

Wanneer bewijzen niet een vanzelfsprekendheid is.

De redengevendheid als waarborg bij indirecte bewijsconstructies?



Auteur: Sara van der Krabben

Master I: Rechtsgeleerdheid, Accent Strafrecht, Universiteit van Tilburg (UvT)

Master II: Forensica, Criminologie & Rechtspleging, Universiteit Maastricht (UM)

ANR/UM-nummer: U0163892/I6036598

Datum: juli 2013

1^{ste} begeleiders: mr. S.R.B. Walther (UvT) & mr. dr. D. de Vocht (UM)

2^{de} begeleider: prof. mr. T. Kooijmans (UvT)



Wanneer bewijzen niet een vanzelfsprekendheid is.

De redengevendheid als waarborg bij indirecte bewijsconstructies?

Auteur: Sara van der Krabben

Master I: Rechtsgeleerdheid, Accent Strafrecht, Universiteit van Tilburg (UvT)

Master II: Forensica, Criminologie & Rechtspleging, Universiteit Maastricht (UM)

ANR/UM-nummer: U0163892/I6036598

Datum: juli 2013

1^{ste} begeleiders: mr. S.R.B. Walther (UvT) & mr. dr. D. de Vocht (UM)

2^{de} begeleider: prof. mr. T. Kooijmans (UvT)







Inhoudsopgave

'Er is geen getuige zo vreselijk, Geen aanklager zo verschrikkelijk, Als het geweten dat in het hart van ieder mens woont.' - Polybios

Voorwoord	9
Hoofdstuk 1 Inleiding	11
1.1 Introductie; de Moord zonder lijk strafzaak	11
1.2 Probleemstelling	12
1.2.1 Wetenschappelijke relevantie	15
1.2.2 Maatschappelijke relevantie	15
1.3 Centrale onderzoeksvraag	15
1.4 Leeswijzer	16
Hoofdstuk 2 Een absolute of materiële waarheid?	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Verschillende waarheidsconcepties	18
2.2.1 De correspondentietheorie	18
2.2.2 De coherentietheorie	18
2.2.3 De constructietheorie	19
2.3 Standpunten over de verschillende waarheidsconcepties in de wetenschappelijke literatuur	20
2.4 Het streven naar de waarheid	21
2.5 Waarheidsvinding niet tot elke prijs	23
2.5.1 Gebondenheid aan regels	23
2.5.2 Waarheidsvinding en rechtsbescherming	24
2.6 De Moord zonder lijk strafzaak; de waarheid en indirecte bewijsconstructies	25
2.7 Tussenconclusie	26



Hoofdstuk 3 De sprong vanuit het perspectief van het straf(proces)recht	29
3.1 Inleiding	29
3.2 De ‘sprong’ afkomstig van Scholten vertaalt naar het straf(proces)recht	30
3.2.1 <i>Element I; ‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’</i>	30
3.2.2 <i>Element II; Rationele en irrationele elementen</i>	31
3.2.3 <i>Element III; Het rechtsoordeel</i>	33
3.2.3.1 <i>De sprong van Scholten</i>	33
3.3 De strafrechtelijke interpretaties op de sprong van Scholten	34
3.4 De strafrechtelijke sprong	36
3.5 De A73-strafzaak; de sprong en indirecte bewijsconstructies	38
3.6 Tussenconclusie	40
Hoofdstuk 4 De redengevendheid van het bewijsmateriaal	43
4.1 Inleiding	43
4.2 De redengevendheid van het bewijsmateriaal	43
4.3 Het niet te beredeneren onderdeel van de redengevendheid; de praktische wijsheid	45
4.4 Het bewijsobject; aspect I – de relevantie	47
4.5 Het bewijsmateriaal; aspect II – de selectie en waardering	49
4.6 Het logische verband; aspect III – de mate van waarschijnlijkheid	50
4.6.1 <i>Een logisch of onlogisch verband; directe en indirecte bewijsconstructies</i>	50
4.6.2 <i>De mate van waarschijnlijkheid; een op generalisaties gebaseerde redenering</i>	51
4.6.3 <i>De motivering van de redengevendheid</i>	54
4.6.4 <i>De controle op de redengevendheid</i>	57
4.7 Een uitbreiding van de motiveringsplicht; bijzondere bewijsverweren	58
4.7.1 <i>Dakdekkersverweren; aspect I</i>	58
4.7.2 <i>Bijzondere bewijsconstructies en Meer- en Vaartverweren; aspect III</i>	59
4.7.3 <i>De uitdrukkelijk onderbouwde standpunten; art. 359 lid 2 2^{de} volzin WvSv</i>	60
4.8 De Moord zonder lijk strafzaak; de redengevendheid en indirecte bewijsconstructies	62

4.9 Tussenconclusie	66
Hoofdstuk 5 De rechterlijke overtuiging	71
5.1 Inleiding	71
5.2 De rechterlijke overtuiging in historisch perspectief	71
5.3 De huidige functie en inhoud van de rechterlijke overtuiging	73
5.3.1 <i>Standpunten over de rechterlijke overtuiging in de wetenschappelijke literatuur</i>	73
5.3.2 <i>De rechterlijke overtuiging in de praktijk</i>	75
5.4 De (brug)functie van de rechterlijke overtuiging; wetenschappelijk en normatief	76
5.4.1 <i>Het te beredeneren gedeelte; de wetenschappelijke brugfunctie</i>	78
5.4.2 <i>Het niet te beredeneren gedeelte; de normatieve brugfunctie</i>	80
5.5 De weduwe Bruil strafzaak; de rechterlijke overtuiging en indirecte bewijsconstructies	82
5.6 Tussenconclusie	84
Hoofdstuk 6; Rechtspsychologische inzichten	87
6.1 Inleiding	87
6.2 Het belang van denken in alternatieve scenario's bij indirecte bewijsconstructies	88
6.3 De Bayesiaanse methode; de wiskundige variant	90
6.3.1 <i>De prior odds; voorafgaand aan de waarneming</i>	92
6.3.2 <i>De likelihood ratio; de bewijskracht</i>	93
6.3.3 <i>De posterior odds; verificatie en falsificatie</i>	93
6.4 De Theorie van Verhaal en Verankering; de beschrijvende variant	94
6.5 De Nederweert-strafzaak; het denken in alternatieve scenario's en indirecte bewijsconstructies	97
6.6 Tussenconclusie	101
Hoofdstuk 7 Conclusie	103
7.1 De waarheid, de sprong en indirecte bewijsconstructies	103
7.2 De huidige stand van zaken omtrent de motivering van de redenevendheid	104
7.3 Conclusie; de waarborg(en)	105



Hoofdstuk 8 Aanbevelingen	107
8.1 Aanbeveling I; een uitgebreidere motivering van de redengevendheid	107
<i>8.1.1 De voordelen van een uitgebreidere motivering van de redengevendheid</i>	108
8.2 Aanbeveling II; het scenario denken	111
Hoofdstuk 9; Referenties	113



Voorwoord

'High expectations are the key to everything' – Sam Walton

juni 2013

Deze thesis heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. Desondanks ligt er nu een thesis voor u, waarvan ik vind dat ik in alle eerlijkheid mag zeggen dat ik trots ben op het resultaat. Het begin, maar ook het schrijven en het vele malen herschrijven was zowel juridisch als qua formulering een enorme uitdaging. Een uitdaging die ik met twee handen heb aangegrepen en gedurende het gehele proces mij steeds weer opnieuw op de proef heeft gesteld. Door het gekozen onderwerp, het bewijsrecht en het puzzelen dat daarmee gepaard gaat, kon ik mij ook steeds weer opnieuw er toe zetten om dat gevecht aan te gaan. Alhoewel ik ook wel blij ben dat het er op zit en een nieuwe uitdaging op me wacht, het zoeken van 'echte' baan.

Voordat ik aan die nieuwe uitdaging begin wil ik eerst nog even benadrukken dat deze thesis niet zonder hulp van mijn kritische en trouwe begeleiders en vele anderen, in het bijzonder (mr. dr.) Wilma Dreissen, (prof. dr. C.P.M.) Tineke Cleiren en (dr. J.T.) Han Israëls, alsook Myriam Beckers en Ben van der Krabben en uiteraard mijn ouders, tot stand had kunnen komen. De vele sprongen die ik steeds samen met hun heb gemaakt, en soms ook een sprong terug, hebben er toe geleid dat het dat is geworden wat ik voor ogen had als eindresultaat van 7,5 jaar studie.

De studie HBO-Rechten die vanuit de praktijkgerichte aanpak het praktische aspect heeft geleverd, namelijk het gebruik maken van praktijkvoorbeelden. De Master Rechtsgeleerdheid als basis voor het toch wel juridisch zeer complexe onderwerp van de redenevendheid van het bewijsmateriaal. En als laatste de Master Forensica, Criminologie en Rechtspleging die naast uiteraard een extra juridische achtergrond ook een geheel nieuwe onderdeel heeft kunnen toevoegen aan deze thesis, namelijk het rechtspsychologisch aspect. Kortom deze combinatie van vele invalshoeken heeft bijgedragen aan een, naar ik hoop, veelzijdige thesis. Ik hoop dan ook dat deze thesis het debat rondom de redenevendheid van het bewijsmateriaal, en daarmee de indirecte bewijsconstructies, een nieuw leven in zal blazen en mogelijk tot vernieuwende inzichten zal leiden zowel bij de rechterlijke macht als bij andere disciplines in het strafrecht.



Iedereen die op welke manier dan ook zijn of haar steentje heeft bijgedragen aan deze thesis heeft het daarmee mogelijk gemaakt dat ik nu met een Meester titel door het leven mag gaan.

Dankjewel daarvoor!



1

Inleiding

De redengevendheid als waarborg voor indirecte bewijsconstructies?

§ 1.1 Introductie; de Moord zonder lijk strafzaak

Op de website van nu.nl stond op 26 januari 2011 een artikel met de kop: ‘Verdachte moord op fotograaf blijft zwijgen’. De eerste twee alinea’s uit het artikel luiden als volgt:

‘De 40-jarige Frans J. uit Oosterbeek, die wordt verdacht van de moord op amateurfotograaf Henk Peters (41) uit Doorwerth, blijft zich beroepen op zijn zwijgrecht. Hij hoorde woensdag achttien jaar cel tegen zich eisen. Peters verdween op 29 april 2009 tijdens de Koninginnenacht in Arnhem.

Zijn lichaam is nooit gevonden, maar in de auto van J. werden zijn bloedsporen aangetroffen. Ook bleek J. in het bezit van een ladeblok waarin zich foto’s, huissleutels, het rijbewijs en een creditcard van Peters bevonden. J. kon die vondsten niet verklaren. Tijdens verhoren liet hij zich echter ontvallen: ‘Ik weet meer dan ik zeg, ik vertel later meer.’

Het is de rechtbank Arnhem¹ die Frans J. van moord/doodslag vrijspreekt. De rechtbank overweegt daartoe dat in deze strafzaak *geen direct bewijs* voorhanden is dat verdachte, al dan niet in samenwerking met een ander of anderen, opzettelijk geweld op het slachtoffer heeft uitgeoefend, laat staan direct bewijs voor voorbedachte rade. Bovendien acht de rechtbank het andere denkbare scenario dat de verdachte alleen van de verdwijning heeft geprofiteerd en zich de auto heeft toegeëigend niet onaannemelijk.²

Het gerechtshof Arnhem³ daarentegen veroordeelt Frans J. voor moord tot 18 jaar gevangenisstraf. Het gerechtshof stelt, net als de rechtbank, vast dat het niet anders kan dan dat het slachtoffer door geweld om het leven is gebracht. Het gerechtshof *leidt* echter, anders dan de rechtbank, uit een groot aantal voor de verdachte zeer belastende feiten en omstandigheden *af* dat de verdachte rechtstreeks was betrokken bij de verdwijning van het slachtoffer. Het gerechtshof acht van belang dat voor zover mogelijk andere denkbare scenario’s zijn onderzocht. Verder dat de verdachte, die zich steeds op zijn zwijgrecht beroept, zelf geen enkele opheldering heeft gegeven over de voor hem belastende gegevens.⁴

¹ Rb. Arnhem 9 februari 2011, *LJN* BP3749.

² <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: moord zonder lijk, datum: 27 mei 2013.

³ Gerechtshof Arnhem 4 mei 2012, *LJN* BW 4764.

⁴ <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: moord zonder lijk, datum: 27 mei 2013.



In zowel bewijstechnisch ingewikkelde als (relatief) eenvoudige strafzaken bestaat het risico om een onschuldige te veroordelen of een schuldige vrijuit te laten gaan. Dit dilemma wordt echter nog gecompliceerder indien wel een aanzienlijke hoeveelheid bewijs aanwezig is, maar het bewijs toch nog een ruime marge van onzekerheid in zich draagt.⁵ Dit is veelal het geval bij indirecte bewijsconstructies. In de Moord zonder lijk strafzaak was sprake van een dergelijke indirecte bewijsconstructie. Een aanzienlijke hoeveelheid indirect bewijs was aanwezig, maar het essentiële bewijs, het stoffelijk overschot, ontbrak. Alleen indirect kan (mogelijk) uit de feiten en omstandigheden worden *afgeleid* dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, zoals het gerechtshof heeft gedaan. Bewijs dat de verdachte direct aan het strafbare feit linkt ontbreekt, zoals ook in de Moord zonder lijk strafzaak. In geval van indirecte bewijsconstructies is de sprong naar een bewezenverklaring risicovoller dan in geval van directe bewijsconstructies. Doordat de bewijsmiddelen niet rechtstreeks de tenlastelegging bewijzen en daardoor nauw verbonden zijn met het voordeel/nadeel van de twijfel en dus een sprong naar vrijspraak zich kan voordoen. Dat kan er toe leiden dat twee rechterlijke instanties een andere waardering toekennen aan dezelfde feiten en omstandigheden, met als uitkomst twee verschillende bewijsoordelen.

§ 1.2 Probleemstelling

Steeds vaker is kritiek te horen op de totstandkoming van het bewijsoordeel, onder andere vanuit de rechtspsychologie, naar aanleiding van verschillende rechterlijke dwalingen, zoals bijvoorbeeld de Schiedammerparkmoord.⁶ Het bewijsoordeel, en daarmee de waarheidsvinding, zou niet op de ‘juiste’ wijze tot stand gekomen zijn. Ook bij het bewijsoordeel in de Moord zonder lijk strafzaak kunnen vraagtekens worden geplaatst. Zeker als twee verschillende instanties op basis van dezelfde feiten en omstandigheden tot twee zeer uiteenlopende bewijsoordelen komen.

Het domein van de redengevendheid van het bewijsmateriaal, in het bijzonder de indirecte bewijsconstructies als onderdeel daarvan, is een onderbelicht aspect in het debat over de totstandkoming van het bewijsoordeel. Dit is ook niet vreemd omdat het leerstuk omtrent de redengevendheid van het bewijsmateriaal als een complex en ingewikkeld leerstuk geldt. Ik beoog met deze thesis geen pasklaar antwoord te geven op de vraag hoe met dergelijke indirecte bewijsconstructies in de praktijk om te gaan, maar wel een theoretische bijdrage te

⁵ Meulemeester 2010, blz. 215.

⁶ Cleiren 2010, blz. 264.

leveren aan het op gang brengen van een discussie rondom dit doorgaans problematisch thema. Vanwege de theoretische benadering is het onontkoombaar dat bepaalde zinsconstructies veel technische termen bevatten. Bovendien is er voor gekozen om bepaalde aspecten op verschillende plekken in deze thesis terug te laten komen, om zodoende de leesbaarheid te vergroten.

De redengevendheid van het bewijsmateriaal wordt beschouwd als een van de elementen van het wettig bewijs, naast de elementen van rechtmatig en betrouwbaar bewijsmateriaal. Het wettig bewijs is op haar beurt één van de twee voorwaarden die nodig zijn om tot een bewezenverklaring te komen. Op grond van artikel 338 Wetboek van Strafvordering (hierna: WvSv) kan de strafrechter namelijk in beginsel alleen op basis van minimaal twee wettige bewijsmiddelen en de rechterlijke overtuiging tot een bewezenverklaring komen. Indien dat niet het geval is, dient vrijspraak te volgen.

Deze thesis richt zich in het bijzonder op de redengevendheid van het bewijsmateriaal. Dat heeft alles te maken met het feit dat indirecte bewijsconstructies onderdeel uitmaken van de redengevendheid van het bewijsmateriaal. Alsook om de reikwijdte van deze thesis tot behapbare proporties terug te brengen. Dat betekent dat de elementen rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal buiten beschouwing blijven, terwijl deze twee elementen wel als waarborg kunnen worden beschouwd voor de te maken sprong bij indirecte bewijsconstructies. Als het bewijsmateriaal redengevend wordt geacht voor de bewezenverklaring, moet het bewijsmateriaal immers tevens rechtmatig verkregen en betrouwbaar zijn.

De redengevendheid van het bewijsmateriaal heeft kort gezegd betrekking op de relatie tussen het bewijsobject - de tenlastelegging – en het bewijsmateriaal.⁷ Tussen deze twee aspecten dient een logisch verband te bestaan. In het merendeel van de strafzaken, ook wel de ‘eenvoudige’ strafzaken in deze thesis genoemd, is sprake van een één-op-één situatie tussen de bewijsmiddelen en het bewijsobject. Dat betekent dat uit het gepresenteerde bewijs meestal zonder al te grote omwegen het bewijs van het tenlastegelegde feit of een deel daarvan kan volgen. In dat geval is sprake van een directe bewijsconstructie.⁸

⁷ Dreissen 2007, blz. 167.

⁸ Dreissen 2007, blz. 184.

Dit in tegendeel tot de indirecte bewijsconstructies, waarop het accent in deze thesis ligt. In geval van indirecte bewijsconstructies is *geen* sprake van een één-op-één situatie tussen de bewijsmiddelen en het bewijsobject, ook wel de bewijstechnisch complexe strafzaken in deze thesis genoemd. Het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en het bewijsobject is niet direct zichtbaar, oftewel de redengevendheid volgt niet direct uit het bewijsmateriaal. Hierdoor is de beoordeling van het bewijsmateriaal voor de strafrechter problematischer dan bij een directe bewijsconstructie. De sprong⁹ van het feitelijk oordeel naar een bewezenverklaring is in dergelijke gevallen dus een risicovollere aangelegenheid, omdat het bereiken van een (voldoende) (hoge) mate van waarschijnlijkheid, voor een bewezenverklaring, op basis van het aanwezige bewijsmateriaal bij indirecte bewijsconstructies moeilijker is. Een mogelijk risico kan dan zijn dat de rechterlijke overtuiging als compensatie voor een gebrekkige of matige bewijsconstructie wordt gebruikt.

De bovengenoemde sprong, afkomstig van Paul Scholten, kent zowel rationele als irrationele elementen. Het rationele element heeft, voor wat betreft het straf(proces)recht, betrekking op de redengevendheid (en ook de rechtmatigheid en de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal echter deze twee vallen, zoals reeds aangegeven, buiten de reikwijdte van deze thesis) van het bewijsmateriaal. De rechterlijke overtuiging is in deze thesis te herleiden tot het irrationele element. In meer recente juridische literatuur wordt de rechterlijke overtuiging ook wel aangeduid als praktische wijsheid in plaats van irrationeel element. In het vervolg worden beide termen, irrationeel element en praktische wijsheid, naast elkaar gebruikt. Opgemerkt dient te worden dat met irrationaliteit niet verwezen wordt naar het eigen persoonlijke gevoel van de strafrechter, maar naar een praktische invulling in de zin van een (juridische) praktische wijsheid.¹⁰

Over het algemeen geldt, hoe kleiner de sprong, hoe beter. Immers in geval van een kleine sprong zijn de feiten minder problematisch, waardoor het rechtsoordeel meer overeen stemt met de materiële.

⁹ De sprong is als eerste uitgebreid beschreven door Paul Scholten i.h.k.v. het privaatrecht, zie hierover meer in hoofdstuk 3.

¹⁰ Zie hierover meer in hoofdstuk 5.

§ 1.2.1 Wetenschappelijke relevantie

De wetenschappelijke discussie richt zich in de regel met name op bewijstechnisch complexe strafzaken. Hieronder kunnen ook strafzaken met indirecte bewijsconstructies worden geschaard. De redengevendheid van het bewijsmateriaal heeft niet alleen verhoudingsgewijs weinig aandacht gekregen binnen de juridisch wereld, omdat het een complex en ingewikkeld leerstuk is. Ook omdat het veelal in samenhang met de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal wordt behandeld. Echter juist bij indirecte bewijsconstructies is extra voorzichtigheid op zijn plaats, omdat het rechtsoordeel nauw verbonden is met het voordeel (of nadeel) van de twijfel. Met name in dergelijke gevallen is de sprong een risicovollere gebeurtenis, omdat het bewijs niet rechtstreeks (de onderdelen) van de tenlastelegging dekt, maar slechts indirect via afleiding. De vraag is dan in hoeverre de redengevendheid van het bewijsmateriaal waarborgen biedt om de te maken sprong door de strafrechter in geval van een bewezenverklaring zo klein mogelijk te houden.

§ 1.2.2 Maatschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van deze thesis is gelegen in het feit dat de maatschappij erbij gebaat is dat schuldigen veroordeeld en onschuldigen vrijgesproken worden. De burger dient te worden beschermd tegen te grote en vergaande inbreuken op zijn persoonlijke rechten en vrijheden door de overheid, de burger heeft recht op rechtsbescherming. Daarenboven mag de overheid alleen binnen de grenzen van de wettelijke regels ingrijpen en sanctioneren, het instrumentele karakter van de strafprocesstructuur. Dit heeft te maken met de in het straf(proces)recht geldende rechtszekerheid. Dat houdt in dat de maatschappij, inclusief de verdachte, weet wanneer de overheid mag ingrijpen en wanneer een strafrechter tot een veroordeling mag overgegaan, namelijk alleen op basis van wettig en overtuigend bewijs op grond van artikel 338 (348 en 350) WvSv. Met als doel willekeur te voorkomen.

§ 1.3 Centrale onderzoeksvraag

Op basis van het bovenstaande kan de volgende centrale onderzoeksvraag geformuleerd worden:

'Biedt de redengevendheid van het bewijsmateriaal waarborgen voor de te maken sprong door de Nederlandse strafrechter in het proces van waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting in geval van een indirecte bewijsconstructie? Zo ja, welke waarborgen?'

§ 1.4 Leeswijzer

Middels de volgende chronologische indeling beoog ik de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden.

Na de inleiding komt in hoofdstuk 2 het materiële waarheidsbegrip in het straf(proces)recht aan de orde. Hoofdstuk 3 gaat in op wat onder de ‘sprong’ van Scholten moet worden verstaan in het kader van het straf(proces)recht. Daarna, in hoofdstuk 4, volgt een beschrijving van de eis van redengevendheid van het bewijsmateriaal in het licht van de indirecte bewijsconstructie. Hoofdstuk 5 geeft inzicht in de rechterlijke overtuiging en de functie daarvan in ons strafstelsel wederom met het oog op indirecte bewijsconstructies. In hoofdstuk 6 volgt vervolgens een bespreking van de mogelijke hulpmiddelen vanuit de rechtspsychologie voor bij de totstandkoming van de bewijsbeslissing, zoals het Bayesiaans redeneren en de Theorie van Verhaal en Verankering. In de conclusie, hoofdstuk 7, poog ik een antwoord te geven op de centrale onderzoeksvraag.

In elk hoofdstuk wordt een (recente) strafzaak behandeld om het toch wel zeer theoretische onderwerp tastbaarder te maken. Deze strafzaken zijn niet representatief voor alle strafzaken. Zij zijn slechts gekozen om, voor zover mogelijk, een praktisch aspect toe te voegen aan deze thesis en het theoretische aspect te verduidelijken.



2 Een absolute of materiële waarheid?

‘Sicher ist, dass nichts sicher ist. Selbst das nicht’ – Joachim Ringelnatz

§ 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord op welke wijze invulling wordt gegeven aan het waarheidsbegrip binnen het straf(proces)recht vanuit het perspectief van de strafrechter. Het waarheidsbegrip is aan maatschappelijke veranderingen onderhevig, mede door de steeds kritischer wordende media en maatschappij, en daardoor steeds vaker in het straf(proces)recht onderwerp van debat is. De Moord zonder lijk strafzaak, geïntroduceerd in hoofdstuk 1, kan als voorbeeld worden genoemd. Voor de maatschappij is het doorgaans onbegrijpelijk dat de rechtbank in dit geval op basis van de hoeveelheid van bewijs een verdachte vrijspreekt.

Artikel: Man krijgt 18 jaar voor moord zonder lijk¹¹ – 5 mei 2012

‘De politie Arnhem nam de verdwijning van Henk Peters echter wel serieus. Men stelde direct een uitgebreid onderzoek in en dat leidde er toe dat er steeds meer aanwijzingen werden gevonden dat Henk Peters was vermoord. In eerste instantie werd de verdachte vanwege de afwezigheid van een lichaam door de rechtbank vrijgesproken. Maar ook de Arnhemse justitie liet het er niet bij zitten en dat heeft er uiteindelijk toe geleid dat de verdachte toch is veroordeeld. En terecht, gezien de hoeveelheid en aard van de bewijsstukken.’

Voordat het begrip materiële waarheid aan bod komt, wordt in dit hoofdstuk allereerst ingegaan op de verschillende waarheidsconcepties die (mogelijk) gelden binnen het straf(proces)recht. Volgens Derksen gaan waarheidsconcepties primair over de waarheid die iemand vertelt.¹² Uiteindelijk zal blijken dat de absolute waarheid niet haalbaar is. Om die reden wordt binnen het straf(proces)recht uitgegaan van het *streven* naar de waarheid. Dit streven naar de waarheid wordt begrensd door enerzijds de wettelijke regels en anderzijds doordat de strafrechter met andere belangen binnen het straf(proces)recht rekening dient te houden. Denk hierbij aan bijvoorbeeld het belang van rechtsbescherming. Uiteindelijk wordt aan de hand van de Moord zonder lijk strafzaak de theorie aan een praktijkvoorbeeld

¹¹ <www.waarheidsvinding.com>, zoekterm: moord zonder lijk Arnhem, datum: 6 april 2013.

¹² Derksen 2010, blz. 163.

gekoppeld. Afgesloten wordt met een tussenconclusie waarin de mogelijke waarborgen voor de te maken sprong door de strafrechter bij indirecte bewijsconstructies besproken worden.

§ 2.2 Verschillende waarheidsconcepties

Derksen heeft in zijn boek ‘De ware toedracht’ helder uiteengezet welke verschillende waarheidsconcepties binnen het strafrechtstelsel een rol spelen. Het gaat om de waarheid als correspondentie-, coherentie- en als constructietheorie.¹³

§ 2.2.1 De correspondentietheorie

Kort gezegd heeft de waarheid als *correspondentietheorie*¹⁴ betrekking op de overeenkomst tussen wat iemand vertelt en de werkelijkheid. Volgens *Derksen* komt dit er in feite op neer dat een bewering waar is wanneer ze de ware toedracht beschrijft, de toedracht zoals die in de werkelijkheid heeft plaatsgevonden.¹⁵ In het kader van het straf(proces)recht, bezien vanuit de correspondentietheorie, onderzoekt de strafrechter op grond van de tenlastelegging of de verdachte het slachtoffer Henk P. om het leven heeft gebracht.¹⁶ Deze waarheidstheorie kan wellicht als de meest zuivere vorm van waarheid die de ware toedracht omschrijft worden getypeerd, maar in de loop van dit hoofdstuk zal nog blijken dat deze waarheidstheorie ook haar beperkingen kent.

§ 2.2.2 De coherentietheorie

Volgens de tweede theorie, de *coherentietheorie*¹⁷, is de waarheid de onderlinge samenhang tussen iemands beweringen.¹⁸ Anders gezegd er is sprake van waarheid als er coherentie is tussen de door de persoon aangehangen beweringen. Ook binnen de strafrechtspraktijk, zo schrijft *Derksen*, is waarheid *vaak* een kwestie van coherentie. Uiteindelijk vat *Derksen* het als volgt samen: ‘Een bewering is waar als ze past bij andere beweringen die we aanvaarden. De bewering is niet waar als deze niet past bij die beweringen. En deze andere beweringen

¹³ De tegenwerpingen die *Derksen* aanhaalt in zijn boek m.b.t. de verschillende waarheidsconcepties laat ik verder buiten beschouwing en benoem ik alleen samengevat in de voetnoot, omdat i.h.k.v. deze thesis alleen van belang is te weten dat er verschillende waarheidsconcepties binnen het straf(proces)recht gelden. Voor een nadere uitleg t.a.v. de tegenwerpingen verwijs ik u naar ‘De ware toedracht’. *Derksen* 2010, blz. 163 e.v.

¹⁴ Tegenwerping I: de correspondentietheorie is triviaal. Tegenwerping II: de correspondentietheorie is niet bruikbaar. *Derksen* 2010, blz. 174 e.v.

¹⁵ *Derksen* 2010, blz. 163-164.

¹⁶ Dit wordt echter wel bemoeilijkt, doordat de verdachte zich in deze strafzaak steeds op zijn zwijgrecht heeft beroepen.

¹⁷ Tegenwerping I: de waarheid wordt subjectief en persoonsgebonden. Tegenwerping II: ook de coherentietheorie kan niet zonder de ware toedracht. *Derksen* 2010, blz. 167-168.

¹⁸ Een coherent verhaal, oftewel een coherent scenario, is kenmerkend voor de Theorie van Verhaal en Verankering, zie hierover meer in hoofdstuk 6.

zouden we aanvaarden omdat die als netwerk bij elkaar passen.’ Vanuit het oogpunt van deze waarheidstheorie hield bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie (hierna: OM) en het gerechtshof in de Moord zonder lijk strafzaak voor ‘waar’ dat de verdachte Henk P. had vermoord. De rechtbank ging echter uit van een andere ‘ware toedracht’. De waarheid als coherentie speelt aldus Derksen een centrale rol in strafzaken. Derksen: ‘Correspondentie zou mooi zijn geweest, maar samenhang is het beste dat we hebben.’¹⁹

§ 2.2.3 De constructietheorie

De laatste waarheidstheorie betreft de waarheid als *constructietheorie*²⁰ door een daartoe bevoegde instantie. In de strafrechtelijke context is de strafrechter²¹ de bevoegde instantie. De waarheid komt op basis van de bewijsregels in de rechterlijke uitspraak tot uitdrukking. De waarheid is dat wat aan het eind van het proces de uitkomst wordt, volgens de constructietheorie.²² In het praktijkvoorbeeld van de Moord zonder lijk strafzaak zou in dit geval, de tot nu toe laatste instantie - het gerechtshof dat tot een veroordeling komt, in tegenstelling tot de rechtbank, ‘de’ waarheid hebben gesproken.²³ Dit is vreemd, zo geeft ook Derksen aan, maar voor de constructivist bepaalt een beslissing door de bevoegde instantie volgens de geldende regels automatisch de waarheid. Een uiteindelijke (definitieve) beslissing door de rechter²⁴ is echter wel gewenst met het oog op de rechtszekerheid en dat wordt niet vanuit de correspondentietheorie, noch via de coherentietheorie bereikt, aldus Derksen.²⁵

Ondanks het bovenstaande kunnen we, aldus Derksen, alle drie de waarheidsconcepties een plaats geven in het straf(proces)recht. Echter alleen de conceptie van correspondentie is de conceptie van de ware toedracht. Uiteindelijk concludeert Derksen dat het in de strafrechtspraktijk bij waarheid primair om de ware toedracht gaat. Zo zijn we terug bij de correspondentietheorie die de ware toedracht centraal stelt. De coherentietheorie vertelt immers alleen dat er geen tegenstrijdigheden in het scenario zijn. Dat het een ‘logisch’ verhaal, oftewel scenario, dient te zijn. Echter of het logische scenario ook overeenstemt met

¹⁹ Derksen 2010, blz. 165-167.

²⁰ Tegenwerping I: we kunnen niet meer inhoudelijk vragen: was de beslissing juist. Tegenwerping II: de constructivistische benadering is een gevaar voor de rechtsstaat. Derksen 2010, blz. 171-172.

²¹ Het betreft niet de strafrechter als individu, maar de strafrechter als onderdeel van de rechtspraak als organisatie. De rechtspraak is organisatorisch gezien de bevoegde instantie. Voor de begrijpelijkheid spreek ik hier over de strafrechter.

²² Derksen 2010, blz. 169.

²³ In de Moord zonder lijk strafzaak is cassatie ingesteld, maar op 27 juni 2013 was nog geen uitspraak bekend.

²⁴ Derksen doelt hier op de strafrechter.

²⁵ Derksen 2010, blz. 170-171.

de werkelijkheid weet men niet. Het OM en de verdediging hebben beide een scenario dat volgens hen overeenstemt met de waarheid. De constructietheorie geeft bovendien alleen een eindbeslissing, maar zegt ook niets over de waarheid (als ware toedracht). Dit hangt af van het bewijsmateriaal op grond waarvan de strafrechter tot een eindbeslissing komt.²⁶

Echter ook de ware toedracht, zoals die geldt in de correspondentietheorie, levert problemen op nu de ware toedracht nimmer te achterhalen is. Dat betekent dat in geval van de correspondentietheorie rekening dient te worden gehouden met feilbaarheid. Zoals Derksen schrijft: ‘Alleen wanneer we argumentatie, eigen feilbaarheid²⁷ en openstaan voor kritiek als noodzakelijke elementen in het waarheidsvindingproces aanvaarden, kunnen we aan verantwoorde waarheidsvinding doen, namelijk als een immer riskante maar vaak succesvolle onderneming om de ware toedracht te leren kennen.’ Ondanks de feilbaarheid laat dit onverlet dat ook het proces van waarheidsvinding een einde moet kennen in verband met de rechtszekerheid, dat kenmerkend is voor het constructivisme. Waar we dan precies stoppen is volgens Derksen gedeeltelijk een zaak van ervaring²⁸ en gedeeltelijk van de praktijk.²⁹

§ 2.3 Standpunten over de verschillende waarheidsconcepties in de wetenschappelijke literatuur

Ook *Groenhuijsen* geeft in zijn preadvies³⁰ in het kader van de Nederlandse Juristenvergadering 2012 aan dat het *waarheidsbegrip*, overeenkomt met de correspondentietheorie. Het waarheidsbegrip is volgens hem een constante factor gedurende het gehele proces van waarheidsvinding. Vanaf het begin van het strafproces is sprake van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit tot de eindbeslissing op het onderzoek ter terechtzitting. Dit in tegenstelling tot het *waarheids criterium*, dat, aldus Groenhuijsen, naarmate het strafproces vordert stringenter wordt. Aan het begin van het opsporingsonderzoek is ‘een redelijk vermoeden van schuld’ nog voldoende voor een verdenking. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan alleen op basis van voldoende wettig bewijs en de overtuiging een veroordeling plaatsvinden. De toets is dan strenger. Wat betreft het waarheids criterium moeten we het volgens Groenhuijsen doen met de rechterlijke

²⁶ Derksen 2010, blz. 174

²⁷ Argumentatie te herleiden tot het motiveren van de uitspraak, feilbaarheid te herleiden tot de bewustwording bij de strafrechter t.a.v. het motiveren, openstaan voor kritiek te herleiden tot de controle door de mogelijkheid van bijvoorbeeld hoger beroep en cassatie. Zie hierover meer in de tussen- en eindconclusies

²⁸ De ervaring en de praktijk die Derksen noemt liggen in het verlengde van waar Loth en Hol over praktische wijsheid spreken in het kader van de rechterlijke overtuiging, zie hierover meer in hoofdstuk 5.

²⁹ Derksen 2010, blz. 175.

³⁰ Groenhuijsen 2012, blz. 252.

‘overtuiging’. Daarmee beoogt hij uiting te geven aan het besef dat het proces van waarheidsvinding nooit absolute zekerheid kan bieden, volgens Dreissen en Spronken.³¹

Loth geeft als voorbeeld van de coherentie- en correspondentietheorie de bewezenverklaring, waarin twee van de drie waarheidsconcepties tot uitdrukking komen: de bewezenverklaring bestaat deels uit de samenhang tussen de bewijsmiddelen (de coherentie) en voor een deel uit het verband tussen bewijsmiddelen en de werkelijke toedracht (de correspondentie).³² Ik voeg daar aan toe dat het uiteindelijke resultaat, de bewezenverklaring zelf, ook herleidbaar is tot de constructietheorie, in dat opzicht geldt de uitkomst als een geconstrueerde waarheid.

Kortom, alle drie de waarheidsconcepties zijn direct of indirect met het Nederlandse strafstelsel verbonden. De kern wordt echter door de correspondentietheorie gevormd, ondanks de feilbaarheid daarvan. Deze feilbaarheid benadrukt mijns inziens dat de absolute waarheid een onhaalbaar fenomeen is. Dat maakt het enerzijds van groot belang dat de strafrechter zich daarvan bewust is en anderzijds dat de strafrechter middels een motivering (een logisch verhaal, de coherentietheorie) inzicht verschaft in de door hem gebezigde argumenten om een bepaalde redenering als ‘waar’ te kwalificeren. Dit opdat controle of de gebruikte argumenten ook daadwerkelijk aannemelijk zijn mogelijk wordt. De motivering dient uiteindelijk te leiden tot een (definitieve) beslissing in verband met de rechtszekerheid (de constructietheorie).

