

De waarde van waarheid

De waarde van waarheid
Opstellen over waarheid en
waarheidsvinding in het strafrecht

redactie:

J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ &
J.M. TEN VOORDE

met bijdragen van:

L.R. Breuker
C.P.M. Cleiren
J.H. Crijns
M.J. Dubelaar
W. Geelhoed
F. de Jong
B.J.V. Keupink

P.P.J. van der Meij
L.J.J. Peters
S. Struijk
J.M. ten Voorde
B. de Wilde
M.A.H. van der Woude

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2008



INSTITUUT VOOR
RECHTSWETENSCHAPPELIJK
ONDERZOEK

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2008, J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-020-5
NUR 824

www.bju.nl

Woord vooraf

Met de bijeenkomst van 31 maart 2006 werd door jonge onderzoekers van de vaksectie straf- en strafprocesrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen het netwerk van jonge strafrechtsonderzoekers nieuw leven ingeblazen. Doel van dit netwerk is om één keer per jaar jonge, niet gepromoveerde, wetenschappers op het terrein van het strafrecht bijeen te brengen en te discussiëren over belangrijke (hedendaagse) strafrechtelijke thema's. Het succes van de bijeenkomst in Nijmegen was zo groot, dat werd besloten er een vervolg aan te geven. Op 27 april 2007 werd door leden van het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden een nieuwe bijeenkomst van het netwerk georganiseerd. Het centrale thema van deze bijeenkomst was de betekenis van waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht.

Naar aanleiding van deze bijeenkomst werd besloten een bundel samen te stellen. Een groot aantal promovendi van verschillende universiteiten verklaarde zich bereid hieraan mee te werken. De bijdragen die in deze bundel zijn opgenomen, zijn van verschillende aard. Er is getracht een zo volledig mogelijk beeld van de juridische vraagstukken die met waarheid en waarheidsvinding verband houden te geven. We hopen dat deze bundel een bijdrage kan leveren aan het debat over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht en niet alleen in wetenschappelijke beschouwingen, maar ook voor de strafrechtspraktijk van waarde zal blijken te zijn.

De organisatie van deze dag en de vormgeving van deze bundel werden mede mogelijk gemaakt door het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

De redactie was in handen van J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde.

Leiden, 4 juli 2008

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	v
1 In- en uitleiding <i>J.M. ten Voorde</i>	1
2 Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding <i>J.H. Crijns</i>	15
3 De raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie. De verdedigingsrol bij de materiële waarheidsvinding in het strafrechtelijk vooronderzoek <i>P.P.J. van der Meij</i>	57
4 Nullius in verba: Waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces <i>M.J. Dubelaar</i>	95
5 Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico's van private 'deskundigen' inbreng <i>C.P.M. Cleiren</i>	121
6 Europeesrechtelijke eisen aan de beslissing omtrent de omvang van de vervolging <i>W. Geelhoed</i>	139
7 Over cappuccino en waarheidsvinding in Italië <i>L.J.J. Peters</i>	163
8 Waarhedenpluralisme in culturele strafzaken <i>J.M. ten Voorde</i>	181
9 Tussen schuld en waarheid: narrativiteit <i>F. de Jong</i>	207

10	Waarheidsvinding, genocide en het Internationaal Gerechtshof <i>L.R. Breuker</i>	237
11	Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken? <i>B. de Wilde</i>	269
12	Veelplegersoverlast en de ISD-maatregel: een gelegitimeerde waarheid(svinding)? <i>S. Struijk</i>	295
13	Materiële waarheidsvinding binnen een gestroomlijnd strafrechtelijk hoger beroep <i>B.J.V. Keupink</i>	319
14	Veiligheid ten koste van waarheid en waarheidsvinding? <i>M.A.H. van der Woude</i>	335
	OVER DE AUTEURS	355

1 In- en uitleiding

J.M. ten Voorde

1 EEN TERUGKEREND THEMA

Binnen de strafrechtswetenschap bestaat de algemeen aanvaarde overtuiging dat het vinden van de waarheid tot de belangrijkste doelen van het strafproces hoort. Deze overtuiging is niet nieuw. Met het ontstaan van het statelijke strafrecht in de late Middeleeuwen ontstond ook in onze contreien in zowel de strafrechtspraktijk als de (opkomende) strafrechtstheorie de gedachte dat in het strafproces de waarheid omtrent een bestaande verdenking moet worden gevonden.¹ Het formuleren van een antwoord op de vraag op welke wijze in het strafproces de waarheid kan (en moet) worden gevonden, heeft de strafwetgever evenwel stevast hoofdbrekens bezorgd. De wetgever van het Wetboek van Strafvordering van 1926 stelde de zoektocht naar de waarheid in termen van een opdracht: met behulp van de wet moet te allen tijde worden voorkomen dat onschuldigen worden bestraft. De strafwet, dat wil zeggen het Wetboek van Strafrecht en aanverwante (bijzondere) wetten, behoort door de strafrechtelijke overheid na grondig en gedegen onderzoek naar feiten en omstandigheden alleen op de ‘werkelijk schuldige’ te worden toegepast.² Ook de hedendaagse strafwetgever stelt zich op het standpunt dat in het strafproces de waarheid moet worden achterhaald. Letterlijk stelde minister van Justitie Donner in 2005: ‘De rechtsstaat eist dat waarheidsvinding in strafzaken een zindelijk proces is waarbinnen optimaal en professioneel functionerende actoren en de door hen te leveren kwaliteit een stabiel en voorspelbaar gegeven is.’³

De opmerkingen van minister van Justitie Donner kwamen op een moment dat de band tussen strafrecht en waarheid en waarheidsvinding onder druk stond. Diverse inmiddels overbekende incidenten waarin, naar nu blijkt, een aantal personen ten onrechte werden veroordeeld voor ernstige strafbare feiten (zoals de Schiedammer Parkmoord), hebben het belang van waarheid en

1 Zie o.a. J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Voorburg: Acco 2006, p. 350-360. De opvatting dat in het strafproces de waarheid moet worden gevonden, vinden we zelfs al in het Romeinse strafrecht uit de late keizertijd. Zie O.E. Tellegen-Couperus, *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Tilburg: Tilburg University Press 1998, p. 90-91.

2 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55.

3 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 300 VI, nr. 32, p. 1.

waarheidsvinding in het strafproces weer eens benadrukt.⁴ Het valt ons evenwel op dat, hoe actueel het onderwerp ook moge zijn, de opmerkingen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht veelal vrij algemeen blijven, niet alleen in de media maar ook in het wetenschappelijk debat. De analyses van de meeste strafrechtjuristen van de laatste jaren getuigen van urgentie om het thema op de agenda te houden en vooral rechters van het belang van goede waarheidsvinding te doordringen,⁵ maar de behandeling van het thema waarheid en waarheidsvinding op deelterreinen – het materiële strafrecht, onderscheiden naar verschillende leerstukken, en het strafprocesrecht, onderscheiden naar verschillende procesfasen of procesdeelnemers – is vrij schaars tot zelfs afwezig. En zo er al op deze deelterreinen over dit thema wordt gesproken, dan gebeurt dat veelal slechts zijdelings. Wij menen dat het ontbreken van een goede analyse op deelterreinen van het probleem van waarheidsvinding problematisch is en een analyse op deelterreinen de idee van waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht kan ontdoen van haar academische abstractie en de noodzaak kan onderbouwen om meer aan die idee tegemoet te komen op het vlak van wetgeving en rechtspraak. Met deze bundel trachten wij in deze behoefte te voorzien. Deze bundel is de weerslag van een onderzoekersdag van het netwerk van jonge strafrechtwetenschappers. Daarom zal het thema waarheidsvinding voornamelijk vanuit strafrechtelijk-juridisch perspectief worden belicht. Wij zijn ons ervan bewust dat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan de voor het strafrecht zeer belangrijke forensische wetenschappen. Wij ontkennen niet het belang hiervan (zoals ook *Dubelaar* in deze bundel aangeeft), maar menen dat – juist omdat binnen de strafrechtelijke dogmatiek zo weinig op waarheidsvinding toegespitste bijdragen bestaan op de geschetste deelterreinen – toch de nadruk op het strafrechtelijke aspect van waarheid en waarheidsvinding dient te liggen. Inzicht in de strafrechtelijke deelterreinen maakt het debat over waarheidsvinding scherper, daar het meer inzicht geeft in de specifieke uitdagingen die op de diverse deelterreinen met betrekking tot waarheidsvinding bestaan. Het ligt voor de hand dat wanneer de problematiek van waarheid en waarheidsvinding binnen de geschetste deelterreinen is belicht, het debat met inzichten uit de forensische wetenschappen kan worden verdiept.

Met deze bundel willen we een kwalitatieve beschouwing geven omtrent de wijze waarop in het strafrecht op diverse deelterreinen met de waarheid wordt omgegaan en waarheidsvinding plaatsvindt. De deelterreinen kunnen allereerst worden onderscheiden in materieel strafrecht en strafprocesrecht.

4 Overigens staat het thema waarheid en waarheidsvinding niet alleen binnen de (straf)rechtswetenschap ter discussie. Ook de journalistiek worstelt met het thema. Zie J. Luyendijk, *Het zijn net mensen. Beelden uit het Midden-Oosten*, Amsterdam: Podium 2007; M. van Hoogstraten en E. Jinek (red.), *Het maakbare nieuws. Een antwoord op Joris Luyendijk*, Amsterdam: Balans 2008.

5 Zie C. van der Wilt, 'De rechter doet te weinig met kritiek', *NJB* 2007, p. 2682; W. Dreissen, 'Vonnissen zonder bewijsmiddelen', *NJB* 2006, p. 85-86.

De behandeling van de deelterreinen verschilt ook. Sommige bijdragen dragen een duidelijk juridisch-dogmatisch, andere een meer rechtsfilosofisch, ken-theoretisch, criminologisch of beleidsmatig stempel. Voor de bijdragen met een meer procesrechtelijke inslag geldt daarbij dat de invalshoeken kunnen verschuiven in de verschillende stadia van het strafproces (voor- en eindonderzoek) en dat, daarmee gedeeltelijk samenhangend, verschillende procesdeelnemers als vertrekpunt van onderzoek worden gekozen (zoals de zittingsrechter, de officier van justitie, de getuige, de verdachte en zijn raadsman). Voor de bijdragen met een meer materieelrechtelijke inslag gaat het of om invulling van concrete leerstukken (zoals opzet), of om de confrontatie met andere normstelsels en daaruit voortvloeiende interpretatieproblemen. Andere bijdragen tonen al dan niet in combinatie met de reeds genoemde invalshoeken de waarde van internationale rechtsvergelijking voor een frisse blik op waarheid en waarheidsvinding in het straf(proces)recht. Zo wordt stilgestaan bij het Italiaanse strafprocesrecht dat enige jaren gelden een bewuste karakterverandering heeft ondergaan, bij invloeden als gevolg van vergaande Europeesrechtelijke ontwikkelingen en bij de waarheidsvinding door internationale, in beginsel niet-strafrechtelijk georiënteerde, gerechten, in het bijzonder het Internationaal Gerechtshof.

De deelterreinen bieden verschillende invalshoeken waardoor naar onze mening een goed beeld wordt geschetst van de problemen en uitdagingen betreffende waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht. Het is niet de bedoeling om met deze bundel een pasklaar antwoord te geven op de uitdagingen van de verschillende onderzochte terreinen. De door de auteurs gebruikte onderling soms afwijkende percepties van waarheid zijn hieraan mede debet. Elke auteur heeft echter de vrijheid gekregen zijn eigen waardering te geven aan de door hem of haar geschetste ontwikkelingen. In deze in- en uitleiding is het de bedoeling enkele algemene bespiegelingen te geven over het thema waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht. Allereerst wordt aangegeven waarom waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht een zo vaak terugkerend thema is. Hierbij zal ik kort ingaan op drie ontwikkelingen. Daarnaast wordt kort stilgestaan bij de discussies over waarheid en waarheidsvinding die door de auteurs worden aangehaald. Kern van die discussie lijkt te liggen in de betekenis van de verschillende in het recht gebruikte waarheidsconcepten. Daarop zal in paragraaf 3 worden ingegaan. Daarbij gaat het niet om een uitputtende uiteenzetting van de opvattingen over waarheid in de verschillende rechtsgebieden, maar om een handzaam overzicht waarnaar in diverse bijdragen wordt verwezen. Tot slot blijkt uit de bijdragen in deze bundel dat er verschillende verantwoordelijken zijn voor waarheidsvinding. De positie van de rechter is hierin nauwelijks omstreden, maar uit diverse bijdragen blijken ook andere actoren en personen een zekere verantwoordelijkheid te hebben als het gaat om het vinden van de waarheid in een strafzaak. In paragraaf 4 zal hierbij worden stilgestaan. In paragraaf 5 sluit ik af met een korte slotbeschouwing.

2 STRAFRECHTELIJKE WAARHEIDSVINDING TER DISCUSSIE

Hiervoor gaf ik aan dat er een hechte band bestaat tussen waarheid en strafrecht. Die band is evenwel niet altijd eenvoudig. Uit diverse bijdragen in deze bundel blijkt dat er drie groepen van ontwikkelingen kunnen worden onderscheiden die ertoe hebben geleid dat waarheidsvinding in het strafproces tegenwoordig zo'n belangrijk onderwerp van discussie is. Het straf(proces)recht functioneert ten eerste in een complexe maatschappij en een (daarmee samenhangend) al even complexe juridische omgeving. Nederland is sedert de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926 een internationaal en Europees georiënteerde multiculturele samenleving geworden. Deze ontwikkelingen hebben het strafrecht niet onberoerd gelaten. *Peters* laat zien dat de omvorming van het Italiaanse strafprocesrecht van een gematigd inquisitoir naar een meer adversair stelsel mede kan worden verklaard door het feit dat Italiaanse onderzoekers 'bijzonder onder de indruk waren van het Amerikaanse recht en de Amerikaanse rechtscultuur. Veel auteurs zagen hierin een voorbeeld voor het Italiaanse recht.' *Breuker* toont overigens aan dat nationale bespiegelingen over waarheidsvinding van groot belang kunnen zijn voor de zich langzaam ontwikkelende ideeën over waarheid en waarheidsvinding in internationale gerechten, zoals het Internationaal Gerechtshof.

Als lidstaat van de Europese Unie is Nederland gehouden Europese regelgeving te implementeren, ook regelgeving die betrekking heeft op het terrein van het strafrecht. Het gevolg hiervan is een gestage verandering op deelterreinen van het strafrecht, vooral met betrekking tot de samenwerking tussen de lidstaten op het terrein van de strafvordering. Die samenwerking leidt er toe dat op diverse terreinen de vraag ontstaat welke invloed zij heeft op de waarheidsvinding. *Geelhoed* wijst in zijn bijdrage op de veranderingen rondom het opportuniteitsbeginsel. Hij geeft aan dat in het Nederlandse strafproces waarheidsvinding 'binnen de kaders van de door het OM opgestelde grenzen' plaatsvindt. De vrijheid van het Openbaar Ministerie om tot vervolging over te gaan en de inhoud van de vervolging te bepalen, wordt niet alleen op basis van nationaal recht beperkt, maar tegenwoordig ook op basis van het Europese recht. 'Het Europese recht moet effectief, proportioneel en afschrikkend worden gehandhaafd', hetgeen het OM kan verplichten om toch, in afwijking van onze nationale opvattingen daaromtrent, (op een bepaalde wijze) te vervolgen. Daarmee is volgens *Geelhoed* de Europese Unie een niet onbelangrijke 'nieuwe actor' geworden die invloed op de vervolgingsbeslissing kan uitoefenen. Europese invloed zien we ook op het terrein van de opsporing toenemen. Informatie die is vergaard door opsporingsdiensten van lidstaten van de

Europese Unie kunnen in andere lidstaten worden gebruikt in strafzaken.⁶ Zo is vergelijking van DNA-materiaal in nationale DNA-analysebestanden mogelijk gemaakt. Dit geldt ook voor een vergelijking van dactyloscopische gegevens. In het kader van grootschalige evenementen met een grensoverschrijdende dimensie mogen ook persoonsgegevens aan andere lidstaten worden verstrekt. Deze informatie kan in strafzaken worden gebruikt. Het mag duidelijk zijn dat dergelijke informatie aan waarheidsvinding kan bijdragen, wat in complexe grensoverschrijdende strafzaken voordelen biedt. Wanneer we echter kijken naar het rechtsbeschermende karakter van deze ontwikkelingen, bestaan nog de nodige onduidelijkheden. Verder onderzoek en inbedding van deze ontwikkelingen is gewenst.

Als verdragsstaat bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is Nederland gehouden het straf(proces)recht conform het EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak van het hof in Straatsburg toe te passen. Dit heeft er diverse keren toe geleid dat wetgeving moest worden aangepast aan 'Straatsburgse' normen, bijvoorbeeld als het ging om het gebruik van (anonieme) getuigen. Vanwege het inquisitoire karakter van ons strafproces zal volgens Fokkens de rechter anonieme getuigen gebruiken 'als dat vanuit het oogpunt van waarheidsvinding verantwoord is.' Daardoor zal er altijd een zekere spanning blijven bestaan met het Mensenrechtenhof in Straatsburg 'als het gaat om het gebruik van anonieme getuigen, de toelaatbaarheid van veroordeling op basis van de verklaring van getuigen die de verdediging niet heeft kunnen horen en de vraag in hoeverre de verdediging het initiatief moet nemen als zij een getuige wenst te horen.'⁷ Dit neemt niet weg dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad een tendens valt te onderkennen waaruit blijkt dat het horen van getuigen ter terechtzitting op grond (of onder druk) van jurisprudentie uit Straatsburg steeds vanzelfsprekender wordt. Ook andere verdragsbepalingen kunnen de strafrechtelijke waarheidsvinding beïnvloeden. Dat bleek recentelijk nog weer in de zaak van de journalist Voskuil die in het belang van de waarheidsvinding was gegijzeld om hem te bewegen zijn bronnen prijs te geven. Volgens het EHRM was hierbij overduidelijk sprake van een schending van artikel 10 EVRM.⁸

Niet alleen Europese ontwikkelingen dragen bij aan een constante bezinning op waarheidsvinding, ook demografische veranderingen in Nederland dragen

6 Verdrag van 27 mei 2005, *Trb.* 197 (Verdrag van Prüm). Zie over dit verdrag en de complexiteit van samenwerking op strafrechtelijk terrein in de EU o.a. H. Hijmans, 'De derde pijler in de praktijk: leven met gebreken. Over de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten', *SEW* 2006, p. 375-391. Overigens is het Verdrag van Prüm geen verdrag dat binnen het verband van de EU is gesloten. Het is wel de bedoeling van de verdragsluitende partijen het verdrag in het acquis van de Unie op te nemen.

7 J.W. Fokkens, 'Getuigen tussen Straatsburg en Den Haag', in: P.D. Duyx, P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg* (Liber amicorum E. Myjer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 153-154.

8 EHRM 22 november 2007, *NJ* 2008, 216 m.nt. E.J. Dommering (Voskuil/Nederland).

daaraan bij.⁹ *Ten Voorde* becommentarieert in deze bundel een aantal zogenoemde culturele strafzaken en wijst erop dat het in het strafrecht gehanteerde idee van *materiële* waarheidsvinding ter discussie komt te staan bij dergelijke zaken. Het zoeken naar één waarheid lijkt zelfs onmogelijk, de kans waarheidsvinding als machtsmiddel te gebruiken en aldus de belangen van de (allochtone) verdachte te veronachtzamen is niet ondenkbaar. Naast deze demografische ontwikkelingen, spelen ook andere (sociale) ontwikkelingen. Het debat over waarheidsvinding in de politiek, media en (strafrechts)wetenschap heeft de laatste jaren een hoge (soms nogal populistische) vlucht genomen als gevolg van enkele inmiddels overbekende gerechtelijke dwalingen, zoals de Schiedammer Parkmoord, en de rapporten van de Commissie Evaluatie Afseloten Strafzaken naar enkele andere mogelijke gerechtelijke dwalingen. De resultaten van deze onderzoeken lijken te duiden op een zeker onvermogen om in het strafproces te (blijven) voldoen aan de doelstelling van het bestraffen van werkelijk schuldigen. Deze incidenten hebben onder juristen geleid tot een hernieuwde belangstelling voor het instituut herziening.¹⁰ Daarnaast wijst *Cleiren* in haar bijdrage in deze bundel op de opkomst van zogenoemde ‘deskundigen’, particulieren die op ‘eigen gezag en verantwoordelijkheid (al dan niet in dienst van een private organisatie of universiteit) onderzoek doen en/of zich kritisch uitlaten over de justitiële waarheidsvinding in het algemeen en die in concrete zaken’.¹¹ Hun belang en hun invloed (mede als gevolg van hoge kijkcijfers) op de publieke opinie (die daardoor steeds kritischer wordt op het functioneren van de strafrechtelijke overheid) kan niet langer worden ontkend, waardoor de vraag zich opdringt of de lange tijd als vanzelfsprekend geachte monopoliepositie van de overheid op het gebied van de waarheidsvinding zijn beste tijd heeft gehad, terwijl tegelijkertijd naar begrenzing van het (publieke) optreden van deze ‘deskundigen’, vooral in concrete, complexe strafzaken, moet worden gezocht.

