

Bewijs waarderen

Hoe doen strafrechters dat?

Lonneke Stevens¹

Over de wijze waarop strafrechters in de dagelijkse praktijk bewijs waarderen, en daarbij gebruik maken van bewijstheoretische inzichten, is nog veel onduidelijk. Deze bijdrage geeft op basis van rechtspraakonderzoek een beeld hoe rechters oordelen over de betrouwbaarheid en bewijswaarde van bewijsmiddelen, en hoe zij de kwaliteit van de bewijsconstructie waarderen met behulp van het denken in alternatieve scenario's. Het onderzoek geeft geen aanleiding te denken dat er grote fouten worden gemaakt of verkeerde beslissingen worden genomen. Wel blijkt dat rechters niet altijd even goed gebruik weten te maken van bepaalde relevante bewijsrechtelijke toetsstenen. Teneinde bewijstheorie hanteerbaar te maken voor de praktijk is voorts een belangrijke vraag in welke gevallen de rechter nu zou moeten denken in scenario's.

1. Wat we wel weten en wat we niet weten

Over de waardering van het bewijs door de strafrechter is al veel gezegd en geschreven. Vooral vanuit de niet-juridische hoek klinkt de kritiek dat de rechter maar wat zit te slapen,² en dat willekeur de bewijsbeslissing in Nederland zou bepalen.³ De onderbouwing daarvoor wordt gevonden in de gerechtelijke dwalingen die Nederland kende, maar ook in zaken waarin de critici bijvoorbeeld hebben opgetreden als deskundige en waarin zij een dwaling menen te herkennen.⁴ Hoewel de reactie vanuit de strafrechtspraktijk en de strafrechtswetenschap op alle kritiek vaak ook inhoudt dat er wel degelijk heel zorgvuldig naar het bewijs wordt gekeken, en dat de geringe hoeveelheid rechterlijke dwalingen de scherpe (systeem)kritiek niet rechtvaardigt,⁵ wordt ook erkend dat het Nederlands bewijsstelsel enkele kenmerken heeft die mogelijke risico's voor een betrouwbare waarheidsvinding opleveren. Een terugkerend punt daarbij is dat de rechter weinig houvast wordt geboden in zijn selectie en waardering van de bewijsmiddelen.⁶ De feitenrechter is daarin vrij,⁷ de wet en de rechtspraak van de Hoge Raad geven verder weinig richtsnoeren voor het invullen van die vrijheid, en theorievorming over de bewijsbeslissing is in het Nederlandse strafproces nooit echt tot ontwikkeling gekomen.⁸ Waarom de rechter waarde zou mogen hechten aan een verklaring, waarom hij een verklaring betrouwbaar acht, en waarom hij uiteindelijk overtuigd is van de schuld van de verdachte⁹ lijkt uiteindelijk vooral aan te komen op discretie en gezond verstand van de rechter.¹⁰

Dit is dus wat we weten: op basis van beperkte informatie is er harde kritiek op de bewijswaardering door de rechter, die kritiek wordt enerzijds onterecht bevonden,

anderzijds worden de risico's op fouten wel erkend. Wat we echter nog steeds *niet* weten is hoe de strafrechter nu daadwerkelijk, in de praktijk van alledag, in de veel voorkomende zaken, zijn bewijsbeslissing neemt. En die wetenschap is van groot belang. Steekhoudende uitspraken over de kwaliteit van de strafrechtelijke waarheidsvinding kunnen immers alleen worden gedaan als er kennis wordt vergaard over hoe de rechter bewijs waardeert in dagelijks voorkomende standaardzaken. Hier ligt dus een belangrijke reden voor onderzoek: worden bewijsbeslissingen inderdaad gekenmerkt door willekeur, of ligt er toch een bepaalde rationaliteit aan ten grondslag? Een andere niet onbelangrijke reden om onderzoek te doen naar de dagelijkse praktijk van het bewijzen, is het verder ontwikkelen van bewijstheorieën. Dergelijke theorieën kunnen de rechter helpen bij het nemen van zijn bewijsbeslissing. Maar dan moet de theorie voor de rechter wel te doorgronden en te hanteren zijn, en aansluiten bij zijn dagelijkse werk en de vragen die daarbij rijzen. De wetenschap lijkt echter momenteel nog tamelijk ver verwijderd van de praktijk. Ik constateer in ieder geval op basis van mijn eigen ervaring met de rechterlijke praktijk dat bijvoorbeeld wetenschappelijke discussies over iets als Bayesiaans redeneren – van groot belang geacht door diverse wetenschappers¹¹ – ver afstaan van het denkkader van de meeste rechters. Dit probleem lijkt niettemin ook wel te worden erkend. Onlangs heeft Henry Prakken opgeroepen om, in plaats van een wetenschappelijke stammenstrijd te voeren op abstract niveau, samen te werken teneinde een praktisch geschikt algemeen denkraam voor strafrechtelijk bewijzen te ontwikkelen.¹² Ik geef graag gehoor aan die oproep door hier een eerste begin te maken met onderzoek naar de

vraag hoe de rechter in zijn dagelijkse werk, in standaardzaken, het bewijs waardeert.

2. Dit onderzoek

De vraag naar de dagelijkse bewijswaardering door de rechter in standaardzaken wordt in dit artikel onderzocht op basis van rechtspraak. Ik zoek in rechterlijke uitspraken naar 1. de wijze waarop rechters de kwaliteit van een bewijsmiddel, en 2. de kwaliteit van de bewijsconstructie beoordelen. Ik doe dat niet aan de hand van strafrechtelijke bewijsregels, maar aan de hand van relevante begrippen uit bewijstheorieën. Zoals gezegd zijn er diverse theorieën over bewijzen, en worden deze net zo vaak gepropageerd als bekritiseerd.¹³ Nu mijn perspectief dat van de dagelijkse problemen van de rechter is, en mijn doel niet is om de theoretische discussie te slechten, onderzoek ik de rechtspraak op basis van drie, voor de rechter vaker voorkomende, vragen of thema's omtrent bewijs. Deze zijn: de betrouwbaarheid van een bewijsmiddel, de bewijswaarde van een bewijsmiddel, en het denken in alternatieve scenario's ten aanzien van de bewijsconstructie.

Uiteraard kunnen een heleboel conclusies niet worden getrokken op basis van dit rechtspraakonderzoek. Theorieën over bewijzen omvatten immers veel meer dan hier wordt behandeld. Onderzocht wordt bovendien slechts een beperkte selectie van zaken, alle voor de meervoudige kamer. Het gaat daarnaast om zaken waarin een uitdrukkelijke motivering is opgenomen ten aanzien van het bewijs en dus om zaken waarin de verdediging verweer heeft gevoerd. Dergelijke zaken zeggen niets over hoe en in hoeverre rechters ambtshalve het bewijs toetsen. Daar komt bij dat wat de rechter denkt, of wat er in raadkamer wordt besproken, lang niet altijd (alles) is wat hij ook opschrijft in zijn vonnis. Niettemin geeft de rechtspraakanalyse een beeld van hoe rechters omgaan met dagelijkse bewijsproblematiek in standaard zaken,¹⁴ en

hoe die omgang aansluit bij wetenschappelijke inzichten inzake waarheidsvinding.