§ 2.4 Het streven naar de waarheid

Er zijn verschillende waarheidsconcepties, de één wellicht beter passend bij de strafrechtelijke context dan de andere. De standpunten lopen op dit punt uiteen. *Loth* concludeert uiteindelijk dat het voor het straf(proces)recht niet van belang is te weten welke waarheidsconditie de juiste is. In het straf(proces)recht gaat het uiteindelijk om het onderzoek naar de ware toedracht, waarheidsvinding van een historische gebeurtenis en rechtvaardiging³³ van een bewijsoordeel over die gebeurtenis.³⁴ Niet alleen omdat vanuit rechtstheoretisch perspectief

³¹ Dreissen & Spronken 2012, blz. 3

³² Loth 2012, blz. 10. Opmerking: de samenhang tussen de coherentie en de correspondentie, zoals Loth aangeeft, kan indirect worden herleid tot de Theorie van Verhaal (coherentie) en Verankering (correspondentie) van Crombag e.a., zie hierover meer in hoofdstuk 6.

³³ Loth wijst hier op de epistemologische (kennistheorie) rechtvaardiging (zie hierover hoofdstuk 4) en morele rechtvaardiging (zie hierover hoofdstuk 5).

³⁴ Loth 2012, blz. 12.

de absolute waarheid ontbreekt, maar eveneens omdat bewijzen in het straf(proces)recht nu eenmaal met een bepaalde mate van onzekerheid gepaard gaat.

Dat betekent dat, zoals Schum³⁵ ook aangeeft, dat de getrokken conclusies uit het aanwezige bewijsmateriaal altijd waarschijnlijkheidsconclusies zijn. Het bewijsmateriaal kan dus de schuld of onschuld van de verdachte waarschijnlijker of minder waarschijnlijk³⁶ maken, maar geven geen absolute zekerheid.³⁷ Deze mate van waarschijnlijkheid waarmee bewijzen gepaard gaat koppelt Schum aan vijf kenmerken die hij toekent aan bewijs:

- bewijs is altijd incompleet;
- bewijs is zelden beslissend - het bevat altijd meerdere mogelijkheden/scenario's;
- bewijs is altijd dubbelzinnig of onnauwkeurig – de strafrechter kan er niet precies uit afleiden wat het hem vertelt;
- in het geheel dat er aan bewijs aanwezig is altijd een bepaald patroon van onenigheid bestaat - het ene bewijs wijst de ene kant op en het andere bewijs de andere kant; en
- al het bewijs is afkomstig van bronnen met verschillende gradaties voor wat betreft de geloofwaardigheid van het bewijs dat ver weg zal zijn van perfectie.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat bewijzen in het algemeen al niet onproblematisch is, laat staan in geval er alleen of in sterke mate sprake is van indirect bewijs. Juist de karakteristieken van bewijs, genoemd door Schum, doen zich in sterkere mate voor bij indirecte bewijsconstructies dan bij directe en maakt dat de sprong naar een rechtsoordeel bij indirecte bewijsconstructies risicovoller is.

Mede vanuit rechtstheoretisch perspectief alsook vanwege de onmogelijkheid van zekerheid omtrent bewijs gaat men in het straf(proces)recht uit van het *streven* naar de materiële waarheid. Op deze wijze wordt erkend dat het achterhalen van materiële waarheid utopisch is, zoals Crijns aangeeft. Om deze redenen hanteert men in het straf(proces)recht het materiële waarheidsbegrip en dat heeft, aldus Crijns, betrekking op het 'werkelijk gebeurde'.³⁸ Derksen spreekt in dit geval over 'de ware toedracht'. Ondanks het ontbreken van de absolute waarheid betekent dit echter niet dat het streven niet gericht moet zijn op de 'ware toedracht'.

³⁵ Schum 2009, blz. 68 en Kwakman 2010, blz. 189

³⁶ De term waarschijnlijker of minder waarschijnlijk is typerend voor de theorieën uit de rechtspsychologie, zie hierover meer in hoofdstuk 6.

³⁷ Keijser & Van Koppen 2004, blz. 136.

³⁸ Crijns 2008, blz. 19.

Anders gezegd: het strafproces dient waarborgen te bieden, in deze thesis vanuit het perspectief van de redengevendheid van het bewijsmateriaal, die de ‘ware toedracht’, oftewel de absolute waarheid zoveel mogelijk benaderen.³⁹

§ 2.5 Waarheidsvinding niet tot elke prijs

Dat het straf(proces)recht gericht is op waarheidsvinding stelt ook Cleiren, maar niet tot elke prijs.⁴⁰ Allereerst omdat de absolute waarheid nooit door de strafrechter te achterhalen is. Ten tweede door de gebondenheid aan (wettelijke en jurisprudentiële) regels en de andere belangen die binnen het straf(proces)recht naast het belang van waarheidsvinding gelden.

§ 2.5.1 Gebondenheid aan regels

Het *streven* naar de waarheid door de strafrechter dient te geschieden binnen de grenzen van de formeelrechtelijke en materieelrechtelijke regels van het straf(proces)recht.⁴¹ Het beslissingsmodel opgenomen in de artt. 348 en 350 WvSv geven de basis voor de waarheidsvinding voor de strafrechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting. *Crijns* benadrukt dat door deze twee artikelen en de tenlastelegging van vrije waarheidsvinding nauwelijks meer sprake is.⁴² De strafrechter dient immers na te gaan of het feitelijke gebeuren zoals dat is tenlastegelegd al dan niet op grond van de in artt. 348 en 350 WvSv opgenomen formele en materiële vragen bewezen kan worden. Men spreekt ook wel van de tirannie van de tenlastelegging. Op basis van de tenlastelegging - het bewijsobject – en de formele en materiële vragen wordt de waarheid gereduceerd tot een zogenaamde juridische waarheid.

Het vinden van de materiële waarheid door de strafrechter wordt bovendien door het (formele regels) bewijsrecht, artt. 338 tot en met 344a WvSv begrensd. Deze bewijsregels stellen voorwaarden aan de beantwoording van de bewijsvraag in art. 350 WvSv.⁴³ In deze thesis wordt uitgebreid stilgestaan bij de redengevendheid van het bewijsmateriaal als onderdeel van het bewijsrecht in hoofdstuk 4. Voor nu is het van belang vast te stellen dat de materiële waarheid een beperktere waarheid is dan de feitelijke waarheid, vanwege de tenlastelegging, de geldende wettelijke regels en, zo zal blijken, vanwege andere relevante belangen, zoals bijvoorbeeld de rechtsbescherming.

³⁹ Brants e.a. (red.)2003, blz. 21 en Crijns & Van der Meij 2005, blz. 60.

⁴⁰ Cleiren 2010, blz. 264-265.

⁴¹ De strafrechter dient tevens Europese/internationale regelingen o.g.v. de artt. 93 jo 94 GW in acht te nemen.

⁴² Crijns 2008, blz. 37.

⁴³ Betreft de eerste vraag van art. 350 WvSv.

§ 2.5.2 Waarheidsvinding en rechtsbescherming

Een ander belang, dat naast de waarheidsvinding binnen het straf(proces)recht een belangrijke rol speelt, is de rechtsbescherming. De strafrechter dient te allen tijde een afweging te maken tussen enerzijds het belang van waarheidsvinding en anderzijds het belang van rechtsbescherming. Dat betekent niet dat waarheidsvinding als een zuivere tegenstelling dient te worden beschouwd van de rechtsbescherming, aldus Garé.⁴⁴ Aan het eind van deze paragraaf zal duidelijk worden dat deze twee belangen niet op zichzelf maar in relatie tot elkaar staan.

Cleiren geeft helder weer hoe deze twee belangen zich tot elkaar verhouden. Zij wijst hierbij op het dubbelzijdige karakter van de strafrechtelijke processtructuur, namelijk enerzijds de instrumentaliteit van het straf(proces)recht en anderzijds het rechtsbeschermende karakter.⁴⁵ Bij de instrumentaliteit staat het vinden van de materiële waarheid, met als doel overtreders van het materiële strafrecht te bestraffen, centraal. In geval van de rechtsbescherming staat de bescherming van de burger tegen vergaande inbreuken op zijn persoonlijke rechten en vrijheden door de overheid, waaronder ook het voorkomen dat onschuldigen worden bestraft, centraal.⁴⁶ Waarheidsvinding is dus gericht op instrumentaliteit en rechtsbescherming. Hierdoor kent het straf(proces)recht zowel elementen van betrouwbaarheid⁴⁷, maar ook van wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid, aldus Cleiren.⁴⁸

Met andere woorden, waarheidsvinding is slechts één van de belangen die gelden binnen het straf(proces)recht. De strafrechter moet uiteindelijk streven naar een optimale balans tussen alle geldende belangen in de strafrechtcontext.⁴⁹ Waarbij de strafrechter naast het belang van waarheidsvinding en rechtsbescherming ook nog de beginselen als *lites finiri oportet*; dat finale geschilbeslechting⁵⁰ betekent, de redelijke termijn *et cetera* dient mee te wegen.⁵¹ Kortom, de afweging van belangen betekent dat de strafrechter beperkt wordt in het vinden van de materiële waarheid, omdat het mogelijk is dat aan andere belangen dan de waarheidsvinding in sommige gevallen een zwaarder gewicht dient te worden toegekend.

⁴⁴ Garé 1997, blz. 342, Boksem 2010, blz. 234 en Crijns 2008, blz. 25.

⁴⁵ Cleiren 2001, blz. 18.

⁴⁶ Crijns en Van der Meij 2005, blz. 55-56.

⁴⁷ Cleiren beschouwt het element redengevendheid wellicht als onderdeel van de betrouwbaarheid en benoemt de redengevendheid hier dus niet apart als element van het wettig bewijsmateriaal.

⁴⁸ Cleiren 2001, blz. 18.

⁴⁹ Boksem 2010, blz. 234.

⁵⁰ Aan de rechtsstrijd moet eens een einde komen, Corstens 2008, blz. 205.

⁵¹ Rekening dient te worden gehouden met de werkdruk en de financiën van de rechtspraak.

Men kan echter betwisten of de afweging van belangen (net als de gebondenheid aan wettelijke regels) als een beperking dient te worden opgevat en niet juist als een waarborg. Volgens Garé is de rechtmatigheid van de wijze waarop in het strafproces de waarheid wordt gevonden medebepalend voor (de kwaliteit van) die waarheid zelf.⁵² Die moet immers niet alleen een weergave zijn van de (materiële) waarheid, maar die weergave moet tevens gebaseerd zijn op rechtmatig, betrouwbaar en redengevend bewijsmateriaal. Dit leidt dan tot een beperktere materiële waarheid, maar waarschijnlijk wel tot een meer gelegitimeerd en rechtmatig rechtsoordeel. In de bewoordingen van Cleiren leidt dat eveneens tot een behoorlijker rechtsoordeel. Doordat het bewijsmateriaal op een rechtmatige en betrouwbare wijze is verkregen kan het daarmee ook als mogelijk redengevend worden beschouwd, mede afhankelijk van de tenlastelegging. De motivering van het bewijsoordeel biedt daarvoor de uitgelezen mogelijkheid voor de strafrechter om deze elementen⁵³ van het wettig bewijs tot hun recht te laten komen. Of dat ook daadwerkelijk gebeurt, en het daarmee een waarborg kan zijn, voor wat betreft de redengevendheid van het bewijsmateriaal, komt in hoofdstuk 4 aan bod.

§ 2.6 De Moord zonder lijk strafzaak; de waarheid en indirecte bewijsconstructies

Het gerechtshof kwam in de Moord zonder lijk strafzaak, zie ook hoofdstuk 1, op basis van dezelfde feiten en omstandigheden, onder andere de telefoongegevens van de verdachte, het zoekgedrag op internet van verdachte, het in bezit hebben van een wapen, de vingerafdruk van de verdachte op de valse kentekenplaat op de auto van het slachtoffer, het (minimale) bloedspoor van het slachtoffer in de auto van verdachte, het zwijgen van de verdachte *et cetera* tot een bewezenverklaring, anders dan de rechtbank. Het gerechtshof achtte in tegenstelling tot de rechtbank wel voldoende samenhang aanwezig tussen de bewijsmiddelen en vond dat andere denkbare scenario's voldoende waren uitgesloten.⁵⁴

Beide instanties hebben een verschillende waardering aan het bewijsmateriaal toegekend. Dat kan er toe leiden dat twee verschillende instanties een andere materiële waarheid aannemen. Met name bij indirecte bewijsconstructies, waarbij de feiten en omstandigheden en daarmee het bewijsmateriaal nog meer dan bij direct bewijs voor meerdere interpretaties vatbaar zijn, is een verschillend rechtsoordeel dus zeer wel mogelijk. Het achterhalen van de materiele

⁵² Garé 1997, blz. 342 en Crijns 2008, blz. 25.

⁵³ De rechtmatigheid, betrouwbaarheid en de redengevendheid van het bewijsmateriaal.

⁵⁴ <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: moord zonder lijk, datum: 4 april 2013.

waarheid is complexer en het rechtsoordeel komt hierdoor naar alle waarschijnlijkheid minder overeen met de materiële waarheid.

§ 2.7 Tussenconclusie

Er gelden verschillende waarheidsconcepties, de een beter passend bij de strafrechtelijke context dan de andere, maar uiteindelijk geldt de ware toedracht als waarheid, zoals Derksen die omschrijft.

Het is de strafrechter die tijdens het onderzoek ter terechtzitting op zoek gaat naar ‘de ware toedracht’. Althans dat is zijn *streven*. Op basis van de aan hem (op het onderzoek ter terechtzitting) toegekomen informatie gaat hij de feitelijke toedracht van een historische gebeurtenis reconstrueren. De strafrechter gaat na of een bepaalde beschrijving (het bewijsobject) van een gebeurtenis uit het verleden overeenstemt met de historische werkelijkheid.⁵⁵ Dat proces van waarheidsvinding brengt een aantal beperkingen met zich mee. Maar desondanks wordt er gestreefd naar het ‘werkelijk gebeurde’ of de ‘ware toedracht’ in de bewoording van Derksen. Hierdoor kan het bewijsoordeel (en daarmee het rechtsoordeel), dat het resultaat is van een reconstructie, niet als een zekerheidsoordeel worden gekwalificeerd in de zin van een absolute waarheid.⁵⁶ Schum spreekt in dit verband over waarschijnlijkheidsconclusies.⁵⁷ Het uiteindelijke rechtsoordeel is een materiële waarheid en vanuit juridisch perspectief bezien als een zekerheidsoordeel te beschouwen.

Juist in strafzaken waarin sprake is van een indirecte bewijsconstructie is het vinden van de materiële waarheid nauw verbonden met het voordeel (of nadeel) van de twijfel, omdat de feiten niet eenduidig zijn. Daarmee wordt duidelijk dat het achterhalen van de waarheid bij indirecte bewijsconstructies complexer is en daarmee risicovoller, omdat het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en het bewijsobject verhoudingsgewijs minder makkelijk te duiden is.⁵⁸

Een mogelijke waarborg ligt, naast de wettelijke regels en de belangenafweging, in het feit dat de strafrechter zich van het ontbreken van de absolute waarheid bewust zou moeten zijn. Dit

⁵⁵ Cleiren 2010, blz. 263.

⁵⁶ In deze alinea is gebruik gemaakt van Cleiren 2010, blz. 263.

⁵⁷ Zie blz. 22 van deze thesis.

⁵⁸ Brouns 1987, blz. 489.

verhoogde bewustzijn leidt er mogelijkwerijs weer toe dat de strafrechter extra alert is op de daaraan verbonden risico's.



3

De sprong vanuit het perspectief van het straf(proces)recht

Scholten en de strafrechtelijke interpretaties op 'zijn' privaatrechtelijke sprong

'Het concretiseren van algemene normen, de conclusie van de algemene regel tot het bepaalde geval is altijd meer dan zuiver logische arbeid (...). Er is hier een keus, een daad die niet als een wetenschappelijk oordeel logisch kan worden verantwoord. (...) Ten slotte is die beslissing een sprong, die altijd durf is'. – Paul Scholten

§ 3.1 Inleiding

De absolute waarheid, en de ware toedracht, is in het straf(proces)recht niet te achterhalen. Om die reden waarschijnlijk is de sprong volgens Scholten altijd een sprong die altijd durf is.⁵⁹ Desalniettemin moet de strafrechter uiteindelijk een eindbeslissing nemen. In de bewoordingen van Scholten is die beslissing een sprong, een sprong die altijd durf is.

Om de mogelijke waarborgen van de redengevendheid van het bewijsmateriaal voor de te maken sprong door de strafrechter te kunnen achterhalen, is het ten eerste van belang inzicht te krijgen in wat onder die sprong wordt verstaan. Ondanks dat het werk van Scholten georiënteerd is op het privaatrecht⁶⁰ kan het overgrote deel van de sprong eveneens van groot belang worden geacht voor het straf(proces)recht. Wiarda gebruikte in 1956 al de term sprong in het kader van het strafrechtelijk bewijs.⁶¹ Onderzocht wordt wanneer de strafrechter tijdens het proces van waarheidsvinding een dergelijke sprong maakt. Dit geschiedt door de rechtsvindingstheorie van Scholten, waarvan de sprong een onderdeel is, stapsgewijs te doorlopen en, voor zover mogelijk, een vertaling naar het straf(proces)recht te maken. Uiteindelijk leidt dit tot de formulering van een 'strafrechtelijke' sprong zoals die in deze thesis centraal staat. De A73-strafzaak illustreert het risicovolle karakter van de sprong in het straf(proces)recht bij indirecte bewijsconstructies. Geëindigd wordt met een tussenconclusie omtrent de sprong.

⁵⁹ Scholten 1932, blz. 312.

⁶⁰ Dat betekent dat daar waar in deze paragraaf gesproken wordt over de 'rechter' het betrekking heeft op de rechter uit het privaatrecht, de rechter vanuit de rechtsvindingstheorie van Scholten. Indien gesproken wordt over de 'strafrechter' betekent dat ik een vertaling heb gemaakt naar het straf(proces)recht, omdat deze thesis betrekking heeft op het laatst genoemde rechtsgebied.

⁶¹ Cleiren 2010, blz. 264.

§ 3.2 De ‘sprong’ afkomstig van Scholten vertaalt naar het straf(proces)recht

Volgens Scholten is, aldus Maris, rechtsvinding het construeren van de juiste oplossing in een concreet geval via de ongeschreven algemene rechtsbeginselen die in het positieve recht besloten liggen.⁶² Eenvoudig gezegd betekent rechtsvinding het oplossen van een casus, in deze thesis een strafzaak, door een verbinding te maken tussen een rechtsregel en het concrete geval.⁶³ Dat betekent dat de rechtsvindingstheorie, naast de al genoemde sprong, uit nog twee elementen bestaat. Hieronder worden allereerst deze twee elementen kort besproken alvorens dieper op de zogenaamde sprong in te gaan.

§ 3.2.1 Element I; ‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’

Het eerste element omschrijft Scholten als volgt: ‘eerst met de beslissing is de regel gegeven’.⁶⁴ Kort gezegd komt het er op neer dat de rechter op basis van de feiten een oplossing ziet die hem op het eerste gezicht (voorlopig) juist lijkt. Dit ‘zien’ is het beginpunt dat uiteindelijk leidt tot een logisch verantwoorde rechterlijke uitspraak.⁶⁵ Als we dit element terugkoppelen naar het straf(proces)recht stuiten we op een probleem. Doordat de Officier van Justitie (hierna: OvJ) de tenlastelegging opstelt, bepaalt hij hierdoor (grotendeels) al de feiten en de regel voor de strafrechter (in tegenstelling tot het privaatrecht). De tenlastelegging is richtinggevend voor het onderzoek door de strafrechter en hij mag geen andere feiten bewezen achten dan die ten laste zijn gelegd.⁶⁶ In de keuze van de delictsomschrijving is de strafrechter echter vrij, voor zover deze past binnen de juridische beschrijving van de feiten door het OM. Dit beperkt de strafrechter enigszins in zijn keuze ten opzichte van de juridische kwalificatie. Dat betekent echter niet dat de strafrechter in zijn geheel niet aan rechtsvinding doet.

Het tegendeel is waar, de strafrechter is uiteindelijk eindverantwoordelijk voor de waarheidsvinding en onderzoekt actief of het tenlastegelegde al dan niet bewezen kan worden. De strafrechter heeft een actieve rol toebedeeld gekregen in het proces van rechtsvinding en dient actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid. Daartoe staan hem verschillende

⁶² Maris 1996, blz. 1 en Scholten 1949, blz. 402.

⁶³ Algra e.a. 2004, blz. 402.

⁶⁴ Scholten 1974, blz. 9.

⁶⁵ Scholten 1974, blz. 132 en Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 69-70.

⁶⁶ Met de uitzondering dat de strafrechter de verdachte wel op bepaalde onderdelen van de tenlastelegging kan vrijspreken, Dreissen 2007, blz. 170-171.

bepalingen⁶⁷ in het WvSv ter beschikking. Dit is anders dan in het privaatrecht waar de rechter een lijdelijke rol vervult, die afhankelijk is van de door procespartijen naar voren gebrachte standpunten. Doordat de regel in het straf(proces)recht al door het OM is vorm gegeven en omdat het accent in deze thesis op de sprong ligt, ga ik hier dan ook niet verder in op het eerste element, dat in het straf(proces)recht minder relevant is.

§ 3.2.2 *Element II; Rationele en irrationele elementen*

Scholten erkent, aldus Hartendorp en Wagenaar, in het tweede element van zijn theorie dat rechtsvinding niet puur en alleen op rationele elementen gebaseerd is, maar tevens irrationele elementen kent.⁶⁸ Dit is naar mijn mening terecht zoals later in deze thesis duidelijk zal worden. Bovendien geeft Scholten aan dat het rationele en het irrationele element in de praktijk niet of nauwelijks van elkaar te onderscheiden zijn en tegelijkertijd plaatsvinden. Het is in dit element dat Scholten in gaat op het rechtsbewustzijn van de rechter en het uiteindelijke rechtsoordeel.⁶⁹

Het rechtsbewustzijn moet het voor de rechter mogelijk maken om aan de hand van het feitencomplex een *eerste* inschatting te maken van het uiteindelijke rechtsoordeel. Het rechtsbewustzijn is een combinatie van opvattingen van de juridische gemeenschap (waarvan de rechter onderdeel uit maakt), de publieke opinie en zijn eigen persoonlijke opvattingen, volgens Hartendorp en Wagenaar.⁷⁰ Daarmee zijn de opvattingen van de strafrechter dus niet louter individueel en irrationeel. Bovendien behelst het rechtsbewustzijn het positieve recht, zoals de jurisprudentie, wetten en de literatuur, alsook minder grijpbare elementen zoals het rechtsgevoel, aldus Hartendorp en Wagenaar.⁷¹ Deze *eerste inschatting* is net als bij het eerste element van de rechtsvindingstheorie van Scholten problematisch voor wat betreft het straf(proces)recht. Immers, deze ‘eerste inschatting’ zoals Scholten het noemt, wordt reeds aangereikt door het OM, omdat de OvJ voor het opstellen van de tenlastelegging verantwoordelijk is.

Dit betekent echter niet dat in het straf(proces)recht in zijn geheel geen sprake zou zijn van een rechtsbewustzijn bij de strafrechter. Het rechtsbewustzijn geldt in het straf(proces)recht

⁶⁷ Voorbeelden: het oproepen van getuigen, nader onderzoek bevelen door RC, onderzoek geestvermogens verdachte, schouw *et cetera*.

⁶⁸ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 80.

⁶⁹ Scholten 1974, blz. 124 e.v. en Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 80

⁷⁰ Scholten 1974, blz. 126-127 en Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 80.

⁷¹ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 80-81.

echter niet ten aanzien van de eerste inschatting (element I). Doch ook de strafrechter maakt, net als de rechter in het privaatrecht, onderdeel uit van de juridische gemeenschap en is zich (hopelijk) bewust van de publieke opinie en dat zijn eigen persoonlijke opvattingen niet louter individueel en irrationeel zijn. De strafrechter kan wellicht nog meer dan de rechter in het privaatrecht invulling geven aan het rechtsbewustzijn door zijn actieve in plaats van een lijdelijke rol. Bovendien maakt de strafrechter eveneens gebruik van het positieve recht, waaraan hij de tenlastelegging toetst, en van het minder grijpbare aspect het rechtsgevoel. Met het rechtsgevoel tracht Scholten invulling te geven aan het morele aspect van oordeelsvorming⁷² bij rechtsvinding, aldus Hartendorp en Wagenaar.⁷³

Ook het uiteindelijke rechtsoordeel is niet puur en alleen rationeel, maar bevat tevens een irrationeel element. Het irrationele element komt voort uit een bepaalde rationele onzekerheid waarmee de rechter, en ook de strafrechter te maken heeft, zoals reeds bleek in het vorige hoofdstuk. De rechter heeft immers geen absolute en universele criteria waaraan hij zijn concrete rechtsoordeel kan staven anders dan dat zijn eigen overtuiging overblijft om een oordeel te vellen, aldus Hartendorp en Wagenaar.⁷⁴ Volgens Hartendorp en Wagenaar schijnt in dit deel van het recht het licht van de logica niet, en de rechter moet steun vinden in andere bronnen en zij doen dan, in het verlengde van Scholten, een beroep op het geweten van de rechter.⁷⁵ Net als bij het rechtsgevoel beoogt Scholten ook hier met het geweten van de rechter invulling te geven aan de morele oordeelsvorming bij rechtsvinding, aldus Hartendorp en Wagenaar.⁷⁶

Het rationele element van de theorie van Scholten heeft betrekking op de motivering van de rechterlijke beslissing, het uiteindelijke rechtsoordeel. Volgens Hartendorp en Wagenaar wordt door een motivering ten grondslag te leggen aan het rechtsoordeel zal het rechterlijk oordeel uit het irrationele en de persoonlijke sfeer worden gehaald en worden geplaatst binnen het maatschappelijk kader.⁷⁷ Deze omschrijving van Scholten over de functie van de motivering sluit aan bij wat tegenwoordig de inscherpingsfunctie van de motivering wordt genoemd. Kort gezegd komt die functie er op neer dat de strafrechter doordat hij verantwoording moet afleggen middels een motivering nogmaals met zijn neus op de feiten

⁷² Zie hiervoor meer in hoofdstuk 5.

⁷³ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 84. Zie hiervoor meer in hoofdstuk 5.

⁷⁴ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 81.

⁷⁵ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 81.

⁷⁶ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 84.

⁷⁷ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 82 op basis van Scholten 1974, blz. 133.

wordt gedrukt. In die zin dat hij nog een keer expliciet moet nagaan of zijn redenering logisch en correct is.⁷⁸ Mede met het oog op het voorkomen van een rechtsoordeel dat puur en alleen op irrationele elementen is gegrond is een motivering van wezenlijk belang als rationalisatie van het irrationele element.

Uit het bovenstaande vloeit voort dat bij het tot stand komen van een rechtsoordeel, volgens de rechtsvindingstheorie van Scholten, rationele en irrationele elementen met elkaar in verband staan. Rechtsvinding omvat altijd beide en dat geldt ook voor een strafrechtelijk rechtsoordeel. Het rationele element is in het straf(proces)recht terug te voeren op de motivering, bestaande uit de wettige bewijsmiddelen, specifiek in deze thesis tot de redengevende feiten en omstandigheden (art. 338 jo 359 lid 3 WvSv). Het irrationele element is naar mijn mening te herleiden tot de rechterlijke overtuiging.⁷⁹ Hoe deze twee elementen zich tot elkaar verhouden in het kader van de te maken sprong door de strafrechter komt in paragraaf 3.4 aan bod.

§ 3.2.3 Element III; Het rechtsoordeel

De uiteindelijke beslissing, het rechtsoordeel, ziet Scholten als een handeling van de rechter die zijn grondslag vindt in het geweten van de rechter. Scholten voegt daar nog aan toe dat het een daad is die van de rechter wordt vereist.⁸⁰ Scholten verwijst hier naar de sprong. In dit derde element van de rechtsvindingstheorie van Scholten komt ‘de’ sprong, dan eindelijk, aan bod.

§ 3.2.3.1 De sprong van Scholten

Doordat het rechterlijk oordeel uiteindelijk een beslissing is, een rechtsoordeel, wordt het door een ‘sprong’ voorafgegaan.⁸¹ De sprong van Scholten wordt door Hartendorp en Wagenaar kortweg omschreven als de overbrugging tussen de argumentatie – de motivering – en de daadwerkelijke handeling – het rechtsoordeel.⁸² De uiteindelijke beslissing is in de kern gebaseerd op de daad, de handeling, en het geweten van de rechter volgens Scholten, aldus Kaptein.⁸³ De sprong van Scholten is inmiddels ook vele malen besproken binnen het

⁷⁸ Dreissen 2007, blz. 184. Zie hierover meer in hoofdstuk 4.

⁷⁹ Het is niet helemaal juist om te spreken van irrationeel. Het is beter te spreken van praktische wijsheid. Dat wordt duidelijk in hoofdstuk 5.

⁸⁰ Scholten 1974, blz. 130 en Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 75.

⁸¹ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 62.

⁸² Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 67.

⁸³ Kaptein 1996, blz. 78.

straf(proces)recht omdat de strafrechter, net als de rechter uit het privaatrecht, uiteindelijk een eindbeslissing moet nemen en daarmee een sprong moet maken vanuit de feiten en omstandigheden van het concrete geval naar een rechtsoordeel, een vrijspraak en/of bewezenverklaring.

§ 3.3 De strafrechtelijke interpretaties op de sprong van Scholten

Knigge bespreekt de sprong in zijn noot bij het arrest Murray⁸⁴ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hij spreekt over het ‘sprongetje’ van de bewijsmiddelen naar de bewezenverklaring. In punt 6 van zijn noot begint *Knigge* met de Hoge Raad die niet eist dat de bewijsconstructie volledig sluitend is. Het bewijs is toereikend als de feitenrechter het bewezenverklaarde uit de bewijsmiddelen kon afleiden. Oftewel de Hoge Raad staat, volgens *Rozemond*, toe dat de bewijsconstructie in het vonnis een ‘sprong’ bevat. Het is immers mogelijk dat de bewijsredenering slechts sluitend kan worden gemaakt via een redenering die niet in de bewijsmiddelen opgenomen is.⁸⁵ Dit is nu precies het geval bij indirecte bewijsconstructies. De sprong naar een bewezenverklaring kan alleen via een indirecte redenering, oftewel via afleiding, uit de bewijsmiddelen volgen. Er is als het ware sprake van een ‘gat’ in de bewijsconstructie, in de bewoordingen van *Dreissen*.⁸⁶ In het Murray arrest werd dit ‘gat’ gedicht met de weigering van de verdachte om tekst en uitleg te geven. In Nederland echter, zo stelt *Knigge*, zou de feitenrechter een dergelijke gedachtegang niet kenbaar maken (wat de Noord-Ierse feitenrechter in de Murray zaak wel heeft gedaan) en volstaan met de opsomming van de feiten. Dit alles bespreekt *Knigge* in het kader van de toereikendheid van de bewezenverklaring. Deze toereikendheid komt in hoofdstuk 4 aan bod als onderdeel van de redengevendheid van het bewijsmateriaal.

Kwak omschrijft de sprong van Scholten als: ‘het nemen van een beslissing vergt altijd een keuze, een ‘sprong’, waarmee de kloof tussen het abstracte en het concrete wordt overbrugd.’ Later in zijn bijdrage geeft hij aan dat tussen het systeem van rechtsregels en de omstandigheden van een concreet geval een denkbeeldige kloof gaapt en rechtstoepassing vereist is bij het overbruggen van deze kloof middels de sprong van Scholten. Bovendien is het toepassen van een regel altijd gebaseerd op een keuze waar alleen de rechter

⁸⁴ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. *Knigge* (Murray-arrest). In de Murray zaak ging het om de rechtsvraag of de getrokken conclusies uit het zwijgen van de verdachte mochten worden gebruikt. Het antwoordt was kort gezegd dat dit afhangt van de omstandigheden.

⁸⁵ *Rozemond* 1998, blz. 324-325.

⁸⁶ *Dreissen* 2007, blz. 170.

verantwoordelijk voor is, en waar hij dan ook verantwoording over moet afleggen in de vorm van een motivering.⁸⁷

Van Manen maakt in zijn artikel ‘Springende rechters’⁸⁸ aan de hand van praktijkvoorbeelden duidelijk dat de strafrechter in elke zaak springt. Iedere beslissing is een sprong, aldus Van Manen. Dit alles heeft volgens hem te maken met het dubbelzinnige karakter van de juridische begrippen in ons stelsel en het feit dat een waarneming of ervaring in woorden, dus de taal, moet worden omgezet. Uiteindelijk concludeert Van Manen dat oordelen een kwestie is van intuïtie, weliswaar een geschoolde intuïtie en sociale intuïtie maar uiteindelijk een sprong, soms in het duister. Herkenbaar is bij Van Manen het niet onder woorden te brengen gedeelte van het recht, waar ook Scholten en Hartendorp & Wagenaar op wijzen bij de te maken sprong, zie bladzijde 32 van deze thesis. Met dit niet onder woorden te brengen gedeelte in het recht wordt gedoeld op de praktische wijsheid, te herleiden tot het niet te beredenerende gedeelte van de rechterlijke overtuiging.⁸⁹

Als laatste *Cleiren*⁹⁰ die theoretisch gezien twee sprongen onderscheidt, maar tegelijkertijd aangeeft dat deze onderscheiding in de praktijk nauwelijks mogelijk is.⁹¹ *Cleiren* onderscheidt de volgende twee sprongen in het straf(proces)recht:

- De sprong van een hoge mate van waarschijnlijkheid naar een ‘juridisch’ zekerheidsoordeel; en
- De sprong van een feitelijk oordeel naar een bewijsbeslissing die mede een rechtsoordeel omvat.

Volgens *Cleiren* zijn beide sprongen onvermijdelijk om tot een bewijsbeslissing te komen. Zij koppelt vervolgens deze twee sprongen aan de functie van de rechterlijke overtuiging, enerzijds de wetenschappelijke/inductieve brugfunctie en anderzijds de normatieve brugfunctie, beide komen in hoofdstuk 5 uitgebreid aan bod.

⁸⁷ In deze alinea wordt gebruik gemaakt van Kwak 2010, blz. 63-65.

⁸⁸ In deze alinea wordt gebruikt gemaakt van Van Manen 2010, blz. 265, 269 en 283.

⁸⁹ Zie hierover meer in hoofdstuk 5 paragraaf 5.4.2.

⁹⁰ *Cleiren* 2010, blz. 265.

⁹¹ *Cleiren* 2010, blz. 265. Ook Scholten erkent, zoals reeds in hoofdstuk 3 duidelijk geworden is, dat de rationele en irrationele elementen in theorie verschillend zijn, maar in de praktijk niet van elkaar te onderscheiden zijn.

§ 3.4 De strafrechtelijke sprong

Uiteindelijk is de sprong dus een onvermijdelijke sprong, de strafrechter moet immers een eindbeslissing geven ondanks het ontbreken van de absolute waarheid. Voor nu is bepalend wat tijdens in deze thesis onder de sprong wordt verstaan, zodat kan worden nagegaan of de redengevendheid van het bewijsmateriaal waarborgen biedt voor de te maken sprong. Het vertrekpunt voor de strafrechtelijke sprong is de sprong zoals beschreven door Cleiren, omdat Cleiren de meest directe, en voor deze thesis de meest bruikbare, vertaling naar het strafproces heeft gemaakt.

Kortgezegd heeft de strafrechtelijke sprong dus betrekking op de sprong van het feitenoordeel naar het rechtsoordeel en daarmee tevens een sprong van een bepaalde (hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een zekerheidsoordeel. In het vervolg wordt gesproken over één sprong, waarmee zowel de sprong van het feitenoordeel naar het rechtsoordeel, als de sprong van de (hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een zekerheidsoordeel wordt bedoeld. Uiteindelijk gaat het om één sprong in de praktijk. Beide sprongen zijn in de praktijk niet van elkaar te onderscheiden en lopen geleidelijk in elkaar over. Het zekerheidsoordeel is overigens een zekerheidsoordeel in juridische zin, daarmee refereer ik aan de onmogelijkheid van de absolute zekerheid in het straf(proces)recht.

Het feitenoordeel hangt dus samen met de (hoge) mate van waarschijnlijkheid en is te beschouwen als het rationele⁹² element. Dat betekent dat allereerst op basis van de (redengevende) feiten en omstandigheden van het concrete geval de wettige bewijsmiddelen dienen te worden beoordeeld, het feitenoordeel. Daaruit volgt al dan niet een bepaalde (hoge) mate van waarschijnlijkheid. Het irrationele element wordt bepaald, mijns inziens, door de rechterlijke overtuiging, op basis van het feitenoordeel dat in geval van een bewezenverklaring leidt tot een voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid komt de rechterlijke overtuiging tot stand. Het is hier dat de rechterlijke overtuiging een brugfunctie vervult om tot een rechtsoordeel, dat tevens een zekerheidsoordeel omvat, te komen.

Het feitenoordeel en de (hoge) mate van waarschijnlijkheid zijn allereerst afhankelijk van het bewijsminimum dat eist dat er minimaal twee wettige bewijsmiddelen ten grondslag moeten

⁹² In hoofdstuk 4 zal worden betoogd dat het rationele element ook een ‘irrationeel’ element kent, namelijk de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Irrationeel staat tussen aanhalingstekens omdat het niet helemaal juist is om te spreken van irrationeel in de zin van het eigen persoonlijke gevoel van de strafrechter. Beter is te spreken van praktische wijsheid, zie hierover meer in hoofdstuk 5.

liggen aan een bewezenverklaring. Daarenboven worden ook eisen gesteld aan de wettige bewijsmiddelen, namelijk:

- De rechtmatigheid van het bewijsmateriaal; en
- De betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal; en
- De **redengevendheid** van bewijsmateriaal.