Naast Europese, internationale en multiculturaliserende invloeden en de hiervoor besproken maatschappelijke ontwikkeling van een samenleving die de strafrechtspleging steeds kritischer lijkt te volgen, heeft het straf(proces)recht te maken gekregen met belangrijke ontwikkelingen op wetenschappelijk gebied. De invloed van andere wetenschappen op het strafrecht was bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering nog beperkt tot het terrein van straffen en maatregelen. De invloed in het strafprocesrecht was in die tijd nog

9 Dat geldt overigens niet alleen voor de waarheidsvinding, maar voor het (straf)recht in het algemeen. Zie o.a. C.J.M. Schuyt, ‘Publiekrecht in een multiculturele samenleving’, in: W. van den Burg, C.J.M. Schuyt, J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht* (preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2008-1), Deventer: Kluwer 2008, p. 63-123.

10 Zie naast Crijns in deze bundel ook: G.G.J. Knoops, ‘De betekenis van de CEAS voor de toekomstige herziening’, *NJB* 2008, p. 1029-1037; P.A.M. Mevis, ‘Verruiming van de herziensregeling’, *DD* 2007, p. 239-250; B.F. Keulen, ‘Herziening van de herziening?’, *RM Themis* 2007, p. 3-14.

11 Zie ook Y. Buruma, ‘Onderzoeksjournalistiek’, *NJB* 2008, p. 435.

gering. Dat verklaart wellicht mede de vrije summiere regeling over de deskundige in het strafproces. Sinds die tijd is het belang van deskundigen en deskundigenbewijs in het strafproces sterk toegenomen.¹² Daarbij kan worden gedacht aan het toegenomen belang van DNA in strafzaken. Dit toegenomen belang van deskundigen in strafzaken maakt het steeds minder goed mogelijk om de ontwikkeling in wetenschappelijke inzichten van de disciplines van deskundigen te negeren. *Dubelaar* wijst in haar bijdrage op veranderende wetenschappelijke inzichten over getuigen. Zowel de rechtspsychologie als de getuigenpsychologie laten beperkingen en mogelijkheden van getuigenverklaringen zien. Dit roept de vraag op wat de juiste condities zijn waarbinnen een getuigenverklaring in het strafproces kan worden gebruikt.

In haar bijdrage wijst *Dubelaar* ook op algemene, kentheoretische, beperkingen omtrent de mogelijkheid tot het kennen van de werkelijkheid. Ook *Ten Voorde* en *De Jong* brengen in hun bijdrage verschillende kentheoretische inzichten naar voren. *De Jong* stelt dat, zeker bij de beoordeling van subjectieve bestanddelen zoals opzet, afstand moet worden genomen van het 'positivistische werkelijkheidsbeeld' dat door sommige strafrechtsjuristen zou worden aangehangen. Daarvoor in de plaats presenteert hij, gebaseerd op onder andere het werk van Ricoeur, een narratieve werkelijkheidsopvatting die niet alleen beter past bij de wijze waarop subjectieve bestanddelen bewezen (moeten) worden, maar ook bij de door hem aangehangen hermeneutische rechtsvindingstheorie. Tot slot kunnen we in dit verband nog wijzen op de bijdrage van *Van der Woude* die aangeeft dat een veranderende mens- en maatschappijopvatting, hetgeen door haar het 'veiligheidsdiscours' wordt genoemd, bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving tot een niet openlijk beleden, maar wel zichtbare verandering in de opvatting over waarheidsvinding in het strafrecht (zoals op het terrein van terrorismebestrijding) leidt die er wellicht voor zorgt dat waarheidsvinding in het strafproces in de toekomst een onhaalbaar ideaal wordt.

Tot slot kunnen we niet om ontwikkelingen in het straf(proces)recht en het penitentiaire recht heen. In verschillende bijdragen worden recente ontwikkelingen op deelterreinen van het strafprocesrecht beschreven in relatie tot waarheidsvinding. *Crijns* beschrijft in zijn bijdrage de betekenis van waarheidsvinding in de verschillende stadia van het strafproces, van het opsporingsonderzoek tot en met herziening en de buitengerechtelijke afdoening, mede in relatie tot andere legitieme belangen waaraan binnen het strafproces recht dient te worden gedaan. *Van der Meij* wijst op de ontwikkelingen omtrent het experiment van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie. Hij gebruikt deze ontwikkelingen als illustratie om een complex maar belangrijk thema te ontrafelen, namelijk in hoeverre

12 Hetgeen inmiddels door de wetgever is erkend en heeft geleid tot een wetsvoorstel waarin de rechtspositie van de deskundige wordt verhelderd. Zie hierover M.J. *Dubelaar* en J.F. *Nijboer*, 'De rechtspositie van deskundigen eindelijk wettelijk geregeld', *DD* 2008, p. 15-40.

de verdediging een rol behoort te spelen in de waarheidsvinding. De bijdrage van *De Wilde* heeft betrekking op de bewijsminimumregels. De Wilde onderzoekt in zijn bijdrage de betekenis van deze regels en tracht de vraag te beantwoorden of zij een waarborg vormen voor de waarheidsvinding. Tevens staat hij stil bij de vraag of de bewijsminimumregels zouden moeten worden behouden. Volgens De Wilde laat de jurisprudentie zien dat de bewijsminimumregels een waarborg voor waarheidsvinding vormen, zij het dat de invulling daarvan op sommige punten te wensen overlaat. *Keupink* verhaalt tenslotte over de recente wijzigingen in de regeling van het hoger beroep. De nieuwe regeling houdende het verlostelsel en de introductie van een grievenstelsel is volgens Keupink vooral om redenen van doelmatigheid en efficiency ingevoerd, waarbij waarheidsvinding weliswaar niet wordt veronachtzaamd, maar een minder prominente plaats inneemt dan bij de berechting in eerste aanleg.

Struijk gaat in op ontwikkelingen in het sanctierecht, meer in het bijzonder op de wijze waarop het zijn van veelpleger, van belang voor oplegging van de ISD-maatregel, wordt vastgesteld. Zij laat zien dat ‘veelplegerswaarheidsvinding’ niet per se een zoektocht is naar waarheid, maar – en dat verklaart zij door het veiligheidsdiscours waarop door Van der Woude is gewezen – een zoektocht naar de meest effectieve manier om overlastgevend daders, van wie het risico op recidive hoog wordt ingeschat, zo lang mogelijk uit de samenleving te verwijderen. In het sanctierecht spelen ook op andere momenten waarheidsperikelen. Zo geldt ten aanzien van de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel een bijzondere bewijsmaatstaf (artikel 36e lid 3 Sr spreekt van de ‘aannemelijkheid’, dat bij het begaan van strafbare feiten wederrechtelijk voordeel is verkregen). Tot slot kan nog worden vermeld dat het onderzoek naar de verhouding tussen straftoemeting en waarheid zich verder zal ontwikkelen. Te verwachten valt, gelet op de ‘truth in sentencing’ beweging in de Verenigde Staten,¹³ dat ook in Nederland de discussie over waarheid en straftoemeting aan belang zal toenemen.

3 WAARHEIDSPERCEPTIES IN HET STRAF(PROCES)RECHT

Een belangrijk thema in de bijdragen in deze bundel betreft de vraag welke waarheid in het strafproces wordt gezocht. Daarbij wordt deels aangesloten bij een reeks van Nederlandse auteurs die hierover al het nodige hebben gepubliceerd. Er is in deze bundel bewust gekozen geen leidend perspectief op waarheid en waarheidsvinding aan de auteurs op te leggen. Daarvoor zijn de verschillende perspectieven te uiteenlopend.

13 Zie hierover o.a. C. Banks, *Criminal Justice Ethics. Theory and Practice*, London/New Delhi: Sage Publications 2004, p. 182-186; K. Beckett, Th. Sasson, *The Politics of Injustice. Crime and Punishment in America*, London/New Delhi: Sage Publications 2003, p. 172-173.

Sommige auteurs, *De Jong* en *Ten Voorde*, hebben zich de ruimte veroorloofd om een waarheidsbegrip te introduceren en op hun deelterrein uit te werken. *De Jong* betoogt dat het in het strafrecht gaat om *toerekenen* van strafrechtelijke aansprakelijkheid hetgeen een 'normatieve act' is die 'zich niet in het keurslijf laat persen van de zoektocht naar objectieve kennis of absolute zekerheid.' Daaraan voegt hij toe dat er tussen feit en norm een dialectisch verband bestaat. 'Normen *produceren* de feiten van een geval (...) niet minder dan dat de feiten dicteren welke normen van toepassing kunnen zijn.' *Geelhoed* illustreert deze opvatting aan de hand van de vervolgingsbeslissing. De eis van het Hof van Justitie van de EG dat straffen 'proportioneel, effectief en afschrikkend' moeten zijn in geval van strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht kunnen in het kader van de vervolgingsbeslissing leiden tot een andere interpretatie van de feiten. Daarmee wordt niet gezegd dat de keuze waarvoor wordt vervolgd, wordt beperkt, wel dat de interpretatie van de feiten moet worden bezien in het licht van de normen die mogelijk zijn geschonden. Deze (op hermeneutiek gebaseerde en) in de strafrechtstheorie steeds belangrijker geworden opvatting leidt tot de overtuiging dat uit feiten niet automatisch een norm aan de oppervlakte kan treden. De betekenis van feiten en de relevantie daarvan voor het strafrecht is volgens *De Jong* pas te kennen door 'bemiddeling van een *narratieve dimensie*', dat wil zeggen het plaatsen en begrijpen van feiten als deel van een verhaal. Het strafrechtelijke waarheidsbegrip is dan ook een narratief, geen materieel waarheidsbegrip. Narratieve waarheid 'betekent dat zij tegelijkertijd zowel grondslag is voor, als product is van juridische interpretatie' waarmee wordt aangegeven dat zij doordrenkt is van het besef dat er 'geen garantie bestaat voor de absolute juistheid van een juridische interpretatie.' Met behulp van narratieve waarheid wil *De Jong* laten zien hoe het opzetoordeel tot stand komt. Hij brengt daarmee tot uitdrukking dat ten aanzien van het toerekenen meer nodig is dan het enkel vaststellen van objectieve feiten. Er is een narratieve bemiddeling nodig om van feitenvaststelling naar toerekening te kunnen gaan.

Ten Voorde betoogt dat (in het kader van zogeheten culturele strafzaken) niet kan worden gesproken van materiële waarheidsvinding. Onderzoek naar culturele strafzaken zaait volgens hem twijfel omtrent de vermeende objectiviteit van de materiële waarheid en de behoorlijkheid van materiële waarheidsvinding. *Ten Voorde* meent dat de jurisprudentie omtrent culturele strafzaken laat zien dat waarheidsvinding nooit objectief (in de zin van 'onafhankelijk van persoonlijke vooringenomenheid') is en dat nader onderzoek naar de behoorlijkheid van waarheidsvinding geboden is. Met *Glastra van Loon* stelt *Ten Voorde* dat feiten geen feiten zijn: feiten worden niet op een passieve en receptieve wijze gereproduceerd. Zeker de waarheid van het handelen op basis van een cultuur kan niet objectief worden vastgesteld. Als iemand stelt op basis van zijn cultuur te hebben gehandeld, kan niet worden volstaan met een toetsing van deze claim aan de hand van een bepaalde classificatie van een cultuur, maar deze classificatie moet vervolgens worden uitgewerkt waarbij

inzicht moet worden verschaft in de primordiale bindingen van iemand met deze cultuur. Op basis hiervan komt Ten Voorde tot de conclusie dat er over het handelen op basis van een cultuur geen eensluidend antwoord kan worden gegeven. Hij spreekt niet van waarheid, maar van waarhedenpluralisme. Het recht moet dit waarhedenpluralisme garanderen. Het door Ten Voorde aangehangen relationele rechtsbegrip werkt hij uit in een model van rechtvaardige en redelijke waarheidsvinding.

Dubelaar geeft aan dat het strafrechtelijke waarheidsbegrip enger is dan het in de filosofie (epistemologie) gehanteerde waarheidsbegrip. 'De rechterlijke uitspraak behelst niet de pretentie van een alomvattende uitspraak over de werkelijkheid.' Er is sprake van een processuele werkelijkheid, die een reductie inhoudt van de werkelijkheid. Het strafprocesrecht werpt volgens *Dubelaar* ook allerlei obstakels op waardoor 'de' waarheid in het strafproces niet kan worden achterhaald. Deze beperkingen noemt *Dubelaar* niet-epistemologische waarden. Ook *Crijns* wijst erop dat in het strafproces de waarheid niet kan worden achterhaald. Hoewel moet worden getracht zoveel mogelijk de historische werkelijkheid te achterhalen, belemmeren de rechtsbescherming van verdachten, de belangen van andere procesdeelnemers (zoals getuigen en slachtoffers), het beginsel *lites finiri oportet* en de wens dat strafzaken op een efficiënte wijze worden afgedaan de waarheidsvinding. *Dubelaar* voegt daaraan toe dat het strafrechtelijke bewijsstelsel niet helemaal is ingericht op het vinden van 'de' waarheid. Hoewel het bewijsstelsel zoveel mogelijk is opgesteld om het bewijs op deugdelijke wijze te vinden, is het zelfs dan onmogelijk om een 'volstrekt dwingende conclusie te trekken. Het oordeel van de rechter zal dus noodzakelijkerwijs niet meer dan een waarschijnlijkheidsoordeel kunnen zijn.'

Sommige auteurs ontkennen niet (openlijk) deze opvatting maar laten zien dat het omarmen van een dergelijke waarheidsperceptie in het strafrecht niet zonder risico is. *Crijns* erkent dit waarschijnlijkheidsoordeel, maar voegt daar wel aan toe dat de rechter moet streven naar een '(hoge) *graad van waarschijnlijkheid*'; een juridisch oordeel mag niet enkel worden gebaseerd op 'vermoedens, interpretaties, lezingen, aannames of juridische ficties.' *Crijns* doelt hier op de noodzaak te trachten om de historische werkelijkheid toch zoveel mogelijk te achterhalen. Anders kan van een behoorlijke waarheidsvinding niet worden gesproken. *Struijk* en *Van der Woude* vallen hem hierin in bij door te illustreren wat er gebeurt als de zoektocht naar de historische werkelijkheid niet meer serieus wordt genomen. *Struijk* stelt dat de veroordeling tot een ISD-maatregel is gebaseerd op een 'optelsom van onzekere schattingen' en dat onvoldoende rekening wordt gehouden met de bescherming van de belangen van verdachten. *Van der Woude* stelt 'enigszins gechargeerd gezegd' dat waar het de bestrijding van terrorisme betreft, de mogelijkheid is geschapen 'om koste wat kost onder de noemer van preventie en risico-uitsluiting de op de toekomst gerichte materiële waarheid te creëren ten aanzien van een verdachte waarvan het niet eens *waarschijnlijk* hoeft te zijn dat hij deze toekomstige mogelijkheid zal of zou waarmaken.' Ook hier zien we dat een belangrijke

eis van behoorlijkheid, namelijk de bescherming van belangen van verdachten, wordt veronachtzaamd en daarmee de behoorlijkheid van waarheidsvinding onder druk staat.

Tot slot mogen we niet veronachtzamen dat waarheidspercepties in het strafrecht vanouds zijn gekoppeld aan procesmodellen. De discussie over materiële waarheid die in Nederland wordt gevoerd, komt voort uit het gematigd inquisitoire procesmodel dat de Nederlandse strafvordering kenmerkt. In een ander procesmodel, in het bijzonder het adversaire stelsel, is discussie over waarheidsvinding niet onbekend, maar wordt deze op een andere wijze gevoerd. Vaak wordt het verschil als volgt aangeduid: in een inquisitoir stelsel wordt naar materiële waarheid gezocht, in een adversair stelsel naar formele of partijenwaarheid.¹⁴ *Peters* laat, vertrekkend vanuit het werk van Damaska, echter in haar betoog zien dat een al te strikt onderscheid tussen het inquisitoire en adversaire stelsel onvoldoende mogelijkheden biedt om de voordelen van beide stelsels uit te buiten en te komen tot een gemengd procesmodel. Aan de hand van de ontwikkelingen in het Italiaanse strafrecht laat *Peters* zien dat de vermenging tussen beide stelsels over de band van de waarheidsvinding is gelopen. Oorspronkelijk is het uit 1988 stammende Italiaanse Wetboek van Strafvordering adversair van aard, maar onder invloed van beslissingen van het grondwettelijke hof (en belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen) is de idee van materiële waarheidsvinding onderdeel geworden (of gebleven) van een voor het overige nog steeds adversair stelsel.

4 VERANTWOORDELIJKHEDEN VOOR DE WAARHEIDSVINDING

In verschillende bijdragen wordt ook ingegaan op de verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke waarheidsvinding en in sommige gevallen kritiek geleverd op de wijze waarop die verantwoordelijkheid wordt vormgegeven. We onderscheiden de wetgever, de rechter, het Openbaar Ministerie, de verdediging, de burger en de (rechts)wetenschap.

De wetgever wordt door diverse auteurs gezien als een belangrijke actor in de bepaling van de omvang van de waarheidsvinding. Zo bespreekt *Crijns* diverse recentelijk ingevoerde wetgeving die mede van invloed is op de reikwijdte en wijze van waarheidsvinding in het strafproces. *De Wilde* geeft de wetgever enkele adviezen ten aanzien van de bewijsminimumregels. Naar zijn mening zouden enkele daarvan uit het wetboek moeten worden geschrapt, in het bijzonder het bepaalde in artikel 344 lid 2 Sv, terwijl andere juist moeten worden behouden. *Struijk* en *Van der Woude* uiten juist kritiek op recente wetgeving in relatie tot de waarheidsvinding. Wanneer we het citaat van

14 Zie de bijdragen van C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaasen in: *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

voormalig minister Donner van Justitie dat aan het begin van deze inleiding is weergegeven in herinnering roepen, kan de kritiek van beide auteurs samengevat luiden dat de wetgever het procesdeelnemers, de rechter en het Openbaar Ministerie onmogelijk maakt om waarheidsvinding op een ‘zindelijke’ wijze te laten plaatsvinden. Een meer gematigde maar min of meer gelijklopende kritiek zien we ook bij *Keupink*.

Cleiren brengt de actoren rechter en Openbaar Ministerie samen onder de term justitiële organen. Zij wijst op de toenemende interesse en invloed van derden op het strafproces, vooral van zogenoemde ‘deskundigen’. Op de verantwoordelijkheid daarvan komen we zodadelijk nog terug, maar van belang is nu al te noteren dat volgens *Cleiren* een ‘alartere en responsievere houding van de justitiële organen wenselijk’ is. Concreet betekent dit bijvoorbeeld het uitwisselen van informatie, het aangaan van een open debat met ‘deskundigen’, maar ook het nemen van beschermende maatregelen in het belang van het behoud van legitimiteit en gezag van het strafvorderlijke optreden. Het onderstrepen van de verantwoordelijkheid van de rechter komt ook in andere bijdragen terug. *De Wilde* laat aan de hand van een uitgebreide analyse van jurisprudentie zien hoe de rechter invulling heeft gegeven aan de bewijsminima. *Peters* wijst op de verantwoordelijkheid van de Italiaanse constitutionele rechter in de concretisering van de waarheidsvinding onder het nieuwe Italiaanse strafprocesrecht. In tegenstelling tot de wetgever houdt het Italiaanse Constitutionele Hof vast aan materiële waarheidsvinding.