Onderzocht zijn uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven, over de periode 1 januari 2014 tot en met 3 juni 2014. Met betrekking tot de betrouwbaarheid van afzonderlijke bewijsmiddelen is in rechtspraak.nl in de eerste plaats gezocht op de trefwoorden 'onbetrouwbaar verklaring' (18 resultaten), en 'betrouwbaar verklaring' (69 resultaten). De keuze om de analyse te richten op verklaringen is ingegeven door het feit dat vanwege de veelheid aan

Een terugkerend punt is dat de rechter weinig houvast wordt geboden in zijn selectie en waardering van de bewijsmiddelen

uitspraken over betrouwbaarheid en bewijsmiddelen, binnen het bestek van dit artikel een keuze moest worden gemaakt, en door het gegeven dat verklaringen doorgaans een belangrijke rol spelen in vrijwel elke strafzaak. De betrouwbaarheid van verklaringen is bovendien, veel meer dan bijvoorbeeld de betrouwbaarheid van DNA-bewijs, dikwijls een punt van aandacht voor de rechter vanwege de vele redenen die er kunnen zijn om aan die betrouwbaarheid te twijfelen. Van de zoektocht naar betrouwbaarheid zijn uiteindelijk 33 uitspraken geselecteerd en bestudeerd. De rechtspraakanalyse op basis van deze trefwoorden bespreek ik in par. 3.1. In de tweede plaats is ten aanzien van de kwaliteit gezocht op het trefwoord 'bewijswaarde'.

Auteur

1. Mr. dr. L. Stevens is Universitair hoofddocent aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Noten

2. Zie W.A. Wagenaar, H. Israëls & P.J. van Koppen, *De slapende rechter*, Amsterdam: Bert Bakker 2009; W.A. Wagenaar, *Broddelwerk. Over geklungel in het strafrechtelijk onderzoek*, Amsterdam: Bert Bakker 2010; P.J. van Koppen, *Gerede twijfel. Over bewijs in strafzaken*, Amsterdam: De Kring 2013.
3. P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs. Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2011, p. 18.
4. Zie bijvoorbeeld T. Derksen, *Lucia de B. Een reconstructie van een gerechtelijke dwaling*, Diemen: Veen Magazines 2011; Van Koppen 2013; P.J. van Koppen, *De Schiedammer Parkmoord. Een rechtspsychologisch perspectief*, Nijmegen: Juridische Uitgeverij Ars Aequi 2003; P.J. van Koppen,

- E. Havinga & H. Nelen, *De dood in het Chinese restaurant. Verklaringen van medeverdachten*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2008.
5. Vergelijk onder andere L. Verheij, 'Rechterlijke dwalingen', *Trema* 2011, p. 206-211; M.S. Groenhuijsen, 'Deskundigen in de aanval. Het strafrecht in de verdediging'; *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 931; Y. Buruma, 'Onschuldig! De verwerking van de Schiedamse parkmoord', *Delikt en Delinkwent* 2005, p. 953-963.
 6. Vergelijk Groenhuijsen 2008, p. 933-934; M. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 391-393.
 7. Zie bijvoorbeeld HR 4 mei 2004, *NJ* 2004, 480.
 8. Dubelaar 2014, p. 214-215. Overigens moet gezegd dat daar de laatste jaren verandering in lijkt te komen. Er is steeds meer aandacht voor bewijstheorieën. Probleem is

wel dat deze hun weg naar de praktijk nog niet hebben gevonden.

9. De overtuiging moet weliswaar gebaseerd zijn op de wettige bewijsmiddelen (zie bijvoorbeeld G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 677 en T. Kooijmans, 'Bewijzen door de strafrechter', *Ars Aequi* 2010, p. 462), maar ten aanzien van de vraag hoe de rechter een verband moet leggen tussen dat bewijs en zijn overtuiging geeft het recht weinig houvast.
10. Zie J.D. den Hartog, 'De selectie en waardering van bewijsmateriaal', in: A. Hartevelde, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Liber amicorum Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 217; M. Visser, 'Bewijswaardering in het strafrecht: vrijheid met beperkingen', *Strafblad* 2014, p. 157-158.
11. Vergelijk C.E.H. Berger & D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: redeneren in de rechtszaal', *Expertise en Recht* 2010, p. 86-90, M. Sjerps, *Bewijskracht 10, volle*

vaart recht vooruit (oratie UvA Amsterdam), Amsterdam, 2012.

12. H. Prakken, 'Strafrechtelijk bewijzen: met Bayes of met verhalen? Of is er een derde weg?', *Expertise en Recht* 2014, p. 18.
13. Zie bijvoorbeeld de analyse van Prakken, Prakken 2014, p. 4-19. Zie verder bijvoorbeeld F. Bex, *Evidence for a Good Story. A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Groningen, 2009; F.J. Bex & B. Verheij, 'Het onderbouwen van een feitelijk oordeel in een strafzaak', in: P.J. Van Koppen, H. Merkelbach, M. Jellicic & J.W. De Keijser (red.), *Reizen met mijn Rechter. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 935-952; Van Koppen 2011; Dubelaar 2014.
14. Daarbij ga ik ervan uit dat rechtspraak zoals gepubliceerd in publieke bronnen een realistische weergave is van het type zaken van de regelmatig voorkomende delicten waar de strafrechter zich doorgaans over buigt.

Uit deze zoekopdracht kwamen 47 treffers, waarvan 27 als relevant zijn geselecteerd. Zij worden besproken in par. 3.2.

Met betrekking tot het onderzoek naar de wijze waarop rechters de bewijsconstructie als geheel toetsen is gezocht op de trefwoorden 'alternatieve scenario's'. Dit leverde 80 treffers op. Van de eerste 40 treffers zijn uiteindelijk 27 treffers geselecteerd als relevant (niet relevant waren uitspraken waarvan de gevonden trefwoorden geen betrekking hadden op de bewijsoverwegingen). Na 40 treffers bleek er weinig nieuws in de uitspraken meer naar voren te komen en van de tweede helft zijn dan ook geen uitspraken meer geselecteerd. De rechtspraakanalyse op basis van deze trefwoorden wordt besproken in par. 4.