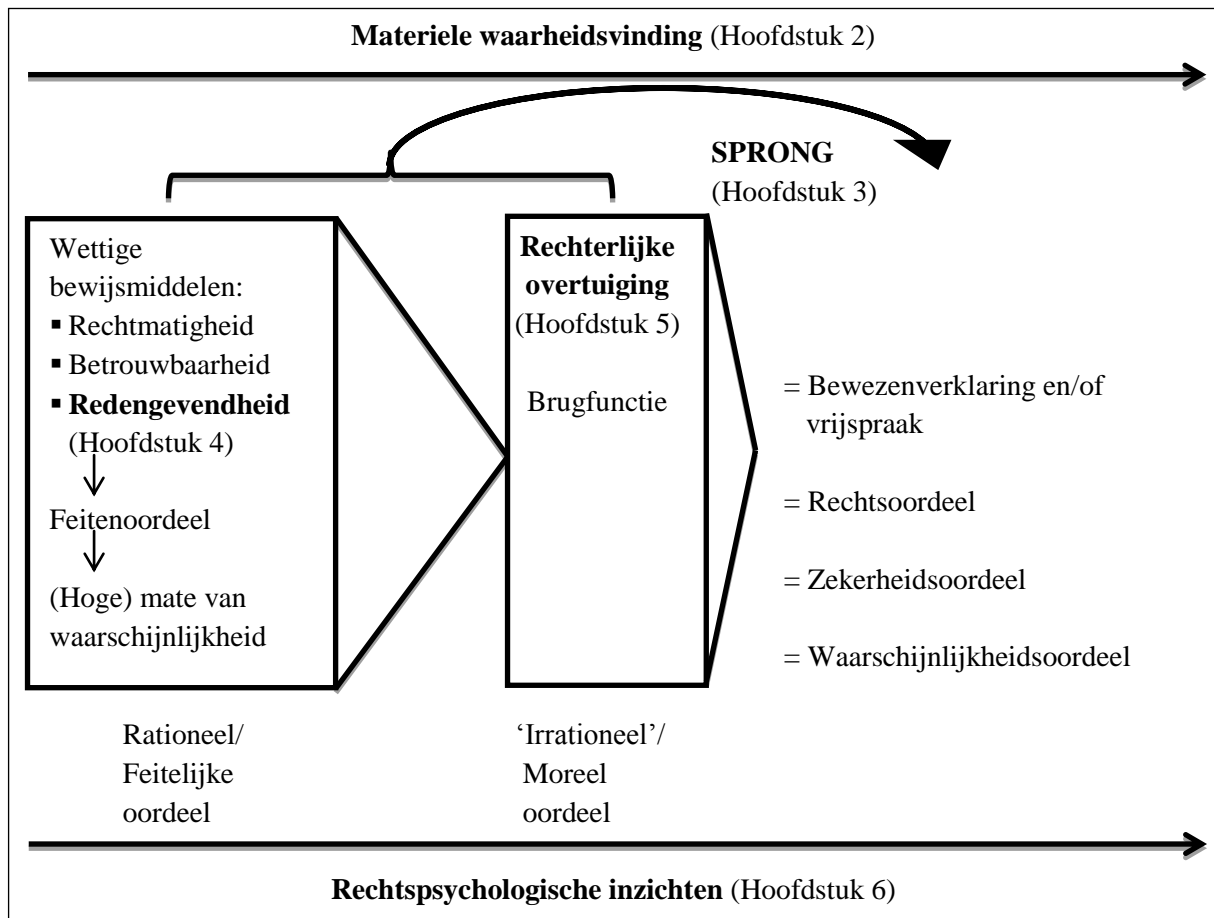
Het accent in deze thesis ligt op het derde vereiste van de wettige bewijsmiddelen, namelijk: de redengevendheid⁹³ van het bewijsmateriaal (en dus niet op de rechtmatigheid en de betrouwbaarheid). Echter als het bewijsmateriaal redengevend wordt geacht voor de bewezenverklaring, moet het bewijsmateriaal tevens rechtmatig en betrouwbaar zijn. Daarmee kunnen de rechtmatigheid en betrouwbaarheid ook als waarborgen worden beschouwd voor de te maken sprong in geval van een bewezenverklaring. In deze thesis gaat het echter specifiek om de waarborgen van de redengevendheid van het bewijsmateriaal in het kader van indirecte bewijsconstructies.

Indien de hoge mate van waarschijnlijkheid niet wordt bereikt leidt dat tot een rechtsoordeel en tevens een zekerheidsoordeel inhoudende een vrijspraak. Wordt de hoge mate van waarschijnlijkheid wel bereikt dan komt de strafrechter toe aan het ‘irrationele’⁹⁴ element, zoals Scholten het omschrijft, de rechterlijke overtuiging. Alleen als de strafrechter, op basis van minimaal twee wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen kan hij tot een rechtsoordeel en tevens een zekerheidsoordeel komen, inhoudende een bewezenverklaring. Is de strafrechter niet overtuigd dan dient hij de verdachte vrij te spreken. Voor alle duidelijkheid, het rechtsoordeel dat tevens een zekerheidsoordeel behelst, kan zowel een bewezenverklaring als een vrijspraak inhouden.

⁹³ Deze thesis is beperkt tot de redengevendheid, omdat de problematiek rondom indirecte bewijsconstructies zich (met name) voordoet bij de derde eis van het wettig bewijs.

⁹⁴ O.a. Cleiren, Hol en Loth spreken, in tegenstelling tot Scholten, niet over irrationaliteit, maar over niet-rationeel en/of praktische wijsheid, zie hiervoor meer in hoofdstuk 5.

Het bovenstaande komt schematisch op het volgende neer:



§ 3.5 De A73-strafzaak; de sprong en indirecte bewijsconstructies

Het probleem van de sprong in geval van indirecte bewijsconstructies is dat de sprong risicovoller is, doordat het logisch verband tussen het bewijsobject en het bewijsmateriaal niet direct uit het aanwezige bewijsmateriaal volgt. Het is deze problematiek die zich laat verduidelijken door de A73-strafzaak.⁹⁵

Casus A73-strafzaak

Twee mannen worden er van verdacht in de nacht van 9 op 10 september 2008 vanuit een rijdende auto op de A73 ter hoogte van Nijmegen te hebben geschoten op een andere rijdende auto, waarin zich twee mannen bevonden. Eén van de mannen in de beschoten auto overleed, de ander raakte gewond. Onder de auto van het slachtoffer bleek later een peilbaken te zitten waarvan het spoor naar een tweetal verdachten leidde: Martien en Toon R. De rechtbank veroordeelde de verdachten op 2 juli 2010 en het gerechtshof sprak de twee verdachten op 18 september 2012 vrij van de moord en poging tot moord wegens gebrek aan bewijs. Beiden zijn wel veroordeeld voor hun betrokkenheid bij hennepkweek.

⁹⁵ <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: A73, datum: 14 mei 2013. In de A73-strafzaak is cassatie ingesteld, maar op 27 juni 2013 was nog geen uitspraak bekend.

De twee uiteenlopende uitspraken, een bewezenverklaring (en veroordeling) door de rechtbank en een vrijspraak door het gerechtshof, kan wellicht worden verklaard doordat de verdachten in hoger beroep, in tegenstelling tot eerste aanleg, bekend hebben aan wie ze het peilbaken hebben overhandigd.⁹⁶ Ondanks dat de verdachten in hoger beroep bekennen aan wie zij het peilbaken hebben overhandigd acht het gerechtshof, ook als de verdachten dat niet hadden gedaan, dat er onvoldoende bewijs zou zijn om te concluderen dat zij het peilbaken in hun bezit hebben gehouden, bij het casino onder de auto hebben geplakt, de auto hebben gevolgd en de inzittende onder vuur hebben genomen. Het logisch verband tussen de bewijsmiddelen is te beperkt⁹⁷ en hierdoor blijft, aldus het gerechtshof, ruimte bestaan voor andere denkbare scenario's, dat anderen dan verdachten verantwoordelijk zijn voor het delict, en is het bewijsobject – de tenlastelegging - *niet direct* door het aanwezige bewijsmateriaal aan de verdachten te linken.⁹⁸ De sprong naar een bewezenverklaring wordt door het gerechtshof in de A73-strafzaak te groot geacht.⁹⁹

‘Er moet, ook al wordt door het openbaar ministerie aangenomen dat zij de uitpeilset niet aan [betrokkene 2] hebben afgegeven, een te grote stap worden gezet om te concluderen dat zij de set ook na 23.15 uur in hun bezit hebben gehouden, het baken hebben geplakt, de auto met daarin slachtoffers hebben gevolgd en op hen, na 2.20 uur, hebben geschoten, dan wel dat anderen dat in hun opdracht hebben gedaan of althans dat zij aan deze misdaad medeplichtig zijn geweest.’

Het gerechtshof geeft in de A73-strafzaak expliciet aan dat zij het een ‘te grote stap’ vinden.¹⁰⁰ De sprong naar een bewezenverklaring acht het gerechtshof dus te groot. Het aanwezige bewijsmateriaal is daarmee onvoldoende redengevend om tot een bewezenverklaring te komen en dus dient vrijspraak te volgen. Zoals Taru Spronken in haar

⁹⁶ Rb. Arnhem 2 juli 2010, *LJN* BN0054, blz. 12

⁹⁷ Hiervoor neemt het gerechtshof kortweg in overweging: dat de aanwezigheid van verdachten op het plaats delict ten tijde van de schietpartij niet kan worden vastgesteld, de bewakingscamera's geen uitsluitel over de aanwezigheid van verdachten daar geven, de verklaring van de bewaker bij het casino geen relevante informatie oplevert, de uitkomst DNA-onderzoek geeft ‘zeer weinig steun’ dat verdachten aan het extract hebben bijgedragen, de telefoongegevens geen uitsluitel geven, de technische gegevens omtrent het opwaarderen van de tracer en van het baken bewijzen niet de betrokkenheid van verdachten bij het schietincident, de munitie die is aangetroffen in de gehuurde loods is hetzelfde als bij het schietincident – echter de munitie is echter pas ruim een half jaar later in de loods aangetroffen en niet is duidelijk wanneer die munitie in de loods terecht is gekomen, dat de peilzender en het baken onder dezelfde zendmast van Nijmegen bevonden sluit niet uit dat een andere auto zich tussen de twee objecten bevond en bovendien heeft een zendmast een groot bereik. <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: A73, datum: 14 mei 2013.

⁹⁸ <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: A73, datum: 14 mei 2013. Het niet volledig kunnen uitsluiten van alternatieve scenario's heeft meegespeeld bij de overweging van het gerechtshof. In hoofdstuk 4 zal blijken dat dit typerend is voor indirecte bewijsconstructies en ook een rol heeft gespeeld in de overweging van de rechtbank in de Moord zonder lijk strafzaak.

⁹⁹ Gerechtshof Arnhem 18 september 2012, *LJN* BX7827, blz. 11.

¹⁰⁰ Gerechtshof Arnhem 18 september 2012, *LJN* BX7827, blz. 11.

NJBlog al aangeeft: wanneer het bewijs dun is, is extra voorzichtigheid op zijn plaats. Het vinden van de waarheid is dan inderdaad nauw verbonden met het voordeel (of nadeel) van de twijfel.¹⁰¹ Deze gedachtegang moet mogelijk ook hebben gespeeld bij de strafrechters van het gerechtshof, nu zij te kennen geven dat een veroordeling een ‘te grote stap’ is. Deze ‘te grote stap’ heeft naar alle waarschijnlijkheid te maken met het vele indirecte bewijsmateriaal dat aanwezig is en de afwezigheid van direct bewijs dat verdachten, volgens het gerechtshof, kunnen plaatsen op de A73 ten tijde van het schietincident.

Dat in geval van indirecte bewijsconstructies de sprong risicovoller is blijkt uit de hierboven besproken A73-strafzaak. Er is een aanzienlijke hoeveelheid bewijs aanwezig, maar het bewijs laat toch nog een ruime marge van onzekerheid bestaan en dit is typerend voor indirecte bewijsconstructies.¹⁰² Hoe dan ook, de strafrechter moet uiteindelijk een sprong maken om tot een rechtsoordeel te komen. Het is en blijft een onvermijdelijke sprong, ongeacht een directe of indirecte bewijsconstructie. Het verschil is dat bij een indirecte bewijsconstructie de sprong risicovoller is, omdat het logisch verband tussen het aanwezige bewijsmateriaal en het bewijsobject niet direct uit het bewijsmateriaal volgt. Hoe groter de sprong van de bewijsmiddelen naar een bewezenverklaring hoe minder aannemelijk de bewezenverklaring immers zal zijn.¹⁰³

§ 3.6 Tussenconclusie

De sprong komt niet alleen betekenis toe in het privaatrecht, maar is tevens relevant voor het straf(proces)recht. Theoretisch gezien is de strafrechtelijke sprong onder te verdelen in twee sprongen. De sprong van het feitenoordeel naar een rechtsoordeel en de sprong van een (hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een zekerheidsoordeel. Het rechts- en zekerheidsoordeel kan zowel een vrijspraak als een bewezenverklaring inhouden. Bovendien kent de sprong zowel een rationeel als een ‘irrationeel’ element, respectievelijk het wettig bewijs - specifiek in deze thesis de redengevendheid - en de rechterlijke overtuiging.

Een mogelijke waarborg is, net als in hoofdstuk 2 met betrekking tot de materiële waarheid, naar mijn mening, gelegen in de bewustwording bij de strafrechter dat de sprong een onvermijdelijke sprong is. Ook hier is de eigenlijke waarborg dat de strafrechter vanwege het

¹⁰¹ <<http://njblog.nl/2012/05/26/waarheidsvinding/>>, datum: 4 juli 2012.

¹⁰² Meulemeester 2010, blz. 215.

¹⁰³ Brouns 1987, blz. 489.

bewustzijn alerter is op de meer risicovolle sprong bij indirecte bewijsconstructies van het feitelijke oordeel naar een rechtsoordeel.

Of het rationele element in geval van indirecte bewijsconstructies waarborgen biedt, zodat de onvermijdelijke sprong door de strafrechter zo klein mogelijk blijft staat centraal in hoofdstuk 4. Of de redengevendheid waarborgen biedt voor de sprong bij de rechterlijke overtuiging wordt besproken in het daaropvolgende hoofdstuk 5.



4

De redenevendheid van het bewijsmateriaal

Een logisch of onlogisch verband?

§ 4.1 Inleiding

In het straf(proces)recht geldt een materiële waarheid en daarmee is het streven naar de absolute waarheid door de strafrechter het hoogst haalbare. De grondslag voor de waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting en de daaropvolgend te nemen beslissing(en) wordt enerzijds door de in artt. 348 en 350 WvSv vermelde formele en materiële vragen bepaald en anderzijds door de reikwijdte van de tenlastelegging.¹⁰⁴ De strafrechter komt uiteindelijk tot een rechtsoordeel door het maken van een sprong. Het feitenoordeel en de (hoge) mate van waarschijnlijkheid dat (mede) bepalend is voor de sprong vormen het wetenschappelijke, anders gezegd het rationele element daarvan en vindt onder meer zijn weerslag in de redenevendheid van het bewijsmateriaal.¹⁰⁵

Wat de redenevendheid van het bewijsmateriaal inhoudt en hoe deze eis mogelijke waarborgen, specifiek ten opzichte van indirecte bewijsconstructies, kan bieden voor de onvermijdelijke sprong die de strafrechter dient te maken wordt in dit hoofdstuk aan een kritische blik onderworpen. Aansluitend een praktische terugkoppeling aan de hand van de Moord zonder lijk strafzaak om de toch wel theoretische uiteenzetting van de redenevendheid tastbaarder te maken. Afgesloten wordt met een tussenconclusie.

§ 4.2 De redenevendheid van het bewijsmateriaal

De redenevendheid van het bewijsmateriaal eist dat het bewijsmateriaal dat door de strafrechter wordt gebruikt voor de bewezenverklaring *relevant* is. Anders gezegd: er dient een logisch verband te bestaan tussen de feiten zoals die blijken uit het bewijsmateriaal en de feiten zoals die aan de bewezenverklaring ten grondslag gelegd zijn. Deze eis van relevantie richt zich op de relatie, de link zoals Dreissen het noemt, tussen het bewijsmateriaal en het bewijsobject - de tenlastelegging.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Crijns 2008, blz. 37.

¹⁰⁵ Uiteraard dient de strafrechter alle straf(proces)rechtelijke wettelijke regels in acht te nemen. Specifiek van belang voor een bewezenverklaring, naast de eis van de wettige bewijsmiddelen, is de eis dat minimaal twee bewijsmiddelen ten grondslag dienen te liggen aan een bewezenverklaring- het bewijsminima.

¹⁰⁶ Dreissen 2007, blz. 167; cursivering SK.

De redengevendheid van het bewijsmateriaal staat in art. 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv vermeldt:

‘De beslissing dat het feit door de verdachte is begaan, moet steunen op de inhoud van in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden.’

Artikel 359 lid 3 WvSv betreft een motiveringsvoorschrift dat aan de strafrechter gericht is en nageleefd dient te worden indien hij tot een bewezenverklaring komt. Wat de wetgever precies onder redengevend verstaat wordt nergens in het WvSv uitgelegd. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) van 1913-1914 komt, aldus Dreissen louter de achterliggende gedachte van het artikel naar voren dat door het *aanwijzen* van de redengevende feiten en omstandigheden de **logische gedachtegang** van de rechter in het vonnis tot uitdrukking zou moeten komen.¹⁰⁷ Inmiddels is het ‘aanwijzen’ geschrapt in de MvT.¹⁰⁸ Dat heeft er mede toe geleid, zo zal nog blijken, dat de eis van de redengevendheid van het bewijsmateriaal samenvalt met het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen. De motivering van de redengevendheid valt dus evenzo samen met de (standaard)motivering van de inhoud van de bewijsmiddelen. Aan de motivering van de redengevendheid komt hierdoor naar alle waarschijnlijkheid nog maar weinig betekenis toe.

De eis van relevantie kan, volgens Dreissen, in drie aspecten worden onderscheiden, namelijk:¹⁰⁹

- I. het *bewijsobject*; het logisch verband is afhankelijk van de betekenis van de begrippen die in de tenlastelegging zijn opgenomen. De interpretatie daarvan moet vooraf aan de bewezenverklaring duidelijk zijn – de relevantie
- II. het *bewijsmateriaal*; de inhoud en de betekenis van het bewijsmateriaal moet vaststaan. Om vervolgens het verband tussen het bewijsmateriaal en de tenlastelegging vast te stellen – de selectie en waardering
- III. het verband tussen aspect I en II; er moet sprake zijn van een *logisch verband* tussen het geselecteerde bewijsmateriaal en het bewijsobject – de mate van waarschijnlijkheid

¹⁰⁷ Dreissen 2007, blz. 169 en *Kamerstukken II* 1913-1914, 286, nr. 3 (MvT), blz. 140, cursivering auteur.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29255, nr. 3, (MvT), blz. 13-14.

¹⁰⁹ Dreissen 2007, blz. 169-170.

De bovenstaande drie aspecten vormen tezamen de eis van relevantie van het bewijsmateriaal. De eerste twee aspecten kunnen als twee voorvragen worden beschouwd ten opzichte van het derde aspect, het logisch verband.¹¹⁰ Om die reden worden de eerste twee aspecten korter besproken in verhouding tot het laatste aspect. Dit omdat de problematiek omtrent indirecte bewijsconstructies zich daar concentreert. Het feitenoordeel gevormd door aspect I en II leidt uiteindelijk, afhankelijk van het logisch verband tussen beide, tot een al dan niet voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid voor een bewezenverklaring. Ondanks dat de redengevendheid van het bewijsmateriaal het rationele element vormt van de sprong ontkomt de strafrechter er ook hier niet aan, al dan niet bewust, een beroep te doen op het irrationele element van de sprong, in de zin van het niet te beredeneren onderdeel van het straf(proces)recht.

§ 4.3 Het niet te beredeneren onderdeel van de redengevendheid; de praktische wijsheid

Alvorens de drie aspecten van de eis van relevantie uitgebreid te bespreken in het kader van de indirecte bewijsconstructie, wordt eerst kort ingegaan op de onvermijdelijkheid van het irrationele element van de redengevendheid. Van irrationaliteit is allerm minst sprake, in de zin van het eigen gevoelen van de strafrechter, maar eerder wordt gesproken van een praktische wijsheid.¹¹¹

Feiten (of termen) interpreteren, selecteren en waarderen is mede afhankelijk van een bepaald perspectief, in dit geval het perspectief¹¹² van de strafrechter. Feiten krijgen immers pas hun betekenis in het licht van een achterliggende theorie. Een feit is voor de strafrechter pas bewijsmateriaal (aspect II) wanneer het in het licht van een specifieke theorie wordt beschouwd, aldus *Derksen*. Niet alleen de betekenis van het feit maar ook de bewijswaarde van het feit is afhankelijk van deze achterliggende theorie.¹¹³ Interpreteren van de feiten is vereist voordat de feiten bruikbaar zijn voor het rechtsoordeel. De theorie wordt in het strafproces in eerste instantie gevormd door het bewijsobject (aspect I), maar de verdediging zal veelal met een alternatief scenario komen om tegengewicht te bieden.¹¹⁴

¹¹⁰ Dreissen 2007, blz. 184.

¹¹¹ Zie hierover ook hoofdstuk 5.

¹¹² Zie hierover ook hoofdstuk 2.

¹¹³ Derksen 2010, blz. 55 en 57.

¹¹⁴ Zie hierover meer in hoofdstuk 6.

In het verlengde van het bovenstaande stelt ook *De Wild* dat wat de strafrechter in een concrete situatie als feit beschouwt, en hoe hij die feiten interpreteert en waardeert, hangt af van zijn interpretatief kader, zijn theoretische achtergrondkennis, zijn *Vorverständnis* (vooroordeel). De Wild: ‘Kennisverwerving is immers geen passief gebeuren waarbij kant en klare, neutrale feiten waargenomen worden, doch is een proces waarbij het kennende subject zelf het gekende (de feiten) mede structureert.’ Dat maakt dat neutrale, theorie-onafhankelijke, waarneming niet mogelijk is.¹¹⁵ *Loth* stelt eveneens dat de rechtvaardiging van de beschrijving van de reconstructie – de werkelijke toedracht - afhankelijk van de verklarende theorie is, oftewel de achterliggende theorie in de bewoordingen van Derksen. De feiten sluiten aan bij onze kennis en ontlene daaraan hun rechtvaardiging, aldus *Loth*. Deze rechtvaardiging, zoals *Loth* het noemt, wordt op volgens hem gevormd door redenen– zijnde de relevantie en de bewijskracht van het bewijsmateriaal - die wij hebben om een uitspraak voor waar te houden en die redenen vinden hun basis weer in een kennissysteem, hetzij wereldbeeld, waaraan zij hun betekenis ontlene.¹¹⁶

Het maken van keuzes, mede vanwege de verschillende interpretatiemogelijkheden en dan in het bijzonder bij indirecte bewijsconstructies, is inherent aan de taak van de strafrechter om tot een rechtsoordeel te kunnen komen. Mede doordat de strafrechter vrij is in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal kunnen verschillende keuzes daarin tot andere uitkomsten leiden. Als gevolg daarvan is een irrationeel element, in de zin van praktische wijsheid,¹¹⁷ onvermijdelijk. Absolute waarheid is nu eenmaal een onbereikbaar fenomeen en bewijs draagt altijd een mate van onzekerheid in zich. Het irrationele element is irrationeel, omdat het veelal om een niet nader onder woorden te brengen element in het straf(proces)recht gaat. Gebaseerd op de juridische ervaring, intuïtie en/of het rechtsbewustzijn (waaronder het rechtsgevoel) van de strafrechter; de praktische wijsheid. Het is deze praktische waarheid die het mogelijk maakt de knoop door te hakken in geval van een praktisch probleem¹¹⁸, zoals een strafzaak. Bovendien moet niet worden vergeten dat het rechtsoordeel genormeerd wordt door bewijsregels en andere straf(proces)rechtelijke regels. Deze regels krijgen alleen betekenis als de strafrechter weet welke feiten relevant zijn en daarvoor is een irrationeel oordeel op basis van praktische wijsheid onontkoombaar.

¹¹⁵ De Wild 1980, blz. 47-49.

¹¹⁶ Loth 2012, blz. 35 en 39.

¹¹⁷ Zie hier uitgebreid hoofdstuk 5 over.

¹¹⁸ Hol 1994, blz. 183.

Doordat zowel aspect I en II afhankelijk zijn van een kennissysteem leidt dat er toe dat het feitenoordeel een irrationeel element omvat. Dit heeft natuurlijk ook gevolgen voor het derde aspect daar dit laatste aspect uit de eerste twee aspecten voortvloeit. Met name het bepalen van de (hoge) mate van waarschijnlijkheid (aspect III) gaat gepaard met een irrationeel element. Wanneer precies sprake is van een voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid is niet onder woorden te brengen. Ook hier zal de strafrechter een beroep op zijn praktische wijsheid doen. Zonder de praktische wijsheid is een feitenoordeel en een oordeel over de (hoge) mate van waarschijnlijkheid, en daarmee de redengevendheid, onmogelijk. Het is daar waar het te beredeneren onderdeel stukt de praktische wijsheid op de voorgrond.

Desondanks is dat geen reden om een motivering achterwege te laten voor wat betreft het wel te beredeneren onderdeel van de redengevendheid. Zeker in geval van indirecte bewijsconstructies, waarbij de feiten niet evident zijn en dus nog meer dan bij direct bewijs onderhevig zijn aan interpretatie, is een rationalisering middels een motivering van wezenlijk belang. Echter, zo zal blijken, is de motiveringsplicht beperkt en hierdoor is een puur irrationeel rechtsoordeel niet volledig uit te sluiten. Dit omdat de gedachtegang van de strafrechter zeer beperkt inzichtelijk wordt en het rechtsoordeel hierdoor mogelijk op basis van het eigen gevoel van de strafrechter in plaats van op de redengevendheid (en de rechtmatigheid en betrouwbaarheid) van het bewijsmateriaal tot stand gekomen is.

§ 4.4 Het bewijsobject; aspect I – de relevantie

Omdat de tenlastelegging richtinggevend is voor het onderzoek ter terechtzitting dient voor de strafrechter allereerst duidelijk te zijn wat de betekenis van de daarin opgenomen termen is. Per slot van rekening kan de strafrechter dan pas nagaan of het bewijsmateriaal al dan niet redengevend is voor het bewijsoordeel.¹¹⁹ De betekenis van de termen zijn daarentegen niet altijd *direct* duidelijk omdat deze dikwijls voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. Over het onderscheid tussen feitelijke en juridische termen later meer in deze paragraaf. Door een andere interpretatie van de termen kunnen de feiten in een ander licht komen te staan en daarmee de relevantie van het bewijsmateriaal. Dit kan het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring beïnvloeden.¹²⁰

¹¹⁹ Dreissen 2007, blz. 174.

¹²⁰ Brouns 1987, blz. 498, bijvoorbeeld door een dakdekkersverweer of Meer en Vaartverweer.

De strafrechter is niet verplicht de termen uit de tenlastelegging die zijn ontleend aan het WvSr toe te lichten. Deze termen dient de strafrechter conform de delictomschrijving¹²¹ uit te leggen. De door de strafrechter gegeven interpretaties van de feitelijke en juridische termen worden afgeleid uit de inhoud van de bewijsmiddelen die in de bewezenverklaring opgenomen zijn en indien mogelijk beoordeeld.¹²² Een expliciete uitleg van de interpretatie door de strafrechter gegeven aan deze termen is dus niet vereist. Alleen wanneer overduidelijk is dat de feiten en omstandigheden uit de bewijsmiddelen niet redengevend voor de bewezenverklaring kunnen zijn zal de Hoge Raad overgaan tot vernietiging.¹²³ En zelfs dan leidt dit het niet altijd tot vernietiging.¹²⁴

Tenzij er sprake is van een dakdekkersverweer,¹²⁵ maar ook dan gelden beperkingen, is het nu zo, dat de betekenis van de begrippen uit het bewijsobject uit de inhoud van de opgenomen bewijsmiddelen afgeleid moet worden. Dit draagt niet bij aan de verduidelijking van de redengevendheid van het bewijsmateriaal ten opzichte van het bewijsobject. Dreissen en Pelser zijn dan ook van mening, en naar mijn mening terecht, dat van de feitenrechter mag worden verwacht dat hij zijn interpretatie van (juridisch) relevante termen in zijn vonnis kenbaar maakt en motiveert.¹²⁶ Deze plicht tot verantwoording zorgt er voor en draagt er aan bij dat de strafrechter zich bewust¹²⁷ is van de keuzes die hij maakt en bovendien meer inhoudelijke controle van het logisch verband mogelijk maakt. Zeker in geval van indirecte bewijsconstructie volgt, nog minder dan bij directe bewijsconstructies, niet zonder meer uit de inhoud van de bewijsmiddelen of het bewijsmateriaal al dan niet redengevend is voor het te bewijzen bewijsobject. De redengevendheid van het bewijsmateriaal is dus afhankelijk van de door de strafrechter gegeven interpretatie, die veelal zonder motivering niet uit het bewijsmiddel is af te leiden.

¹²¹ Delictomschrijving: de omschrijving van een strafbaar feit in het WvSr, <www.juridischwoordenboek.nl>, zoekterm: delictomschrijving, datum: 20 december 2012.

¹²² Dreissen 2007, blz. 175.

¹²³ Dreissen 2007, blz. 193-194. Ten eerste als de bewijsmiddelen direct in strijd zijn met de feiten die bewezen worden verklaard of als het bewezen verklaarde deel daaruit niet volgt of zonder nadere motivering niet volgt.

¹²⁴ Dreissen 2004, blz. 194. Ten eerste als het niet redengevende bewijsmateriaal van ondergeschikt belang en dus een behoorlijke motivering niet in de weg staat. Of wanneer het bewijsmateriaal als inleiding wordt gebruikt op een wel redengevend deel en als laatste als de HR bereidt is niet redengevend bewijsmateriaal buiten beschouwing te laten omdat het opnemen daarvan op een kennelijke vergissing zou berusten.

¹²⁵ Zie hierover meer in § 4.7.1 Kortweg houdt het dakdekkersverweer in dat de verdediging een term uit de delictomschrijving die ten laste is gelegd niet op het concrete geval van toepassing acht.

¹²⁶ Dreissen 2007, blz. 77 en Pelser 1995, blz. 282.

¹²⁷ Deze bewustwording is kenmerkend voor de inscherpingsfunctie, zie hiervoor meer in § 4.6.3.

§ 4.5 Het bewijsmateriaal; aspect II – de selectie en waardering

Het tweede aspect van de redengevendheid houdt in dat het bewijsmateriaal qua inhoud en betekenis niet met elkaar in tegenspraak mogen zijn, indien de strafrechter dat bewijsmateriaal ten grondslag wil leggen aan de bewezenverklaring. Om tegenstrijdigheden te voorkomen lijkt het voor de hand liggend dat de gegeven interpretatie aan het bewijsmateriaal in de motivering opgenomen dient te zijn om zodoende te kunnen bepalen of het bewijsmateriaal al dan niet redengevend is ten opzichte van het bewijsobject, en daarmee ook of de bewezenverklaring toereikend is. De toereikendheid eist dat elk onderdeel van de bewezenverklaring in één of meer bewijsmiddelen terug te vinden is: de bewijsconstructie moet sluitend zijn.¹²⁸ De toereikendheid valt in de praktijk veelal samen met het eerste aspect. De inhoud en de betekenis van het bewijsmateriaal zijn bovendien van belang om het strafbare feit juridisch te kunnen kwalificeren. Niet alleen de juridische betekenis ook de feitelijke betekenis van een term in het bewijsmateriaal, bijvoorbeeld in een verklaring van een getuige, dient inzichtelijk te zijn. Een motivering is ten aanzien van dit aspect van de redengevendheid eveneens beperkt tot het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen in het vonnis.¹²⁹

De beperkte plicht tot motiveren heeft (onder meer) te maken met de vrije selectie en waardering¹³⁰ van het bewijsmateriaal. De strafrechter is vrij te beslissen welk bewijsmateriaal hij selecteert en aan de bewezenverklaring ten grondslag legt. Over het bewijsmateriaal dat hij buiten beschouwing laat en waarom hij andere delen wel voor het bewijs gebruikt hoeft hij eveneens geen verantwoording af te leggen.¹³¹ Dat wil zeggen dat een andere selectie en waardering ook mogelijk is. Ook de waardering van het bewijsmateriaal is aan de strafrechter voorbehouden en hoeft hij dus daarover eveneens geen verantwoording af te leggen.¹³² Voldoende is dat uit het bewijsmateriaal kan worden *afgeleid* dat de strafrechter het redengevend acht. Zelfs wanneer het bewijsmateriaal voor verschillende interpretaties vatbaar is, is het niet vereist dat de strafrechter uitlegt welke interpretatie hij hanteert.¹³³ De toetsing door de Hoge Raad is beperkt tot de vergelijking

¹²⁸ Dreissen 2007, blz. 195-196.

¹²⁹ Dreissen 2007, blz. 179.

¹³⁰ Met inachtneming van het bewijsrecht en het verbod van denaturering.

¹³¹ Brouns 2001, blz. 183-184.

¹³² Brouns 2001, blz. 184.

¹³³ Dreissen 2007, blz. 179-180.

tussen de feiten die blijken uit de bewijsmiddelen en het bewezen verklaarde feit. Deze mogen niet tegenstrijdig met elkaar zijn.¹³⁴

Doordat de plicht tot motivering beperkt is, wordt niet duidelijk met welke redenering het bewijsmateriaal al dan niet redengevend voor het bewijsobject, met name in geval van indirecte bewijsconstructies, wordt geacht. Bij indirecte bewijsconstructies is het echter van wezenlijk belang inzicht te krijgen in de gegeven interpretatie aan het bewijsmateriaal. Dit omdat de feiten niet evident zijn en daarmee, nog meer dan bij directe bewijsconstructie, voor meerdere interpretaties en alternatieve scenario's vatbaar zijn. Afhankelijk van de gegeven interpretatie kan het bewijsmateriaal al dan niet redengevend voor de bewezenverklaring worden geacht. De interpretatie dient om die reden dan ook verantwoord te worden. Evenals bij het eerste aspect zorgt deze plicht tot verantwoording en draagt er aan bij dat de strafrechter zich bewust is van zijn keuzes en maakt bovendien meer inhoudelijke controle mogelijk. De beperkte motivering waarmee thans kan worden volstaan is wellicht bij directe bewijsconstructies voldoende, maar bij indirecte bewijsconstructie is dit allerminst het geval.

§ 4.6 Het logische verband; aspect III – de mate van waarschijnlijkheid

Aspect I en II vormen (tezamen met de rechtmatigheid en de betrouwbaarheid) het feitenoordeel van het bewijsmateriaal. Afhankelijk van het feitenoordeel kan het logisch verband tussen het bewijsobject en het bewijsmateriaal worden beoordeeld en daaruit voortvloeiend of een voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid om een bewezenverklaring te komen wordt behaald. Het logisch verband vormt het derde aspect en is daarmee het sluitstuk van de redengevendheid, het rationele element van de sprong. Het logische verband is afhankelijk van de bewijskracht die aan het bewijsmateriaal op basis van het feitenoordeel over het bewijsobject en het bewijsmateriaal kan worden toegekend.

§ 4.6.1 Een logisch of onlogisch verband; directe en indirecte bewijsconstructies

In het overgrote deel van de strafzaken levert het logisch verband geen problemen op. Juridisch gezien is sprake van een *directe bewijsconstructie*. Zoals in hoofdstuk 1 reeds kort is besproken, is er als het ware sprake van een één-op-één situatie tussen het te bewijzen bewijsobject en het aanwezige bewijsmateriaal, aldus Dreissen. Een nadere toelichting is daarop (veelal) niet nodig, omdat het logisch verband (in beginsel) vanzelfsprekend uit de

¹³⁴ Dreissen 2007, blz. 196.

bewijsconstructie volgt. Anders gezegd het bewijsmateriaal bewijst rechtstreeks, zonder omwegen, (onderdelen van) het ten laste gelegde.¹³⁵ Het logisch verband kan op (relatief) eenvoudige wijze worden vastgesteld en dat maakt de (hoge) mate van waarschijnlijkheid van de bewezenverklaring zeer aannemelijk.

Dit in tegenstelling tot een *indirecte bewijsconstructie* waar van een één-op-één situatie geen sprake is. Uit het aanwezige bewijsmateriaal volgt niet rechtstreeks dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, maar alleen indirect via afleiding middels een (op generalisaties gebaseerde) redenering.¹³⁶ Er blijft een ‘gat’ bestaan tussen de feiten zoals die blijken uit de geselecteerde bewijsmiddelen en de feiten die bewezen moeten worden.¹³⁷ Zonder motivering is het logisch verband niet (direct) duidelijk. Deze indirecte bewijsconstructies zijn echter (in beginsel) niet verboden door de wetgever en de Hoge Raad. Dat betekent dat afleiden is toegestaan.¹³⁸

§ 4.6.2 De mate van waarschijnlijkheid; een op generalisaties gebaseerde redenering

De (hoge) mate van waarschijnlijkheid van indirecte bewijsconstructies hangt af van het logisch verband tussen het bewijsobject en het bewijsmateriaal. De strafrechter kan het logisch verband alleen door middel van afleiding door gebruikmaking van generalisatie, oftewel algemene ervaringsregels¹³⁹, inzichtelijk maken en geeft daarmee inzage in de mate van waarschijnlijkheid. Dat betekent dat een rechtsoordeel altijd een waarschijnlijkheidsoordeel is.¹⁴⁰ Alleen door gebruikmaking van generalisaties kunnen de gaten bij indirecte bewijsconstructies mogelijkwijs gedicht worden. Brouns spreekt in dit verband van de ‘eis van de beperkte sprong’. Aan deze eis zou niet zijn voldaan als de feitelijke inhoud van de bewijsmiddelen zodanig tekort schiet dat de waarborg voor een afgeleide bewezenverklaring – de mate van waarschijnlijkheid - er niet is of te gering is. Bij

¹³⁵ In deze alinea is gebruik gemaakt van Dreissen 2007, blz. 170.