Breuker wijst erop dat het Internationaal Gerechtshof in de genocide-zaak (Bosnië-Herzegovina vs. Servië en Montenegro) langdurig stilstaat bij waarheidsvinding. *Breuker* prijst het hof voor de uitleg van de methodologie van het bewijs. Het hof gaat uitgebreid in op drie elementen van bewijs die voor waarheidsvinding van fundamenteel belang zijn, namelijk de bewijslast, de bewijsstandaard en de bewijskracht. *Breuker* uit de nodige kritiek op de wijze waarop het hof de waarheidsvinding gestalte probeert te geven. Niettegenstaande het historische karakter van de uitspraak, valt er, bezien vanuit het perspectief van waarheidsvinding, het nodige op te merken over de wijze waarop het hof tot zijn oordeel is gekomen. Het hof manoeuvreert zich namelijk in een ‘civielrechtelijke’ procedure om ‘vast te moeten stellen of het internationale misdrijf genocide is gepleegd. Men kan zich afvragen of het hof wel het juiste forum is [en de juiste bewijslastverdeling, bewijsstandaard en bewijskracht heeft gehanteerd, JM+V] om dergelijke handelingen te toetsen.’ *Breuker* heeft daarover zijn twijfels. Tegelijkertijd wijst hij erop dat een andere opstelling van het hof ‘niet automatisch [heeft] bijgedragen aan een beslissing op basis van een (overwegend) materiële waarheid. Het lijkt een meer realistische vaststelling dat dit Hof niet voldoende geëquipeerd is om de mate van waarheidsvinding te verrichten die zeer ernstige interstatelijke disputen met ingewikkelde feitencomplexen vergen’ en die – zo kan eraan worden toegevoegd – van strafrechtelijke waarheidsvinding wordt gevergd.

Naast de rechter heeft ook het Openbaar Ministerie een belangrijke (publieke) verantwoordelijkheid ten aanzien van de waarheidsvinding. Onder verwijzing naar *Geelhoed* is hierop al in paragraaf 2 gewezen. De belangrijke rol van het Openbaar Ministerie laat zien dat er een systeem van *checks and balances* lijkt te bestaan als het gaat om de waarheidsvinding. Er is niet één orgaan dat volledig voor waarheidsvinding verantwoordelijk kan worden gehouden en dus ook niet één orgaan dat daarvoor exclusief aansprakelijk kan worden gehouden als er achteraf sprake is van een gerechtelijke dwaling. De kritiek op het Openbaar Ministerie naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord en andere gerechtelijke dwalingen is dan ook slechts ten dele terecht. In het in Nederland bestaande en door *Geelhoed* beschreven stelsel van checks and balances, kan niet slechts één orgaan volledig aansprakelijk zijn voor fouten in de waarheidsvinding.

Een altijd lastig vraagstuk is de vraag in hoeverre de verdediging een rol speelt in de waarheidsvinding en bovenal of zij daarin een verantwoordelijkheid heeft. *Van der Meij* wijst er op dat deze vraag al bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering speelde. Het toebedelen van een verdedigingspositie waarin voldoende rechtsbescherming wordt geboden wordt geacht ook de waarheidsvinding te dienen. Om te kunnen specificeren hoe de waarheidsvinding door de verdediging kan worden gediend, moet onderscheid worden gemaakt tussen de verdachte en diens advocaat. De verdachte heeft volgens *Van der Meij* geen taak bij de waarheidsvinding, al zal hij wel inbreuken op zijn rechten in het belang van waarheidsvinding moeten tolereren. Voor de raadsman is een 'verplichte bijdrage aan de waarheidsvinding' een complex vraagstuk. Een en ander is gekoppeld aan de vraag in hoeverre de verdediging een publieke taak in het kader van de waarheidsvinding toekomt. Die vraag beantwoordt *Van der Meij* voor de verdediging, en de raadsman in het bijzonder, negatief. Het is volgens *van der Meij* 'niet aan de raadsman om het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming te bewaken.' Hij kan de waarheidsvinding alleen dienen 'wanneer dit is te verenigen met de subjectieve belangen van verdachte of wanneer de verdachte daarvoor kiest.' Elke andere opvatting maakt dan ook inbreuk op de plaats van de verdediging in het strafproces.

In haar betoog wijst *Cleiren* tot slot op de verantwoordelijkheid van burgers bij de waarheidsvinding. Hoewel private 'deskundigen' geen publieke taak hebben bij de waarheidsvinding, is hun rol niet langer uit ons strafrecht weg te denken. De invloed die zij in diverse strafzaken hebben doen gelden, maakt dat de positie van deze 'deskundigen' in ons strafproces een publieke zaak is geworden die dus aandacht vergt van justitiële organen. De 'deskundige' zal zich echter stevast bewust moeten zijn van zijn eigen beperkingen en van de juridische beperkingen waaraan hij altijd is onderworpen. Voorkomen moet worden dat 'deskundigen' een heksenjacht organiseren en zich daarbij te buiten gaan aan onoirbare methoden. Sommige van die methoden zijn nu reeds bij wet verboden (zoals het bepaalde in artikel 139f en 441b Sr), maar tevens kan

worden gewezen op de horizontale werking van grondrechten die de zoektocht naar waarheid ook voor ‘deskundigen’ behoort te beperken.

5 SLOT

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat in deze bundel een rijke hoeveelheid aan informatie is bijeengebracht over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht, strafprocesrecht en penitentiaire recht. Niet alleen maken de bijdragen inzichtelijk dat waarheid en waarheidsvinding fundamentele thema’s in het strafrecht zijn die ook in de toekomst onderwerp van onderzoek en discussie zullen (moeten) blijven. De bijdragen laten ook zien dat waarheid en waarheidsvinding op terreinen van het strafrecht kunnen worden besproken die op het eerste gezicht niet voor de hand liggen. Dit geldt vooral voor het penitentiaire recht waar *Struijk* ten aanzien van de ISD-maatregel laat zien welke spanningen op het terrein van waarheidsvinding moeten worden onderkend en welke problemen die spanningen met zich (kunnen) brengen. Tot slot laten de bijdragen zien dat het wetenschappelijk debat over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht nog lang niet is beklonken en dat strafrechtjuristen ook de komende jaren voor de opgave staan om hun normatieve opvattingen over strafrechtelijke waarheidsvinding te confronteren met maatschappelijke ontwikkelingen en praktische en politieke verlangens daaromtrent, en deze waar mogelijk met elkaar te verenigen.

2 | Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding

J.H. Crijns

1 INLEIDING

‘We kunnen ons niet zonder meer verlaten op de eerdere preadviezen. Er is in de tussenliggende periode veel veranderd dat zijn invloed ook doet gelden op het terrein van de waarheidsvinding.’¹ Verwijzend naar de eerdere preadviezen van Asser over waarheidsvinding in het burgerlijk proces (1991)² en Melai over waarheidsvinding in het strafproces (1961),³ leidde Cleiren haar preadvies uit 2001 over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht met deze woorden in. Zeven jaar later hebben deze woorden geenszins aan actualiteit ingeboet, want in de relatief korte tussenliggende periode tussen het preadvies van Cleiren en deze bijdrage, zijn de door haar gesignaleerde maatschappelijke, wetenschappelijke, legislatieve en jurisprudentiële ontwikkelingen die hun invloed doen gelden op de waarheidsvinding binnen het strafproces⁴ alleen maar in een stroomversnelling gekomen, hetgeen het interessant maakt om te bezien hoe deze ontwikkelingen hun uitwerking hebben gehad op de thematiek van waarheid en waarheidsvinding in het strafproces. Uitgangspunt bij deze bespreking is dat waarheidsvinding een belangrijk, zo niet het belangrijkste, doel van het strafproces is.⁵

Voorafgegaan door het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is met het aantreden van het eerste kabinet Balkenende in 2002 in het kader van het

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

2 W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Deventer: Kluwer 1991.

3 A.L. Melai, ‘Het waarheidsprobleem in het strafproces’, in: *Het waarheidsprobleem in het procesrecht*, Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 43-69.

4 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 21-26.

5 Dit uitgangspunt is in de literatuur onomstreden. Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, ‘Algemeen deel’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15-18. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29 271, nr. 1.

Veiligheidsprogramma⁶ een majeure stroom van strafvorderlijke wetgeving op gang gekomen, die op dit moment nog steeds niet lijkt te zijn opgedroogd. Zonder volledig te zijn, kunnen als voorbeelden van strafvorderlijke wetswijzigingen die reeds zijn ingevoerd dan wel op zeer korte termijn in werking zullen treden, worden genoemd: de vier wettelijke maatregelen ter stroomlijning van het strafproces (met betrekking tot de bevoegdheid tot inbeslagneming en doorzoeking, de voorlopige hechtenis, het horen van getuigen en de motivering van de bewezenverklaring bij bekende verdachten),⁷ de uitbreiding van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven,⁸ de herziening van het stelsel van hoger beroep,⁹ de invoering van de bevoegdheid strafbeschikkingen uit te vaardigen,¹⁰ de transformatie van de vervroegde invrijheidsstelling in een systeem van voorwaardelijke invrijheidsstelling¹¹ en de versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces.¹² Daarnaast staat nog een aantal belangrijke wetsvoorstellen voor de nabije toekomst op stapel: de herziening van de positie van de deskundige in strafzaken,¹³ de invoering van een verplichte bloedtest in strafzaken,¹⁴ de invoering van maatregelen ter verbetering en versterking van de vaststelling van de identiteit van verdachten, veroordeelden en getuigen,¹⁵ de aanpassing van de regeling van schadevergoeding na de toepassing van dwangmiddelen, de aanpassing van het rechtsmiddel van herziening en de herstructurering

6 Zie de veiligheidsnota 'Naar een veiliger samenleving' (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 684, nr. 1).

7 Wet van 10 november 2004 in verband met inbeslagneming en doorzoeking door de rechter-commissaris, *Stb.* 2004, 577; Wet van 10 november 2004 houdende enkele wijzigingen in de regeling van de voorlopige hechtenis, *Stb.* 2004, 578; Wet van 10 november 2004 in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen, *Stb.* 2004, 579; Wet van 10 november 2004 strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekende verdachte, *Stb.* 2004, 580; alle in werking getreden op 1 januari 2005.

8 Wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580, in werking getreden op 1 februari 2007.

9 Wet stroomlijnen hoger beroep van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470, gedeeltelijk in werking getreden op 1 maart 2007 en voor het overige op 1 juli 2007.

10 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008.

11 Wet wijziging van de vervroegde invrijheidsstelling in een voorwaardelijke invrijheidsstelling van 6 december 2007, *Stb.* 2007, 500, in werking getreden op 1 juli 2008.

12 Wetsvoorstel versterking positie slachtoffer in het strafproces (zie voor de meest actuele versie het gewijzigd voorstel van wet zoals dat thans voorligt bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I 2007/08*, 30 143, A)).

13 Wetsvoorstel deskundige in strafzaken (zie voor de meest actuele versie het gewijzigd voorstel van wet zoals dat thans voorligt bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I 2007/08*, 31 116, A)).

14 Wetsvoorstel verplichte medewerking aan een bloedtest in strafzaken van 11 oktober 2007 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 241, nr. 2).

15 Wetsvoorstel identiteitsvaststelling verdachten, veroordeelden en getuigen van 24 april 2008 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 436, nr. 2).

van het vooronderzoek en de positie van de rechter-commissaris daarbinnen.¹⁶ Hoewel deze wetswijzigingen en -voorstellen uiterst diverse aspecten van de strafrechtspleging raken, kunnen de meeste hiervan direct of indirect worden benaderd vanuit het perspectief van waarheidsvinding als doel van het strafproces. Of anders gezegd: veel van deze wijzigingen beïnvloeden het proces van waarheidsvinding als activiteit binnen de strafrechtspleging in meer of mindere mate. Aldus is het interessant te bezien hoe de vlag van de waarheidsvinding als doel van het strafproces er anno 2008 bijstaat.

Dit is temeer interessant nu het maatschappelijk en wetenschappelijk debat over het strafrecht en de strafrechtspleging de laatste jaren sterk wordt gedomineerd door de gerechtelijke dwalingen in de Puttense moordzaak en de Schiedammer Parkmoord en het beweerdelijke onvermogen van het strafproces te (blijven) voldoen aan de doelstelling van het bestraffen van werkelijk schuldigen en het daarbij zoveel als mogelijk ongemoeid laten van onschuldige burgers.¹⁷ De oprichting van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken in 2006 en de recente voorstellen tot aanpassing van de herzieningsprocedure zijn hiervoor exemplarisch. Lange tijd heeft het debat over waarheid en waarheidsvinding in het strafproces een duidelijk academisch karakter gehad en ging het in dat debat met name om epistemologische en rechtstheoretische vragen over 'het waarheidsgehalte' van het binnen het strafrecht gehanteerde waarheidsbegrip in relatie tot gedachten over waarheid in de kennisleer en in andere deelgebieden van het recht.¹⁸ Thans kent het strafrechtelijke waarheidsdebat evenwel als gevolg van genoemde gerechtelijke dwalingen en de naar aanleiding daarvan ontstane maatschappelijke beroering ook een heel wezenlijke kant: er ligt een duidelijk vermoeden dat de strafrechtspleging niet in alle gevallen slaagt in haar opdracht recht te doen overeenkomstig de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan, daar er burgers zijn veroordeeld die – naar later bleek – aantoonbaar onschuldig waren. Juist vanwege deze nieuwe indringende dimensie liggen er zowel voor de wetenschap als voor de wetgever nieuwe vragen en uitdagingen waar het de plaats van waarheid en waarheidsvinding in het strafproces betreft. In deze bijdrage zal daarom worden bekeken hoe het thans is gesteld met de waarheidsvinding als doel van het strafproces, mede in het licht van de eerdergenoemde grootscheepse legislatieve wijzigingen.

16 De laatste drie genoemde voorstellen zijn thans nog in voorbereiding en nog niet aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer. Zie voor een korte toelichting op deze en andere op stapel staande wetsvoorstellen *Kamerstukken II 2007/08*, 29 271, nr. 7, p. 2-3.

17 Zie voor deze doelstelling de MvT bij het Ontwerp voor het huidige Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55: 'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen'.

18 Zie hierover nader § 2.1 van deze bijdrage.

Hiertoe zal in het navolgende eerst in vogelvlucht worden stilgestaan bij de belangrijkste bevindingen in de literatuur omtrent het binnen het strafrecht gehanteerde waarheidsbegrip en bij een aantal algemene karakteristieken van de weg waarlangs deze waarheid in het strafproces wordt vastgesteld (§ 2). In dit kader zal met name aandacht worden besteed aan de verhouding tussen het belang van waarheidsvinding enerzijds en een aantal andere legitieme belangen binnen het strafproces anderzijds. Het gegeven dat deze belangen niet altijd in een zelfde richting wijzen, noopt de wetgever tot het maken van een belangenafweging. Het resultaat van deze belangenafweging is sterk bepalend voor de wijze waarop het proces van waarheidsvinding is vormgegeven binnen de regeling van het strafproces. Vervolgens zullen in vogelvlucht de specifieke karakteristieken van het proces van waarheidsvinding binnen de afzonderlijke fasen van het strafproces onder de loep worden genomen, daar elke procesfase op eigen wijze recht doet aan en omgaat met het doel van waarheidsvinding, mede afhankelijk van de aard en het doel van de betreffende procesfase (§ 3). Hierbij zal ook meer uitgebreid worden stilgestaan bij een aantal van de genoemde legislatieve ontwikkelingen die het proces van waarheidsvinding direct of indirect kunnen beïnvloeden. Op basis van deze gegevens zal tot slot worden bezien hoe de stand van de waarheidsvinding als doel van het strafproces op dit moment is, of en in hoeverre deze stand van zaken is veranderd ten opzichte van de situatie van een aantal jaar geleden en hoe deze stand van zaken moet worden gewaardeerd (§ 4 en 5).

2 KARAKTERISTIEKEN VAN DE WAARHEIDSVINDING IN HET STRAFPROCES

2.1 Het waarheidsbegrip binnen het strafrecht

De vraag naar het binnen het strafrecht gehanteerde of te hanteren waarheidsbegrip heeft veel pennen in beweging gebracht, hetgeen niet in de laatste plaats wordt veroorzaakt doordat het debat lange tijd is blijven steken in terminologische discussies, wat enigszins versluierend heeft gewerkt op de ware problematiek.¹⁹ Niettemin heeft dit wetenschappelijke debat op het snijvlak van epistemologie, rechtstheorie, rechtsfilosofie en straf(proces)recht inmiddels in zekere mate tot consensus geleid. Deze consensus begint met de uit de epistemologie afkomstige vaststelling dat 'de' waarheid niet bestaat dan wel door de mens niet kan worden gekend.²⁰ Men is het er tegenwoordig over eens dat waarheid

19 Vgl. C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 13 en haar vijfde stelling bij dit preadvies.

20 Zie onder meer J.F. Nijboer, 'De schijngestalte van de materiële waarheid', *NJB* 1978, p. 749-757; J.F. Nijboer, 'Het streven naar de materiële waarheid in het strafproces', in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 14-17; C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 10; R.H. de Bock, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag:

en waarheidsvinding concepten zijn die niet los kunnen worden gezien van het subject dat deze waarheid vaststelt en onder woorden brengt. Een strikte scheiding tussen kennend subject en gekend of te kennen object kan aldus niet worden volgehouden.²¹ Het kennend subject voegt per definitie iets 'eigens', iets 'van hemzelf' toe aan de door hem vastgestelde waarheid. In de moderne literatuur over waarheid en waarheidsvinding wordt dan ook vrij algemeen aangenomen dat het onmogelijk is de (objectieve) werkelijkheid – zo men wil: de absolute waarheid – te kennen 'los van eigen interpretatieve activiteit'.²²

Ook in het kader van de discussie over waarheid en waarheidsvinding in het strafproces wordt het uitgangspunt dat 'de' waarheid zich niet laat kennen inmiddels volmondig erkend. Niettemin houdt deze constatering altijd in zekere mate iets obligaats. Een volledig onderschrijven van dit standpunt door de jurist zou immers de grondslag onder straf en strafrecht welhaast volledig wegslaan. Strafoplegging die is gebaseerd op 'een' waarheid of 'een visie op' de waarheid kan toch bepaald minder aanspraak op legitimiteit maken dan strafoplegging die is gegrond op 'het werkelijk gebeurde' of, zo men wil, de absolute waarheid.²³ Dit laatste vormt de basis voor het in het strafrecht gehanteerde materiële waarheidsbegrip, dat eveneens veelal wordt omschreven als 'het werkelijk gebeurde' en waarvan het adjectief 'materieel' met name dient ter onderscheiding van het formele waarheidsbegrip dat binnen het burgerlijk recht en meer accusatoir georiënteerde processtelsels zou worden gehanteerd. In die zin bevindt het debat over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht zich onvermijdelijk in een spagaat tussen de theoretische onmogelijkheid definitieve uitspraken over de waarheid te doen en de maatschappelijke noodzaak om dit toch te doen, omdat de rechtsorde nu eenmaal vraagt om een daadwerkelijke reactie van overheidswege op strafbaar gesteld gedrag. Teneinde een poging te doen deze spanning enigszins te verlichten, wordt het doel van het strafproces veelal geformuleerd als het *streven* naar de materiële waarheid (waarbij wordt onderkend dat het welslagen van dit streven utopisch is, of zoals Nijboer het uitdrukt: 'zonder de illusie dat wij in dit ondermaanse verder komen dan oordelen dat iets in de er-

Boom Juridische uitgevers 2001, p. 33; G.H. de Vries, 'Wat is waarheid? Een filosofische benadering', *Justitiële Verkenningen* 2002, nr. 2, p. 16-25; alsmede M.J. Dubelaar in § 2.1 van haar bijdrage in deze bundel.

21 Zie A.C. 't Hart, 'Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur', in: *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 183.

