans begrepen? Feitelijk en vermeend begrip van forensische deskundigenrapportages onder rechters, advocaten en deskundigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016; M. Malsch e.a., ‘Hoe hard is DNA-bewijs? Internationaal-vergelijkend onderzoek naar de interpretatie van DNA-profielen’, *NJB* 2016/882, p. 1261-1266. Zie voorts K. Twisk, M.J. Dubelaar & C.E.H. Berger, ‘De kenniskloof verkend: een onderzoek naar de waardering van (complex) DNA-bewijs in strafzaken’, *E&R* 2019(3), p. 105-111.

32 C.E.H. Berger, ‘Criminalistiek is terugredeneren’, *NJB* 2010(13), p. 784-789; C.E.H. Berger, ‘Het juiste gewicht in de schaal’, *AA* 2010(7), 499-501.

33 Broeders 2020, p. 133.

34 Bewijsmateriaal maakt de tenlastegelegde toedracht ofwel meer ofwel minder waarschijnlijk. Bewijsmateriaal dat niet discrimineert tussen het schuld- en onschuldscenario, heeft geen bewijswaarde. Een reden om dergelijk materiaal toch in de bewijsconstructie op te nemen, is het afdekken van bepaalde onderdelen van de tenlastelegging, bijvoorbeeld de leeftijd van het slachtoffer met wie ontucht is gepleegd.

35 In artikel 338 Sv staat dat de rechter zijn overtuiging *dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan* slechts kan baseren op de inhoud van de wettige bewijsmiddelen.

36 Zie in gelijke zin: G. Haverkate, ‘Redactioneel. Opdracht aan de deskundige. Ook mogelijk zonder benoeming?’, *E&R* 2019(2), p. 62.

belastende zin wordt gebruikt – omwille van de onschuldpresumptie – strengere eisen worden gesteld dan aan ontlastend bewijsmateriaal. Het punt is echter dat rechters in hun vonnis aan de weging van het aanwezige ontlastende bewijs niet expliciet aandacht hoeven te besteden. De lezer zal het in de opsomming van bewijsmiddelen niet tegenkomen, nu alleen belastend bewijsmateriaal redengevend kan zijn. Voorheen hoefde de rechter niet te motiveren waarom hij niet overtuigd was geraakt van de schuld van de verdachte. Thans is een dergelijke motivering op grond van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv wel vereist, indien de officier van justitie in dezen een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt heeft ingenomen strekkende tot een veroordeling.

Dat voor ontlastend bewijs andere (of in feite: geen) juridische regels gelden, leidt ook wel tot onduidelijkheden of misverstanden. Een voorbeeld is de discussie over de vraag of een deskundigenverslag dat is ingebracht door de verdediging zonder dat daaraan een formele benoeming is voorafgegaan, nu wel of niet een wettig bewijsmiddel is.³⁷ Die discussie miskent dat materiaal dat van de zijde van de verdachte in ontlastende zin wordt ingebracht, in beginsel geen bewijsmiddel is (of zal worden³⁸) en dus ook niet hoeft te voldoen aan de vereisten van artikel 344 lid 1 sub 4 Sv.³⁹ Het is volgens de Hoge Raad aan de rechter overgelaten om de waarde van een dergelijk rapport te bepalen.⁴⁰ Als het rapport zich in het dossier bevindt, is het een processtuk en mag de rechter er rekening mee houden. Een bewijsmiddel is het evenwel niet.⁴¹ In de Anglo-Amerikaanse context is het anders. Daar wordt zowel belastend bewijsmateriaal als ontlastend bewijsmateriaal genormeerd door de bestaande *admissability rules*.

5 DE BEWIJSSTANDAARD

Het waarschijnlijkheidsdenken heeft ook mede de aanzet gegeven tot een nadere reflectie op het beslissingscriterium of de bewijstandaard. Zoals hierboven aangegeven, leiden inductieve redeneerprocessen nooit tot logisch *dwingende* conclusies, terwijl van de rechter wel een ‘categorische’ beslissing wordt verlangd. Met andere woorden, er zal – in de woorden van Tineke Cleiren – altijd een ‘sprong’ moeten worden gemaakt,⁴² van een hoge

37 Zie hierover bijvoorbeeld: M. Visser, ‘Wie of wat is een deskundige? Een uitwerking van een rechtsgebied overstijgende definitie van het deskundigenbegrip’, *E&R* 2019(4), p. 147-148.