¹³⁶ Van Koppen 2011, blz. 200-201.

¹³⁷ Dreissen 2004, blz. 174-175.

¹³⁸ Dreissen 2007, blz. 185.

¹³⁹ Deze algemene ervaringsregels, ook wel generalisaties genoemd, maken onderdeel uit van het bewijsmiddel feiten van algemene bekendheid, art. 339 lid 2 WvSv en behoeven geen bewijs. Feiten van algemene bekendheid kunnen op haar beurt weer worden onderverdeeld in ervaringsregels en historische gebeurtenissen. Het gaat om gegevens die elk gemiddeld ontwikkeld mens zonder nader onderzoek moet worden geacht te kennen of die hij zonder noemenswaardige moeite uit algemeen toegankelijke bronnen kan halen. Het zal echter enigszins ook van tijd en plaats afhangen wat van algemene bekendheid kan worden geacht. Of iets daadwerkelijk van algemene bekendheid kan worden geacht staat grotendeels ter beoordeling van de strafrechter. Corstens 2008, blz. 667 en Nijboer 2011, blz. 85.

¹⁴⁰ Dreissen 2007, blz. 177 en 185. In de bewoordingen van Schum waarschijnlijkheidsconclusies genoemd, zie blz. 22 van deze thesis.

een te grote sprong van de bewijsmiddelen naar de bewezenverklaring, zou volgens Brouns, meer uit de bewijsmiddelen worden geperst dan er daadwerkelijk in zit.¹⁴¹ Brouns duidt precies de pijnlijke plek van indirecte bewijsconstructies aan en het risico dat daarmee gepaard kan gaan.

De eis van relevantie, aspect I tot en met III, kan dus eigenlijk worden omschreven als de bewijskracht die de strafrechter toekent aan de feiten en omstandigheden in het concrete geval.¹⁴² De strafrechter maakt dan een afweging tussen de waarschijnlijkheid – Dreissen noemt het de kans - dat die feiten en omstandigheden zich voordoen in de te bewijzen situatie – het bewijsobject - en de waarschijnlijkheid dat die feiten en omstandigheden zich voordoen in een andere situatie - een alternatief scenario. Als de feiten en omstandigheden onafhankelijk van elkaar in de richting van het bewijsobject wijzen, zal de gezamenlijke bewijskracht toenemen, volgens Dreissen. De onderliggende generalisatie wordt specifieker en de waarschijnlijkheid dat dezelfde feiten en omstandigheden in een alternatief scenario zich voordoen worden steeds kleiner.¹⁴³ De wederzijdse ondersteuning is echter beperkt bij indirecte bewijsconstructies, omdat al het bewijs veelal indirect is en alleen in samenhang tot elkaar een bepaalde (hoge) mate van waarschijnlijkheid behaald, en zelfs dan kan worden betwist of deze voor een bewezenverklaring ‘hoog’ genoeg is. Bovendien ontbreekt veelal essentieel bewijs, bijvoorbeeld het stoffelijk overschot in de Moord zonder lijk strafzaak of direct bewijs ten aanzien van de aanwezigheid van de verdachte op het plaats delict zoals in de A73-strafzaak. Dat betekent dat de strafrechter zich nog meer dan bij directe bewijsconstructies bewust¹⁴⁴ moet zijn dat de mate van waarschijnlijkheid (vaak) minder is, het logisch verband meer gaten vertoont en daarmee indirecte bewijsconstructies veel fragieler zijn.

Deze generalisaties zijn echter onontkoombaar in bewijsredeneringen, en vooral bij indirecte bewijsconstructies. Dit omdat in het overgrote deel van de strafzaken (ook in geval van (relatief) eenvoudige strafzaken) niet alle bestanddelen van het strafbare feit direct worden waargenomen of kunnen worden waargenomen.¹⁴⁵ Bovendien kan alleen op deze wijze het

¹⁴¹ Brouns 1987, blz. 495.

¹⁴² Voor alle duidelijkheid, het begrip relevantie ziet niet op de juistheid van de feiten (de betrouwbaarheid), maar of de feiten van betekenis, redengevend, zijn voor de bewezenverklaring, Dreissen 2004, blz. 176.

¹⁴³ Dreissen 2007, blz. 186 en Dreissen 2004, blz. 178.

¹⁴⁴ Bewustwording is eveneens kenmerkend voor de inscherpingsfunctie van de motivering, zie hiervoor meer in § 4.6.3.

¹⁴⁵ Twinning 1999, blz. 72 en Dreissen 2007, blz. 189.

gat in de indirecte bewijsconstructie mogelijksterwijs worden gedicht. Anderzijds brengen dergelijke generalisaties ook gevaren met zich mee, zie ook Brouns hierboven, zeker als de achterliggende redenering niet wordt geëxpliciteerd zoals nu veelal het geval is.¹⁴⁶ Het uitleggen van deze algemene regel kan namelijk inzicht geven in de mate van waarschijnlijkheid dat een bepaald feit of gegeven voorkomt in het geval dat men probeert aan te tonen.¹⁴⁷ Mede met het oog op de afhankelijkheid van de specificiteit van de ervaringsregel en de uiteindelijke aannames uit een ervaringsregel die zelden of nooit sluitend zijn,¹⁴⁸ is een verantwoording van de strafrechter op dit punt meer dan wenselijk bij indirecte bewijsconstructies.

Bender en Nack wijzen, volgens Dreissen, op het belang van motiveren bij ervaringsregels, voornamelijk bij indirecte bewijsconstructies, doordat alternatieve scenario's niet volledig uitgesloten kunnen worden.¹⁴⁹ Juist door het motiveren is een rationele argumentatie en intersubjectieve¹⁵⁰ discussie mogelijk.¹⁵¹ Doet de strafrechter dat niet dan blijft onduidelijk of de gevolgde redenering (vanuit het perspectief van de strafrechter) de juiste is, al dan niet voldoende specifiek. De strafrechter zal alternatieve verklaringen voor een feit of omstandigheid moeten onderzoeken op de aannemelijkheid daarvan. Op basis van common-sense-generalisaties, door Broeders¹⁵² subjectieve waarschijnlijkheidsoordelen genoemd, dient de strafrechter een afweging te maken ten aanzien van de bewijswaarde van de ervaringsregel in het voorkomende geval, aldus Dreissen.¹⁵³

¹⁴⁶ Twinning 1999, blz. 72 en Dreissen 2004, blz. 178. Corstens: risico van ervaringsregels is dat strafrechters ervaringsregels te snel als feiten van algemene bekendheid aanmerken en daarmee als mogelijke omzeiling van bewijsproblemen worden gebruikt, Corstens 2008, blz. 668. In het verlengde ook Nijboer: dat gegevens van algemene bekendheid, in het bijzonder algemene ervaringsregels, het bewijs op onderdelen dus eenvoudig houdt, Nijboer 2011, blz. 85.

¹⁴⁷ Dreissen 2007, blz. 185.

¹⁴⁸ Dreissen 2004, blz. 174, Dreissen noemt het risico van fout-positieven (Alternatieve oorzaak dan dronkenschap voor het niet in een rechte lijn kunnen lopen) en fout-negatieven (Sommige dronken personen kunnen recht over een rechte lijn lopen) resultaten.

¹⁴⁹ Alternatieve scenario's kunnen ook niet volledig worden uitgesloten bij directe bewijsconstructies. Desalniettemin is de mate van waarschijnlijkheid veelal aannemelijker, omdat de feiten eenduidiger zijn.

¹⁵⁰ Met intersubjectiviteit worden die dingen (objecten) bedoeld die door meerdere mensen (subjecten) worden gedeeld. Het woord intersubjectief stamt uit het Latijn en betekent letterlijk: 'tussen de subjecten'. Intersubjectief is niet puur subjectief, in de beleving van één mens, of objectief, onafhankelijk van de beleving van mensen. <www.encyclo.nl>, zoekterm: intersubjectief, datum: 11 april 2013. Tegenspraak en beraadslaging maakt het mogelijk om tussen de subjecten onderling, in het straf(proces)recht in beginsel de verdachte, het OM en de strafrechter(s), na te gaan of de redenering in de beleving van subjecten algemeen aanvaard is.

¹⁵¹ Dreissen 2004, blz. 178 (uit R. Bender & A. Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht; Glaubwürdigkeits- und Beweislehre* (Band I), München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1995, blz. 218)

¹⁵² Broeders 2003, blz. 209-210.

¹⁵³ Dreissen 2004, blz. 178.

In het kader van indirecte bewijsconstructies doet de strafrechter er verstandig aan, en is het soms ook wel degelijk mogelijk, om deze generalisatie zoveel mogelijk te expliciteren. Dit omdat de mate van waarschijnlijkheid van de indirecte bewijsconstructie afhangt van de specificiteit van de gebruikte generalisaties.¹⁵⁴ Een motivering kan bovendien als een extra bewustwordingsmoment voor de strafrechter worden beschouwd. Doordat de strafrechter zijn redenering moet uit schrijven dient hij nogmaals na te gaan of uit de redenering een logisch verband volgt.¹⁵⁵ En of dat logisch verband een voldoende mate van waarschijnlijkheid behaalt op basis waarvan de strafrechter overtuigd is.¹⁵⁶ Het is hier dat de strafrechter gebruik maakt van zijn praktische wijsheid¹⁵⁷, net zoals bij aspect I en II, om daar waar het te beredeneren aspect blijft steken de strafrechter toch tot een rechtsoordeel kan (en moet) komen.

§ 4.6.3 De motivering van de redengevendheid

Het is voldoende als de Hoge Raad uit de opgenomen bewijsmiddelen kan afleiden dat het bewezenverklaarde als de meest waarschijnlijke gang van zaken heeft te gelden, namelijk of de strafrechter op basis van de motivering, en daarin opgenomen bewijsmiddelen, tot de overtuiging heeft kunnen komen dat de verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan.¹⁵⁸ De strafrechter is eindverantwoordelijk voor het proces van waarheidsvinding en daartoe behoort ook de taak na te gaan of andere waarschijnlijke scenario's die uit het strafdossier zijn af te leiden voldoende uitgesloten kunnen worden. Juist omdat bewijs voor meerdere interpretaties vatbaar is en mede afhankelijk is van het perspectief van de strafrechter is het van belang inzicht te krijgen in de specificiteit van de generalisaties waarvan de mate van waarschijnlijkheid van indirecte bewijsconstructies grotendeels van afhankelijk zijn.

Het gevolg van de beperkte motiveringsplicht is dat de redengevendheid in de praktijk nauwelijks een punt van aandacht is in de motivering en de motivering op dit punt betrekkelijk weinig waarborgen biedt voor de te maken sprong.¹⁵⁹ Tegenwoordig mag zelfs worden volstaan met een verkort vonnis, conform art. 365a WvSv, dat geen bewijsmiddelen en geen motivering betreffende de redengevendheid bevat. Alleen indien hoger beroep wordt

¹⁵⁴ Dreissen 2004, blz. 177-178.

¹⁵⁵ Dreissen 2007, blz. 395-396.

¹⁵⁶ Zie hierover meer in hoofdstuk 5.

¹⁵⁷ Zie hierover meer in § 4.3 van dit hoofdstuk en hoofdstuk 5.

¹⁵⁸ Nijboer 2011, blz. 238, Nijboer 1982, blz. 86, HR 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Knigge (Murray-arrest) en Rozemond 1998, blz. 324-325. De rechterlijke overtuiging komt aan bod in hoofdstuk 5.

¹⁵⁹ Dreissen 2007, blz. 216.

ingesteld dient, uiterlijk pas na drie maanden, het vonnis te worden uitgewerkt met daarin alleen een verwijzing naar de bewijsmiddelen, ook wel een aanvullend vonnis genoemd. Gevolg van de acceptatie van het verkorte vonnis is dat een uitgewerkt vonnis – waarin de inhoud van de bewijsmiddelen zijn opgenomen - eerder uitzondering dan regel is geworden en dit doet tevens afbreuk aan de rationalisatie die uit had kunnen gaan vanuit de motiveringsplicht.

Het is het Promis-concept¹⁶⁰ dat, in tegenstelling tot de uitgewerkte en verkorte vonnissen, een uitgebreidere motivering ten aanzien van de redengevendheid mogelijk maakt. Het hangt echter veelal van de bereidheid van de strafrechter af om hiertoe over te gaan. Een verplichting is het allerminst. De bereidheid is in de praktijk wel degelijke aanwezig nu in alle onderzochte uitspraken in deze thesis, met uitzondering van de rechtbank Roermond¹⁶¹ in de Nederweert-strafzaak, van het Promis-concept gebruik is gemaakt. Indien de strafrechter gebruik maakt van het Promis-concept motiveert hij uitgebreider, dan de wettelijke regels en de uitleg daarvan door de Hoge Raad, de redengevendheid van het bewijsmateriaal. De redengevende feiten en omstandigheden worden samengevat vermeld. Het is niet meer voldoende alleen de bewijsmiddelen op te nemen. Tevens mag niet worden volstaan met alleen een conclusie en dient de verwijzing naar de wettige bewijsmiddelen voldoende nauwkeurig te zijn, zodat kan worden beoordeeld of de bewezenverklaring steunt op de redengevende inhoud van de wettige bewijsmiddelen.¹⁶² Promis geeft door de uitgebreidere motivering meer inzicht in de logische gedachtegang van de strafrechter. Hij gaat meer in op de bewijswaarde van het gebezigde bewijsmateriaal en daarmee wordt hij meer gedwongen tot een kritischere blik op het bewijsmateriaal.¹⁶³ In geval van indirecte bewijsconstructies moet bij een Promis-concept duidelijker worden dan bij een uitgewerkt/verkort vonnis welke redenering de strafrechter ten grondslag legt aan het indirecte bewijsmateriaal. Daarmee

¹⁶⁰ Promis staat voor Projecten motiveringverbetering in strafzaken en is opgestart op initiatief van het Landelijk Overleg van Voorzitters van de Strafssectoren en in samenwerking met de Raad voor de rechtspraak. Medio 2008 besloten dat alle gerechten dienen te werken volgens de Promis-methode. Het doel van PROMIS I is bij gelijkblijvende inzet van mensen en middelen te komen tot een betere motivering van de bewijs- en strafmaatbeslissing. Hiermee krijgen de verdachte, de raadsman, andere betrokkenen en de maatschappij als geheel een beter inzicht in het denkproces van de rechter. Dit betekent dat de strafrechter duidelijker en uitgebreider uitleg geeft aan zijn beslissingen. Dit geldt voor zowel de motivering van een vrijspraak als voor de motivering waarom hij vindt dat 'de verdachte het heeft gedaan' en wát deze dan heeft gedaan. <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoekterm: promis, 6 december 2012

¹⁶¹ Geen expliciete verwijzing naar het Promis-concept af te leiden, desondanks is door de rechtbank Roermond niet volstaan met een verkort vonnis.

¹⁶² Schoep 2011, T&C Strafvordering bewerkt door Schoep, art. 359 WvSv, blz. 4, Dreissen 2008, blz. 6, HR 15 mei 2007, NJ 2007, 387 en 388 m.nt. Buruma.

¹⁶³ Dreissen 2008, blz. 5.

wordt het inzichtelijker, en maakt tevens meer controle mogelijk, of de door hem gehanteerde redenering logisch en correct is.

De Promis werkwijze heeft bovendien door het er motiveren een positieve uitwerking op de inscherpingsfunctie. De inscherpingsfunctie houdt in dat de strafrechter door de verplichting tot motiveren nogmaals gedwongen wordt zich nauwkeurig rekenschap te geven van zijn beslissing.¹⁶⁴ Deze functie van de motivering is af te leiden uit artikel 359 lid 2 WvSv, ‘de beslissingen (...) zijn met redenen omkleed’.¹⁶⁵ De motiveringsplicht kan in het kader van de inscherpingsfunctie bij het tot stand komen van de beslissing bijdragen tot een zekere rationalisering en objectivering van het rechtsoordeel van de strafrechter, aldus *Nijboer*.¹⁶⁶ Immers indien de strafrechter wordt verplicht tot een motivering moet de strafrechter instaan voor de juistheid van zijn eindoordeel, maar ook zijn redenering daar naar toe, aldus *Dreissen*. Bovendien geeft *Dreissen* aan dat deze plicht tot rationele onderbouwing tot gevolg heeft dat de strafrechter eventuele subjectieve elementen in zijn gedachtegang onderkent en uitsluit.¹⁶⁷

In gelijke zin schrijft *Corstens*: ‘door te motiveren wordt de rechter scherper met de te beantwoorden vragen geconfronteerd, dan wanneer hij mag volstaan met het weergeven van conclusies. Dat kan er vervolgens toe leiden dat rechters zich actiever opstellen ten aanzien van de opsporingsresultaten.’¹⁶⁸ En ook *Israëls* stelt dat: ‘Een uitgebreidere motivering dwingt de rechter om na te denken over de vraag hoe het bewijs nu precies in elkaar zit.’¹⁶⁹ En *Buruma* stelt in het kader van het belang van motiveren dat: ‘Uiteindelijk is motivering het formuleren van argumenten bij een genomen beslissing, al kan het besef van het bestaan van de eis tot motivering het proces van besluitvorming verdiepen.’¹⁷⁰ Het meer uitgebreid motiveren van de redengevendheid, bijvoorbeeld door gebruikmaking van het Promis-concept, heeft wel degelijk een toegevoegde waarde ten aanzien van indirecte bewijsconstructies. Het scherpt de strafrechter nogmaals in en dat is met name bij indirecte bewijsconstructies zeer gewenst.

¹⁶⁴ Dreissen 2007, blz. 392.

¹⁶⁵ Dreissen 2007, blz. 397.

¹⁶⁶ Nijboer 1982, blz. 38.

¹⁶⁷ Dreissen 2007, blz. 396.

¹⁶⁸ Corstens 2005, blz. 1733.

¹⁶⁹ Israëls 2006, blz. 195.

¹⁷⁰ Buruma 1996, blz. 12-13.

§ 4.6.4 De controle op de redengevendheid

De motivering dient er tevens toe de uitspraak vatbaar te maken voor controle in hoger beroep en cassatie. Dit betreft de controlefunctie van de motivering. De controle mogelijkheid op basis van de motivering door de Hoge Raad is gering, net als bij aspect I en II, doordat de motiveringsplicht slechts beperkt is tot het opnemen van de bewijsmiddelen. De Hoge Raad toetst enkel en alleen of de in de bewijsmiddelen genoemde feiten en omstandigheden redengevend *kunnen* zijn voor de bewezenverklaring. In feite toetst de Hoge Raad de niet-redengevendheid van het bewijsmateriaal. Indien de feiten, zoals die blijken uit de bewijsmiddelen, direct in strijd zijn met de feiten die ten grondslag liggen aan de bewezenverklaring of het logisch verband tussen de feiten en het bewezenverklaarde feit zonder nadere redengeving onbegrijpelijk is zal de Hoge Raad een schending van het recht aannemen.¹⁷¹

De controle in cassatie is echter niet alleen afhankelijk van de motivering, maar tevens van de omvang van de controle door de Hoge Raad zelf.¹⁷² Deze is beperkt, nu de wet en de jurisprudentie geen concrete aanknopingspunten bieden voor de motiveringstoets met uitzondering van de eis om de inhoud van de bewijsmiddelen op te noemen, kan de cassatierechter - noodgedwongen - het oordeel van de feitenrechter alleen op zijn *begrijpelijkheid* toetsen.¹⁷³ Ten eerste of de bewijsmiddelen *redengevend* zijn voor de bewezenverklaring, aspect I, en of het bewijsmateriaal toereikend is, aspect II en III.¹⁷⁴ De beperkte toetsing heeft onder meer te maken met de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal, het feitenoordeel. Een vaste maatstaf voor hoe sluitend (toereikendheid) het bewijs dient te zijn in geval van een bewezenverklaring bestaat niet, ook niet bij indirecte bewijsconstructies. Voldoende is dat de strafrechter met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de bewezenverklaarde feiten als ‘waar’ kan aanmerken, een (hoge) mate van waarschijnlijkheid.¹⁷⁵

¹⁷¹ In deze alinea is gebruik gemaakt van Dreissen 2004, blz. 173, o.a. o.g.v. HR 21 oktober 1975, *NJ* 1976, 178.

¹⁷² Dreissen 2007, blz. 393. Dit geldt ook voor het hoger beroep door het invoeren van het ‘voortbouwend hoger beroep’. In tweede instantie is geen sprake meer van een volledig nieuwe feitelijke behandeling van het tenlastegelegde. Het hoger beroep richt zich op de bezwaren die door verdachte/OM worden ingebracht tegen het vonnis in eerste aanleg, en op hetgeen overigens nodig is. Dit komt de controlefunctie van de motivering niet ten goede voor wat betreft de redengevendheid, tenzij een van de bezwaren daar specifiek op is gericht. Dreissen 2007, blz. 368-369.

¹⁷³ Dreissen 2007, blz. 192.

¹⁷⁴ Dreissen 2007, blz. 192 en 193. Deze marginale toetsing heeft ook te maken met de taakstelling van de HR als cassatierechter.

¹⁷⁵ Dreissen 2007, blz. 197.

Door de marginale omvang van de motivering en controle (in cassatie) is de controlefunctie van de motivering beperkt. Dit heeft niet alleen consequenties voor het Promis-concept dat hierdoor nog maar weinig toegevoegde waarde toekomt nu de inhoudelijke controle op de uitgebreidere motivering van de redengevendheid marginaal is.¹⁷⁶ Maar tevens voor de mogelijkheid tot inhoudelijke controle op de op generalisaties gebaseerde afgeleide redenering bij indirecte bewijsconstructies. Indien de motivering uitgebreider wordt dan thans is toegestaan en vervolgens ook nog een meer inhoudelijke controle door een hogere instantie achteraf plaatsvindt kan dat eveneens een extra bewustwordingsmoment voor de strafrechter opleveren. In de zin van, dat als de motivering inhoudelijk wordt gecontroleerd de strafrechter wellicht alerter is voor wat betreft het kenbaar maken van het logisch verband bij indirecte bewijsconstructies.

§ 4.7 Een uitbreiding van de motiveringsplicht; bijzondere bewijsverweren

In het kader van de beperkte motiveringsplicht van de redengevendheid kunnen de bijzondere bewijsverweren een mogelijke waarborg bij indirect bewijs zijn. In wezen beperken de bijzondere bewijsverweren de vrije selectie en waardering van de strafrechter. Dit doordat de bijzondere bewijsverweren de strafrechter verplichten in dergelijke gevallen daarop een nadere toelichting te geven.¹⁷⁷ Deze extra motiveringsplicht bevordert een rationelere oordeelsvorming door de strafrechter en maakt bovendien meer (inhoudelijke) controle mogelijk door een hogere instantie.

§ 4.7.1 Dakdekkersverweren; aspect I

De eerste uitzondering op de vrije selectie en waardering geldt ten aanzien van het eerste aspect van de redengevendheid, het bewijsobject. In beginsel is de strafrechter niet verplicht de termen in de tenlastelegging uit te leggen, tenzij een zogenaamd dakdekkersverweer wordt gevoerd.¹⁷⁸ De verdediging betwist dan de bewezenverklaring op juridische gronden en niet op feitelijke gronden. Dit houdt in dat zij een term uit de delictsomschrijving die ten laste is gelegd niet op het concrete geval van toepassing acht. Een relativering is hier op zijn plaats, namelijk als de term niet uitdrukkelijk ter discussie wordt gesteld. Wanneer dit wel gebeurt

¹⁷⁶ Dreissen 2008, blz. 6.

¹⁷⁷ Nijboer 2011, blz. 238-241 en HR 12 januari 2010, *LJN* BK4421. Ook bepaalde betrouwbaarheidsverweren verlangen een extra motivering, denk aan bijvoorbeeld het Schoenmakersarrest.

¹⁷⁸ HR 16 februari 1982, *NJ 1982, 411* – betref de term werknemer in de zin van art. 2 WWV.

maar het niet gaat om een term uit de tenlastelegging dan hoeft de strafrechter de bewoordingen in de tenlastelegging niet meer nader uit te leggen in de bewezenverklaring.¹⁷⁹

§ 4.7.2 Bijzondere bewijsconstructies en Meer- en Vaartverweren; aspect III

De tweede uitzondering in het kader van het derde aspect van de redengevendheid wordt gevormd door de bijzondere bewijsconstructies. In deze categorie vallen de leugenachtige verklaring, het zwijgen van de verdachte en het schakelbewijs. Deze aspecten hebben betrekking op de redengevendheid van delen van het gebezigde bewijsmateriaal. De bijzondere bewijsconstructies laat ik in deze thesis verder buiten beschouwing, omdat bij een indirecte bewijsconstructie veelal de redengevendheid van het gehele bewijsmateriaal ter discussie staat. Wel dient te worden opgemerkt dat het risico bestaat dat dergelijke bijzondere bewijsconstructies als mogelijke compensatie in een al ‘zwakke’ bewijsconstructie, zoals bijvoorbeeld indirecte bewijsconstructies, kunnen worden gebruikt.

De zogenoemde *Meer- en Vaartverweren* vormen de derde uitzondering en hebben betrekking op de redengevendheid van het gehele bewijsmateriaal. Betwist wordt de toereikendheid van de bewezenverklaring, de mate van waarschijnlijkheid. In beginsel kan de toereikendheid worden afgeleid uit de inhoud van de bewijsmiddelen, echter indien dit niet zo is en de verdediging betwist de toereikendheid moet de strafrechter reageren.¹⁸⁰ Anders gezegd de verdediging gebruikt dezelfde bewijsmiddelen als het OM, maar daarmee wordt een ander scenario geschetst dat niet leidt tot het resultaat dat de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd.¹⁸¹ De verdediging betwist dus niet de inhoud van de bewijsmiddelen, zoals het geval is bij bijzondere bewijsconstructies, maar de daaruit getrokken conclusie met betrekking tot de toedracht van het strafbare feit.¹⁸²

De mate van waarschijnlijkheid die uit de vastgestelde feiten van het te bewijzen feitencomplex volgt wordt ter discussie gesteld, er wordt op een gat in de bewijsconstructie gewezen.¹⁸³ Niet is vereist dat alle andere mogelijkheden dan het bewezenverklaarde zijn

¹⁷⁹ Zie voor uitzonderingen waarbij het niet gaat om een term uit de t.l.l. HR 6 maart 2001, *NJ* 2001, 295. In die zaak betwistte de verdachte dat hij bepaalde personen in dienst had gehad en dus loonbelasting moest afdragen. Dit aspect was niet in de t.l.l. opgenomen, maar wel relevant voor de strafbaarheid van de verdachte. Dreissen 2007, blz. 176.

¹⁸⁰ Dreissen 2007, blz. 212.

¹⁸¹ HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, m.nt. Buruma, blz. 17.

¹⁸² Dreissen 2007, blz. 213.

¹⁸³ Dreissen 2007, blz. 213.

uitgesloten.¹⁸⁴ Dit is ook niet haalbaar vanwege de onzekerheid die met bewijs gepaard gaat. Indien de verdediging een alternatief scenario aanvoert dat op basis van de feiten/bewijsmiddelen waarschijnlijk is, dient de strafrechter daarop te reageren. Dan is de redengevendheid van het bewijsmateriaal niet automatisch gegeven en geldt een motiveringsplicht voor de strafrechter. Het expliciteren van de gedachtegang van de strafrechter draagt er aan bij de bewijsconstructie als geheel meer sluitend te maken.¹⁸⁵ De Hoge Raad verwacht dat de strafrechter in geval van Meer- en Vaartsituaties de bewijswaarde van de feiten beoordeelt met het oog op wat de verdediging heeft aangevoerd. Indien de verdediging een alternatief scenario presenteert dat onwaarschijnlijk is en waarvoor geen feitelijke grondslag is te vinden wordt niet geëist dat de strafrechter hierop reageert.¹⁸⁶ De Hoge Raad neemt dan genoegen met de enkele constatering dat de door de verdediging gestelde feiten niet aannemelijk zijn geworden. Alleen wanneer het oordeel van de feitenrechter onbegrijpelijk is zal de Hoge Raad ingrijpen. De enkele constatering is niet onbegrijpelijk en wordt dus ook niet getoetst in cassatie.¹⁸⁷

§ 4.7.3 De uitdrukkelijk onderbouwde standpunten; art. 359 lid 2 2^{de} volzin WvSv

In art. 359 lid 2 2^{de} volzin WvSv is de verplichting tot het reageren op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten opgenomen. Deze responsieplicht, en dus geen motiveringsplicht, kan een mogelijke netfunctie vervullen voor wat betreft de verweren die niet in de paragrafen 4.7.1 en 4.7.2 genoemd zijn, maar die in het kader van een indirecte bewijsconstructie wel op een gat in de bewijsconstructie wijzen. Het artikel ziet niet direct op de redengevendheid van het bewijsmateriaal, maar doordat de procespartijen, het OM en de verdediging, standpunten aan de orde kunnen stellen waarin de redengevendheid van het bewijsmateriaal wordt betwist kan het artikel in geval van indirect bewijs de strafrechter verplichten tot een uitgebreidere motivering dan is vereist op grond van art. 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv. Dreissen wijst er bovendien nog op dat de strafrechter op deze wijze als het ware door procespartijen nog meer wordt ‘ingescherpt’. Zij doelt hier op de inscherpingsfunctie van de motivering.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Brouns 2001, blz. 193 en o.a. HR 3 april 1973, *NJ* 1973, 283.

¹⁸⁵ Dreissen 2007, blz. 213.

¹⁸⁶ Brouns 2001, blz. 193-194.

¹⁸⁷ Dreissen 2007, blz. 215.

¹⁸⁸ Dreissen 2008, blz. 5. Zie voor de inscherpingsfunctie § 4.6.3.

Mogelijke andere verweren, naast de Meer- en Vaartverweren, waarbij het verband tussen de gedragingen en de gebeurtenissen wordt betwist en die vallen onder de reikwijdte van art. 359 lid 2 2^{de} volzin WvSv zijn uiteengezet door Buruma¹⁸⁹ in zijn noot bij het arrest over de reikwijdte van art. 359 lid 2 2^{de} volzin WvSv. Het gaat hierbij om verweren waarbij:

- De juistheid van **een bouwsteen** van het mini-scenario wordt aangevallen. Alleen als de bewijsmiddelen die ter discussie worden gesteld een belangrijke bouwsteen in het mini-scenario vormen, zal erop moeten worden ingegaan.¹⁹⁰
- Door de verdachte wordt aangevoerd dat het anders is gegaan dan in het requisitoir naar voren kwam. Hij maakt een ander mini-scenario. Daartoe kan hij **andere bouwstenen** selecteren en waarderen. De motiveringsplicht, aldus de HR, is afhankelijk van de aard van het onderwerp en de mate waarin wordt afgeweken van het ingenomen standpunt. Hoe sterker het alternatieve mini-scenario des te meer motivering is vereist.

Ook de responsieplicht is, net als de motiveringsplicht van 359 lid 3 WvSv, door de Hoge Raad sterk gerelativeerd.¹⁹¹ Teleurstellend is dat de responsieplicht, als dit al gebeurt, veelal pas bij de aanvulling van het vonnis wordt toegepast, in geval gebruik wordt gemaakt van het verkorte vonnis. De strafrechter gaat dan pas nadenken over alternatieve scenario's bij de aanvulling, waardoor hij te laat tot een kritische afweging komt, aldus Buruma.¹⁹² Dit doet afbreuk aan de inscherpingsfunctie. Ook de controle in cassatie is beperkt, de Hoge Raad controleert enkel en alleen of de feitenrechter aan zijn responsieplicht heeft voldaan. De inhoud van die uitleg, zoals Dreissen aangeeft, is minder van belang.¹⁹³ Met als gevolg dat ook de controlefunctie hier niet volledig tot zijn recht komt.

¹⁸⁹ Zie voor de relativeringen HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, m.nt. Buruma, blz. 15. O.a. geldt dat alleen als het standpunt (tijdig) duidelijk, beargumenteerd en voorzien is van een ondubbelzinnige conclusie gemotiveerd moet worden. Bovendien dat de motiveringsplicht enkel bij niet-aanvaarding van een ter zitting ingenomen 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt' geldt, maar niet geldt indien de einduitspraak niet wezenlijk wordt afgeweken van een dergelijk standpunt en qua omvang afhankelijk is van de aard van het onderwerp en de mate waarin wordt afgeweken van het ingenomen standpunt. Een ander tegenvallend aspect van de responsieplicht is, dat deze in geval het standpunt betrekking heeft op de bewijsbeslissing pas in de aanvulling op het verkorte vonnis behoeft te worden opgenomen (Nijboer 2011, blz. 244), dit doet afbreuk aan de motiveringsfuncties (inscherpings-, controle- en explicatiefunctie).

¹⁹⁰ Met een bouwsteen van een mini-verhaal bedoelt Buruma een bewijsmiddel in een scenario. Bovendien geeft Buruma aan dat de HR indien het bewijsmiddel niet redengevend is voor de selectie en waardering op dit punt niet veel van de strafrechter verlangt. Dit is anders indien het geselecteerde bewijsmiddel essentieel is voor de opbouw van het bewijs van het tenlaste gelegde feit, HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, m.nt. Buruma, blz. 16.

¹⁹¹ HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, zie hierover ook voetnoot 189.

¹⁹² HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, m.nt. Buruma, blz. 17.

¹⁹³ Dreissen 2007, blz. 402.

Kortom, alleen indien de verweren voldoen aan de door de Hoge Raad gestelde eisen¹⁹⁴ kan ook in geval van indirecte bewijsconstructies worden afgedwongen dat de strafrechter expliciet op dit verweer in zijn bewijsredenering in gaat. Daarenboven als de strafrechter gebruik maakt van het Promis-concept, zoals in de uitspraken in deze thesis,¹⁹⁵ blijkt dat de strafrechter wel degelijk uitgebreid ingaat op de bewijsverweren. Uitgebreid wordt stilgestaan bij de mogelijkheid van een ongeluk en zelfmoord in de Moord zonder lijk strafzaak en bij mogelijke andere alternatieve scenario's. In de weduwe Bruil strafzaak, zie voor de casus hoofdstuk 5, wordt uitgebreid toegelicht om welke redenen de alternatieve (onschuldige) scenario's, namelijk dat de broer van de verdachte of de lijfwacht de dader zou zijn, worden verworpen. Naar mijn idee, had de rechtbank en het gerechtshof ook met een standaardmotivering of met een eenvoudige constatering dat een dergelijk scenario niet aannemelijk is geworden kunnen volstaan. Door te kiezen voor het Promis-concept, en wellicht vanwege de bereidheid van de strafrechter om uitgebreider te motiveren, blijkt aldus dat de strafrechter bij indirecte bewijsconstructies uitvoerig ingaat op de bewijsverweren.

§ 4.8 De Moord zonder lijk strafzaak; de redenevendheid en indirecte bewijsconstructies

In hoofdstuk 1 en 2¹⁹⁶ kwam de Moord zonder lijk strafzaak reeds kort aan bod. Kortweg gaat het om het slachtoffer Henk P. die in de nacht van 29 april 2009 is verdwenen, nadat hij een concert van Kane in het kader van Koninginnedag had bijgewoond. Het slachtoffer is nooit gevonden. Het gerechtshof kwam, anders dan de rechtbank, tot een bewezenverklaring.

Door zowel de rechtbank als het gerechtshof wordt uitgebreid stilgestaan bij de mogelijk op strafbare wijze betrokkenheid van de verdachte bij de dood van het slachtoffer.¹⁹⁷ Als vaststaand wordt allereerst aangenomen dat de verdachte het slachtoffer op 28 april in de portiersloge van de parkeergarage om 21.22 uur heeft ontmoet. Hierbij verklaard de verdachte

¹⁹⁴ Opmerking: de eisen die aan een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt worden gesteld zijn strenger dan de eisen die aan een Meer- en Vaartverweer worden gesteld.

¹⁹⁵ Met uitzondering van de rechtbank Roermond in de Nederweert strafzaak.

¹⁹⁶ Zie hiervoor hoofdstuk 1, blz. 11 en hoofdstuk 2, blz. 17 en 25-26.