22 Zie J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1982, p. 14.

23 Vgl. ook F. de Jong die het in zijn bijdrage elders in deze bundel nog sterker uitdrukt: 'Indien zou moeten worden aangenomen dat de strafrechtelijke waarheidsvinding op geen enkele wijze tot werkelijkheidsgetrouwe resultaten kan leiden, dan zou ieder strafrechtelijk schuldordeel worden geperverteerd in zijn tegendeel: willekeurige leedtoevoeging.'

varingswereld het geval is met een bepaalde (hoge) *graad van waarschijnlijkheid*²⁴). Dit standpunt geeft lucht en biedt ruimte voor het inrichten van een strafproces dat er legitiem aanspraak op kan maken te zijn gebaseerd op een benadering van de historische werkelijkheid en niet louter op vermoedens, interpretaties, lezingen, aannames of juridische ficties. Met het omschrijven van het doel van het strafproces als het streven naar het vaststellen van de materiële waarheid verschuift het zwaartepunt van de discussie als het ware van het epistemologische niveau naar de meer aardse vraag op welke wijze het strafproces dient te worden ingericht om (in aanvaardbare mate) te kunnen beantwoorden aan dit streven de materiële waarheid vast te stellen. Hiermee wordt de thematiek van waarheidsvinding in het strafproces mede een strafrechtspolitieke: in hoeverre dient het besef van het onmogelijke (de intensiteit van) het streven naar het vaststellen van de waarheid te verminderen?²⁵ Wat er ook zij van het antwoord op deze vraag (dat onder invloed van ontwikkelingen in de politieke en maatschappelijke opvattingen hieromtrent in de loop van de tijd kan veranderen), met het formuleren van het doel van het strafproces als het streven naar het vaststellen van de materiële waarheid is voor het strafrecht een praktisch werkbaar waarheidsconcept ontwikkeld, dat niettemin in zekere zin epistemologisch is te billijken daar het in ieder geval op theoretisch niveau een bewustheid van het relatieve van het door de rechter uitgesproken waarheidsoordeel laat doorschemeren.²⁶

Voortbouwende op de epistemologische aanname dat 'de' waarheid niet kenbaar is en er aldus meerdere waarheden of percepties van waarheid kunnen zijn, moet vervolgens worden onderkend dat waarheid een doel- en contextgebonden begrip is.²⁷ Een journalistieke of een historische werkelijkheid kan

24 Zie J.F. Nijboer, 'Het streven naar de materiële waarheid in het strafproces', in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 15.

25 Zie voor discussie over deze vraag het debat tussen de onderzoekers van *Strafvordering 2001* (M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *a.w.*, p. 15-22) en die van 'Legitieme strafvordering'. De laatsten merken in dit kader op: 'De inherente beperktheid van het streven naar de absolute waarheid kan daarom geen relativering zijn van de wens toch de absolute materiële waarheid te blijven vinden: het besef van het onmogelijke moet het streven niet verminderen.' Zie C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 21. Zie voor een weergave van de hoofdlijnen van dit debat J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 57-61.

26 Op het niveau van de concrete strafzaak dient dit laatste evenwel direct te worden gerelativeerd, daar de waarheid die de strafrechter heeft vastgesteld op het moment dat zijn uitspraak in kracht van gewijsde gaat direct van elke door de epistemologie ingegeven relativiteit of voorlopigheid wordt ontdaan. Het kracht van gewijsde hult de waarheidsperceptie van de rechter als het ware in het kleed van de absolute waarheid.

27 Zie hierover J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 47-50.

een andere zijn dan de juridische werkelijkheid.²⁸ Bij een beschouwing over het begrip 'waarheid' in een strafrechtelijke context is het derhalve van belang om te bezien met welk doel de waarheid in het strafproces wordt vastgesteld en in hoeverre de strafrechtelijke context van invloed is op (de invulling van) het waarheidsbegrip. Wat betreft het doel van de waarheidsvinding binnen het strafproces kan worden gesteld dat dit is gelegen in het verkrijgen van een correcte – in de zin van een met de objectieve werkelijkheid corresponderende – rechterlijke uitspraak, hetgeen in dit kader betekent dat die waarheid dient te worden vastgesteld die nodig is voor de juiste toepassing van het materiële strafrecht.²⁹ Vervolgens wordt algemeen aangenomen dat dit geen andere kan zijn dan de materiële waarheid, hetgeen zoals gezegd veelal wordt omschreven als 'het werkelijk gebeurde'.³⁰ Het strafrecht is dan ook toegerust om – ondanks alle epistemologische waarschuwingen over de onhaalbaarheid van dit streven – een historisch feitencomplex aan de oppervlakte te brengen waarop het materiële strafrecht kan worden toegepast. De wijze waarop en de context waarbinnen dit gebeurt – waarover in het vervolg van deze bijdrage meer – beïnvloedt evenwel het resultaat in aanzienlijke mate. Dit leidt in de literatuur veelal tot de conclusie dat er in het strafproces niet zozeer sprake is van het *vinden* van de waarheid, maar veeleer van het *construeren* van een waarheid, waarbij het de uitdaging dient te zijn deze procedurele waarheid zoveel mogelijk te laten corresponderen met de materiële waarheid, met hetgeen er in de historische werkelijkheid is gebeurd.

Cleiren zegt hierover in haar preadvies: 'Er is geen "echtere" waarheid dan beschreven of ten minste geconceptualiseerde waarheden. Iedere beschrijving van de werkelijkheid vindt plaats op basis van een bepaald perspectief, een interpretatiemodel, van methoden en technieken.'³¹ Voor wat betreft het recht verbindt zij hieraan de gevolgtrekking dat ook hetgeen in het recht als waarheid geldt of heeft te gelden een geconstrueerde werkelijkheid is, tot stand gekomen op basis van een bepaald, te weten: juridisch, perspectief. En daarbij kan vervolgens nader worden gespecificeerd naar rechtsgebied, omdat elk rechtsgebied zijn eigen procedure van waarheidsvinding kent. In het verleden werd veelal ook aangenomen dat aan de verschillende procedures een ander

28 Zie voor een aantal van deze contexten het themanummer over waarheidsvinding van *Justitiële Verkenningen* (2002, nr. 2).

29 Zie E. Myjer, 'Strafrechtelijk onderzoek en waarheidsvinding', *Justitiële Verkenningen* 2002, nr. 2, p. 26-35; J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 45; J.F. Nijboer en J.C. Jarigsmā, 'De materiële waarheid in het straf(proces)recht', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen. Bijdragen aan het symposium, dat ter afscheid van prof. mr. W.D.H. Asser op 7 oktober 2005 aan de Universiteit Leiden werd gehouden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 24.

30 In deze, in de literatuur vaak gebezigde, omschrijving verschilt de materiële waarheid zoals hierboven reeds geconstateerd in wezen niet van de absolute waarheid. Het begrip materiële waarheid vindt zijn invulling met name in zijn veronderstelde polariteit met het begrip formele waarheid, waarbij deze laatste kan worden omschreven als 'de waarheid die tussen partijen heeft te gelden'. Zie hierover nader J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 48.

31 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 10.

waarheidsbegrip ten grondslag lag: het civiele recht zou uitgaan van een formeel waarheidsbegrip, het strafrecht zou uitgaan van een materieel waarheidsbegrip, waarbij de laatste de absolute waarheid het meest zou benaderen. Thans wordt dit onderscheid in de literatuur sterk genuanceerd: ook binnen het civiele recht wordt wel degelijk zoveel als mogelijk recht gedaan op basis van het daadwerkelijk aan het geschil ten grondslag liggende feitencomplex.³² De procedure waarlangs dit geschiedt, wijkt evenwel af van het strafrechtelijke proces van waarheidsvinding en biedt als zodanig minder waarborgen dat het werkelijk gebeurde ook daadwerkelijk wordt benaderd, waarbij met name betekenis toekomt aan de zelfstandige verantwoordelijkheid van de strafrechter voor het proces van waarheidsvinding en de mogelijkheden die hij heeft om aan deze verantwoordelijkheid gevolg te geven.³³

Knigge komt tot de volgende, tamelijk nuchtere conclusie: 'De waarheid is wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden als uitkomst van het tegen de verdachte gevoerde contradictoire proces.'³⁴ Hoewel dit wel een zeer pragmatische visie is, doet zij vermoedelijk wel het meest recht aan de gang van zaken in de dagelijkse praktijk van de strafrechtspleging, waarbij – zeker in standaardzaken – het proces van waarheidsvinding welhaast volledig wordt gereduceerd tot het nagaan of er voldoende bewijsmiddelen voorhanden zijn voor de afzonderlijke bestanddelen van die tenlastelegging, zonder dat er daadwerkelijk wordt gepoogd een compleet beeld van het historisch gebeuren te schetsen, zo mogelijk inclusief de toedracht en eventuele motieven.³⁵ Bovendien komt met deze constatering het onderscheid in waarheidsbegrippen tussen privaatrecht en strafrecht grotendeels te vervallen, daar in deze omschrijving ook het strafrechtelijke waarheidsbegrip moet worden gezien als een formele, of liever nog procedurele, waarheid.³⁶ Ook het in het strafproces gehanteerde waarheidsbegrip betreft immers een waarheid die gaande het strafproces volgens de regelen der kunst wordt *geconstrueerd*.

In de navolgende paragrafen zal voor wat betreft het strafrecht worden uitgewerkt hoe het juridische perspectief het proces van waarheidsvinding en het resultaat daarvan beïnvloedt. Hierbij zal eerst worden stilgestaan bij

32 Zie W.D.H. Asser, *a.w.*, p. 4-5; C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 5-6; C.J.M. Klaassen, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 47-48.

33 Zie hierover nader J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 49-50.

34 Zie G. Knigge, 'De schijn van waarheid', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid. Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 43.

35 Een dergelijke praktijk wordt met name mogelijk gemaakt door de dominantie van de tenlastelegging in het Nederlandse strafproces. Zie hierover nader § 3.4 en 3.5.

36 Knigge merkt terecht op dat dit het belangrijke voordeel oplevert dat een zinvolle vergelijking tussen straf- en privaatrecht mogelijk wordt, zonder dat deze direct blijft steken in de vaststelling dat beide rechtsgebieden een ander waarheidsbegrip hanteren. Vgl. G. Knigge, *a.w.*, p. 43.

een aantal andere belangen waaraan binnen het strafproces recht moet worden gedaan, daar het specifieke van de strafrechtelijke waarheidsvinding met name is gelegen in het feit dat de weg waarlangs de waarheid in het strafrecht wordt vastgesteld het resultaat is van een voortdurende afweging tussen het belang van waarheidsvinding en deze andere doelen van en belangen binnen het strafproces.

2.2 Waarheidsvinding in relatie tot andere doelen van en belangen binnen het strafproces

Waarheidsvinding is een belangrijk doel van het strafproces, maar zeer zeker niet het enige. Er zijn andere legitieme doelen van en belangen binnen het strafproces die eveneens dienen te worden gerespecteerd.³⁷ Een andere, minstens zo belangrijke, doelstelling is het bieden van rechtsbescherming voor de verdachte tegen de strafvorderlijke overheid. Daarnaast wordt thans (in toenemende mate) aangenomen dat ook andere procesdeelnemers gerechtvaardigde belangen hebben die in zekere mate bescherming verdienen binnen het strafproces. Met name ten aanzien van de positie van getuigen en slachtoffers heeft zich de laatste twintig jaar een duidelijke emancipatie voorgedaan. Voorts kan in dit kader worden gewezen op de noodzaak bij de inrichting van het strafproces ook oog te hebben voor het meer principiële uitgangspunt dat een geding tot een einde behoort te komen (*lites finiri oportet*) alsmede voor het daarmee samenhangende, maar meer praktische belang van een efficiënte strafrechtspleging. De erkenning van deze belangen moet tot de gevolgtrekking leiden dat het strafproces niet maximaal kan worden ingericht vanuit het belang van waarheidsvinding. Dit belang weegt weliswaar zwaar, maar moet voortdurend worden afgewogen tegen andere legitieme belangen binnen het strafproces.³⁸ Deze belangenafweging dient niet alleen in zijn algemeenheid te worden gemaakt door de wetgever bij de inrichting van de wettelijke regeling van het strafproces, maar (veelal) ook in concreto door het Openbaar Ministerie en de rechter in het kader van de individuele strafzaak. In het onderstaande zullen de genoemde belangen achtereenvolgens tegen het licht worden gehouden.

37 Dubelaar spreekt in dit kader over zogenaamde niet-epistemologische waarden. Zie hierover nader de bijdrage van M.J. Dubelaar elders in deze bundel.

38 Vgl. E. Myjer, *a.w.*, p. 35: 'Ziedaar wat kenmerken van het Nederlandse strafprocesrecht. Dat alles klinkt niet erg efficiënt. Maar dat is ook niet de bedoeling. Zoals de fameuze Utrechtse hoogleraar Toon Peters ooit zei: 'Het strafprocesrecht is er niet om het strafvorderingswerk van een overheid zo gemakkelijk mogelijk te maken maar om dit te normeren, in allerlei opzichten aan banden te leggen'. En dat is nu eens een echte waarheid.'

2.2.1 *Individuele rechtsbescherming*

Dat de waarheidsvinding in strafzaken op gespannen voet kan staan met de rechten en belangen van verdachten is evident. Met name wanneer het proces van waarheidsvinding gepaard gaat met meer of minder ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden dringt deze inherente spanning zich sterk op. Het is dan ook niet verwonderlijk, en ingevolge het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel onvermijdelijk, dat deze spanningsrelatie in de eerste plaats bemoedigt gekregen van de wetgever. Teneinde een goede balans tussen het belang van waarheidsvinding en het belang van individuele rechtsbescherming te realiseren, heeft de wetgever een uitgebreid stelsel van dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering neergelegd. Door de inzet van dergelijke bevoegdheden in een formeelwettelijke regeling aan bepaalde voorwaarden te binden, wordt de toepassing van deze bevoegdheden door de strafvorderlijke overheid enerzijds mogelijk gemaakt (belang van waarheidsvinding) en anderzijds aan banden gelegd (belang van rechtsbescherming). Vervolgens dient naast deze belangenafweging *in abstracto* door de wetgever, ook bij de inzet van een bevoegdheid in het concrete geval binnen de grenzen van de wettelijke regeling een afweging te worden gemaakt tussen het belang van waarheidsvinding en het belang van individuele rechtsbescherming. Met de wettelijke mogelijkheid een bepaalde opsporingsbevoegdheid of dwangmiddel in te zetten, is de rechtmatigheid daarvan immers nog niet gegeven, daar mede zal moeten worden voldaan aan de beginselen van een goede procesorde, meer in het bijzonder de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Aldus dient het belang van waarheidsvinding ook in de concrete toepassing voortdurend te worden afgewogen tegen het belang van individuele rechtsbescherming. Anders gezegd, strafrechtelijke waarheidsvinding dient altijd plaats te vinden binnen de bandbreedte die door het belang van individuele rechtsbescherming wordt geboden.

Het belang van rechtsbescherming leidt er kort gezegd toe dat het proces van waarheidsvinding aan bepaalde spelregels dient te voldoen, waarbij overtreding van deze spelregels tot consequenties kan leiden. Indien bepaalde aspecten van de waarheid op onrechtmatige wijze worden achterhaald, kan dit ertoe leiden dat deze onderzoeksresultaten voor het vervolg van de strafzaak niet mogen worden gebruikt (artikel 359a Sv). Ook in deze regel van bewijsuitsluiting (of in exceptionele gevallen het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie) komt duidelijk naar voren dat het belang van waarheidsvinding voortdurend dient te worden afgewogen tegen het belang van rechtsbescherming, waarbij deze laatste onder omstandigheden zwaar-

wegender kan worden geacht.³⁹ Een dergelijke regel waarbij informatie die op zichzelf zonder meer kan beantwoorden aan de maatstaven van betrouwbaarheid⁴⁰ ter zijde wordt geschoven, zou zonder de erkenning van het belang van rechtsbescherming niet begrijpelijk zijn.⁴¹ De aan het einde van de vorige eeuw toenemende aandacht voor (de sanctionering van) vormverzuimen en de expliciete erkenning van deze aandacht door de wetgever met het opnemen van artikel 359a in het Wetboek van Strafvordering leidde in de literatuur wel tot de vrees dat het strafproces in toenemende mate zou gaan over de rechtmatigheid van het doen en laten van politie en Openbaar Ministerie, ten koste van de aandacht voor de kerntaak van de strafrechter: het beoordelen van de aan de verdachte verweten gedraging.⁴² Naar aanleiding van het uiten van deze zorg betoogde Garé evenwel dat de verhouding tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming niet als een zuivere tegenstelling moet worden gezien. In haar ogen is de rechtmatigheid van de wijze waarop in het strafproces de waarheid wordt gevonden medebepalend voor (de kwaliteit van) die waarheid zelf.⁴³ De meeste strafvorderlijke normen ontleen volgens Garé hun bestaansgrond dan ook niet enkel aan het belang van individuele rechtsbescherming, maar ook aan hun belang voor (de kwaliteit van) de waarheidsvinding. Zij kent in dit verband met name betekenis toe aan meer of minder abstracte noties als interne en externe openbaarheid, de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter, en de vuistregel dat hoe ingrijpender de bevoegdheid hoe hoger of onafhankelijker de tot de inzet daarvan bevoegde functionaris dient te zijn. Op het abstracte niveau van deze (proces)beginselen kan Garé zeker worden gevolgd in haar stelling dat dergelijke wellicht primair door het belang van rechtsbescherming ingegeven noties mede beogen de kwaliteit van de waarheidsvinding te waarborgen en dat in zoverre rechts-

39 In de mogelijkheid vormverzuimen te sanctioneren door middel van strafvermindering komt dit minder duidelijk naar voren. Wanneer de rechter tot strafvermindering besluit, laat hij in wezen het belang van waarheidsvinding prevaleren boven het belang van rechtsbescherming, zij het dat de verdachte daarvoor vervolgens enige compensatie in de vorm van een lichtere straf krijgt geboden. Voorts geldt dat, gezien de wijze waarop de rechter artikel 359a Sv dient toe te passen (vgl. het Afvoerpipj-arrest van HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB), op het niveau van de concrete strafzaak het belang van de waarheidsvinding niet licht door het belang van rechtsbescherming opzij wordt gezet.

40 Dit hoeft evenwel niet het geval te zijn. De onrechtmatigheid van bepaald optreden kan de betrouwbaarheid van de als gevolg daarvan verkregen informatie immers ook hebben aangetast.

41 Zie in gelijke zin § 2.2.1 van de bijdrage van M.J. Dubelaar elders in deze bundel.

42 Zie Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 10-11.

43 Zie D. Garé, 'Rechtsbescherming en waarheidsvinding; vorm en inhoud hangen samen', *DD* 1997, p. 335-343, op p. 342.

bescherming en waarheidsvinding in veel gevallen hand in hand gaan;⁴⁴ dit kan evenwel niet wegnemen dat bij de inrichting van het strafproces, in het bijzonder bij de toedeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen aan de strafvorderlijke autoriteiten, en bij de toepassing daarvan in het concrete geval de belangen van rechtsbescherming en waarheidsvinding vaak diametraal tegenover elkaar komen te staan, waarbij het vervolgens aankomt op een evenwichtige afweging van beide belangen teneinde tot een keuze te komen welke van beide belangen voor dat moment zwaarder moet wegen. Indien in een dergelijk geval het belang van rechtsbescherming zwaarwegender wordt geacht, dient het belang van waarheidsvinding een pas op de plaats te maken.

