

Bewijsrecht en bewijsmotivering

J.B.H.M. Simmelink

1 Inleiding

Het 'bewijsrecht' is een ruim terrein voor onderzoek. Modelmatig kan het 'bewijs' in ruime zin worden onderscheiden in de volgende strafvorderlijke onderwerpen:

- a. de verzameling van informatie (het vooronderzoek),
- b. de verificatie van de verzamelde informatie en de aanvulling van het bewijsmateriaal (de terechtzitting), en
- c. de verantwoording van de resultaten van het onderzoek (de beslissing omtrent het bewijs van de feiten in het vonnis en de motivering van deze beslissing).

De volgende thema's kunnen tot het 'bewijsrecht' in ruime zin worden gerekend:

- de wijze van vergaring van informatie die door de rechter aan de te nemen beslissingen ten grondslag kan worden gelegd;
- de aanwijzing en definiëring van de bronnen, de bewijsmiddelen, waaruit de rechter informatie kan putten;
- de wijze waarop een en ander ter kennis van de rechter komt en de hierbij in acht te nemen vormvoorschriften, de bewijsvoering;
- de aanduiding van de bewijskracht van de onderscheiden bewijsmiddelen;
- de omschrijving van criteria waaraan moet zijn voldaan, wil de rechter beweerde feiten voor 'waar' aannemen;
- de bewijsbeslissing en -motivering van de rechter in het vonnis.

In dit deelonderzoek wordt de term 'bewijsrecht' niet in deze veelomvattende betekenis gebruikt, maar gaat het om de wettelijke regulering van 1. de beslissing omtrent het bewijs na de sluiting van het onderzoek ter terechtzitting en 2. de verantwoording van deze beslissing in het vonnis. Het gaat derhalve om de regeling van de aanwijzing en definiëring van de informatiebronnen, de voorschriften betreffende de bewijskracht, de door de rechter aan te leggen besliscriteria en de bewijsbeslissing en -motivering in het vonnis. De andere tot het bewijsrecht te rekenen thema's komen in andere deelonderzoeken aan de orde (vgl. het ondervragingsrecht, de inrichting van het vooronderzoek). Evenmin zal in dit onderzoek aandacht worden besteed aan bewijsregels in de regeling van de rechtsmiddelen en het bewijs in accessoire procedures. Deze onderwerpen zullen in latere stadia van het onderzoek ter sprake worden gebracht.

Nadrukkelijk is in deze omschrijving het 'bewijsrecht' niet gerelateerd aan het ten laste gelegde feit. Een van de deelvragen waarop in dit onderzoek een antwoord moet worden geformuleerd is immers de vraag of het bewijsrecht wel moet worden beperkt tot enkel de vaststelling van het ten laste gelegde feit. Ook ten aanzien van andere onderdelen van het rechterlijk vonnis vindt feitenonderzoek en feitenvaststelling plaats (bijv. strafuitsluitingsgronden, straftoemeting). De vraag is of ook hierop het bewijsrecht van toepassing moet worden verklaard.

In de onderstaande beschouwingen staan de bewijsbeslissing en de -motivering centraal. In par. 2 zal een schets worden gegeven van de huidige wettelijke regeling van deze materie en de uitwerking die daaraan in de jurisprudentie is gegeven. Vervolgens wordt in par. 3 ingegaan op de betekenis van het EVRM voor het bewijs en de bewijsmotivering.

Aansluitend zullen in par. 4 enige rechtsvergelijkende exercities worden verricht. Eerst zal intern rechtsvergelijkend worden gekeken naar het bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Algemene wet bestuursrecht en het nieuwe wetboek van strafvordering voor de Nederlandse Antillen en Aruba. Vervolgens wordt de aandacht gericht op het Belgische en Duitse strafprocesrecht. Tevens zullen de voorzieningen uit het Corpus Juris worden belicht, voorzover die beogen bewijsrechtelijke regelingen in de EU te uniformeren. Het doel van deze beschouwingen vormt par. 5. In deze paragraaf zal, tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten voor de inrichting van het onderzoek ter terechtzitting, een schets van een nieuwe regeling van het bewijsrecht en de bewijsmotivering worden gepresenteerd.

Bij de behandeling van de diverse onderwerpen staan telkens de volgende aandachtspunten centraal:

- de positie van de zittingsrechter bij de vergaring van het bewijsmateriaal en de invloed die partijen daarbij kunnen uitoefenen,
- de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen,
- de aanwezigheid van bewijswaarderings- en bewijsminimumregels,
- de vrijheid van de rechter bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal,
- de plicht tot motivering van de beslissing omtrent het bewijs in het vonnis.

Deze aandachtspunten vormen als het ware de rode draad door de diverse onderdelen van dit deelonderzoek.

2 Geldend recht

2.1 Schets van de wettelijke regeling: kenmerkende voorzieningen

De regeling van het bewijsrecht (in de hiervoor aangegeven beperkte betekenis) in het huidige WvSv is opgenomen in de art. 338 t/m 344a. De bewijsbeslissing en -motivering is genormeerd in de art. 350, 352, 358, 359, 359a en 360 eerste lid. Deze regelingen bevatten de volgende kenmerkende voorzieningen.

- a. Het bewijsrecht geldt alleen voor de beslissing dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan. Voor de overige door de rechter te nemen beslissingen geldt een vrij stelsel. Uitzondering hierop is het voor de ontnemingsprocedure geldende art. 511f, waarin is aangegeven dat de schatting van het op geld waardeerbare voordeel slechts kan worden ontleend aan wettige bewijsmiddelen.
- b. Het bewijsrecht gaat uit van een actieve rechter die zoekt naar de materiële waarheid.
- c. De rechter mag het ten laste gelegde feit uitsluitend bewezen verklaren als hij door de wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen dat het feit door de verdachte is begaan.
- d. De wettige bewijsmiddelen moeten op de terechtzitting zijn geproduceerd. Dit is wat betreft de eigen waarneming van de rechter en de verklaring van de verdachte, getuige en deskundige met zoveel worden tot uitdrukking gebracht in de eis dat een en ander ‘bij het onderzoek op de terechtzitting’ moet zijn gedaan. Met het oog op de ‘schriftelijke bescheiden’ is deze eis niet in art. 344 verwoord, maar volgt zulks uit art. 301, lid 5: ten bezware van de verdachte mag geen acht worden geslagen op stukken die niet op de terechtzitting zijn voorgelezen of waarvan niet de korte inhoud is medegedeeld.
- e. De aanwijzing en definiëring van de wettige bewijsmiddelen moet worden begrepen als een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Art. 339 geeft een limitatieve opsomming van de bewijsmiddelen die de rechter aan de bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit ten grondslag mag leggen. De art. 340 t/m 344 geven vervolgens aan welke inhoudelijke

eisen aan de toegelaten bewijsmiddelen moeten worden gesteld. Weliswaar rekt art. 339 in het algemeen ‘schriftelijke bescheiden’ tot de toegelaten bewijsmiddelen, doch in art. 344 blijken de als bewijsmiddel bruikbare schriftelijk bescheiden te worden onderverdeeld in categorieën. Daarbij is ten aanzien van de meest open categorie aangegeven dat ‘andere geschriften’ alleen kunnen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen.

- f. Feiten en omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs. De rechter is niet verplicht, indien hij de bewezenverklaring mede baseert op dergelijke feiten en omstandigheden, in zijn vonnis te expliciteren welke feiten en omstandigheden hij van algemene bekendheid acht.
- g. In art. 343 worden geen eisen gesteld aan de personen die als ‘deskundige’ op de terechtzitting een als bewijsmiddel bruikbare verklaring kunnen afleggen. Evenmin geeft art. 344, lid 1 onder 4^o, in dit opzicht voorzieningen.
- h. De wettelijke regeling bevat enige voorschriften met betrekking tot de bewijskracht van enige bewijsmiddelen: de bewijsminimumvoorschriften. Uit deze voorschriften vloeit voort dat een bewezenverklaring niet is toegelaten als niet een bepaald minimum aan bewijsmiddelen voorhanden is. Deze bewijsminima bestaan uit twee categorieën: de voorschriften die al vanaf de invoering van het wetboek daarin waren geplaatst (de artikelen 341 leden 3 en 4, 342 lid 3¹, 344 lid 1 onder 5^o) en de moderne bewijsminima betreffende de verklaringen van personen waarvan de identiteit niet blijkt en de schriftelijke bescheiden waarin zodanige verklaringen zijn opgenomen, die onder invloed van art. 6 EVRM in het wetboek zijn opgenomen (artikelen 342 lid 2, 344 lid 3 en 344a).
- i. De beslissing omtrent het bewijs van het ten laste gelegde feit dient in het vonnis te worden opgenomen. Zowel de negatieve (vrijspraak) als de positieve (bewezenverklaring) beslissing dient met redenen te zijn omkleed.
- j. De rechter is vrij bij de selectie en waardering van de overtuigende kracht van het op de terechtzitting gepresenteerde bewijsmateriaal. Als de rechter tot een bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit komt, hoeft hij het selectie- en waarderingsproces niet te verantwoorden in het vonnis. Volstaan kan worden met de weergave van het resultaat van die selectie en waardering: het vonnis dient de bewijsmiddelen, de redengevende feiten en omstandigheden, te bevatten op basis waarvan de rechter tot de overtuiging is gekomen dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan. Een uitzondering hierop vormen de in art. 360, lid 1, genoemde gevallen. Van het gebruik van de aldaar genoemde verklaringen als bewijsmiddel dient het vonnis reden te geven.
- k. De rechter is niet verplicht zijn bewijsredenering in het vonnis weer te geven.
- l. Verweren van de verdachte gericht tegen de bewezenverklaring of het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen behoeven - als de rechter het verweer niet aanvaard - geen gemotiveerde verwerping in het vonnis.

2.2 Wetsgeschiedenis

2.2.1 Oorspronkelijk Regeringsontwerp²

Het bewijsrecht in het O.R.O. van het WvSv moet worden aangemerkt als een wettig

1 Met de uitzondering in art. 344, lid 2.

2 Zie Bijl. Hand. II 1913-1914, 286, nr. 2 (voorstel voor een nieuw WvSv) en 3 (MvT).

bewijsstelsel dat tendeert in de richting van een vrije bewijsleer. Het stelsel was 'wettig' in die zin dat de rechter zijn overtuiging omtrent het bewezen zijn van het ten laste gelegde feit diende te baseren op 'den inhoud van wettige bewijsmiddelen' (art. 331 O.R.O.). De toegelaten wettige bewijsmiddelen waren gelijk aan de thans in art. 339 Sv genoemde bewijsmiddelen. Het gebruik van een ander bewijsmiddel dan een van de wettig toegelaten bewijsmiddelen was niet geoorloofd.

De wettelijke regeling van de bewijsmiddelen had alleen betrekking op het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit had gepleegd. De aanwezigheid van 'redenen van uitsluiting der strafbaarheid, als overmacht, noodweer en ontoerekeningsvatbaarheid van den verdachte' kon ook op andere wijzen aannemelijk worden gemaakt. 'Ook in de bewijsvoering, dat hij het te laste gelegde feit *niet* heeft gepleegd, is de verdachte niet aan eenig bewijsmiddel gebonden'. Evenmin was de opsomming van bewijsmiddelen van betekenis voor de motivering van de opgelegde straf. De rechter mocht bij de strafoplegging rekening houden met omstandigheden, 'ook al was het bewijs dier omstandigheden in rechte niet geleverd'. In de MvT (p. 141) wordt hierover gesteld: 'Het schijnt beter dien eisch niet te stellen, daar de rechter uit den aard der zaak toch bij het bepalen der straf ook met deze niet wettig bewezen omstandigheden rekening houdt en het eenig gevolg dus zou zijn, dat niet de ware, althans niet alle beweegredenen in het vonnis werden vermeld'.

Nieuw was het bewijsmiddel 'eigen waarneming van den rechter'. Deze eigen waarneming was het middel om de rechter bekend te maken met alle sporen van het misdrijf in de 'buitenwereld'; d.w.z. de stukken van overtuiging en alles wat de rechter aan de andere toegelaten bewijsmiddelen kan waarnemen (VV/MvA, p. 59-60).

De verklaring van de medeverdachte werd niet toegelaten als bewijsmiddel. Deze uitsluiting hield verband met het oordeel van de wetgever dat de verklaring van een medeverdachte met het oog op het bewijs van de schuld van de verdachte te onbetrouwbaar moest worden geacht: 'medeverdachten hebben er nagenoeg steeds belang bij elkander te bezwaren' en 'hunne eigen schuld te verlichten'. Bovendien kon een medeverdachte niet onder ede worden gehoord, 'zoodat ook die waarborg dat zij de waarheid zullen spreken wordt gemist'.

Verder bevatte het ontwerp regels betreffende de bewijsvoering. Hiermee werden de voorschriften bedoeld, die betrekking hadden op de 'vorm waarin bepaalde bewijsmiddelen door de rechter mogen worden gebezigd': regels omtrent de beëdiging van getuigen en deskundigen, de persoonlijke verschijning en rechtstreekse ondervraging, de wijze van overlegging van schriftelijke bescheiden etc. Deze categorie voorschriften werd niet opgenomen in de afdeling over het bewijsrecht, maar op andere plaatsen in het wetboek zoals de opsporing en het onderzoek op de terechtzitting. De afdeling over het bewijsrecht werd gereserveerd voor de opsomming en omschrijving van de bewijsmiddelen.

Met de inhoudelijke omschrijving van de bewijsmiddelen en de bewijsvoeringsvoorschriften beoogde de wetgever te bevorderen dat de feiten, ten behoeve van het oordeel over het ten laste gelegde feit, 'op de meest vertrouwbare wijze tot 's rechters kennis worden gebracht'. Voorschriften omtrent het horen van getuigen, deskundigen (zoals de beëdiging en de rechtstreekse ondervraging) en de aanduiding van de als bewijsmiddel bruikbare schriftelijke bescheiden kunnen derhalve worden beschouwd als waarborgen voor de inhoudelijke betrouwbaarheid voor het op de terechtzitting gepresenteerde bewijsmateriaal (MvT, p. 131 en 136).

Het ontwerp bevatte geen voorschriften omtrent de bewijskracht van de verschillende bewijsmiddelen. Gebroken werd met diverse bewijsminimumvoorschriften, zoals die in het

WvSv 1886 waren opgenomen.³ Deze voorschriften konden naar het oordeel van de wetgever deels overbodig worden geacht, deels zouden zij ‘het vinden der materiele waarheid in den weg’ staan. Met het oog daarop verdiende het de voorkeur de rechter volledige vrijheid te laten bij de waardering van de bewijskracht van de voorhanden bewijsmiddelen. De consequentie was dat een bewezenverklaring zou kunnen worden uitgesproken op basis van de op zichzelf staande verklaring van de verdachte of op de verklaring van slechts een getuige.

Afgezien is van een voorschrift vergelijkbaar met het ‘Engelse adagium, dat immer *the best evidence* aanwezig moet zijn’. De wetgever achtte het niet gewenst hieromtrent iets in de wet op te nemen. De ontwikkeling van dergelijke bewijsregelen kon beter aan wetenschap en praktijk worden overgelaten.

De compensatie van de schrapping van de bewijsminima zag de wetgever in enige bewijsmotiveringsvoorschriften. Hierin lagen ‘waarborgen ... ter voorkoming, dat de rechter de schuld der verdachten te lichtvaardig zal aannemen’. Elke bewezenverklaring diende te steunen op daartoe reden gevende feiten en omstandigheden. Hiermee beoogde de wetgever de rechter te verplichten in het vonnis ‘de feiten en omstandigheden te noemen, die z.i. door de bewijsmiddelen vaststaan en waaruit hij het bewijs van het te laste gelegde afleidt’ (MvT, p. 140). Met deze redengeving zou de rechter doen blijken van ‘den logischen gedachtengang der vonnissen’. Tevens werd bepaald dat ‘indien geen ander bewijsmiddel aanwezig is dan de verklaring van den verdachte of van één getuige, zoomede indien bewijs wordt ontleend aan de verklaring van een wegens zijn jeugdige leeftijd of krankzinnigheid niet beëdigden getuige, het vonnis waarbij het bewijs als geleverd wordt aangenomen, ... daarvan in het bijzonder reden moet geven. De rechter is in zoodanig geval dus niet langer verplicht vrij te spreken, maar is, het feit als bewezen aannemende, gehouden in het bijzonder te motiveren, waarom hij aan de genoemde exceptioneele bewijsmiddelen bewijskracht toekent’ (MvT, p. 133).⁴

Het in het O.R.O. neergelegde bewijsstelsel moet worden begrepen tegen de achtergrond van het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen bewijsmiddelen en bewijsgronden.⁵ Het ‘bewijsmiddel’ is de vorm waarin de feiten - de bewijsgronden - ter kennis van de rechter komen. Het verschil tussen deze begrippen kan worden verhelderd aan de hand van passages in de MvT betreffende de schriftelijke bescheiden. In art. 337 O.R.O. werd een drietal categorieën schriftelijke bescheiden als toegelaten bewijsmiddel aangewezen. In deze limitatieve opsomming ging het om ‘bescheiden die, wat hunne betrouwbaarheid betreft, op ééne lijn zijn te stellen met beëdigde getuige-verklaringen en van den verdachte zelf uitgegane erkentnissen en mededeelingen en evenals deze uit eigen hoofde reeds als kenbron der waarheid zijn aangewezen’. Deze opsomming was geen belemmering om andere geschriften, bijv. een door de verdachte geschreven brief, als bewijsgrond aan te merken, mits van die bewijsgrond bleek uit een van de wel als bewijsmiddel toegelaten schriftelijke bescheiden (bijv. een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar). De brief van de verdachte kon niet worden aangemerkt als bewijsmiddel, ‘omdat zij in zich zelf de noodige waarborgen van waarachtigheid’ mist. Indien het stuk evenwel via een van de toegelaten bewijsmiddelen ter kennis van de rechter kwam, kon hij dat stuk wel als bewijsgrond

3 Uiteenlopende redenen lagen aan deze keuze ten grondslag; zie de MvT p. 133.

4 Zie het voorgestelde art. 353: ‘Ingeval het bewijs mede wordt aangenomen op de verklaring van een getuige, als bedoeld bij artikel 219, laatste lid, of wel uitsluitend wordt aangenomen op de verklaring van één getuige of van den verdachte, geeft het vonnis daarvan, op straffe van nietigheid, in het bijzonder reden’.

5 Vergelijk K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Gouda Quint, Deventer 1998, p. 111 e.v.

aannemen voor de waarheid van het de verdachte ten laste gelegde feit. De regeling in het O.R.O. gaf derhalve wel een limitatieve opsomming van de toegelaten bewijsmiddelen, bij de beoordeling van hetgeen de rechter als bewijsgrond wilde aannemen werd hij evenwel geheel vrij gelaten (MvT, p. 136).

2.2.2 Invoeging bewijsminima

In de loop van de parlementaire behandeling is het bewijsrecht in het O.R.O. bijgesteld. De meest wezenlijke verandering betreft het ‘herstel’ van bewijsminimumvoorschriften. In dat verband werd met het oog op de verklaring van de verdachte in het VV gesteld: ‘Eenige andere leden achtten eene verklaring van den verdachte zonder meer waarborgen niet voldoende als bewijsmiddel’. Naar aanleiding hiervan werd zonder nadere motivering een minimumvoorschrift ingevoegd dat aansloot bij het oude art. 403 WvSv 1886: ‘Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van den verdachte’.

In het VV werd ook bezwaar gemaakt tegen het vervallen van de oude ‘unus testis nullus testis’-regel. Gevreesd werd ‘dat, als de verklaring van één getuige als volledig bewijs zou kunnen gelden, de veroordeling van onschuldigen daarvan het gevolg zou kunnen zijn’. De aan het woord zijnde leden liepen liever de kans ‘dat bij behoud van den ouden regel niet zelden schuldigen worden vrijgesproken’. Vervolgens gaf de minister aan dat ook hem bij nadere overweging het behoud van de oude regel gewenst voorkwam. Mitsdien werd bepaald: ‘Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige’. In de aanwijzing van de als bewijsmiddel bruikbare schriftelijke bescheiden werd op dit bewijsminimum een uitzondering gemaakt met het oog op de processen-verbaal van een opsporingsambtenaar.

De regeling van de schriftelijke bescheiden werd in nog een ander opzicht gewijzigd. Ook ‘alle andere geschriften’ werden toegelaten als bewijsmiddel. Deze toevoeging werd wenselijk geacht, zodat in het vooronderzoek afgelegde schriftelijke verklaringen en van de verdachte afkomstige geschriften als bewijsmiddel zouden kunnen worden gebruikt. Bij deze wijziging plaatste de minister de kanttekening ‘dat uiteraard langs den weg van dit artikel de alsnog opgenomen bewijsminima-voorschriften niet zullen mogen worden ontdoken’. Dit sprak voor hem zo vanzelf, ‘dat eene bepaling van die strekking geheel onnodig voorkomt’ (VV/MvA, p. 61-62).

2.2.3 Wet getuigenbescherming

Bij de Wet getuigenbescherming⁶ zijn in de afdeling over het bewijsrecht enige voorschriften opgenomen omtrent het gebruik voor het bewijs van verklaringen van anonieme getuigen, dan wel van schriftelijke bescheiden waarin zodanige verklaringen zijn opgenomen. Het betreft de artikelen 342 lid 2, 344 lid 3 en 344a Sv. Deze regelingen zijn ingevoerd onder invloed van jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad betreffende de anonieme getuige en de daarmee samenhangende inbreuken op het ondervragingsrecht, en het gebruik van verklaringen van anoniem gebleven personen voor het bewijs.

De eerste twee van de genoemde artikelen zijn in wezen ‘bewijsverboden’. Het derde artikel sluit aan bij de artikelen 341 lid 4 en 342 lid 3 en moet derhalve worden begrepen als een bewijsminimumvoorschrift.

Het tweede lid van art. 342 gaat uit van het principe dat verklaringen van anonieme getuigen (die op de voet van art. 298 lid 2 worden voorgelezen en aldus worden geacht op de terechtzitting te zijn afgelegd) niet voor het bewijs van het ten laste gelegde feit mogen worden gebruikt, tenzij is voldaan aan enige voorwaarden. Deze houden in:

- de getuige moet zijn aangemerkt als een bedreigde getuige in de zin van art. 136c Sv;
- hij moet op de wijze van de art. 226c-226f zijn gehoord, zodat overeenkomstig art. 226d lid 2 gelegenheid is geboden voor uitoefening van het ondervragingsrecht;
- het bewezen te verklaren feit moet formeel en materieel van een bepaalde ernst zijn (voorlopige hechtenis moet zijn toegelaten en het feit moet kunnen worden gekwalificeerd als een ernstige inbreuk op de rechtsorde).

Art. 344 lid 3 gaat uit van hetzelfde principe. Schriftelijke bescheiden waarin verklaringen zijn opgenomen van personen waarvan de identiteit onbekend is, mogen niet voor het voor het bewijs worden gebruikt, tenzij:

- de bewezenverklaring ‘in belangrijke mate’ steun vindt in andersoortig bewijsmateriaal;
 - door de verdediging geen aanspraak is gemaakt op uitoefening van het ondervragingsrecht.
- Blijkens de parlementaire stukken moet het ‘in belangrijke mate’ uit de eerste voorwaarde worden begrepen als een materieel criterium. Het gaat hierbij niet zozeer om de kwantitatieve hoeveelheid ‘andersoortig’ bewijsmateriaal, die naast het betrokken schriftelijke bescheid aan een bewezenverklaring ten grondslag wordt gelegd, maar om de kwalitatieve rol van het geschrift in de gehele bewijsconstructie.⁷

Het als bewijsminimumvoorschrift op te vatten art. 344a stelt geen kwalitatieve eisen aan de bewijsconstructie in verband met het gebruik voor het bewijs van verklaringen van bedreigde getuigen en geschriften waarin verklaringen van anoniem gebleven personen zijn opgenomen. Het voorschrift volstaat met de eis dat het bewijs ‘niet uitsluitend’ op basis van dergelijke verklaringen en geschriften mag worden aangenomen. ‘Niet uitsluitend’ impliceert dat het steunbewijs in het geheel van de bewijsmiddelen van ondergeschikte betekenis kan zijn. Vergelijk de opmerking in de MvT, waarin aangegeven wordt dat aan het criterium van art. 344a wordt geacht te zijn voldaan als in een geval van verkrachting het bewijs berust op de anonieme verklaring van het slachtoffer, een verklaring van een anoniem gebleven getuige en de resultaten van een medisch onderzoek.⁸

Naast de bovengenoemde bewijsrechtelijke voorschriften is door de Wet getuigenbescherming art. 360 Sv aangevuld met een bijzondere motiveringsplicht. De rechter dient in zijn vonnis van het gebruik van een verklaring van een bedreigde getuige of van een getuige die ‘beperkt anoniem’ is gehoord, of van een schriftelijk stuk waarin een verklaring van een anoniem persoon is opgenomen ‘in het bijzonder redenen’ te geven. De rechter dient in de bewijsmotivering tot uitdrukking te brengen dat de voorwaarden van art. 342 lid 2 zijn vervuld, dat de beperkt anoniem gehoorde getuigen in verband met het afleggen van een verklaring overlast zullen ondervinden of in de uitoefening van zijn beroep zullen worden belemmerd, of dat aan de voorwaarden van art. 344 lid 3 is voldaan.⁹

2.2.4 Systematische verbanden: heeft de door de wetgever ontworpen regeling consequenties voor andere onderdelen van de strafvordering?