38 Bewijsmateriaal krijgt pas de status van bewijsmiddel op het moment de rechter het ook daadwerkelijk aan zijn beslissing ten grondslag legt en als zodanig in zijn beslissing onder de bewijsmiddelen opneemt (het verkorte vonnis even daargelaten).

39 Zie ook Haverkate 2019, p. 61-63.

40 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8821, NJ 2011/516, m.nt. J.M. Reijntjes.

41 Tenzij de rechter in weerwil van de bedoelingen van de verdediging er toch belastende informatie aan ontleent.

42 C.P.M. Cleiren, ‘De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen’, *RMThemis* 2010(5/6), p. 259-267.

mate van waarschijnlijkheid naar (juridische) ‘zekerheid’, hetgeen meebrengt dat fouten onvermijdelijk zijn. Als wordt geaccepteerd dat aan de bewijsbeslissing altijd een impliciete of expliciete waarschijnlijkheidsredenering (of wellicht beter: inschatting) ten grondslag ligt, rijst de vraag bij welke mate van waarschijnlijkheid de rechter overstag mag gaan.⁴³ Deze kwestie speelt niet alleen in relatie tot de bewijsvraag, maar ook in relatie tot andere vragen, bijvoorbeeld bij de vraag naar de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden of bij de strafmaat.⁴⁴ Voor de bewijsbeslissing geldt dat de rechter overtuigd moet zijn dat de verdachte het tenlastegelegde heeft gepleegd alvorens hij tot een positieve bewijsbeslissing mag overgaan.⁴⁵ Tineke Cleiren heeft in haar artikel over de rechterlijke overtuiging laten zien dat het begrip overtuiging op veel uiteenlopende wijzen kan worden en ook wordt uitgelegd.⁴⁶ Zij zelf koppelt de overtuiging aan de sprong die de rechter moet maken.⁴⁷ Er zijn tevens auteurs die de overtuiging zien als de bewijsstandaard zelf en meer uitleggen in de richting van het Anglo-Amerikaanse criterium dat stelt dat de verdachte bij redelijke twijfel moet worden vrijgesproken en vertalen dit naar het waarschijnlijkheidsdenken.⁴⁸ Dat over de invulling van het begrip overtuiging veel onduidelijkheid bestaat, is problematisch nu dit het enige juridische criterium betreft dat de bewijsbeslissing in het hart raakt.⁴⁹ Het denken in termen van waarschijnlijkheden dwingt juristen echter wel om positie te bepalen ten aanzien van de functie en invulling van het criterium.

43 Hierover is met name in de Anglo-Amerikaanse literatuur veel geschreven, maar ook in Nederland. Zie bijvoorbeeld: E. Rassin, ‘Het is wettig en overtuigend bewezen, althans de kans is 99%. Overwegingen bij het kwantificeren van de strafrechtelijke overtuiging’, *E&R* 2017(1), p. 4-7.

44 R.H. Jansen, ‘In dubio pro reo bij strafuitsluitingsgronden?’, *NJB* 2020(2), p. 127-129; W.H.B. Dreissen, ‘Het bewijs van excepties’, *Boom Strafblad* 2020(4), p. 232-238.

45 Artikel 338 Sv kent nog meer eisen, namelijk dat de rechter zijn beslissing baseert op hetgeen ter terechtzitting is verhandeld, maar de overtuiging is het enige criterium dat kan worden aangemerkt als beslis criterium.

46 Cleiren 2010, p. 261.

47 Cleiren 2010, p. 266-267.

48 Nijboer spreekt in dit verband van een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid. Zie Nijboer 2011, par. 2.5.3.

49 De wetgever is voornemens om in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering naast de overtuiging ook het criterium van redelijke twijfel als bewijscriterium op te nemen. Zie het voorgestelde artikel 4.3.7 in de ambtelijke versie van juli 2020 waarin in lid 2 is opgenomen dat de rechter alleen tot een bewezenverklaring kan komen als buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan en in lid 3 staat dat de rechter moet vrijspreken als hij niet overtuigd is. Zie voor de haken en ogen aan deze constructie C.P.M. Cleiren & M.J. Dubelaar, ‘Modernisering van het strafrechtelijk bewijsrecht’, *RMThemis* 2018(5), p. 191-203 en M.J. Dubelaar, ‘Redactioneel. Nadere gedachten over de vervanging van het begrip overtuiging in strafzaken’, *E&R* 2019(1), p. 1-3.