2.2.2 *De belangen van andere procesdeelnemers*

Hoewel het strafproces van oudsher en nog steeds een procedure tussen Openbaar Ministerie en de verdachte is, waarin het aan de onafhankelijke rechter is een uitspraak te doen, wordt in toenemende mate erkend dat binnen dit proces ook de belangen van anderen dan de directe procesdeelnemers in het geding zijn of kunnen komen. Dit geldt in de eerste plaats voor het slachtoffer van het tenlastegelegde delict, die niet alleen belanghebbende is voor wat betreft de uitkomst van het geding, maar daarnaast ook een rol kan hebben bij de waarheidsvinding. In de klassieke visie werd aangenomen dat de overheid als hoeder van het algemeen belang het horizontale, privaatrechtelijke geschil tussen verdachte en slachtoffer van deze laatste overnam en zodoende in een verticale, publiekrechtelijke rechtsbetrekking tot de verdachte kwam te staan. Aan het slachtoffer kwam binnen deze verticale verhouding verder geen plaats meer toe; zijn belangen werden geacht te worden behartigd door de strafvorderlijke overheid. Deze dogmatische wijze van redeneren sloot het slachtoffer in vergaande mate buiten, hetgeen aan het einde van de vorige eeuw op steeds meer weerstand stuitte. Hoewel het slachtoffer thans nog steeds geen procesdeelnemer in enge zin is, heeft hij zich de afgelopen decennia een steeds sterkere, meer eigenstandige positie binnen het strafproces verworven. Hij is niet langer slechts aangever van het delict en eventueel getuige, maar kan daarnaast ook optreden als benadeelde partij of als spreekgerechtigde. Deze zelfstandige positie binnen het strafproces zal binnen afzienbare tijd culminereren in een nieuwe wettelijke regeling met betrekking tot de positie van het slachtoffer binnen het strafproces, welke onder meer voorziet in een aparte Titel binnen het Wetboek van Strafvordering waarin deze positie wordt

44 In zoverre kan ook haar stelling worden gevolgd dat de toegenomen aandacht voor vormverzuimen in het strafproces niet zozeer afleidt van het belang van waarheidsvinding in het strafproces, maar daartoe mede bijdraagt. Zie D. Garé, *a.w.*, p. 343. Zie over de genuanceerde verhouding tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming ook § 2 van de bijdrage van P.P.J. van der Meij in deze bundel.

geregeld.⁴⁵ Op zichzelf heeft de emancipatie van de positie van het slachtoffer in het strafproces – zolang en voor zover deze niet samenvalt met de hoedanigheid van getuige – geen directe en verstrekkende consequenties voor het belang van waarheidsvinding in strafzaken, niet in de laatste plaats omdat het belang van waarheidsvinding veelal parallel zal lopen met de belangen van het slachtoffer (genoegdoening in brede zin; voeging als benadeelde partij; vervolging en bestraffing van de dader, etc.). Slechts in gevallen waarin deze belangen niet met elkaar congrueren, zal het belang van waarheidsvinding mede moeten worden afgewogen tegen het belang van het slachtoffer. Dit laatste speelt met name in het geval dat het slachtoffer in het strafproces optreedt of wordt gevraagd op te treden als getuige. Maar ook buiten deze situatie is het niet geheel uitgesloten dat het toegenomen gewicht dat wordt toegekend aan het welbevinden van het slachtoffer consequenties kan hebben voor (de intensiteit van) de waarheidsvinding, bijvoorbeeld als het gaat om het horen van de verdachte of van getuigen in aanwezigheid van het slachtoffer van een zedendelict tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

Voor het belang van waarheidsvinding in het strafproces is evenwel meer relevant de ontwikkeling die de positie van de getuige de afgelopen decennia heeft doorgemaakt.⁴⁶ Niettegenstaande de sterke opkomst van allerhande technisch bewijs, is de getuige nog steeds van groot belang voor de waarheidsvinding in strafzaken, reden waarom burgers desnoods kunnen worden gedwongen als getuige hieraan een bijdrage te leveren. In andere tijden werd dit louter gezien als de burgerplicht van de getuige, waarvan de nakoming zonodig door de rechter kon worden afgedwongen door middel van het uitvaardigen van een last tot medebrenging (artikel 213 en 287 lid 3 Sv) of in het uiterste geval door gijzeling van de getuige (vgl. artikel 221 en 294 Sv). Voor zover uit deze rol enig nadeel voortvloeide voor de getuige of de getuige hierdoor in enig belang werd geschaad (verlies van tijd of geld, lichamelijke of psychische belasting, angst voor repercussies, etc.), werd dit geacht ondergeschikt te zijn aan het strafvorderlijk belang van waarheidsvinding. Slechts de wettelijk erkende verschoningsrechten (artikel 217-219 Sv) konden de getuigplicht opzij zetten, waarbij moet worden opgemerkt dat de verschonings-

45 Zie voor de meest actuele versie van het Wetsvoorstel versterking positie slachtoffer in het strafproces het gewijzigd voorstel van wet zoals dat thans voorligt bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I 2007/08*, 30 143, A).

46 Voor de volledigheid zou voorts nog kunnen worden gewezen op de aanstaande ontwikkelingen met betrekking tot de positie van de deskundige. Ingevolge het Wetsvoorstel deskundige in strafzaken (zie voor de meest actuele versie het gewijzigd voorstel van wet zoals dat thans voorligt bij de Eerste Kamer: *Kamerstukken I 2007/08*, 31 116, A) krijgt ook hij in toenemende mate een positie als volwaardige procesdeelnemer, hetgeen onder meer moge blijken uit het feit dat het wetsvoorstel voorziet in een aparte Titel in Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering waarin de rechtspositie van de deskundige wordt geregeld. Nu de deskundige geen direct aanwijsbare belangen heeft die kunnen strijden met het belang van waarheidsvinding, zal bij deze ontwikkeling binnen het bestek van deze paragraaf niet verder worden stilgestaan.

rechten van artikel 217 en 219 Sv hun bestaansrecht niet alleen ontlenen aan hun functie de belangen van de getuige te beschermen, maar ook aan hun functie te voorkomen dat de getuige zich gedwongen ziet een valse verklaring af te leggen en daarmee het proces van waarheidsvinding nadelig te beïnvloeden.⁴⁷ Sinds het begin van de jaren tachtig is verandering gekomen in deze tamelijk achtergestelde rechtspositie van de getuige, met als gevolg dat een en ander thans aanmerkelijk genuanceerder is komen te liggen. Nog steeds staat de getuigplicht voorop, maar inmiddels wordt de getuige niet langer gezien als louter een instrument ten behoeve van de waarheidsvinding, maar daarnaast ook als procesdeelnemer met eigen (grond)rechten en belangen welke in ogenschouw dienen te worden genomen en binnen het strafproces zoveel mogelijk dienen te worden gerespecteerd. Als concrete uitvloeiselen van deze ontwikkeling kunnen worden genoemd de regelingen van de bedreigde getuige (artikel 226a e.v. Sv) en (de uitbreiding van) de weigeringsgronden bij een verzoek tot het oproepen van getuigen (artikel 263 en 288 Sv, in het bijzonder de grond genoemd in lid 1, onderdeel b). Deze regelingen worden gekenmerkt door het feit dat zij voorzien in een afweging tussen enerzijds het belang van de getuige om niet (in het openbaar) te hoeven verschijnen en anderzijds het belang van de waarheidsvinding om de getuige wel (in het openbaar) te laten verschijnen en het recht ex artikel 6 EVRM van de verdediging om getuigen (in het openbaar) te kunnen ondervragen.

Hoewel in zijn algemeenheid kan worden volgehouden dat met het benadrukken van de rechtspositie van de getuige in zekere mate een wissel wordt getrokken op het belang van de waarheidsvinding, kan hier tegenover worden gesteld dat een aantal van de genoemde rechtsfiguren de waarheidsvinding ook kan faciliteren.⁴⁸ Zo dienen de verschoningsrechten van de artikelen 217 en 219 Sv zoals gezegd mede ter voorkoming van het afleggen van valse verklaringen door de getuige die met zijn verklaringen zijn directe familie respectievelijk zichzelf zou kunnen belasten, terwijl rechtsfiguren als de bedreigde getuige, de afgeschermd getuige (artikel 226m e.v. Sv) en de toezeggingen aan getuigen (artikel 226g e.v. Sv) er ook voor kunnen zorgen dat getuigen bereid zijn een verklaring af te leggen waartoe zij zonder deze rechtsfiguren wellicht niet bereid zouden zijn geweest. Hiertegen kan vervolgens weer worden ingebracht dat de omstandigheden waaronder deze laatste verklaringen tot stand komen, de betrouwbaarheid en de mogelijkheid tot waardering van deze verklaringen (en daarmee de bruikbaarheid voor de bewijsvoering) nadelig kunnen beïnvloeden. Van een zwart/wit-tegenstelling tussen de belangen van getuigen en die van de waarheidsvinding kan *in abstracto* dan ook niet worden gesproken; dat deze belangen veelal niet parallel zullen lopen, is evenwel evident.

47 Zie J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1975, p. 2-6.

48 Zie in gelijke zin § 3 van de bijdrage van M.J. Dubelaar elders in deze bundel.

2.2.3 *Lites finiri oportet*

Een van de achterliggende uitgangspunten van elke vorm van rechtspleging, waaronder zeer zeker ook de strafrechtspleging, is de gedachte dat elk rechtsgeding tot een einde behoort te komen: *lites finiri oportet*. Dit uitgangspunt is niet alleen ingegeven door praktische en financiële overwegingen, maar heeft ook wel degelijk een zekere kwalitatieve of morele lading. Op zichzelf stelt het uitgangspunt *lites finiri oportet* niet dat elk rechtsgeding tot een *goed* einde moet komen en evenmin *wanneer* het tot een einde moet komen, doch slechts *dat* het tot een einde dient te worden gebracht. Voor zover dit uitgangspunt een morele lading kan worden toegedicht, moet dit dan ook in de eerste plaats worden gezocht in de wens en de verwachting dat – ongeacht de uitkomst van het geding – procespartijen⁴⁹ de strijdbijl moeten kunnen begraven wanneer zij voldoende in de gelegenheid zijn geweest hun onderscheiden zienswijzen op het onderwerp van het geding over het voetlicht te brengen en de rechter op basis daarvan tot een afgewogen oordeel is gekomen. Van de verliezer moet worden verwacht dat hij op een zeker moment zijn verlies neemt in plaats van tot in lengte van dagen te proberen zijn gelijk te halen. Een van de uitdagingen van de gerechtelijke procedure is om een dergelijke acceptatie bij de verliezende partij te bewerkstelligen. In deze optiek mag een procedure als geslaagd worden beschouwd wanneer de verliezende partij gemotiveerd kan worden zijn nederlaag te accepteren.⁵⁰ De verwachting van een dergelijke grootmoedigheid lijkt overigens redelijker en realistischer binnen de context van het civiele proces. Binnen de context van het strafproces kan van het Openbaar Ministerie wellicht worden verwacht dat het berust in een teleurstellend resultaat, van de verdachte is het lastiger een dergelijke berusting te verwachten. Dit geldt temeer in de situatie waarin niet zozeer het normatieve oordeel van de rechter in de ogen van de verdachte onjuist is, maar met name de feitelijke grondslag hiervan. Deze nuanceringen nemen evenwel niet weg dat ook binnen het strafproces de doelstelling moet zijn de in het ongelijk gestelde partij het gevoel te hebben meegegeven dat hij serieus is genomen en dat er daadwerkelijk ‘recht is gedaan’, hoe teleurstellend de uitkomst voor de in het ongelijk gestelde partij ook moge zijn. Dit geldt niet alleen voor de

49 Hoewel het binnen het strafprocesrecht niet gebruikelijk is Openbaar Ministerie en verdachte aan te duiden als ‘(proces)partijen’, wordt, nu het hier besproken beginsel een algemeen rechtsbeginsel is waarvan de werking verder reikt dan alleen het domein van het strafrecht, binnen het bestek van deze paragraaf gemakshalve gesproken van ‘(proces)partijen’.

50 Vgl. N. Huls, ‘De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!’, *Rechtstheorie & Rechtsfilosofie* 2006, nr. 1, p. 3-7 die zich hierbij baseert op de klassieke studie van Niklas Luhmann, *Legitimatoren durch Verfahren*, Neuwied am Rhein: Luchterhand 1969. Dit leidt Huls ook tot de in de titel van zijn artikel weergegeven conclusie dat de kerntaak van de rechter niet zozeer waarheidsvinding is, maar veeleer gemotiveerd beslissen. Zie ook S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Brussel: VUB Press 1993, p. 345, waar hij opmerkt dat recht veeleer streeft naar oordeelsvorming dan naar waarheidsvinding.

direct betrokken procespartijen, maar ook voor belanghebbende derden bij het strafproces alsmede de samenleving als geheel.

Naast deze pacificerende werking van een definitieve rechterlijke uitspraak, dient voorts te worden gewezen op het belang van rechtszekerheid. Los van de vraag of de procesdeelnemers en alle overige bij een rechterlijke uitspraak belanghebbenden zich hierin inhoudelijk kunnen vinden of zich hierbij in ieder geval kunnen neerleggen, zijn zij alle in meer of mindere mate gediend bij de zekerheid dat de uitspraak op een bepaald moment vaststaat. Op dat moment kunnen de aan de uitspraak verbonden rechtsgevolgen in werking treden en kunnen alle betrokken partijen hun toekomstige gedrag (in de breedste zin des woords) daarop afstemmen. Een eventueel opgelegde straf kan worden geëxecuteerd, een verdachte kan een eventueel opgelegde sanctie ondergaan dan wel gezuiverd van alle blaam zijn leven voortzetten, het slachtoffer kan de uitspraak 'een plaats geven' bij de verwerking van het delict, de wetgever kan desgewenst tot legislatieve actie overgaan na een hem onwettelijke uitspraak, de samenleving kan de balans opmaken en zich afvragen of met de rechterlijke uitspraak de deuk die het delict in de rechtsorde teweeg heeft gebracht definitief als hersteld kan worden beschouwd etc. Wanneer een rechterlijke uitspraak voortdurend ter discussie zou kunnen worden gesteld, zou het voor alle betrokkenen onmogelijk worden hun gedrag op basis daarvan zinvol in te richten.

Het adagium *lites finiri oportet* kent tot slot nog een ander, met het voorgaande samenhangend maar daarvan te onderscheiden, normatief aspect, hetgeen samenhangt met het gezag van de rechter en de legitimiteit van zijn uitspraken. Zoals Cleiren elders in deze bundel betoogt, is één van de doelstellingen van het strafproces om door een formele beslissing van de strafrechter een einde te maken aan de verstoring van de rechtsorde als gevolg van het tenlastegelegde handelen en zodoende het maatschappelijk evenwicht te herstellen. Deze functie van het recht kan niet worden uitgeoefend wanneer een rechterlijke uitspraak steeds opnieuw ter discussie kan worden gesteld. 'De ruimte van het recht en zijn mogelijkheden bestaan bij de gratie van de erkenning van de 'macht' van de rechter om het conflict af te sluiten.'⁵¹ Het beginsel dat elk rechtsgeding eindig moet zijn, draagt daarmee ook bij aan het gezag en de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak, zij het dat het gezag en de legitimiteit hiervan in de eerste plaats wordt bepaald door de inhoud van dat rechterlijk oordeel en de vraag of dat door de procesdeelnemers en de samenleving als rechtvaardig wordt beschouwd.

Duidelijk is dat het hier besproken uitgangspunt – dat zijn concrete vertaling in de regeling van het strafprocesrecht heeft gevonden in het gesloten stelsel van rechtsmiddelen – de laatste jaren in toenemende mate onder druk is komen te staan. Onder invloed van de geruchtmakende gerechtelijke dwaling

51 Zie de bijdrage van C.P.M. Cleiren elders in deze bundel.

in de Schiedammer Parkmoordzaak is in 2006 de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken in het leven geroepen, die buiten het wettelijk systeem om nader onderzoek doet naar het proces van opsporing en vervolging in zaken die reeds in kracht van gewijsde zijn gegaan, maar waarin niettemin wordt getwijfeld aan de juistheid van het rechterlijk oordeel. Als vervolg op deze ontwikkeling is thans de aanpassing van de wettelijke regeling van de herziening onderwerp van maatschappelijk, wetenschappelijk en politiek debat.⁵² Wat er ook zij van de wenselijkheid van deze ontwikkelingen, duidelijk is dat het belang van waarheidsvinding thans ten opzichte van het beginsel *lites finiri oportet* de wind in de zeilen heeft.

2.2.4 Efficiëntie van het strafproces

Tot slot geldt de efficiëntie van het strafproces als zelfstandig belang bij de vraag op welke wijze het strafproces op het niveau van de wettelijke regeling moet worden ingericht en op het niveau van de concrete strafzaak moet worden gevoerd. Hoewel dit een weinig geliefd argument is in het wetenschappelijk debat over de optimale inrichting van het strafproces – met als ultiem schrikbeeld het gevaar van instrumentalisme⁵³ –, speelt het belang van efficiëntie met name in de afwegingen die de wetgever bij deze inrichting maakt een belangrijke rol.⁵⁴ De middelen die de overheid kan en wenst in te zetten voor de strafrechtspleging zijn nu eenmaal eindig. Dit heeft ook consequenties voor de mogelijkheden tot waarheidsvinding in strafzaken.⁵⁵ In bepaalde ernstige, maatschappelijk gevoelige zaken kan wellicht worden volgehouden dat kosten noch moeite worden gespaard om de onderste steen boven te krijgen; in het geval van veelvoorkomende, lichtere criminaliteit is dat veel minder het geval. Niet alleen maken politie en Openbaar Ministerie bij gebrek

52 Zie de brief van de minister van Justitie d.d. 27 februari 2008 waarin hij een conceptwetsvoorstel tot aanpassing van de herziening aankondigt (*Kamerstukken II 2007/08, 29 271, nr. 7, p. 3*). Zie nader over waarheidsvinding in het kader van het rechtsmiddel van herziening § 3.8.

53 Zie hierover R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990, p. 113-128.

54 Cleiren duidt het belang van efficiëntie bij de ontwikkeling van nieuwe wetgeving aan als de economische rationaliteit van wetgeving en tekent daarbij aan dat deze rationaliteit de laatste twee decennia ten aanzien van het strafrecht en de strafrechtspleging niet langer wordt gezien als een verwerpelijke notie. Zie C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafoordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 66-67.

55 Vgl. ook Groenhuijsen en Knigge in het Algemeen deel van het onderzoeksproject Strafoordering 2001 waarin zij de uitgangspunten van hun voorstellen tot herziening van het strafprocesrecht formuleren en het belang van efficiëntie daarin expliciet meenemen: 'Er dient een redelijke verhouding te bestaan tussen de zekerheden die in het strafproces worden ingebouwd en de kosten die dat meebrengt.' Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *a.w.*, p. 20.

aan voortgang in het opsporingsonderzoek op een zeker moment de afweging of voortzetting daarvan eigenlijk wel zinvol is, ook wordt een bepaald feitelijk gebeuren slechts in die mate opgehelderd waarin dat van belang is voor enige in een latere fase van het strafproces te nemen beslissing.⁵⁶

2.3 Differentiatie in het strafproces

Met het breed gedragen uitgangspunt dat waarheidsvinding een belangrijk doel van het strafproces is, wordt niet gelijk duidelijk wat wordt bedoeld met het strafproces. Wordt hiermee bedoeld op het 'klassieke' strafproces voor de rechter of vallen hieronder ook andere afdoeningsmodaliteiten als het voorwaardelijk sepot, de transactie en de recent ingevoerde strafbeschikking? Wordt hiermee bedoeld op elke procesfase afzonderlijk of veeleer op het gehele strafvorderlijke traject van opsporingsonderzoek tot cassatie? En wat als dit traject op enig moment wordt onderbroken, omdat geen rechtsmiddelen worden aangewend of omdat de gang naar de rechter in zijn geheel niet wordt gemaakt? Dienen dan de procesfasen die wel zijn doorlopen, geacht zelfstandig te hebben voldaan aan de doelstelling van waarheidsvinding? Is elke procesfase gelijkelijk gericht op de waarheidsvinding of kan hiertussen worden gedifferentieerd? Kan waarheidsvinding als doel van het strafproces niet beter worden omschreven als waarheidsvinding als doel van de strafrechtspleging als geheel, inclusief de afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om of op een sterk verkorte wijze? Het lijkt in het kader van deze en soortgelijke vragen zinvol stil te staan bij de vraag in hoeverre de verschillende procesfasen als zodanig gericht zijn op waarheidsvinding, en welke kenmerkende bijzonderheden zich in dit kader voordoen. Daartoe zullen in het onderstaande de bijzondere karakteristieken van het proces van waarheidsvinding in elke afzonderlijke procesfase worden besproken, waarbij met het oog op de in de inleiding genoemde stroom van wetsvoorstellen wat langer zal worden stilgestaan bij die procesfasen waarin zich belangwekkende ontwikkelingen voordoen of hebben voorgedaan die van invloed zijn op het proces van waarheidsvinding.

56 Dit aspect van de beperkte reikwijdte van de strafrechtelijke waarheidsvinding hangt in sterke mate samen met de dominantie van de delictomschrijving en de daarop toegesneden tenlastelegging in het strafproces. Zie hierover nader § 3.4 en 3.5.