Uit de MvT en het gecombineerde VV/MvA bij het WvSv kan worden afgeleid dat de wetgever systematische samenhang zag tussen de regeling van het bewijsrecht en andere

7 Zie de MvT, Kamerstukken 22 483, nr. 3, p. 33-34.

8 Kamerstukken 22 483, nr. 3, MvT, p. 35.

9 Kamerstukken 22 483, nr. 3, MvT, p. 38-39.

wezenlijke onderdelen van de strafvordering:

- de eis van wettigheid van de gebezigde bewijsmiddelen, de omschrijving van de toegelaten bewijsmiddelen en de vereiste motivering van de bewezenverklaring maken het mogelijk dat de Hoge Raad controle kan uitoefenen over de toepassing van het bewijsrecht;¹⁰
- de vermelding in het vonnis van de redengevende feiten en omstandigheden die tot het bewijs van het ten laste gelegde feit hebben geleid, maakt het mogelijk in hoger beroep en cassatie controle uit te oefenen op 'den logischen gedachtengang der vonnissen';¹¹
- de bewijsvoeringsvoorschriften, zoals de voorschriften omtrent de verzameling van bewijsmateriaal in het vooronderzoek, de beëdiging van getuigen en deskundigen, de rechtstreekse ondervraging, de overlegging van geschriften e.d. vormen waarborgen voor de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal;¹²
- de wettelijke opsomming van de bewijsmiddelen bevordert de gelijkheid van rechtspleging; zou worden afgezien van zo'n opsomming, dan bestaat de kans dat 'de eene rechter als bewijsmiddel zou toelaten wat door den ander wordt verworpen'.¹³

De bij de Wet getuigenbescherming ingevoerde bewijsregels hangen systematisch samen met de regeling betreffende het horen van getuigen door de R-C tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, de in de art. 226a t/m 226f opgenomen procedure en het horen van getuigen op de zitting. Ten aanzien van de bedreigde getuige of de beperkt anoniem te horen getuige kan het ondervragingsrecht niet ten volle worden uitgeoefend. De bij het horen van dergelijke getuigen te volgen procedure moet de aan te brengen beperkingen op de rechtstreekse en volledige ondervraging in voldoende mate compenseren, opdat de afgelegde verklaring door de rechter voor het bewijs van het ten laste gelegde feit kan worden gebruikt. In die procedure zal ook rekenschap moeten worden afgelegd van de betrouwbaarheid van de verklaring, aangezien die toetsing maar zeer beperkt door de rechter op de zitting kan worden uitgevoerd.

Het motiveringsvoorschrift van art. 360 Sv maakt het mogelijk dat in hoger beroep en cassatie controle kan worden uitgeoefend over de toepassing van de regeling van de bedreigde getuige en de naleving van de bij die toepassing in acht te nemen voorwaarden.

2.2.5. Rechtsontwikkeling

1. Sedert de inwerkingtreding van het huidige wetboek van strafvordering is over het bewijsrecht en direct daarmee samenhangende thema's een grote hoeveelheid literatuur en jurisprudentie verschenen. In deze paragraaf, waarin in kort bestek de sinds 1926 plaatsgevonden hebbende kenmerkende ontwikkelingen aangaande het bewijsrecht en de bewijsmotivering worden weergegeven, kunnen onmogelijk de vele in de literatuur naar voren gebrachte standpunten over deze materie worden geïnventariseerd en besproken.¹⁴

10 Vgl. Bijl. Hand. II 1913-1914, 286, nr. 3, p. 62.

11 MvT, p. 140.

12 MvT, p. 136.

13 MvT, p. 132.

14 Uit de vele literatuur kan worden genoemd:

- A. Beijer, Bedreigde getuigen in het strafproces, diss., Arnhem 1997;
- W.L. Borst, De bewijsmiddelen in strafzaken, diss., Arnhem 1985;
- W.L. Borst en J.F. Nijboer, Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht, Nijmegen, div. drukken;
- Ch. J. Enschede, Bewijzen in het strafrecht, RM Themis 1966, p. 488-518;
- J.W. Fokkens, Bewijzen in het strafprocesrecht, Zwolle 1984;
- D.M.H.R. Garé, Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces, diss., Arnhem 1994;
- G.E. Langemeijer, Beweringslast en bewijsrisico in het strafproces, TvS 1931, p. 73-102;
- Melai, Wetboek van strafvordering, aant. op de art. 338-344a;
- J.F. Nijboer, Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht, diss., Arnhem

Evenmin leent het bestek van deze paragraaf zich voor een uitgebreide bespreking van een grote hoeveelheid jurisprudentie. Gelet op het doel waarmee dit deelrapport is geschreven, wordt volstaan met een korte aanduiding van enige ontwikkelingen die direct kunnen worden gerelateerd aan de gekozen uitgangspunten voor de inrichting van het strafgeding (zie Algemeen deel, onder 3. Theoretisch kader, en 4. Keuzen en uitgangspunten). Het betreft de uitholling van het wettige bewijsstelsel, de jurisprudentiële uitwerking van de bewijsmotiveringsvoorschriften, de interpretatie van de bewijsminima, het gebruik voor het bewijs van verklaringen die zijn afgelegd in het vooronderzoek in verband met de uitoefening van het ondervragingsrecht van art. 6, lid 3 onder d, EVRM, en de in de jurisprudentie ontwikkelde gevallen waarin bijzondere motiveringsplichten gelden aangaande de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en de verwerping van verweren die zijn gericht tegen het ten laste gelegde feit.

2. De wetgever heeft gestreefd naar een limitatieve opsomming en inhoudelijke omschrijving van de toegelaten bewijsmiddelen. Met deze opsomming en definiëring beoogde de wetgever de inhoudelijke betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal te waarborgen. Het bewijsmiddel 'eigen waarneming van de rechter', de interpretatie van begrippen uit de omschrijvingen van de andere bewijsmiddelen en de de auditu-rechtspraak brengen evenwel mede dat het bewijsstelsel in wezen functioneert als een vrij bewijsstelsel.

Bewijsmateriaal dat in eerste instantie niet lijkt te beantwoorden aan de definitie van de toegelaten bewijsmiddelen, kan via de 'eigen waarneming van de rechter' toch voor het bewijs worden gebruikt. Hierbij kan worden gedacht aan de stukken van overtuiging, afbeeldingen, geluidsbanden, videobeelden etc. Indien dergelijke informatiedragers op de terechtzitting worden getoond, worden zij door de rechter waargenomen en kunnen zij aldus voor het bewijs worden gebruikt. Afbeeldingen etc. zijn eveneens vatbaar voor waarneming door opsporingsambtenaren, zodat de weergave van het waargenomene door middel van een proces-verbaal ter kennis van de rechter kan worden gebracht. Op deze wijze kunnen in beginsel alle voor het bewijs van de tenlastelegging redengevende feiten worden herleid naar een van de wettige bewijsmiddelen en kunnen derhalve voor het bewijs worden gebruikt.¹⁵ Beperkingen op dit beginsel liggen niet besloten in de inhoudelijke definities van de bewijsmiddelen, maar berusten op andere gronden. Zo is het met de positie van de raadsman van de verdachte of de op de terechtzitting aanwezige officier van justitie onverenigbaar om uitlatingen van deze personen via een van de toegelaten bewijsmiddelen (eigen waarneming van de rechter, verklaring van een getuige) voor het bewijs te gebruiken.¹⁶ Strikt genomen, worden de uitlatingen van de raadsman en de officier van justitie op de terechtzitting waargenomen door de rechter, dan wel zijn die uitlatingen de auditu reproduceerbaar door een getuige. Strikt genomen staat het wettige bewijsstelsel er als zodanig niet aan in de weg om het gecreëerde bewijsmiddel te gebruiken. Een dergelijke handelwijze is evenwel

1982;

- J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, 3e dr., Nijmegen 1997;

- W.P.J. Pompe, Het bewijs in strafzaken, in: Vijf opstellen van Willem Pompe, Zwolle, z.j., p.

- J.M. Reijntjes, Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk, diss., Arnhem 1980.

15 Vgl. G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, 2e dr., p. 599-601; G. Knigge, Afscheid van het wettelijk bewijsstelsel, RM Themis, 1995, p. 381-382.

16 Vgl. HR 15 september 1980, NJ 1981, 13, waarin is aangegeven dat de verklaring van de raadsman niet voor het bewijs mag worden gebruikt; aangenomen mag worden dat zulks ook niet is toegelaten via de 'eigen waarneming van de rechter' of door middel van een de auditu constructie met een van de andere toegelaten bewijsmiddelen. In HR 17 februari 1981, NJ 1981, 536 en HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 is beslist dat de officier van justitie die in de zaak als vertegenwoordiger van het openbaar ministerie is opgetreden, niet als getuige kan worden gehoord.

onverenigbaar met de positie die de raadsman en de officier van justitie op de terechtzitting innemen.

De wettige bewijsregeling betreffende verklaringen van getuigen ging er van uit dat getuigen zoveel mogelijk op de terechtzitting en onder ede een verklaring af zouden leggen, waarbij voor de verdediging alle gelegenheid bestond om de getuigen rechtstreeks te ondervragen. De regeling van de voor het bewijs bruikbare op ambtseed opgemaakte processen-verbaal van opsporingsambtenaren veronderstelde dat in het proces-verbaal verslag werd gedaan van de door hen persoonlijk gedane verrichtingen en waarnemingen in verband met de opsporing van het strafbare feit. Door de de auditu-rechtspraak is aan deze veronderstellingen de grondslag komen te ontvallen en bestaan er wettelijk nagenoeg geen beperkingen om buiten rechte afgelegde getuigenissen voor het bewijs te gebruiken.¹⁷ Wat betreft de functie van het wettige bewijsstelsel, het bieden van aanknopingspunten voor de selectie van betrouwbaar en onbetrouwbaar bewijsmateriaal, ligt thans de nadruk op de naleving van zittingsvoorschriften (zoals de beëdiging van getuigen, het al dan niet oproepen van personen om als getuige op de terechtzitting te verschijnen) en de uitoefening van het ondervragingsrecht. De door het wettige bewijsstelsel als zodanig geboden waarborgen zijn derhalve afgestorven en bij andere strafvorderlijke voorzieningen weer tot leven gekomen. Deze uitholling van het waarborgkarakter van het wettige bewijsstelsel is niet gepaard gegaan met een evenredige groei aan betekenis van andere facetten van het stelsel. De slotsom is dan ook dat het wettige bewijsstelsel in het strafprocesrecht geen positief te waarderen functies meer vervult.

3. In de ogen van de wetgever zou de motivering van de beslissing omtrent het bewijs van het ten laste gelegde feit uit twee delen moeten bestaan: de weergave van de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen (art. 359, lid 1) en een vermelding van de uit de bewijsmiddelen afgeleide redengevende feiten en omstandigheden (art. 359, lid 3). In de jurisprudentie heeft dit tweede deel van de bewijsmotivering geen zelfstandige plaats gekregen. Al spoedig na de inwerkingtreding van het wetboek heeft de Hoge Raad beslist dat aan het motiveringsvoorschrift van art. 359, lid 3, Sv in principe is voldaan, indien de rechter na de vermelding van de bewijsmiddelen overweegt: 'leverende immers de in bovenstaande bewijsmiddelen opgenoemde feiten en omstandigheden, die hier als herhaald moeten worden beschouwd, op even zoovele redengevende feiten en omstandigheden, waarop steunt (de) beslissing dat het te laste gelegde en hierboven bewezen verklaarde door den verd. is begaan'.¹⁸ Of naast deze algemene bewoordingen nog afzonderlijk een nadere redengeving omtrent het bewijs in het vonnis diende te worden opgenomen, werd overgelaten aan de feitenrechter. Voor ingrijpen door de cassatierechter was pas plaats 'indien de als zoodanig aan te wijzen feiten of omstandigheden de redengeving voor meergenoemde beslissing (de bewezen verklaring, JS) niet kunnen opleveren'. Aanleiding voor zo'n oordeel van de cassatierechter kon zijn een geval waarin de feitenrechter een tegen de ten laste gelegde feiten gericht verweer van de verdachte in het midden had gelaten.¹⁹ Indien de feitenrechter daarentegen, al dan niet naar aanleiding van een gevoerd verweer, een nadere verantwoording

17 Een uitzondering vormen de bewijsminima ter zake van verklaringen van anoniem gebleven getuigen in art. 344, lid 3, en 344a Sv.

18 Zie HR 21 juni 1926, NJ 1926, p. 725, m.nt. L.B., HR 7 juni 1926, NJ 1926, p. 727, m.nt. L.B., HR 23 november 1965, NJ 1966, 227, m.nt. Van Berckel. Het ontbreken van een dergelijke formulering hoeft geen consequenties te hebben; zie HR 12 juni 1979, NJ 1979, 584, waarin de formulering van art. 359, lid 3, Sv in de beslissing van de feitenrechter werd ingelezen.

19 HR 29 november 1926, NJ 1927, p. 43, m.nt. L.B. (dit arrest zou naar huidige maatstaven onder de zgn. Meer en Vaart-jurisprudentie worden gerubriceerd), HR 17 oktober 1927, NJ 1927, p. 1446.

van de bewezen verklaring in het vonnis/arrest opnam, gold de eis van art. 359, lid 1, Sv: die verantwoording kon alleen steunen op de 'feiten of omstandigheden' die aan de bewijsmiddelen konden worden ontleend.²⁰

Naast de door art. 359, lid 1, Sv geëiste vermelding van de wettige bewijsmiddelen heeft de aanwijzing van de voor de bewezen verklaring 'redengevende feiten of omstandigheden' overeenkomstig art. 359, lid 3, Sv voor de motivering van de bewezen verklaring inhoudelijk dus weinig aanvullende betekenis. Uit de eis van art. 359, lid 3, Sv wordt evenwel afgeleid dat de rechter bij de weergave van de gebezigde bewijsmiddelen zich dient te beperken tot de uit het bewijsmiddel blijkende redengevende feiten. Op deze wijze kan aan de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen redengevende kracht worden ontzegd.²¹ Hierbij kan worden gedacht aan een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar, dat een verklaring van een getuige bevat waarin meningen, gissingen of conclusies worden uitgesproken (bijv. HR 15 april 1975, NJ 1975, 289, m.nt. Th.W.v.V.), een verklaring van een getuige die leugenachtig is bevonden (HR 14 september 1992, NJ 1993, 54, m.nt. ThWvV), tegenstrijdigheid in een bewijsmiddel (HR 5 februari 1963, NJ 1963, 196, m.nt. Van Berckel) of de omstandigheid dat de verdachte weigert een verklaring af te leggen of zich op zijn zwijgrecht beroept (HR 12 maart 1996, NJ 1996, 539; HR 19 maart 1996, NJ 1996, 540). De inhoud van dergelijke bewijsmiddelen kan geen 'reden geven' voor de beslissing dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan, zodat de inhoud van zo'n bewijsmiddel in het vonnis niet voldoet aan de eis van art. 359, lid 3, Sv. Anders dan de wetgever heeft bedoeld, blijkt het betrokken voorschrift dus wel een rol te kunnen spelen bij de beoordeling van de redengevende kracht van bewijsmiddelen.

4. De klassieke bewijsminimumvoorschriften (art. 341, leden 3 en 4, 342, lid 3 en 344, lid 1 onder 5°, Sv) werden door de ontwerp-wetgever beschouwd als waarborgen tegen een lichtvaardige veroordeling dan wel een veroordeling op basis van bij voorbaat als dubieus aan te merken bewijsmateriaal. In de jurisprudentie zijn deze bewijsminima zodanig geïnterpreteerd, dat er weinig is overgebleven van het waarborg-karakter van de betrokken voorschriften. Feitelijk zijn de beperkingen op de bewijskracht van bewijsmiddelen maar van zeer geringe betekenis. Zo is beslist dat art. 341, lid 3, Sv alleen geldt voor medeverdachten waarvan de zaken gevoegd worden behandeld. Alleen in deze situatie is sprake van een opgave van een verdachte die 'alleen te zijnen aanzien' kan gelden. Worden de strafzaken tegen de diverse medeverdachten niet-gevoegd behandeld, maar als afzonderlijke zaken aangebracht, dan kunnen de in materieel opzicht medeverdachten in de parallel tegen andere medeverdachten lopende strafzaken als getuige worden gehoord. Op een dergelijke getuigenverklaring is art. 341, lid 3, Sv niet van toepassing.²² Deze interpretatie van art. 341, lid 3, Sv maakt het mogelijk om strafzaken tegen medeverdachten formeel niet-gevoegd, maar wel gelijktijdig te behandelen. In de formeel afzonderlijke zaken kunnen - indien daaraan behoefte bestaat - medeverdachten over en weer als getuigen worden gehoord.

In twee arresten heeft de Hoge Raad art. 341, lid 3, Sv, ook in een geval waarin sprake was van gevoegde zaken, verder ingeperkt. In deze casus was sprake van een verklaring van een getuige die weergaf wat hij van een van de medeverdachten had gehoord. Deze de auditu-

20 Vgl. o.m. HR 8 juni 1972, NJ 1972, 231, m.nt. A.L.M.; A. Krikke, Bewijsmotivering en overweging onder de streep in strafvonnissen, RM Themis 1977, p. 446 e.v.; G. Knigge, Beslissen en motiveren, Gouda Quint, Arnhem 1980, p. 160-167.

21 Zie bijv. P.J.H.M. Brouns, De bewijsmotivering in strafzaken, in: G. Knigge (red.), Leerstukken van strafprocesrecht, 4e dr., Wolters Noordhoff, Groningen 1998, p. 198-202; G. Knigge, Beslissen en motiveren, p. 144-148, 155-160.

22 Vgl. o.m. HR 14 juni 1960, NJ 1960, 597; HR 29 oktober 1974, NJ 1975, 108.

verklaring van de getuige werd tegen de andere verdachte voor het bewijs gebruikt. Nu de medeverdachte blijkens hetgeen hij aan de getuige had verteld ‘ook zichzelf bloot gaf’ en ‘die uitlating er niet op was berekend, dat zij ter kennis van de justitie zou kunnen komen’ hoefde de uitlating van de medeverdachte niet te worden opgevat als een ‘opgave’ in de zin van art. 341, lid 2, Sv, zodat de beperking van het derde lid van art. 341 niet van toepassing was.²³

De enkele verklaring van de verdachte of een verklaring van slechts één getuige is onvoldoende voor het bewijs van het ten laste gelegde feit (art. 341, lid 4, 342, lid 3). De zogenaamde ‘andere geschriften’ van art. 344, lid 1 onder 5°, Sv ‘kunnen alleen gelden in verband met den inhoud van andere bewijsmiddelen’. Uit de jurisprudentie volgt dat de in deze bepalingen besloten liggende eis van ‘dubbele bevestiging’ materieel weinig aanvullend bewijsmateriaal verlangt voor het bewijs van het ten laste gelegde feit of voor het gebruik van een ‘ander geschrift’ voor het bewijs. Het is vaste rechtspraak dat aan de bewijsminima van de art. 341, lid 4, en 342, lid 3, is voldaan, zodra naast de verklaring van de verdachte of van de getuige een onderdeel van de tenlastelegging wordt geschraagd door een ander bewijsmiddel. Hierbij is het relatieve gewicht van het betrokken onderdeel in de tenlastelegging of van het aanvullende bewijsmiddel niet van belang, noch is vereist dat het aanvullende bewijsmiddel de verklaring van de verdachte of getuige bevestigt. Op grond van deze uitleg kan het onderdeel dat wordt bewezen door een ander bewijsmiddel slechts een bijkomende feitelijke omstandigheid betreffen die niet van wezenlijke betekenis is voor het in de tenlastelegging geformuleerde strafrechtelijke verwijt.²⁴ Aan het door art. 344, lid 1 onder 5°, Sv verlangde ‘verband met den inhoud van andere bewijsmiddelen’ is al voldaan, indien een onderdeel van de inhoud van het ‘ander geschrift’ wordt bevestigd door andere bewijsmiddelen.²⁵

5. De de auditu-jurisprudentie maakt het mogelijk om bij het bewijs op ruime schaal gebruik te maken van buitengerechtigde verklaringen van getuigen. Voor de inwerkingtreding van de Wet getuigenbescherming (vgl. § 2.2.3) bevatte het wetboek in dit opzicht zelfs geen beperkingen op het gebruik van verklaringen van anonieme zagslieden. Onder invloed van de rechtspraak van het EHRM zijn de scherpe kantjes van de de auditu-praktijk in belangrijke mate afgeslepen. Op de eerste plaats kan worden gewezen op de bij de Wet getuigenbescherming ingevoerde regelingen aangaande de bedreigde getuige en de beperkingen aangaande het gebruik voor het bewijs van verklaringen van anonieme getuigen (art. 342, lid 2, 344, lid 3 en 344a). Op de tweede plaats de accentuering van het ondervragingsrecht van art. 6, lid 3 onder d, EVRM. In verband met het gebruik voor het bewijs van verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd, is door het EHRM beslist dat art. 6 EVRM in principe niet aan een zodanig gebruik in de weg staat. De de auditu-rechtspraak is dus als zodanig niet onverenigbaar met het recht op een ‘eerlijk’ proces. Voorwaarde is wel dat de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd. Hieruit volgt dat de verdediging in enig stadium van de procedure de gelegenheid moet worden geboden tot ondervraging van de getuige.²⁶ Als die mogelijkheid tot ondervraging niet kon worden uitgeoefend, dan valt het gebruik van de betrokken getuigenverklaring in principe niet te

23 Zie HR 16 maart 1965, NJ 1965, 269, m.nt. W.P., HR 24 februari 1948, NJ 1948, 278.

24 M.b.t. art. 341, lid 4: HR 8 juni 1931, NJ 1932, 1550, W 12 458; HR 21 maart 1944, NJ 1944, 412; HR 1 november 1988, NJ 1989, 574, m.nt. ALM. Zie m.b.t. art. 342, lid 3: HR 17 februari 1948, NJ 1948, 176; HR 19 oktober 1954, NJ 1955, 2 en HR 21 december 1976, NJ 1977, 162, m.nt. G.E.M..

25 Zie bijv. HR 9 februari 1954, NJ 1954, 281; Minkenhof-Reijntjes, De Nederlandse strafvordering, 7e dr., Gouda Quint, Deventer 1998, p. 323.

26 Zie bijv. EHRM 27 september 1990, NJ 1993, 707; EHRM 19 februari 1991, NJ 1993, 708; EHRM 26 april 1991, NJ 1993, 710; EHRM 15 juni 1992, NJ 1993, 711, m.nt. EAA.

rijmen met art. 6 EVRM. Een uitzondering geldt indien de betrokken getuigenverklaring in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen. Die steun is aanwezig als ‘de betrokkenheid van de verdachte bij het hem tenlastegelegde feit wordt bevestigd door ander bewijsmateriaal’.²⁷

Deze jurisprudentiële ontwikkeling valt voor wat betreft het onderzoek naar de inrichting van het onderzoek op de terechtzitting uiteen in twee kwesties. Ten eerste de organisatie van het ondervragingsrecht. Dit thema komt in deelrapport 7. Positie getuigen, ondervragingsrecht aan de orde. Ten tweede de aan de onmogelijkheid tot uitoefening van het ondervragingsrecht gekoppelde beperking ten aanzien van de bewijskracht van verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd. In wezen is hiermee een nieuw buitenwettelijk bewijsminimumvoorschrift ingevoerd. Naast de onder 4. aangegeven minimalistische interpretatie van de klassieke bewijsminima is deze invoering opmerkelijk te noemen.

6. In de wettelijke regeling betreffende de door de rechter in het vonnis op te nemen beslissingen en de motivering daarvan, is de beslissing omtrent het bewijs uitgebreid genormeerd. Het vonnis dient de bewijsmiddelen te bevatten (art. 359, lid 1), de bewezen verklaring moet met redenen zijn omkleed (art. 359, lid 2, j° 358, lid 2), de beslissing dat het feit door de verdachte is begaan moet berusten op de als zodanig in het vonnis aangewezen redengevende feiten of omstandigheden (art. 359, lid 3) en van het gebruik van een specifiek aantal bewijsmiddelen dient het vonnis ‘in het bijzonder redenen’ te geven (art. 360, lid 1). Met dit samenstel van voorschriften beoogde de wetgever de rechter te verplichten tot een meer uitgebreide motivering van de bewijsbeslissing. In het vonnis zou de rechter moeten ‘motiveeren, waarom hij op grond van den medegedeelden inhoud der bewijsmiddelen het feit bewezen acht; hij moet de feiten en omstandigheden noemen, die z.i. door de bewijsmiddelen vaststaan en waaruit hij het bewijs van het ten laste gelegde afleidt’. In deze motivering zou duidelijk worden ‘waarom de rechter aan de bijgebrachte bewijsgronden bewijskracht toekent’ en wat ‘de redengevende feiten en omstandigheden’ zijn geweest ‘welke den rechter tot het aannemen van het bewijs van het te laste gelegde feit hebben geleid’.²⁸ Door een dergelijke uitgebreide motivering van de bewezen verklaring zou het vonnis aan overtuigingskracht winnen, wordt de rechter genoopt ‘zich zelf zeer nauwkeurig rekenschap te geven van de waarde van het materiaal, waaruit hij die conclusie opbouwt’ en worden de rechters in hoger beroep en cassatie in staat gesteld hun controlerende taak uit te oefenen.

De doelstellingen die de wetgever voor ogen stonden met de voorschriften omtrent de motivering van het vonnis, zijn in de jurisprudentie niet gerealiseerd. Zoals onder 3. is aangegeven heeft de plicht tot aanwijzing van de redengevende feiten of omstandigheden van art. 359, lid 3, Sv maar een uiterst beperkte functie. Ten aanzien van de door de wetgever bedoelde plicht tot motivering van de bewijskracht van de voorhanden bewijsmiddelen is de stand van zaken niet veel anders. Blijkens vaste jurisprudentie is de rechter vrij in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Hierover behoeft in principe geen verantwoording te worden afgelegd in het vonnis, ook niet indien de betrouwbaarheid van het gebruikte bewijsmateriaal door de verdediging is betwist. Hetzelfde geldt voor een verweer inhoudende dat het ten laste gelegde feit om een of andere reden (bijv. een ‘alibi’) niet zou kunnen worden bewezen. De verwerping van een dergelijk verweer behoeft in het vonnis niet afzonderlijk met redenen te worden omkleed (zie art. 358, lid 3, j° 359, lid 2, Sv), aangezien

27 Vgl. EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741, m.nt. Kn; HR 14 april 1998, NJ 1999, 73; HR 29 september 1998, NJ 1999, 74, m.nt. Kn.

28 Bijl. Hand. II 1913-1914, 286, nr. 3, MvT, p. 140.

van die verwerping blijkt uit de gebezigde bewijsmiddelen.