¹⁹⁷ Rb. Arnhem 9 februari 2011, *LJN* BP3749 en Gerechtshof Arnhem 4 mei 2012, *LJN* BW4764. Voorafgaand aan de mogelijke betrokkenheid van de verdachte bij de dood van het slachtoffer, is zowel door de rechtbank als door het gerechtshof als vaststaand aangenomen dat het slachtoffer door een strafbaar feit om het leven is gekomen. Dit hebben beide instanties o.a. uit de volgende feiten afgeleid: van het slachtoffer (hierna: s.o.) is geen levensteken meer vernomen, s.o. heeft geen geld meer opgenomen, auto is onbeschadigd teruggevonden hierdoor kan een ongeluk met de auto worden uitgesloten, duikacties hebben niets opgeleverd en op basis van het leefpatroon van het s.o. is zelfmoord uitgesloten. Beide instanties motiveren uitgebreid de achterliggende gedachtegang.

in eerste instantie tot 00.00 (29 april) in Arnhem te zijn geweest. Uit camerabeelden blijkt echter dat de verdachte de auto van het slachtoffer op 30 april 00.45 de parkeergarage binnen rijdt. Als verdachte hiermee wordt geconfronteerd beroept hij zich op zijn zwijgrecht. Ten tweede blijkt uit de telefoongegevens dat de verdachte meerdere malen contact heeft gehad met het slachtoffer. Op 7 mei belt verdachte met de meldkamer, waarbij verdachte zich voordoeft als slachtoffer en meldt, samengevat, dat er niets aan de hand is en op 11 mei doet verdachte zich voor als politieagent en vertelt aan de deur van de moeder van het slachtoffer dat deze is overleden en in Apeldoorn is gevonden. Vervolgens op 12 mei belt verdachte met de begrafenisonderneming met het verzoek contact op te nemen met de moeder van het slachtoffer.

Tevens wordt als vaststaand aangenomen dat verdachte op verschillende data van zowel voor als na 29 april 2009 op het internet met zoektermen als ‘lijkbezorging, dood, kogel door hoofd, werking Walther PKK onderhoud, verrotting, kenteken kwijt, vermiste personen etc.’ zoekt. Bovendien bekijkt verdachte een opsporingsbericht op internet, bezoekt de site van het RDW en downloadt een bestand genaamd ‘U wordt verdacht’. De verklaring die de verdachte geeft voor het internetgedrag is dat hij een brede interesses heeft. Op 27 mei 2009 wordt de auto van het slachtoffer in de parkeergarage aangetroffen, voorzien van een valse kentekenplaat. Achterop de valse kentekenplaat van de auto van het slachtoffer is een vingerafdruk van verdachte aangetroffen. Bovendien worden op de auto van verdachte op vier plaatsen bloedsporen aangetroffen.¹⁹⁸ Het bloedspoor bij de rubber kofferklep boven het achterlicht is ter grootte van 1 vierkante cm en kon onderzocht worden op DNA. Het onderzochte DNA match met het DNA van het slachtoffer. De rechtbank merkt hier overigens wel op dat het om een klein bloedspoor gaat en niet bekend is hoe oud het bloedspoor is en acht het mede om die reden niet redengevend voor het bewijs, in tegenstelling tot het gerechtshof.

Op 29 mei 2009 wordt een **ladeblok** aangetroffen bij een getuige met daarin allerlei goederen, onder andere een vuurwapen, patronen, een schoonmaakset, het rijbewijs en de auto/huissleutels van het slachtoffer. Verdachte geeft aan te willen verklaren over de persoonlijke bezittingen van het slachtoffer die hij in zijn bezit had, maar doet dit vervolgens

¹⁹⁸ De vier plekken zijn: op de zitting van de achterbank, de onderrand van de kofferklep, op de kofferbakzijde van de achterbank en op het rubber van de kofferklep rechts boven het achterlicht. Het laatste bloedspoor en op de onderrand van de kofferklep zitten op plaatsen die bij een gesloten kofferklep van buitenaf niet bereikbaar zijn. Gerechtshof Arnhem 4 mei 2012, *LJN* BW4764, blz. 12.

niet. Als laatste is van belang dat de verdachte het strafbare feit ontkent en stelt bovendien niet te weten waar het slachtoffer is en of hij overleden is. Ook tegen een informant zegt verdachte dat hij geen bloed aan zijn handen heeft.

Dat de Moord zonder lijk strafzaak een typisch voorbeeld van indirecte bewijsconstructies is, blijkt uit het voorgaande. Bovenstaande feiten linken op geen enkele wijze de verdachte direct aan het strafbare feit. Daarenboven ontbreekt essentieel bewijs, namelijk het stoffelijk overschot van het slachtoffer. De feiten tezamen maken het scenario dat de verdachte betrokken is bij het strafbare feit waarbij het slachtoffer om het leven is gekomen zeer wel aannemelijk, maar of dat ook een voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid oplevert - daarin verschillen de instanties van mening. Direct bewijs ontbreekt. Het bewijs komt onafhankelijk van elkaar minder bewijskracht toe en daardoor heeft het een minder onderscheidend vermogen tussen het schuldig scenario en een mogelijk alternatief (onschuldig) scenario.

Dit leidt er mede toe dat alternatieve scenario's te nimmer volledig uitgesloten kunnen worden.¹⁹⁹ Indirect bewijs sluit alternatieve scenario's nog minder uit dan direct bewijs. Zo overweegt de rechtbank dat het niet is uitgesloten dat de verdachte getuige was van het strafbare feit dan wel in zijn geheel niet bij de verdwijning betrokken was. Het grensgebied waarin indirect bewijs zich beweegt is nu juist dat alternatieve scenario's niet altijd volledig kunnen worden uitgesloten, ook niet door de strafrechter. Hierdoor is het directe verband met het strafbare feit fragieler, doordat het tenlastegelegde scenario minder volledig is en meer gaten vertoont. Alleen als het bewijs in samenhang wordt bekeken kan het een bepaalde mate van waarschijnlijkheid behalen. Het niet volledig uit kunnen sluiten van alternatieve scenario's bij indirecte bewijsconstructies kan mogelijk eerder tot een vrijspraak leiden, terwijl dat niet altijd nodig is als het bewijs in samenhang met elkaar wordt gezien. Echter blijft het onmogelijk om voor elk concreet geval te bepalen wanneer sprake is van een voldoende hoge mate van waarschijnlijkheid, ondanks het bestaan van (enigszins) aannemelijke alternatieve scenario's. Wel behoort het tot de mogelijkheden aannemelijke alternatieve scenario's aan de hand van de aanwezige bewijsmiddelen en daaruit afgeleide redenering (zoveel mogelijk) uit te sluiten door het opnemen van een uitgebreidere motivering

¹⁹⁹ In de A73-strafzaak speelt ook bij het gerechtshof een rol dat het alternatieve scenario dat een ander dan de verdachten het verantwoordelijk is voor het strafbare feit. Dat heeft mogelijk eerder geleid tot een vrijspraak. Zie voor de casus hoofdstuk 3.

omtrent de redengevendheid in de bewijsconstructie, dan thans vereist is (en veelal de praktijk is).²⁰⁰

Over het algemeen voert de verdediging²⁰¹ een (Meer- en Vaart)bewijsverweer waarin een alternatief (onschuldig) scenario wordt aangevoerd, zoals in de Moord zonder lijk strafzaak dat Henk P. zelfmoord heeft gepleegd of door een ongeluk om het leven is gekomen. Opvallend in deze strafzaak is dat het de rechtbank is die twee niet door de verdediging aangevoerde scenario's in overweging neemt op basis van de aanwezige bewijsmiddelen, namelijk dat de verdachte een mogelijke getuige is geweest en dat de verdachte mogelijk niet betrokken is geweest bij het overlijden van het slachtoffer.²⁰² Het is hier dat de strafrechter als een zeer actieve rechter deelneemt aan het onderzoek ter terechtzitting en daarmee nog actiever op zoek gaat naar de materiele waarheid. Dit doet de strafrechter overigens ook als de verdediging een alternatief scenario aanvoert, maar in dit geval is het expliciet de strafrechter die zelfstandig een mogelijk alternatief in overweging neemt. Daarbij legt de rechtbank ook uit om welke redenen zij de genoemde scenario's aannemelijk acht.²⁰³

Uiteindelijk acht de rechtbank het aanwezige bewijsmateriaal onvoldoende (redengevend) voor een bewezenverklaring. Opmerkelijk is en blijft dat de rechtbank expliciet aangeeft dat door het ontbreken van het lichaam en direct bewijs onvoldoende wettig overtuigend bewijs aanwezig is, terwijl het gerechtshof op basis van dezelfde feiten en omstandigheden wel voldoende wettig en overtuigend bewijs aanwezig acht. Het gerechtshof neemt specifiek nog in overweging dat andere mogelijkheden zijn onderzocht en geen enkele aanwijzing hebben opgeleverd. Een mogelijke verklaring is dat het gerechtshof een hogere bewijskracht aan het indirecte bewijs heeft toegekend en er een andere selectie en waardering op na heeft gehouden dan de rechtbank.

²⁰⁰ Dreissen 2007, blz. 216.

²⁰¹ Ook in de A73-strafzaak (hoofdstuk 3; een ander dan de verdachten in het bezit was van het peilbaken,) Weduw Bruil strafzaak (hoofdstuk 5; broer van de verdachte/lijfwacht het strafbare feit had begaan) en de Nederweert-strafzaak (hoofdstuk 6; verdachte in Eindhoven is neergeschoten) is het de verdediging die verweren voert waarin een alternatief scenario naar voren wordt gebracht.

²⁰² Voor zover uit het gepubliceerde vonnis van de rechtbank is op te maken. Rb. Arnhem 9 februari 2011, *LJN* BP3749, blz. 14.

²⁰³ Rb. Arnhem 9 februari 2011, *LJN* BP3749, blz. 13-14.

Beide instanties zijn zich in de Moord zonder lijk strafzaak²⁰⁴ bewust geweest van het belang van een (uitgebreide) motivering indirecte bewijsconstructies, daar beide de uitspraak uitgebreid gemotiveerd hebben gebruikmakend van het Promis-concept. Dit valt op, omdat in beginsel voor wat betreft de redengevendheid van het bewijsmateriaal geen motivering verplicht is, behoudens het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen. Beide instanties hadden om die reden ook kunnen volstaan met een dergelijk uitgewerkt vonnis of een verkort vonnis. Echter zowel de rechtbank als het gerechtshof hebben zich bereid geacht om een uitgebreidere motivering ten grondslag te leggen aan het rechtsoordeel. Wellicht omdat hier sprake is van een indirecte bewijsconstructie, en daarmee de logische gedachtegang mogelijkwils heeft willen uitleggen omtrent de (aannemelijke) alternatieve scenario's.²⁰⁵ Dat geeft de indruk, ook vanwege de andere uitspraken in deze thesis die stuk voor stuk uitgebreider gemotiveerd zijn dan op basis van de wet en de uitleg daaraan vereist is, dat de strafrechter zich bewust is van het fragiele en risicovolle karakter van indirecte bewijsconstructies en om die reden de achterliggende gedachtegang expliciteert.

§ 4.9 Tussenconclusie

De redengevendheid van het bewijsmateriaal heeft betrekking op de link tussen het bewijsobject (aspect I) en het bewijsmateriaal (aspect II). Het problematische karakter van indirecte bewijsconstructies doet zich met name voor bij aspect III van de redengevendheid; het logisch verband tussen het bewijsobject en het aanwezige bewijsmateriaal. Het logisch verband volgt zonder uitgebreide motivering niet rechtstreeks uit de feiten zoals die blijken uit het bewijsmateriaal en de feiten zoals die aan de bewezenverklaring ten grondslag zijn gelegd.²⁰⁶ Hier geldt, net als in hoofdstuk 2 en 3, dat de bewustwording van de strafrechter omtrent het risicovolle karakter van indirecte bewijsconstructies hem mogelijkwils alerter maakt. De opeenstapeling van deze drie bewustwordingselementen zouden tezamen een mogelijke waarborg van de redengevendheid kunnen zijn, doordat de strafrechter eerder het belang van een uitgebreidere motivering onderkent in geval van indirecte bewijsconstructies.

²⁰⁴ Tevens in de Nederweert-strafzaak is, en dan met name die van de rechtbank, in de motivering uitgebreid aandacht besteed aan de gebeurtenis, de verschillende bewijsmiddelen en de verweren gevoerd door de verdediging, zoals het alternatieve scenario van een schietincident in het centrum van Eindhoven. Dit geldt ook voor de A73-strafzaak.

²⁰⁵ En wellicht ook omdat het om een gerucht makende strafzaak met veel media-aandacht ging.

²⁰⁶ Dreissen 2007, blz. 167.

Het eerste aspect (het bewijsobject) vormt tezamen met het tweede aspect (het bewijsmateriaal) van de redengevendheid het feitenoordeel. Beide aspecten bieden waarborgen voor het derde aspect van de redengevendheid. Immers het bewijsobject waarborgt de afbakening van het onderzoek ter terechtzitting en is daarmee richtinggevend voor de strafrechter omtrent de toepasselijke wettelijke regels. De duidelijkheid, begrijpelijkheid en de niet-tegenstrijdigheid ten aanzien van het aanwezige bewijsmateriaal waarborgen dat het bewijsoordeel gebaseerd is op redengevend (inclusief de rechtmatigheid en betrouwbaarheid) bewijsmateriaal.²⁰⁷ Op basis van het feitenoordeel dient de strafrechter uiteindelijk na te gaan of tussen het bewijsobject en het bewijsmateriaal een logisch verband bestaat dat een voldoende (hoge) mate van waarschijnlijkheid behaalt om tot een bewezenverklaring over te gaan. Of daadwerkelijk sprake is van een logisch verband kan alleen dan worden vastgesteld als de motivering van de redengevendheid inzicht geeft in de door de strafrechter gegeven interpretatie aan het bewijsobject en het bewijsmateriaal. Een verplichting tot een dergelijke uitgebreide motivering ontbreekt in het Nederlandse straf(proces)recht. Volstaan kan worden met het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen, met uitzondering van de zogenaamde Dakdekkersverweren. Deze beperkte motivering biedt, naar mijn mening, onvoldoende waarborgen in geval van een indirecte bewijsconstructies, vanwege de mogelijke verscheidenheid aan interpretaties ten aanzien van het bewijsobject en het bewijsmateriaal bij indirecte bewijsconstructies.

Op basis van het feitenoordeel (aspect I en II) dient de strafrechter na te gaan of sprake is van een logisch verband, het derde aspect. Door de in beginsel beperkte motiveringsplicht van de redengevendheid, door het simpelweg opnemen van de bewijsmiddelen worden de bewijsmiddelen als redengevend aangemerkt, wordt de logische gedachtegang van de strafrechter niet of slechts zeer beperkt inzichtelijk (met uitzondering wanneer het Promis-concept wordt toegepast). Uit de motivering had duidelijk kunnen en moeten worden op welke wijze de strafrechter de gaten in de indirecte bewijsconstructie in geval van een bewezenverklaring gedicht heeft, en daarmee is de waarborg van de motivering van de redengevendheid beperkt. Alleen door de redengevende feiten en omstandigheden nadrukkelijk *aan te wijzen* en de onderliggende generalisaties uit te leggen - indirecte bewijsconstructie zijn immers grotendeels afhankelijk van de specificiteit van de generalisatie - wordt inzichtelijk of de bewijsconstructie voldoende sluitend is, of de strafrechter geen

²⁰⁷ Dreissen 2007, blz. 170.

ongebruikelijke of persoonlijke aannames heeft aangenomen en of alternatieve scenario's voldoende zijn uitgesloten.²⁰⁸ Dit alles betreft het rationele gedeelte van de sprong, en daarmee ook het rechtsoordeel.

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid, dan in beginsel verplicht is, bevordert tevens de inscherpingsfunctie van de motivering en daarmee de inhoudelijke juistheid van het bewijsoordeel, het levert zogezegd (nog) een extra bewustwordingsmoment voor de strafrechter op.²⁰⁹ De inscherpingsfunctie dient er immers toe de strafrechter nogmaals met zijn neus op de feiten te drukken en na te gaan of zijn redenering - zijn gedachtegang - logisch en correct is. Anders gezegd, of het kennissysteem waaraan hij de redenen ontleend en waarop hij de relevantie en de bewijswaarde (en de betrouwbaarheid) baseert, logisch en correct zijn; de praktische wijsheid. De inscherpingsfunctie had als waarborg kunnen fungeren, echter nu de motivering beperkt is doet dit hiermee ook afbreuk aan de inscherpingsfunctie en de mogelijkheid om een rationeler rechtsoordeel te bewerkstelligen. Met name in geval van indirecte bewijsconstructies is dit extra bewustwordingsmoment van wezenlijk belang, omdat de feiten - en daarmee het bewijsmateriaal –op verschillende wijzen geïnterpreteerd kunnen worden. De waarborgfunctie komt nu alleen tot zijn recht bij toepassing van het Promis-concept.²¹⁰

De beperkte motiveringsplicht beperkt niet alleen de inscherpingsfunctie, maar eveneens de controlefunctie en daarvan uitgaande waarborg.²¹¹ Immers alleen door een uitgebreidere motivering dan thans vereist is kan een hogere instantie (achteraf) nagaan of de achterliggende redenering deugdelijk is. De controle door de Hoge Raad blijft echter beperkt tot een begrijpelijkheidstoets.²¹² Een uitzondering geldt in geval de redengevendheid niet evident is of de redengevendheid van het bewijsmateriaal betwist is dan geldt voor de strafrechter een nadere motiveringsplicht, de bijzondere bewijsverweren. Zelfs dan wordt vaak genoeg genomen met een standaardoverweging,²¹³ nog los van de uitzonderingen en de (hoge) eisen die aan dergelijke verweren worden gesteld. Desalniettemin is de strafrechter, in de aangehaalde strafzaken, uitgebreid op de bewijsverweren ingegaan. Wellicht omdat de

²⁰⁸ Dreissen 2007, blz. 189 en Dreissen 2004, blz. 184.

²⁰⁹ Bunt & Mevis 2004, blz. 14.

²¹⁰ Of o.g.v. de bereidheid van de strafrechter om uitgebreider de redengevendheid te motiveren, eventueel gebruikmakend van het Promis-concept.

²¹¹ Brouns 1987, blz. 500.

²¹² Dreissen 2007, blz. 403.

²¹³ Dreissen 2007, blz. 215-216.

strafrechter van het Promis-concept gebruik heeft gemaakt. Denkbaar is dat de strafrechter zich bewust is geweest van het feit dat alternatieve scenario's bij indirecte bewijsconstructies vaker tot de mogelijkheden behoort. Daarenboven, indien de strafrechter wel bereid zou zijn om een uitgebreide motivering ten grondslag te leggen of daartoe verplicht zou zijn ten aanzien van de redengevendheid, blijft de omvang van de toetsing door een hogere instantie gering door het voortbouwend hoger beroep en de beperkte taakstelling van de Hoge Raad. Echter indien wel een inhoudelijke toetsing plaatsvindt kan dit mogelijk ook een extra bewustwordingsmoment – waarborg – voor de strafrechter verschaffen. Doordat de strafrechter mogelijk opletter wordt ten aanzien van zijn motivering omtrent het logisch verband, nu deze motivering mogelijk achteraf inhoudelijk gecontroleerd wordt.

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid, dan thans het geval is en veelal ook de praktijk,²¹⁴ is bij indirecte bewijsconstructies van groot belang en ook wel degelijk mogelijk.²¹⁵ Het geeft de strafrechter de mogelijkheid om zijn logische gedachtegang te expliciteren, aannemelijke alternatieve scenario's te weerleggen en maakt meer inhoudelijke controle mogelijk. De motivering van de redengevendheid rationaliseert (echter nooit volledig²¹⁶) als het ware het irrationele element door gebruikmaking van de bewijsmiddelen als basis voor de bewezenverklaring. Echter de motivering zal nooit volledig inzicht kunnen geven in de gedachtegang van de strafrechter, maar dat neemt niet weg dat de strafrechter tenminste de gaten in het kader van de indirecte bewijsconstructies zou kunnen uitleggen.

Kortom, het waarborgkarakter voor wat betreft de redengevendheid ten aanzien van indirecte bewijsconstructies is zeer beperkt en hangt nu nog veelal af van de bereidheid²¹⁷ van de strafrechter. Een uitgebreide motivering van de redengevendheid, dan momenteel geldt, bevordert mijns inziens de inscherpingsfunctie, de controlefunctie van de motivering en draagt bij aan de rationalisering van de rechterlijke oordeelsvorming. Daarmee zou een uitgebreidere motivering van de redengevendheid als een mogelijke waarborg voor de te maken sprong bij indirecte bewijsconstructie kunnen worden beschouwd.

²¹⁴ Dreissen 2007, blz. 216.

²¹⁵ Dreissen 2004, blz. 173.

²¹⁶ Zie hierover meer in hoofdstuk 4 en 5.

²¹⁷ Naar alle waarschijnlijkheid ook door de financiële druk en de werkdruk binnen de rechtpraak en doordat de verplichting tot motivering (mede) afhankelijk is gesteld van de door partijen aangevoerde verweren. Dreissen 2007, blz. 407.



5

De rechterlijke overtuiging

'De kunst begint pas waar de waarheid ophoudt' - Belcampo

§ 5.1 Inleiding

De rechterlijke overtuiging is, net als de waarheid en de sprong, een moeilijk te definiëren term. Wellicht om die reden wordt de rechterlijke overtuiging in de literatuur vaak als 'irrationeel' of subjectief element in ons strafstelsel genoemd. De rechterlijke overtuiging komt in beeld wanneer het beschikbare bewijsmateriaal toereikend is. De strafrechter dient na te gaan of hij op basis van het aanwezige bewijsmateriaal ook overtuigd is.²¹⁸ Bij rechtsoordelen met indirecte bewijsconstructies is niet altijd volledig uit te sluiten dat het de overtuiging van de strafrechter is geweest die een belangrijke rol (al dan niet doorslaggevende rol) bij het rechtsoordeel gespeeld heeft, denk bijvoorbeeld aan de Moord zonder lijk strafzaak.

Om te kunnen beoordelen of de rechterlijke overtuiging als een 'irrationeel' element moet worden beschouwd in het straf(proces)recht, en in het bijzonder ten aanzien van de redenevendheid bij indirecte bewijsconstructies, dient allereerst de functie en de inhoud daarvan helder te zijn, paragraaf 3 en 4. Alvorens uitgebreid stil te staan bij de functie en inhoud van de rechterlijke overtuiging, wordt in de aankomende paragraaf de rechterlijke overtuiging allereerst gezien vanuit een historisch perspectief. Om vervolgens, na paragraaf 3 en 4, in paragraaf 5 de inhoud en de functie van de rechterlijke overtuiging aan de hand van de casus Weduwe van Bruil te bespreken. In de laatste paragraaf wordt duidelijk dat de redenevendheid slechts beperkte waarborgen biedt ten opzichte van het 'irrationele' element van de rechterlijke overtuiging.

§ 5.2 De rechterlijke overtuiging in historisch perspectief

Al in 1804 in het ontwerp *Ontwerp van Wetten omtrent het 'Bewys'* is betekenis aan de rechterlijke overtuiging toegekend.²¹⁹

²¹⁸ Nijboer 2011, blz. 73.

²¹⁹ Pompe z.j., blz. 44 en Cleiren 2010, blz. 260.

‘Rechterlyke Zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde, gegrond op de algemene en byzondere Voorschriften, welke hem te bepaling van Zyn Oordeel zyn voorgeschreven – Ontwerp van Wetten omtrent het ‘Bewys’.

In 1809 is artikel 372 Crimineel Wetboek ingevoerd waarbij een beroep op het geweten van de rechter is gedaan. Tot de inwerkingtreding van het WvSv in 1921²²⁰ bleef het geweten van de rechter gehandhaafd, vanwege de grote waarde die toentertijd aan het geloof werd gehecht.²²¹ Tevens heeft de wetgever in 1838 blijk gegeven van de onvermijdelijkheid van de rechterlijke overtuiging in ons strafstelsel, door de rechterlijke overtuiging onder andere²²² op te nemen in artikel 427 WvSv van 1838:²²³

‘1. Niemand kan wegens misdrijf veroordeeld worden, ten zij de regter, door wettige bewijsmiddelen, de overtuiging hebbe bekomen, dat eene strafbare daad werkelijk heeft plaats gehad, en dat de beklaagde daaraan schuldig is.
2. Op bloote vermoedens of onvolkomen bewijs mag niemand veroordeeld worden.’

Artikel 427 WvSv (oud) benadrukt, net als het huidige art. 338 WvSv, dat alleen indien naast de eis van de wettige bewijsmiddelen de strafrechter ook overtuigd is dat verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, hij tot een bewezenverklaring kan overgaan. Het vereiste van de rechterlijke overtuiging als extra maatstaf bovenop de wettige bewijsmiddelen is kenmerkend voor een negatief-wettelijk stelsel.²²⁴ Juist uit deze keuze voor een negatief-wettelijk stelsel blijkt, aldus Dreissen, dat de wetgever zich toen al bewust was van de onmogelijkheid om absolute criteria in de wet op te nemen op basis waarvan in elke concrete strafzaak in een rechtsoordeel kan worden voorzien.²²⁵

Bovendien volgt, aldus Bosch Kemper, uit de ‘blote vermoedens’ uit art. 427 lid 2 dat deze overtuiging moet voortvloeien uit een rationele afweging van de bewijsgronden die uit de bewijsmiddelen blijken. De rechterlijke overtuiging mocht niet een puur subjectieve overtuiging zijn en ook moest de strafrechter in zijn rechtsoordeel de gronden kenbaar maken op basis waarvan hij het tenlastegelegde feit bewezen achtte. Op deze wijze wordt controle

²²⁰ Cleiren 2010, blz. 260.

²²¹ Het geweten van de rechter is eveneens kenmerkend voor de rechtsvindingstheorie van Scholten, zie hiervoor meer in hoofdstuk 3.

²²² In art. 431 WvSv (oud) stond eveneens de rechterlijke overtuiging vermeld, Dreissen 2007, blz. 17.

²²³ De Bosch Kemper 1840 II, blz. 492 en 510 en Dreissen 2007, blz. 17.

²²⁴ In tegenstelling tot een positief-wettelijk stelsel waarin de strafrechter verplicht is een bewezenverklaring uit te spreken als een bepaalde bewijsstandaard gehaald is.

²²⁵ Dreissen 2007, blz. 17.

mogelijk, alhoewel de controle in de praktijk gering was door de beperkte uitleg van de Hoge Raad aan het artikel.²²⁶ Tegenwoordig is het nog niet veel anders.

§ 5.3 De huidige functie en inhoud van de rechterlijke overtuiging

De rechterlijke overtuiging vormt op basis van art. 338 WvSv de tweede voorwaarde, naast het vereiste van voldoende wettig bewijs, om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Nadat de strafrechter heeft vastgesteld dat er voldoende wettige bewijsmiddelen zijn - minimaal twee - die voldoen aan de vereisten van rechtmatigheid, betrouwbaarheid en redengevendheid, moet de strafrechter de overtuiging hebben bekomen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. De rechterlijke overtuiging is z gezegd het sluitstuk van de rechterlijke besluitvorming.²²⁷

§ 5.3.1 Standpunten over de rechterlijke overtuiging in de wetenschappelijke literatuur

Dat de rechterlijke overtuiging een onvermijdelijk element in ons strafstelsel is was in 1838 al duidelijk, doordat een beroep werd gedaan op het geweten van de rechter. Naast *Scholten* refereert ook *Enschedé* aan het geweten van de rechter²²⁸, maar voegt daar in het verlengde van Scholten aan toe, dat de subjectieve overtuiging alleen niet voldoende is. Enschedé ziet de ontwikkeling van conviction intime (zonder motivering) naar conviction raisonnée (met motivering) – via de wettige bewijsmiddelen – als een rationalisering. Door deze rationalisering wordt aldus Enschedé de rechterlijke overtuiging uit de sfeer van de subjectiviteit gehaald en intersubjectief²²⁹ overdraagbaar gemaakt.²³⁰ Echter naarmate de tijden veranderen verschuift het geweten van de rechter naar de achtergrond en spreekt men steeds vaker over een maatstaf van waarschijnlijkheid en van een graad van waarschijnlijkheid, zo concludeert *Cleiren* op basis van de literatuur.²³¹ Dit heeft onder andere te maken met de afnemende invloed van het geloof in het rechtsbestel en in de samenleving in het algemeen.

²²⁶ De Bosch Kemper 1840 II, blz. 511 en Dreissen 2007, blz. 18.

²²⁷ Cleiren 2010, blz. 259.

²²⁸ In de (strafrechtelijke) literatuur wordt veelal gesproken over de rechter, men bedoelt hier hetzelfde waar ik over de strafrechter spreek.

²²⁹ Oftewel een door meer personen gedeeld begrip. Juist doordat het door meer personen wordt gedeeld zou het minder subjectief zijn.

²³⁰ Enschedé 1966, blz. 515 e.v.

²³¹ Cleiren 2010, blz. 261. Volgens Cleiren is sprake van een tendens waarmee wordt aangesloten op de in common law-stelsels gehanteerde ‘beyond a reasonable doubt’.

Nijboer stelt in zijn dissertatie van 1982: ‘Het is de onmogelijkheid om ‘absolute’ maatstaven voor de bewijsbeslissing te ontwikkelen, die door de rechterlijke overtuiging moet worden overbrugd.’ Bij deze brug waar *Nijboer* op wijst stelt hij zichzelf de vraag of de in art. 338 WvSv opgenomen rechterlijke overtuiging moet worden opgevat als een subjectieve graad van zekerheid, afhankelijk van de persoonlijke waarderingsen en inzichten van de rechter. In eerste instantie zou dit het geval zijn volgens *Nijboer*, maar: ‘persoonlijke appreciatie van de rechter is niet voldoende om een bewezenverklaring te dragen.’ Doorslaggevend is de eis dat de rechter zijn eindbeslissing moet motiveren. Aan deze eis is (..) voldaan indien de juistheid van de telastelegging op grond van de in de motivering aangegeven resultaten van een zorgvuldig onderzoek ‘buiten redelijke twijfel’ ondubbelzinnig vaststelbaar is’.²³² In een latere publicatie uit 2011 omschrijft *Nijboer* de rechterlijke overtuiging als een (zeer hoge) bewijsstandaard en als een aanduiding voor een zeer klemmende graad van waarschijnlijk.²³³

Ook *Van Woensel* spreekt over een brug in het kader van de rechterlijke overtuiging, een normatieve brug. Het gaat om de brug tussen datgene wat met – grote – waarschijnlijkheid is vast te stellen en datgene wat als ‘waarheid’ wordt aangenomen.²³⁴ *Dreissen* stelt eveneens dat: ‘Bij gebrek aan eenduidig criterium van absolute zekerheid verschaft over de juistheid van de vastgestelde feiten en de noodzaak om tot een (tijdige) beslissing te komen, zal uiteindelijk het subjectieve oordeel van de rechter – zijn overtuiging – de doorslag moeten geven. De rechterlijke overtuiging is in die zin een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde voor de juistheid van het feitenoordeel.’²³⁵ *Dreissen* acht daarbij de motivering, net als *Nijboer*, van cruciaal belang. Alleen daaruit kan immers blijken of de rechterlijke overtuiging niet volledig subjectief is, anders gezegd irrationeel is.

Corstens stelt dat de rechterlijke overtuiging niet op zichzelf staat, zij moet immers op de bewijsmiddelen zijn gebaseerd. Indien de rechterlijke overtuiging wel op zichzelf staat, dan zou volgens *Corstens* een intuïtief aanvoelen voldoende zijn voor een bewezenverklaring. Hij voegt hier nog aan toe dat een manco in de zakelijke bewijsvoering dan zou mogen worden gecompenseerd door deze intuïtieve overtuiging van de rechter. Daarvoor heeft de wetgever

²³² *Nijboer* 1982, blz. 66 en *Cleiren* 2010, blz. 261. ‘Buiten redelijke twijfel’ sluit aan bij de common law-stelsels, zie hierover ook voetnoot 231.

²³³ *Nijboer* 2011, blz. 29 en 73.

²³⁴ *Van Woensel* 2011, aant. 7 op art. 338 en *Cleiren* 2010, blz. 261.

²³⁵ *Dreissen* 2007, blz. 378 en *Cleiren* 2010, blz. 261.

niet gekozen, aldus Corstens.²³⁶ Ook AG *Knigge* neemt in zijn conclusie in het arrest van de Hoge Raad 2 februari 2010²³⁷ een duidelijk standpunt in: ‘Ik meen dat ook naar Nederlands recht vereist is dat de schuld van de verdachte buiten redelijke twijfel²³⁸ bewezen moet zijn. Aan waarborgen op dit punt schort het echter. Dat de rechter overtuigd is geraakt vormt bepaald geen garantie dat die overtuiging objectief gezien gerechtvaardigd is.’ *Knigge* legt, net als Nijboer en Dreissen, later in zijn conclusie het verband met (en het belang van) de motivering van het bewijsoordeel.

§ 5.3.2 De rechterlijke overtuiging in de praktijk

De rechterlijke overtuiging geldt ten aanzien van de gehele tenlastelegging,²³⁹ maar of de strafrechter ook daadwerkelijk overtuigd is ten aanzien van de gehele tenlastelegging wordt maar beperkt zichtbaar door de beperkte motivering. De motivering van de rechterlijke overtuiging is veelal beperkt tot het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen of tot een standaardmotivering. Dit omdat de rechterlijke overtuiging in de praktijk samenvalt met de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. De standaardmotivering in de A73-strafzaak luidt als volgt: ‘De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte de onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde feiten heeft begaan.’

Ook *Buruma* gaat hier op in. In zijn artikel ‘Ongemakkelijke lessen van Lucia’ leidt hij uit twee recente uitspraken van de Hoge Raad af dat: ‘(...) verantwoording en controleerbaarheid mogelijk zijn voor zover het gaat om de kwaliteit van gebruikte bewijsmiddelen, maar heel problematisch wordt waar het gaat om de kwaliteit van de overtuiging. Die overtuiging is eigenlijk één met de selectie en waardering van de bewijsmiddelen.’²⁴⁰ *Knigge* signaleert in zijn conclusie bij HR 2 februari 2010, aldus Cleiren, dat de werkwijze van de rechters in de praktijk niet zonder meer aansluit op de invulling van de overtuiging als de standaard: buiten redelijke twijfel. De rechterlijke overtuiging lijkt veel eerder te fungeren als een noodzakelijk surplus op de door de rechter reeds als wettig, rechtmatig en betrouwbaar gewaardeerde

²³⁶ Corstens 2008, blz. 666 en Cleiren 2010, blz. 261.

²³⁷ HR 2 februari 2010, *LJN* BJ7266, punt 19, blz. 8.

²³⁸ Ook hier wordt de term ‘buiten redelijke twijfel’ gebruikt door *Knigge*, zoals ook Nijboer doet. Zie hierover ook voetnoot 231 en 232.

²³⁹ De Wild 1980, blz. 70.

²⁴⁰ *Buruma* 2010, blz. 7. *Buruma* baseert zijn uitspraak op HR 16 maart 2010, *LJN* BK3359 en HR 23 maart 2010, *LJN* BK6929, zie ook Cleiren 2010, blz. 261.

bewijsmiddelen. Hierdoor valt niet uit te sluiten dat de rechters eerst overtuigd zijn alvorens de bewijsmiddelen er bij te zoeken.²⁴¹

De rechterlijke overtuiging blijkt en blijft een moeilijk grijpbaar fenomeen in de strafrechtelijke context, maar veelal wordt gesproken over een bepaalde (hoge) mate (of graad) van waarschijnlijkheid.²⁴² Overkoepelend volgt uit het bovenstaande dat de rechterlijke overtuiging onvermijdelijk is, vanwege het ontbreken van de absolute waarheid. Tevens dat de rechterlijke overtuiging als brug fungeert om de sprong te kunnen maken. Desondanks is de rechterlijke overtuiging alleen niet voldoende: de wettige bewijsmiddelen en de motivering, als rationale elementen, zijn eveneens van wezenlijk belang voor het uiteindelijke rechtsoordeel. Zonder rationale motivering wordt niet inzichtelijk wat de feitelijke meerwaarde is geweest van de rechterlijke overtuiging en is deze oncontroleerbaar. Desondanks, zo zal blijken in paragraaf 5.5, dat het motiveren van de rechterlijke overtuiging problematisch is.

§ 5.4 De (brug)functie van de rechterlijke overtuiging; wetenschappelijk en normatief

In hoofdstuk 3 is aandacht geschonken aan de twee door Cleiren beschreven sprongen. Het zijn deze twee ‘theoretische’ sprongen, die zij vervolgens koppelt aan twee door haar toegekende (brug)functies van de rechterlijke overtuiging:

- Enerzijds de **wetenschappelijke/inductieve brugfunctie** van de rechterlijke overtuiging: een vereiste dat bemiddelt tussen de onvermijdelijke scheiding van een (grote) mate van waarschijnlijkheid en het categorisch ja/nee-oordeel dat de rechter in zijn bewijsbeslissing vormgeeft – de **sprong** van een (hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een zekerheidsoordeel.
- Anderzijds de **normatieve brugfunctie** van de rechterlijke overtuiging: een vereiste dat bemiddelt tussen de onvermijdelijke scheiding van feiten en recht – de **sprong** van een feitenoordeel naar een rechtsoordeel.

Zij geeft daar bij aan dat deze twee brugfuncties op basis van de wetgeschiedenis, literatuur en de rechtspraak niet met zekerheid kunnen worden vereenzelvigd met de sprongen, maar dat

²⁴¹ Cleiren 2010, blz. 261-262 en HR 2 februari 2010, *LJN* BJ7266.

²⁴² Cleiren 2010, blz. 261.

het wel in de rede ligt om dat te doen.²⁴³ Opgemerkt wordt ook dat beide brugfuncties en sprongen in de praktijk tegelijkertijd plaatsvinden en dus niet als twee gescheiden elementen moeten worden beschouwd.