3. Hoe strafrechters de kwaliteit van een bewijsmiddel toetsen

3.1. *Betrouwbaarheid van verklaringen*

Een belangrijk element van de kwaliteit van een bewijsmiddel betreft de betrouwbaarheid daarvan. Betrouwbaarheid is een voor juristen bekend begrip. Zo mag bijvoorbeeld van de Hoge Raad een verklaring alleen voor het bewijs worden gebruikt als de rechter deze beoordeelt als 'betrouwbaar en overeenkomstig de waarheid'.¹⁵ En indien de betrouwbaarheid van een bewijsmiddel door de verdediging uitdrukkelijk wordt betwist dan kan de rechter op grond van artikel 359 lid 2 tweede volzin Sv, een dergelijk verweer alleen gemotiveerd weerleggen. Wat betrouwbaarheid precies inhoudt of hoe de rechter betrouwbaarheid of onbetrouwbaarheid vast zou moeten stellen geeft de Hoge Raad echter niet aan. Aan de gemotiveerde verwerping van een betrouwbaarheidsverweer worden ook niet al te veel eisen gesteld zodat vaak onduidelijk blijft op basis van welke feiten de rechter nu wel of niet een verklaring betrouwbaar zou mogen achten.¹⁶ Dubelaar geeft in haar proefschrift voorts aan dat het begrip betrouwbaarheid, afhankelijk van de context waarin, en de persoon door wie het wordt gebruikt, verschillende betekenissen kent. Zij stelt dat strafrechtjuristen in relatie tot bewijsmiddelen de term betrouwbaarheid zowel gebruiken in de betekenis van 'waar' – komt de inhoud van het bewijsmiddel overeen met de werkelijkheid – als in de betekenis van 'geloofwaardig' – kan aan een verklaring gerechtvaardigd geloof worden gehecht.¹⁷

In de praktijk is het zo dat rechters die de betrouwbaarheid van een bewijsmiddel onderzoeken uiteindelijk op zoek zijn naar het waarheidsgehalte van de inhoud van dat bewijsmiddel. Maar omdat de waarheid nu eenmaal niet gekend kan worden en dus ook niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat een bewijsmiddel correspondeert met de werkelijkheid, zal de rechter het waarheidsgehalte van een bewijsmiddel altijd bij benadering moeten vaststellen. Onderzoeken in hoeverre er op objectieve gronden geloof kan worden gehecht aan een bewijsmiddel is daartoe een werkwijze. Bij gebrek aan handvatten vanuit het recht is het derhalve interessant te bekijken welke maatstaven de rechter aanlegt, en of hij überhaupt duidelijk inzicht geeft in de door hem aangelegde maatstaven.

Wat betreft die laatste vraag valt bij de bestudeerde uitspraken op dat, hoewel de Hoge Raad in geval van een betrouwbaarheidsverweer in wezen niet meer eist dan dat de rechter laat zien dat hij een afweging heeft gemaakt, de

Onderzoeken in hoeverre er op objectieve gronden geloof kan worden gehecht aan een bewijsmiddel is een werkwijze om het waarheidsgehalte van een bewijsmiddel bij benadering vast te stellen

feitenrechter slechts een enkele keer volstaat met de formulering dat hij 'geen reden ziet om te twifelen aan de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige', en verwijst naar de onderbouwing van de bewezenverklaring door de bewijsmiddelen.¹⁵ In vrijwel alle andere uitspraken neemt de rechter de moeite om uit te leggen waarom hij een verklaring wel betrouwbaar acht. Die uitspraken laten een divers beeld zien van hoe betrouwbaarheid wordt beoordeeld. Een maatstaf die vaak terugkomt is de consistentie tussen de verschillende verklaringen die de getuige heeft afgelegd. Als een getuige meerdere keren hetzelfde verhaal vertelt wordt dat gezien als een indicatie voor betrouwbaarheid.¹⁶ Ook de gedetailleerdheid van een verklaring,¹⁷ en de consistentie ten aanzien van details zijn argumenten die pleiten voor betrouwbaarheid. Het is echter ook zo dat inconsistenties veelal niet worden gezien als reden om de verklaring onbetrouwbaar te achten, en in het bijzonder niet als het gaat om inconsistenties ten aanzien van details. In die gevallen lijkt de rechter de inconsistenties simpelweg niet relevant te vinden,¹⁸ of wordt bijvoorbeeld overwogen dat het gaat om details,¹⁹ of dat de verklaringen overeenkomen 'op hoofdlijnen', of 'op wezenlijke onderdelen'.²⁰ Ook worden redenen gegeven waarom inconsistenties tussen verklaringen niet hoeven te leiden tot de conclusie 'onbetrouwbaar'. Zo is bijvoorbeeld een getuige in een eerste verhoor slechts summier bevraagd, zat er veel

tijd tussen het afleggen van de verklaringen, of was de getuige zenuwachtig tijdens het verhoor.²⁴

Naast de consistentie-toets zijn er nog diverse andere factoren waar naar wordt gekeken voor het beoordelen van de betrouwbaarheid. Voorbij komen onder andere de stelligheid of oprechtheid waarmee een getuige heeft verklaard,²⁵ eventuele motieven van de getuige om te liegen,²⁶ en de beperkte intelligentie van de verdachte.²⁷ In geen van de onderzochte zaken blijken deze factoren doorslaggevend voor het aannemen van de onbetrouwbaarheid van een verklaring. Slechts een enkele keer wordt aangenomen dat een verklaring onbetrouwbaar is. Dat gebeurt als er hele duidelijke aanwijzingen zijn dat de totstandkoming van de verklaring is beïnvloed door de wijze van verhoren (er is daderkennis weggegeven),²⁸ of dat de getuige zijn verklaring steeds blijkt aan te vullen nadat hij met andere getuigen heeft gesproken.²⁹ Ook lijkt de rechter waarde te hechten aan de proceshouding van de verdachte of getuige als indicatie voor leugenachtigheid. Een verdachte die pas heel laat gaat verklaren of heel berekenend lijkt te verklaren (nu eens zwijgen, dan weer verklaren, bepaalde informatie weglaten), kan op weinig vertrouwen van de rechter rekenen.³⁰ Ook lijkt de opvatting te zijn dat de medeverdachte die zichzelf belast in ieder geval betrouwbaarder is dan de medeverdachte die de ander belast en zichzelf ontlast.³¹

15. Zie bijvoorbeeld HR 14 december 1992, NJ 1993/54, HR 23 september 2008, NJ 2008/525.

16. Vergelijk HR 23 maart 2010, NJ 2010/315, m.nt. Buruma, en recent nog HR 4 februari 2014, NJ 2014/279; HR 18 februari 2014, NJ 2014/280; HR 4 maart 2014, NJ 2014/281. Voldoende is dat de rechter laat zien dat hij een afweging heeft gemaakt. Ten aanzien van een ingetrokken bekentenis lijken echter weer strengere eisen te gelden. Zie HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:953.