In de loop der tijd is op de voormelde hoofdregels een belangrijk aantal uitzonderingen gegroeid. Met het oog op de selectie en waardering van het bewijsmateriaal zijn dit in de termen van de Hoge Raad 'bijzondere gevallen', waarin in afwijking van de hoofdregel het gebruik of het oordeel over de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal een afzonderlijke motivering behoeft. Zo volgt uit art. 360, lid 1, Sv dat de rechter in zijn vonnis zelfstandig blijkt moet geven van zijn onderzoek naar de betrouwbaarheid van de in die bepaling genoemde bewijsmiddelen.²⁹ Verder is in diverse arresten van de Hoge Raad beslist dat de rechter in sommige gevallen naar aanleiding van een verweer de selectie en waardering van het bewijsmateriaal in het vonnis nader met redenen moet omkleeden. Zie bijv. HR 28 februari 1989, NJ 1989, 748, m.nt. ThWvV, waarin het ging om een gemotiveerde betwisting van de door een deskundige gehanteerde onderzoeksmethode. In HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799, m.nt. Sch, is aangegeven dat bij de betwisting van de betrouwbaarheid van een verklaring van een zgn. 'kroongetuige' de rechter in het vonnis blijkt moet geven van een onderzoek naar die betrouwbaarheid. In zo'n geval geldt een 'bijzondere motiveringsplicht'.³⁰ De selectie en het gebruik van het bewijsmateriaal behoeft verder nadere motivering indien ten aanzien van een van de door de rechter gebezigde bewijsmiddelen een verweer is gevoerd waarin de rechtmatige verkrijging van het betrokken bewijsmiddel is bestreden. Het gebruik van het bewijsmiddel vergt een gemotiveerde verwerping van het verweer in het vonnis.³¹

Ook bepaalde verweren die zich keren tegen het ten laste gelegde feit behoeven soms bijzondere aandacht van de rechter. Blijft die aandacht achterwege, dan is het gevolg dat de bewezen verklaring onvoldoende met redenen is omkleed. Zo'n motiveringsgebrek doet zich voor in zogenaamde 'Meer en Vaart'-situaties: het verweer is onverenigbaar met het bewezen verklaarde feit, terwijl het verweer niet wordt uitgesloten door de gebezigde bewijsmiddelen. De bewijsmotivering schiet in zo'n geval tekort, doordat de in het verweer besloten liggende mogelijkheid is opengebleven dat het ten laste gelegde feit niet is begaan en vrijspraak had moeten volgen.³² Naast deze feitelijk getinte verweren dienen, bij bewezenverklaring, verweren waarin in de tenlastelegging besloten liggende kwalificaties worden bestreden, gemotiveerd te worden verworpen. In deze gevallen gaat het om de interpretatie van een in de tenlastelegging opgenomen bestanddeel van de wettelijke strafbepaling, waarbij de door het verweer uitgedragen interpretatie zou meebrengen dat het feit niet zou kunnen worden bewezen. De verwerping van zo'n verweer dient in het vonnis met redenen te worden omkleed.³³

De rechterlijke plicht tot nadere motivering van de bewijsbeslissing naar aanleiding van een gevoerd verweer heeft vorm gekregen in de jurisprudentie, in principe los van de wettelijke voorschriften betreffende de in het vonnis op te nemen beslissingen en de motivering daarvan (art. 358-360 Sv). Deze voorschriften vormen dan ook geen betrouwbaar richtsnoer meer bij de benoeming van de categorieën verweren (art. 358, lid 3, Sv) die een gemotiveerde beslissing van de rechter vergen. Geredeneerd vanuit de systematiek van het beslissings- en motiveringspatroon, is het van belang te constateren dat voor de scheidslijn

29 Zie HR 20 mei 1997, NJ 1998, 22, m.nt. JR. Ten aanzien van de verklaringen van anoniem gebleven personen is deze motiveringsplicht een 'codificatie' van eerder gewezen jurisprudentie.

30 Zie voor een bespreking van de gevallen waarin zo'n bijzondere motiveringsplicht geldt de annotaties van 'tH onder HR 12 maart 1996, NJ 1996, 511 en HR 30 maart 1999, NJ 1999, 451; zie ook HR 13 mei 1997, NJ 1998, 318, m.nt. Sch, en HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404, m.nt. JR.

31 Vgl. HR 18 april 1978, NJ 1978, 365, m.nt. Th.W.v.V.

32 Zie HR 1 februari 1972, NJ 1974, 450, m.nt. Th.W.v.V.

33 Zie HR 20 juni 1978, NJ 1979, 41, m.nt. Th.W.v.V., HR 16 februari 1982, NJ 1982, 411 en HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583, m.nt. A.C. 't Hart.

tussen de ‘bewijsverweren’ die al dan niet een gemotiveerde reactie van de rechter vereisen moeilijk een verklaring valt te geven. Het onderhavige onderzoek is er op gericht deze systematische grondslag voor de vormgeving van de rechterlijke motiveringsplicht te herstellen.

3. De context van de wettelijke regeling

3.1. Internationaal: uniformerende tendensen

In het verband van de EU worden initiatieven ontplooid tot uniformering van onderdelen van het strafprocesrecht. Gewezen kan worden op het zogenaamde Corpus Juris, waarin enige regelingen zijn opgenomen aangaande het bewijsrecht. Deze voorstellen worden in dit deelrapport besproken in par. 4.5.

3.2. Supranationaal: het EVRM

Het EVRM, in het bijzonder het in art. 6 gegarandeerde recht op een eerlijk proces, stelt geen minimumeisen aan de in strafprocedures geldende bewijssystemen. In een serie arresten heeft het EHRM expliciet aangegeven dat de inrichting van het bewijsrecht vooralsnog een aangelegenheid is voor de nationale autoriteiten: ‘The Court reiterates that the taking of evidence is governed primarily by the rules of domestic law and it is in principle for the national courts to assess the evidence before them’.³⁴ De wijze waarop een deel van het strafprocesrecht - het bewijsrecht, bestaande uit de aanwijzing van de toegelaten bewijsmiddelen en de regeling van de wijze van bewijslevering - wettelijk moet worden geregeld, staat dus ter discretie van de verdragsstaten. Voor het Hof gaat het er om dat de concrete toepassing van het strafprocesrecht in de gevolgde procedure moet resulteren in een ‘eerlijk’ proces: ‘The Court’s task under the Convention is ... to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair’. Deze benadering brengt mede dat het Hof geen algemene uitspraken doet over de toelating van bewijsmiddelen³⁵ in het algemeen, ook niet als bewijsmiddelen naar nationale maatstaven wellicht als onrechtmatig verkregen moeten worden aangemerkt.³⁶ Centraal staat de ‘eerlijkheid’ van de gehele procedure en de wijze waarop vorm is gegeven aan de in art. 6 EVRM besloten liggende garanties.

Bij deze toetsing aan de eisen van een eerlijk proces kan het gaan om de beoordeling van de wijze van bewijsvergaring of het gebruik van bewijsmiddelen. Ten aanzien van bijvoorbeeld verklaringen van getuigen kan hierbij worden gedacht aan de vraag of voldoende mogelijkheid heeft bestaan tot uitoefening van verdedigingsrechten, in het bijzonder het ondervragingsrecht (op de terechtzitting dan wel in de loop van het vooronderzoek). Beperkingen op de uitoefening van verdedigingsrechten ten opzichte van bepaalde

34 EHRM 20 september 1993, NJ 1994, 358, m.nt. Kn; zie ook EHRM 23 April 1997, NJ 1997, 635, m.nt. Kn; EHRM 12 juli 1988, ser. A 140, Schenk case; EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741, m.nt. Kn; EHRM 19 februari 1991, NJ 1993, 708; EHRM 15 juni 1992, NJ 1993, 711, m.nt. EEA; EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534, m.nt. HJS en EJD.

35 Vgl. EHRM 6 mei 1985, Ser. A 92, Bönisch case: ‘The Court’s task is thus not to review in abstracto under the Convention the domestic law complained of, but to examine the manner in which that law has been applied to the applicant’.

36 Vgl. EHRM 12 juli 1988, ser. A 140, overweging 46, waarin werd overwogen dat art. 6 ‘does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible’.

bewijsmiddelen impliceren niet meteen dat het proces niet meer zou kunnen worden aangemerkt als 'fair'. Tekortkomingen op een bepaald onderdeel zijn in zekere mate vatbaar voor compensatie, waardoor het geheel 'eerlijk' blijft. Zie in dit verband de jurisprudentie van het Hof betreffende anonieme getuigen. De anonimiteit van een getuige leidt per definitie tot beperkingen op het rechtstreekse ondervragingsrecht. Art. 6 EVRM verlangt dan 'that the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities'.³⁷

In het kader van de beperkingen op het ondervragingsrecht heeft het EHRM 'regels' aangaande de bewijskracht geformuleerd. Ook al zijn de beperkingen op het ondervragingsrecht ten aanzien van anonieme getuigen voldoende 'counterbalanced', dan is het nog niet geoorloofd dat een veroordeling 'solely or to a decisive extent' is gebaseerd op 'anonymous statements'.³⁸ Hetzelfde principe geldt voor verklaringen van getuigen die uitsluitend in het vooronderzoek een verklaring hebben afgelegd en niet door de verdediging konden worden ondervraagd. Een veroordeling waarbij voor het bewijs gebruik wordt gemaakt van dergelijke verklaringen is alleen toelaatbaar bij aanwezigheid van substantieel steunbewijs.³⁹

In het kader van het bewijsrecht, te begrijpen in ruime zin (vgl. de inleidende paragraaf van dit deelrapport) is art. 6 EVRM van betekenis - en hetzelfde geldt voor de andere in het EVRM gegarandeerde rechten, zoals art. 8 EVRM - voor de bewijsvergaring en het gebruik van bewijsmiddelen. Met het oog op de bewijsvergaring zal in andere deelrapporten aandacht worden besteed aan art. 6 EVRM. Zie bijvoorbeeld de aan getuigen en deskundigen gewijde deelrapporten. Beperkingen op verdedigingsrechten en het gebruik van bewijsmiddelen houden verband met de bewijsmotivering en zullen in dat verband in dit deelrapport aan de orde komen. De belangrijkste constatering is thans evenwel, dat art. 6 EVRM geen argumenten aandraagt die sturend zijn voor de vormgeving van het wettelijke bewijsrecht in strikte zin. De in dit verband te maken afwegingen en keuzes zijn vooralsnog overgelaten aan de nationale wetgever.

4. Rechtsvergelijking

4.1. Inleiding

In deze paragraaf wordt het strafvorderlijke bewijsrecht gespiegeld aan het in andere stelsels geldende bewijsrecht. Op de eerste plaats wordt intern rechtsvergelijkend gekeken naar het in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het in de Algemene wet bestuursrecht en het in het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba geldende bewijsrecht. Op de tweede plaats wordt het Belgische en Duitse strafprocesrecht als referentiekader gebruikt. Tenslotte wordt ingegaan op het streven om in het verband van de Europese Unie onderdelen van het strafprocesrecht te uniformeren, voorzover dit gestalte heeft gekregen in het zogenaamde Corpus Juris. In deze interne en externe rechtsvergelijkende beschouwingen staan ook de in de inleiding genoemde aandachtspunten centraal.

4.2. Intern: de strafvorderlijke regeling in de context van nationaal recht

37 Vgl. EHRM 23 April 1997, NJ 1997, 635, m.nt. Kn, § 54.

38 Deze rechtspraak van het EHRM is door de Wet getuigenbescherming 'gecodificeerd' in de art. 344, lid 3 onder a. en 344a Sv.

39 Zie bijv. EHRM 20 September 1993, NJ 1994, 358, m.nt. Kn; EHRM 7 augustus 1996, NJ 1998, 185. Zie voor de nationale 'vertaling' van deze rechtspraak HR 1 februari 1994, NJ 1994, 427, m.nt. C en HR 29 September 1998, NJ 1999, 74, m.nt. Kn.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

1. Voor de weergave van het bewijsrecht in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering is gebruik gemaakt van:

- G.R. Rutgers, R.J.C. Flach, G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Kluwer, Deventer 1988

- W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer, Deventer z.j., losbl., Hoofdstuk Inleiding bewijsrecht

2. De regels betreffende het bewijsrecht in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering zijn op 1 april 1988 in werking getreden. Het in die voorschriften neergelegde bewijsstelsel kan worden getypeerd als een vrije bewijsleer. De wettelijke regeling berust op het uitgangspunt dat de wetgever de vrijheid van de rechter bij de waardering van de bewijsmiddelen zo min mogelijk moet beperken en derhalve zuinig moet zijn met voorschriften omtrent de bewijskracht van bewijsmiddelen. De waarde van bewijsmiddelen dient in principe niet door de wetgever in abstracto, maar door de rechter in concreto te worden bepaald. Om deze reden heeft de wetgever uiteenlopende oude voorschriften omtrent de waardering van bewijsmiddelen⁴⁰ door de rechter geschrapt. De keuze voor een vrij bewijsstelsel is ingegeven door het doel van het proces: het binnen de grenzen van het geschil zoveel mogelijk benaderen van de materiële waarheid.

3. De 'grenzen van het geschil' worden bepaald door partijen. Over en weer niet betwiste feiten worden voor 'waar' gehouden⁴¹ en behoeven in principe geen nader onderzoek. Inzake de niet-betwisting en het vaststaan van feiten bevat art. 181 Rv een bijzonder voorschrift betreffende de gerechtelijke erkenning. Dit is een in een aanhangig geding door een der partijen gedane erkenning van de waarheid van een stelling van de wederpartij. Uitgangspunt is dat zo'n gerechtelijke erkenning niet vatbaar is voor herroeping, tenzij aannemelijk is dat zij door een dwaling of niet in vrijheid is afgelegd.

Voor het bewijs van de betwiste feiten drukt op de schouders van partijen een bewijslast: partijen dienen de bewijsmiddelen aan te dragen. De hoofdregel voor de verdeling van de bewijslast, met bijbehorende uitzondering, is neergelegd in art. 177 Rv: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit'. Het door een partij aangedragen bewijsmateriaal is in principe vatbaar voor tegenbewijs (art. 178, lid 2, Rv).

4. De keuze voor een vrij bewijsstelsel brengt mee dat het bewijs 'kan geleverd worden door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt' (art. 179, lid 1, Rv). In beginsel mogen dus alle denkbare bewijsmiddelen worden gebezigd voor de vaststelling van de materiële waarheid. Er is afgezien van een wettelijke regeling waarin minder betrouwbaar geachte bewijsmiddelen worden geweerd. De wetgever vertrouwde op 'de omzichtigheid van de rechterlijke macht bij het gebruik van kwestieus bewijsmateriaal'. Dit vertrouwen blijkt uit art. 179, lid 2, Rv: 'De waardering van het bewijs is, voor zover de wet niet anders bepaalt, aan het oordeel des rechters overgelaten'.

Tot de toegelaten bewijsmiddelen behoort ook de verklaring die een partij als getuige

40 Zoals de regel dat het bewijs niet kan worden aangenomen op basis van de verklaring van slechts een getuige.

41 Op deze hoofdregel bestaan enige uitzonderingen. Het gaat hierbij om gevallen waarin de 'aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat'; vgl. Art. 176, lid 1, Rv.

kan afleggen. In het oude rechtsvorderlijke bewijsrecht was deze mogelijkheid uitgesloten op grond van de gedachte dat bij de figuur van de partij-getuige onvoldoende waarborgen voor objectiviteit en waarheidsliefde zouden bestaan. Nu in het vrije bewijsstelsel de verklaring van een partij-getuige een van de middelen is voor de vaststelling van de waarheid door de rechter, is die verklaring een van de toegelaten bewijsmiddelen. Of de verklaring in concreto kan worden gebruikt voor het bewijs, is afhankelijk van de bewijswaardering door de rechter. Wel heeft de wetgever voor de verklaring van de partij-getuige enige bijzondere voorzieningen gegeven, die hun rechtvaardiging vinden in de positie die de betrokkene in het proces inneemt. Zo kan de partij-getuige niet tegen zijn wil onder ede worden gehoord en is hij niet verplicht op vragen te antwoorden. Overigens kan de rechter aan zwijgen op bepaalde vragen wel betekenis hechten voor het bewijs: als de partij-getuige niet antwoordt op de gestelde vragen of weigert de verklaring te ondertekenen, ‘dan kan de rechter daaraan de conclusies verbinden die hij geraden zal achten’ (zie art. 213, lid 2, Rv). Een andere bijzondere voorziening betreft het bewijswaarderingsvoorschrift van art. 213, lid 1, Rv (zie hierover nader onder 6).

5. Het WvBRv bevat uiteenlopende voorschriften omtrent de bewijsvoering. De algemene hoofdregel betreffende de bewijsvoering is neergelegd in art. 176: de rechter mag ‘slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding te zijner kennis zijn gekomen’. Feiten of rechtsverhoudingen die de rechter ambtshalve bekend zijn, mogen derhalve niet aan de beslissing ten grondslag worden gelegd. Een uitzondering wordt gemaakt voor de zgn. ‘feiten of omstandigheden van algemene bekendheid alsmede algemene ervaringsregels’. Deze hoeven niet te zijn gesteld, noch te worden bewezen.

Gespecificeerde bewijsvoeringsvoorschriften hebben betrekking op de ‘klassieke’ bewijsmiddelen: akten en vonnissen, getuigen, deskundigen, plaatsopneming en bezichtiging. Voor de ‘moderne’ bewijsmiddelen (zoals bloedonderzoek, video, geluidsbanden, foto’s) bevat het wetboek geen bewijsvoeringsvoorschriften. De inschatting was destijds, dat aan dergelijke voorschriften in de praktijk niet zo’n behoefte zou bestaan. De praktijk wist zich bij het gebruik van moderne bewijsmiddelen wel te redden door een analogische dan wel rechtstreekse toepassing van voorschriften die waren geschreven voor de klassieke bewijsmiddelen of door een modern bewijsmiddel te gieten in de vorm van een klassiek bewijsmiddel (bijv.: het gesprek op een geluidsband wordt weergegeven in een document). Indien zou blijken van een behoefte aan specifieke regels voor de moderne technische bewijsmiddelen, zouden deze alsnog in het wetboek kunnen worden opgenomen.

6. Hoewel het bewijsrecht in het WvBRv uitgaat van een vrij bewijsstelsel en een rechterlijke vrijheid bij de waardering van bewijsmiddelen, bevat het wetboek wel diverse voorschriften betreffende de bewijskracht van bewijsmiddelen. In deze voorschriften wordt de rechterlijke waarderingvrijheid beperkt. De regels omtrent de bewijskracht kunnen inhouden dat de rechter verplicht is aan bepaald bewijsmateriaal dwingende bewijskracht toe te kennen (vgl. Art. 178, lid 1, Rv), dan wel aangeven dat aan zekere bewijsmiddelen juist geen dwingende of algehele bewijskracht kan worden toegekend. ‘Dwingende bewijskracht’ vormt een beperking op de vrijheid van de rechter; de mogelijkheid van tegenbewijs, ook tegen ‘dwingend bewijs’, is overigens in principe niet uitgesloten.⁴²

Verplichtingen voor de rechter om aan bewijsmiddelen dwingende bewijskracht toe te kennen betreffen schriftelijke bewijsmiddelen. De bestaansgrond voor deze categorie

42 Tenzij de wet expliciet anders bepaalt; zie art. 178, lid 2, Rv.

bepalingen schuilt in het belang van de rechtszekerheid. Schriftelijk bewijs wordt door partijen geproduceerd, met het doel daarin de onderlinge rechtsverhouding vast te leggen, juist ter voorkoming van geschillen en procedures. In principe is de rechter dan aan die vastlegging gehouden.

Met het oog op de waardering van de verklaring die een partij als getuige heeft afgelegd, bevat art. 213, lid 1, Rv een negatief bewijswaarderingsvoorschrift: de verklaring van de partij-getuige kan 'omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs te haren voordele opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs'. Deze beperking op de rechterlijke waarderingsvrijheid wordt gerechtvaardigd geacht wegens het directe belang dat partijen hebben bij de uitslag van de procedure. Het voorschrift beoogt tegemoet te komen aan bedenkingen tegen de geloofwaardigheid van de verklaring van de partij-getuige.

7. De beslissing of het bewijs van de betwiste feiten al dan niet is geleverd, moet worden verantwoord in het vonnis. Hierbij behoeft de selectie en waardering van het bewijsmateriaal door de rechter geen afzonderlijke motivering in het vonnis.

Algemene wet bestuursrecht

1. Voor de weergave van het bewijsrecht in het bestuursprocesrecht zoals geregeld in de Algemene wet bestuursrecht is gebruik gemaakt van:

- M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, 6e dr., W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999;
- H.J. Simon, *Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb*, SDU, Den Haag 1997;
- A.Q.C. Tak, *Hoofdlijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, 3e dr., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995;
- S.V. Hoogendijk-Deutsch, *Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak*, RM Themis 1992, p. 308-323;
- G.F. Pieters, *De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht*, NTB 1996/2, p. 41-52;
- A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998.

2. In dit deelonderzoek heeft het begrip 'bewijsrecht' een beperkte betekenis: de wettelijke regeling van de beslissing die de rechter na afloop van de terechtzitting heeft te geven betreffende de vaststelling van de feiten en de verantwoording van deze beslissing in het vonnis (vgl. onder 1 Inleiding). Deze beperking brengt mede, dat in deze paragraaf slechts het bewijsstelsel en de daarmee verband houdende bepalingen in Hoofdstuk 8 Awb met betrekking tot de procedure voor de bestuursrechter worden besproken. De met de gelaagde beslissingsstructuur van het bestuursrecht verband houdende vergaring van informatie door een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een bestuursbesluit (art. 3:2 Awb), de plicht voor de aanvrager van een beschikking om de nodige gegevens en bescheiden te verschaffen (art. 4:2 Awb) en de informatieverzameling tijdens de bestuurlijke voorprocedures (bezwaar en administratief beroep) vallen strikt genomen buiten de beschouwing. Deze onderwerpen laten evenwel sporen na bij thema's die betrekking hebben op het bewijs in de procedure voor de bestuursrechter, zoals de bewijslast, de verdeling van het bewijsrisico en de waardering van het bewijsmateriaal.

3. De voorschriften in de Awb betreffende de procedure voor de rechtbank (hoofdstuk 8 Awb) bevatten diverse tot het bewijsrecht te rekenen voorschriften. Hierbij gaat het om regels omtrent het oproepen en horen van getuigen, de inschakeling van tolken, de benoeming van

deskundigen en de indiening van stukken. Deze voorschriften worden tot het ‘formele bewijsrecht’ gerekend: het gaat om procedurele bepalingen die aangeven op welke wijzen getuigen, tolken, deskundigen en schriftelijke stukken in het bestuursrechtelijke geding kunnen worden ingebracht. Inhoudelijk is de bewijsbeslissing in de Awb niet genormeerd, aangezien in het bestuursprocesrecht wordt uitgegaan van een vrij bewijsstelsel. Dit stelsel gaat uit van een open stelsel van bewijsmiddelen en kent de rechter vrijheid toe bij de verdeling van de bewijslast, de waardering en selectie van de bewijsmiddelen en de verlening van bewijskracht aan bewijsmiddelen.

4. Het vrije bewijsstelsel gaat uit van een rechter die in het proces een actieve, leidende rol vervult. Het vrije bewijsrecht moet de rechter in staat stellen de materiële waarheid te vinden. De ‘materiële waarheid’ betreft de rechtmatigheid van het bestreden bestuursbesluit. Hierbij verricht de rechter een toetsing ‘ex tunc’, d.w.z. dat het bestuursbesluit wordt beoordeeld naar de stand van het recht en op basis van de feiten die het bestuursorgaan ten tijde van de bestreden beslissing aan het besluit ten grondslag had behoren te leggen.

De partij die in beroep gaat is op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht de gronden voor het beroep te vermelden (art. 6:5 en 6:6 Awb). Deze verplichting maakt het mogelijk het onderzoek naar de rechtmatigheid van het bestuursbesluit in te kaderen: het rechterlijk onderzoeksthema wordt in principe begrensd door de in het beroepschrift aangevoerde gronden voor vernietiging en hetgeen daaromtrent blijkt uit de stukken van het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting (art. 8:69, lid 1, Awb). Het bestuursrechtelijke geding en het feitenonderzoek staan derhalve in het teken van de aangevoerde gronden. Weliswaar is de rechter verplicht ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en is hij daartoe ten aanzien van de feiten bevoegd (art. 8:69, leden 2 en 3, Awb), maar deze aanvullingsbevoegdheden dienen te worden toegepast binnen de door de beroepsgronden aangelegde grenzen van het geding. De rechter is alleen bevoegd ambtshalve - dus los van de aangevoerde gronden - een onderzoek naar de rechtmatigheid van het bestreden bestuursbesluit te verrichten voorzover het gaat om toetsing aan een voorschrift dat ‘van openbare orde’ is. Hierbij moet worden gedacht aan bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties.

De grondslag van het geding wordt in principe gevormd door de beroepsgronden. Deze grondslag is bepalend voor het feitenonderzoek, de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en feiten, en de beslissing van de rechter.

5. Een vrij bewijsstelsel impliceert dat in principe alle middelen die dienstig kunnen zijn voor opheldering van de waarheid als bewijsmiddel zijn toegelaten. Wel moeten de vergaarde bewijsmiddelen direct (bijvoorbeeld de opgetekende verklaring van een getuige) of indirect (via het proces-verbaal van de zitting) in schriftelijke vorm aan het procesdossier kunnen worden toegevoegd.

Het vrije bewijsstelsel doet niet af aan het gegeven dat eisen kunnen worden gesteld aan de omstandigheden waaronder en de manier waarop in een bepaald geval een bewijsmiddel mag worden aangevoerd. In het algemeen moeten bij het bijebrengen van het bewijs de processuele waarborgen van de andere partij in het geding worden gerespecteerd. Bijvoorbeeld de inbrenging van een bewijsmiddel op zodanige wijze dat het beginsel van hoor en wederhoor (de mogelijkheid tot ondervraging van de getuige ontbreekt) in het gedrang komt, kan meebrengen dat het bewijsmiddel buiten beschouwing moet worden

gelaten.⁴³ Houdt de oorzaak van niet-uitoefening van het ondervragingsrecht verband met de anonimiteit van de betrokken getuige, dan kan de verklaring van deze getuige alleen voor het bewijs worden gebruikt in combinatie met ander verifieerbaar bewijsmateriaal (aldus de CRvB 29 november 1990, TAR 1991, 19).

6. Het formele bewijsrecht geeft de rechter ten behoeve van een deugdelijke waarheidsvinding diverse discretionaire bevoegdheden. Zo kan de rechter de behandeling van het beroepsschrift op de terechtzitting vooraf doen gaan door een vooronderzoek (art. 8:42 e.v.), waarbij ambtshalve getuigen kunnen worden opgeroepen, deskundigen en tolken worden benoemd, en kunnen van partijen en anderen schriftelijke inlichtingen worden verlangd. Verder kan de rechter een plaatselijk onderzoek (doen) instellen. Hoewel dat niet expliciet is bepaald, kunnen partijen de rechter verzoeken om toepassing te geven aan een van deze bevoegdheden. De rechter is niet verplicht zo'n verzoek in te willigen. In de literatuur wordt betoogd dat van de rechter dan een motivering van een afwijzing mag worden verlangd. Of deze motiveringsplicht als een kwestie van geldend of van wenselijk recht moet worden beschouwd is niet geheel duidelijk.