Voor wat betreft de wetenschappelijke/inductieve brugfunctie wordt deze sprong, van een oordeel met een (hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een zekerheidsoordeel, volgens Cleiren niet (alleen) bepaald door rationele factoren. Ruimte wordt geboden voor het eigen gevoel van de rechter, de intuïtie van de rechter, zijn *Fingerspitzengefühl*²⁴⁴ en zijn ervaring.²⁴⁵ Volgens Cleiren volgt hieruit dat de rechterlijke overtuiging niet samenvalt met de hoge graad van waarschijnlijkheid zoals die naar voren komt in deze brugfunctie. Wel geldt de rechterlijke overtuiging als extra sprong bovenop deze maatstaf. Deze stap blijft noodzakelijk als de laatste stap naar een eindoordeel, de bewijsbeslissing. Expliciet geeft zij nog aan dat hoe kleiner die sprong, hoe beter.²⁴⁶

Ten aanzien van de normatieve brugfunctie, de sprong van een oordeel over de feiten naar een rechtsoordeel haakt Cleiren aan bij de visie van Scholten dat rechtsvinding en juridische argumentatie het rationele element vormen, maar dat rechterlijke oordelen en beslissingen altijd ‘meer’ vergen dan louter waarnemen van feiten en logica. Scholten benoemt dit meer, aldus Cleiren, met de term sprong. Zij stelt vervolgens dat de functie van de rechterlijke overtuiging ligt in het overbruggen van het feitelijk oordeel naar het rechtsoordeel. Ze voegt daar nog aan toe dat de sprong op zichzelf niet rationeel is, maar wel in de motivering van de bewijsbeslissing dient te worden verantwoord.²⁴⁷ Dit is eveneens te herkennen in de rechtsvindingstheorie van Scholten.

Duidelijk is geworden dat de rechterlijke overtuiging een onontkoombare brugfunctie vervult in de rechterlijke oordeelsvorming en dat deze hierdoor niet volledig rationeel is. In wezen is het daar waar bij de redengevendheid, zie paragraaf 4.3, de praktische wijsheid ten tonele komt dat de rechterlijke overtuiging een brugfunctie vervuld om de knoop door te kunnen

²⁴³ Cleiren 2010, blz. 265.

²⁴⁴ *Fingerspitzengefühl* wordt wel omschreven als een goed ontwikkeld gevoel of vaardigheid om een (delicate) situatie juist in te schatten en erin op te treden. <www.encyclo.nl>, zoekterm: *Fingerspitzengefühl*, datum: 1 mei 2013.

²⁴⁵ Cleiren 2010, blz. 266.

²⁴⁶ Cleiren 2010, blz. 266.

²⁴⁷ Cleiren 2010, blz. 266.

hakken van het te beredeneren rationele gedeelte naar een uiteindelijk rechtsoordeel. Het te beredeneren rationele gedeelte kent immers zijn grenzen door het ontbreken van de absolute waarheid. Dat betekent echter niet dat de strafrechter volledig in het duister tast, nu de rechterlijke overtuiging zowel door een wetenschappelijk als door een normatief aspect gevoed wordt. Beide aspecten staan in relatie tot elkaar en niet op zichzelf. In de volgende twee subparagrafen ga ik verder in op de door Cleiren geschetste wetenschappelijke en normatieve brugfunctie van de rechterlijke overtuiging en plaats deze in het kader van de redengevendheid van het bewijsmateriaal.

§ 5.4.1 Het te beredeneren gedeelte; de wetenschappelijke brugfunctie

Het rationele element van de rechterlijke overtuiging wordt gevormd door de wetenschappelijke brugfunctie. De rechterlijke overtuiging fungeert in deze brugfunctie als extra maatstaf *bovenop* de (hoge) mate van waarschijnlijkheid die voortvloeit uit het beschikbare bewijsmateriaal. Anders gezegd: alleen indien een bepaalde (hoge) mate van waarschijnlijkheid wordt behaald op basis van het aanwezige (rationele) bewijsmateriaal kan de strafrechter overtuigd raken.²⁴⁸ Het rationele element, de redengevendheid in deze thesis,²⁴⁹ vormt daardoor in eerste instantie de basis voor de rechterlijke overtuiging en niet andersom.

De totstandkoming van het rationele element - de redengevendheid - levert in geval van indirecte bewijsconstructies meer complicaties op, doordat de redengevendheid, niet rechtstreeks uit het aanwezige bewijsmateriaal voortvloeit. Dat bemoeilijkt de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en daarmee de totstandkoming van het rationele element dat de rechterlijke overtuiging mede bepaald. De rechterlijke overtuiging is immers mede afhankelijk van de bewijswaarde die de strafrechter toekent aan het aanwezige bewijsmateriaal en van de waarde van ontlastend bewijsmateriaal.²⁵⁰ Afhankelijk van voldoende, sterke en relevante bewijsmiddelen dient de strafrechter allereerst te bepalen of de bewezenverklaring toereikend is om zich vervolgens af te vragen of hij tevens op basis daarvan overtuigd is.²⁵¹ De (hoge) mate van waarschijnlijkheid is in geval van indirecte

²⁴⁸ Cleiren 2010, blz. 266.

²⁴⁹ Uiteraard moet de strafrechter ook de rechtmatigheid en betrouwbaarheid in acht nemen. Bovendien vormen alle straf(proces)rechterlijke regels tezamen het rationele element in de strafrechtcontext. Echter in deze thesis staat de redengevendheid van het bewijsmateriaal centraal.

²⁵⁰ Kooijmans 2010, blz. 462. Het is mogelijk dat de vrije selectie en waardering vermoedelijk (mede) het verschil tussen rechterlijke instanties in een en dezelfde strafzaak bij indirecte bewijsconstructies kan verklaren.

²⁵¹ Loth 2012, blz. 34.

bewijsconstructies fragieler en dat brengt het risico met zich mee dat de rechterlijke overtuiging mogelijk als compensatie voor een gebrekkige of matige bewijsvoering wordt gebruikt.

Doordat het rationele element van de rechterlijke overtuiging zich wel laat beredeneren, in tegenstelling tot het ‘irrationele’ element, is een rationele motivering van de van het rechtsoordeel wel degelijk mogelijk en van wezenlijk belang bij indirecte bewijsconstructies.²⁵² Een motivering rationaliseert, of beperkt, als het ware het niet te beredeneren ‘irrationele’ gedeelte van het rechtsoordeel. Dat betekent niet dat daarmee het rechtsoordeel volledig rationeel is. Het is de motivering die controle op de logische gedachtegang mogelijk maakt en een extra bewustwordingsmoment²⁵³ voor de strafrechter oplevert. Dit alles valt in het niets nu de motiveringsverplichting ten aanzien van de redenevendheid gering is, zoals we in hoofdstuk 4 hebben gelezen.

De rechterlijke overtuiging staat dus niet volledig op zichzelf, en wordt mede bepaald door het rationele element. Op basis van het aanwezige (rationele) bewijsmateriaal – het feitenoordeel – volgt al dan niet een (hoge) mate van waarschijnlijkheid, op basis waarvan de strafrechter al dan niet overtuigd raakt. Doordat de strafrechter aan meer dan alleen de rechterlijke overtuiging is gebonden kan, volgens Nijboer, niet worden gesteld dat de rechterlijke overtuiging een hoogstpersoonlijke overtuiging is.²⁵⁴ Ondanks het rationeel te beredeneren gedeelte moet de strafrechter op een gegeven moment echter wel een beslissing nemen, hij kan immers niet eindeloos door redeneren. Op een gegeven moment valt niets meer te zeggen over de vraag of een bepaald feit relevant is met betrekking tot het bewijsobject. Zo stukt ook een keer de redenering bij de waardering van de feiten. Het is hier dat de brugfunctie van de rechterlijke overtuiging in beeld komt als niet te beredeneren element.

²⁵² Dreissen 2004, blz. 171.

²⁵³ In het kader van de inscherpingsfunctie. Niet alleen de motivering kan de strafrechter inscherpen. Ook het concept van de meervoudige kamer. Immers indien een juridisch oordeel op puur persoonlijke overtuiging (of op verkeerde aannames t.a.v. algemene ervaringsregels) zou berusten, kan een andere strafrechter de betreffende strafrechter daarop wijzen en corrigeren.²⁵³ Of dit wordt gedaan blijft echter gissen, in verband met het geheim van de raadkamer en de beperkte motiveringsplicht van de redenevendheid.

²⁵⁴ Nijboer 2011, blz. 71-72.

§ 5.4.2 *Het niet te beredeneren gedeelte; de normatieve brugfunctie*

Het ‘irrationele’ element van de rechterlijke overtuiging wordt gevormd door de normatieve brugfunctie. De rechterlijke overtuiging fungeert in deze functie als (een onvermijdelijke) brug tussen het feitenoordeel en het uiteindelijke rechtsoordeel. Anders gezegd: daar waar het rationele (de redengevendheid) gedeelte vastloopt en het niet te beredeneren onderdeel aanbreekt is het de rechterlijke overtuiging die een brugfunctie vervult. Dat betekent niet dat het niet te beredeneren onderdeel ‘irrationeel’ is in de zin van een persoonlijke overtuiging van de strafrechter. De strafrechter doet een beroep op zijn praktische wijsheid; zijn juridische ervaring, intuïtie en/of rechtsbewustzijn (waaronder het rechtsgevoel). Het rechtsoordeel is dus niet volledig rationeel, maar ook niet volledig irrationeel.

Reeds in hoofdstuk 3 kwamen de irrationele elementen uit de rechtsvindingstheorie van Scholten aan bod. Volgens Hartendorp en Wagenaar is het daar waar Scholten spreekt over ‘irrationele’ factoren in de oordeelsvorming van rechters hij de praktische wijsheid²⁵⁵ afkomstig van Aristoteles beoogt.²⁵⁶ Scholten spreekt over het rechtsbewustzijn en het geweten van de rechter. Deze praktische wijsheid kan, aldus Hartendorp en Wagenaar, een verfijning aanbrengen in dat wat Scholten als irrationele factoren benoemt. Hol brengt die verfijning naar mijn mening aan, door net als Hartendorp en Wagenaar een beroep op Aristoteles te doen. Aristoteles geeft, aldus Hol, aan dat daar waar de algemene regels in concrete gevallen onrechtvaardig werken, een correctie moet plaatsvinden, de verstandige mens een beroep op zijn praktische wijsheid doet.²⁵⁷ Het is de ‘verstandige mens’, ook wel de praktische wijsheid genoemd, die de rechter helpt om de goede keuze te maken. De ervaring, als eigenschap van de praktische wijsheid, zorgt er voor dat de ‘verstandige’ mens naast het vermogen om te redeneren, het vermogen om te ‘zien’ wat we moeten doen bezit.²⁵⁸ Hol concludeert uiteindelijk, (mede) op basis van Aristoteles, dat de praktische wijsheid de ervaring van de rechter omvat.

²⁵⁵ De term praktische wijsheid is te herleiden tot Phronis een begrip afkomstig uit de deugdenethiek van Aristoteles (Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 83). Zijn werk ziet in beginsel op het privaatrecht, net als de rechtsvindingstheorie van Scholten. Ondanks dat Aristoteles vanuit het perspectief van het privaatrecht in gaat op de praktische wijsheid is de praktische wijsheid een onvermijdelijk element in het recht vanwege het ontbreken van de absolute waarheid en daarmee ook voor het straf(proces)recht.

²⁵⁶ Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 86. Volgens Hartendorp en Wagenaar is het daar waar Scholten spreekt over rechtsgevoel en het geweten van de rechter hij invulling beoogt te geven aan de morele oordeelsvorming bij de rechtsvinding, Hartendorp & Wagenaar 2004, blz. 84 en zie ook blz. 31 en 32 van deze thesis.

²⁵⁷ Hol 1997, blz. 99.

²⁵⁸ Hol 1997, blz. 99-100 en Hol 1994, blz. 183-184.

Eggens spreekt, aldus Hol, over de intuïtie van de rechter in het kader van de praktische wijsheid. Echter ook de praktische wijsheid, is net als de absolute waarheid en de sprong, een niet vastomlijnd begrip. Dat geldt tevens voor de motivering van de praktische wijsheid in het kader van de rechterlijke overtuiging, die eveneens niet in woorden te ondervangen is. Hol geeft dit expliciet aan, dat bij een beroep op de praktische wijsheid, Hol spreekt hier over intuïtie, men zich er van bewust moet zijn en niet moet verwachten dat de rechter achteraf alsnog het intuïtieve in normen of redenen kan verwoorden, bijvoorbeeld door een motivering. Dit omdat de redenen voor een bepaalde waardering niet (of zeer beperkt) kunnen worden beredeneerd.²⁵⁹ Dat dit aansluit bij de praktijk omtrent het motiveren van de rechterlijke overtuiging wordt duidelijk in paragraaf 5.5.

De praktische wijsheid biedt bovendien ruimte om in te spelen op de veranderlijke (rechts)praktijk en de bijzonderheden van een concrete strafzaak. Hierdoor is het rechtsoordeel niet alleen juridisch (rationeel) gerechtvaardigd, maar tevens moreel dan wel maatschappelijk (irrationeel). Dit behoedt het straf(proces)recht van verstarring en zorgt er voor dat het menselijk blijft.²⁶⁰ De overtuiging van de strafrechter is niet slechts een onwetenschappelijk subjectief element in het strafrechtelijk bewijsrecht, maar de rechterlijke overtuiging vormt juist een waarborg dat het strafrechtelijk bewijsoordeel een (volledig) rationeel oordeel is dat (alleen) gebaseerd is op de juiste (rationele) redenen, aldus Loth.²⁶¹ De praktische wijsheid maakt het dus mogelijk dat het rechtsoordeel niet alleen rationeel, maar juist ook ‘irrationeel’ is, of anders gezegd moreel is.

Beide brugfuncties zijn in de praktijk niet van elkaar te onderscheiden. Enerzijds het feitenoordeel en de (hoge) mate van waarschijnlijkheid die rationeel te verantwoorden zijn, op basis waarvan de rechterlijke overtuiging tot stand komt. Anderzijds de rechterlijke overtuiging die ontstaat gedurende het proces van waarheidsvinding – Hartendorp spreekt van een groeiende overtuiging.²⁶² Desondanks is het een beredeneerde overtuiging (conviction raisonnée). Het is een niet volledig in woorden uit te drukken overtuiging, maar het is ook geen persoonlijke overtuiging van de strafrechter, het is een ‘juridische’ praktische wijsheid. Door een bestempeld als de ervaring van de strafrechter, de ander doet een beroep op de intuïtie en weer een ander op het rechtsbewustzijn (waaronder het rechtsgevoel) van de strafrechter. Dat

²⁵⁹ In deze alinea is gebruikt gemaakt van Hol 1994, blz. 183-184 en Hol 1997, blz. 98-100.

²⁶⁰ Reijntjes 1980, blz. IV en 41.

²⁶¹ Loth 2012, blz. 37.

²⁶² Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 14.

betekent dat daar waar het rationele te beredeneren gedeelte zijn grenzen bereikt heeft, een concrete strafzaak laat zich nu eenmaal niet volledig door (bewijs)regels beredeneren, de praktische wijsheid als ‘irrationeel’ element van de rechterlijke overtuiging als brug dienst doet tussen het rationele gedeelte en het rechts- en zekerheidsoordeel. Het is deze rechterlijke overtuiging die onvermijdelijk is om tot een rechtsoordeel te komen. De beide brugfuncties staan in wisselwerking met elkaar, in die zin dat het rationele element een puur ‘irrationeel’ rechtsoordeel voorkomt en het ‘irrationele’ element een puur rationeel rechtsoordeel voorkomt. Desondanks is de sprong juridisch gezien volledig ‘irrationeel’, in de zin van niet te beredeneren, maar wel gebonden aan het rationele element en de praktische wijsheid.²⁶³

§ 5.5 De weduwe Bruil strafzaak; de rechterlijke overtuiging en indirecte bewijsconstructies

Enerzijds wordt de rechterlijke overtuiging gevoed door een te beredeneren gedeelte, het rationele element. Anderzijds wordt de rechterlijke overtuiging gevoed door een niet te beredeneren gedeelte, de praktische wijsheid oftewel het ‘irrationele’ element. Het is de motivering van de rechterlijke overtuiging door het gerechtshof in de strafzaak omtrent de weduwe Bruil²⁶⁴ die illustratief is voor wat betreft de rechtelijke overtuiging en het te beredeneren en niet te beredeneren gedeelte daarvan.

Casus weduwe Bruil strafzaak

De neef van de weduwe heeft (familie)problemen, geldnood en vraagt haar om geld en te bemiddelen tussen zijn moeder en hem. Die relatie is door alle problemen verstoord geraakt. Hij heeft zijn moeder, en ook andere familieleden en adviseurs van de familie, meerdere malen bedreigd, een ruit van de woning van de moeder vernield en de moeder meerdere malen belaagd. Doordat de relatie met zijn familie verstoord is zoekt hij contact met zijn tante op 19 en 20 januari. Op de 20 januari zou hij bovendien geprobeerd hebben met zijn tante een afspraak te maken, omdat hij haar papieren wilde geven.

²⁶³ Soeharno 2005, blz. 238.

²⁶⁴ Rb. Arnhem 27 januari 2011, *LJN* BP1888 en Gerechtshof Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW3209, <[www.omroepgelderland.nl/](http://www.omroep gelderland.nl/)>, 13 januari 2013, zoekterm: bruil en <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: erik s, datum: 13 januari 2013.

Vervolg weduwe Bruil Strafzaak

Zijn tante raadt dat af vanwege de dure autorit en het kan immers ook per post. Desondanks rijdt hij toch naar het adres van zijn tante en verklaart hierover dat hij het adres van zijn tante passeert op de weg naar zijn moeder om te zien wat de gevolgen zijn geweest van de door hem ingeslagen ruiten. Op 20 januari wordt de tante door haar echtgenoot in de gang van de keuken gevonden. Zij is waarschijnlijk rond 15.45 uur met dertien messteken om het leven gebracht. De neef, de verdachte, ontkent steeds dat hij zijn tante om het leven zou hebben gebracht.

In de strafzaak omtrent de weduwe Bruil is geen discussie omtrent de mate van waarschijnlijkheid van het ten laste gelegde, in tegenstelling tot de Moord zonder lijk strafzaak en de A73-strafzaak. Beide instanties komen immers tot een bewezenverklaring. Opmerkelijk is wel dat het gerechtshof expliciet de rechterlijke overtuiging in zijn motivering aanhaalt. Niet wordt volstaan met een standaardmotivering, zoals in de A-73 strafzaak, zie bladzijde 75.

De rechterlijke overtuiging wordt door het gerechtshof uitgebreid gemotiveerd op basis van de samenhang tussen de gebezigde bewijsmiddelen en verdachte's proceshouding, namelijk: dat de verdachte in financiële nood verkeerde, de verdachte had contact met zijn familie (en hun omgeving) in de periode voorafgaand aan het feit, en schuwde geweld en geweldsgerelateerd optreden bepaald niet, de verdachte was in de onmiddellijke nabijheid van de plaats delict op het tijdstip van overlijden (onder andere camerabeelden, zendmastgegevens en de verklaring verdachte met zijn auto in de straat van het slachtoffer heeft gereden, pas nadat hij was geconfronteerd met de telefoongegevens), de verdachte had zeer recent contact met slachtoffer kort voor het overlijden, waarbij het afgeven van documenten van verdachte bij het slachtoffer aan de orde was (onder andere telefoongegevens), de vondst van een biologisch contactspoor dat matcht met het DNA van verdachte (deskundigenrapport: DNA-mengspoor, Y-chromosomaal onderzoek) en de kennelijk leugenachtige verklaring van verdachte over de door hem gedragen kleding op de dag van het delict (onder andere wisselende verklaring(en) verdachte omtrent verblijfplaats op 20 januari, de vindplaats van de mobiele telefoon en de gedragen kleding op 20 januari).²⁶⁵

²⁶⁵ Verder neemt het gerechtshof in overweging dat de overtuiging nog gesterkt wordt door het uitblijven van verklaringen van de verdachte die het belastende karakter van het aanwezige bewijsmateriaal zouden kunnen ontzenuwen. Het gerechtshof doelt daarmee op de (door verdachte gesuggereerde) onbekend gebleven persoon in (plaatsnaam B), de (door verdachte gesuggereerde) onbekend gebleven persoon in (plaatsnaam G) en de onbekend gebleven omvang en vindplaats van geld dat verdachte naar eigen zeggen ter beschikking had. Het

Het arrest van het gerechtshof Arnhem laat een uitgebreide motivering van de rechterlijke overtuiging zien. Bovendien illustreert de motivering van het gerechtshof door het benoemen van de rationele bewijsmiddelen dat de rechterlijke overtuiging mede op basis van het rationele element tot stand komt. Desalniettemin laat de motivering eveneens zien dat het rationele element van de rechterlijke overtuiging overeenkomt met de motivering van de redengevendheid van het bewijsmateriaal, namelijk het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen. Anders gezegd, de motivering van het rationele element van de rechterlijke overtuiging valt in de praktijk samen met de (beperkte) motivering van de redengevendheid van het bewijsmateriaal.

Het niet te beredeneren gedeelte van de rechterlijke overtuiging blijft (volledig) buiten beschouwing. Dit is ook niet geheel onverklaarbaar, omdat het immers om een niet onder woorden te brengen element van de rechterlijke overtuiging gaat. Daarmee wordt nogmaals duidelijk dat de motivering van de rechterlijke overtuiging in de praktijk samenvalt met de motivering van de redengevendheid en deze beperkte motivering van de rechterlijke overtuiging weinig toegevoegde waarde heeft. Het geeft geen nader inzicht in de totstandkoming van de rechterlijke overtuiging anders dan dat deze (mede) gebaseerd is op de aanwezige bewijsmiddelen. Dat laat eens te meer zien hoe belangrijk een uitgebreidere motivering van het wel te beredeneren gedeelte is, nu het motiveren van de rechterlijke overtuiging in de praktijk weinig toegevoegde waarde heeft.

§ 5.6 Tussenconclusie

Door de (zeer) beperkte motiveringsplicht van de redengevendheid, waarmee thans kan worden volstaan, biedt het rationele gedeelte voor de rechterlijke overtuiging bij indirecte bewijsconstructies beperkte waarborgen.²⁶⁶ Desondanks is de rechterlijke overtuiging onvermijdelijk in het straf(proces)recht en wordt deze mede door de redengevendheid gevoed. Op een gegeven moment is de grens qua juridische argumentatie echter bereikt, het rationele element. De strafrechter moet dan een beroep op zijn praktische wijsheid doen. Het is hier dat de rechterlijke overtuiging een brugfunctie vervult om van het rationele gedeelte, het feitenoordeel en de (hoge) mate van waarschijnlijkheid, een sprong naar een rechtsoordeel te kunnen maken. De rechterlijke overtuiging fungeert enerzijds als extra maatstaf bovenop de

gerechtshof neemt ook het patroon van aanpassen van de verklaringen door de verdachte in zijn overweging mee. Gerechtshof Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW3209, blz. 12.

²⁶⁶ Cleiren 2010, blz. 264.

(hoge) mate van waarschijnlijkheid en anderzijds als verbindingselement tussen het feitenoordeel en het rechtsoordeel. Beide functies zijn in de praktijk niet van elkaar te onderscheiden. Dit neemt niet weg dat de rechterlijke overtuiging en daarmee de sprong zelf, juridisch gezien, volledig irrationeel zijn.²⁶⁷

De praktische wijsheid, als onderdeel van de rechterlijke overtuiging is niet een hoogstpersoonlijke overtuiging²⁶⁸ van de strafrechter zelf. De strafrechter doet dan een beroep op zijn ‘juridische’ ervaring, intuïtie of zijn rechtsbewustzijn (waaronder het rechtsgevoel). Dit niet te beredeneren gedeelte heeft betrekking op het gedeelte van het straf(proces)recht dat niet geheel in regels kan worden gevangen om dus daar waar het rationele element tekort schiet uitkomst te bieden. Om die reden is de praktische wijsheid onvermijdelijk naast een rationeel element, zodat de strafrechter in het concrete geval tot een (moreel en juridisch gerechtvaardigd) rechtsoordeel kan komen. De praktische wijsheid waarborgt bovendien dat het rechtsoordeel middels de rechterlijke overtuiging niet puur en alleen is gebaseerd op rationele elementen, hetgeen een ‘kille’ rechtspraak voorkomt. Rechtspreken heeft immers ook een maatschappelijk functie en daardoor dient het rechtsoordeel dus ook moreel verantwoord te zijn. Dit brengt wel met zich mee dat zolang de rechterlijke overtuiging als irrationeel element onderdeel blijft uitmaken van het straf(proces)recht verschillende rechtsoordelen door verschillende rechterlijke instanties in een en dezelfde strafzaak onvermijdelijk blijven.

Doordat de rechterlijke overtuiging in ons strafstelsel niet kan worden gemist en onvermijdelijk is, is het van belang dat de strafrechter zich bewust is van de risico’s²⁶⁹ die daar mogelijkwijs mee gepaard gaan. De praktische wijsheid zelf kan de risico’s slechts beperkt ondervangen, doordat het om een niet te beredeneren onderdeel van de rechterlijke overtuiging gaat. Om die reden moeten de waarborgen worden gezocht in het te beredeneren gedeelte, de motivering, van de rechterlijke overtuiging. Het te beredeneren gedeelte van de rechterlijke overtuiging overlapt in de praktijk met de motivering van de redengevendheid, zie bijvoorbeeld de Weduwe Bruil strafzaak. Hierdoor biedt de redengevendheid betrekkelijk weinig waarborgen voor de rechterlijke overtuiging, omdat de motivering van de redengevendheid beperkt is tot de inhoud van de bewijsmiddelen of tot een verkort vonnis,

²⁶⁷ Soeharno 2005, blz. 238.

²⁶⁸ Nijboer 2011, blz. 72.

²⁶⁹ Zoals bijvoorbeeld het ontbreken van de absolute waarheid, de onvermijdelijkheid van de sprong, mogelijke persoonlijke/subjectieve invloeden en verkeerde aannames.

tenzij gebruik wordt gemaakt van het Promis-concept. Daarmee is het waarborgkarakter dat van de redenevendheid had kunnen en moeten uitgaan ten aanzien van de rationalisering van het niet te beredeneren gedeelte van de rechterlijke overtuiging en de te maken sprong door de strafrechter bij indirecte bewijsconstructies zeer beperkt. Nu de motivering van de redenevendheid gering is, is dus ook de controle op de rechterlijke overtuiging zeer beperkt en is niet volledig uit te sluiten dat de rechterlijke overtuiging puur op irrationele gronden is gebaseerd, dan wel op verkeerde aannames die niet in de motivering aan het daglicht zijn gekomen. Het is dan ook niet geheel ondenkbaar dat het uiteindelijk de rechterlijke overtuiging, als brugfunctie, is geweest die het verschil heeft gemaakt in bijvoorbeeld de Moord zonder lijk strafzaak uit hoofdstuk 4.



6 Rechtspsychologische inzichten

Bayesiaans redeneren en de Theorie van Verhaal en Verankering

‘Wanneer rechtspsychologische inzichten laten zien dat materiele waarheidsvinding wordt bevorderd door kritische toetsing van de tenlastelegging, dan dienen dergelijke inzichten te worden verwerkt in de wijze waarop de strafrechter het onderzoek ter terechtzitting uitvoert.’ – Rozemond 2010

§ 6.1 Inleiding

Bij indirecte bewijsconstructies kan vaak met minder zekerheid, dan bij directe bewijsconstructies, een bepaalde gebeurtenis – het bewijsobject - worden vastgesteld. De bewijsmiddelen kunnen vaak met een bepaalde kans optreden, maar kunnen dus ook met een bepaalde kans niet optreden bij een bepaalde gebeurtenis. Elffers stelt dan ook dat dan al gauw de situatie ontstaat dat het bewijsmiddel met een bepaalde mogelijk kleine maar niettemin aanwezige kans *óók* kan optreden als het alternatieve scenario waar is. Er wordt twijfel gezaaid, meestal door de verdediging,²⁷⁰ en dit kan wellicht (on)terecht tot een bewezenverklaring of vrijspraak leiden bij indirecte bewijsconstructies. Door gebruik te maken van rechtspsychologische inzichten, zoals onder andere de methoden van het Bayesiaans redeneren en de Theorie van Verhaal en Verankering, kan wellicht een bijdrage aan het vaststellen van de mate van waarschijnlijkheid bij indirecte bewijsconstructies geleverd worden. De Nederweert-strafzaak²⁷¹ is een voorbeeld waarbij het denken in alternatieve scenario's, door gebruikmaking van het Bayesiaans redeneren, door de Advocaat-Generaal bij (hierna: AG) het gerechtshof toegepast is.

De Nederweert-strafzaak

Op carnavalsmaandag 27 feb. 2006 rijdt het slachtoffer met zijn partner, kort vóór 04.55 zijn auto de garage in van zijn woning. Terwijl het slachtoffer richting het halletje loopt, wordt de partner in de garage bedreigd met een vuurwapen, door een onbekend persoon die donker gekleed is en een bivakmuts draagt. Zij, de partner, hoort vervolgens schoten en ziet dat twee overvallers een derde, (zwaar)gewonden overvaller, ondersteunen op hun weg naar buiten. Alledrie donker gekleed en een bivakmuts over het hoofd. Om 04.55 doet partner een 112-melding. Politie treft het slachtoffer

²⁷⁰ Van Koppen e.a. (red.) 2010, blz. 373-374.

²⁷¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2008, *LJN* BF2188, blz. 3.

Vervolg Nederweert-strafzaak

zwaargewond aan in het halletje, waar ook een revolver van het slachtoffer wordt aangetroffen met drie hulzen. Om 05.17 overlijdt het slachtoffer. Om 05.27 wordt de verdachte vanuit een auto afgezet bij de EHBO van het Maxima Medisch Centrum door een onbekende persoon met een bivakmuts op. De verdachte heeft een kogel in zijn buik.

In de eerstvolgende paragraaf van dit hoofdstuk wordt kort ingegaan op de mogelijke toegevoegde waarde van het denken in alternatieve scenario's in het kader van de indirecte bewijsconstructies. Om vervolgens in paragraaf 3 het Bayesiaans redeneren en in paragraaf 4 de Theorie van Verhaal en Verankering kort te behandelen als mogelijke hulpmiddelen voor het bepalen van de mate van waarschijnlijkheid.²⁷² Aan de hand van de Nederweert-strafzaak wordt getracht duidelijk te maken wat het denken in alternatieve scenario's in de praktijk inhoudt. Geëindigd wordt met een tussenconclusie omtrent het alternatief scenario denken.

§ 6.2 Het belang van denken in alternatieve scenario's bij indirecte bewijsconstructies

Het denken in alternatieve scenario's bevordert allereerst het proces van waarheidsvinding, doordat kritischer dient te worden nagegaan in hoeverre het uiteindelijk door de OvJ geschetste scenario ten opzichte van het aanwezige bewijsmateriaal waarschijnlijk is. In de zin dat dient te worden nagegaan of het aanwezige bewijsmateriaal mogelijk ook past in andere scenario's dan het geschetste scenario door de OvJ. Echter alleen indien het strafdossier daartoe aanleiding geeft.²⁷³ Het alternatief scenario wordt veelal door de verdediging aangevoerd. Dat geldt ook voor de meeste in deze thesis aangehaalde strafzaken, met uitzondering van de Moord zonder lijk strafzaak.

Naast de actieve inbreng van de OvJ en de verdediging door het voeren van (bewijs)verweren in het kader van alternatieve scenario's,²⁷⁴ dient ook de strafrechter, naar mijn mening, actief op zoek te gaan naar mogelijke *plausibele* alternatieve scenario's. Voor alle duidelijkheid,

²⁷² In het kader van de Bayesiaanse methode en de Theorie van deze thesis buiten beschouwing, omdat het in het kader van indirecte bewijsconstructies alleen van belang is om te weten dat twee methoden als hulpmiddel bij het bepalen van de bewijskracht van een bewijsmiddel ter beschikking van de strafrechter staan.

²⁷³ Cursus Alternatief scenario denken, april 2013.

²⁷⁴ Veel voorkomende alternatieve scenario's op basis van de jurisprudentie zijn onder andere dat het inderdaad om een misdrijf gaat, maar verdachte onschuldig is want: aanwijzing dat een ander het heeft gedaan, wel sporen van de verdachte maar deze zijn niet delictgerelateerd, verdachte heeft een alibi en verdachte wordt er in geluid. Tweede veel voorkomend alternatief is dat het niet om een misdrijf gaat, maar externe factoren de oorzaak zijn, zoals het slachtoffer zelf of de natuur. Een laatste, en daarbij gaat het eveneens niet om een misdrijf, maar om ongelukkig handelen, zoals een ongelukje; Cursus Alternatief scenario denken, april 2013.

alleen indien het strafdossier daartoe aanleiding geeft. Uiteindelijk is het de strafrechter die eindverantwoordelijk is voor het proces van materiele waarheidsvinding. Mede doordat de tenlastelegging aan een kritische(re) toetsing door de strafrechter onderworpen wordt, alsook door de procespartijen, draagt dit bij aan de volledigheid van het scenario (het bewijsobject) en daarmee wordt de redengevendheid van het bewijsmateriaal wellicht duidelijker.²⁷⁵ Dit kan er tevens toe bijdragen dat alternatieve scenario's eerder kunnen worden uitgesloten, de generalisaties voldoende specifiek zijn/worden en daarmee een deugdelijkere motivering tot stand kan komen die (meer) inzicht geeft in de logische gedachtegang van de strafrechter. Bovendien maakt tegenspraak, indien de uitspraak is gemotiveerd, een meer inhoudelijke controle op de juistheid van de generalisaties mogelijk.

Het is echter een onmogelijke opdracht voor de strafrechter om alle (plausibele) alternatieve scenario's volledig uit te sluiten. Feilbaarheid²⁷⁶ is inherent aan een rechtsoordeel, omdat de ware toedracht nooit met absolute waarheid kan worden vastgesteld. Zeker bij indirect bewijs is het onderscheidend vermogen, anders gezegd de bewijskracht, van het bewijsmateriaal tussen scenario's minder dan bij direct bewijs. Dit bemoeilijkt het bepalen van de mate van waarschijnlijkheid, en minder dan bij direct bewijs kunnen alternatieve scenario's worden uitgesloten. Dat betekent niet dat de strafrechter niet moet proberen zoveel mogelijk aannemelijke alternatieve scenario's uit te sluiten (falsificeren) door deze in zijn motivering te weerleggen. Uit de motivering moet af te leiden zijn, op grond van de bewijsmiddelen, dat de bewezenverklaring veruit de meest waarschijnlijke gang van zaken is.²⁷⁷ Echter hiertoe bestaan alleen een verplichting in de gevallen zoals genoemd in paragraaf 4.7.

Desondanks is het opvallend dat strafrechters, in de in deze thesis aangehaalde strafzaken, zich moreel verplicht voelen, ondanks dat daartoe geen wettelijke verplichting bestaat, om ook onwaarschijnlijke scenario's gemotiveerd ter zijde te schuiven.²⁷⁸ In de *Weduwe Bruil*²⁷⁹ strafzaak wordt door de verdediging het alternatief geopperd dat de broer van de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. De opgenomen bewijsmiddelen in de motivering sluiten een dergelijk scenario reeds uit. Desondanks besteed het gerechtshof aandacht aan het alternatieve scenario in de motivering. Wanneer een alternatief scenario wel geloofwaardig is

²⁷⁵ Rozemond 2010, blz. 40.

²⁷⁶ Zie ook blz. 20 van deze thesis.

²⁷⁷ Nijboer 1982, blz. 85-87.

²⁷⁸ Cursus Alternatief scenario denken, april 2013.

²⁷⁹ Gerechtshof Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW3209, blz. 8.

doet zich veelal het dilemma voor in hoeverre het aannemelijke alternatieve scenario moet worden uitgesloten. De strafrechter worstelt doorgaans met het probleem dat aannemelijke alternatieve scenario's op basis van het bewijsmateriaal niet volledig kunnen worden uitgesloten en dat kan (onnodig) leiden tot een vrijspraak, met name bij indirecte bewijsconstructies.²⁸⁰ Bewijzen, zoals reeds in hoofdstuk 2 duidelijk werd, is niet zonder problemen. Dat betekent dat het aanwezige bewijsmateriaal op z'n hoogst het schuldige of onschuldige scenario waarschijnlijker of minder waarschijnlijk kan maken. Het volledig uitsluiten van alternatieve scenario's is en blijft vrijwel onmogelijk.²⁸¹ Wel is het mogelijk alternatieve scenario's zoveel mogelijk uit te sluiten op basis van de bewijsmiddelen door middel van een uitgebreidere motivering dan thans is vereist.

Het denken in alternatieve scenario's is kenmerkend voor de Bayesiaanse methode en de Theorie van Verhaal en Verankering. Beide kunnen wellicht als *hulpmiddel* fungeren om de (hoge) mate van waarschijnlijkheid in geval van indirecte bewijsconstructies beter inzichtelijk te maken. Met als doel zoveel mogelijk alternatieve scenario's uit te sluiten en de sprong zo klein mogelijk te houden. Echter, onder (strafrecht)juristen en wetenschappers heerst verdeeldheid over welk hulpmiddel 'het beste' binnen het straf(proces)recht zou passen. Om die reden, en omdat mijn technische expertise (de wiskundige problematiek) met betrekking tot deze methoden maar beperkt is, wordt hieronder alleen een korte introductie van beide hulpmiddelen gegeven waarbij inzicht wordt gegeven in de theorie achter de methode.