17. Zie Dubelaar 2014, p. 50-55. Vergelijk ook de noot van Reijntjes bij HR 12 november 2013, NJ 2014/252 (*unus testis*). Reijntjes stelt dat een verklaring zowel betrouwbaar als geloofwaardig moet zijn.

18. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1505.

19. Zie bijv. Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1159; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:343; Rb. Midden-

Nederland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2228; Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:821; Rb. Noord-Holland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:428; Hof Amsterdam, 3 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1316.

20. Rb. Overijssel 22 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2257; Rb. Midden-Nederland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2228; Rb. Midden-Nederland 3 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:357; Rb. Midden-Nederland 3 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1344; Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2515; Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:821; Rb. Noord-Holland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:428; Rb. Oost-Brabant 22 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:267; Hof 's Hertogenbosch 2 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:943; Rb. Gelderland 7 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1510; Rb. Limburg 22 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3861.

21. Zie bijv. Rb. Limburg 18 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1425.

22. Rb. Limburg 14 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4416.

23. Hof Amsterdam 14 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1282; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:81; Rb. Noord-Holland 31/1/14, ECLI:NL:RBNHO:2014:1051.

24. Zie bijv. Rb. Limburg 18 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1425; Hof Amsterdam 14 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1282; Rb. Den Haag 23 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1020. Zie voor andere redenen bijv. nog Rb. Midden-Nederland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2228; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:841.

25. Hof Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:864; Rb. Noord-Holland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:428.

26. Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2515; Rb. Limburg 14 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4416; Hof Amsterdam 14 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1282.

27. Hof Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:872.

28. Rb. Overijssel 22 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2257.

29. Rb. Amsterdam 21 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:753.

30. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1723; Hof Den Haag 2 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:555; Rb. Overijssel 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:605; Rb. Limburg 28 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:708.

31. Vergelijk Rb. Overijssel 21 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1419.

Het voorgaande overzicht geeft een beeld van een zeer diverse, moeilijk op waarde te schatten, maar wellicht toch ook een wat willekeurig ogende rechterlijke betrouwbaarheidstoets. Dat is ook niet zo vreemd. Dubelaar zet in haar proefschrift mooi uiteen hoe indicatoren als accurate, consistentie, de wijze waarop de verklaring is afgelegd, kenmerken van de getuige zelf, enz., allemaal onder bepaalde omstandigheden iets *kunnen* zeggen over (on) betrouwbaarheid. Tegelijkertijd is het zo dat je eigenlijk alle kanten op kunt met die indicatoren, en dat deze daarom uiteindelijk als maatstaven voor de rechter – dit zijn mijn woorden – boterzacht zijn.³² In dat licht is het interessant te zien dat in de meerderheid van de onderzochte zaken de rechter de betrouwbaarheid van een verklaring ook nog toetst op basis van de vraag of de verklaring steun vindt in ander bewijsmateriaal.³³ In de gevallen dat een verklaring niet betrouwbaar wordt geacht blijkt daarbij mee te spelen dat een verklaring wordt gefalsificeerd door andere bewijsmiddelen, of dat de aannemelijke mogelijkheid bestaat dat er iets anders is gebeurd dan de getuige heeft gezien.³⁴ Uiteindelijk lijkt de rechter dus naast de niet al te harde sociaal-wetenschappelijke inzichten inzake betrouwbaarheid, houvast te zoeken bij een meer juridische benadering.³⁵ Kritiek op deze benadering is makkelijk te geven. Want het zoeken van steun in ander bewijs is in wezen niet het toetsen van de verklaring zelf,

Het zoeken van steun in ander bewijs is in wezen niet het toetsen van de verklaring zelf, maar het inbedden van de verklaring in het verhaal dat de gezamenlijke bewijsmiddelen vertellen

maar het inbedden van de verklaring in het verhaal dat de gezamenlijke bewijsmiddelen vertellen. Het gevaar is dat daarmee mogelijke gebreken in de verklaring niet worden weerlegd, maar juist worden verhuuld. Terwijl eveneens de mogelijkheid bestaat dat het verhaal, evenals de andere bewijsmiddelen gebreken vertoont.³⁶

3.2. Bewijswaarde/bewijskracht

Anders dan betrouwbaarheid is het begrip bewijswaarde of bewijskracht niet al te bekend in het Nederlandse bewijsrecht.³⁷ Weliswaar kent het strafrecht bijvoorbeeld de gedachte dat aan de categorie 'verklaring onder ede' meer bewijskracht moet worden toegekend dan aan niet onder ede afgelegde verklaringen.³⁸ Maar wat bewijskracht precies is,³⁹ en hoe de bewijskracht van een individueel bewijsmiddel moet worden vastgesteld, blijkt nergens. Dat is vanuit bewijstheoretisch oogpunt enigszins opmerkelijk nu bewijsmiddelen sterk kunnen variëren in kracht, ofwel in de mate waarin zij de tenlastelegging ondersteu-

nen. Een manier om die maat voor een individueel bewijsmiddel te bepalen is door dat bewijsmiddel te bekijken vanuit twee verschillende hypothesen over de schuld van de verdachte: hoe waarschijnlijk zijn de bevindingen uit het bewijsmiddel, als de hypothese van schuld waar is, en hoe verhoudt zich dat tot de waarschijnlijkheid van de bevindingen, als de hypothese van onschuld waar is.⁴⁰ In meer juridische bewoordingen gaat het dan bijvoorbeeld om de vraag of het waarschijnlijker is dat het DNA-materiaal van de verdachte is aangetroffen in het kantoor van de overvallen supermarkt als hij een van de overvallers was, dan dat het materiaal aldaar wordt aangetroffen als hij niet een van de overvallers was maar de klusjesman die dagelijks in het kantoor kwam. Ten aanzien van een getuigenverklaring zou de vraag kunnen zijn: is het waarschijnlijker dat de getuige een hardhandige worsteling tussen verdachte en slachtoffer heeft gezien als de verdachte het slachtoffer heeft mishandeld, dan dat de getuige een dergelijke worsteling heeft gezien als de verdachte en het slachtoffer vriendschappelijk een potje aan het stoeien waren. Deze vragen laten zien dat de bewijswaarde betrekking heeft op de waarschijnlijkheid van de bevindingen gegeven de hypothesen (en dus niet de waarschijnlijkheid van de hypothese, gegeven de bevindingen – ofwel de vraag of het tenlastegelegde kan worden bewezen) en afhangt van redelijke alternatieve verklaringen voor het bestaan van een bewijsmiddel.