Ten behoeve van de behandeling van de zaak op de terechtzitting heeft de rechter ook de mogelijkheid om getuigen op te roepen, deskundigen en tolken te benoemen en een partij op te roepen om in persoon te verschijnen. Ook in dit stadium kan een procespartij aan de rechter vragen om toepassing van zo'n bevoegdheid. Daarnaast hebben partijen, anders dan bij het vooronderzoek, in het geding enige zelfstandige mogelijkheden om een bijdrage te leveren aan het feitenonderzoek:

- tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen schriftelijke stukken indienen (art. 8:58);
- partijen kunnen getuigen en deskundigen meebrengen naar de zitting of bij aangetekende brief of deurwaardersexploït oproepen om te verschijnen. Van uitoefening van deze bevoegdheid dient uiterlijk een week voor de zitting mededeling te worden gedaan aan de rechtbank en de andere partijen (art. 8:60).

Omdat de genoemde tien dagen en een week moeten worden beschouwd als termijnen van orde, hoeft schending van die termijnen niet fataal te zijn. Of acht mag worden geslagen op de te laat ingediende stukken of dat getuigen/deskundigen kunnen worden gehoord terwijl van de oproeping geen mededeling is gedaan, is afhankelijk van de omstandigheden. Relevante factoren zijn de kwaliteit van de procespartij (gaat het om een overheidsorgaan of een burger), processuele belangen van de wederpartij en de betekenis van de stukken/getuigen voor de waarheidsvinding. Eventueel kan de goede procesorde meebrengen dat het onderzoek op de zitting moet worden geschorst of aangehouden.

7. De door de rechtbank opgeroepen getuigen zijn verplicht te verschijnen. Deze verplichting geldt niet voor de door partijen opgeroepen getuigen. Als zo'n getuige niet verschijnt, kan de rechtbank het onderzoek op de zitting schorsen en de niet-verschenen getuige oproepen. Als gevolg van die oproeping is de getuige wel verplicht te verschijnen (art. 8:63, vierde lid).

De door partijen opgeroepen en verschenen of meegebrachte getuigen en deskundigen worden gehoord. Van het horen mag worden afgezien als de rechtbank van oordeel is dat het horen redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak (art. 8:63, derde lid).

De in het vooronderzoek of op de terechtzitting te horen getuigen kunnen onder ede/belofte worden gehoord. Het afleggen van de eed of de belofte is niet verplicht. Of een getuige al dan niet onder ede wordt gehoord, is overgelaten aan het oordeel van de rechtbank

(art. 8:33, vierde lid).

8. Bij het feitenonderzoek kan de rechter partijen verplichten tot het verrichten van bepaalde activiteiten. Partijen kunnen tijdens het vooronderzoek worden opgeroepen om in persoon te verschijnen en inlichtingen te geven (art. 8:27). Ook kan een verplichting worden opgelegd om mee te werken aan een deskundigenonderzoek (art. 8:30 en 8:47) of tot het verstrekken van schriftelijke inlichtingen (art. 8:28). Verder kan de rechtbank partijen oproepen om in persoon of bij gemachtigde op de terechtzitting te verschijnen voor het geven van inlichtingen (art. 8:59). Als een partij niet voldoet aan een door de rechter opgelegde verplichting, 'kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen' (art. 8:31 Awb). Deze voorziening brengt mede dat het risico van niet-opheldering van omstreden feiten kan worden gelegd op de schouders van de procespartij die nalatig is gebleven een bijdrage te leveren aan het feitenonderzoek.⁴⁴

9. De in het geding te onderzoeken feiten worden door partijen in het geding gebracht: de partij die beroep instelt moet gronden voor het beroep aanvoeren, het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, moet de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift (art. 8:42) overleggen. Ten aanzien van de beweerde feiten rust op partijen de verplichting er voor te zorgen dat er een zekere schijn van aannemelijkheid bestaat ten aanzien van die feiten, van zodanige aard dat die noopt tot nader onderzoek. De rechter kan pogen door middel van ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden omtrent de betwiste feiten opheldering te verkrijgen, een partij kan aanbieden bewijs te leveren, maar de rechter kan ook op partijen een bewijslast leggen. In de literatuur is aangegeven dat de rechter voor de verdeling van bewijslast en bewijsrisico in de praktijk bepaalde vuistregels of uitgangspunten hanteert; vaste regels hiervoor zijn er niet. Tak (pag. 210-211) formuleert de volgende vuistregels:

- wie stelt moet bewijzen;
- wie stelt een bijzonder belang te hebben, moet dat bewijzen;
- aan de hand van de betrokken wettelijke regeling kan worden bepaald van wie in de eerste plaats bewijslevering mag worden verwacht;
- welke partij wordt door het bewijzen van een bepaald feit het minst bezwaard;
- welke partij heeft de schijn tegen;
- welke partij heeft dusdanig onzorgvuldig gehandeld dat het doorslaggevende feit niet is vast kunnen komen te staan;
- ten gunste van welke partij strekt het bewijs van een bepaald feit.⁴⁵

De concretisering van dit soort vuistregels op concrete gevallen is afhankelijk van een aantal factoren. Hierbij kan worden gedacht aan de aard van het bestuursbesluit; is dit een belastende of begunstigende beslissing? De bewijslast van de feitelijke grondslag van een belastend besluit drukt in beginsel op het administratieve orgaan; dat de voorwaarden voor een begunstigend besluit zijn vervuld, dient te worden aangetoond door de partij te wiens gunste het besluit strekt. Ook kunnen verplichtingen tot het vergaren en verstrekken van informatie in eerdere stadia van de procedure een rol spelen. Vgl. art. 3:2 Awb, waarin een bestuursorgaan wordt verplicht bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent

44 Al voor het bestaan van art. 8:31 komt deze gedachte tot uitdrukking in CRvB 7 januari 1988, AB 1988, 192: 'dat een ter zitting niet verschijnende partij het risico loopt dat de stellingen van de tegenpartij als niet-weersproken worden aanvaard. A fortiori geldt dit ten aanzien van een administratief orgaan dat niet aan zijn bij de wet opgelegde verplichting voldoet door, hoewel ambtshalve opgeroepen, ter zitting niet (bij gemachtigde) te verschijnen'.

45 Zie ook de door Hoogendijk-Deutsch geformuleerde 'vuistregels', p. 316-317.

de relevante feiten en de af te wegen belangen te verzamelen. Deze verplichting kan meebrengen dat het bestuursorgaan uit eigen bewijsdomein de nodige gegevens dient te verschaffen teneinde de tegenpartij in staat te stellen bewijs te leveren.

Een bewijsaanbod van een van de procespartijen mag door de rechter worden gepasseerd. De rechter is niet verplicht zo'n afwijzing te motiveren.⁴⁶

10. De waardering van de bewijskracht van bewijsmiddelen wordt tot de vrijheid van de rechter gerekend. Tak (p. 220-221) geeft hierbij aan dat, hoewel de rechterlijke waarderingvrijheid meebrengt dat alle bewijsmiddelen in theorie evenveel waard zijn, in de praktijk bepaalde bewijsmiddelen een grotere bewijskracht zullen hebben dan andere. In dit verband stelt hij als voorbeeld een de auditu-verklaring tegenover een ter zitting onder ede afgelegde verklaring, of een proces-verbaal van een politieambtenaar tegenover een getuigenverklaring.

Hoogendijk-Deutsch (p. 320-322) leidt uit de jurisprudentie af dat de rechter bij de hantering van deze vrijheid van bewijswaardering enige 'zachte', 'natuurlijke' regels hanteert: 'Zo zal hij (= de rechter) hogere eisen stellen aan het bewijs van wat afwijkt van de normale gang van zaken dan aan wat daarmee overeenkomt. Ook zal hij het voortbestaan van een eenmaal ingetreden toestand eerder aannemen dan een verandering daarin. Verder zal hij, als "rechtsbeschermer", hogere eisen stellen aan het bewijs van de feiten waarop de bestreden beschikking steunt, naarmate die beschikking ongunstiger is voor de appellatant. ... Aan het bewijs van een voornemen, een "intentie", moet hij wel bijzondere eisen stellen. Voorts zal hij, wanneer een bewijsmiddel ontbreekt dat door zijn aard een grote bewijskracht heeft, een ander middel niet gauw voldoende achten, als het gemis van het krachtiger middel te wijten is aan opzet of nalatigheid van de partij die het bewijs heeft te leveren'.

11. Een rode draad in het bestuursprocesrechtelijke bewijsrecht is het beginsel van de ongelijkheidscompensatie. Dit beginsel vloeit voort uit de rechtsbeschermende functie van het bestuursproces. Met dit beginsel wordt tot uitdrukking gebracht dat de 'burger', voorzover hij in een zwakkere positie verkeert dan het overheidsorgaan dat de bestreden beslissing heeft genomen, aanspraak kan maken op een zekere processuele hulp van de rechter. Afhankelijk van de persoon van de procespartij, het gewicht van de in het geding zijnde belangen en de aard van het overheidshandelen, kleurt het beginsel van de ongelijkheidscompensatie de positie van de rechter (meer of minder actief), de wijze waarop de bevoegdheid tot aanvulling van de feiten wordt gehanteerd (8:69, lid 3), de verdeling van de bewijslast, de aanvaardbaarheid van bewijsmiddelen en de waardering van het bewijsmateriaal.

12. De basis voor de uitspraak van de bestuursrechter vormen het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en de terechtzitting (art. 8:69, lid 1). In de mondelinge of schriftelijke uitspraak dient de rechter de 'gronden' van de beslissing op te nemen. Deze 'gronden' kunnen bestaan uit een uiteenzetting van de relevante feiten en voorschriften alsmede overwegingen dienaangaande. Een bewijsmotivering aangaande de waardering van de bewijsmiddelen en de selectie van de relevant geachte feiten wordt niet tot deze 'gronden' gerekend; aangenomen wordt dan ook dat 'de rechter niet verplicht is de bewijsvoering gemotiveerd te waarderen' (Pieters, p. 51-52; zie ook Hoogendijk-Deutsch, p. 310).

46 Vgl. Hoogendijk-Deutsch, p. 323; zij geeft aan dat het wenselijk zou zijn in de Awb een voorschrift op te nemen dat de rechter verplicht de afwijzing van een bewijsaanbod te motiveren.

Het nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba

1. Voor de weergave van het bewijsrecht in het nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba is gebruik gemaakt van:

- E. Duijneveld en M.R.S. Hardoar, *Het nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. Commentaar en beschouwingen*, SDU Uitgevers, Den Haag 1997
- T.M. Schalken en S.W. Mul, *Het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba (1997)*, Bronnenpublicatie deel 1: Parlementaire stukken, Gouda Quint, Deventer 1997.

2. Bij de totstandkoming van het WvSv NA/A is het stelsel van het Nederlandse wetboek tot uitgangspunt genomen. Het nieuwe wetboek bevat derhalve veel bepalingen die (vrijwel) gelijk zijn aan de bepalingen in het Nederlandse wetboek. Afwijkingen houden verband met het streven normen te codificeren, zoals die in de Nederlandse en Verdragsrechtelijke jurisprudentie tot ontwikkeling zijn gekomen.

3. Voor de regeling van het 'bewijs' wordt in de artikelen 381 t/m 387 Sv NA/A aangesloten bij de art. 338 t/m 344 Sv. Uitsluitend met het oog op verklaringen van anonieme getuigen dan wel schriftelijke stukken waarin een verklaring van een anoniem gebleven persoon is opgenomen, bevatten de art. 385 en 387 Sv NA/A enigszins van het Nederlandse wetboek afwijkend geformuleerde bewijsminima. Een andere afwijking bevat art. 384, lid 5, Sv NA/A met betrekking tot de bekentenis van de verdachte: 'Houden de opgaven van de verdachte een gerechtelijke bekentenis van schuld in, dan worden zij door een herroeping van de bekentenis niet krachteloos gemaakt, tenzij die herroeping op aannemelijke gronden berust.' De literatuur verschaft geen reden voor opname van dit voorschrift in het wetboek.

4.2. Terugkoppeling naar aandachtspunten

a. De positie van de zittingsrechter bij de vergaring van het bewijsmateriaal en de invloed die partijen daarbij kunnen uitoefenen.

In het burgerlijke procesrecht dienen de door partijen betwiste feiten te worden bewezen. Niet-betwiste feiten worden tussen partijen als vaststaand beschouwd. Het bewijs van de betwiste feiten dient te worden geleverd door de bij het geding betrokken partijen. Art. 177 Rv formuleert voor de rechter uitgangspunten voor de verdeling van de bewijslast. Tegen een door een partij geleverd bewijs is in principe tegenbewijs toegelaten (art. 178 Rv). Het staat partijen vrij door middel van een bewijsaanbod invloed uit te oefenen op het feitenonderzoek. De levering van bewijs omtrent de betwiste feiten is gericht op opheldering van de materiële waarheid.

In het bestuursprocesrecht centreert het geding voor de rechtbank zich rond de door appellant aangevoerde gronden voor het beroep. De rechter is weliswaar bevoegd tot aanvulling van de rechtsgronden en feiten, doch deze bevoegdheden dienen in beginsel te worden toegepast binnen de door de beroepsgronden getrokken grenzen van het geding. Binnen deze grenzen is het onderzoek door de rechter gericht op toetsing van de rechtmatigheid van het bestreden bestuursbesluit. De rechter is verantwoordelijk voor de volledigheid van het onderzoek naar de feiten; hij kan de levering van bewijsmateriaal in eigen hand houden of de bewijslast leggen op de schouders van de procespartijen. Bij een dergelijke verdeling van de bewijslast hanteert de rechter in de rechtspraak ontwikkelde

‘vuistregels’. Partijen kunnen invloed uitoefenen op het rechterlijke onderzoek door de rechter te verzoeken over te gaan tot specifiek aangeduide onderzoekshandelingen, dan wel door stukken in het geding te brengen of getuigen/deskundigen op te roepen of mee te brengen op de terechtzitting.

b. De wettelijke regeling van de bewijsmiddelen.

Zowel het WvBRv als de Awb gaan uit van een open stelsel van bewijsmiddelen; de wet geeft geen limitatieve opsomming van de toegelaten bewijsmiddelen.

c. De aanwezigheid van bewijswaarderings- en bewijsminimumregels.

Het burgerlijke procesrecht kent regels omtrent de bewijswaardering. In het bijzonder hebben deze betrekking op het ‘dwingende’ bewijs van geschriften. Deze voorschriften houden verband met belangen van het rechtsverkeer. Tegen ‘dwingend’ bewijs is tegenbewijs toegelaten (art. 178, lid 2, Rv). Met het oog op de waardering van de verklaring van de partij-getuige bevat het wetboek een bewijsminimumvoorschrift. Dit in art. 213, lid 1, Rv geformuleerde voorschrift vindt zijn grond in het gegeven dat de partij-getuige een groot belang heeft bij de uitkomst van de procedure, waardoor bij voorbaat twijfel kan worden gekoesterd omtrent het waarheidsgehalte van de door de partij-getuige afgelegde verklaring. Het bestuursprocesrecht kent geen bewijswaarderings- of bewijsminimumregels.

d. De vrijheid van de rechter bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal.

Art. 179, lid 2, Rv geeft expliciet aan dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijsmateriaal, tenzij de wet anders bepaalt. Met dit anders bepaalde wordt bedoeld op de bovengenoemde voorschriften betreffende het dwingende bewijs en de kracht van de verklaring van de partij-getuige.

In het bestuursprocesrecht wordt ook uitgegaan van het principe dat de rechter vrij is in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal, hoewel dit niet expliciet in de Awb is bepaald.

e. De plicht tot motivering van de beslissing omtrent het bewijs in het vonnis.

Zowel voor het burgerlijke als voor het bestuursprocesrecht geldt dat het vonnis een beslissing dient te bevatten over de voor het geding relevante feiten en bewijsmiddelen. In beide stelsels behoeft de selectie en waardering van het voorhanden bewijsmateriaal in principe geen afzonderlijke motivering in het vonnis.

4.3. Extern: welke lessen kunnen uit vreemd recht worden geleerd?

België

1. Voor de weergave van het in België geldende bewijsrecht in strafzaken is gebruik gemaakt van:

- Chr. Van den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, deel II, 2e dr., 1994, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn
- A. Vandeplass, P. Arnou, S. Van Overbeke (red.), *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., Kluwer rechtswetenschappen België,

hoofdstukken over 'Bewijsmiddelen in strafzaken' en 'Bewijsvoering in strafzaken'.

2. Het Belgische wetboek van strafvordering bevat maar enkele tot het bewijsrecht te rekenen voorschriften. Het betreft de artikelen 154, 189 en 211 BWvSv. In het bijzonder geeft art. 154 een opsomming van de toegelaten bewijsmiddelen, maar deze opsomming is niet limitatief bedoeld. In principe geldt een vrij bewijsstelsel: de rechter mag bij zijn oordeelsvorming gebruik maken van alle bewijsmiddelen. Wanneer geen bijzonder bewijsmiddel is voorgeschreven mag de rechter zijn oordeel baseren op alle 'regelmatig, d.w.z. met eerbiediging van de menselijke waardigheid en het recht van verdediging verkregen en regelmatig overlegde gegevens van de zaak die aan tegenspraak van de partijen werden onderworpen'. Met 'regelmatig verkregen' wordt aangegeven dat het bewijsmateriaal 'op eerlijke wijze en zonder slinkse middelen' moet zijn vergaard. Is dat niet het geval, dan mag er geen rekening mee worden gehouden.⁴⁷ De term 'tegenspraak' impliceert dat het bewijsmateriaal op de openbare terechtzitting moet worden geproduceerd; aldaar kan het 'worden onderworpen aan een tegensprekelijk debat'. De behandeling op de openbare terechtzitting strekt dus (o.m.) tot realisatie van verdedigingsrechten.

Diverse bepalingen in het BWvSv maken melding van klassieke bewijsmiddelen, zoals de bekentenis van de beklaagde, verklaringen van getuigen, deskundigenonderzoek en processen-verbaal. Het wetboek bevat uiteenlopende bepalingen aangaande deze bewijsmiddelen, zoals verhoor van de getuige, uitsluiting van bepaalde personen om te getuigen (zoals de tegelijkertijd terecht staande medeverdachte⁴⁸), de benoeming van deskundigen etc., doch voorziet niet in een inhoudelijke definiëring van deze bewijsmiddelen.

3. Voorwerp van het bewijs zijn alle elementen van het misdrijf. Bewezen moeten worden de 'positieve misdrijf-elementen', de 'aan de misdrijven in het algemeen gemeenschappelijke bestanddelen, zoals de toerekenbaarheid en het moreel bestanddeel' en 'bovendien de negatieve misdrijf-elementen .. b.v. inzake omissiedelicten, bouwen zonder vergunning ..'.

4. De bewijslast berust bij de vervolgende partij (openbaar ministerie, burgerlijke partij). Dit geldt niet alleen ter zake van de bestanddelen van het misdrijf, maar ook voor de strafuitsluitingsgronden. Als de beklaagde op geloofwaardige wijze (hetgeen duidt op een schijn van aannemelijkheid) een strafuitsluitingsgrond aanvoert, dan moet de vervolgende partij het bewijs van afwezigheid van de feitelijke basis van de betrokken strafuitsluitingsgrond leveren. Tegen de achtergrond van het onschuldvermoeden rust op de beklaagde geen bewijslast.

5. De beslissende rechter heeft tot taak te zoeken naar de materiële waarheid. De rechter speelt op de terechtzitting een actieve rol. De basis voor het onderzoek door de rechter zijn primair de resultaten van het vooronderzoek. Vergelijkbaar met de gang van zaken op de terechtzitting in Nederland, heeft het strafgeding voor de Belgische politierechtbank en correctionele rechtbank een verificatoir karakter. Als de rechter zulks voor de vorming van zijn oordeel noodzakelijk of raadzaam acht, kan hij nader onderzoek (doen) instellen. Alleen bij het Hof van Assisen wordt het onmiddellijkheidsbeginsel meer materieel opgevat en wordt het bewijsmateriaal op de zitting geproduceerd. Toch speelt ook hier het in het vooronderzoek gevormde dossier een belangrijke rol, aangezien de voorzitter aan de hand van dat dossier de

47 Of dit betekent dat de rechter steeds zelfstandig heeft te onderzoeken of het bewijsmateriaal rechtmatig is verkregen, of dat de rechter pas onderzoek gaat verrichten na een gevoerd verweer, is niet duidelijk geworden.

48 Vgl. A. De Nauw, Het verhoor van medebeklaagden en medebeschuldigen, R.W. 1984-1985, 2161-2182.

gang van zaken op de terechtzitting regisseert en hij de bevoegdheid bezit alle onderzoekshandelingen te gelasten die ten behoeve van de materiële waarheidsvinding nodig zijn.

Bij het onderzoek op de terechtzitting is de rechter dan wel het Hof van Assisen gebonden aan het in de dagvaarding, oproeping, verwijzingsbeschikking of inbeschuldigingstelling omschreven feit. De rechter is evenwel niet gebonden aan de aan dit feit gegeven kwalificatie.

6. Het oproepen van getuigen hoort tot de taak van het openbaar ministerie. Daarnaast kunnen getuigen op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van de verdediging worden gedagvaard. De rechter is niet verplicht alle getuigen te ondervragen. Richtsnoer voor het al dan niet horen is de vraag of de rechter het verhoor van een getuige in het belang van de rechtspleging vereist acht. Bij deze afweging dient het ondervragingsrecht van art. 6 EVRM een rol te spelen.

In de procedure voor het Hof van Assisen dienen de lijsten van de getuigen à charge en à decharge door resp. de procureur-generaal en de beschuldigde ten minste 24 uur voor de zitting over en weer te worden betekend. Uitsluitend de op deze lijsten voorkomende getuigen mogen op de zitting worden gehoord. Indien de voorzitter ambtshalve over gaat tot de oproeping van personen, mogen deze getuigen niet worden beëdigd en kunnen de door hen afgelegde verklaringen slechts als 'inlichtingen' worden aangemerkt.

7. Het BWvSv bevat - als hoofdregel - geen voorschriften omtrent de bewijskracht van bewijsmiddelen. Bewijsminimumvoorschriften kent het wetboek niet. Leidraad bij de waardering van bewijsmiddelen en de vraag of een feit al dan niet bewezen is, is de 'innerlijke overtuiging' van de rechter.

In het Belgische strafprocesrecht bestaan enige uitzonderingen op deze beoordelingsvrijheid van de strafrechter. Dit betreft in het bijzonder de bewijskracht van bepaalde processen-verbaal. Aan sommige processen-verbaal wordt een bijzondere bewijswaarde gehecht. Deze bijzonderheid is niet van belang voor het bewijs van de delicten uit het Strafwetboek, maar wel voor het bijzonder strafrecht (zoals de opsporing van delicten uit de Wegenverkeerswetgeving). Een bevoegdelijk opgemaakt proces-verbaal heeft dan 'bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel'. Dit houdt in dat de rechter de inhoud van het proces-verbaal voor waar moet aannemen, tenzij de beklaagde de onjuistheid van de in het proces-verbaal gerelateerde vaststellingen aantoon. 'Het tegenbewijs moet worden toegelaten telkens als de aangevoerde feiten, wanneer ze bewezen waren, het misdrijf zouden doen verdwijnen of de beklaagde zouden rechtvaardigen'. Voorts kent het Belgische recht de processen-verbaal met bewijswaarde tot inschrijving van valsheid. De vaststellingen in het proces-verbaal gelden voor de rechter als niet-betwistbare juridische waarheid, tenzij de valsheid van het proces-verbaal in een bepaalde voorgeschreven procedure is aangetoond (vgl. art. 448 e.v. BWvSv).

8. Het BWvSv bevat geen voorschriften betreffende de motivering van de bewijsbeslissing. De verplichting tot motivering volgt echter uit art. 149 Belgische Gw. Met het oog op strafvonnissen wordt een verschil gemaakt tussen de feitelijke motivering en de juridische motivering. De feitelijke motivering betreft de vaststelling van het bewezen feit, de juridische motivering is de kwalificatie van het feit.

In de feitelijke motivering hoeft de rechter in het algemeen niet te verantwoorden waarom hij tot de genomen beslissing is gekomen. In het bijzonder hoeft hij in principe niet 'de redenen aan te duiden waarom hij bepaalde bewijsmiddelen overtuigender acht dan

andere', noch hoeft hij de stukken aan te wijzen waarop de overtuiging steunt.

In afwijking van het voorgaande geldt in sommige gevallen een bijzondere motiveringsplicht. Als de partijen 'schriftelijke conclusies' hebben genomen, dan is de rechter - bij verwerping van het in de conclusie verdedigde standpunt - verplicht deze beslissing te motiveren. Met het oog op de bewijsbeslissing volgt hieruit dat de rechter, bij betwisting, de selectie en waardering van het bewijsmateriaal in zijn vonnis moet verantwoorden.

Bondsrepubliek Duitsland

1. Voor de weergave van het bewijsrecht in de Strafprozeßordnung is gebruik gemaakt van:

- G. Pfeiffer e.a., *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993;
- Kleinknecht-Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997;
- O. Ranft, *Strafprozeßrecht*, 2. Auflage, Richard Boorberg Verlag, 1995.

2. Voor de behandeling van strafbare feiten op de terechtzitting gaat de Strafprozeßordnung uit van een uniform model: de Hauptverhandlung (geregeld in de § 226 t/m 275). De regeling van de Hauptverhandlung, bijvoorbeeld ten aanzien van de uitwerking van het onmiddellijkheidsbeginsel en het horen van getuigen op de terechtzitting, berust op de gedachte dat op de terechtzitting het eigenlijke en volledige onderzoek naar het strafbare feit dient plaats te vinden. Deze procedure geldt in principe voor alle categorieën strafbare feiten. Het 'besleunigte Verfahren' en de behandeling van de 'Einspruch gegen den Strafbefehl' geschieden eveneens overeenkomstig de voorschriften inzake de Hauptverhandlung, zij het dat in het bijzonder op het punt van het bewijsrecht belangrijke uitzonderingen op de algemene regeling zijn gemaakt.⁴⁹

3. De grondslag voor de Hauptverhandlung is de in de 'Anklage' beschreven 'Tat'. Deze 'Tat' is niet te begrijpen als een in de Anklage omschreven strafbaar feit, doch als een historische gebeurtenis: de 'einheitliche geschichtliche Lebensvorgang'; 'Zur Tat gehört das gesammte Verhalten des Täters, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt'; 'Die Tat umfasst alle mit dem Vorgang zusammenhängenden und darauf bezuglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angeklagten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen, zu qualifizieren oder zu mildern' (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 264, rdnr. 2 en 2b; zie ook Karlsruher Kommentar, § 264, rdnr. 3). Het is de taak van de rechter om deze in de Anklage aangeduide historische gebeurtenis in volle omvang te onderzoeken en daarover een beslissing te geven. Deze taak van de rechter impliceert de mogelijkheid dat in de loop van het geding feitelijkheden aan de orde kunnen komen die niet in de Anklage zijn genoemd, of dat de rechter overgaat tot een andere juridische waardering van de feiten dan in de Anklage. Om de verdediging voor verrassingen te behoeden, dient de rechter dergelijke afwijkingen bekend te maken aan de verdediging en eventueel, teneinde de verdediging gelegenheid te geven zich adequaat voor te bereiden, de zitting aan te houden (§ 265 StPO).