3 KARAKTERISTIEKEN VAN DE WAARHEIDSVINDING IN DE VERSCHILLENDE FASEN VAN HET STRAFPROCES

3.1 Twee lijnen die het proces van waarheidsvinding karakteriseren

In het proces van waarheidsvinding in de opeenvolgende fasen van het strafproces kunnen twee karakteristieke lijnen worden onderscheiden. In de eerste plaats is het proces van waarheidsvinding gaande het strafproces zodanig ingericht dat de waarheidsvinding aan steeds hogere kwaliteitseisen – in termen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid en het bieden van hoor en wederhoor – dient te voldoen naarmate het strafproces zich verder ontvouwt in de verschillende procesfasen. In de tweede plaats is er sprake van een zekere trechterwerking in het proces van waarheidsvinding: naarmate het strafproces vordert, spitst de waarheidsvinding zich steeds sterker toe op bepaalde aspecten van de historische werkelijkheid, terwijl andere aspecten van deze waarheid gaande het onderzoek als het ware buiten beschouwing worden gelaten. Een en ander hangt samen met een ontwikkeling die wellicht het beste kan worden omschreven als een transformatie van de historische werkelijkheid naar een procedurele werkelijkheid. Naarmate het strafproces verder vordert, wordt deze procedurele werkelijkheid steeds belangrijker en krijgt deze steeds meer een eigen dynamiek. Bij de nu volgende bespreking van de karakteristieken van het proces van waarheidsvinding in de verschillende procesfasen zullen deze twee lijnen en hun onderlinge verhouding verder inzichtelijk worden gemaakt en verklaard.

3.2 Waarheidsvinding in het opsporingsonderzoek

Het opsporingsonderzoek kan worden gezien als het voorportaal van het latere strafproces. In zoverre is het opsporen van strafbare feiten dan ook geen doel in zichzelf, maar vindt het plaats teneinde een ander, daarbuiten gelegen doel te faciliteren. Deze doelgebondenheid komt duidelijk naar voren in de definitie van het opsporingsonderzoek in het huidige artikel 132a Sv: 'Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie *met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.*' Met dit laatste wordt bedoeld op de beslissing van de officier van justitie een burger al dan niet te vervolgen ter zake van een of meer strafbare feiten. Deze beslissing werpt zijn schaduw vooruit naar het opsporingsonderzoek in de zin dat ook dit onderzoek slechts gericht dient te zijn op gedragingen die mogelijk kunnen worden gekwalificeerd als een strafbaar feit. Strikt genomen wordt deze eis niet in zijn algemeenheid gesteld, maar het bestaan daarvan blijkt wel uit de gebondenheid van de inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen aan het vereiste van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv, een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit, of aan één

van de criteria van artikel 126o Sv (een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband, kort gezegd, ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd) of het recent ingevoerde artikel 126za Sv (aanwijzingen van een terroristisch misdrijf). Met de koppeling van de inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen aan de aanwezigheid van een van deze drie verdenkingscriteria wordt het opsporingsonderzoek dwingend toegespitst op gedragingen die mogelijk een strafbaar feit opleveren. In het vereiste van de verdenking krijgt de koppeling tussen het materiële en het formele strafrecht aldus gestalte. Buiten deze dwingende gerichtheid op strafbaar gestelde gedragingen, is de waarheidsvinding binnen het bestek van het opsporingsonderzoek voor wat betreft het onderzoeksveld evenwel volkomen vrij, zeker vergeleken met de procesfasen die daarop eventueel nog kunnen volgen. Formele beperkingen van het onderzoeksveld zijn er eigenlijk niet; de historische werkelijkheid, mits strafrechtelijk relevant, kan en mag in volle omvang worden benaderd. Wel wordt het opsporingsonderzoek genormeerd voor wat betreft de methoden waarmee dat onderzoek mag worden uitgevoerd, waarbij met name betekenis toekomt aan de drie genoemde verdenkingscriteria die elk afzonderlijk tot de inzet van bepaalde bevoegdheden legitimeren. Gesteld kan aldus worden dat de eis van verdenking – in de breedste zin des woords – zowel het veld van onderzoek als de daarbij toegelaten methoden beïnvloedt.

Voorts wordt het opsporingsonderzoek als onderdeel van het strafproces gekenmerkt door een sterke focus op het belang van waarheidsvinding in vergelijking met de andere in het bovenstaande geïdentificeerde belangen die strijdig kunnen zijn met het doel van waarheidsvinding (met name het belang van rechtsbescherming). In de afweging met deze belangen slaat de weegschaal in de opsporingsfase in duidelijke mate door naar het belang van waarheidsvinding, hetgeen recentelijk nog eens werd onderstreept met de invoering van de Wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven⁵⁷ op grond waarvan thans reeds bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf gebruik kan worden gemaakt van het gehele arsenaal aan bijzondere opsporingsbevoegdheden. Het belang van rechtsbescherming wordt binnen de regeling van het opsporingsonderzoek met name vertegenwoordigd door de wettelijke en ongeschreven voorwaarden waaraan de inzet van dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden binnen het opsporingsonderzoek is gebonden. Het belang van rechtsbescherming wordt daarentegen niet of nauwelijks vertaald in eigen mogelijkheden voor de verdachte om de loop van het opsporingsonderzoek – zo hij daarvan al op de hoogte is – te beïnvloeden.⁵⁸ Slechts de bevoegdheid tot het verzoeken om een mini-instructie (artikel 36a Sv) vormt hierop een uitzondering, waarbij gelijk moet

57 Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580, in werking getreden op 1 februari 2007. Zie over de implicaties van deze wet ook de bijdrage van M.A.H. van der Woude elders in deze bundel.

58 Zie hierover ook § 5.1 van de bijdrage van P.P.J. van der Meij in deze bundel.

worden opgemerkt dat deze mogelijkheid niet alleen het belang van individuele rechtsbescherming maar evenzeer het belang van waarheidsvinding dient en er in dit kader dus niet zozeer sprake is van strijdigheid tussen beide genoemde belangen. Hieruit blijkt eens te meer dat de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming ook hand in hand met elkaar kunnen gaan, met name in die gevallen waarin waarheidsvinding mede in het belang van de verdachte is.⁵⁹

3.3 Waarheidsvinding in het gerechtelijk vooronderzoek

Hetgeen in het voorgaande is gezegd over de dominantie van het belang van waarheidsvinding in het opsporingsonderzoek geldt in belangrijke mate ook voor het gerechtelijk vooronderzoek als onderdeel van het vooronderzoek, zij het dat een aantal duidelijke nuanceringen hier op zijn plaats is. Niet alleen heeft het gerechtelijk vooronderzoek in vergelijking met het opsporingsonderzoek wat meer formele beperkingen met betrekking tot het onderzoeksveld (het gerechtelijk vooronderzoek is immers gebonden aan een feitomschrijving; vgl. artikel 181 lid 2 en 182 Sv), ook is op een aantal punten de afweging tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming anders uitgevallen dan het geval is in het kader van het opsporingsonderzoek. Nu de verdachte in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek een betere en zelfstandiger rechtspositie heeft dan in het kader van het opsporingsonderzoek (waarin deze nagenoeg ontbreekt), kan worden gesteld dat deze belangenafweging vaker ten faveure van de (rechtsbescherming van de) verdachte is uitgevallen (vgl. bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de raadsman van de verdachte tot het bijwonen van het horen van getuigen door de rechter-commissaris; artikel 186a lid 1 Sv). Daar staat evenwel tegenover dat de verdachte in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek kan worden onderworpen aan bepaalde dwangmiddelen waarvan de inzet buiten die context niet mogelijk is (bijv. opname in een inrichting ter klinische observatie; artikel 196 Sv). Ook op andere fronten kan worden gesteld dat het belang van waarheidsvinding stevig in het gerechtelijk vooronderzoek is verankerd. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de meer uitgebreide mogelijkheid om (onder ede) getuigen te horen. Niet alleen heeft de rechter-commissaris in tegenstelling tot politie en justitie de bevoegdheid getuigen te dwingen voor hem te verschijnen en te verklaren; ook heeft hij de exclusieve bevoegdheid bijzondere categorieën getuigen onder bepaalde, beschermende omstandigheden te horen (vgl. de regelingen van de bedreigde getuige (artikel 226a e.v. Sv), de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan (artikel 226g e.v. Sv) en de afgeschermd getuige (artikel 226m e.v. Sv)).

59 Zie over de verhouding tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming ook § 2.2.1.

3.4 Waarheidsvinding en de vervolgingsbeslissing

Voor het object waar het proces van waarheidsvinding zich gedurende de verdere loop van het strafproces op richt, is de na afloop van het vooronderzoek te nemen vervolgingsbeslissing van eminent belang. Met de vervolgingsbeslissing, indien deze uitvalt richting het dagvaarden van de verdachte, krijgt het proces van waarheidsvinding ook formeel een belangrijke focus en wordt een belangrijk voorschot genomen op het latere waarheidsoordeel van de rechter. Door het opstellen van de tenlastelegging bepaalt de officier van justitie immers op welk beweerdelijk historisch gebeuren de waarheidsvinding zich dient te richten. Ingevolge de strikte grondslagleer zoals deze thans nog steeds geldt, bepaalt de tenlastelegging aldus in hoge mate de inzet van het geding. Dit heeft belangrijke consequenties voor de waarheidsvinding in het verdere verloop van het strafproces.⁶⁰ Waar de waarheidsvinding in het vooronderzoek nog in hoge mate vrij was van formele beperkingen, zolang het onderzoek maar was gericht op strafrechtelijk relevante gedragingen, wordt met de vervolgingsbeslissing en het opstellen van de tenlastelegging een bepalend voorschot genomen op het verdere verloop van het strafproces en de waarheidsvinding daarbinnen. Met het opstellen van de tenlastelegging wordt door de officier van justitie bepaald welke aspecten van de historische werkelijkheid al dan niet relevant worden geacht. Slechts informatie die rechtstreeks aan een of meer van de bestanddelen van de tenlastelegging kan raken, is daarmee nog wezenlijk relevant voor het proces van waarheidsvinding. Overige informatie is dat niet meer of nog 'slechts' voor het bepalen van de strafmaat of de eventuele aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden.

3.5 Waarheidsvinding op het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg

In de visie van de wetgever die het huidige Wetboek van Strafvordering uit 1926 vaststelde, moest het onderzoek ter terechtzitting vanuit het perspectief van waarheidsvinding het hoogtepunt van het strafproces worden. Niet alleen zou daar onder leiding van een actieve rechter het bewijs voor de tenlastelegging moeten worden geleverd, tevens zou dat in een context van hoor en wederhoor gebeuren waarin dit bewijsmateriaal ten volle kon worden bediscussieerd. Als gevolg van de *de auditu*-jurisprudentie is deze doelstelling weliswaar nooit helemaal verwezenlijkt en heeft er voor wat betreft het vergaren van informatie die voor het bewijzen van de tenlastelegging nodig is een duidelijke

60 Zoals W. Geelhoed elders in deze bundel zegt: 'de zoektocht naar de waarheid komt neer op het zoeken naar een juist antwoord op een gesloten vraag'. Hiermee doelt hij op de gesloten eerste vraag van art. 350 Sv: kan het tenlastegelegde feit worden bewezen?

accentverschuiving naar het vooronderzoek plaatsgevonden,⁶¹ toch kan het onderzoek ter terechtzitting nog steeds worden gezien als een belangrijk forum voor waarheidsvinding. Met een actieve rechter die zelfstandig verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding en de volledigheid van het onderzoek alsmede de aanwezigheid van twee procesdeelnemers die gelijkkelijk bevoegd zijn hun standpunt naar voren te brengen, zijn de randvoorwaarden voor kwalitatief hoogstaande waarheidsvinding in ieder geval aanwezig. Niettemin moet worden geconstateerd dat in de dagelijkse praktijk van de strafrechtspleging het belang van een efficiënte strafrechtspleging er veelal aan in de weg staat dat het belang van waarheidsvinding het onderzoek ter terechtzitting ten volle tot zijn recht komt. Zeker in strafzaken van niet al te grote omvang blijft het proces van waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting veelal beperkt tot het ondervragen van de verdachte en het voorhouden van de stukken uit het dossier. Indien het Openbaar Ministerie of de verdediging wenst dat er een uitgebreider onderzoek plaatsvindt, bijvoorbeeld door middel van het horen van getuigen ter terechtzitting, wordt van hen, en met name van de verdediging, een actieve opstelling verwacht teneinde dit te bewerkstelligen. Daarbij komt dat, naast het belang van een efficiënte strafrechtspleging, ook de belangen van eventuele getuigen in de weg kunnen staan aan het proces van waarheidsvinding ter terechtzitting. Zoals in het bovenstaande reeds is beschreven, heeft de toegenomen erkenning van de belangen en de rechten van de getuige ertoe geleid dat er thans diverse mogelijkheden zijn om te voorkomen dat getuigen ter terechtzitting een verklaring hoeven af te leggen.

De grondslag voor de waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting en de op basis daarvan te nemen beslissingen wordt ingevolge het beslissingsmodel van artikel 348/350 Sv gevormd door de door de officier van justitie bij zijn vervolgingsbeslissing opgestelde tenlastelegging. De waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting spitst zich dan ook toe op de vraag of het feitelijke gebeuren zoals dat is tenlastegelegd al dan niet kan worden bewezen.⁶² Van vrije waarheidsvinding is dan ook nauwelijks sprake, zij het dat het verhandelde ter terechtzitting eventueel aanleiding kan geven tot het aanvullen of wijzigen van de tenlastelegging (artikel 312 en 313 Sv). Wanneer de rechter na afloop van het onderzoek ter terechtzitting tot een

61 Zie hierover W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', *TvS* 1959, p. 141-151 en voor de meer recente omgekeerde beweging richting het eindonderzoek P.J. Baauw, 'Eindonderzoek of vooronderzoek beslissend?', in: C.H. Brants, C. Kelk en M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 135-143.

62 Daarnaast is het onderzoek ter terechtzitting bij uitstek het forum waarop aandacht kan en dient te worden besteed aan de persoon van de verdachte. Het proces van waarheidsvinding dient zich dan ook mede uit te strekken tot dit voor de eventuele latere straftoemeting belangrijke aspect. Hierbij moet worden bedacht dat de waarheidsvinding omtrent de persoon van de verdachte die ten grondslag ligt aan de straftoemetingsbeslissing niet gebonden is aan wettelijke bewijsmiddelen.

beslissing komt, legt hij zijn bevindingen uit het door hem verrichte onderzoek naar hetgeen zich in de historische werkelijkheid heeft voorgedaan neer in zijn oordeel over de vraag of het tenlastegelegde al dan niet kan worden bewezen. Indien de rechter tot het oordeel komt dat (een gedeelte van) de tenlastelegging kan worden bewezen, dan vertaalt hij zijn bevindingen in een op die tenlastelegging toegesneden bewezenverklaring waarin hij zijn visie op hetgeen zich heeft voorgedaan schetst. Indien de rechter tot het oordeel komt dat de verdachte van de tenlastelegging dient te worden vrijgesproken, dan blijft de presentatie van de resultaten van het door de rechter verrichte onderzoek naar de waarheid beperkt tot het oordeel dat de tenlastelegging niet wettig en overtuigend kan worden bewezen. In geen geval spreekt de rechter zich uit over de vraag wat zich volgens hem wél zou hebben voorgedaan. Aldus mondt als gevolg van de tirannie van de tenlastelegging het brede en vrije proces van waarheidsvinding in het vooronderzoek na de berechting in eerste aanleg uit in een dwingende dichotomie: ofwel een bewezenverklaring, ofwel een vrijspraak van het tenlastegelegde.

3.6 Waarheidsvinding in hoger beroep

Het proces van waarheidsvinding in hoger beroep is van oudsher tweeledig. Enerzijds wordt het resultaat van de waarheidsvinding in eerste aanleg gecontroleerd door de hogere rechter; anderzijds is het Hof ten volle bevoegd de waarheidsvinding nog eens over te doen of aan te vullen met nader onderzoek.⁶³ In dit perspectief is de mogelijkheid van hoger beroep een belangrijke waarborg voor de juistheid van de waarheidsvinding en het daarop gebaseerde rechterlijk oordeel. Aan alle procesdeelnemers – zowel het Openbaar Ministerie en de verdachte als de rechter – wordt de gelegenheid geboden hun aandeel in het proces van waarheidsvinding nog eens, al dan niet in verbeterde vorm, over te doen.⁶⁴ Het hoger beroep diende tot voor kort dan ook te worden gezien als een geheel nieuwe feitelijke instantie. De Wet stroomlijnen hoger beroep⁶⁵ heeft op dit uitgangspunt twee belangrijke wijzigingen aangebracht: de invoering van een beperkt verlostelsel alsmede de invoering van een beperkt grievenstelsel.

63 Zie C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 29.

64 Hierbij moet worden opgemerkt dat, als gevolg van het in Nederland gehanteerde middenstelsel, bij de behandeling van de strafzaak in hoger beroep de behandeling in eerste aanleg niet irrelevant is. Het Hof mag zijn oordeel immers mede baseren op het verhandelde ter terechtzitting in eerste aanleg zoals daarvan blijkt uit het proces-verbaal van die zitting (artikel 422 Sv).

65 Wet stroomlijnen hoger beroep van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470, gedeeltelijk in werking getreden op 1 maart 2007 en voor het overige op 1 juli 2007.

Het verlofstelsel – dat is bedoeld voor zaken ‘waarvoor in beginsel met een berechting in één instantie zou kunnen worden volstaan, maar waar gezien de in het geding zijnde belangen toch behoefte is aan een veiligheidsklep’⁶⁶ – houdt in dat bij strafzaken waarin in eerste aanleg enkel een (of meer) geldboete(s) van (tezamen) maximaal € 500 is opgelegd en die louter betrekking hebben op strafbare feiten waarop maximaal vier jaar gevangenisstraf is gesteld, een eventueel ingesteld hoger beroep slechts wordt behandeld ‘indien zulks naar het oordeel van de voorzitter in het belang van een goede rechtsbedeling is vereist’ (artikel 410a lid 1 Sv). Het betreft hier dus niet zozeer een appelgrens, zoals het geval is in artikel 404 lid 2 Sv, op grond waarvan hoger beroep in bepaalde (lichte) strafzaken wordt uitgesloten. Het gaat hier om gevallen waarin hoger beroep weliswaar openstaat, maar waarin de behandeling van een ingesteld hoger beroep afhankelijk wordt gesteld van het oordeel omtrent de wenselijkheid daarvan door de voorzitter van de rechtbank, waarbij het criterium is gelegen in de open norm van ‘het belang van een goede rechtsbedeling’. Wat onder dit criterium dient te worden verstaan, heeft de wetgever – behoudens het geven van een aantal voorbeelden – niet in algemene bewoordingen willen weergeven. De wetgever achtte het beter de invulling hiervan over te laten aan de rechtspraak.⁶⁷

Het grievenstelsel – dat kan worden gezien als een duidelijke opstap richting een voortbouwend appel⁶⁸ – houdt in dat Openbaar Ministerie en verdachte na of bij het instellen van hoger beroep een of meer grieven indienen, die vervolgens richtinggevend zijn voor de behandeling van de strafzaak in hoger beroep. Op grond van artikel 410 lid 1 Sv is de officier van justitie verplicht binnen veertien dagen na het instellen van hoger beroep een schriftuur met grieven in te dienen. Voor de verdachte is deze regeling op het eerste gezicht wat soepeler, daar hij dit *kan* doen.⁶⁹ Ook tijdens het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep kunnen officier van justitie en verdachte op grond van artikel 416 lid 1 Sv hun bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg nog mondeling naar voren brengen of aanvullen. De ingediende grieven zijn vervolgens ‘richtinggevend’ voor de behandeling door het Hof van het hoger beroep. Niet meer dan dat, daar het Hof zijn eigen verantwoordelijkheid voor de volledigheid van het onderzoek ter terechtzitting behoudt (vgl. artikel 415 lid 2 Sv, op grond waarvan het Hof het onderzoek ter terechtzitting mede moet richten ‘op hetgeen overigens nodig is’). De angel van de nieuwe wettelijke regeling is met name gelegen in de *mogelijkheid* voor het Hof om het hoger

66 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 20.

67 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 24-25; en voor kritiek hierop A.M. van Woensel, ‘Stroomlijning: voortbouwen, afbouwen en doortimmeren’, in: P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *Stroomlijning van het hoger beroep in strafzaken*, Prinsengrachtreeks 2007/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 20-22.