Het voorgaande maakt duidelijk dat een rechter die de bewijswaarde toetst, zich de vraag moet stellen of een hypothese 'schuldig' (dat kan het daderschap op zich betreffen, maar ook meer indirecte hypothesen van schuld zoals het plaatsen van de verdachte op de plaats delict) de best mogelijke verklaring is voor het bestaan van een individueel bewijsmiddel. Die vraag dient hij te beantwoorden door te kijken naar de waarschijnlijkheid van een individueel bewijsmiddel in het licht van (minstens) twee verschillende hypothesen (schuldig/onschuldig) waarin dat bewijsmiddel zich zou kunnen voordoen. Uit diverse bestudeerde uitspraken komt naar voren dat dit inderdaad de werkwijze is die de rechter volgt. Het gaat dan veelal om bewijsmiddelen uit forensisch onderzoek die de verdachte aanwijzen als mogelijke dader. Ten aanzien van DNA-materiaal van de verdachte dat is gevonden op de plaats delict overweegt de rechter dan bijvoorbeeld dat de bivakmuts met het DNA van de verdachte ook door iemand anders kan zijn neergelegd of dat 'niet blijkt het DNA-spoor op de duct tape zich op een zodanige plaats op de duct tape bevond, dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte de tape op de plaats delict heeft gebruikt'.⁴¹

Ook bij andersoortige identificaties, zoals het identificeren van de verdachte als dader op basis van een getapt telefoongesprek en de daarin gebruikte 'nickname' die hem wordt toegedicht,⁴² of identificatie door een getuige die de verdachte herkent als dader, wordt de bewijswaarde getoetst door middel van alternatieve verklaringen voor de identificatie.⁴³ Bij het beoordelen van herkenningen blijkt het toetsen van de bewijswaarde voor de rechter evenwel ook lastig. In een zaak waarin de bewijswaarde van een herkenning van een verdachte door middel van een enkelvoudige spiegelconfrontatie wordt betwist, overweegt de rechtbank kort gezegd dat de getuige de dader tijdens het plegen

van het delict goed heeft kunnen waarnemen.⁴⁴ Dit zegt echter niets over de vraag of de verdachte dan terecht is herkend door de getuige en inderdaad die dader is. Er kunnen immers andere verklaringen zijn voor de herkenning, zoals dat de getuige de verdachte herkent omdat hij hem kort voorafgaand aan het delict heeft gezien.

Wat de rechter hier lijkt te doen is het opkrikken van de bewijswaarde van een bewijsmiddel, op basis van (de bewijswaarde van) andere bewijsmiddelen

Voorts wekt een zaak waarin de rechter een stemherkenning beoordeelt, de indruk dat de rechter niet doorgrondt wat het onderscheid is tussen, althans geen onderscheid maakt tussen de betrouwbaarheid van die stemherkenning en de bewijswaarde ervan.⁴⁵ Het onderscheid tussen betrouwbaarheid en bewijswaarde is evenwel relevant omdat bijvoorbeeld een betrouwbaar uitge-

voerde stemherkenning niet per se ook een grote bewijswaarde heeft. Datzelfde geldt voor verklaringen. Weliswaar is de onbetrouwbaarheid van een verklaring direct van invloed op de bewijswaarde daarvan – die laatste is dan in wezen nihil. Maar een betrouwbare verklaring kan nog steeds een geringe bewijswaarde hebben als bijvoorbeeld die verklaring niet heel direct iets zegt over het daderschap van de verdachte. Het onderscheid tussen betrouwbaarheid en bewijswaarde wordt echter niet heel duidelijk gemaakt in de onderzochte zaken.⁴⁶ Factoren die in de eerste plaats de betrouwbaarheid van een verklaring negatief kunnen beïnvloeden, zoals het gebrek aan steun,⁴⁷ de moeilijke omstandigheden waaronder de verklaring tot stand kwam,⁴⁸ of de psychische stoornis van de verdachte,⁴⁹ worden beoordeeld onder de noemer van de bewijswaarde. Dat is op zich verklaarbaar en niet geheel onjuist, nu in deze gevallen een zekere mate van onbetrouwbaarheid van de verklaring wordt vastgesteld, die ook direct de bewijswaarde negatief beïnvloedt. Maar de uitspraken roepen wel de vraag op waarom de rechter een bepaald begrip gebruikt en of hij dat bewust doet. Een juridische, maar bewijstheoretisch onzuivere reden waarom de rechter spreekt over bewijswaarde en niet over betrouwbaarheid, zou kunnen liggen in het feit dat spreken over een geringe bewijswaarde de ruimte geeft om een verklaring alsnog, zij het met steunbewijs, te kunnen gebruiken. Een onbetrouwbare verklaring kan immers niet een beetje onbetrouwbaar zijn en dus een beetje worden gebruikt. Bij een verklaring met geringe bewijswaarde kan dat wel.

32. Dubelaar 2014, p. 164-194.

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:841; Rb. Midden-Nederland 3 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:357; Rb. Gelderland 9 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2405; Hof Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:872; Rb. Overijssel 22 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2257; Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1007; Rb. Overijssel 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:605; Rb. Midden-Nederland 3 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1344; Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2515; Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:821; Rb. Noord-Holland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:428; Rb. Oost-Brabant 22 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:267; Hof 's Hertogenbosch 2 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:943; Hof Den Haag 2 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:555; Rb. Noord-Holland 31 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1051; Rb. Amsterdam 21 februari 2014,

ECLI:NL:RBAMS:2014:753; Hof Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:864; Rb. Gelderland 7 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1510; Rb. Limburg 22 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3861. Zie in vergelijkbare zin, en kritisch, Dubelaar 2014, p. 386.

34. Rb. Limburg 28 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:708; Rb. Overijssel 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:605; Rb. Limburg 22 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4791; Hof Den Haag 2 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:555; Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2515.

35. Datzelfde mechanisme is terug te zien als de rechter in zijn betrouwbaarheidsoordeel meeneemt of de verdediging de getuige heeft kunnen horen en op die manier de betrouwbaarheid van de verklaring heeft kunnen toetsen. Zie bijv. Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:343; Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1007.

36. Vergelijk Dubelaar 2014, p. 386, P. Roberts & C. Aitken, *The logic of proof: inferential reasoning in criminal evidence and forensic science*, Royal Statistical Socie-

ty 2014, p. 26.

37. Zie hierover, en hoe het begrip zich verhoudt tot de betrouwbaarheid, relevantie en redenevendheid, Dubelaar 2014, p. 55-59.

38. Zie bijvoorbeeld recent over deze materie (en de relativisering van de gedachte) HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1244.

39. Een interessante vraag is ook hoe het door de Hoge Raad gebruikte begrip 'overtuigende kracht' zich verhoudt tot het begrip bewijskracht, zie HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1451, r.o. 2.4.1, en HR 8 februari 2005, *NJ* 2005/514, m.nt. Mevis.