§ 6.3 De Bayesiaanse methode; de wiskundige variant

Volgens Berger en Aben, voorstanders²⁸² van het Bayesiaans redeneren, houdt de strafrechter zich in het proces van waarheidsvinding bezig met hypothesen²⁸³ en waarschijnlijkheden. Het zijn juist deze hypothesen en waarschijnlijkheden die bij indirecte bewijsconstructies nog meer op de proef worden gesteld. De strafrechter dient het scenario geschetst door het OM enerzijds en (veelal) het (aannemelijke) alternatieve scenario van de verdediging anderzijds af

²⁸⁰ Cursus Alternatief scenario denken, april 2013

²⁸¹ Het niet volledig kunnen uitsluiten van plausible alternatieve scenario's kan een mogelijke reden zijn om tot vrijspraak over te gaan. Cursus Alternatief scenario denken, april 2013 en Keijser & Van Koppen 2004, blz. 136.

²⁸² Tegenstander van Bayesiaans redeneren zijn o.a. Van Koppen en Wagenaar. Elffers is voorstander van het gebruiken van de aannemelijkheidsverhouding, ook wel *likelihood ratio* genoemd, maar het gebruik van de *prior odds* is volgens hem daar niet bij nodig.

²⁸³ Met de termen hypothesen, scenario's en verhalen wordt hetzelfde bedoeld. Vanuit wetenschappelijk oogpunt maakt men onderscheid tussen de verschillende termen, maar in het kader van deze thesis wordt hiermee hetzelfde bedoeld.

te wegen (en ook de scenario's van de strafrechter zelf).²⁸⁴ Bij het maken van deze afweging kan de strafrechter de Bayesiaanse methode als hulpmiddel gebruiken. Deze methode geeft inzicht in de kracht en relevantie (de bewijskracht; de redengevendheid) van het aanwezige bewijsmateriaal of juist het gebrek daaraan. Het is een redeneerschema dat gebruikt kan worden bij de selectie en waardering van bewijsmateriaal waarin twee hypothesen tegenover elkaar moeten worden afgezet. Het redeneerschema dwingt dus eigenlijk alternatieven te onderzoeken op hun waarschijnlijkheid en dus niet te volstaan met het (eenzijdige) scenario van het OM. Beide hypothesen (veelal de hypothese van het OM versus de verdediging) dienen elkaar uit te sluiten, maar dat betekent niet dat de hypothesen alle mogelijkheden moeten dekken voor het gebruik van het Bayesiaans redeneermodel.²⁸⁵ Welke hypothesen worden gekozen is afhankelijk van de context en de vragen die spelen in de strafzaak.²⁸⁶ De hypothesen dienen uiteraard wel plausibel en gebaseerd op het strafdossier te zijn.

In het geval van de Nederweert-strafzaak hebben Berger en Aben voor de volgende twee hypothesen gekozen op grond van het bewijsmiddel het deskundigenrapport dat als conclusie heeft dat het 'waarschijnlijk'²⁸⁷ is dat de aangetroffen kogel in de buik van de verdachte afkomstig is van de revolver van het slachtoffer gebaseerd op het aantal gevonden kraslijnaansluitingen.

- Hypothese 1: de kogel (in de buik van verdachte) is afkomstig uit het wapen van het slachtoffer.
- Hypothese 2: de kogel is afkomstig uit een willekeurig ander wapen.

In het kort komt de Bayesiaanse methode er op neer dat de strafrechter zijn overtuiging vóór dat hij kennis nam van het aangevoerde bewijsmiddel (de *prior odds*) en naar aanleiding van het gepresenteerde bewijs (de waarneming; *likelihood ratio*) zijn overtuiging 'bij te stellen' in een als kans uitgedrukte overtuiging (*a posterior odds*) na afloop van de waarneming van het bewijs.²⁸⁸ De wiskundige formule komt op het volgend neer:

²⁸⁴ Berger & Aben 2010a, blz. 52.

²⁸⁵ Berger & Aben 2010b, blz. 86.

²⁸⁶ Berger & Aben 2010b, blz. 89.

²⁸⁷ Berger & Aben 2010a, blz. 54 en 2010b, blz. 86 en 89. De kwalificatie 'waarschijnlijk' is de derde categorie van waarschijnlijkheden op een schaal van vijf. Het deskundigenrapport omvat kortweg dat de verschillen in kraslijnen in dit geval verklaarbaar zijn. Onverklaarbare verschillen hadden tot een negatieve conclusie geleid. In de aanvullende rapportage wordt gesteld dat het gebruik van een ander vuurwapen niet geheel kan worden uitgesloten, doch dat de kans dat een ander wapen deze sporen heeft veroorzaakt veel kleiner geacht wordt dan de kans dat de onderzochte revolver deze sporen heeft veroorzaakt.

²⁸⁸ Van Koppen e.a. (red.) 2010, blz. 382.

De Bayesiaanse methode; de formule

$$\begin{array}{lcl} P(s) & \times P(b|s) & = P(s|b) \\ \hline P(o) & \times P(b|o) & = P(o|b) \\ \text{Prior odds} & \times \text{Likelihood ratio} & = \text{Posterior odds} \end{array}$$

§ 6.3.1 De prior odds; voorafgaand aan de waarneming

De *a priori*-kans (oftewel *prior odds*) ten aanzien van de schuld van de verdachte is $P(s)$ en de *a priori*-kans ten aanzien van de onschuld van de verdachte is $P(o)$. Deze twee hypothesen worden in elkaars onderlinge verhouding geplaatst en vormen daarmee het uitgangspunt van de formule. De strafrechter begint een strafzaak met een vermoeden over het al dan niet aanwezig zijn van de schuld van de verdachte, de *a priori*-kans op schuld. Op basis van zijn ervaring en kennis weet hij, in nagenoeg alle gevallen, dat de verdachte niet zonder vermoeden van schuld vervolgd zal worden. Dus de mogelijkheid dat de strafrechter het onderzoek ter terechtzitting start met een opvatting over de schuld is groter dan de kans dat de strafrechter uitgaat van het vermoeden van onschuld.²⁸⁹ De *prior odds* geven de waarschijnlijkheid van de mate waarin geloof kan worden gehecht aan de juistheid van de betreffende hypothese.²⁹⁰ Het is dan aan de strafrechter om zich vervolgens af te vragen hoe waarschijnlijk de (alternatieve) hypothese is. De *prior odds* worden dus geschat²⁹¹ voorafgaand aan de waarneming van het bewijsmateriaal; de overige informatie.²⁹²

Een van de *prior odds* die Berger en Aben bij de beoordeling van de Nederweert-strafzaak in overweging nemen is dat de gewonde man die zich in het ziekenhuis meldde bij de EHBO geen willekeurig persoon is. Hij is immers de enige in de wijde omtrek bij wie een kogelwond is vastgesteld. Zij stellen vervolgens dat dit nog geen zekerheid geeft omtrent de schuld van de verdachte, maar stellen eveneens dat de *prior odds* voor de hypothese schuldig aanzienlijk zijn omdat er geen andere schietpartijen zijn gemeld (falsificatie). Van belang is bijvoorbeeld ook of de verdachte in het ziekenhuis een aannemelijke alternatieve uitleg voor zijn

²⁸⁹ Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 16. Hier stuit ik op een van de kritiekpunten van het Bayesiaans redeneren, namelijk dat de inschatting (subjectief; een tweede veel gehoord kritiekpunt) van de *prior odds* botst met de presumptie van onschuld. In hoeverre dit kritiekpunt en andere kritiekpunten al dan niet terecht zijn laat ik hier verder buiten beschouwing. Van belang is in deze thesis om in een eerste indruk te krijgen van het bestaan en het mogelijke belang van deze methoden in het kader van indirecte bewijsconstructies.

²⁹⁰ Aben 2010, blz. 230.

²⁹¹ Het schatten leidt er toe dat een subjectief element onontkoombaar is, Berger & Aben 2010c, blz. 161.

²⁹² Berger & Aben 2010b, blz. 86 en Berger & Aben 2010c, blz. 161.

verwondingen heeft kunnen en willen verschaffen, aldus Berger en Aben. Dit kan immers tot een acceptabele alternatieve verklaring leiden, die bijvoorbeeld niet in strijd is met de aanwezige bewijsmiddelen.²⁹³

§ 6.3.2 De likelihood ratio; de bewijskracht

De tweede stap in het Bayesiaans redeneren kan worden omschreven als: $P(b|s)$ of $P(b|o)$. Anders gezegd: de waarschijnlijkheid van het bewijs (b) gegeven de hypothese schuld (vaak de OvJ) of onschuld (vaak de verdediging).²⁹⁴ Oftewel nadat de strafrechter een inschatting heeft gemaakt van de *prior odds* vervolgt hij met de bestudering van het strafdossier ter voorbereiding van het onderzoek ter terechtzitting, de *waarneming* van het bewijsmateriaal.²⁹⁵ Deze waarneming (b) kan wijzen op een toe- of afname in de richting van de juistheid van de hypothese schuld of onschuld van de verdachte. Afhankelijk van of het bewijsmateriaal meer waarschijnlijk is om te verwachten bij de hypothese schuld of onschuld neemt de mate van overtuiging van de hypothesen toe of af. Indien de kans op het vinden van het bewijsmateriaal onder beide hypothesen gelijk is, is het bewijs niet onderscheidend en geeft het geen enkele informatie over de mogelijke schuld of onschuld van de verdachte. Dus de mate van overtuiging zelf vloeit niet alleen uit de *LR* voort, maar is tevens afhankelijk van de *prior odds*.²⁹⁶

In de Nederweert-strafzaak geeft de *LR* weinig uitsluitel, nu de conclusie is dat het gebruik van een ander vuurwapen niet geheel door de deskundige kan worden uitgesloten. Ondanks dat wordt de kans dat een ander vuurwapen deze sporen heeft veroorzaakt veel kleiner geacht dan de kans dat het onderzochte vuurwapen deze sporen heeft veroorzaakt.²⁹⁷

§ 6.3.3 De posterior odds; verificatie en falsificatie

Uiteindelijk is de strafrechter geïnteresseerd in de *posterior odds*: de kansen op de juistheid van hypothesen op basis van het gevonden bewijsmateriaal, met inachtneming van *prior odds*.²⁹⁸ In de formule als: $P(s|b)$ of $P(o|b)$.²⁹⁹ De uitkomst van de toetsing van de hypothesen

²⁹³ Berger & Aben 2010b, blz. 89.

²⁹⁴ Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 18.

²⁹⁵ Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 16. Het probleem bij het vaststellen van de *LR* is dat dit het terrein van de deskundige betreft en volgens de Bayesiaanse methode niet van de strafrechter. Dit leidt er in de praktijk toe dat het vrijwel nooit mogelijk is om de bewijskracht van een bewijsmiddel uit te drukken in een *LR*.

²⁹⁶ Berger & Aben 2010a, blz. 55.

²⁹⁷ Berger & Aben 2010b, blz. 89-90.

²⁹⁸ Berger & Aben 2010a, blz. 54.

²⁹⁹ Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 18.

onderling draagt er aan bij of die uitkomst verifieert of falsificeert ten opzichte van de hypothesen. Falsificatie van een hypothese vindt plaats wanneer bij toetsing blijkt dat de waarneming niet overeenstemt met de uit de hypothese afgeleide voorspelling.³⁰⁰ Verificatie vindt plaats als de bevinding overeenstemt met de voorspelling.³⁰¹ Om die reden is het van groot belang dat ook ontlastend bewijs in het strafdossier wordt opgenomen, dit bewijs kan zowel steun bieden aan de hypothese van onschuld en schuld. Het gaat ten slotte om waarheidsvinding, nu op deze wijze de strafrechter vollediger geïnformeerd wordt en daarmee het rechtsoordeel (een bewezenverklaring en/of vrijspraak) mogelijkwijs meer overeenstemt met de ‘ware toedracht’.

In geval van de Nederweert-strafzaak leidt dit er toe dat de hypothese dat de kogel in de buik van de verdachte afkomstig is uit de revolver van het slachtoffer *aannemelijker* is, dan dat dit niet het geval is. Dus als de *a posteriori*-kans groter is, is het aannemelijker dat de verdachte schuldig is aan het tenlastegelegde.³⁰² Dat betekent niet dat de uitkomst de strafrechter een antwoord geeft of de verdachte al dan niet schuldig is. Het antwoord op deze vraag vloeit niet direct uit de *a posteriori odds* voort.

§ 6.4 De Theorie van Verhaal en Verankering; de beschrijvende variant

Net als bij de Bayesiaanse methode is het denken in alternatieve scenario's het vertrekpunt bij de Theorie van Verhaal en Verankering. In tegenstelling tot de eerst genoemde methode, wordt in deze theorie geen gebruik gemaakt van ‘wiskundige’ berekeningen. De theorie geeft, net als de Bayesiaanse methode, inzicht in de mate van waarschijnlijkheid van het verhaal van het OM tegenover een alternatief verhaal, al dan niet aangedragen door de verdediging.

Het uitgangspunt van de Theorie van Verhaal en Verankering is enerzijds het verhaal dat door het OM wordt gepresenteerd, de tenlastelegging. Het *verhaal* moet volgens deze theorie aan twee vereisten voldoen, namelijk dat het een goed verhaal (I) moet zijn en het moet worden ondersteund door bewijsmiddelen (II).³⁰³ Een goed verhaal kenmerkt zich door een duidelijke verhaallijn die om één thema draait waar dan de acties van de personen uit de context begrijpelijk worden. Anderzijds dient het verhaal te worden *verankerd* door de bewijsmiddelen, en die moeten uiteindelijk worden verankerd in feiten van algemene

³⁰⁰ Aben 2010, blz. 227.

³⁰¹ Aben 2010, blz. 228.

³⁰² Klijn e.a. (red.) 2009, blz. 17.

³⁰³ Wagenaar 2008, blz. 8.

bekendheid (verificatie). Bovendien dienen de bewijsmiddelen beter te passen dan bij enig ander scenario (falsificatie).³⁰⁴ Een scenario wordt gesteund als het voorkomen van een bewijsmiddel waarschijnlijker is dan bij een alternatief concurrerend scenario. Om die reden is het van belang dat in het strafdossier tevens informatie wordt opgenomen dat beter past bij een onschuldig scenario dan bij het schuldig scenario.³⁰⁵ Het strafdossier moet tevens alternatieve scenario's omvatten³⁰⁶, dit is tevens herkenbaar bij de Bayesiaanse methode.

Elk bewijsmiddel vormt een *verhaal* op zich, aldus Van Koppen. Ook op het niveau van elk bewijsmiddel afzonderlijk dient falsificatie plaats te vinden. Elk bewijsmiddel is immers ook een verhaal dat slechts houdbaar is als het beter past dan bij enig ander alternatief.³⁰⁷ Ten minste twee scenario's dienen tegenover elkaar te worden gesteld, enerzijds de tenlastelegging en anderzijds een alternatief scenario.³⁰⁸ Het alternatieve scenario dient steun te vinden in het strafdossier of kunnen aanknopen bij gegevens uit het strafdossier. Onwaarschijnlijke scenario's kunnen buiten beschouwing blijven.

Het tweede element van de theorie bestaat uit de *verankering* van het verhaal middels de bewijsmiddelen.³⁰⁹ Het zijn de bewijsmiddelen die een onderscheidend vermogen tussen de beide scenario's dienen te hebben. Het onderscheidend vermogen is afhankelijk van de bewijskracht die aan het bewijsmiddel kan worden toegekend.³¹⁰ De strafrechter dient zoveel mogelijk door te vragen, maar uiteindelijk te stoppen waar dat 'redelijkerwijs' mogelijk is, in overleg met het OM en de verdediging. Uiteindelijk vindt de verankering van een bewijsmiddel plaats in een bron en is gebaseerd op de reputatie van die bron. De bronnen die de strafrechter gebruikt voor de verankering moeten zo veel mogelijk door meer dan één bron worden ondersteund en de bronnen moeten onafhankelijk van elkaar zijn. Een andere mogelijkheid is dat verankering plaats vindt op basis van een feit van algemene bekendheid.³¹¹ Hoe specifiek het feit van algemene bekendheid, hoe groter het onderscheidend vermogen van het bewijsmiddel tussen de scenario's.

³⁰⁴ Van Koppen 2011, blz. 39 en 92-93.

³⁰⁵ Van Koppen 2011, blz. 92-93.

³⁰⁶ Van Koppen 2011, blz. 71.

³⁰⁷ Van Koppen 2011, blz. 92-93.

³⁰⁸ Van Koppen 2011, blz. 48-49.

³⁰⁹ Van Koppen 2011, blz. 97.

³¹⁰ Van Koppen 2011, blz. 55.

³¹¹ Van Koppen 2011, blz. 100-101.

Het onderscheidend vermogen is nu juist bij indirect bewijs minder sterk dan bij direct bewijs. Om die reden is het van wezenlijk belang dat de strafrechter bij indirecte bewijsconstructies doorvraagt in verband met de verankering van de bewijsmiddelen. Het gevaar dreigt immers dat de strafrechter niet voldoende doorvraagt en te snel voor anker gaat. Anders gezegd te snel een feit als een feit van algemene bekendheid aanneemt.³¹² Doordat de logische gedachtegang van de strafrechter verborgen blijft, wellicht ook voor de strafrechter zelf,³¹³ bestaat het risico dat de strafrechter de (hoge) mate van waarschijnlijkheid en zijn overtuiging op onjuiste aannames baseert of dat de aanname onvoldoende specifiek is.³¹⁴ Dat voorkomt de strafrechter door de discussie aan te gaan op het onderzoek ter terechtzitting, dus doorvraagt, en uitgebreid motiveert.

De strafrechter dient vervolgens na te gaan of gegeven het scenario een gevonden bewijsmiddel kan worden verwacht en niet of een bewijsmiddel bewijzend is voor een scenario.³¹⁵ Het gaat dus om de afweging of de strafrechter het bewijsmiddel eerder zou verwachten als het ene scenario waar is dan wanneer het andere scenario waar is.³¹⁶ Bewijzen is aldus Van Koppen een kwestie van scenario's afwegen.³¹⁷ De strafrechter dient bovendien uiteindelijk in zijn vonnis uit te leggen welk scenario hij als juist accepteert en waarom het ene scenario 'gewonnen' heeft van alle andere alternatieve scenario's. Datzelfde moet de strafrechter doen met de bewijsmiddelen die hij daarvoor gebruikt. Indien een alternatief onschuldig scenario bestaat dat op basis van de beschikbare bewijsmiddelen niet beslissend kan worden onderscheiden van het schuldige scenario dient vrijspraak te volgen, aldus Van Koppen.³¹⁸

Beide methoden kunnen als hulpmiddel, en daarmee als extra waarborg, dienen bij de beoordeling van de mate van waarschijnlijkheid van scenario's. Welk hulpmiddel 'het beste' is in geval van het straf(proces)recht is, naar mijn mening, van ondergeschikt belang. Van belang is het algemene concept van het denken in alternatieve scenario's. Met name in geval van indirecte bewijsconstructies, omdat juist dan de feiten niet evident zijn en daarmee de (hoge) mate van waarschijnlijkheid minder voor de hand liggend is. Het denken in

³¹² Van Koppen 2011, blz. 102.

³¹³ Zie hierover ook hoofdstuk 4. Door de logische gedachtegang te motiveren, waaronder de feiten van algemene bekendheid wordt inzichtelijk of deze op de juiste aannames berusten.

³¹⁴ Van Koppen e.a. (red.), 2010, blz. 340-341 en Van Koppen 2011, blz. 102.

³¹⁵ Wagenaar 2008, blz. 8 en Van Koppen 2011, blz. 52.

³¹⁶ Van Koppen 2011, blz. 52.

³¹⁷ Van Koppen 2011, blz. 109.

³¹⁸ Van Koppen 2011, blz. 283.

alternatieve scenario's kan er wellicht toe leiden dat meer inzicht wordt verkregen in de mate van waarschijnlijkheid van het indirecte bewijsmateriaal.³¹⁹ Dit heeft niet alleen een positief effect op de redengevendheid, maar tevens op de rechterlijke overtuiging en de te maken sprong. Daar de rechterlijke overtuiging mede gevoed wordt door de redengevendheid en de sprong op basis van de redengevendheid en de rechterlijke overtuiging wordt gemaakt. Het denken in alternatieve scenario's geeft echter geen uitsluitsel over de schuld van de verdachte, ook niet bij indirecte bewijsconstructies. Uiteindelijk dient de strafrechter een onvermijdelijk sprong te maken, met de rechterlijke overtuiging als brugfunctie, om van een feitenoordeel/(hoge) mate van waarschijnlijkheid naar een rechts- en zekerheidsoordeel te komen.

§ 6.5 De Nederweert-strafzaak; het denken in scenario's en indirecte bewijsconstructies

In de Nederweert-strafzaak is, net als in de Moord zonder lijk strafzaak en de A73-strafzaak, sprake van indirect bewijs dat meer dan bij direct bewijs aanleiding geeft tot (aannemelijke) alternatieve scenario's die niet altijd volledig kunnen worden uitgesloten door de strafrechter. Dit kan er toe leiden dat de ene instantie het indirecte bewijs tezamen wel voldoende acht (zoals de rechtbank³²⁰) om tot een bewezenverklaring te komen en de andere instantie niet. Het gerechtshof sprak de verdachte vrij, omdat tezamen niet voldoende nader wettig bewijs naast het deskundigenrapport met betrekking tot de aangetroffen kogel aanwezig was. Het overige bewijs³²¹ is te indirect en te weinig significant om in voldoende mate bij te dragen aan het deskundigenrapport om de voor een bewezenverklaring wettelijke vereiste zekerheid te bereiken dat de verdachte de dader was. Bovendien sluit het gerechtshof twee door de rechtbank gebruikte bewijsmiddelen (de CIE-info en het bewijsmiddel dat verdachte bij politie en justitie bekend staat als (potentiele) plegger van gewapende overvallen) uit als bewijs.³²²

³¹⁹ Tevens dat het proces van rechterlijke oordeelsvorming op een meer kritische en rationele wijze tot stand komt.

³²⁰ Rb. Roermond 27 februari 2007, *LJN AZ9602*.

³²¹ Het afzetten van de verdachte bij het ziekenhuis, de afstand tussen het delict en het ziekenhuis binnen 32 min. te overbruggen is met een auto, een door de politie afgeluisterde openlijn gesprek uit 2002 waaraan verdachte deelnam waarin werd gesproken over aandachtspunten die van belang zijn voor het plegen van een overval; een overval die opmerkelijke overeenkomst vertoont met de wijze waarop het slachtoffer en partner plaatsvond, gesprek op 17-2-06 gevoerd met de gsm van verdachte vanuit Nederweert en een opgevouwen kaart van Limburg aangetroffen in de woning van verdacht. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2008, *LJN BF2188*, blz. 4.

³²² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2008, *LJN BF2188*, blz. 4.

Het denken in alternatieve scenario's door gebruikmaking van de in dit hoofdstuk beschreven hulpmiddelen, het Bayesiaans redeneren en de Theorie van Verhaal en Verankering, kunnen wellicht meer inzicht geven in de mate van waarschijnlijkheid van het aanwezige indirecte bewijs en daarmee mogelijkwijs de indirecte bewijsconstructies versterken. In de Nederweert-strafzaak gaat het om enerzijds het schuldig scenario - de tenlastelegging - dat verdachte één van de overvallers is (zie aan het begin van dit hoofdstuk). Anderzijds het door de verdediging aangevoerde alternatieve onschuldige scenario dat de verdachte is neergeschoten in het centrum van Eindhoven.

Nederweert-strafzaak; alternatief scenario

De verdachte stelt niet te weten door wie hij is neergeschoten, dat hij geen vijanden heeft en kan zich niet voorstellen dat iemand reden had om op hem te schieten. De verdachte heeft verder verklaard niet meer te weten waar hij is geweest vanaf zaterdagavond 25 februari 2006 tot het moment dat hij in het ziekenhuis is gekomen. Niemand van zijn familie of kennissen kan daarover een aanwijzing geven. De verdachte zegt de man die hem bij het ziekenhuis heeft afgezet niet op de beelden van de bewakingscamera te herkennen.

Het is de AG die in de Nederweert-strafzaak gebruik maakt van het Bayesiaans redeneren. Op deze wijze beoogt hij ten overstaan van het gerechtshof de mate van waarschijnlijkheid van het schuldig scenario ten opzichte van het onschuldig scenario in het licht van het aanwezige bewijsmateriaal te verduidelijken. De AG benoemt (samengevat) de volgende *prior odds* in zijn cassatieschriftuur voor het schuldig en onschuldig scenario.³²³

Scenario: verdachte neergeschoten in Eindhoven

- Verdachte stelt geen vijanden te hebben;
- Verdachte stelt dat hij teruggetrokken leeft. Hij heeft geen problemen en zich niet kan voorstellen dat iemand hem wil neerschieten;
- Verdachte verklaart wisselend – dit komt zijn geloofwaardigheid niet ten goede;
- Een slachtoffer van een schietpartij wil dat de dader gepakt wordt. Verdachte werkt

Scenario: verdachte is één van de overvallers

- Een telefoongesprek in Nederweert, terwijl de verdachte verklaart nooit in Nederweert te zijn geweest. Van belang omdat het niet ongebruikelijk is dat overvallers de locatie tevoren wordt bezoeken;
- In de woning van de verdachte is een kaart van Limburg gevonden;
- De verdachte is een half uur na de overval met een kogelwond bij het ziekenhuis

³²³ HR 24 november 2009, L/JN BJ6968, blz. 2-4.

niet mee met sporenonderzoek en vertelt niet wat er is gebeurd;

- Schiethand afnemen is zinloos geworden door tussenkomst van de operatie. De familie heeft de kleding al weggehaald dus die kon niet worden onderzocht. Dit had wel erg veel prioriteit, binnen 10 min. na aankomst in het ziekenhuis, aldus de camerabeelden. De vrouw ontkent het. De kleding is door de familie vernietigd;
 - Van de schietpartij in Eindhoven zijn geen getuigen. Niemand heeft zich gemeld – dit is opmerkelijk nu het carnaval was en tot laat dan mensen op de been zijn in Brabant;
 - Bovendien is de verdachte zwaargewond en op enig moment bij iemand in de auto gestapt. Dat noch het schieten, noch het lawaai, noch het instappen in de auto door niemand is gezien is volstrekt ongeloofwaardig;
 - Bij de politie is ook geen melding van een schietpartij binnengekomen, ook niet anoniem en ook niet bij de omliggende korpsen (incl. België);
 - In het Huis van Bewaring zijn twee gesprekken afgeluisterd: er is met geen woord over de schietpartij in Eindhoven gesproken, maar wel over de afloop van deze zaak terwijl het één toch absoluut verband houdt met het ander;
- Dr. Kneubuehl (deskundige ingeschakeld door de verdediging) geeft aan dat het goed mogelijk is dat nu de ruimte waarin de schietpartij heeft plaatsgevonden tamelijk smal is, de kogel eerst door een ander hard

afgeleverd door een man met een bivakmuts. De overvallers droegen ook bivakmutsen. Man die de verdachte binnenbrengt lijkt geen contact te willen met het personeel. Springt direct weer de auto in en rijdt weg (er was dus ook nog een bestuurder);

- De persoon wilde kennelijk voorkomen dat hij werd herkend;
 - Verdachte komt lopend en bij bewustzijn het ziekenhuis binnen. Volgens een getuige schopt en bonst hij tegen de deur en roept om hulp. Hij is m.a.w. aanspreekbaar en kennelijk, gelet op de omstandigheden nog krachtig genoeg om kabaal te maken. Volgens de chirurg is hij niet in shock en goed aanspreekbaar. De vitale functies zijn nog intact en er was op dat moment geen sprake van functieverlies. Desondanks weet de man niet wie hem heeft neergeschoten en wie hem heeft afgezet;
- Volgens slachtoffer 2 (vrouw) droegen de overvallers donkere kleding. Volgens de AG is op de beelden duidelijk een verschil te zien tussen de lichtblauwe broeken van het verplegend personeel verplegend personeel en de broek van verdachte die duidelijk donkerder was;
- Uit getuigenverklaringen bij RC blijkt dat de verdachte in het ziekenhuis niet wilde dat de politie of familie gewaarschuwd werd. Dat is toch gek. Verdachte weet dat de eerste uren na een schietincident de belangrijkste zijn voor de politie als je toedracht en daders wil achterhalen.

object is gegaan. De aard van de verwoningen pas a priori dus veel beter bij een besloten ruimte dan bij een schietpartij in Eindhoven op een openbare weg (getuige: VD gezegd dat hij in de stad rondliep en dat plots iemand een wapen op hem had gericht en hem in de buik schoot).

Volgens een andere getuige wilde hij niet zeggen wie hij was. Dat past niet bij een man die door een onbekende is neergeschoten, zou je denken.

Beide scenario's zijn geverifieerd en gefalsificeerd door de politie. Uitgebreid is onderzoek gedaan of zich in andere omliggende ziekenhuizen een persoon heeft gemeld met een schotwond alsook of er een schietincident in de buurt van Eindhoven heeft plaatsgevonden. Allebei de falsificatiemomenten hebben een negatief resultaat opgeleverd en dat maakt het schuldig scenario (nog) meer aannemelijk.

De afweging gemaakt door de AG, met behulp van het Bayesiaans redeneren, maakt inzichtelijk dat het scenario dat de verdachte één van de overvallers waarschijnlijker is, dan dat de verdachte in het centrum van Eindhoven is neergeschoten. Echter, zo geeft ook het gerechtshof aan, is een dergelijke afweging van scenario's juridisch gezien niet voldoende voor de wettelijk vereiste drempel van zekerheid om tot een bewezenverklaring te komen.³²⁴ Een waarschijnlijkheidsoordeel geeft immers geen uitsluitel of de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan. Dat betekent dat de strafrechter altijd, ondanks de hulpmiddelen, een sprong, door middel van de rechterlijke overtuiging, dient te maken naar een rechtsoordeel.³²⁵

Echter als de rechterlijke overtuiging op basis van een verkeerde structuur van bewijs, van dat laatste is volgens Van Koppen sprake in de Nederweert-strafzaak,³²⁶ niet tot stand komt kan dit bij indirecte bewijsconstructie wellicht (onnodig) tot een vrijspraak leiden. Terwijl als het bewijs op de juiste wijze was gestructureerd, in samenhang met elkaar was gezien, dit mogelijkwijs wel tot een bewezenverklaring had geleid. De worsteling met het niet volledig uit kunnen sluiten van aannemelijke alternatieve scenario's, kan een mogelijke verklaring

³²⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 24 september 2008, *LJN* BF2188, blz. 4.

³²⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 24 september 2008, *LJN* BF2188, blz. 4.

³²⁶ Van Koppen 2011, blz. 272.

voor de verschillende rechtsoordelen in de Nederweert-strafzaak, de Moord zonder lijk strafzaak en de A73-strafzaak zijn.³²⁷

§ 6.6 Tussenconclusie

Zowel de Bayesiaanse methode als de Theorie van Verhaal en Verankering kunnen als mogelijk hulpmiddel, en daarmee als extra waarborg, voor de strafrechter dienen. Het denken in alternatieve scenario's, ongeacht welke methode, biedt de mogelijkheid voor de strafrechter het bewijsmateriaal aan een extra kritische toets te onderwerpen en het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en het bewijsobject meer inzichtelijk te krijgen om daarmee wellicht de motivering te kunnen versterken. Dit vergroot wellicht de mogelijkheid om beter gefundeerd tot een bewezenverklaring te komen bij indirecte bewijsconstructies en daarmee meer overeenkomt met de ware toedracht.

Dat wil nog niet zeggen dat door het afwegen van alternatieve scenario's absolute zekerheid kan worden verworven omtrent het schuldig scenario. Immers het schuldig scenario is, gegeven het gevonden bewijsmateriaal, al dan niet *waarschijnlijker* dan het alternatieve scenario. Het is de strafrechter die uiteindelijk moet beslissen; de knoop moet doorhakken.³²⁸ Het blijft dus onvermijdelijk dat de strafrechter een sprong moet maken. De twee hulpmiddelen, dan wel het denken in alternatieve scenario's in het algemeen, kunnen deze sprong mogelijk verkleinen, maar meer ook niet. Het is duidelijk geworden dat, ongeacht welke methodiek, het denken en werken met alternatieve scenario's een mogelijke positieve ontwikkeling binnen het straf(proces)recht in geval van indirecte bewijsconstructies kan zijn.

Maar het is niet alleen het OM en de verdediging die een actieve houding dienen aan te nemen voor wat betreft de alternatieve scenario's. Daartoe is ook een taak voor de strafrechter weggelegd, om zelfstandig na te gaan in hoeverre het bewijsmateriaal/strafdossier, binnen de grenzen van de tenlastelegging, mogelijke alternatieve scenario's open laat, zoals in de Moord zonder lijk strafzaak. Door actief op zoek te gaan naar alternatieve scenario's bevordert hij de kritische discussie en daarmee ook de waarheidsvinding. Zeker indirect bewijs geeft aanleiding tot alternatieve scenario's, vanwege de aanwezigheid van bewijsgaten die bij indirect bewijs aan de orde zijn. Door de alternatieve scenario's middels het aanwezige

³²⁷ Het niet volledig kunnen uitsluiten van plausibele alternatieve scenario's is veelal de reden om tot vrijspraak over te gaan. Cursus Alternatief scenario denken, april 2013 en Keijser & Van Koppen 2004, blz. 136.

³²⁸ Cleiren 2010, blz. 264.

bewijsmateriaal te falsificeren (uit te sluiten), wordt de mate van waarschijnlijkheid van het schuldig scenario mogelijk aannemelijker. Om die reden dienen alternatieve scenario's zoveel mogelijk te worden uitgesloten bij indirecte bewijsconstructies door middel van een uitgebreidere motivering van de redengevendheid dan momenteel is vereist. De waarborg van een uitgebreide motivering van de redengevendheid is echter beperkt. Een belangrijke bijdrage aan het uitgebreider kunnen motiveren ten aanzien van het uitsluiten van alternatieve scenario's is door het opnemen van ontlastend bewijsmateriaal ten aanzien van dat scenario in het strafdossier zijn. Het volledig uitsluiten van alternatieve scenario's is niet mogelijk en indien we dat verwachten en verlangen van de strafrechter, zal dit noodzakelijkerwijs met vele vrijspraken gepaard gaan.³²⁹

De sprong en de rechterlijke overtuiging blijven echter van groot belang en onvermijdelijk, maar van een sprong in het duister hoeft geen sprake (meer) te zijn, mede door het denken in alternatieve scenario's.

³²⁹ Corstens 2005, blz. 1733.



7

Conclusie

*'Doubt is the beginning of wisdom, but decisions must be taken'*³³⁰

In dit op een na inhoudelijke laatste hoofdstuk zal de onderzoeksvraag die in deze thesis centraal staat, worden beantwoord:

'Biedt de redenevendheid van het bewijsmateriaal waarborgen voor de te maken sprong door de Nederlandse strafrechter in het proces van waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting in geval van een indirecte bewijsconstructie? Zo ja, welke waarborgen?'

Het onderwerp van deze thesis is een praktische kwestie, beschreven vanuit een theoretisch kader. Evengoed ga ik een poging wagen om deze theoretische uiteenzetting, in dit hoofdstuk naar een meer praktische beschouwing te vertalen.

§ 7.1 De waarheid, de sprong en indirecte bewijsconstructies

Het achterhalen van de 'ware toedracht' is voor de strafrechter in het algemeen al een lastige opgave vanwege de feilbaarheid van het vinden van de waarheid. De absolute waarheid is immers niet haalbaar. Om die reden is het hoogst haalbare het streven naar de waarheid, resulterend in waarschijnlijkheidsoordelen. Echter bij indirecte bewijsconstructies is het vinden van de materiele waarheid nog complexer dan bij directe bewijsconstructies. De redenevendheid van het bewijsmateriaal - als rationeel element van de 'strafrechtelijke' sprong - is in de praktijk in geval van indirecte bewijsconstructies niet een vanzelfsprekendheid voor de strafrechter. De feiten zijn problematischer en hierdoor vloeit het logisch verband - de bewijskracht oftewel de redenevendheid - tussen het bewijsmateriaal en het bewijsobject niet rechtstreeks uit het aanwezige bewijsmateriaal voort, maar moet daaruit worden afgeleid. Voorts ontbreekt regelmatig het essentiële bewijs bij indirecte bewijsconstructies, bijvoorbeeld het stoffelijk overschot van het slachtoffer of bewijs dat de verdachte ten tijde van het strafbare feit op het plaats delict aanwezig was. Dat leidt er toe dat het bewijsmateriaal minder zekerheid geeft dan direct bewijs en daardoor meer risico's met zich brengt, zoals het niet eenvoudig en/of volledig kunnen uitsluiten van alternatieve scenario's.

³³⁰ Uitspraak afkomstig uit het Boeddhisme.

Op basis van het bovenstaande mag men concluderen dat de (hoe dan ook onvermijdelijke) sprong bij indirecte bewijsconstructies risicovoller is dan bij directe bewijsconstructies. Immers hoe groter de sprong van de bewijsmiddelen naar een bewezenverklaring hoe minder aannemelijk de bewezenverklaring zal zijn, aldus Brouns.³³¹

§ 7.2 De huidige stand van zaken omtrent de motivering van de redengevendheid

Het motiveringsvoorschrift voor de redengevendheid van het bewijsmateriaal is opgenomen in art. 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv. Dat strekt er toe dat de strafrechter indien hij tot een bewezenverklaring komt de redengevende feiten en omstandigheden dient op te nemen. De uitwerking die in de jurisprudentie aan dit motiveringsvoorschrift is gegeven heeft consequenties voor indirecte bewijsconstructies.