68 Zie A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 13.

69 De regeling voor het indienen van grieven is dwingender waar het gaat om de categorieën strafzaken die onder het regime van het verlofstelsel vallen (vgl. artikel 410 lid 4 Sv).

beroep zonder onderzoek van de zaak zelf niet-ontvankelijk te verklaren, indien door de partij die het hoger beroep heeft ingesteld geen of niet tijdig grieven zijn ingediend (artikel 416 lid 2 en 3 Sv). Hierbij is het geheel aan de discretie van het Hof overgelaten om te bepalen op grond van welke criteria het al dan niet tot niet-ontvankelijkheid oordeelt.⁷⁰

Na de wijzigingen die de Wet stroomlijnen hoger beroep in de regeling van het appel heeft aangebracht, kan het uitgangspunt dat het hoger beroep moet worden gezien als een geheel nieuwe feitelijke instantie niet onverkort worden volgehouden. Hoewel een volledige nieuwe behandeling van de strafzaak niet is uitgesloten, is met de Wet stroomlijnen hoger beroep toch gepoogd een praktijk in het leven te roepen waarin de behandeling in hoger beroep zich toespitst op de door Openbaar Ministerie en verdachte van tevoren ingediende grieven. Het zonder meer overdoen van het onderzoek in eerste aanleg tijdens de behandeling in hoger beroep staat dan ook niet langer voorop, het is uitdrukkelijk de bedoeling dat het hoger beroep wordt geconcentreerd op de tussen partijen resterende geschilpunten. De wetgever beschouwt het stelsel van hoger beroep dan ook als een behandeling die voortbouwt op de behandeling in eerste aanleg, hetgeen consequenties moet hebben voor de inrichting van deze procesfase: 'Met het karakter van appel als voortgezette instantie verdraagt zich niet dat in appel zonder dat daarvoor goede redenen bestaan, een min of meer nieuwe procedure wordt gestart. Van partijen mag in het bijzonder in hoger beroep een actieve proceshouding worden gevergd.'⁷¹ Een zekere ambivalentie kan het nieuwe stelsel niet worden ontzegd. Enerzijds blijft uitgangspunt dat de rechter in hoger beroep ten volle verantwoordelijk is voor (de volledigheid van) de waarheidsvinding, anderzijds maakt de wettelijke regeling uitdrukkelijk een praktijk mogelijk waarin de procesdeelnemer die zich te weinig actief opstelt onherroepelijk het lid op de neus krijgt.

Met name dit laatste wringt vanuit het oogpunt van waarheidsvinding.⁷² Men bedenke dat het strafrecht publiekrecht is, dat waarheidsvinding binnen het strafproces (daarmee) een publiek belang is, en dat het strafproces een aangelegenheid is waarin de verdachte onvrijwillig door de overheid wordt betrokken: in een dergelijke constellatie is er betrekkelijk weinig plaats de intensiteit van de waarheidsvinding afhankelijk te stellen van de proceshouding van de verdachte. Ook in zaken waarin de verdachte zich afzijdig houdt en niet het onderste uit de kan haalt waar het zijn verdedigingsmogelijkheden betreft, mag van de strafvorderlijke overheid worden verwacht dat de strafoplegging wordt gebaseerd op deugdelijke waarheidsvinding. Ook Van Woensel wijst (indirect) op het feit dat het belang van waarheidsvinding niet de

70 Zie A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 22-23.

71 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 320, nr. 3, p. 11.

72 Zie meer uitgebreid over de consequenties van de Wet stroomlijnen hoger beroep voor de strafrechtelijke waarheidsvinding de bijdrage van B.J.V. Keupink elders in deze bundel.

grootste zorg van de wetgever was bij de behandeling van het Wetsvoorstel stroomlijnen hoger beroep: 'Enigszins schrijnend is dat een aantal wijzigingen mede is beargumenteerd aan de hand van een perceptie van verdachten als calculerende en opportunistische lieden die de regeling van het hoger beroep graag misbruiken ten behoeve van eigen gewin. En tijdens de behandeling in de Tweede Kamer waren termen als bagatelappèllen en frustrerappèllen, alsmede aan verdachten toegeschreven opvattingen als "niet geschoten is altijd mis" en "leve de trage appèlprocedure" niet van de lucht. De gedachte dat een verdachte misschien gewoon een nieuwe behandeling wenst – omdat hij zijns inziens onschuldig is of te zwaar gestraft dan wel omdat er in eerste aanleg niet naar hem is geluisterd – is kennelijk geen gemeengoed.⁷³ Veel zal afhangen van de wijze waarop de nieuwe wettelijke regeling in de praktijk zal uitwerken. Hoe zal de voorzitter van de rechtbank bij de beoordeling van verlofzaken omgaan met het criterium van het belang van de goede rechtsbedeling? Hoe zal het Hof bij de behandeling van de zaak in hoger beroep omgaan met zijn eigen verantwoordelijkheid voor de volledigheid van het onderzoek ter terechtzitting en hoe streng zal hij omgaan met verdachten die in zijn ogen onvoldoende werk hebben gemaakt van het aandragen van grieven tegen het vonnis in eerste aanleg? De nieuwe wettelijke regeling biedt gelukkig nog steeds voldoende ruimte tot gedegen waarheidsvinding in hoger beroep; de nieuwe wettelijke regeling biedt daarentegen ook ruime mogelijkheden om de waarheidsvinding in hoger beroep beperkt te houden tot datgene wat Openbaar Ministerie en verdachte gescheiden houdt.⁷⁴ In een tijd waarin de strafrechtspleging in toenemende mate wordt beoordeeld in termen van efficiëntie is dat vanuit het perspectief van waarheidsvinding een weinig geruststellende gedachte.

3.7 Waarheidsvinding in cassatie

Het aandeel van de cassatie als procesfase in de verwezenlijking van waarheidsvinding als doel van het strafproces is relatief gering. De Hoge Raad is nu eenmaal – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen waarin de Hoge Raad optreedt als rechter in eerste aanleg – geen feitenrechter en buigt zich slechts over de vraag of er bij de behandeling van de strafzaak sprake is geweest van schending van het recht of verzuim van vormen (artikel 79 Wet RO). Niettemin is de bijdrage van cassatie als procesfase aan het doel van waarheidsvinding niet volledig afwezig, met name wanneer het concept van waarheidsvinding breder wordt opgevat dan alleen het vaststellen of constru-

73 Zie A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 29.

74 Zo vreest Van Woensel dat bewijskwesaties in omvangrijke dossiers te weinig aandacht zullen krijgen, indien de verdachte slechts grieven heeft ingediend tegen de opgelegde straf. Zie A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 26.

eren van een historisch gebeuren in – voor zover dit al mogelijk zou zijn – neutrale termen. In de eerste plaats kan de Hoge Raad via de motivering van het arrest van het Hof (een vormvoorschrift, waarvan de naleving kan worden getoetst op grond van de tweede cassatiegrond) in zekere mate een vinger krijgen achter (de waardering van) feitelijke kwesties en de begrijpelijkheid van het daarop gebaseerde rechterlijk oordeel.⁷⁵ Daar komt vervolgens bij dat met name daar waar strafrechtelijke waarheidsvinding naast het construeren van een historisch feitencomplex met name ook het interpreteren en juridisch kwalificeren daarvan inhoudt, een belangrijke rol voor de Hoge Raad is weggelegd. Dit speelt met name bij de invulling van relatief open materieelrechtelijke leerstukken als opzet, schuld en causaliteit, maar ook bij de invulling van meer delictspecifieke bestanddelen.⁷⁶ Heeft de verdachte al dan niet opzettelijk gehandeld? Kan een bepaald feitencomplex al dan niet worden gekenschetst als strafbare belediging? Levert een bepaald door de rechter geconstrueerd feitelijk gebeuren al dan niet verkrachting in de zin van artikel 242 Sr op? In de beantwoording van dit soort vragen – welk proces wellicht het beste kan worden gekenschetst als normatieve waarheidsvinding – speelt de Hoge Raad een belangrijke rol.

Van geheel andere orde, maar daarom niet minder belangrijk is de toetsing door de Hoge Raad van de wijze waarop het proces van waarheidsvinding vanaf het opsporingsonderzoek tot aan de behandeling in hoger beroep is verlopen. De beoordeling van de betrouwbaarheid van bepaald door het Hof gebezigd bewijsmateriaal is weliswaar in belangrijke mate voorbehouden aan het Hof zelf en staat voor de Hoge Raad slechts marginaal open voor toetsing, de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging is een thema waarover de Hoge Raad zich ten volle mag buigen. Waar de rol van de Hoge Raad in de waarheidsvinding in individuele strafzaken wellicht relatief beperkt is, is zijn rechtsvormende taak waar het gaat om de rechtmatigheid van de bewijsgaring door politie en Openbaar Ministerie van groot, de individuele strafzaak overstijgend belang. De Hoge Raad zet in aanvulling op de wetgever de lijnen uit waarlangs het proces van waarheidsvinding zich dient te voltrekken en heeft in zoverre een belangrijke rol in de kwaliteit van de strafrechtelijke waarheidsvinding in zijn algemeenheid.

3.8 Waarheidsvinding in herziening

Als er één fase binnen het strafproces is die nauw verbonden is met het concept van waarheidsvinding dan is het wel de herziening. Deze procesfase wordt immers geïnitieerd vanuit de verontrustende hypothese dat een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde niet in overeenstemming is met hetgeen

75 Vgl. A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 71.

76 Zie in dit kader ook de bijdrage van F. de Jong in deze bundel.

in werkelijkheid is voorgevallen, met de materiële waarheid.⁷⁷ Waarheid en waarheidsvinding treden in die situatie heel nadrukkelijk op de voorgrond. Waar eerdere procesfasen nog in meer of mindere mate mede zijn verbonden met buiten de waarheidsvinding gelegen doeleinden (afdoening van strafzaken; speciale en generale preventie; het bieden van genoegdoening aan slachtoffer en samenleving; het bereiken van rechtsgelijkheid en rechtseenheid), gaat het in herziening eigenlijk alleen nog om die waarheid (en daarmee direct verbonden om de legitimiteit van de strafrechtspleging en het bieden van rechtsherstel voor de mogelijk ten onrechte veroordeelde). Indien een herzieningsverzoek door de Hoge Raad wordt gehonoreerd, wint het belang van de waarheid het van het belang van rechtszekerheid en het uitgangspunt van *lites finiri oportet*. Een dergelijke afweging moet te allen tijde mogelijk blijven, ook nadat een rechterlijke uitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen. Ortlep zegt hierover het volgende: 'Zekerheid is naast een groot goed ook een betrekkelijk begrip, het is een moment in tijd waarover naar objectieve maatstaven overeenstemming is bereikt. Er moet derhalve ook altijd ruimte zijn voor twijfel. Die twijfel heeft zijn juridische vertaling gekregen in een buitengewoon rechtsmiddel: de herziening.'⁷⁸ Gereede twijfel forceert aldus een opening in een reeds eerder definitief afgesloten waarheidsconstructie. Dit is vanuit het perspectief van de lijn die het proces van waarheidsvinding in het strafproces doorloopt niet onbelangrijk, omdat voor het eerst wordt afgeweken van de bestendige lijn dat de waarheidsvinding zich gaande het proces steeds verder toespitst op een bepaald scenario en er steeds minder ruimte lijkt te zijn voor alternatieve scenario's. In geval een herzieningsverzoek door de Hoge Raad wordt gehonoreerd, wordt de waarheidsvinding als het ware weer opengebrouwen en is er ruimte de eerder geconstrueerde waarheid opnieuw tegen het licht te houden en eventueel te vervangen door een andere waarheidsconstructie.

Wel moet hierbij worden bedacht dat er in de fase die daaraan voorafgaat – de beoordeling van de gegrondheid van het herzieningsverzoek – sprake is van een zekere omkering ten opzichte van de procesfasen die vooraf zijn gegaan aan het kracht van gewijsde. Deze omkering heeft betrekking op de hypothese die als basis dient voor het proces van waarheidsvinding. Voordat een uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, geldt het tenlastegelegde als de hypothese omtrent hetgeen in werkelijkheid is gebeurd, maar moet er op grond van de onschuldpresumptie (artikel 6 lid 2 EVRM) vanuit worden gegaan dat deze hypothese onjuist en de verdachte onschuldig is. Pas als de tenlastelegging door de rechter bewezen wordt geacht, kan van de gegrondheid van

77 Hetgeen in deze paragraaf wordt gezegd over de herziening is toegesneden op de herzieningsgrond van het novum (artikel 457 lid 1 sub 2° Sv). De overige twee gronden voor herziening (conflict van rechtspraak en een door het EHRM vastgestelde verdragsschending) spelen in de praktijk van de herziening nauwelijks een rol van betekenis.

78 Vgl. R. Ortlep, 'Een rechterlijke uitspraak als strafrechtelijk novum?', in: M. Boone e.a. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004, p. 121.

de hypothese worden uitgegaan. Zodra de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, geldt dan ook de hypothese dat de waarheid die aan deze uitspraak ten grondslag ligt overeenkomt met de materiële waarheid, welke hypothese wordt geacht juist te zijn. In zoverre kan bij de beoordeling van een herzieningsverzoek met enig recht van een 'schuldpresumptie' worden gesproken. Het is aan de veroordeelde om deze presumptie van schuld te ontzenuwen door de aanwezigheid van sterke contra-indicaties aannemelijk te maken, waarbij nog eens als extra drempel geldt dat deze contra-indicaties gelegen dienen te zijn in feitelijke omstandigheden waarmee de rechter ten tijde van de uitspraak niet bekend was (artikel 457 lid 1 sub 2° Sv).

De drempel voor herziening is dan ook betrekkelijk hoog, hetgeen de laatste jaren in toenemende mate aanleiding heeft gegeven om te pleiten voor aanpassing van het huidige stelsel van herziening. De discussie hierover spitst zich toe op een drietal thema's.⁷⁹ Ten eerste de vraag welke instantie het meest geschikt is om over een herzieningsverzoek te oordelen. Dient deze taak toebedeeld te blijven aan de Hoge Raad en is er hierbij behoefte aan een voorportaal in de vorm van een permanente opvolger van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken (CEAS), al dan niet geïnspireerd op de *Criminal Cases Review Commission* in het Verenigd Koninkrijk? Ten tweede de vraag op welke gronden herziening van afgesloten strafzaken dient te worden toegelaten, waarbij met name het door de Hoge Raad strikt geïnterpreteerde novumbegrip voor verruiming in aanmerking komt. En ten derde de vraag of naast de reeds bestaande herziening ten voordele van de verdachte ook herziening ten nadele van de verdachte tot de mogelijkheden dient te gaan behoren. Deze vragen worden niet alleen in wetenschappelijke en maatschappelijke kring gesteld, maar ook van officiële zijde (Openbaar Ministerie, CEAS, Raad voor de Rechtspraak) mengt men zich inmiddels ten volle in deze discussie.⁸⁰ En onlangs heeft de minister van Justitie de Tweede Kamer laten weten

79 Zie voor de verschillende aspecten van de discussie onder meer B.F. Keulen, 'Herziening van de herziening?', *RM Themis* 2007, p. 3-14; P.A.M. Mevis, 'Verruiming van de herzieningsregeling', *DD* 2007, p. 239-250; T. Kooijmans, 'Het novum als ingang van herziening', *DD* 2007, p. 410-432; P.A.M. Mevis, 'Het debat over de herziening ten nadele', *DD* 2007, p. 843-850; H.F.M. Crombag, 'Wie geven wij het allerlaatste woord?', *NJB* 2007, p. 2426-2431; H.L.C. Hermans en P.A.M. Mevis, 'Commentaar op de rechter', *Trema* 2007, p. 413-416; W.F. van Hattum, 'Herziening ten nadele. Wat de kwestie Joran van der Sloot ons daarover kan leren', *NJB* 2008, p. 682-684; J.F. Nijboer, 'Herziening in strafzaken in het perspectief van het leren van ervaringen en fouten. Een reactie op 'Commentaar op de rechter' (II)', *Trema* 2008, p. 14-21; J.C.M. Leijten, 'Tweede herzieningsarrest in de Deventer moordzaak', *NJB* 2008, p. 1026-1028; G.J. Knoops, 'De betekenis van de CEAS voor de toekomstige herziening', *NJB* 2008, p. 1029-1037; N.J.M. Kwakman, 'Opsporing verzocht? Strafvorderlijke opsporing in het kader van de herziening ten nadele', *NJB* 2008, p. 1038-1040.

80 Zie van de zijde van het Openbaar Ministerie onder meer de toespraak van de voorzitter van het College van procureurs-generaal H.N. Brouwer op 16 november 2007, waarvan de strekking wordt weergegeven in 'Herzieningsverzoeken gewoon bij de Hoge Raad', *NJB* 2007, p. 2849; zie voorts H.N. Brouwer, 'Eerherstel voor de CEAS. Een reactie op 'Commentaar op de rechter' (I)', *Trema* 2008, p. 10-13. Voorts heeft recentelijk de voorzitter

inderdaad binnen afzienbare tijd een wetsvoorstel dat voorziet in aanpassing van de herzieningsprocedure bij de Tweede Kamer aanhangig te maken.⁸¹

Hoewel het hier op zichzelf betrekkelijk los van elkaar staande discussies betreft met elk een eigen achtergrond en een eigen dynamiek – waaraan binnen het bestek van deze bijdrage helaas onvoldoende recht kan worden gedaan – kan er binnen deze discussies een duidelijke gemene deler worden ontwaard in de vorm van een sterke gerichtheid op (een herwaardering van) het belang van waarheidsvinding. Waar het huidige stelsel van herziening enerzijds, zoals in het voorgaande is betoogd, sterk is georiënteerd op het belang van waarheidsvinding, kan anderzijds worden volgehouden dat deze oriëntatie niet optimaal is, waarbij de beperking met name is gelegen in het feit dat het huidige stelsel van herziening de rechter in zekere mate in bescherming neemt.⁸² Gereede twijfel aan de juistheid van de rechterlijke uitspraak levert immers slechts een grond voor herziening op indien deze gereede twijfel samenhangt met een nieuwe feitelijke omstandigheid die ten tijde van de behandeling van de strafzaak niet bekend was aan de rechter, maar die het ernstige vermoeden doet rijzen dat – ware deze ten tijde van de uitspraak wel aan de rechter bekend geweest – in voor de verdachte positieve zin van betekenis was geweest voor deze uitspraak (vgl. artikel 457 lid 1 sub 2 Sv). Het moet aldus gaan om omstandigheden die de rechter niet eerder in zijn beoordeling van de zaak heeft kunnen betrekken. Feitelijke omstandigheden die de rechter wel heeft meegewogen of heeft kunnen meewegen in zijn oordeel leveren daarentegen onvoldoende grond voor herziening op. Gereede neer vanuit het belang van het respect voor het kracht van gewijsde en het uitgangspunt van *lites finiri oportet* behoeft dit geen verbazing te wekken. Vanuit het perspectief van waarheidsvinding als doel van het strafproces wekt dit evenwel enige bevreemding. Vanuit dit laatste perspectief zou elke omstandigheid die ernstige twijfel aan de juistheid van een rechterlijke uitspraak doet rijzen in beginsel een grond moeten kunnen opleveren voor heropening van de zaak.⁸³ De huidige discussie om het novumbegrip op te rekken of zelfs geheel los te laten, kan dan ook worden vertaald in een mogelijke herwaar-

van de Raad voor de Rechtspraak F.W.H. van den Emster in een artikel dat als bijlage is gevoegd bij het Jaarverslag 2007 gepleit voor aanpassing van de herzieningsprocedure in de vorm van verruiming van het novumcriterium (zie www.rechtspraak.nl). En de CEAS zelf schrijft in haar jaarverslag 2007 (te raadplegen via www.om.nl) dat er ook na opheffing van de tijdelijke CEAS een onderzoeksmogelijkheid voorafgaand aan of ingebed in de herzieningsprocedure bij de Hoge Raad zal moeten blijven bestaan.

81 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 271, nr. 7, p. 3. Verwacht wordt dat dit voorstel eind 2008 ter behandeling aan de Tweede Kamer kan worden gezonden (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 150).

82 Zie H.F.M. Crombag, *a.w.*, p. 2430.

83 Vgl. ook J.C.M. Leijten, *a.w.*, p. 1028 die ervoor pleit om op de een of andere wijze de mogelijkheid te creëren om bij herziening de mogelijkheid te betrekken 'dat rechters met alle gegevens die zij hebben, toch kunnen falen'.

dering van het belang van waarheidsvinding ten opzichte van het respect voor het kracht van gewijsde en het belang van *lites finiri oportet*.