40. Zie Dubelaar 2014, p. 43, met meerdere literatuurverwijzingen. Een nadere uiteenzetting van het vaststellen van de bewijswaarde zoals de Bayesianen die voorstaan, laat ik hier vanwege haar gecompliceerdheid voor de juridische praktijk en de opzet van dit artikel buiten beschouwing.

41. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4272; Rb. Oost-Brabant 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1025. Zie ook Rb. Overijssel 8 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1819; Rb. Noord-Holland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:599 (*Schoenprofielen*).

42. Rb. Noord-Holland 6 maart 2014,

ECLI:NL:RBNHO:2014:1624.

43. Rb. Oost-Brabant 11 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1739; Hof 's Hertogenbosch 12 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:267; Hof Amsterdam 10 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1310.

44. Rb. Oost-Brabant 1 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2306.

45. Rb. Gelderland 4 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1021.

46. Zie bijv. Hof Den Haag 24 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:418.

47. Rb. Rotterdam 6 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1655; Hof 's Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:160. In beide zaken gaat het overigens niet om het oordeel van de rechter maar om de weergave in het vonnis van respectievelijk het standpunt van de officier van justitie, en het standpunt van de verdediging.

48. Rb. Rotterdam 10 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:119.

49. Hof 's Hertogenbosch 30 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1252.

Een verkeerd idee van wat bewijswaarde is, lijkt de rechter ten slotte te hebben in enkele zaken waarin een verweer over het gebrek aan bewijswaarde wordt verworpen met de motivering dat een bewijsmiddel wel bewijswaarde heeft *vanwege* het steunbewijs.⁵⁰ Ook acht de rechter het gebruik van een aldus betwist bewijsmiddel gerechtvaardigd *omdat* er steunbewijs is.⁵¹ Wat de rechter hier op het eerste gezicht lijkt te doen is het opkrikken van de bewijswaarde van een individueel bewijsmiddel, op basis van (de bewijswaarde van) andere bewijsmiddelen. Maar de bewijswaarde van het ene bewijsmiddel zegt niets over de bewijswaarde van het andere bewijsmiddel. Zwak bewijs wordt niet sterker door de aanwezigheid van ander (sterk) bewijs. Wel kan op basis van een bewijsmiddel met geringe bewijswaarde, zoals een getuigenverklaring die de verdachte op de plaats delict situeert, een veroordeling worden uitgesproken zolang er krachtiger steunbewijs is dat bijvoorbeeld inhoudt dat de verdachte het delict inderdaad op die plaats delict heeft begaan. (De bewijswaarde van) het steunbewijs maakt kortom dat een bewezenverklaring toch mogelijk is. Dit lijkt overigens ook te zijn wat de rechter in de bovengenoemde zaken wil zeggen, maar niet goed krijgt verwoord als gevolg van het niet geheel doorgronden van het concept bewijswaarde.

4. Hoe strafrechters de kwaliteit van de bewijsconstructie toetsen

Bij een veroordeling dienen niet alleen de afzonderlijke bewijsmiddelen, maar dient ook de bewijsconstructie als geheel van goede kwaliteit te zijn. Als de bewijsmiddelen tezamen een gat in het verhaal vertonen, kan dat betekenen dat de tenlastelegging, ofwel het schuldige scenario, niet kan worden bewezen. Een juridische waarborg voor de deugdelijkheid van de bewijsconstructie kan worden gevonden in de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv. Een manier om de bepaling te interpreteren is door deze te beschouwen als een aansporing voor de rechter om te denken in alternatieve scenario's.⁵² Daarnaast kan de verdediging de rechter ertoe bewegen alternatieve scenario's onder ogen te zien als zij in dat verband een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt naar voren brengt. Dit sluit aan bij wat Van Koppen bepleit hoe de rechter moet bewijzen – en niet alleen in de moeilijke gevallen zoals bijvoorbeeld die waarin het voldoen aan artikel 342 lid 2 Sv problematisch is, of wanneer de verdediging daarom vraagt, maar in alle gevallen. De rechter dient de tenlastelegging te beschouwen als slechts één mogelijk scenario over de schuld van de verdachte, en vanuit dit schuldige scenario, en minstens nog één ander *redelijk* (onschuldig) scenario, de bewijsmiddelen te beoordelen.⁵³ Kenmerkend voor deze scenariotheorie is dus de indirecte vorm van argumentatie, ook wel indirecte waarschijnlijkheidsargumentatie genoemd. Dit houdt in dat niet direct naar de bewijsmiddelen wordt gekeken als argumenten voor het scenario van de tenlastelegging (en indien die bewijsmiddelen daar aanleiding toe geven, naar argumenten voor een eventueel alternatief scenario). De bewijsmiddelen worden indirect beschouwd vanuit (minstens) twee scenario's, en op basis van de vraag vanuit welk scenario de bewijsmiddelen het beste kunnen worden verklaard.⁵⁴ Als de bewijsmiddelen onvoldoende discrimineren tussen het schuldige en het onschuldige scenario – de bewijsmidde-

len worden door beide scenario's even goed verklaard – zal de verdachte moeten worden vrijgesproken.

De term '(alternatieve) scenario's' is de laatste jaren steeds meer ingeburgerd geraakt in de rechtspraak en is dan ook veelvuldig terug te vinden in rechterlijke uitspraken. In de zaken die in deze bijdrage zijn onderzocht, reageert de rechter in zijn uitspraak op een verweer van de verdediging inhoudende dat ook een ander scenario dan het tenlastegelegde scenario zich kan hebben voorgedaan. Op basis van de methode van paarsgewijs vergelijken van scenario's zou de rechter in reactie op een dergelijk verweer dus steeds tenlastelegging en alternatief scenario tegen elkaar moeten afzetten en zich de vraag moeten stellen bij welk verhaal de beschikbare bewijsmiddelen beter passen. Wat echter opvalt in de onderzochte uitspraken, is dat in vrijwel geen enkele zaak de rechter overgaat

Kenmerkend voor deze scenariotheorie is de indirecte vorm van argumentatie, ook wel indirecte waarschijnlijkheidsargumentatie genoemd

tot zo'n vergelijking waarbij wordt geredeneerd van scenario naar bewijsmiddel. In bijna alle onderzochte zaken wordt juist vanuit de bewijsmiddelen geredeneerd naar het alternatieve scenario, en wordt het schuldige scenario daar niet expliciet in betrokken.⁵⁵ De vraag is nu of deze bevinding wijst op een probleem. Het kan zijn dat in al deze zaken overduidelijk geen sprake was van aanwijzingen voor een redelijk alternatief scenario en dat het vergelijken van scenario's dus geen meerwaarde had – diverse motiveringen, zoals dat het alternatieve scenario niet plausibel is of niet wordt ondersteund door enige informatie, wijzen daarop. Het is echter eveneens mogelijk dat de rechter in bepaalde gevallen te snel een alternatief scenario terzijde heeft geschoven als onwaarschijnlijk. Het is immers niet zo dat een vergelijking alleen kan plaatsvinden in het geval het alternatieve scenario vrijwel volledig is bewezen, of als bijvoorbeeld de verdachte dat scenario al vanaf het begin van de strafzaak naar voren heeft gebracht – de proceshouding van de verdachte blijkt een terugkerend argument om het scenario van de verdediging niet in het rechterlijk oordeel te betrekken.