4. In verband met het bewijs van feiten wordt een onderscheid gemaakt tussen 'Strengbeweis'

49 De regeling van het 'Privatklageverfahren' blijft buiten beschouwing.

en 'Freibeweis'. Het verschil tussen deze twee vormen heeft betrekking op de eisen die de beginselen van oraliteit, onmiddellijkheid en openbaarheid aan de wijze van bewijslevering op de terechtzitting stellen. Het 'Strengbeweis' is de wettelijk geregelde 'Beweisaufnahme' overeenkomstig de § 244-256. Deze voorschriften hebben betrekking op de vaststelling van de 'Schuld- und Rechtsfolgentatsachen' aangaande de in de Anklage aangeduide Tat. Voor de overige vaststellingen van feiten (bijv. de vaststelling van 'Prozeßvoraussetzungen und sonstigen prozeßerheblichen Tatsachen', de feitelijke 'Voraussetzungen der Verwertungsverbote' of de 'Ablehnung eines Beweisantrags') geldt het wettelijk niet nader geregelde 'Freibeweis' (vgl. Karlsruher Kommentar, § 244, rdnr. 6-12; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 244, rdnr 6-9). De hierna volgende opmerkingen hebben uitsluitend betrekking op het 'Strengbeweis'.

5. Het onderzoek van de rechter omtrent het historische feit is gericht op vaststelling van de materiële waarheid. Dit streven ligt besloten in de in § 244 (2) geformuleerde 'Aufklärungspflicht': 'Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind'. De volledigheid van het onderzoek staat geheel ter beoordeling van de rechter; hij wordt daarbij niet beperkt door de houding of standpunten van de overige deelnemers aan het geding.

Uit § 244 (2) volgt dat de rechter niet alleen een zo volledig mogelijk, maar ook een 'nach der Sach- und Beweislage optimale Erforschung des Sachverhalts' moet verrichten. Bij de productie van bewijsmiddelen op de zitting heeft de rechter te kiezen voor het meest onmiddellijke en betrouwbare materiaal. Deze eis staat niet in de weg aan een bewijsvoering aan de hand van de auditu-verklaringen of schriftelijk opgetekende verklaringen van personen.

De deelnemers aan het geding kunnen door het doen van een 'Beweisantrag' invloed uitoefenen op de rechterlijke onderzoeksactiviteiten. Als de 'Staatsanwalt' of de 'Angeklagte' zo'n bewijsaanbod doet, zijn er voor de rechter maar beperkte mogelijkheden om dat af te wijzen.⁵⁰ Een aanbod mag niet worden afgewezen om de enkele reden dat het te laat is of veel eerder had kunnen worden gedaan. Een afwijzing op deze grond verdraagt zich niet met het uitgangspunt dat het onderzoek dient te zijn gericht op vaststelling van de materiële waarheid.

6. De StPO kent een limitatief aantal bewijsmiddelen: 'Zeugen', 'Sachverständigen', 'Augenschein', 'Urkunden und andere Schriftstücke' en de verklaringen van de 'Beschuldigte'. De wet bevat geen inhoudelijke omschrijving van de toegelaten bewijsmiddelen. De inhoudelijk daaraan te stellen eisen zijn ontwikkeld in de jurisprudentie en de literatuur.

Hoewel de opsomming van de bewijsmiddelen uitputtend is, is het bewijsstelsel in principe open. Het bewijsmiddel 'Augenschein' functioneert namelijk als sluitpost. Alles wat niet via een van de andere bewijsmiddelen aan de oordeelsvorming kan meewerken, kan onder de noemer 'Augenschein' op de terechtzitting worden gepresenteerd en voor het bewijs worden gebruikt. Hierbij kan worden gedacht aan band- en video-opnames, tekeningen, foto's e.d.

50 Vgl. § 245 (2): 'Der Antrag ist abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Im übrigen darf er nur abgelehnt werden, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen oder offenkundig ist, wenn zwischen ihr und dem Gegenstand der urteilsfindung kein Zusammenhang besteht, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet ist oder wenn der Antrag zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt ist'.

7. De plicht voor de rechter tot opheldering van de materiële waarheid wordt begrensd door de 'Beweisverbote'. Onderscheiden worden 'Beweiserhebungsverbote' en 'Beweisverwertungsverbote'. De eerste categorie onttrekt zekere onderwerpen aan het onderzoek (bijv. de inhoud van gesprekken tussen raadsman en verdachte), verbiedt bepaalde methoden van onderzoek, dan wel verbiedt het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen. Een 'Beweisverwertungsverbot' van de tweede categorie brengt mee dat het feitenmateriaal niet door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mag worden gelegd.

8. Ten aanzien van verklaringen van getuigen en deskundigen formuleert § 250 voor het 'Strengbeweis' de zgn. 'Unmittelbarkeitsgrundsatz': getuigen en deskundigen dienen zo veel mogelijk op de terechtzitting te worden gehoord.⁵¹ Het horen van deze personen mag in principe niet worden vervangen door het voorlezen van een geschrift waarin een eerder verhoor is opgetekend. Door zelf de getuigen en deskundigen te horen, verkrijgt het gerecht een persoonlijke indruk van de bewijsmiddelen en is tevens het ondervragingsrecht gegarandeert.

De 'Unmittelbarkeitsgrundsatz' sluit het horen van 'Zeugen vom Hörensagen' niet uit. Een dergelijke verklaring mag voor het bewijs worden gebruikt. Hetzelfde geldt voor verklaringen van personen waarin de auditu een anonieme verklaring wordt gereproduceerd. Met name dit laatste is niet onomstreden, doch wordt wel toegelaten geacht. Hierbij is het van belang of de opgaven door andere 'wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden' en of de anoniemi politieambtenaren zijn. De beoordeling van de overtuigende kracht van de auditu verklaringen is een vraagstuk van de waardering van het bewijsmateriaal door de rechter. De noodzaak om eventueel in aanvulling op de middellijke getuige ook de primaire bron op de zitting te horen, kan niet uit de 'Unmittelbarkeitsgrundsatz' van § 250 worden afgeleid, maar moet daarentegen op de 'Aufklärungspflicht' van § 244 (2) worden gebaseerd.

De wet bevat diverse uitzonderingen op de plicht om getuigen en deskundigen op de terechtzitting te horen. In die gevallen mogen schriftelijk vastgelegde verklaringen van die personen op de terechtzitting worden voorgelezen en kunnen die geschriften voor het bewijs worden gebruikt. De ratio van deze regeling is tweërlei: het voorkomen van verlies van bewijsmateriaal en de bevordering van de vlotheid van de procedure. Bij deze uitzonderingen kan bijv. worden gedacht aan de volgende gevallen:

- a. het verslag van een rechterlijk verhoor van een getuige, deskundige of medeverdachte, waarbij het horen van die personen door overlijden, geestesstoornis of onvindbaarheid niet mogelijk is (§ 251);
- b. als met toestemming van de verdachte, zijn verdediger en de Staatsanwalt van het verhoor op de terechtzitting van de getuige, deskundige of medeverdachte wordt afgezien (§ 255 (2));
- c. verklaringen die de verdachte bij een rechterlijk verhoor heeft afgelegd, houdende een 'Geständnis' (§ 254 (1));
- d. de bij een rechterlijk verhoor door de verdachte afgelegde verklaring, als de Hauptverhandlung kan plaatsvinden in afwezigheid van de verdachte (§232 (3)).

Ook al wordt een eerder afgelegde verklaring van een getuige, deskundige en medeverdachte met toestemming van alle betrokkenen voorgelezen, dan nog kan de rechter op basis van de 'Aufklärungspflicht' gehouden zijn de betrokkene zelf op de zitting te horen. Dit kan aan de orde zijn als de rechter meent dat de schriftelijke verklaring 'ersichtlich ungenau oder unklar' is, of als deze verklaring het enige bewijsmiddel is.

51 § 250: 'Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden'.

9. Het Duitse strafprocesrecht staat toe dat diverse deelnemers aan het strafgeding op de terechtzitting als getuige worden gehoord. De Staatsanwalt die bij de behandeling van de zaak op de terechtzitting aanwezig is, kan als getuige worden gehoord. De consequentie van dit verhoor als getuige kan zijn dat de betrokkene verder niet meer in de zaak als Staatsanwalt kan optreden. De reden daarvoor is de omstandigheid dat de objectiviteit en vrijheid van beoordeling van de door de diverse personen afgelegde verklaringen (en dus ook zijn eigen verklaring) kan zijn aangetast. Ook de Verdediger van de verdachte kan op de terechtzitting als getuige worden gehoord. Over aangelegenheden die hem in zijn hoedanigheid van Verdediger zijn toevertrouwd of bekend zijn geworden, heeft de Verdediger een 'Zeugnisverweigerungsrecht' (§ 53 (1) nr. 2). Strafprocesrechtelijk is er geen beletsel om na het afleggen van een verklaring als getuige in de zaak als Verdediger op te blijven treden. De verenigbaarheid van een en ander wordt gereguleerd door het tuchtrecht.

De 'Mitbeschuldigte' kan in principe als getuige worden gehoord, zij het dat daarbij aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan. Worden de medeverdachten *gelijktijdig* berecht, dan is het niet mogelijk de betrokkenen in de zaak tegen een van de andere medeverdachten als getuigen te horen. Als het horen van een medeverdachte als getuige nodig is, moeten de strafzaken worden gesplitst en afzonderlijk behandeld. Na de splitsing is het niet toegelaten om de 'Mitbeschuldigte' als getuige een verklaring af te laten leggen over de gebeurtenis die aan hen gezamenlijk ten laste is gelegd, aangezien deze gang van zaken strijdt met de 'Verfahrensregel ..., daß ein Angeklagter in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren nicht zugleich Zeuge sein kann' (Karlsruher Kommentar, § 48, rdnr. 9).

10. De tijdens de Hauptverhandlung te horen getuigen worden beëdigd (§ 59). De eed wordt afgelegd nadat de getuige zijn verklaring heeft afgelegd. In § 60 is aangegeven dat in sommige gevallen van beëdiging moet worden afgezien. Het gaat hierbij om 1. jeugdige personen en personen met een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens en 2. 'Personen, die der Tat welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind'. Deze Verdedigungsverbode strekken ertoe enerzijds het gevaar af te wenden dat de betrokken getuigen een meenedige verklaring afleggen, en anderzijds de rechter in te scherpen de betrouwbaarheid van de verklaring zorgvuldig te onderzoeken. Het verbod de onder 2. genoemde personen te beëdigen, berust op de overweging dat 'ein tatbeteiligter Zeuge gegenüber dem Mitbeschuldigten nicht unbefangen und daher ein für die Wahrheitsforschung weniger geeignetes Mittel ist, als ein unbeteiligter' (Karlsruher Kommentar, § 60, rdnr. 8).

11. De rechter is vrij in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Zie § 261: 'Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung'. Hierin ligt besloten dat de rechter bij de vorming van zijn overtuiging niet aan voorschriften betreffende de bewijswaardering is gebonden.

Voorwerp van de beslissing omtrent het bewijs is 'die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt' (§ 264). Dit betekent dat de in de Anklage aangeduide historische gebeurtenis ten aanzien van alle strafrechtelijk relevante facetten moet worden onderzocht.

12. Uit § 267 bevat een regeling betreffende de 'Urteilsgründe'. Uit deze bepaling volgt dat de rechter alle in de Hauptverhandlung gepresenteerde bewijsmiddelen moet waarderen en aan zijn oordeel ten grondslag moet leggen, voorzover niet bij wijze van uitzondering een

Beweisverwertungsverbot het gebruik van het bewijsmiddel verbiedt. Het resultaat van de selectie en waardering van het bewijsmateriaal moet gedetailleerd worden verantwoord in het Urteil; de rechter moet laten zien dat hij 'die Umstände, die die Entscheidung zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten zu beeinflussen geeignet sind, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat' (Karlsruher Kommentar, § 261, Rdnr. 50). Zo moet de rechter in de Urteilsgründe ingaan op de betwisting van de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal door de verdediging. Daarnaast moet de rechter zelfstandig rekenschap geven van de bewijswaardering, bijv. aangeven 'warum der Zeuge und nicht der Angeklagte glaubwürdig ist', of aangeven waarom de verklaring van de ene getuige meer geloof verdient dan de verklaring van een andere getuige. Ook moet de rechter in de Urteilsgründe aandacht besteden aan twijfels omtrent de geloofwaardigheid van een getuige als deze tijdens de Hauptverhandlung een andere verklaring heeft afgelegd dan tijdens het vooronderzoek. Bij de waardering van een deskundigenoordeel mag de rechter niet volstaan met de overweging dat hij zich bij dat oordeel aansluit, doch moet hij in principe aangeven waarom hij de deskundige volgt. Bij van elkaar afwijkende deskundigenoordelen moet de rechter de keuze voor een van beide oordelen verantwoorden. Als de rechter afwijkt van een deskundigenoordeel, moet hij uiteenzetten waarom hij dit doet; hij moet 'begründen, damit ersichtlich wird, daß er mit Recht das bessere Fachwissen für sich in Anspruch nimmt'.

13. In het Urteil wordt de Tat niet naar historische kenmerken aangeduid, maar 'nur rechtlich bezeichnet'. De mogelijkheid bestaat dat het voor de rechter op basis van de vastgestelde feiten niet mogelijk is eenduidig te kiezen voor één toepasselijke strafbepaling. Gaat het hierbij om een toepassing van meerdere strafbepalingen die van oplopende zwaarte zijn, dan brengt het beginsel van 'in dubio pro reo' mee dat de rechter heeft te kiezen voor de lichtste strafbepaling. Betreft het daarentegen meerdere gelijkwaardige strafbepalingen, dan is een 'Verurteilung mit Gesetzesalternativität' mogelijk. Gedacht kan worden aan een veroordeling ter zake van diefstal of heling, dan wel diefstal of verduistering.

14. De rechter kan op twee uiteenlopende gronden tot vrijspraak beslissen, namelijk op feitelijke of op juridische gronden. De vrijspraak op feitelijke gronden houdt in dat het bewijs van de relevante Tatsachen niet is geleverd. In zo'n geval moet de rechter in het Urteil aangeven welke Tatsachen wel en welke niet bewezen kunnen worden geacht. Vervolgens moet worden aangegeven waarom de wel bewezen feiten niet toereikend zijn voor veroordeling. Een vrijspraak op juridische gronden volgt als 'die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist'. De rechter moet in het Urteil aangeven waarom de bewezen feiten niet strafbaar zijn. Het Urteil behoeft in dit geval geen 'Beweiswürdigung' te bevatten.

15. 'Offenkundige Tatsachen', de algemeen bekende feiten en ervaringsregels, behoeven niet te worden bewezen. Indien dergelijke Tatsachen een rol spelen bij de oordeelsvorming door de rechter, dient zulks in de procedure aan de orde te worden gesteld. Daardoor zijn de procesdeelnemers in staat rekening te houden met die Tatsachen. Een uitzondering op dit procedurele voorschrift geldt voor de 'Offenkundige Tatsachen' die tot de evidenties mogen worden gerekend.

16. § 267 (4) voorziet in de mogelijkheid van een 'abgekürztes Urteil'. Als de rechter tot een veroordeling komt en alle betrokkenen zien af van het aanwenden van een rechtsmiddel, dan kan de rechter volstaan met een verkorte motivering van het Urteil. De motivering kan in een dergelijk geval beperkt blijven tot een aanduiding van de bewezen feiten die de bestanddelen

van het delict representeren en de aanwijzing van de toepasselijke strafbepaling. Bestaat de veroordeling uit de oplegging van een geldstraf, eventueel gecombineerd met een 'Fahrverbot' of de 'Entziehung der Fahrerlaubnis und damit zusammen die Einziehung des Führerscheins anordnen', dan is een verdergaande verkorting van de motivering mogelijk. In dat geval kan worden volstaan met een verwijzing naar de 'Anklagesatz', de aan het 'besleunigte Verfahren' ten grondslag liggende 'Anklage', het 'Strafbefehl' of de 'Strafbefehlsantrag'. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de rechter aanvullende motiveringen in het vonnis opnemen.

Als alle betrokkenen na een 'Freispruch' afzien van rechtsmiddelen, kan ook worden volstaan met een verkorte motivering. De rechter behoeft dan slechts aan te geven of de beslissing berust op feitelijke of juridische gronden.

17. De StPO kent enige vereenvoudigde procedures: het 'besleunigte Verfahren' (§ 417 - 420) en het 'Strafbefehlsverfahren' (§ 407 - 412). De gang van zaken op de terechtzitting en de beslissing door de rechter in deze procedures geschieden in principe overeenkomstig de voorschriften betreffende de Hauptverhandlung, zij het dat hierop met het oog op de bewijslevering een belangrijke vereenvoudiging is aangebracht. Deze betreft de inperking van de 'Unmittelbarkeitsgrundsatz' (§ 250) in § 420.⁵² Deze bepaling maakt het mogelijk om voor het bewijs gebruik te maken van schriftelijke stukken waarin verklaringen van getuigen, deskundigen en medeverdachten zijn opgenomen. Voorwaarde hiervoor is wel dat de verdachte, de verdediger en de Staatsanwalt met deze gang van zaken instemmen. Verder is de 'Aufklärungspflicht' van § 244 gemitigeerd, in die zin dat de strafrechter beslist over de omvang van de 'Beweisaufnahme'. De consequentie hiervan is dat de rechter bij de afwijzing van een 'Beweisantrag' niet is gebonden aan de beperkingen van § 244(3) en (4); afwijzing is mogelijk 'durch begründeten Beschluß', waarbij het belang van het onderzoek maatgevend lijkt voor de al dan niet honorering van het verzoek. Zo kan een Beweisantrag afgewezen worden op grond van de overweging dat de rechter 'den Sachverhalt für genügend geklärt hält und der Auffassung ist, daß die Vernehmung eines Zeugen an der bereits vorliegenden Überzeugung des Gerichts nichts ändern würde' (O. Ranft, *Strafprozeßrecht*, p. 562).

In geval van 'Einspruch' tegen een 'Strafbefehl' kunnen de bezwaren worden beperkt tot bepaalde onderdelen van het strafbevel. De consequentie van zo'n beperking is dat de onderdelen van het bevel waartegen geen bezwaren zijn aangevoerd vaststaan en derhalve zijn onttrokken aan het oordeel van de rechter die over de 'Einspruch' heeft te oordelen. Voorzover het strafbevel aan het oordeel van de rechter is onderworpen, is de rechter geheel vrij in de vorming van zijn oordeel. In het bijzonder reformatio in peius is mogelijk. Voor het vonnis gelden geen van § 267 afwijkende voorschriften.

4.4. Terugkoppeling naar uitgangspunten

a. De positie van de zittingsrechter bij de vergaring van het bewijsmateriaal en de invloed die partijen daarbij kunnen uitoefenen.

De rechter heeft de leiding over het onderzoek ter zitting. Het onderzoek is gericht op vaststelling van de materiële waarheid. In het Duitse strafprocesrecht is de rechter bij dit onderzoek niet gebonden aan de aanduiding van het feit in de Anklage, maar is hij in principe verplicht om alle strafrechtelijke facetten van het in de Anklage genoemde historische feit te

onderzoeken en hierover een beslissing te geven (de zgn. 'Aufklärungspflicht'). Partijen hebben de bevoegdheid tot het doen van een 'Beweisantrag'. De rechter heeft in principe maar weinig mogelijkheden om zo'n 'Beweisantrag' af te wijzen.

Het Belgische strafprocesrecht gaat uit van binding van de zittingsrechter aan het feit zoals dit hem wordt voorgelegd. Openbaar ministerie en verdediging hebben de bevoegdheid om getuigen op te (doen) roepen/te dagvaarden, doch de zittingsrechter is niet verplicht om deze getuigen te horen; uitgangspunt hierbij is de vraag of het belang van het onderzoek het horen van de getuige wenselijk/noodzakelijk doet zijn.

b. De wettelijke regeling van de bewijsmiddelen.

Het Belgische en Duitse strafprocesrecht worden gekenmerkt door een open stelsel van bewijsmiddelen. In aanzet lijkt de StPO uit te gaan van een wettelijke beperking van de toegelaten bewijsmiddelen, doch het bewijsmiddel 'Augenschein' moet worden beschouwd als open categorie, die alle informatiebronnen beslaat die op enigerlei wijze voor waarneming vatbaar zijn.

c. De aanwezigheid van bewijswaarderings- en bewijsminimumregels.

De StPO bevat geen bewijswaarderings- en bewijsminimumregels. Het Belgische strafprocesrecht kent geen negatieve bewijswaarderingsvoorschriften, maar met het oog op processen-verbaal wel een meer positief waarderingsvoorschrift (zie onder *België*, 7.). Het Belgische bewijsrecht kent geen bewijsminima.

In het Belgische en Duitse strafprocesrecht bestaan wel beperkingen op het gebruik voor het bewijs van de verklaringen van medeverdachten.

d. De vrijheid van de rechter bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal.

Bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal zijn de Belgische (met uitzondering van de hiervoor genoemde processen-verbaal) en Duitse rechter niet gebonden aan wettelijke voorschriften. Leidraad bij deze selectie en waardering is zijn innerlijke overtuiging omtrent de betrouwbaarheid van het bewijsmiddel.

e. De plicht tot motivering van de beslissing omtrent het bewijs in het vonnis.

Voor de Duitse strafrechter bestaat er een - naar Nederlandse maatstaven - omvangrijke plicht om het bewijs van de in de Anklage aangeduide Tat met redenen te omkleden. Niet alleen moet het vonnis een vermelding bevatten van het bewezen feit en de gebezigde bewijsmiddelen, maar ook dient de rechter het proces van selectie en waardering van het bewijsmateriaal in het vonnis te verantwoorden.

Het Belgische WvSv bevat geen gespecificeerde voorschriften aangaande de motivering van de bewijsbeslissing. In de feitelijke motivering (de vaststelling van het bewezen feit) hoeft de rechter niet aan te geven waarom hij tot een bewezenverklaring is gekomen. Wel dient hij een in een schriftelijke conclusie aangedragen verweer betreffende het bewijs, bij verwerping van het verweer, gemotiveerd in het vonnis te verantwoorden.

4.5. *Corpus Juris*⁵³

1. Het *Corpus Juris* bevat een aantal strafprocesrechtelijke voorzieningen; zie de ontworpen artikelen 18 t/m 35. In het bijzonder de artikelen 31 t/m 33 moeten tot het bewijsrecht worden gerekend.

Het *Corpus Juris* bevat geen algehele regeling van de strafprocedure die zou moeten worden gevolgd bij de berechting van een van de in het *Corpus* genoemde strafbare feiten. De strafprocessuele voorstellen moeten worden begrepen als pogingen om op enkele onderdelen de nationale regelingen van de strafvordering te uniformeren. Voorzover het *Corpus Juris* materie ongeregeld laat, is het nationale strafprocesrecht onverkort van toepassing.⁵⁴ De bewijsregeling in het *Corpus Juris* moet derhalve worden begrepen als een naast het nationale bewijsrecht staande basisvoorziening.

2. Art. 31, eerste lid, gaat bij de vervolging ter zake van een van de in de art. 1 t/m 8 CJ geformuleerde delicten uit van het vermoeden van onschuld. Deze bepaling beoogt een dam op te werpen tegen kennelijk bestaande neigingen om bij de vervolging van de betrokken delicten te werken met een omkering van de bewijslast. Hieruit volgt dat de bewijslast berust bij het Europese OM.

In het tweede lid is het ‘*nemo tenetur*’-principe tot uitdrukking gebracht. In tamelijk verstrekkende bewoordingen is aangegeven dat met uitzondering van nationale of communautaire verplichtingen tot overhandiging van documenten ‘niemand ertoe (kan) worden gedwongen direct of indirect aan zijn veroordeling mee te werken’.

3. Art. 32 geeft een regeling van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen. Deze regeling beoogt de grote verschillen tussen de nationale regelingen weg te werken op het vlak van de verklaringen van getuigen en van de verdachte en van de voor het bewijs bruikbare schriftelijke stukken. In aansluiting op hetgeen onder 1. is gezegd, moet deze regeling worden beschouwd als een minimumvoorziening: de in art. 32 genoemde bewijsmiddelen moeten sowieso in de nationale regelingen als toegelaten bewijsmiddelen worden erkend. Overeenkomstig het recht van de staat waar het feit wordt berecht, kunnen ook andere bewijsmiddelen worden toegelaten (zie art. 32, lid 2).

4. Overeenkomstig art. 32 moeten de volgende bewijsmiddelen worden toegelaten:

a. verklaringen van getuigen, afgelegd op de openbare terechtzitting. Deze vermelding is natuurlijk niet spectaculair. Het bijzondere schuilt echter in de mogelijkheid om verklaringen van getuigen die in het buitenland verblijven, op de terechtzitting te presenteren door middel van een audiovisuele verbinding of een ‘Europees proces-verbaal van getuigenverhoor’.⁵⁵ Dit proces-verbaal moet worden opgemaakt door het Europese OM en bevat een verslag van het verhoor van een getuige door een rechter. Bij dit verhoor moet de verdediging de gelegenheid zijn geboden om vragen te stellen. De vorm van het stellen van vragen is de rechtstreekse ondervraging. Bovendien moet het verhoor audiovisueel worden vastgelegd.

b. verklaringen van de verdachte. Deze kunnen worden afgelegd op de terechtzitting, maar

53 M. Delmas-Marty, Naar een Europese rechtsruimte. *Corpus Juris* houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie.

54 Zie het voorgestelde art. 35, waarin het beginsel van de subsidiaire toepassing van het nationale recht tot uitdrukking is gebracht.