De door de rechtspraak gegeven invulling aan het bovenstaande motiveringsvoorschrift, heeft er immers toe geleid dat momenteel een zeer beperkte plicht geldt om de redengevendheid (uitgebreid) te motiveren, ongeacht of het een directe of indirecte bewijsconstructie betreft. Volstaan kan worden met het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen, vanwege de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal, of met een verkort vonnis. De logische gedachtegang van de strafrechter is dan meestal ook niet expliciet in de motivering omtrent de redengevendheid in de bewijsconstructie opgenomen en daardoor is ook een inhoudelijke controle door een hogere instantie (achteraf) slechts zeer beperkt mogelijk.

Een uitzondering op de (beperkte) motiveringsplicht in het kader van de redengevendheid van het bewijsmateriaal is door de Hoge Raad aangenomen ten aanzien van de zogenaamde bijzondere bewijsverweren. Dergelijke bewijsverweren brengen de verplichting voor de strafrechter met zich mee, indien aan de voorwaarden die aan dergelijke verwezen zijn gesteld is voldaan, om een toelichting op de vrije selectie en waardering te geven. Op deze manier kan de strafrechter er toe worden gedwongen uit te leggen waarom hij bepaald bewijsmateriaal redengevend acht of om welke redenen bepaalde alternatieve scenario's op basis van het aanwezige bewijsmateriaal kunnen worden uitgesloten.

In de strafzaken aangehaald in deze thesis is uitgebreid gemotiveerd door gebruikmaking van het Promis-concept met uitzondering van de uitspraak van de rechtbank Roermond in de

³³¹ Brouns 1987, blz. 489.

Nederweert-strafzaak.³³² In deze strafzaken gaat de strafrechter uitgebreider in, dan op het moment vereist is, op de bewijskracht van het bewijsmateriaal en sluit hij alternatieve scenario's op basis van het aanwezige bewijsmateriaal zoveel mogelijk uit. Dit is zeker een meerwaarde in verhouding tot de beperkte motiveringsplicht van de redengevendheid zoals die thans vereist is.

Voor wat betreft de bewijsverweren is eveneens door de strafrechter uitgebreid gemotiveerd, mogelijkkerwijs vanwege de door de procespartijen gevoerde bewijsverweren, die voornamelijk een alternatief scenario betroffen, en door de keuze van de strafrechters voor het Promis-concept. Een uitgebreide(re) motiveringsplicht naar aanleiding van de bewijsverweren is nu vooral afhankelijk van de procespartijen. Het is veelal aan de verdediging om een motivering uit te lokken in het kader van de redengevendheid door het voeren van een bewijsverweer en daarmee de strafrechter er toe aan te zetten zijn logische gedachtegang te expliciteren. Echter door de aan dergelijke bewijsverweren gestelde (hoge) jurisprudentiële eisen wordt de mogelijkheid om een uitgebreide motivering uit te lokken in het kader van de redengevendheid weer enigszins beperkt.

Opvallend is dus de bereidheid van de strafrechter in de in deze thesis aangehaalde strafzaken om in geval van indirecte bewijsconstructies de logische gedachtegang uitgebreider, dan thans vereist is (en veelal de praktijk is),³³³ te expliciteren in zijn bewijsbeslissing. Klaarblijkelijk hebben de strafrechters, in de strafzaken in deze thesis, ingezien dat een inhoudelijke uitgebreide motivering bij indirecte bewijsconstructies van wezenlijk belang is en ook realiseerbaar is.

§ 7.3 Conclusie; de waarborg(en)

Het antwoord op de centrale onderzoeksvraag is mijns inziens ja en nee. Wellicht een typerend antwoord voor een jurist, maar naar mijn mening is dat hier op zijn plaats. Immers de waarheid is nooit zwart-wit.

Ja de redengevendheid biedt waarborgen, omdat - in theorie - artikel 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv de strafrechter verplicht om zijn uitspraak, in geval van een bewezenverklaring, de redengevende feiten en omstandigheden op te nemen – het rationele element. Tevens omdat

³³² Alhoewel ook de rechtbank Roermond in de uitspraak uitgebreider motiveert dan in beginsel vereist is.

³³³ Dreissen 2007, blz. 216.

de strafrechter, naast het rationele element, bij het bepalen van de redengevendheid van het bewijsmateriaal gebruik maakt van zijn praktische wijsheid – het irrationele element. Hierdoor is het uiteindelijke rechtsoordeel niet alleen rationeel verantwoord, maar tevens maatschappelijk en moreel verantwoord.

Nee, omdat de jurisprudentiële invulling die door de rechtspraak aan genoemd motiveringsvoorschrift is gegeven er toe heeft geleid dat kan worden volstaan met het eenvoudigweg opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen in de motivering, ook in geval van indirecte bewijsconstructies. Deze beperkte plicht tot motiveren in geval van de redengevendheid (bij indirecte bewijsconstructies), geeft geen, althans onvoldoende, inzicht in de logische gedachtegang van de strafrechter waardoor het niet of slechts moeizaam mogelijk is om deze (achteraf) inhoudelijk te toetsen. Een uitgebreidere motiveringsplicht is met name bij indirecte bewijsconstructies van belang, omdat zonder een dergelijke motivering de link tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring niet of veel minder makkelijk uit de bewijsmiddelen is af te leiden.

Dit heeft doorgaans tot gevolg dat bij indirecte bewijsconstructies onduidelijk blijft of de door de strafrechter gevolgde (logische) gedachtegang correct en toereikend is. Het gevaar bestaat dat bij indirecte bewijsconstructies in plaats van de redengevendheid (in samenhang met de rechtmatigheid en betrouwbaarheid) de rechterlijke overtuiging – als irrationeel element – de overhand neemt, zie bijvoorbeeld de Moord zonder lijk strafzaak. Zolang (in geval van indirecte bewijsconstructies) kan worden volstaan met het opnemen van de inhoud van de bewijsmiddelen en dus geen uitgebreidere motivering is vereist, kan niet worden uitgesloten dat de redengevendheid op basis van verkeerde veronderstellingen tot stand is gekomen en de rechterlijke overtuiging als mogelijke compensatie voor een matige of gebrekkige bewijsconstructie wordt gebruikt bij indirecte bewijsconstructie. Het waarborgkarakter van de redengevendheid is hier dus minimaal doordat de motivering er van beperkt is.

Concluderend, op basis van de invulling gegeven aan art. 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv in de rechtspraak, is het waarborgkarakter van de motivering van de redengevendheid in het geval van indirecte bewijsconstructies, mijns inziens, beperkt bij de te maken sprong door de strafrechter. Doordat de logische gedachtegang bij een (te) beperkte motivering, waarmee thans mag worden volstaan, onvoldoende tot uitdrukking komt.



8 Aanbevelingen

‘Wat niet is kan nog komen’

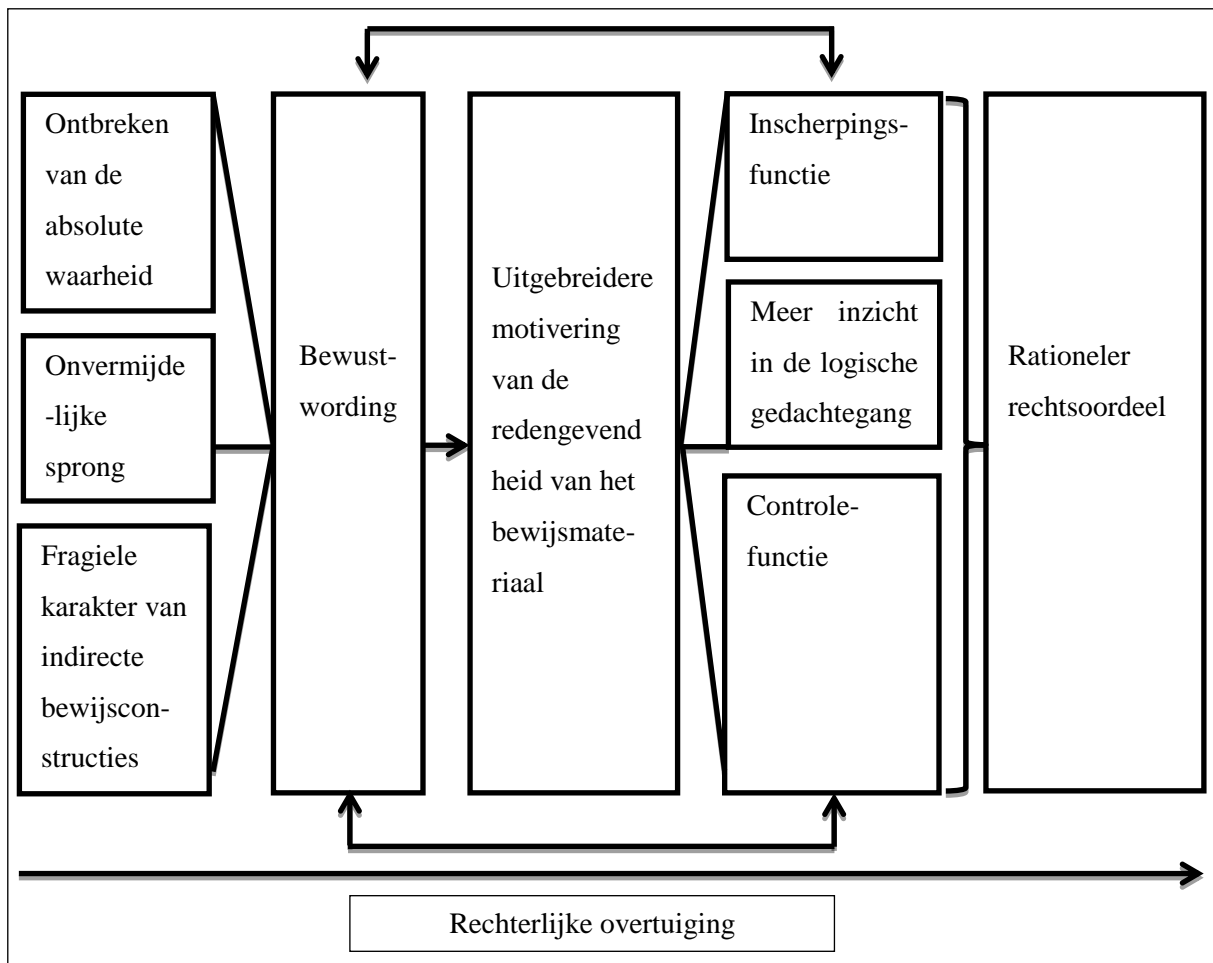
Uit de conclusies in het voorgaande hoofdstuk blijkt dat de motivering van de redengevendheid als waarborg voor bij de te maken sprong door de strafrechter slechts van beperkte waarde is. De strafrechter kan bij het maken van de onvermijdelijke sprong de risico's bij indirecte bewijsconstructies mijns inziens wel drastisch verminderen, en de sprong zo klein mogelijk houden. Mijn eerste aanbeveling in dit verband is dat de strafrechter een uitgebreidere motivering van de redengevendheid ten grondslag legt in de bewijsconstructie dan momenteel vereist is. Een tweede aanbeveling wordt gevormd door het denken in alternatieve scenario's.

§ 8.1 Aanbeveling I; een uitgebreidere motivering van de redengevendheid

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid, in de bewijsconstructie, zal de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal beperken, maar wel meer inzicht in de logische gedachtegang van de strafrechter ten opzichte van het indirecte bewijsmateriaal geven, de inscherpingsfunctie verhogen en een meer inhoudelijke controle mogelijk maken. Dit alles kan bijdragen aan een rationeler rechtsoordeel en daarmee kunnen deze elementen tevens, weliswaar indirect, als waarborgen van de redengevendheid (en daarmee ook ten aanzien van de rechterlijke overtuiging) dienen voor de te maken sprong.³³⁴

Al deze elementen (waarborgen) tezamen hebben overigens een wederzijds versterkend effect op elkaar en kunnen in de praktijk niet los van elkaar worden gezien. Schematisch komt dat op het volgende neer:

³³⁴ Ook de elementen van rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en de in het algemeen geldende Nederlandse en Europese straf(proces)rechterlijke regels kunnen een bijdrage leveren aan een rationeler rechtsoordeel.



In bovenstaand schema wordt duidelijk dat de bewustwording, omtrent het ontbreken van de absolute waarheid, het feit dat de sprong een onvermijdelijke sprong is en het fragiele karakter van indirecte bewijsconstructies, bij de strafrechter een essentieel onderdeel van het totale systeem is om te komen tot een rationeler (en hopelijk beter) rechtsoordeel. Maar de enige manier om die bewustwording te concretiseren is middels een uitgebreidere motivering van de redenevendheid (bij indirecte bewijsconstructies) dan thans het geval is, en deze leidt op haar beurt weer tot een hoger bewustzijn *et cetera*. Uiteindelijk zal dit weer een positieve bijdrage leveren aan het verkleinen van de sprong bij indirecte bewijsconstructies en daarmee dus een belangrijke rol als waarborg kunnen spelen. In de eerstvolgende paragraaf wordt dieper ingegaan op de in het schema benoemde elementen.

§ 8.1.1 De voordelen van een uitgebreidere motivering van de redenevendheid

Indien de strafrechter de redenevendheid - het logisch verband - niet uitgebreider motiveert, dan momenteel vereist is, bij indirecte bewijsconstructies volgt de redenevendheid niet rechtstreeks zonder een nadere toelichting uit het bewijsmateriaal, althans zeer moeilijk. Dit

omdat de feiten niet evident zijn en daarmee voor meerdere interpretaties vatbaar is. Deze mogelijke uitgebreidere motivering van de redengevendheid in de bewijsconstructie heeft betrekking op het toelichten van het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring. Daar waar dus een gat blijft bestaan tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring dient de strafrechter uit te leggen op welke wijze hij dit gat heeft gedicht. Om zodoende het logisch verband tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring bij indirecte bewijsconstructies inzichtelijker te maken en alternatieve scenario's zoveel mogelijk uit te sluiten.³³⁵ Dat kan de strafrechter doen door bijvoorbeeld tekst en uitleg te geven om welke reden(en) hij dergelijke feiten en omstandigheden in het licht van de bewezenverklaring relevant acht. Anders gezegd welke bewijskracht de strafrechter toekent aan de feiten en omstandigheden. Tevens door gebruikmaking van generalisaties³³⁶ (oftewel algemene ervaringsregels) kan hij het logisch verband verduidelijken. Op deze wijze wordt (meer) inzicht verkregen in de mate van waarschijnlijkheid dat een bepaald feit of gegeven voorkomt ten aanzien van het bewijsobject en daarmee al dan niet waarschijnlijker is.³³⁷

Een uitgebreide motiveringsplicht³³⁸ omtrent de redengevendheid bij indirecte bewijsconstructies bevordert allereerst de inscherpingsfunctie van de motivering. Een uitgebreidere motivering draagt bij aan een zekere rationalisering en objectivering van het rechtsoordeel.³³⁹ Het levert zagezegd een extra bewustwordingsmoment voor de strafrechter op. Hij moet zich er nogmaals van vergewissen of de (afgeleide) redenering die hij aan zijn beslissing ten grondslag legt logisch en correct is.³⁴⁰

Een uitgebreidere plicht tot motiveren maakt ook een betere inhoudelijke controle (achteraf) mogelijk. Máár een uitgebreidere motivering heeft een beperkte waarde zolang de inhoudelijke controle door een hogere instantie beperkt is, zoals nu doorgaans het geval is in

³³⁵ Dit wordt door de Noord-Iers rechter gedaan in de Murray strafzaak, zie paragraaf 3.3.

³³⁶ In paragraaf 6.3.1 worden enkele generalisaties genoemd i.h.k.v. de Nederweert-strafzaak.

³³⁷ Dreissen 2004, blz. 184 en zie hierover meer in paragraaf 4.6.2.

³³⁸ Uiteraard zijn er ook nadelen aan een uitgebreidere motiveringsplicht verbonden. Ten eerste, zoals reeds vermeld, leidt het tot een beperking van de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Bovendien leidt een uitgebreidere en een meer inhoudelijke dan wel verscherpte toetsing door een hogere instantie tot meer werklast voor de rechterlijke macht. Tegenover de toenemende werklast kan worden aangevoerd dat een uitgebreidere motivering mogelijk tot een betere kwaliteit van de rechtspraak leidt. Dat op haar beurt er eventueel weer toe leidt dat er minder onterechte veroordelingen/vrijspraken volgen, die met name bij onterechte veroordelingen vanuit financieel oogpunt kostbaar kunnen zijn. Een dergelijke kostenbesparing kan dan worden geïnvesteerd in uitgebreidere motiveringen. Dat bovendien mogelijk ook nog een bijdrage kan leveren aan het verhogen van het rechtsgevoel.

³³⁹ Nijboer 1982, blz. 38.

³⁴⁰ Dreissen 2007, blz. 396.

de praktijk. Indien anders dan momenteel het geval is achteraf wel een *inhoudelijke* controle door een hogere instantie wordt uitgevoerd, leidt dit wellicht tot een extra bewustwordingsmoment voor de strafrechter. Hierdoor is hij wellicht eerder geneigd het logisch verband uitgebreider te motiveren.

Voor de wetgever is een beperkte taak weggelegd rondom de uitbreiding van de motivering van de redengevendheid, nu de motiveringsverplichting rondom de redengevendheid reeds in art. 359 lid 3 1^{ste} volzin WvSv is opgenomen. De uitleg en uitwerking daaraan gegeven in de praktijk heeft er toe geleid dat de motiveringsverplichting (zeer) beperkt is. De mogelijkheid voor de Hoge Raad om een verscherpte motiveringsplicht aan te nemen is ook beperkt, doordat een groot belang wordt gehecht aan de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal van de feitenrechter. De Hoge Raad kan wel meer inhoudelijk de redengevendheid toetsen. Daartoe zal dan wel van de feitenrechter moeten worden verlangd, dat wanneer tussen het bewijsmateriaal en de bewezenverklaring een gat blijft bestaan, hij uitlegt hoe hij dat gat gedicht heeft.³⁴¹ Dat dit mogelijk is blijkt onder meer uit het arrest Murray³⁴² waarin de Noord-Ierse rechter het gat dicht door tekst en uitleg te geven en ook uit de in deze thesis aangehaalde strafzaken waarin de redengevendheid van het bewijsmateriaal uitgebreid gemotiveerd is. Een andere mogelijkheid is dat de Raad voor de Rechtspraak hier, bijvoorbeeld middels het reeds bestaande Promis-concept, een rol kan vervullen.

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid heeft tevens een positief effect op de rechterlijke overtuiging. De motivering van het te beredeneren gedeelte van de rechterlijke overtuiging valt in de praktijk samen met de motivering van de redengevendheid. Hierdoor is het van belang dat de redengevendheid, uitgebreider dan nu het geval, gemotiveerd wordt. Alleen door de redengevendheid uitgebreider te motiveren kan het niet te beredeneren gedeelte van de rechterlijke overtuiging, de praktische wijsheid, voor een groot gedeelte worden ondervangen. Op deze wijze wordt het rechtsoordeel waarschijnlijk rationeler, in de zin dat kan worden nagegaan of het rechtsoordeel niet alleen op basis van de rechterlijke overtuiging tot stand gekomen is. Een uitgebreidere plicht tot motiveren van de redengevendheid kan er toe bijdragen dat de sprong minder risicovol wordt en dat de

³⁴¹ Dreissen 2004, blz. 184.

³⁴² Zie hierover meer in paragraaf 3.3.

strafrechter mogelijke irrationele, in de zin van puur persoonlijke elementen, in zijn gedachtegang onderkent en zoveel mogelijk (bewust) uitsluit.³⁴³

De praktische wijsheid, als niet te beredeneren onderdeel van de rechterlijke overtuiging, kan er echter aan bijdragen dat het rechtsoordeel niet enkel en alleen op basis van rationele elementen tot stand komt, maar tevens een moreel dan wel maatschappelijk element kan toevoegen. Dit geeft de strafrechter de mogelijkheid om invulling te geven aan het concrete geval, rekening te houden met de specifieke feiten en omstandigheden. In de praktijk kan dit slechts gedeeltelijk in een motivering tot uitdrukking worden gebracht, maar waar het mogelijk is dient dat dan ook te geschieden. Het streven is immers dat de redengevendheid (en uiteraard ook de rechtmatigheid en betrouwbaarheid) tezamen met de rechterlijke overtuiging leidt tot een kwalitatief hoogwaardig rechtsoordeel³⁴⁴ dat zowel juridisch als maatschappelijk aanvaardbaar en verdedigbaar is.

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid laat echter onverlet dat de uiteindelijke sprong, juridisch gezien in de praktijk volledig irrationeel is (wel gebonden aan het rationele element en het irrationele element) en niet door een motivering te ondervangen is (niet 100% rationeel verklaard kan worden).³⁴⁵

§ 8.2 Aanbeveling II; het scenario denken

Behalve een uitgebreidere motivering als extra waarborg vanuit de redengevendheid voor de te maken sprong zou de strafrechter nog meer en bewuster gebruik kunnen maken van het hulpmiddel ‘scenario denken’ (ongeacht of daarbij de methode van het Bayesiaans redeneren of de Theorie van Verhaal en Verankering wordt gebruikt, omdat mijns inziens het algemene concept van het denken in alternatieve scenario’s van belang is).

Een uitgebreidere motivering van de redengevendheid biedt meer dan momenteel het geval is de mogelijkheid voor de strafrechter om aannemelijke alternatieve scenario’s aan de hand van het aanwezige bewijsmateriaal en op basis van algemene generalisaties uit te sluiten, zodat het logisch verband – de redengevendheid - meer inzichtelijk wordt. Om zodoende een (nog) meer gefundeerde uitgebreidere motivering te bewerkstelligen in het kader van de

³⁴³ Dreissen 2007, blz. 396. Mede door de inscherpings- en controlefunctie van de motivering.

³⁴⁴ Cleiren 2010, blz. 263.

³⁴⁵ Soeharno 2005, blz. 238.

redengevendheid en het rechtsoordeel nog rationeler tot stand te laten komen. Immers indien een alternatief scenario kan worden gefalsificeerd en geverifieerd, heeft dit een positieve uitwerking op het ten laste gelegde scenario. Om deze redenen (en nog vele andere waarschijnlijk) is het noodzakelijk dat relevante (ontlastende en belastende) bewijsmiddelen en redelijke alternatieve scenario's niet in het strafdossier mogen ontbreken.³⁴⁶ Bovendien bevordert het de waarheidsvinding en de kritische gedachtegang van de strafrechter rondom het bewijsobject.

Het denken in alternatieve scenario's kan zodoende mogelijk tot een versteviging van de redengevendheid, door gebruikmaking van het uitsluiten van alternatieve scenario's in een uitgebreidere motivering, leiden en heeft tevens een positieve invloed op de totstandkoming van de rechterlijke overtuiging. Immers de rechterlijke overtuiging komt mede tot stand op basis van de redengevendheid.

Overigens dient de strafrechter dergelijke alternatieve scenario's niet alleen uitgebreid in een motivering aan bod te laten komen als daartoe door een van de procespartijen door het voeren van een bewijsverweer aanleiding toe is gegeven. De strafrechter dient, naar mijn mening, ook op eigen initiatief, indien het strafdossier daartoe aanleiding geeft en binnen de grenzen van de grondslag van de tenlastelegging, aannemelijke alternatieve scenario's (reeds bij het onderzoek ter terechtzitting) in ogenschouw te nemen.

Met betrekking tot de bovenstaande aanbevelingen is het duidelijk dat voor een uitgebreidere motivering omtrent de redengevendheid, dan thans vereist is, een mogelijk taak voor de wetgever, de Raad voor de Rechtspraak en/of de Hoge Raad is weggelegd. Welke invulling en hoe dwingend een dergelijke motivering(spllicht) dient te zijn is afhankelijk van de genoemde instanties en van de praktijk. Een volledig dichtgetimmerde motiveringsplicht is immers eveneens niet wenselijk, omdat de strafrechter ook recht moet kunnen doen aan de omstandigheden van het concrete geval. Hier moet een balans in worden gevonden. Voor wat betreft het denken in alternatieve scenario's is met name een taak weggelegd voor de strafrechter om, eventueel met behulp van de genoemde methodieken, een extra bewustwordingsmoment in te bouwen ter bevordering van de waarheidsvinding bij indirecte bewijsconstructies.

³⁴⁶ Van Koppen 2011, blz. 283.



9

Referenties

Artikelen

- **Aben 2010**

D.J.C. Aben, 'De facto', *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 2010-5/6, blz. 223-232.

- **Berger & Aben 2010a**

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: Rationeel redeneren sinds Aristoteles', *Tijdschrift Expertise en Recht*, 2010-2, blz. 52-56.

- **Berger & Aben 2010b**

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: Redeneren in de rechtszaal', *Tijdschrift Expertise en Recht*, 2010-3, blz. 86-90.

- **Berger & Aben 2010c**

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: Een helder zicht op valkuilen', *Tijdschrift Expertise en Recht*, 2010-5/6, blz. 159-165.

- **Boksem 2010**

J. Boksem, 'Over waarheidsvinding, bewijsverkrijging, rechtsbescherming en evenwicht, Enkele gedachten over een nieuwe invulling van de eerste fase van het strafproces', *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 2010- 5/6, blz. 233-244.

- **Brouns 1987**

P.J.H.M. Brouns, 'Eisen te stellen aan een bewijsredenering', *Delikt & Delinkwent*, 17-5 1987, blz. 487-501.

- **Buruma 2010**

Y. Buruma, 'Ongemakkelijke lessen van Lucia', *Delikt en Delinkwent*, 42-6 2010, blz. 689-706.

- **Cleiren 2010**

C.P.M. Cleiren, 'De rechterlijke overtuiging, Een sprong met hindernissen', *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 2010-5/6, blz. 259-267.

- **Corstens 2005**
G.J.M. Corstens, ‘Rechterlijke dwalingen’, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1733.
- **Dreissen & Spronken 2012**
W. Dreissen & T. Spronken, ‘Een burger straffen voor wat hij heeft gedaan’, *Nederlands Juristenblad* 2012, Volume 87, no. 22, blz. 1521-1523.
- **Enschedé 1966**
Ch. J. Enschedé, ‘Bewijzen in het strafrecht’, *RMThemis* 1966, blz. 488-518.
- **Garé 1997**
D. Garé, ‘Rechtsbescherming en waarheidsvinding vorm en inhoud hangen samen’, *Delikt en Delinkwent* 1997, blz. 335-343.
- **Hartendorp & Wagenaar 2004**
R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, ‘De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie’, *Nederlandse tijdschrift voor Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2004/1, blz. 60-89.
- **Hol 1994**
A.M. Hol, ‘Beredeneerd toeval. Over grenzen van de juridische argumentatie’, in: Feteris e.a. (red.), *Met redenen omkleed*, *Ars Aequi* 1994, blz. 177-186.
- **Hol 1997**
A.M. Hol, ‘Praktische wijsheid en het rechterlijk oordeel’, *Trema* 1997, blz. 97-100.
- **Kooijmans 2010**
T. Kooijmans, ‘Bewijzen door de strafrechter’, *Ars Aequi* 2010, blz. 456-465.
- **Kwakman 2010**
N.J.M. Kwakman, ‘De strafrechter en de deskundige. Over de waarheidscondities en waarheidsdefinities in het straf(proces)recht’, *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 2010-5/6, blz. 184-193.
- **Meulemeesters 2010**
M.H.H. Meulemeesters, ‘Een andere visie op bewijs: Evidence Science & Wigmore’s chart’, *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 2010-5/6, blz. 215-222.

- **Rozemond 2010**

K. Rozemond, 'Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 2010 afl. 1, blz. 35-51.

- **Schum 2009**

D.A. Schum, 'Studies of the science of evidence in legal education', *Ars Aequi* 2009, blz. 68-71.

- **Soeharno 2005**

J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 2005, afl. 3, blz. 235-261.

Cursus

- **Kerckebosch 2013**

Studiecentrum Kerckebosch, *Cursus Scenario-denken en bewijswaarde in de opsporing en vervolging*, Amsterdam: april 2013.

Elektronische bronnen

- **Schoep 2011**

G.K. Schoep, 'Motivering in schriftelijk vonnis bij: Wetboek van Strafvordering, art. 359', in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar, Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011 (<navigator.kluwer.nl>; bronnen alleen toegankelijk voor abonnees).

- **Dreissen 2008**

W.H.B. Dreissen, 'Promis. Over de nieuwe wijze van bewijsmotivering en de rol van de Hoge Raad', *Delikt & Delinkwent*, 2008, 26 (<navigator.kluwer.nl>; bronnen alleen toegankelijk voor abonnees).

- **Klijn e.a. (red.) 2009**

A. Klijn e.a. (red.), 'Kansrekening en strafrechtspraak: fouten bij beslissen onder onzekerheid', *Rechtstreeks 2009 nr.4*, Den Haag: SDU Uitgevers (<www.rechtspraak.nl>; publiekelijk toegankelijk).

▪ **Van Woensel 1994**

A.M. van Woensel, aant. 7 De jury en de accusatoire procesvoering bij: Wetboek van Strafvordering, artikel 338, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Tekst en commentaar Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011 (<navigator.kluwer.nl>; bronnen alleen toegankelijk voor abonnees).

▪ **Wagenaar 2008**

W.A. Wagenaar, 'Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken, Bewijsbeslissingen, straffen en hun argumentatie', de Rechtspraak, Raad voor de rechtspraak, *Research Memoranda*, nr. 2 jaargang 4, 2008 (<www.rechtspraak.nl>; publiekelijk toegankelijk)

Jurisprudentie

Rechtbank

- Rechtbank Roermond 27 februari 2007, *LJN AZ9602* (Nederweert strafzaak).
- Rechtbank Arnhem 2 juli 2010, *LJN BN0054* (A73-strafzaak).
- Rechtbank Arnhem 9 februari 2011, *LJN BP3749* (Moord zonder lijk strafzaak).
- Rechtbank Arnhem 27 januari 2011, *LJN BP1888* (Weduwe Bruil strafzaak).

Gerechtshof

- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2008, *LJN BF2188* (Nederweert-strafzaak).
- Gerechtshof Arnhem 18 april 2012, *LJN BW3209* (Weduwe Bruil strafzaak).
- Gerechtshof Arnhem, 4 mei 2012, *LJN BW4764* (Moord zonder lijk strafzaak).
- Gerechtshof Arnhem, 18 september 2012, *LJN BX7827* (A73-strafzaak)

Hoge Raad

- HR 3 april 1973, *NJ 1973*, 283.
- HR 21 oktober 1975, *NJ 1976*, 178
- HR 16 februari 1982, *NJ 1982*, 411.
- HR 6 maart 2001, *NJ 2001*, 295.

- HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393, m.nt. Buruma.
- HR 15 mei 2007, *NJ* 2007, 387 en 388 m.nt. Buruma.
- HR 24 november 2009, *LJN* BJ6968 (Nederweert-strafzaak).
- HR 12 januari 2010, *LJN* BK4421.
- HR 2 februari 2010, *LJN* BJ7266 (Antilliaanse strafzaak).
- HR 16 maart 2010, *LJN* BK3359.
- HR 23 maart 2010, *LJN* BK6929.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 8 februari 1996, zaak 41/1994/488/570, *NJ* 1996, 725 m.nt. Knigge (Murray-arrest).

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1913-1914, 286, nr. 3, (MvT).
- *Kamerstukken II* 2003,2004, 29255, nr. 3, (MvT).

Literatuur

- **Algra e.a. 2004**

N.E. Algra e.a., *Verwijzend & verklarend, Juridisch woordenboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2004.

- **Brants e.a. 2003**

C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar de grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

- **Broeders 2003**

A.P.A. Broeders 2003, *Op zoek naar de bron, over d grondslagen van de criminalistiek en de waardering van forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003.

▪ **Brouns 2001**

P.J.H.M. Brouns, De bewijsmotivering in strafzaken, in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2001, blz. 179—207.

▪ **Bunt & Mevis 2004**

H.G. Bunt & P.A.M. Mevis, Het rechterlijk oordeel in strafzaken ter discussie, in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter, De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: BJU 2004, blz. 5-19.

▪ **Buruma 1996**

Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, Deventer: Gouda Quint 1996.

▪ **Cleiren 2001**

C.P.M. Cleiren, Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs, in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding, preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, blz. 9-31.

▪ **Corstens 2008**

G.J.M. Corstens, *het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

▪ **Crijns & Van der Meij 2005**

J.H. Crijns & P.P.J. van der Meij, Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2005, blz. 45-69.

▪ **Crijns 2008**

J.H. Crijns, Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding, in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid, Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Vol. 145, Meijers serie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, blz. 15-55.

▪ **De Bosch Kemper 1838-1840**

J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebracht met de algemeene regtsgeleerdheid met een bijvoegsel bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regters-*

commissarissen, officieren van justitie, griffiers, hulpofficieren, enz., Derde Deel, Amsterdam: Johannes Müller 1838.

▪ **De Wild 1980**

A.H. de Wild, *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, Deventer: Kluwer 1980.

▪ **Derksen 2010**

T. Derksen, *De ware toedracht, Praktische wetenschapsfilosofie voor waarheidszoekers*, Diemen: Uitgeverij Veen Magazines B.V. 2010.

▪ **Dreissen 2004**

W.H.B. Dreissen, Redengevende feiten en omstandigheden, in: Harteveld, De Jong & Stamhuis (red.), *Krities liberamicorum et amicorum' voor professor mr. E. Prakken*, Deventer: Kluwer 2004, blz. 171-186.

▪ **Israëls 2006**

H. Israëls, *Moord in Wamel – bewijs met liegende getuigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

▪ **Kaptein 1996**

H. Kaptein, Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica, in: Lissenberg e.a. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, blz. 75-90.

▪ **Keijser & Van Koppen 2004**

J.W. de Keijser & P.J. van Koppen, Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf, in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter, De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: BJU 2004, blz. 133-198.

▪ **Kwak 2010**

A.J. Kwak, Van dode abstracties en de sprong die altijd durf is, Scholten en het existentialisme, in: Ellian e.a. (red.), *Recht, beslissing en geweten: beschouwing naar aanleiding van Paul Scholten*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 63-89.

- **Maris 1996**

C.W. Maris, Inleiding: de Derde Man, Over de actualiteit van Paul Scholten, in: Lissenberg e.a. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, blz. 1-25.

- **Nijboer 1982**

J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Goude Quint 1982

- **Nijboer 2011**

J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2011.

- **Pelser 1995**

C.M. Pelser, *De naam van het feit: over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

- **Pompe z.j.**

W.P.J. Pompe, Het bewijs in strafzaken, in: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: z.j., blz. 33-54.

- **Reijntjes 1980**

J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*, Arnhem: Goude Quint 1980.

- **Scholten 1932**

P. Scholten, *Recht en gerechtigheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1932.

- **Scholten 1949**

P. Scholten, *Rechtsbeginselen, Verzamelde geschriften deel I*, Zwolle: 1949.

- **Scholten 1974**

P. Scholten, *Mr. C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

- **Twinning 1999**

W. Twinning, Necessary but dangerous?; generalizations and narrative in argumentation about 'facts' in criminal process, in: M. Malsch & J.F. Nijboer, *Complex cases – perspectives on the Netherlands Criminal Justice System*, Amsterdam: Thela Thesis 1999, blz. 69-98.

- **Van Koppen e.a. 2010**

Van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn Rechter, Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2010.

- **Van Koppen 2011**

P. van Koppen, *Overtuigend bewijs, Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2011.

- **Van Manen 2010**

N. van Manen, Springende rechters, in: Ellian, Slootweg & Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten: beschouwing naar aanleiding van Paul Scholten*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 265-284.

Losbladige uitgave

- **Groenhuijsen 2012**

M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: M.A. Loth, G. de Groot, A. Gerbrandy & M.S. Groenhuijsen, *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 231-304 (losbl.).

- **Loth 2012**

M.A. Loth, 'Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage', in: M.A. Loth, G. de Groot, A. Gerbrandy & M.S. Groenhuijsen, *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 1-44 (losbl.).

Oraties & Dissertaties

- **Dreissen 2007**

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

- **Rozemond 1998**

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998.

Internetbronnen

- <<http://njblog.nl/2012/05/26/waarheidsvinding/>>, datum: 4 juli 2012.
- <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoekterm: promis, 6 december 2012 (Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen).
- <www.juridischwoordenboek.nl>, zoekterm: delictsomschrijving, datum: 20 december 2012.
- <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoekterm: A73, datum: 6 januari 2013 (Gerechtshof Arnhem spreekt verdachten vrij van liquidatie op A73).
- <www.nu.nl>, zoekterm: verdachte moord op fotograaf blijft zwijgen, datum: 11 januari 2013.
- <<http://www.omroepgelderland.nl>>, zoekterm: bruil, datum: 13 januari 2013 (Eis verdachte Bruil-moord 25 jaar).
- <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoekterm: erik s, datum: 13 januari 2013 (Hof Arnhem legt 21 jaar gevangenisstraf op in zaak Erik S.).
- <www.rechtspraak.nl>, zoekterm: moord zonder lijk, datum: 4 april 2013 en 27 mei 2013 (18 jaar gevangenisstraf in hoger beroep voor ‘moord zonder lijk’).
- <www.waarheidsvinding.com>, zoekterm: moord zonder lijk Arnhem, datum: 6 april 2013.
- <www.encyclo.nl>, zoekterm: intersubjectief, datum: 11 april 2013.
- <www.google.nl>, zoekterm: vrouwe justitia, datum: 22 april 2013 (afbeelding voorblad).
- <<http://www.encyclo.nl>>, zoekterm: *Fingerspitzengefühl*, datum: 1 mei 2013.