Bij de zaken waarin de verdachte wordt vrijgesproken komt de indirecte waarschijnlijkheidsargumentatie op basis van paarsgewijs vergelijken van scenario's slechts één keer voor zoals het volgens de theorie zou moeten. In die zaak overweegt de rechter ten aanzien van de bewijsmiddelen die de aangifte moeten ondersteunen dat dit bewijsmateriaal 'discriminerend vermogen [dient] te hebben tussen de verklaring van het slachtoffer en het alternatieve scenario van verdachte in die zin dat het niet kan passen in beide genoemde scenario's'.⁵⁶ Interessant is

voorts een andere zaak waarin uit de overwegingen van de rechter de twijfel van de rechter over wat er is gebeurd naar voren komt. De vraag was hier of de verdachte zijn eigen bedrijf in brand had gestoken voor geldelijk gewin (poging oplichting), óf dat de verdachte was overvallen door drie mannen die vervolgens zijn pand in brand hebben gestoken. Beide scenario's lijken door de rechter in ogenschouw genomen. Opmerkelijk is echter dat de rechter alleen expliciet aandacht besteedt aan de mate waarin de bewijsmiddelen bij het alternatieve scenario passen. Overwogen wordt dat het alternatieve scenario 'niet kan worden uitgesloten op basis van de bewijsmiddelen'.⁵⁷ Dat lijkt een veel te strenge maatstaf nu in vrijwel geen enkele strafzaak absolute zekerheid bestaat over de schuld van de verdachte en in die zin het onschuldige scenario nooit kan worden uitgesloten. Waar het om gaat is de vraag welk scenario waarschijnlijker is. Dat kan worden bepaald door de scenario's in relatie tot de bewijsmiddelen onderling te vergelijken. De informatie uit deze uitspraak geeft geen duidelijkheid over de vraag of de rechter in deze zaak te gemakkelijk zou hebben vrijgesproken. Maar deze uitspraak geeft wel aanleiding te veronderstellen dat de rechter niet altijd helder voor ogen heeft wat het denken in scenario's nu precies inhoudt, en hoe hem dat behulpzaam zou kunnen zijn.

In andere zaken lijkt in het geheel geen vergelijking tussen scenario's te zijn gemaakt en besteedt de rechter slechts aandacht aan de bewijsmiddelen. Die vormen op zichzelf dan reeds onvoldoende argumenten om tot bewezenverklaring over te gaan.⁵⁸ Een slecht verhaal van de officier van justitie blijkt kortom, net als een slecht verhaal van de verdachte zoals hiervoor aan de orde kwam, een reden om niet tot vergelijking van scenario's over te gaan. Daarbij geldt uiteraard dat in geval van een rammelend verhaal van de officier van justitie, het net zo of nog erger rammelende verhaal van de verdachte, niet tegen die laatste mag werken. Dat is dan ook, naar ik aanneem, wat de rechter in de volgende overweging heeft willen zeggen over de verhouding tussen het slecht onderbouwde tenlastegelegde en het weinig overtuigende verweer van de verdachte: 'Het is echter niet de verdachte die zijn

onschuld moet aantonen; voordat tot de beoordeling van een alternatief scenario kan worden gekomen, moet eerst – het gestelde alternatieve scenario buiten beschouwing gelaten – voldoende wettig en overtuigend bewijs voor het ten laste gelegde aanwezig zijn.'⁵⁹ De formulering is echter minder gelukkig gekozen nu deze, naar de letter, suggereert dat de rechter ervan uitgaat dat een alternatief scenario pas aan de orde komt nadat is bewezen (of niet is bewezen) dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd. Dat zou zo'n alternatief scenario in wezen overbodig maken. Ook deze zaak is derhalve weer een voorbeeld van hoe (niet) denken in scenario's niet per se tot verkeerde uitkomsten leidt, of verkeerd wordt toegepast, maar wel van hoe die theorie zorgvuldiger zou kunnen worden gehanteerd en opgeschreven.

5. Ten slotte: praktijk en wetenschap hebben nog wat van elkaar te leren

Het in de voorgaande paragrafen uitgevoerde rechtspraakonderzoek geeft een beeld van hoe rechters afzonderlijke bewijsmiddelen en de bewijsconstructie waarderen. Daarbij kan als eerste worden vastgesteld dat de rechter in de zaken waarin het bewijs wordt betwist, veel moeite doet om zijn oordeel over het bewijs uit te leggen. Dat is vanuit oogpunt van betrouwbare en controleerbare waarheidsvinding te prijzen. Zeker nu de Hoge Raad op dit punt eigenlijk weinig eisen stelt aan de feitenrechter, en het uitgebreid opschrijven van bewijsoverwegingen tijdrovend is, en dus niet vanzelfsprekend in tijden van geld- en tijdgebrek. Ten tweede moet worden geconcludeerd dat de rechterlijke overwegingen in de bestudeerde zaken geen aanleiding geven te denken dat er sprake is van willekeur of dat er grote fouten worden gemaakt in het licht van bewijstheoretische uitgangspunten – als dat al zou zijn vast te stellen op basis van enkel een uitspraak – maar wel dat er werk aan de winkel is wat betreft het doorgronden, gebruiken, verfijnen, en opschrijven door rechters, van enkele relevante bewijsrechtelijke toetsstenen.

Zo lijkt het onderscheid tussen betrouwbaarheid en bewijswaarde niet voor alle rechters duidelijk, terwijl dat in sommige gevallen van groot belang kan zijn. Bijzonde-

50. Rb. Overijssel 15 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1991; Rb. Amsterdam 17 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1112, en ECLI:NL:RBAMS:2014:905.

51. Rb. Amsterdam 7 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2345.

52. Vergelijk M.J. Borgers, 'De toepassing van de bewijsminimumregel', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 885-888. Zie ook A-G Aben in o.a. zijn conclusie bij HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8600, *NJ* 2012/279, A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 11 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY4834.

53. Zie voor de uiteenzetting van deze theorie, Van Koppen 2011, in het bijzonder p. 38-55, en p. 92-119.

54. Vergelijk ook Prakken 2014, p. 7. Dit lijkt op het toetsen van de bewijswaarde van een bewijsmiddel. Het verschil is dat nu niet de inhoud van een individueel bewijsmiddel wordt getoetst, maar de inhoud van alle bewijsmiddelen tezamen, waarbij de inhoud van beide toetsen sterk op elkaar kan lijken, bijvoorbeeld in geval van weinig maar direct bewijs zoals twee verklaringen over het ouderschap zelf.