55 Deze voorziening is geïnspireerd door art. 72 van de procedureregels voor het Internationaal Tribunaal voor Ex-Joegoslavië.

kunnen ook worden opgetekend in een door het EOM opgemaakt 'Europees proces-verbaal van ondervraging'. Het verhoor moet worden afgenomen door een rechter, de verdachte moet worden bijgestaan door een advocaat die ten minste 48 uur voor de ondervraging het dossier moet hebben kunnen inzien en het verhoor moet audiovisueel worden vastgelegd.

c. verklaringen van de verdachte die buiten een verhoorsituatie worden afgelegd. De verklaring moet zijn afgelegd voor een bevoegde instantie, EOM of rechter, en moet op enigerlei wijze worden opgenomen. Er wordt niet expliciet aangegeven wat met het 'op enigerlei wijze' wordt bedoeld. In de toelichting wordt aangegeven dat met die opname wordt beoogd de rechten te beschermen die de verschillende nationale wetgevingen bevatten, in het bijzonder de Engelse PACE 1984. Tegen deze achtergrond zal het waarschijnlijk de bedoeling zijn de verklaring van de verdachte elektromagnetisch of audiovisueel te registreren.

d. documenten opgesteld door een boekhoudkundig expert die is aangesteld tijdens het vooronderzoek of bij het begin van het onderzoek ter terechtzitting. De deskundige wordt aangesteld door het EOM of het rechterlijk college. Het aantal personen dat als een dergelijk expert kan worden benoemd, is beperkt: gekozen kan worden uit een Europese lijst van natuurlijke of rechtspersonen, goedgekeurd door de lid-staten. Deze categorie van de te erkennen bewijsmiddelen houdt verband met uiteenlopende methoden om documenten als bewijsmateriaal te gebruiken. In het bijzonder de Angelsaksische praktijk wordt in dit opzicht als 'omslachtig' ervaren. Het CJ beoogt bij de vervolging van EU-fraudes een uniforme methode - waarbij een voorkeur wordt uitgesproken voor de Frans-Nederlandse methode - tot stand te brengen.

e. door de verdachte tijdens een voorbereidend administratief onderzoek verschaft documenten. Met verwijzing naar het Funke-arrest van het EHRM wordt bepaald dat deze documenten niet kunnen worden gebruikt, indien de 'plicht tot overdracht met strafsancities gepaard gaat'. Gelet op het recentere arrest-Saunders lijkt deze beperking in het CJ niet noodzakelijk.

5. In art. 33 CJ wordt een regeling gegeven betreffende de 'uitsluiting van bewijzen die verkregen zijn in strijd met fundamentele rechtsregels'. Uitgangspunt in deze regeling is dat de rechtmatigheid van de verkrijging van bewijsmateriaal moet worden beoordeeld op basis van het recht van de staat waar het materiaal is verzameld. Uitsluiting van bewijsmateriaal moet dan plaatsvinden als het is verkregen in strijd met

- essentiële waarborgen van het EVRM,
- de art. 31 en 32 van het CJ, of
- nationale regels, terwijl zulks niet wordt gerechtvaardigd door de genoemde bepalingen uit het CJ.

6. De bepalingen in het CJ bevatten voor het huidige en toekomstige Nederlandse strafprocesrecht weinig schokkends. De bijzonderheden betreffende de verklaringen van getuigen en van de verdachte en de door een boekhoudkundig expert opgestelde documenten lijken bij de keuze voor een open stelsel van bewijsmiddelen niet geschikt om te worden opgenomen in de regeling van het algemene bewijsrecht. Voor de mogelijkheid van het afleggen van een verklaring door een getuige vanuit het buitenland via een audiovisuele verbinding kan eventueel een plaatsje worden gereserveerd in de regeling van het onderzoek ter terechtzitting of de afdeling over 'rechtshulp'/'internationale opsporing'.

Aandacht verdient wel de aanbeveling om de verklaringen van de getuigen en

verdachte vast te leggen op band of video. Naar aanleiding hiervan kan de vraag worden opgeworpen of het geen algemene regel moet worden dat de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen van de verdachte (bij voorkeur: audiovisueel) worden opgenomen. Hetzelfde lijkt aanbevelenswaardig met het oog op de tijdens het vooronderzoek bij de R-C afgelegde verklaringen van getuigen of de verhoren van getuigen waarbij het ondervragingsrecht wordt uitgeoefend.

5. Schets van een nieuwe regeling

5.1. Keuze van uitgangspunten

In deze paragraaf zal een schets van een nieuwe regeling van het bewijsrecht en de bewijsmotivering in het vonnis worden gepresenteerd. Voor een deel sluiten de voorstellen aan bij ontwikkelingen die in de praktijk van de strafrechtspleging hebben plaatsgevonden. Voor een ander deel kunnen de voorstellen worden gezien als uitwerkingen van uitgangspunten zoals die in het algemene deel van de rapportage zijn geformuleerd en aan het gehele onderzoek ten grondslag liggen.

1. Het bewijsrecht is van toepassing op de rechterlijke beslissing omtrent het ten laste gelegde feit.

In het algemeen kan ‘bewijzen’ worden omschreven als de rechterlijke activiteit gericht op het vaststellen van feiten met het oog op de oplegging van strafrechtelijke sancties. In deze ruime betekenis worden in de strafprocedure uiteenlopende feiten vastgesteld: van de geldigheid van de dagvaarding tot de diverse factoren die van belang zijn voor de straftoemeting. Het huidige WvSv gaat bij het ‘bewijs’ niet uit van dit ruime kader betreffende de vaststelling van feiten, doch reserveert het ‘bewijs’ voor de rechterlijke beslissing omtrent het ten laste gelegde feit. Deze beperking valt op goede gronden te verdedigen, maar is niet dwingend. Overwogen zou kunnen worden om het bewijsrecht niet alleen te betrekken op de beslissing omtrent het ten laste gelegde feit, maar ook op de feitenvaststellingen ten behoeve van andere deelbeslissingen van het rechterlijk vonnis.

Een dergelijke uitbreiding van het bereik van het bewijsrecht miskent het karakter van de vaststelling van enerzijds het ten laste gelegde feit en anderzijds de feiten die relevant zijn voor de beantwoording van de andere deelbeslissingen. Het bewijs van het tenlaste gelegde feit betreft de vaststelling dat historische feiten met een hoge graad van waarschijnlijkheid daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Tegen de achtergrond van het nulla poena-beginsel en het onschuldvermoeden wordt het onderzoek naar en de beslissing over de waarheid van het ten laste gelegde feit terecht in een stelsel van waarborgen ingekapseld. Dit stelsel kan om uiteenlopende redenen niet zomaar op alle onderdelen van het strafvonnis worden toegepast.

De eerste reden is dat voor sommige deelbeslissingen strengere eisen worden gesteld aan de feitenvaststelling dan de eis dat van het een of ander moet blijken uit een bewijsmiddel. Vergelijk bijv. de vaststelling dat de dagvaarding geldig is betekend. Hiervan kan uitsluitend blijken uit de akte van betekening. De tweede reden is het gegeven dat de feitenvaststelling bij andere deelbeslissingen dikwijls moet worden geplaatst in het kader van een ‘regel-uitzondering-schema’. De officier van justitie wordt vermoed ontvankelijk te zijn in de strafvervolgung; bewijsmiddelen worden vermoed op rechtmatige wijze te zijn verkregen; indien het ten laste gelegde feit door de rechter is bewezen en onder het bereik van een delictsomschrijving is gebracht, wordt het feit vermoed wederrechtelijk te zijn en aan de schuld van de verdachte te wijten. Deze vermoedens wijken als het tegendeel aannemelijk wordt. Veelal zal een onderzoek naar dat ‘tegendeel’ berusten op een door de verdachte

gevoerd verweer. Met het oog op het onderzoek naar de feiten die aan het verweer ten grondslag liggen, heeft de verdachte geen ‘bewijslast’, slechts een ‘stelplicht’. De rechter dient vervolgens zelfstandig te beslissen over de aannemelijkheid van de aan het verweer ten grondslag liggende feiten. De onjuistheid van die feiten behoeft niet in strikte zin te worden bewezen. Zulks is begrijpelijk, omdat het dan gaat om het bewijs van negativa: een door de verdachte gestelde gebeurtenis heeft *niet* plaatsgevonden. Een dergelijk bewijs is nagenoeg onmogelijk, tenzij in ruime mate gebruik wordt gemaakt van bewijsvermoedens. In dat geval is het verschil tussen het ‘bewijs’ en het ‘aannemelijk zijn’ te verwaarlozen.

Het voorgaande is reden om het bereik van het bewijsrecht te beperken tot het bewijs van het ten laste gelegde feit. Voor de overige onderdelen van het rechterlijke vonnis kunnen beslissingen worden genomen op basis van het ‘aannemelijk zijn’ van feiten. De basis voor die aannemelijkheid is het onderzoek op de terechtzitting.

2. Bewijsrecht en straftoemeting.

Op bovenstaand uitgangspunt zou een uitzondering kunnen worden gemaakt voor feiten die een rol spelen bij de straftoemeting. Ook deze feiten kunnen voor de verdachte een dermate bezwarend karakter hebben dat overwogen zou kunnen worden het bewijsrecht daarop van toepassing te verklaren. Eerder heeft Borst een dergelijke uitbreiding verdedigd. In verband met het belastende karakter van de feitenvaststelling ten behoeve van de straftoemeting gaf hij aan dat deze vaststelling diende te ‘voldoen aan de definitieve voorschriften aangaande de bewijsmiddelen in de artikelen 340-344’.⁵⁶ Toegespijst op drie wezenlijke kenmerken van het bewijsrecht in het huidige wetboek - de wettigheid van de bewijsmiddelen, de bewijsminima en de rechterlijke overtuiging - is de strekking van het voorstel van Borst dat de vaststelling van feiten die relevant zijn voor de op te leggen straf en/of maatregel zou dienen te geschieden op basis van wettige bewijsmiddelen; Borst bepleit niet dat ook de bewijsminima van toepassing zouden zijn of dat de voor de straftoemeting relevante feiten *overtuigend* zouden moeten worden bewezen.

In het navolgende onder 4. wordt aangegeven dat in een nieuw wetboek van strafvordering moet worden gekozen voor een vrij bewijsstelsel. Deze keuze heeft tot gevolg dat aan het voorstel van Borst de wezenlijke betekenis is komen te ontvallen. De essentie van een vrij bewijsstelsel is immers dat wordt afgezien van een wettelijke definiëring van de toegelaten bewijsmiddelen en dat geen enkele bron voor de verzameling van kennis van de rechterlijke oordeelsvorming wordt uitgesloten.

In een vrij bewijsstelsel zou - voortbordurend op het voorstel van Borst - overwogen kunnen worden de rechterlijke overtuiging en de bewijsminima te betrekken op de straftoemetingsfactoren. In het bijzonder gaat het dan om de vaststelling van de factoren die een *bezwarende* rol spelen bij de vaststelling van de op te leggen straf. Vergelijkbaar met de beslissing omtrent de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond, bestaat er geen aanleiding om de aanwezigheid van *verlichtend* werkende factoren aan inhoudelijk strenge beslisriteria te onderwerpen.

Met het oog op de strekking van de bewijsminima moet bovenstaande uitbreiding van de hand worden gewezen. Bewijsminimumvoorschriften slijpen de scherpe kantjes af van de keuze voor een vrij bewijsstelsel. De beperkingen op de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen (de verklaring van de verdachte en van een getuige) moeten worden beschouwd als minimale waarborgen voor een deugdelijke en behoorlijke waarheidsvinding. Een bewezenverklaring op basis van de enkele verklaring van de verdachte of van slechts één

getuige laat te veel mogelijkheden open voor discussie omtrent de juistheid van de bewijsbeslissing. De eis van ‘dubbele bevestiging’ van de bewezen verklaring beoogt deze ruimte voor twijfel in te perken. Uit deze ratio voor handhaving van bewijsminima vloeit voort dat deze voorschriften geen rol kunnen spelen bij de straftoemeting.

De koppeling van de rechterlijke overtuiging aan de vaststelling van de voor de straftoemeting relevante feiten lijkt vooralsnog niet op zijn plaats. In het algemeen behoort het niet tot de traditie om bij de strafoplegging en de strafmotivering in het vonnis expliciet te onderscheiden tussen factoren die een verzwarende dan wel verlichtende rol hebben gespeeld bij de straftoemeting. Veelal gaan dergelijke factoren verscholen in de verwijzing naar de ernst van het feit en de persoon van de dader. Daarbij komt dat de verzwarende of verlichtende werking van een factor dikwijls ambigu is. Deze punten brengen mede de uit de rechterlijke overtuiging sprekende hoge mate van waarschijnlijkheid vooralsnog te reserveren voor het bewijs van het ten laste gelegde feit. Voor de vaststelling van de voor de straftoemeting relevante feitelijkheden kan worden volstaan met de aannemelijkheid van die feiten.

Afhankelijk van ontwikkelingen aangaande de rechterlijke straftoemetingsrichtlijnen is dit standpunt vatbaar voor heroverweging. In deze richtlijnen wordt een model voor de straftoemeting gehanteerd waarbij, uitgaande van een ‘standaardstraf’ voor een type delict, een aantal strafverlichtende en -verzwarende factoren/delictskenmerken wordt geformuleerd. Het is goed mogelijk dat de in de genoemde richtlijnen ontwikkelde verzwarende factoren/kenmerken bij de straftoemeting een met de wettelijke strafverzwarende omstandigheden vergelijkbare rol gaan spelen. In dat geval zijn de factoren die een verzwarende rol spelen bij de straftoemeting individualiseerbaar en, indien voldoende geobjectiveerd, vatbaar geworden voor bewijs. Indien het gewicht van de in de richtlijnen aangegeven verzwarende factoren/delictskenmerken in de praktijk van de strafrechtspleging inderdaad vergelijkbaar is met de wettelijke strafverzwaringen, kan worden verdedigd dat de verzwarende werkende objectieve factoren op basis van een wettig bewijsmiddel overtuigend moeten zijn bewezen.

Deze uitbreiding van het bereik van het bewijsrecht heeft consequenties voor de inrichting van het vonnis en de aan de strafmotivering te stellen eisen. In de strafmotivering zal de rechter immers de bewijsmiddelen moeten vermelden en weergeven waaraan hij het bewijs van de verzwarende werkende factoren/kenmerken ontleent.

3. Het bewijsrecht gaat uit van een actieve rechter: hij is belast met het onderzoek naar de materiële waarheid.

Dit uitgangspunt ligt eveneens ten grondslag aan het huidige WvSv. Er bestaat geen aanleiding om op dit punt enige wijziging aan te brengen. De strafrechter heeft derhalve de leiding over het onderzoek op de terechtzitting en draagt de verantwoordelijkheid voor de uitkomsten daarvan. Deze verantwoordelijkheid brengt mede dat de rechter heeft te waken voor de volledigheid van het onderzoek met het oog op de door hem te nemen beslissingen. Bij het oordeel omtrent het ten laste gelegde feit dient de rechter te streven naar vaststelling van de materiële waarheid. Hieruit volgt dat de rechter bij zijn onderzoek en vrije oordeelsvorming niet wordt beperkt door de proceshouding van de officier van justitie en de verdachte. Dit uitgangspunt impliceert dat op de schouders van het openbaar ministerie of van de verdachte geen bewijslast rust, noch dat overeenstemming tussen verdachte en officier van justitie over de juistheid van feiten bindend is voor de rechter. Weliswaar kan ten opzichte van het openbaar ministerie en de verdachte worden gesproken van beweringslast en beweringsrisico's (in die zin dat het openbaar ministerie heeft te zorgen voor een

beschuldiging en een procesdossier, en dat ter activering van het rechterlijk onderzoek van de kant van de verdediging tegenspraak wordt verwacht), doch het vaststellen van feiten en het bewijs van het ten laste gelegde feit moet tot de taak van de strafrechter worden gerekend.

4. De regeling van het bewijsrecht gaat uit van een vrij bewijsstelsel.

Het bewijsstelsel in het huidige WvSv moet worden getypeerd als een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Kenmerken hiervan zijn een gesloten opsomming van de toegelaten bewijsmiddelen en een aantal bewijsminimumvoorschriften. In de literatuur is herhaaldelijk aangegeven dat dit wettelijke stelsel in de praktijk van de strafrechtspleging nagenoeg iedere betekenis heeft verloren.⁵⁷ Dit blijkt ook uit par. 2.5 van dit rapport waarin is ingegaan op het thans geldende recht. Aangezien niet is gebleken van een noodzaak of behoefte om de praktijk bij te stellen in de richting van het negatief-wettelijke stelsel, wordt ervoor gekozen om de gegroeide praktijk te codificeren. In een nieuw wetboek wordt derhalve niet gestreefd naar een limitatieve opsomming en beschrijving van de toegelaten bewijsmiddelen. Uitgegaan wordt van een vrij bewijsstelsel: het bewijs kan worden geleverd door alle middelen. De enige voorwaarde voor het gebruik van een informatiebron als bewijsmiddel is dat de bron inhoudelijk betrouwbare feitelijke kennis verschaft. Dit komt tot uitdrukking in de bij de motoveringsvoorschriften op te nemen algemene eis dat het in het vonnis opgenomen bewijsmiddel 'redengevend' moet zijn voor de bewijsbeslissing. Zo is een verklaring van een getuige alleen redengevend als die getuige verklaart over feiten en omstandigheden die hij zelf heeft waargenomen of ondervonden. Aan de niet op feiten en omstandigheden gestoelde meningen of gissingen van een getuige mag geen voor de bewezenverklaring redengevende kracht worden toegekend. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de verklaring van de verdachte of van een deskundige. Gebruikt de rechter een 'moderne' informatiedrager (zoals een foto, video, etc.) voor het bewijs, dan mag van de rechter worden verwacht dat hij in het vonnis aangeeft wat het bewijsmiddel inhoudt en in hoeverre aan dit bewijsmiddel redengevende kracht toekomt.

De consequentie van de keuze voor een vrij bewijsstelsel is dat in de wettelijke regeling niet in het algemeen informatiebronnen van het gebruik als bewijsmiddel worden uitgesloten indien twijfels kunnen bestaan aangaande de betrouwbaarheid van de betrokken categorie informatiebronnen. De beoordeling van de vraag of een bron betrouwbare informatie verschaft, dient niet in het algemeen door de wetgever, maar in het concrete geval door de rechter te worden beantwoord. Tegen deze achtergrond kan worden afgezien van een regeling van de diverse categorieën schriftelijke bescheiden die de rechter voor het bewijs kan bezigen. De thans in art. 344 Sv neergelegde uitsplitsing heeft in een vrij bewijsstelsel geen functie. De consequentie van het uitblijven van een specificatie van de voor het bewijs bruikbare schriftelijke bescheiden is, dat ook het voorschrift van art. 344, lid 1 onder 5 betreffende het gebruik van 'alle andere geschriften' overbodig is geworden.

De keuze voor een vrij bewijsstelsel brengt mede dat het bewijsmiddel 'eigen waarneming' van de rechter nog maar een zeer ondergeschikte rol zal spelen. In een wettelijk bewijsstelsel heeft de 'eigen waarneming' in belangrijke mate het karakter van vangnet⁵⁸: via de eigen waarneming kan de rechter bronnen van informatie voor het bewijs gebruiken die niet via een van de andere aangewezen bewijsmiddelen bij de bewijsconstructie een rol kunnen spelen (foto, video, etc.). In een vrij bewijsstelsel kan de rechter zonder enige belemmering bij het bewijs gebruik maken van de hem ter beschikking staande bronnen van

57 Vgl. W.P.J. Pompe, Het bewijs in strafzaken, in: Vijf opstellen van W. Pompe, z.j., p. 44; Ch. J. Enschedé, Bewijzen in het strafrecht, RM Themis 1966, p. 516.

58 In de StPO fungeert het bewijsmiddel 'Augenschein' ook als sluitpost.

informatie, zodat er geen aanleiding is voor een afzonderlijke benoeming van een ‘sluitpost’.

5. Beperkingen op het vrije bewijsstelsel.

Een keuze voor een vrij bewijsstelsel impliceert dat in het wetboek wordt afgezien van een inhoudelijke definiëring en begrenzing van de toegelaten bewijsmiddelen. Deze keuze brengt niet mede dat binnen het vrije bewijsrecht geen beperkingen kunnen bestaan op het gebruik van bepaalde kenbronnen, noch dat de wettelijke regeling geen voorschriften omtrent de bewijskracht van bewijsmiddelen zou kunnen bevatten.⁵⁹ Een en ander is wel degelijk mogelijk.

Bij de aanduiding van de binnen het vrije bewijsrecht geldende beperkingen kan enerzijds worden aangesloten bij bestaande jurisprudentie, anderzijds is daar ook een taak voor de wetgever. Aansluiting bij thans geldende rechtspraak betekent dat de daarin tot uitdrukking gebrachte beperkingen binnen het bewijsrecht niet in een specifiek wettelijk voorschrift tot uitdrukking behoeven te worden gebracht, aangezien die beperkingen voortvloeien uit de structuur van het rechtsgeding en de positie van de deelnemers aan het strafproces. Een wettelijke regeling is daarentegen noodzakelijk als de wenselijk geachte beperking haaks staat op het uitgangspunt voor de keuze voor een vrij bewijsstelsel - de selectie en waardering van de voor het bewijs van het ten laste gelegde feit te bezigen kenbronnen dient te worden overgelaten aan de rechter - en niet kan worden gerekend tot de eerstgenoemde met de gedingstructuur en procespositie samenhangende categorie beperkingen.

Tot die eerste categorie moeten worden gerekend de verklaringen van de raadsman van de verdachte en de op de terechtzitting fungerende vertegenwoordiger van het openbaar ministerie. Met de procespositie van deze deelnemers aan het rechtsgeding is het onverenigbaar dat de door hen afgelegde verklaringen voor het bewijs zouden kunnen worden gebruikt. Deze thans in de jurisprudentie neergelegde beperking (zie § 2.5) is onverkort van toepassing in het nieuwe stelsel. Hetzelfde geldt voor de ‘eigen wetenschap’ van de rechter, voorzover deze wetenschap niet kan worden aangemerkt als een ‘feit van algemene bekendheid’, dan wel als een op de terechtzitting opgedane ‘eigen waarneming’. Deze ‘eigen wetenschap’ is als bewijsmiddel niet bruikbaar voor het bewijs van het ten laste gelegde feit.⁶⁰

Ook met betrekking tot de aanduiding van de betekenis van een weigering van de verdachte om geheel of op onderdelen een verklaring af te leggen, kan worden aangesloten bij de huidige jurisprudentie. Het gegeven dat de verdachte gebruik wil maken van zijn zwijgrecht en in het geheel geen verklaring aflegt, kan niet worden aangemerkt als een zelfstandig bewijsmiddel. Een dergelijke weigering kan immers niet worden beschouwd als een mededeling van feiten en omstandigheden die als zodanig redengevend zijn voor het bewijs van het ten laste gelegde feit.⁶¹ Deze stand van zaken doet niet af aan het gegeven dat een weigering van de verdachte om op onderdelen te verklaren wel degelijk van belang kan zijn bij de waardering van de overtuigende kracht van andere bewijsmiddelen.⁶² Deze materie, de waardering van het zwijgen op onderdelen, is zo afhankelijk van de omstandigheden van het geval, dat zulks niet vatbaar is voor wettelijke regulering en dient derhalve te worden overgelaten aan de rechtspraak.

59 Vgl. het bewijsrecht in het WvBRv, waarin de vrije bewijsleer gepaard gaat met een aantal voorschriften omtrent de bewijskracht van bewijsmiddelen.

60 Zie HR 16 maart 1965, NJ 1965, 275; HR 23 oktober 1984, NJ 1985, 233; HR 10 december 1985, NJ 1986, 385.

61 Vgl. HR 12 maart 1996, NJ 1996, 539 en HR 19 maart 1996, NJ 1996, 540, m.nt. Sch.

62 Zie EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Kn; HR 3 juni 1997, NJ 1997, 584.

Zonder nadere voorziening ligt in een vrij bewijsstelsel de mogelijkheid besloten dat verklaringen van de medeverdachte, ook bij gelijktijdige berechting, voor het bewijs zouden kunnen worden gebruikt. Voorzover het gaat om verklaringen die zijn afgelegd tijdens het vooronderzoek, wordt deze consequentie inderdaad aanvaard. De thans in art. 341, lid 3, Sv besloten liggende algemeen geformuleerde beperking op het gebruik⁶³ van de verklaring van de medeverdachte is in een vrij bewijsstelsel niet op zijn plaats. Hiermee wordt een einde gemaakt aan het huidige strafvorderlijke ‘kunstje’ waarmee de gelding van de genoemde bepaling wordt ontdoken: de niet-gevoegde maar wel gelijktijdige behandeling. Deze constructie maakt het thans mogelijk om de door de verschillende medeverdachten tijdens het vooronderzoek afgelegde verklaringen voor het bewijs te gebruiken. Tevens maakt deze handelwijze het mogelijk om een medeverdachte in de parallel lopende zaak als getuige te horen.

Voor wat betreft de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen van medeverdachten is met het verval van art. 341, lid 3, de noodzaak voor een niet-gevoegde maar wel gelijktijdige behandeling komen te vervallen.⁶⁴ Lastiger ligt de situatie waarin de niet-gevoegde gelijktijdige berechting wordt aangegrepen om de medeverdachte in de parallel lopende zaak als getuige te kunnen horen. Deze ‘samenloop’ van procesrollen verdraagt zich slecht met de positie van de tegelijkertijd terecht staande medeverdachten op de terechtzitting. Tegelijkertijd terecht staande verdachten moeten vrijuit kunnen spreken over het ten laste gelegde delict en elkanders rol, zonder voortdurend alert te moeten zijn op de mogelijkheid dat de medeverdachte iets ten nadele verklaart dat aanleiding geeft voor tegenspraak en discussie. Een dergelijke gang van zaken kan al snel de orde op de terechtzitting verstoren. Daarbij komt dat het horen van een persoon als getuige, terwijl hij tegelijkertijd als verdachte terecht staat, in verband met het ondervragingsrecht van nature spanningen oplevert. Om deze redenen wordt er voor gekozen om in een wettelijk voorschrift een algemeen luidend ‘bewijsverbod’ te formuleren: de verklaring van de tegelijkertijd (in al dan niet gevoegde zaken) terecht staande medeverdachte mag niet voor het bewijs worden gebruikt. Meent de rechter dat die verklaring wel van belang is voor de bewijsvoering, dan moeten de tegen de medeverdachten gevoerde strafzaken in tijd worden gesplitst, waardoor de medeverdachte in de procedure tegen de verdachte als getuige kan worden gehoord. Op dit verhoor zijn de normale voorschriften omtrent het horen van getuigen (zoals beëdiging, verschoningsrecht etc.) van toepassing.