6 TOT BESLUIT

Voornoemde voorbeelden illustreren dat het wel degelijk nuttig is om met een meer wetenschappelijke bril naar de bewijsbeslissing te kijken.⁵⁰ De bijzonderheden of eigenaardigheden van de strafprocesrechtelijke context staan daar geenszins aan in de weg. Wetenschappers uit andere disciplines dragen inzichten aan vanuit hun eigen kaders en het is aan de jurist om vervolgens de vertaalslag te maken en die inzichten in zijn of haar gereedschapskist op te nemen. De vraag is evenwel of er zoveel te modelleren valt voor de wetgever en hoe wenselijk een strakke(re) normering van de bewijsbeslissing is. De discussie over hoe strak de bewijsbeslissing moet worden genormeerd is al een heel oude en wordt ook binnen de juridische gelederen gevoerd.⁵¹ Geconstateerd moet worden dat de regels in het Wetboek van Strafvordering die de rechter moesten binden voor wat betreft (het gebruik van) bepaalde typen bewijsmateriaal, grotendeels zijn uitgehouden.⁵² Zelf ben ik er geen groot voorstander van om het rechterlijk beslisproces in allerlei regels te proberen te vangen of methodologische regels te codificeren. Het is immers zeer de vraag of het introduceren van allerlei *hard and fast rules* de accuratesse van rechterlijke beslissingen daadwerkelijk bevordert.⁵³ Het is van belang om juristen sensitiever te maken voor empirische kwesties, maar het is een illusie om te denken dat dit type complexe beslisprocessen geheel in juridische regels en waarborgen te vangen zijn. Dat betekent niet dat de wet en het recht in dezen helemaal niets kunnen betekenen. Een meer objectief geformuleerde bewijsstandaard en een zuiver gebruik van begrippen zijn een eerste stap in de goede richting. Zoals Tineke Cleiren en ik eerder hebben betoogd, valt daar ook in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering nog wel het nodige te winnen.⁵⁴

Er moet echter ruimte zijn en blijven voor voortschrijdend inzicht. Dat is de kern van het wetenschappelijk debat en gedachtenvorming. We laten ons voeden door nieuwe inzichten, luisteren naar elkaar en proberen op een constructieve wijze oplossingen te zoeken voor geconstateerde problemen en de theorievorming aan te vullen. In haar genuanceerde en kritische benadering werd Tineke Cleiren niet telkens begrepen,⁵⁵ maar

50 De rechter ontkomt er ook niet aan nu de bevindingen vanuit het NFI ook op die wijze worden gepresenteerd, wat direct de vraag oproept hoe dit zich laat inpassen in de eigen beslissing.

51 Zie onder meer Nijboer 2011, par. 10.4.1; M.J. Dubelaar, 'Vorming of uitholling van recht? De normering van de strafrechtelijke bewijsbeslissing door de Hoge Raad', AA 2015(6), p. 528-538.

52 Daar staat tegenover dat er mede onder invloed van het EVRM allerlei bewijsmotiveringsvoorschriften zijn bijgekomen.

53 De enige *hard en fast rule* die in ons Wetboek van Strafvordering was opgenomen, namelijk dat de verklaring van medeverdachten niet bruikbaar is voor het bewijs, is door de praktijk vakkundig omzeild. Zie over deze constructie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 810-812.

54 Cleiren & Dubelaar 2018.

55 Zie W.A. Wagenaar, H. Israëls & P.J. van Koppen, *De slapende rechter. Waarom het veroordelen van burgers niet alleen aan de rechter kan worden overgelaten*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009, p. 205 die hard

zij ging de dialoog wel aan. Daarin heeft zij de waarden en idealen van het strafproces altijd actief uitgedragen en de eigenheid van de strafvorderlijke procedure benadrukt, maar mét oog voor de interdisciplinaire context. De vertaling van inzichten uit andere disciplines naar de theorie en praktijk van het recht is veelal niet eenvoudig en vraagt om nadere doordenking in relatie tot bestaande concepten en rolverdelingen. Het heeft geen zin om van het recht een karikatuur te maken door uitsluitend te wijzen op de bijzonderheden van de procedure enerzijds of de tekortkomingen van ‘de’ jurist anderzijds. Het is niet zwartwit. Wij kunnen als juristen de buitenwereld ook niet buitensluiten. Natuurlijk kan het eigen karakter van de juridische feitenvaststelling een verklaring bieden voor bepaalde juridische praktijken, het wordt tegelijkertijd door sommigen gebruikt om het proces te immuniseren voor kritiek van buitenaf. Daar is noch de rechtswetenschap, noch de rechtspraak mee geholpen.

oordelen naar aanleiding van een interview dat zij heeft gegeven voor *NRC Handelsblad*. Zie voor een reactie op deze kritiek Loth 2009, par. 2.