55. Hof Amsterdam 14 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1754; Hof 's Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:567; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4095; Rb. Rotterdam 6 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1655; Rb. Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1710; Rb. Noord-

Holland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1026; Hof Arnhem-Leeuwarden, 11 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2923; Hof Amsterdam 24 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:507; Rb. Midden-Nederland 23 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1555; Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2043; Hof 's Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:381; Hof Arnhem-Leeuwarden 13 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1028; Hof Arnhem-Leeuwarden 11 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3005; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2528; Hof 's Hertogenbosch 2 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:943; Rb. Oost-Brabant 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1434; Rb. Den Haag 4 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1288; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2493; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4098.

56. Rb. Noord-Holland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5075.

57. Rb. Oost-Brabant 24 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:839.

58. Rb. Overijssel 6 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1819; Rb. Midden-Nederland 20 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1104.

59. Rb. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1684.

ECLI:NL:GHSHE:2014:943; Rb. Oost-Brabant 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1434; Rb. Den Haag 4 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1288; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2493; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4098.

56. Rb. Noord-Holland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5075.

57. Rb. Oost-Brabant 24 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:839.

58. Rb. Overijssel 6 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1819; Rb. Midden-Nederland 20 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1104.

59. Rb. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1684.

re aandacht verdient voorts het gebruik van steunbewijs bij zowel het bepalen van de betrouwbaarheid als het bepalen van de bewijswaarde. Rechters zouden zich meer bewust moeten zijn van het concept bewijswaarde en zich dienen te realiseren dat ten aanzien van het bepalen van de bewijswaarde van een individueel bewijsmiddel, steunbewijs per definitie geen rol kan spelen. Dat ligt weer enigszins anders in geval van het bepalen van de betrouwbaarheid van een bepaald bewijsmiddel. In de wetenschap wordt benadrukt dat het gevaar bestaat dat door de

De rechtspraak laat zien dat die boterzachte standaarden tot willekeurige en moeilijk controleerbare overwegingen leiden

totaalbenadering met steunbewijs gebreken in het bewijsmiddel worden verhuld en dus genegeerd. Duidelijk is echter ook dat het bepalen van betrouwbaarheid van afzonderlijke bewijsmiddelen op basis van sociaal-wetenschappelijke inzichten daarover, voor de rechter eigenlijk niet werkbaar is. De rechtspraak laat zien dat die boterzachte standaarden tot willekeurige en moeilijk controleerbare overwegingen leiden. Eerder zou daarom kunnen worden gedacht aan het in de rechterlijke toets inbedden van tegenspraak. Bij de politie is die georganiseerd in de vorm van een tegenspreker in het opsporingsteam. Nu dat in de raadkamer wat moeilijk voorstelbaar is, zal dan de rechter zijn eigen tegenspreker moeten zijn. Naast dat hij zich afvraagt of voor een bepaald (betwist) bewijsmiddel steunbewijs aanwezig is, zal hij zich ook altijd de vraag moeten stellen of er informatie is die de inhoud van het bewijsmiddel tegensprekt, of dat er redenen zijn om aan te nemen dat de inhoud anderszins beïnvloed kan zijn, bijvoorbeeld door gebreken in de totstandkoming. Dit is in wezen hetzelfde als denken in alternatieve scenario's, maar dan op het niveau van het bewijsmiddel.⁶⁰ Soms kunnen dergelijke vragen eenvoudig en snel worden beantwoord, soms zullen zij meer onderzoek vergen.

De werkwijze van het denken in, en toetsen van scenario's tot slot, lijkt redelijk ingeburgerd in de rechtspraktijk. Het rechtspraakonderzoek roept evenwel een vraag en een aandachtspunt op ten aanzien van de scenariothe-

orie. Het aandachtspunt betreft het begrip en het gebruik van die theorie door de rechter. Uit sommige uitspraken komt naar voren dat de rechter de scenariotheorie niet goed weet te verwoorden, dan wel niet geheel doorgrondt hoe het toetsen op basis van de scenariotheorie werkt en welk houvast het zou kunnen bieden bij een lastige beslissing. Scenariotheorie zou derhalve meer onderdeel moeten worden van de kennis en dagelijkse routine van elke rechter. Hoe dat precies kan worden bereikt is nog een punt van nadere overdenking en zorg door en van zowel wetenschap als praktijk, maar het ligt voor de hand om hier in ieder geval (structureel) aandacht aan te besteden in de (permanente) rechterlijke opleiding. De vraag die in dit verband evenwel ook moet worden gesteld, is in welke gevallen de scenariotheorie de rechter iets zou kunnen bieden. De rechtspraak laat zien dat de rechter in de meeste gevallen direct beargumenteert waarom de bewijsmiddelen wel of niet tot een bepaalde conclusie kunnen leiden, zonder dat daarbij paarsgewijs scenario's worden vergeleken. En de vraag is of en wanneer de rechter dat wel zou moeten doen. Een vergelijking van scenario's in relatie tot de bewijsmiddelen lijkt eerder aangewezen in de gevallen waarin het er echt om spant. Gevallen waarin bijvoorbeeld onzeker is of aan het bewijsminimum wordt voldaan, gevallen waarin twee scenario's vrijwel even waarschijnlijk zijn op basis van de bewijsmiddelen. Dit is een punt dat zou moeten worden opgepakt door de wetenschap. Daarbij heeft de wetenschap dan wel weer de rechter nodig. Zoals in de eerste paragraaf aan de orde kwam is het kenmerkend voor veel bewijstheorieën dat zij zo ver af lijken te staan van het dagelijkse werk van de gemiddelde rechter, en ogenschijnlijk die rechter ook niet bereiken. Voor het verder ontwikkelen van bijvoorbeeld de scenariotheorie is het dan ook van belang te achterhalen wat nu bijvoorbeeld vaak terugkerende en lastige bewijsvragen zijn voor de rechter: in welke gevallen en waarom twijfelt de rechter (en in welke gevallen juist niet)? In welke gevallen heeft denken in scenario's hem geholpen? Het zou prachtig zijn als de wetenschap toegang kreeg tot de rechter en zijn vragen, en op die manier theorieën over (het waarderen van) bewijs én daarmee uiteindelijk ook de bewijsbeslissing van de rechter, zou kunnen ontwikkelen en verbeteren. •

⁶⁰ Die benadering is in wezen ook terug te zien in HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:953, en wordt vooral prachtig uitgewerkt in de conclusie van Knigge, ECLI:NL:PHR:2014:306. Het betrof

hier de vraag of het hof een verweer inzake de betrouwbaarheid van een later ingetrokken bekentenis op begrijpelijke wijze had weerlegd.