Er bestaat geen aanleiding om op het punt van de beëdiging een uitzondering te creëren, in die zin dat een medeverdachte (in materiële zin) niet onder ede wordt gehoord.⁶⁵ Het verschoningsrecht en een met art. 293 Sv vergelijkbare voorziening zijn afdoende om te voorkomen dat de medeverdachte wordt gedwongen tegen zichzelf te verklaren.

Binnen het vrije bewijsrecht bestaan er blijkens het voorgaande enige beperkingen op het gebruik van bepaalde kenbronnen als bewijsmiddel. Op de vraag of in een nieuw wetboek ook beperkingen op de bewijskracht van bewijsmiddelen moeten worden opgenomen, zal in het onderstaande onder ‘8. Bewijsminima’ worden ingegaan.

6. Het ten laste gelegde feit geldt als ‘bewezen’, indien de rechter door de bewijsmiddelen ervan overtuigd is dat het feit door de verdachte is begaan.

63 Dit artikellid geeft aan dat de opgaven van de verdachte alleen te zijnen aanzien gelden.

64 Bezwaren in verband met de ondoorzichtigheid van de verslaglegging betreffende de verschillende parallel lopende strafzaken zijn daarmee ook uit de wereld geholpen.

65 Vgl. §60 StPO, waarin een ‘Verbot der Verteidigung’ is opgenomen voor ‘Personen, die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind’.

Vanouds geldt in het strafprocesrecht het uitgangspunt dat het ten laste gelegde feit uitsluitend bewezen mag worden geacht als de rechter op basis van het bewijsmateriaal ervan overtuigd is dat het feit door de verdachte is begaan. In een vrij bewijsstelsel is deze rechterlijke overtuiging materieel het belangrijkste punt van verschil tussen het bewijs van het ten laste gelegde feit en de feitenvaststelling ten behoeve van andere deelbeslissingen van het rechterlijk vonnis. De rechterlijke overtuiging hoeft immers niet meer te zijn gebaseerd op wettige bewijsmiddelen, doch mag op alle op de terechtzitting geproduceerde redengevende kenbronnen worden gebaseerd. Voor de andere deelbeslissingen is het voldoende dat de feiten naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting aannemelijk zijn geworden.

Dat voor het bewijs van het ten laste gelegde feit wordt uitgegaan van de op bewijsmiddelen gebaseerde overtuiging is gerechtvaardigd omdat:

- a. de vaststelling betreffende het ten laste gelegde feit inhoudelijk het belangrijkste onderdeel is van de rechterlijke beslissing;
- b. in de op een concrete delictomschrijving toegespitste tenlastelegging het in art. 1, lid 1, Sr neergelegde legaliteitsbeginsel tot gelding komt.

De rechterlijke overtuiging en de aannemelijkheid drukken graden van waarschijnlijkheid ten aanzien van de historische waarheid van feiten uit. Overwogen zou kunnen worden om met het oog op de uiteenlopende feitenvaststellingen door de rechter naast de rechterlijke overtuiging en de aannemelijkheid andere bewoordingen in het wetboek op te nemen, waarmee maten van waarschijnlijkheid tot uitdrukking worden gebracht die van belang zouden kunnen zijn voor het bewijs van 'feiten' ten behoeve van uiteenlopende door de rechter of andere functionarissen te nemen beslissingen. Vergelijk het Angelsaksische onderscheid tussen 'beyond reasonable doubt' en 'probable cause', of de trits 'redelijk vermoeden' (art. 27 Sv), 'ernstige bezwaren' (art. 56 Sv), 'voldoende aanwijzingen' (art. 36e, lid 2, Sr) en de 'particularly confirmed suspicion' (vgl. het Hauschildt-arrest van het EHRM).

Een dergelijke terminologische subtilisering wordt afgewezen. De voorkeur gaat uit naar een zo beperkt mogelijk arsenaal aan begrippen die kunnen worden gebruikt voor de vaststelling van feiten. De praktische reden hiervoor is het gegeven dat de met uiteenlopende termen tot uitdrukking te brengen graden van waarschijnlijkheid niet werkbaar zijn. Het gaat immers niet om een objectief te meten mate van waarschijnlijkheid, maar om een waardering/inschatting/rationele beargumentering van die mate van waarschijnlijkheid. Tegen deze achtergrond dienen de te gebruiken begrippen inhoudelijk in belangrijke zin van elkaar te verschillen.⁶⁶ Om deze reden bestaat er geen aanleiding om naast de rechterlijke overtuiging en de aannemelijkheid andere begrippen te introduceren, waarmee een graad van waarschijnlijkheid tot uitdrukking wordt gebracht.

7. De basis voor de vorming van de overtuiging van de rechter zijn de terechtzitting en de aldaar gepresenteerde bewijsmiddelen

De thans in art. 338, lid 1, neergelegde regel betreft een grondbeginsel van het Nederlandse strafprocesrecht⁶⁷ en dient te worden gehandhaafd. Het principe dat de rechter zijn oordeel dient te baseren op het verhandelde ter terechtzitting en de aldaar aan de orde gestelde bewijsmiddelen strekt tot realisering van belangrijke processuele beginselen: de interne en externe openbaarheid en hoor en wederhoor.

66 Vgl. A.P.A. Broeders, Enige overwegingen bij het gebruik van waarschijnlijkheidsconclusies in het forensisch onderzoek, DD 29 (1999), p. 389-407.

67 Vgl. HR 1 maart 1994, NJ 1994, 440, m.nt. Sch, waarin is overwogen dat het hier een van de 'fundamentele regels van het strafproces' betreft.

8. Bewijsminima

De huidige regeling van het bewijsrecht bevat een aantal ‘klassieke’ bewijsminimumvoorschriften. Het betreft de artikelen 341, leden 3 en 4, 342, lid 3, 344, lid 1 onder 5° (voorzover bepalende dat andere geschriften alleen kunnen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen). Deze voorschriften stonden in de kern ook al in het WvSv van 1886.

Daarnaast zijn bij de Wet getuigenbescherming enige moderne bewijsminima ingevoerd (de artikelen 342, lid 2⁶⁸, 344, lid 3 en 344a). Deze minima hangen samen met de bijzondere aard van het bewijsmiddel waarop zij betrekking hebben: de verklaringen van anonieme getuigen of geschriften bevattende verklaringen van personen waarvan de identiteit niet blijkt. Deze bewijsminimumvoorschriften zijn in het wetboek opgenomen om te voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM, zoals in de jurisprudentie van het EHRM tot uitdrukking gebracht.

In par. 2 is aangegeven dat de ‘klassieke’ bewijsminima in de jurisprudentie van de Hoge Raad zeer minimalistisch worden geïnterpreteerd. Feitelijk hebben de door de bewijsminima opgeworpen beperkingen bij de bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit maar een zeer geringe betekenis. Aan de formele eis van ‘dubbele bevestiging’ van de bewezenverklaring valt licht te voldoen. Hierdoor wordt geen recht gedaan aan de doelstellingen van de bewijsminima zoals die thans in het wetboek zijn geformuleerd: bevordering van de deugdelijkheid en behoorlijkheid van de rechterlijke beslissing.⁶⁹ Op basis van deze stand van zaken kan de vraag worden gesteld of de klassieke bewijsminima moeten worden behouden. Kanttekening hierbij is dat uit de keuze voor een vrij bewijsstelsel al voortvloeit dat twee van de genoemde klassieke bewijsminima vervallen (te weten de art. 341, lid 3, en 344, lid 1 onder 5; zie hiervoor onder 4. over de keuze voor een vrij bewijsstelsel en 5. over de daarop aan te brengen beperkingen). Op de keeper beschouwd gaat het dus nog over het behoud van de art. 341, lid 4 en art. 342, lid 3, Sv. Een viertal opties staat open:

a. de bewijsminima worden geherformuleerd door de bewijsvoorschriften een meer materiële inhoud te geven. Het gaat dan niet zozeer om het formele aantal bewijsmiddelen waarin de dubbele bevestiging van de bewezenverklaring ligt besloten, maar om de materiële inhoud van de bewijsmiddelen. Hierbij wordt aangesloten bij de bewijsminima betreffende de verklaringen van personen waarvan de identiteit niet blijkt. De eis van dubbele bevestiging impliceert dan dat het bewijs van de betrokkenheid van de verdachte bij het ten laste gelegde feit uit minimaal twee bewijsmiddelen moet blijken. Op deze hoofdregel moet een uitzondering worden gemaakt voor het ambtsedige proces-verbaal van een opsporingsambtenaar.

b. de huidige bewijsminima worden behouden. Zij worden evenwel niet geformuleerd als strikte regels, maar als uitgangspunten. Het staat de rechter vrij om een bewezenverklaring te baseren op slechts één bewijsmiddel. Als de rechter gebruik maakt van deze bevoegdheid dient hij deze beslissing afzonderlijk te motiveren. Deze motiveringsplicht geldt niet als het bewijs wordt aangenomen op het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. De bewijsminima worden derhalve aangevuld met bewijsmotiveringsvoorschriften.

c. de twee klassieke bewijsminimumvoorschriften worden geschrapt. De keuze voor een vrij bewijsstelsel berust op de gedachte dat de wetgever moeilijk in algemene voorschriften richtlijnen kan geven voor de selectie en de waardering van de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal.⁷⁰ De rechter wordt hierbij volledige vrijheid gelaten, hetgeen kan meebrengen dat het bewijs wordt gegrond op slechts één bewijsmiddel. De gedachten achter

68 In wezen is dit geen bewijsminimumvoorschrift, maar een bepaling die voorwaarden geeft voor het gebruik voor het bewijs van een verklaring van een anonieme getuige.

69 Vgl. Melai, Wetboek van Strafvordering, art. 338-344, aant. 13 (suppl. 91).

70 Deze optie sluit aan bij de stand van zaken in andere binnen- en buitenlandse stelsels; zie par. 4.

de bewijsminimumvoorschriften - bevordering van de deugdelijkheid en behoorlijkheid van de beslissing - worden vertaald in bewijsmotiveringsvoorschriften.

d. de bewijsminima aangaande de enkele verklaring van de verdachte of van een getuige worden gehandhaafd, waarbij de huidige uitleg van de minimumvoorschriften in de jurisprudentie in de formulering van deze bewijsminima wordt verwerkt.

De eerste optie wordt afgewezen, aangezien een voorziening met een dergelijke strekking de bewijslast ernstig verzwakt, zelfs in veel gevallen bewijsnood creëert. De essentie is immers dat in alle gevallen twee onafhankelijke bewijsmiddelen voorhanden moeten zijn waaruit blijkt van de betrokkenheid van de verdachte bij het bewezenverklarde feit. Concreet zou implementatie van deze optie betekenen dat voor het bewijs van een inbraak onvoldoende zou zijn de aangifte van de benadeelde en de verklaring van de verdachte waarin hij erkent de betrokken inbraak te hebben gepleegd. In zo'n geval is er immers geen sprake van een materiële 'dubbele bevestiging' van de betrokkenheid bij de inbraak. Daarbij komt dat de dubbele bevestiging van de 'betrokkenheid' een willekeurig criterium is; in veel gevallen gaat het immers niet om de betrokkenheid bij, maar om het al dan niet begaan hebben van een delict.

Bij de afweging van de opties onder b. en c. (beide in wezen een vervanging van bewijsminimumvoorschriften door bewijsmotiveringsvoorschriften) enerzijds, en optie d. anderzijds, gaat de voorkeur uit naar d. De eis dat een bewezen verklaring niet op de enkele verklaring van de verdachte of van een getuige kan berusten, maar minimaal op twee bewijsmiddelen dient te worden gegrond, moet als een minimumgarantie voor de deugdelijkheid en behoorlijkheid van het strafrechtelijke onderzoek naar de materiële waarheid en de daarop gebaseerde bewijsbeslissing worden beschouwd.⁷¹ Het behoud van de bewijsminima impliceert overigens dat een met art. 344, lid 2, vergelijkbare voorziening aangaande de bewijskracht van het proces-verbaal in het wetboek moet worden opgenomen.

De vraag rijst of de uitzondering van art. 344, lid 2, Sv betreffende ambtsedige processen-verbaal niet zou moeten worden uitgebreid met de op de terechtzitting afgelegde getuigenverklaringen van opsporingsambtenaren. De formulering van het genoemde voorschrift brengt immers mede dat een bewezenverklaring wel uitsluitend kan worden gebaseerd op een proces-verbaal, doch niet op de gelijklopende op de terechtzitting afgelegde verklaring van de opsporingsambtenaar. Een dergelijke uitbreiding moet worden afgewezen. De eerste reden daarvoor is dat daaraan geen behoefte bestaat, als het gaat om de situatie dat het proces-verbaal en de op de terechtzitting afgelegde verklaring inderdaad gelijklopend zijn. De tweede reden is dat er geen bijzondere grond is om de door een opsporingsambtenaar als getuige afgelegde verklaring, als deze bijvoorbeeld afwijkt van het proces-verbaal of belangrijke aanvullende informatie verschaft, anders te behandelen dan een verklaring die is afgelegd door een getuige niet zijnde opsporingsambtenaar. Door opsporingsambtenaren vergaarde voor het strafproces relevante informatie dient te worden vastgelegd in een proces-verbaal. Dat aan een dergelijk geschrift bijzondere bewijswaarde kan worden toegekend berust voor een belangrijk deel op de waarborg dat het proces-verbaal zo spoedig mogelijk, 'onder den verschen indruk dier waarneming'⁷², is opgemaakt. Deze rechtvaardiging geldt niet voor de later op de terechtzitting afgelegde verklaringen.

Zoals aangegeven, wordt beoogd bij de formulering van de bewijsminima aan te sluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad. De consequentie is dat de eis van dubbele bevestiging

71 Vgl. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1995, p. 84-86.

72 Blok-Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel II, p. 161.

inhoudelijk maar geringe beperkingen aanlegt bij het bewijs van het ten laste gelegde feit. Een belangrijke verandering is echter het voorstel om deze minimale beperkingen aan te vullen met de verplichting voor de rechter om de verwerping van onderbouwde betwistingen van de betrouwbaarheid van bewijsmiddelen in het vonnis te motiveren (zie nader onder 9.

Bewijsmotivering).

In het verband van de heroverweging van de positie van de bewijsminima rijst de vraag of voor bepaalde delicten bijzondere bewijsminima moeten worden gecreëerd of zelfs een uitzondering zou moeten worden gemaakt op de gelding van de bewijsminima. Hierbij kan worden gedacht aan de strafbepalingen betreffende de rassendiscriminatie, bepaalde zedendelicten of vormen van mishandeling (kindermishandeling, mishandeling in de huiselijke sfeer). De gedachte hierachter is dat de genoemde delicten dikwijls in een besloten sfeer worden gepleegd, waardoor doorgaans de hoeveelheid bewijsmateriaal zeer beperkt is. Teneinde structurele bewijsproblemen te voorkomen en een maximale bescherming te geven aan potentiële slachtoffers, kan dan worden bepleit uitzonderingen te maken op de gelding van de algemene bewijsminima.

Dergelijke uitzonderingen op algemene bewijsminimumvoorschriften zijn alleen aanvaardbaar, als daarvoor een algemene grondslag kan worden aangewezen. Pragmatische argumenten in verband met bewijsbaarheid van het delict en de kwetsbare positie van slachtoffers van bepaalde delicten, kunnen niet als een zodanige grondslag worden beschouwd. Het tegendeel is zelfs het geval; aanvaarding van die argumenten brengt namelijk mede, dat juist voor de gevallen waarin het bestaansrecht van de algemene bewijsminima als minimumgaranties voor een deugdelijke waarheidsvinding op het spel staat, uitzonderingen op de algemene eis van dubbele bevestiging van de bewezen verklaring worden gemaakt. Het wordt derhalve niet juist geacht om in bijzondere gevallen de gelding van algemene bewijsminima in te perken.⁷³

De moderne bewijsminima (de artikelen 342, lid 2, 344, lid 3 en 344a) zijn naar aanleiding van rechtspraak van het EHRM en de HR tamelijk recent in het wetboek opgenomen en komen thans in de jurisprudentie tot ontwikkeling. In het wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken⁷⁴ worden de voorzieningen van de artikelen 344a en 360 uitgebreid tot de verklaringen van getuigen die uitsluitend in ruil voor een toezegging tot strafvermindering een verklaring willen afleggen. Alleen al om deze redenen zou kunnen worden overwogen deze bewijsminima in een nieuw wetboek over te nemen. Niet van minder gewicht is het argument dat deze bewijsminima op een stevig fundament berusten. De eisen aan het gebruik van verklaringen van personen waarvan de identiteit niet blijkt, dan wel van geschriften waarin een zodanige verklaring is opgenomen, vormen een compensatie voor de uit de anonimiteit van de informant voortvloeiende beperkingen op het ondervragingsrecht van art. 6 EVRM. Ten aanzien van de kroongetuige geldt dat de beloning die de betrokkene in het vooruitzicht wordt gesteld bij het afleggen van een verklaring, meebrengt dat de getuige een belang krijgt bij de uitkomst van de tegen de medeverdachten gevoerde strafrechtelijke procedures, waardoor twijfels omtrent de betrouwbaarheid van de verklaring op zijn plaats zijn.⁷⁵

Ondanks het voorafgaande menen wij toch dat een heroverweging omtrent een

73 Vgl. M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, Nijmegen 1985, p. 281-284.

74 TK 1998-1999, 26 294, nr 1-2, *Wijziging van het wetboek van strafrecht en het wetboek van strafvordering met betrekking tot verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd*.

75 Vgl. HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799, m.nt. Sch., overweging 7.12.

opname van deze bewijsminima in een nieuw wetboek op zijn plaats is. De redenen daarvoor liggen in het volgende. Op de eerste plaats ten aanzien van de anonieme getuigen.

Het ondervragingsrecht is een belangrijk hulpmiddel bij de materiële waarheidsvinding. Beperkingen op het rechtstreekse ondervragingsrecht kunnen in potentie dan een van de primaire doeleinden van het strafgeding in gevaar brengen. De moderne bewijsminima, tezamen genomen met de door art. 360 Sv verlangde motivering van de betrouwbaarheid van de anonieme verklaring, strekken ertoe dit gevaar te keren. Nu zijn er evenwel uiteenlopende getuigen ten aanzien waarvan het ondervragingsrecht niet ten volle kan worden toegepast. Gedacht kan worden aan kinderen, slachtoffers van zedendelicten, geestelijk invalide getuigen, personen die bij de politie een verklaring hebben afgelegd en vervolgens onvindbaar blijken te zijn, inmiddels overleden getuigen, etc. Voor het gebruik van de verklaringen van dergelijke getuigen bevat de wet geen beperkingen, noch een motiveringsplicht ten aanzien van de betrouwbaarheid van de door deze getuigen afgelegde verklaringen. Jurisprudentie van de Hoge Raad geeft aan dat onder omstandigheden bij het gebruik van dergelijke verklaringen voor het bewijs moet zijn voldaan aan bepaalde vereisten.⁷⁶ Op basis van deze constatering zou kunnen worden betoogd dat het bereik van de moderne bewijsminima zou moeten worden uitgebreid, in die zin dat zij van toepassing zijn op alle gevallen waarin het ondervragingsrecht niet adequaat kon worden uitgeoefend.

Tegen een dergelijke uitbreiding pleit dat zo'n bewijsminimum slechts in zeer algemeen luidende bewoordingen, met ingesloten enige clausuleringen, kan worden gegoten, aangezien het een ruim scala aan gevallen moet 'afdekken'. De consequentie hiervan is dat de betekenis van het in vage bewoordingen te gieten voorschrift pas vorm zal krijgen in de jurisprudentie. De waarde en functie van het wettelijke voorschrift is dan maar zeer beperkt. Vandaar dat op deze plaats wordt voorgesteld een enigszins andere weg op te gaan. De tamelijk willekeurige beperking van de huidige moderne bewijsminima, afgezet tegen andere categorieën getuigenverklaringen ten aanzien waarvan het ondervragingsrecht niet ten volle kan worden uitgeoefend, of ten aanzien waarvan aan enige voorwaarden moet zijn voldaan, wil de rechter deze verklaringen voor het bewijs gebruiken, is reden om voor te stellen de moderne bewijsminima als zodanig af te schaffen. Daarvoor in de plaats komt een met art. 359a Sv vergelijkbare en bij de voorschriften omtrent de beraadslaging en uitspraak op te nemen kaderregeling, waarin wordt aangegeven welke consequenties de rechter in verband met het gebruik van een getuigenverklaring voor het bewijs *kan* verbinden aan het gegeven dat ten opzichte van de betrokken getuige⁷⁷ het rechtstreekse ondervragingsrecht op de terechtzitting aan beperkingen onderhevig is geweest. Bij deze regeling is het, ook aan de rechtspraak van het EHRM ten grondslag liggende uitgangspunt dat getuigen bij voorkeur op de openbare terechtzitting moeten worden gehoord. Het gebruik voor het bewijs van uitsluitend in het vooronderzoek gehoorde getuigen is op zich niet ongeoorloofd, mits in de loop van de gevolgde procedure de mogelijkheid tot ondervraging is geboden of de beperkingen op het ondervragingsrecht op andere wijze zijn gecompenseerd. Tegen de achtergrond van deze uitzonderingen geeft de beoogde kaderregeling aan welke omstandigheden de rechter bij de afweging kan betrekken.

Bij de beperkingen op het ondervragingsrecht gaat het niet om gevallen waarin de verdediging zelf niet om het verhoor van de getuige heeft verzocht, maar om situaties waarin

76 Vgl. HR 1 februari 1994, NJ 1994, 427, HR 14 april 1998, NJ 1999, 73 en HR 29 september 1998, NJ 1999, 74, m.nt. Kn.

77 Het begrip 'getuige' moet in materiële zin worden verstaan; het betreft ook de verklaringen van personen die tijdens het vooronderzoek zijn gehoord en waarbij de inhoud van de verklaring wordt weergegeven in een proces-verbaal.

het, ondanks een daartoe strekkend verzoek⁷⁸, niet tot een rechtstreekse ondervraging op de terechtzitting is kunnen komen. Hierbij kan worden gedacht aan een inperking van het ondervragingsrecht door toedoen van een rechterlijke beslissing (de R-C in geval van een bedreigde getuige), of van de getuige zelf (onvindbaarheid, langdurige ernstige ziekte, overlijden, weigerachtigheid om te verschijnen etc.). Bestond er wel een gelegenheid voor rechtstreekse ondervraging, maar is op de uitoefening daarvan geen aanspraak gemaakt, dan is de beoogde kaderregeling niet van toepassing.⁷⁹

Bij de formulering van de voorgestelde kaderregeling kan worden aangehaakt bij de doelstellingen van de huidige moderne bewijsminima en de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria.⁸⁰ Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan een bepaling met de volgende structuur:

De rechtbank kan, indien blijkt dat aan de verdachte of zijn raadsman ten aanzien van een getuige de mogelijkheid is onthouden om die getuige op de terechtzitting rechtstreeks te ondervragen, bepalen dat de verklaring van die getuige niet voor het bewijs mag worden gebruikt. De rechtbank let daarbij op:

- de mate van inbreuk op het ondervragingsrecht,
- de geboden gelegenheid tot uitoefening van het ondervragingsrecht tijdens het vooronderzoek,
- de gelegenheid om op andere wijze dan door rechtstreekse ondervraging de juistheid en betrouwbaarheid van de door de getuige tijdens het vooronderzoek afgelegde verklaring te betwisten,
- de ondersteuning van de betrokken verklaring door ander bewijsmateriaal.

De beoogde kaderregeling geeft de rechter de benodigde ruimte voor afweging van alle met het rechtstreeks ondervragen van de getuige gemoeide belangen.⁸¹ Bovendien maakt de open formulering van de bepaling het mogelijk om bij de afweging recht te doen aan de eisen van art. 6 EVRM, in het bijzonder de vraag of de beperkingen op het ondervragingsrecht in de concrete strafzaak in voldoende mate procedureel zijn gecompenseerd, zodat het strafproces in het geheel genomen nog ‘eerlijk’ kan worden genoemd. De beantwoording van deze vraag is zo afhankelijk van de omstandigheden van het geval, dat het niet strookt met een van de primaire uitgangspunten van dit onderzoek⁸² om deze kwestie nader wettelijk te reguleren.

Overwogen zou kunnen worden om in de kaderregeling het in het huidige wetboek opgenomen criterium ‘in belangrijke mate steun vinden’ (zie art. 344, lid 3, Sv) op te nemen, of de interpretatie die de Hoge Raad aan dit criterium heeft gegeven. De Hoge Raad (HR 14

78 Of een eerdere tussenbeslissing van de rechtbank waaruit blijkt van de behoefte om de getuige op de terechtzitting te horen.

79 Een belangrijk uitgangspunt voor de inrichting van de regeling van het onderzoek ter zitting is de opstelling van de verdediging. Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand om in de voorgestelde kaderregeling geen voorzieningen op te nemen voor verklaringen ten aanzien waarvan geen aanspraak is gemaakt op de uitoefening van het ondervragingsrecht.

80 De thans in art. 342, lid 2, Sv genoemde voorwaarden voor het gebruik van een verklaring van een bedreigde getuige betreffen in wezen voorwaarden voor de mogelijkheid om als bedreigde getuige een verklaring af te leggen. Deze voorwaarden zijn wel in de regeling van de bedreigde getuige op zijn plaats, maar niet in het bewijsrecht. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de betrouwbaarheidstoets door de R-C. De verplichting voor de de R-C om zo'n toets uit te voeren en daarvan verslag uit te brengen zijn van belang bij het afleggen van de verklaring, doch passen niet in de regeling van het bewijsrecht.

81 Zie hiervoor Deelrapport 7. Positie getuigen, ondervragingsrecht.

82 Het wetboek van strafvordering moet geen keurslijf aan regels bevatten, maar dient een open model te bieden dat alle ruimte geeft voor evenwichtige belangenafwegingen; vgl. Algemeen Deel, 4. Keuzen en uitgangspunten, onder 4. Groter accent op de interactie van de procesdeelnemers.

april 1998, NJ 1999, 73 en HR 29 september 1998, NJ 1999, 74, m.nt. Kn) heeft aangegeven dat aan het criterium 'in belangrijke mate' is voldaan 'als de betrokkenheid van de verdachte bij het hem tenlastegelegde feit bevestigd wordt door ander bewijsmateriaal'. Deze mogelijkheden worden afgewezen. De gewenste mate van ondersteuning van de verklaring door andere bewijsmiddelen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De verklaring van een anonieme getuige behoeft immers een wezenlijker ondersteuning dan de verklaring van een bij naam en toenaam bekende getuige die op de terechtzitting met een beroep op een hem toekomend verschoningsrecht weigert een verklaring af te leggen. Het open criterium 'ondersteuning' maakt het mogelijk te differentiëren naar de omstandigheden van het geval.

Ook de herformulering van de 'ondersteuning' naar de in de jurisprudentie aangegeven 'bevestiging van de betrokkenheid van de verdachte bij het ten laste gelegde feit' wordt afgewezen. De essentie van de eis van steunbewijs is dat de onderdelen van de getuigenverklaring zoals die in concreto door de verdachte worden betwist, moeten worden bevestigd door andere bewijsmiddelen.⁸³ Die betwisting kan betrekking hebben op diverse facetten van het ten laste gelegde verwijt, zoals het daderschap of een van de constitutieve bestanddelen van het delict. De door de Hoge Raad aangegeven 'betrokkenheid van de verdachte bij het tenlastegelegde feit' lijkt uitsluitend betrekking te hebben op het daderschap, zodat alleen bij betwisting daarvan de noodzaak van steunbewijs zou bestaan. Voor een dergelijke beperking valt geen goede grond aan te voeren. Derhalve gaat de voorkeur uit naar het algemene criterium 'ondersteuning'. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het benodigde steunbewijs betrekking moet hebben op de door de verdachte betwiste onderdelen van de getuigenverklaring.

Op de tweede plaats de getuigen die na een toezegging tot strafvermindering een verklaring afleggen. Ten aanzien van deze categorie getuigen kan het ondervragingsrecht ten volle worden uitgeoefend. Eventuele beperkingen hierop, vergelijkbaar met de anonieme getuigen, bieden met het oog op de 'beloonde' getuigen dan ook geen rechtsgrond voor de gelding van bewijsminimumregels. Deze grond kan uitsluitend worden gevonden in twijfels omtrent de betrouwbaarheid van de door de betrokken getuige afgelegde verklaring.⁸⁴ Hierbij kan direct worden opgemerkt dat de keuze voor een vrij bewijsrecht berust op het uitgangspunt dat de wetgever de rechter zo min mogelijk moet binden aan voorschriften betreffende de waardering van de overtuigende kracht van bewijsmateriaal. Indien tot de invoering van dergelijke voorschriften wordt overgegaan, dient daarvoor een bijzondere reden te bestaan. Ten aanzien van de te handhaven minimumregels van de art. 341, lid 4 en 342, lid 3 Sv is die rechtsgrond de garantie van minimumwaarborgen voor een fatsoenlijke waarheidsvinding; voor de bovengenoemde kaderregeling betreffende verklaringen van getuigen ten opzichte waarvan het rechtstreekse ondervragingsrecht niet ten volle kon worden uitgeoefend vormt art. 6 EVRM die rechtsgrond. Voor minimumregels betreffende de beloonde getuige is een dergelijke bijzondere reden, los van het vermoeden van onbetrouwbaarheid van de getuige, niet aanwijsbaar. Met de invoering van de plicht tot motivering aangaande verweren waarin de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal wordt betwist, is een zorgvuldig onderzoek naar die betrouwbaarheid voldoende gegarandeerd. Daarnaast bestaat onvoldoende grond voor de toepassing van het in art. 344a Sv geformuleerde voorschrift op verklaringen van 'beloonde' getuigen. Op de vraag of uitsluitend op basis van dergelijke verklaringen tot een bewezenverklaring mag worden overgegaan, kan in deze algemeenheid geen antwoord

83 Vgl. de genoemde noot van Kn onder NJ 1999, 74.

84 Zie de MvT bij wetsvoorstel 26 294, p. 16-18.

worden gegeven, aangezien het antwoord afhangt van de inhoud en aard van de afgelegde verklaringen. Deze kwestie kan derhalve beter aan de rechtspraak worden overgelaten.

9. Bewijsmotivering

Art. 121 Gw formuleert als algemene regel de verplichting dat rechterlijke vonnissen de 'gronden' moeten inhouden waarop zij rusten. Deze aldus tot uitdrukking gebrachte plicht tot motivering van het rechterlijk vonnis heeft in het algemeen meerdere functies⁸⁵:

a - door de motivering wordt de rechter gedwongen zich rekenschap te geven van de beweegredenen voor zijn beslissing.

De plicht tot motivering is voor de rechter een middel tot zelfcontrole. In de motivering moet de rechter op deugdelijke wijze de gronden voor zijn beslissing en de afweging van de relevante belangen weergeven. Daarmee maakt de rechter voor zichzelf duidelijk dat zijn beslissing een deugdelijke juridische basis heeft en dat hij overtuigd is van juiste afwegingen binnen zijn discretionaire speelruimte.

b - explicatie van de beslissing tegenover alle betrokkenen bij het geding: de verdachte en zijn verdediger, het openbaar ministerie, de benadeelde partij en het publiek.

Door de motivering legt de rechter ten opzichte van de overige bij het geding betrokkenen uit dat de beslissingen op de wet berusten en dat de rechter binnen de grenzen van zijn bevoegdheden is gebleven. De verdachte dient te worden uitgelegd waarom de door hem aangevoerde verweren geen beletsel vormden voor een veroordeling.

c - controle van de beslissing door de hogere rechter, uiteindelijk de Hoge Raad.

Door de motivering van de beslissing moet uiteindelijk de Hoge Raad in staat worden gesteld zijn controlerende taak uit te oefenen: is het recht op juiste wijze toegepast en zijn de voorgeschreven vormen nageleefd? Met het oog op deze controle dient de feitenrechter in het vonnis voldoende feitelijke aanknopingspunten op te nemen voor de beoordeling van in cassatie opgeworpen rechtsvragen.

De eis tot motivering van het vonnis dient dus meerdere doeleneinden. Afhankelijk van de aard van de betrokken beslissing en het stadium waarin het geding verkeert, kunnen aan de plicht tot motivering uiteenlopende inhoudelijke uitwerkingen worden gegeven en kunnen telkens andere accenten worden gelegd. Zo is verdedigbaar dat bij de berechting in eerste aanleg bij de motivering de nadruk ligt op de zelfcontrole (a.) en de explicatiefunctie (b.): verantwoording en uitleg aan alle betrokkenen waarom de rechter tot de gewezen beslissing is gekomen. Daarentegen is de motivering in hoger beroep primair gericht op toetsing van de beslissing van de hoogste feitenrechter door de Hoge Raad.

Het accent op de zelfcontrole en de explicatiefunctie van de motiveringsplicht in eerste aanleg moet worden verbonden aan het dialoogkarakter van het strafgeding. In het algemeen deel van het onderzoeksrapport (zie onder 4. Keuzen en uitgangspunten) is aangegeven dat in de voorstellen voor inrichting van het strafgeding belangrijke betekenis toekomt aan het recht op tegenspraak en aan de concrete interactie tussen de procesdeelnemers. Deze uitgangspunten en de aangegeven accenten bij de functie van de motivering van het vonnis brengen naar het oordeel van de onderzoekers mede dat voor de vormgeving van de motiveringsplicht van de strafrechter als leidende gedachte kan worden geformuleerd dat de verwerping van gemotiveerde verweren door de rechter met redenen moet worden omkleed. Dit geldt niet alleen voor de thans in art. 358, lid 3, Sv opgesomde

85 Vgl. B. Kortenhorst, *De motiveringsverplichting in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem 1990, p. 19 e.v.; G. Knigge, *Beslissen en motiveren*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1980, p. 64 e.v.; G. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 2e dr., Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 583-586.

categorieën verweren, maar voor alle onderbouwde verweren, ook die betreffende het bewijs, het gebruik of de betrouwbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen, dan wel de straftoemeting. Voor de inhoud van de motiveringsplicht is dus de gedachte bepalend dat tegenspraak een gemotiveerde reactie van de rechter verlangt. In de procedure voor de meervoudige kamer van de rechtbank moet de vereiste motivering worden opgenomen in het schriftelijke vonnis. In politierechter-zaken kan vooralsnog worden volstaan met een mondelinge motivering. Pas na het aanwenden van een rechtsmiddel moet in deze zaken een en ander op papier worden gezet.

De huidige regeling van het verkorte vonnis in de art. 138b en 365a t/m 365c Sv doet onrecht aan de aangegeven accenten betreffende de plicht tot motivering van het vonnis in eerste aanleg. In deze regeling wordt de motivering van de bewezen verklaring pas op schrift gesteld nadat hoger beroep is ingesteld. Hieruit spreekt een benadering van de plicht tot motivering van het vonnis primair vanuit het kader van de controle: het aangevulde vonnis stelt de appelrechter in staat de juistheid van de beslissingen uit eerste aanleg te controleren. De accentverlegging naar zelfcontrole en explicatie leidt ertoe de regeling van het verkorte vonnis af te schaffen. De functie van het vonnis en de daarin opgenomen overwegingen brengen mede dat bij de uitspraak, of zeer kort daarna, een uitgewerkt vonnis aan de partijen bij het geding (officier van justitie, verdachte en eventueel benadeelde partij) ter beschikking wordt gesteld.⁸⁶ Deze verplichting voorkomt de ontwikkeling van praktijken waarin bij de uitspraak maar een zeer beperkt gedeelte van het vonnis (minder dan thans volgens de regeling van het verkort vonnis wordt geëist⁸⁷) op schrift wordt gesteld.⁸⁸

De vraag welke motiveringsplichten zullen gelden voor de rechter in hoger beroep staat thans niet ter beantwoording. Dit vraagstuk komt in het derde onderzoeksjaar aan de orde.

De consequenties van de beoogde plicht tot motivering van de bewijsbeslissing worden duidelijk, als deze worden afgezet tegen de thans in het wetboek opgenomen motiveringsvoorschriften. Het huidige wetboek bevat een beperkt aantal voorschriften waarin eisen worden gesteld aan de motivering van de bewijsbeslissing. Het betreft de algemene regels in artikel 359, leden 1 t/m 3, en artikel 360, lid 1. Het vonnis moet de voor de bewezenverklaring redengevende bewijsmiddelen bevatten en - indien van toepassing - een verantwoording geven van het gebruik voor het bewijs van verklaringen van anoniem gebleven personen. Ook de negatieve bewijsbeslissing, de vrijspraak, moet met redenen zijn omkleed. Naast deze wettelijke motiveringsvoorschriften kunnen categorieën van gevallen worden aangewezen, waarin de rechter naar aanleiding van een gevoerd verweer op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad verplicht is de bewijsbeslissing dan wel het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen nader te verantwoorden in het vonnis. Het betreft de zogenaamde Meer en Vaart-gevallen, de in de tenlastelegging besloten liggende doch door de verdachte bestreden kwalificaties (zgn. Dakdekkers-verweren), de verwerping van onrechtmatig verkregen bewijs-verweren, en bepaalde gevallen betreffende de betrouwbaarheid van gebezigd bewijsmateriaal (zie voor een en ander nader par. 2.3. Rechtsontwikkeling). Met name deze laatste gevallen moeten worden beschouwd als bijzondere uitzonderingen op de

86 Deze verplichting zou aanleiding kunnen zijn om de termijn voor het doen van uitspraak na de sluiting van het onderzoek ter zitting, thans 14 dagen (zie art. 345, lid 3, Sv), te verlengen tot maximaal een maand.

87 Hierover P.A.M. Mevis, *Ingekort en weggelaten*, Monografieën strafrecht, deel 16, Arnhem 1992, p. 21 e.v.

88 De beoogde afschaffing van de regeling van het verkort vonnis impliceert overigens niet dat ook wordt voorgesteld verandering te brengen in de mogelijkheid van het verkort proces-verbaal van de terechtzitting. Dit verkort proces-verbaal kan worden gehandhaafd, aangezien dit geschrift primair van belang is voor de controle van de gang van zaken op de terechtzitting in eerste aanleg door de appelrechter.

hoofdregeel dat de rechter vrij is in de selectie en waardering van de bewijsmiddelen en dat hij hierover geen verantwoording hoeft af te leggen in het vonnis.

Uit het voor de vormgeving van de motiveringsplicht gekozen principe volgt dat de rechter op ruimere schaal wordt verplicht verantwoording af te leggen van de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. De plicht tot gemotiveerde verwerping van verweren waarin bijv. de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal wordt betwist, wordt niet tot enige uitzonderingen beperkt, doch wordt regel. Zodra op dit punt tegenspraak wordt gevoerd, mag van de rechter worden verlangd dat hij rekenschap aflegt van zijn selectie en waardering van het gebezigde bewijsmateriaal. Een dergelijke plicht tot motivering sluit aan bij de Duitse en Belgische uitwerking van het motiveringsbeginsel. Tevens past deze motiveringsplicht, zoals aangegeven, bij een van de dragende uitgangspunten van dit ontwerp, namelijk zoveel mogelijk aansluiten bij en consequenties verbinden aan de proceshouding van betrokkenen. Uitwerking van dit principe brengt mee dat bij het voeren van tegenspraak 'rechterlijk gehoor' mag worden verwacht, in die zin dat van de rechter een expliciet antwoord mag worden verlangd op een aangevoerd verweer.

Spiegelbeeldig geldt hetzelfde principe bij vrijspraak. Als het openbaar ministerie in het requisitoir te kennen heeft gegeven dat het feit wettig en overtuigend kan worden bewezen, mag van de rechter worden verwacht dat hij uitleg geeft van het anders luidende standpunt.⁸⁹

De vraag is op welke wijze de beoogde motiveringsplicht in de wet tot uitdrukking moet worden gebracht. Het sluit aan bij een van de grondgedachten voor de opzet van een nieuw wetboek om in de wettelijke regeling niet in details te treden bij de benoeming van verweren waaraan de rechter bij de beslissing omtrent het bewijs aandacht dient te schenken. Volstaan kan worden met een algemeen luidend voorschrift: 'De beslissing omtrent het bewijs van het ten laste gelegde feit is met redenen omkleed'. De inhoudelijke ontwikkeling van deze motiveringsplicht aan de hand van het contradictoire karakter van het strafgeding en de zelfstandige verantwoordelijkheid van de strafrechter⁹⁰ wordt overgelaten aan de rechtspleging.⁹¹

Afgezien wordt van een wettelijke regeling van de zogenaamde Meer en Vaart-gevallen. In wezen gaat het hier immers niet om een ontbrekende rechterlijke motivering naar aanleiding van een gevoerd verweer, maar om een gebrek in de bewijsconstructie: een door de verdachte opgeworpen mogelijkheid is onverenigbaar met de bewezenverklaring en wordt niet uitgesloten door de bewijsmiddelen. Dat zo'n situatie zich voordoet, kan pas achteraf - na de opmaak van het vonnis en de bewijsmiddelen - worden geconstateerd. Een dergelijk gebrek in de bewijsconstructie brengt mede dat niet gezegd kan worden dat het bewezenverklaarde uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid, zodat het vonnis niet voldoet aan een primaire eis ten aanzien van de motivering van de bewezenverklaring. Er bestaat dan geen behoefte aan een aanvullend motiveringsvoorschrift.

10. Uit par. 9 volgt dat de motiveringsplichten voor de rechter worden uitgebreid. De

89 Overigens verandert dit voorstel weinig tot niets aan het bestaande systeem, waarbij de rechter bij een vrijspraak op feitelijke gronden kan volstaan met de overweging dat het feit niet wettig en overtuigend is bewezen.

90 Hiermee wordt de situatie bedoeld dat de rechter zich ambtshalve geroepen voelt om bepaalde deelbeslissingen nader met redenen te omkleden.

91 Een parallel kan worden getrokken met het Duitse recht, waar de uitgebreide plicht tot motivering van de bewijsbeslissing in de rechtspraak is gegroeid tegen de achtergrond van slechts enkele algemeen luidende voorschriften in §267 StPO.

keerzijde van de aan het voorstel ten grondslag liggende gedachten is evenwel dat zij ook leiden tot een 'bezuiniging' op de plicht tot motivering van het vonnis. Op punten waarop geen tegenspraak wordt gevoerd, kan - afhankelijk van het onderwerp van de beslissing - worden volstaan met een summier motivering of kan deze zelfs geheel uitblijven. Wordt de betrouwbaarheid van bewijsmiddelen niet betwist, dan hoeft de rechter daarover niets op te nemen in het vonnis. In gevallen waarin de verdachte op de terechtzitting het tenlastegelegde feit slechts op onderdelen bestrijdt, kan ten aanzien van de niet-betwiste delen van de tenlastelegging in de bewijsconstructie worden volstaan met een summier aanduiding van de bewijsmiddelen. Bij een eenduidige erkenning van de tenlastelegging door de verdachte, kan de gehele bewijsconstructie zelfs bestaan uit zo'n summier aanduiding. Consequente uitwerking van één van de centrale uitgangspunten van het onderzoek, namelijk dat gevolgen worden verbonden aan de proceshouding van de deelnemers aan het geding, leidt dus aan de ene kant tot een uitbreiding van de rechterlijke werkzaamheden, aan de andere kant hoeven bepaalde activiteiten - vergeleken met de huidige regeling - niet meer te worden verricht.

11. Het onderscheid tussen lichte, middelzware en zware procedures biedt een aanknopingspunt om bij de formulering van motiveringsplichten te differentiëren naar de aard van de procedure. In de lichte en middelzware procedure kan in principe worden volstaan met een mondeling vonnis, in de zware procedure dient een uitgewerkt vonnis op schrift te worden gesteld. Een algemeen luidend motiveringsvoorschrift, waarbij niet gedetailleerd wordt gespecificeerd welke soorten verweren tot een rechterlijke reactie dienen te leiden (zie hiervoor onder 9.), biedt aan de rechtscultuur alle ruimte om de inhoud van de vereiste motivering af te stemmen op de wijze van berechting (enkelvoudig of meervoudig) en om recht te doen aan alle op het spel staande belangen, zoals aard en ernst van het strafbare feit en de te verwachten sanctie.

Overwogen kan worden om voor de zware procedure ook te onderscheiden tussen contradictoire en verstekprocedures. In contradictoire procedures brengt de geleverde tegenspraak de motiveringsplichten tot leven. Vanzelfsprekend is dit in verstekprocedures niet aan de orde. Ter compensatie van het uitblijven van tegenspraak zou - nu verstek in de zwaarste procedure maar zeer beperkt mogelijk is - voor de gevallen waarin wel een berechting bij afwezigheid van de verdachte plaatsvindt, kunnen worden verlangd dat de rechter ambtshalve gehouden is een uitgewerkte bewijsconstructie in het vonnis op te nemen. Hierbij zou - tegen de achtergrond van de huidige jurisprudentie betreffende de voeging ad informandum - nog kunnen worden gedifferentieerd naar de situatie waarin de verdachte in het vooronderzoek al dan niet een bekennende verklaring heeft afgelegd.⁹²

12. Het bewijsrecht in hoger beroep komt in jaar 3 aan de orde. Hetzelfde geldt voor de vraag naar het in accessoire procedures geldende bewijsrecht.

5.2. Verantwoording van de nieuwe regeling tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten van het wetboek

Binnen de grenzen van een eerlijk en behoorlijk proces is het doel van het strafgeding de opheldering van de materiële waarheid. De keuze voor een vrij bewijsstelsel sluit aan bij dit doel: alle middelen die geschikt zijn om de waarheid te achterhalen kunnen door de rechter voor het bewijs worden gebruikt. De selectie van de geschikt geachte bewijsmiddelen wordt

nagenoeg geheel in handen van de rechter gelegd. Afgezien wordt van voorschriften die de selectie- en waarderingsvrijheid van de rechter beperken. Beter dan de wetgever met behulp van algemene regels, wordt de rechter in staat geacht van geval tot geval de betrouwbaarheid van het beschikbare bewijsmateriaal te beoordelen. De consequentie is dat in principe ook de in het vooronderzoek door de medeverdachten afgelegde verklaringen voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Een uitzondering wordt evenwel gemaakt voor bewijsminima betreffende de overtuigende kracht van de enkele verklaring van de verdachte of van slechts één getuige. De hierop betrekking hebbende thans in het wetboek voorkomende bewijsminimumvoorschriften worden in essentie gehandhaafd.

Een ander algemeen uitgangspunt voor de vormgeving van het stelsel van strafvordering is dat betekenis wordt gehecht en consequenties worden verbonden aan de proceshouding van de deelnemers aan het geding. Dit uitgangspunt is relevant voor het bewijs door middel van verklaringen van getuigen. Wil een verklaring van een getuige, afgelegd tijdens het vooronderzoek en neergelegd in een proces-verbaal, door de rechter voor het bewijs kunnen worden gebruikt, dan moet gelegenheid voor uitoefening van het ondervragingsrecht zijn geboden. Indien deze mogelijkheid onverhoopt niet kan worden geboden, dan moet de wetgever de rechter niet binden aan starre regels, maar dient de rechter een kader te worden geboden waarin hij alle bij het al dan niet horen betrokken belangen (van de verdachte, de getuige en de strafrechtspleging) kan afwegen.

De proceshouding van de deelnemers aan het geding is ook van belang voor de invulling van de plicht van de rechter tot motivering van het vonnis. Op basis van de contradictoire gedingstructuur en het op de terechtzitting gevoerde debat wordt beoogd de rechter te verplichten de verwerping van alle onderbouwde verweren in het vonnis te verantwoorden, ook als het verweer betrekking heeft op de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Eenzelfde motiveringsplicht zal gelden ten opzichte van het requisitoir van het openbaar ministerie, indien de rechter - anders dan door het OM gevorderd - tot een vrijspraak komt. In de wettelijke regeling betreffende de motivering van het strafvonnis wordt niet gestreefd naar een limitatieve opsomming van categorieën verweren waarvan de rechter de verwerping in het vonnis met redenen dient te omkleeden. Volstaan wordt met een algemeen voorschrift waarin is aangegeven dat de beslissing omtrent het bewijs van het ten laste gelegde feit voldoende met redenen moet zijn omkleed.

5.3. Systematische samenhang met andere delen van de strafvordering

De regeling van het bewijsrecht gaat uit van een actieve rechter: de rechter heeft tot taak zelfstandig in de hem voorgelegde zaken te zoeken naar de materiële waarheid. Wil dit doel kunnen worden gerealiseerd, dan moeten de rechter op de terechtzitting ook de middelen ter beschikking worden gesteld om zijn taak waar te maken. Het gaat hier om bevoegdheden van de rechter om te bewerkstelligen dat bewijsmateriaal dat door hem van belang wordt geacht voor de door hem te nemen beslissing op de terechtzitting kan worden gepresenteerd. Gedacht kan worden aan de oproeping van getuigen waarvan het verhoor noodzakelijk dan wel wenselijk wordt geacht, de aanwezigheid van stukken van overtuiging, etc.

Deze categorie voorzieningen is op zich niet bijzonder. Ook het huidige WvSv bevat zittingsvoorschriften op basis waarvan de rechter de oproeping van getuigen etc. kan gelasten. Deze bevoegdheden veronderstellen wel dat de terechtzitting een aanvang heeft genomen. Voorafgaande aan de terechtzitting heeft de rechter geen mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de zittingsorde. Acht de rechter het horen van een getuige wenselijk (en in dit opzicht heeft de rechter een zelfstandige verantwoordelijkheid), dan kan hij dat pas laten blijken op de terechtzitting en zal de oproeping noodzakelijkerwijs gepaard gaan met

aanhouding van de zaak. Deze stand van zaken doet geen recht aan de eisen van een doelmatige rechtspleging. Voorgesteld wordt derhalve de introductie van een aan de terechtzitting voorafgaande procedure waarmee de rechter invloed kan uitoefenen op de gang van zaken op de terechtzitting.

Het bewijsrecht vormt het kader waarin de tijdens het vooronderzoek vergaarde en op de terechtzitting gepresenteerde informatie door de rechter voor het bewijs kan worden gebruikt. Randvoorwaarden voor het gebruik van die informatie zijn de betrouwbaarheid en de rechtmatige wijze van vergaring en gebruik. Het vooronderzoek zal derhalve zodanig moeten worden ingericht dat bij de informatieverzameling waarborgen voor betrouwbaarheid en rechtmatigheid moeten worden ingebouwd. Informatievergaringsbevoegdheden moeten zorgvuldig in een wettelijke regeling worden genormeerd en er moet worden voorzien in een verslagleggingsplicht, opdat de zittingsrechter in staat wordt gesteld de gang van zaken in het vooronderzoek te controleren. Tevens moeten de verschillende garanties van art. 6 EVRM in het vooronderzoek tot gelding komen, voorzover het gaat om

- handelingen die doorwerken in het eindonderzoek of
- handelingen die de volle realisatie van die garanties op de terechtzitting verkorten.

Hierbij kan op de eerste plaats worden gedacht aan het ondervragingsrecht en het gebruik voor het bewijs van verklaringen van getuigen die uitsluitend in het vooronderzoek zijn gehoord. Op de tweede plaats kan worden gedacht aan de inschakeling van deskundigen in het vooronderzoek ten behoeve van de bewijsverzameling. In hoeverre moet hierbij een algemeen recht op een 'tegenonderzoek' worden ingevoerd?

Ter bevordering van de verkrijging van betrouwbare informatie kan worden gedacht aan uiteenlopende regelingen:

- de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor;
- de aanwezigheid van de raadsman bij het horen van getuigen door de politie;
- (audio)visuele registratie van het politiële verhoor en/of het verhoor van getuigen in het vooronderzoek waarbij het ondervragingsrecht wordt uitgeoefend;
- protocollen voor de uitvoering van diverse vormen van onderzoek (herkenningen, geurproeven, allerlei vormen van technisch onderzoek, etc.). Onderzoekshandelingen in overeenstemming met de voorgeschreven protocollen bevorderen de betrouwbaarheid van het onderzoek en kunnen wellicht discussies daarover op de terechtzitting voorkomen.

Op de keeper beschouwd is het bewijsrecht zeer summier van aard. Inhoudelijk worden aan de bewijsmiddelen in de wettelijke regeling zeer weinig eisen gesteld. De verklaring hiervoor is de constatering dat een wettelijke definiëring van de bewijsmiddelen geen garanties kan bieden voor de inhoudelijke betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen. In dat verband ligt het accent volledig op de bewijsgaringsregels. Aan de wijze van verkrijging en de presentatie van het materiaal op de zitting komt meer betekenis toe voor het oordeel over de betrouwbaarheid. Het voorstel sluit hierbij aan, doordat in ruime mate de nadruk wordt gelegd op die bewijsgaringsregels.