Ook de discussie over de wenselijkheid van invoering van de mogelijkheid tot herziening ten nadele, kan worden gezien als een accentuering van de waarheidsvinding als doel van het strafproces. Anders gezegd, de argumenten die pleiten tegen invoering van herziening ten nadele – de verhouding tot het *ne bis in idem* beginsel en het uitgangspunt van *lites finiri oportet*; de rechtszekerheid voor de gewezen verdachte; het inboeten aan gezag van de onherroepelijke rechterlijke uitspraak; het najagen van gewezen verdachten; de efficiënte verdeling van schaarse justitiële middelen⁸⁴ – zijn vrijwel alle argumenten die los staan van het belang van waarheidsvinding.⁸⁵ Enkel beredeneerd vanuit het belang van waarheidsvinding behoeft herziening ten nadele niet anders te worden beoordeeld dan herziening ten voordele; zodra het ernstige vermoeden rijst dat een eerdere onherroepelijke rechterlijke uitspraak niet in overeenstemming is met de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan, vraagt het belang van waarheidsvinding om heropening van die uitspraak, of dit nu ten voordele dan wel ten nadele van de verdachte uitwerkt. In dit licht kan ook het gegeven dat thans door de minister van Justitie wordt gewerkt aan de mogelijkheid tot herziening ten nadele worden gezien als een signaal van herwaardering van het belang van waarheidsvinding in het strafproces.

Tot slot zou ook de discussie over de vraag op welke wijze de herzieningsprocedure dient te worden ingericht en of daarbinnen al dan niet behoefte bestaat aan een permanente opvolger van de huidige CEAS, indirect kunnen worden vertaald in termen van waarheid en waarheidsvinding, nu deze vraag in de eerste plaats op de agenda terecht is gekomen als gevolg van de gebleken feilbaarheid van het huidige stelsel waar het gaat om het voorkomen dan wel tijdig herstellen van gerechtelijke dwalingen. Reeds sinds het begin van de negentiende eeuw is de taak om te oordelen over verzoeken tot heropening van afgesloten strafzaken opgedragen aan de Hoge Raad. Hoewel het hier een rechtscollege betreft dat zich als cassatierechter niet primair bezig houdt met het proces van feitenonderzoek en waarheidsvinding, is de discussie over de wenselijkheid van deze situatie pas opgegaard nadat het een aantal maal fors is misgegaan. Ondanks het feit dat in dit kader niets duidt op enige correlatie lijkt ook deze discussie daarmee in zekere zin verband te houden met het belang van waarheidsvinding.

84 Zie voor een recent beknopt overzicht van argumenten tegen invoering van herziening ten nadele W.F. van Hattum, *a.w.*, p. 682-684. Zie voor een eerdere uitgebreide inventarisatie P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, *Herziening ten nadele. Een studie naar de wenselijkheid en mogelijkheid van herziening ten nadele in het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

85 Als uitzondering kan worden genoemd het gegeven dat de betrouwbaarheid van potentieel bewijsmateriaal te lijden kan hebben onder het tijdsverloop. Zie W.F. van Hattum, *a.w.*, p. 683.

3.9 Waarheidsvinding binnen de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken

Een aanzienlijk deel van de bij Openbaar Ministerie en politie bekende strafbare feiten wordt buiten de rechter om afgedaan door middel van een voorwaardelijk sepot (artikel 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv) of een transactie (artikel 74-74c Sr).⁸⁶ Aan dit arsenaal van mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening is recentelijk de mogelijkheid tot het uitvaardigen van een strafbeschikking toegevoegd (artikel 257a-257ba Sv).⁸⁷ De drijvende kracht achter het ontstaan en het massale gebruik van deze rechtsfiguren is vanzelfsprekend het belang van een efficiënte strafrechtspleging. Waarheid en waarheidsvinding krijgen evenwel een geheel eigen dynamiek wanneer het gaat om de afdoening van strafzaken buiten het klassieke model van berechting om. Ook aan een dergelijke wijze van afdoen gaat een opsporingsonderzoek vooraf, dus de eerste fase van het traject van waarheidsvinding verschilt naar haar aard niet wezenlijk van het klassieke model van afdoening. Wel zal de intensiteit van dit opsporingsonderzoek gezien de aard van de feiten die voor buitengerechtelijke afdoening in aanmerking komen, in veel gevallen wat beperkter (kunnen) zijn. De verschillen ontstaan vanaf het moment dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsbeslissing neemt. Waar in het geval van vervolging door middel van het dagvaarden van de verdachte voor de rechter het proces van waarheidsvinding een vervolg krijgt door het vastleggen van een hypothese over hetgeen er in werkelijkheid is gebeurd in de vorm van een tenlastelegging die als grondslag voor het verdere verloop van het proces van waarheidsvinding zal dienen, komt in het geval de vervolgingsbeslissing uitvalt in de richting van een van de vormen van buitengerechtelijke afdoening het proces van waarheidsvinding daarmee vrijwel geheel tot stilstand. In geval van transactie en voorwaardelijk sepot doet de officier van justitie het aanbod aan de verdachte het gehele proces van waarheidsvinding stop te zetten mits de verdachte zich bereid verklaart aan een aantal voorwaarden te voldoen, terwijl in het geval van de strafbeschikking de officier van justitie met het uitvaardigen van een strafbeschikking de schuld van de verdachte aan een strafbaar feit eenzijdig vaststelt, zijn visie op de werkelijkheid neerlegt in een feitomschrijving in die strafbeschikking en daaraan een sanctie verbindt. Daarmee is het proces van waarheidsvinding formeel tot een einde gekomen, tenzij de verdachte het aanbod tot transactie of voorwaardelijk sepot naast zich neerlegt

86 Daarnaast worden nog steeds feiten op verkorte wijze afgedaan door middel van voeging ad informandum. Strikt genomen betreft het hier geen vorm van buitengerechtelijke afdoening, daar voeging ad informandum een wijze van afdoen van strafbare feiten betreft binnen het kader van het strafproces voor de rechter, zij het dat dit sterk verkort gebeurt. Hetgeen in deze paragraaf wordt betoogd met betrekking tot waarheidsvinding in relatie tot buitengerechtelijke afdoening geldt evenwel *mutatis mutandis* ook voor de voeging ad informandum.

87 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008.

dan wel ingevolge artikel 257e Sv verzet aantekent tegen de jegens hem uitgevaardigde strafbeschikking en daarmee het proces van waarheidsvinding alsnog in handen van de strafrechter stelt.

In haar preadvies uit 2001 stelt Cleiren dat door de sterke opmars van vormen van buitengerechtelijke afdoening 'de betekenis van de waarheidsvinding in het strafrecht sterk moet worden gerelativeerd'.⁸⁸ Waar deze conclusie nog werd getrokken op basis van de toentertijd bestaande vormen van buitengerechtelijke afdoening, moet worden geconstateerd dat het door Cleiren geconstateerde probleem er niet minder op is geworden als gevolg van de invoering van de strafbeschikking als zelfstandige wijze van afdoen van strafzaken. In vergelijking met de tot op heden gehanteerde consensuele wijzen van buitengerechtelijke afdoening ligt de verhouding met de doelstelling van waarheidsvinding in het geval van de strafbeschikking principieel gevoeliger, daar het bij afdoening door middel van een strafbeschikking daadwerkelijk gaat om een vaststelling van schuld en een daaraan verbonden strafoplegging, terwijl het voorheen in het kader van de transactie en het voorwaardelijk sepot veeleer ging om 'afkopen van vervolging'. In het geval van de strafbeschikking wordt derhalve wel degelijk toepassing gegeven aan de normen van het materiële strafrecht, zij het dat dit gebeurt buiten het formele kader van het strafproces voor de rechter om. Het proces van waarheidsvinding dat daaraan voorafgaat in het kader van de strafbeschikking is evenwel veel beperkter en met minder waarborgen omkleed dan in het geval van berechting.⁸⁹ Binnen een context die sterk is gericht op efficiënte afdoening van grote stromen relatief eenvoudige strafzaken krijgt het proces van waarheidsvinding aldus een geheel eigen dynamiek. Sterker nog dan het geval is binnen het klassieke model van berechting wordt het proces van vaststellen van het werkelijk gebeurde gereduceerd tot het verifiëren van de aanwezigheid van een aantal voor strafoplegging benodigde delictsbestanddelen binnen een betrekkelijk gedereguleerde context. Indien de verdachte daarmee geen genoegen wenst te nemen, is het aan hem om door middel van het aantekenen van verzet een volledig opgetuigde procedure voor de strafrechter te initiëren.

4 DE ONTWIKKELING VAN HET PROCES VAN WAARHEIDSVINDING GEDURENDE HET STRAFPROCES

Op basis van het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat elke afzonderlijke fase van het strafproces eigen karakteristieken kent waar het de waarheidsvinding betreft. In zoverre is het dan ook slechts in beperkte mate mogelijk om verstrekkende algemene uitspraken te doen over 'de' waarheidsvinding in het strafproces. Niettemin valt hierover wel iets te zeggen. Voorafgaand

⁸⁸ Zie C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 25.

⁸⁹ Zie hierover nader J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 66-68.

aan de bespreking van de karakteristieken van de verschillende fasen van het strafproces met betrekking tot het proces van waarheidsvinding is reeds aangekondigd dat in het verloop van het proces van waarheidsvinding gedurende de verschillende fasen van het strafproces twee kenmerkende ontwikkelingen zijn te ontwaren. De eerste betreft de kwaliteitswaarborgen waarmee het proces van waarheidsvinding is omgeven, de tweede de reikwijdte van het onderzoek naar de waarheid. Beide ontwikkelingen zullen in deze paragraaf tegen het licht worden gehouden, waarbij de aandacht met name uitgaat naar de tweede.

Vooraf past evenwel een kanttekening. Een van de redenen waarom het alleen al niet goed mogelijk is om categoriale uitspraken te doen over de waarheidsvinding in het strafproces is gelegen in het feit dat niet op voorhand is gegeven dat binnen het bestek van de concrete strafzaak elke afzonderlijke procesfase ook daadwerkelijk wordt of kan worden gevoerd. Dit is uit de aard der zaak met name het geval indien de strafzaak buitengerechtelijk wordt afgedaan, maar ook in gevallen waarin de verdachte wel wordt gedagvaard voor de strafrechter krijgt het proces van waarheidsvinding niet zelden slechts een vervolg in en met het onderzoek ter terechtzitting zonder dat daar vervolgens nog verder onderzoek op volgt, eenvoudigweg omdat geen rechtsmiddelen tegen het vonnis in eerste aanleg worden aangewend. Men bedenke derhalve dat, nu het gerechtelijk vooronderzoek in vergaande mate in onbruik is geraakt, het proces van waarheidsvinding in het gros van de gevallen wordt volbracht door middel van een opsporingsonderzoek gevolgd door een onderzoek ter terechtzitting dan wel door middel van louter een opsporingsonderzoek gevolgd door het buitengerechtelijk afdoen van de strafzaak. Hoewel het de procesdeelnemers weliswaar vrij staat om dit basale proces van waarheidsvinding verder aan te kleden of op te tuigen met nader onderzoek naar de waarheid door andere procesfasen – een gerechtelijk vooronderzoek, hoger beroep, cassatie – te initiëren, moet worden bedacht dat dit *de facto* veelal niet gebeurt. Nu kan men betogen dat dit louter een verantwoordelijkheid is van de betrokken procesdeelnemers en dat het aan hen is desgewenst genoeg te nemen met een onvolkomen proces van materiële waarheidsvinding. Een dergelijke redenering – die enigszins accusatoir aandoet – is wat mij betreft evenwel wat te kort door de bocht. Gezien het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht en het gematigd inquisitoire karakter van het Nederlandse strafproces, mag worden verwacht dat, ook wanneer procesdeelnemers nadere onderzoeksmogelijkheden onbenut laten door geen nadere procesfasen te initiëren, de procesfasen die wel zijn gevoerd in voldoende mate in staat zijn recht te doen op basis van de gebeurtenissen zoals die zich in de historische werkelijkheid daadwerkelijk hebben voorgedaan. Materiële waarheidsvinding dient derhalve niet enkel het doel te zijn van de volledig opgetuigde strafrechtelijke procedure; ook het strafproces in afgeslankte vorm, de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken daaronder begrepen, dient serieus werk te maken van deze doelstelling.

4.1 De kwaliteitswaarborgen rond het proces van waarheidsvinding

Gedurende het verloop van het proces van waarheidsvinding in het strafproces zijn verschillende actoren verantwoordelijk voor dat proces en is dat proces met verschillende kwaliteitswaarborgen omgeven. De waarheidsvinding in het opsporingsonderzoek wordt uitgevoerd door de opsporingsambtenaren van politie, in meer of mindere mate onder directe aansturing van de officier van justitie, maar altijd onder diens verantwoordelijkheid. De officier van justitie is ook degene die tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan worden aangesproken op de rechtmatigheid van het door de politie uitgevoerde opsporingsonderzoek. Dit gegeven alsmede de magistratelijke positie van de officier van justitie, voortvloeiende uit diens taakomschrijving in artikel 124 Wet RO, moeten borg staan voor een kwalitatief hoogwaardig proces van waarheidsvinding binnen een opsporingsonderzoek waarin de belangen van de verdachte – ondanks diens beperkte mogelijkheden invloed uit te oefenen op het verloop daarvan – niet worden veronachtzaamd. Het opsporingsonderzoek kan eventueel worden aangevuld met een gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van de rechter-commissaris. Gezien diens onafhankelijke en onpartijdige positie en de sterkere eigen rechtspositie van de verdachte binnen het gerechtelijk vooronderzoek, kan worden gesteld dat dit onderzoekskader in vergelijking met het opsporingsonderzoek aan hogere kwaliteitseisen voldoet waar het het proces van waarheidsvinding betreft. Dit meer contradictoire karakter van het gerechtelijk vooronderzoek wordt voortgezet en verder uitgebreid tijdens het onderzoek ter terechtzitting, waar de verdachte in vergelijking met het vooronderzoek meer de positie van procesdeelnemer en minder die van object van onderzoek inneemt. Het onderzoek ter terechtzitting staat onder leiding van een onafhankelijke en onpartijdige rechter die een zelfstandige verantwoordelijkheid voor het proces van waarheidsvinding heeft alsmede de mogelijkheden om daar actief gevolg aan te geven. Daarnaast biedt het onderzoek ter terechtzitting uitgebreide mogelijkheden tot hoor en wederhoor. Deze context die niet alleen de gelegenheid biedt tot feitenonderzoek, maar ook tot bediscussie van de gevonden resultaten, maakt dat het onderzoek ter terechtzitting – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – de condities biedt voor een optimaal proces van contradictoire waarheidsvinding. Als finale kwaliteitswaarborg staat vervolgens nog de mogelijkheid open tot toetsing van het gehele proces van waarheidsvinding op juridische houdbaarheid door de Hoge Raad. In geval het feit buitengerechtelijk wordt afgedaan, wordt het proces van waarheidsvinding daarentegen voltooid zonder dat de kwaliteitswaarborgen van het onderzoek ter terechtzitting en de daarop eventueel volgende rechtsmiddelen hun werk hebben kunnen doen.

Op basis van het voorgaande blijkt duidelijk de genoemde lijn dat het proces van waarheidsvinding naarmate het strafproces vordert met steeds meer kwaliteitswaarborgen is omkleed. Waar het begint met een onderzoek dat wordt uitgevoerd en onder leiding staat van overheidsorganen die niet worden

gekenmerkt door een onafhankelijke en onpartijdige positie en waarop de verdachte als zodanig niet of nauwelijks invloed kan uitoefenen, komt het proces van waarheidsvinding vanaf het onderzoek ter terechtzitting in opeenvolgende fasen die alle onder leiding staan van een onafhankelijke en onpartijdige rechter en waarbinnen de verdachte als volwaardige procesdeelnemer reële mogelijkheden heeft om het proces van waarheidsvinding te beïnvloeden.

4.2 De trechterwerking van het strafproces

De tweede ontwikkeling betreft, zoals gezegd, de reikwijdte van het proces van waarheidsvinding. Het begin van elk proces van strafrechtelijke waarheidsvinding is gelegen in het opsporingsonderzoek. De zoektocht naar de waarheid is in die fase nog volstrekt vrij, zolang deze blijft georiënteerd op gedragingen die mogelijk als strafbaar feit kunnen worden gekwalificeerd. In een beperkt aantal gevallen zal het opsporingsonderzoek worden aangevuld met een gerechtelijk vooronderzoek. Daarin gelden wat meer formele beperkingen aan de reikwijdte van het onderzoek, nu het gerechtelijk vooronderzoek ingevolge artikel 181 lid 2 Sv is gebonden aan een feitomschrijving. Een wezenlijke beperking van het onderzoeksveld gaat hiervan evenwel niet uit, nu deze feitomschrijving ingevolge artikel 182 Sv betrekkelijk eenvoudig kan worden aangevuld. Wanneer het proces van waarheidsvinding in het vooronderzoek eenmaal is afgerond en tot voldoende resultaten heeft geleid om daaraan een eventueel nader vervolg te geven, is het aan het Openbaar Ministerie om te beslissen of en op welke wijze dit gebeurt. In veel gevallen zal deze beslissing leiden tot afdoening van het feit langs buitengerechtelijke weg. Gaat het daarbij, zoals tot op heden het geval is, om afdoening door middel van een transactie of een voorwaardelijk sepot, dan eindigt het proces van waarheidsvinding als het ware in het niets. Gaat het om afdoening door middel van een strafbeschikking, dan wordt het resultaat van het proces van waarheidsvinding neergelegd in de door de officier van justitie opgestelde feitomschrijving in de strafbeschikking. Daarnaast kan de officier van justitie besluiten de zaak ter berechting aan de rechter voor te leggen. In dat geval krijgt het proces van waarheidsvinding een vervolg, welk vervolg sterk wordt bepaald door de inhoud van de tenlastelegging waarmee het proces voor de rechter wordt ingeleid. Door middel van deze tenlastelegging vertaalt de officier van justitie de resultaten van het vooronderzoek naar hetgeen in zijn visie aan rechtens relevante gebeurtenissen in de historische werkelijkheid is voorgevallen en vraagt daarover (en alleen daarover) het oordeel van de strafrechter. Hierbij is van belang te onderkennen dat bij het opstellen van de tenlastelegging een aanzienlijke reductie van de historische werkelijkheid plaatsvindt. Alleen die onderdelen van de werkelijkheid die gezien de delictsomschrijving waarop de tenlastelegging wordt toegesneden door de officier van justitie relevant worden geacht, komen terug in de tenlastelegging. Het door de rechter op

het onderzoek ter terechtzitting te verrichten onderzoek naar de waarheid dient vervolgens te geschieden op grondslag van de tenlastelegging. De rechter geeft in zijn vonnis dan ook niet zozeer zijn eigen visie op hetgeen in het verleden al dan niet is voorgevallen, hij beperkt zich ertoe de vrijwel geheel gesloten vraag te beantwoorden of het tenlastegelegde al dan niet wettig en overtuigend kan worden bewezen.⁹⁰ Is dat naar zijn oordeel het geval, dan legt hij zijn visie op de waarheid neer in een bewezenverklaring. Is dat niet het geval, dan beperkt het waarheidsoordeel van de rechter zich tot de conclusie dat er strafrechtelijk gezien onvoldoende aanwijzingen zijn dat de door de officier van justitie in de tenlastelegging neergelegde hypothese een juiste afspiegeling van (een aspect van) de historische werkelijkheid is.

Het waarheidsoordeel van de rechter in eerste aanleg kan vervolgens zowel door het Openbaar Ministerie als de verdachte in hoger beroep aan de kaak worden gesteld. Hoewel het Hof ten volle verantwoordelijk blijft voor de volledigheid van het eigen onderzoek, is op dit punt ingevolge de recente invoering van de Wet stroomlijnen hoger beroep voor de partij die hoger beroep heeft aangetekend waakzaamheid geboden. Indien Openbaar Ministerie en/of verdachte een nieuw oordeel van het Hof wensen over (een bepaald aspect van) de waarheidsvinding zullen zij hierom expliciet moeten vragen door middel van het aandragen van grieven, daar de behandeling in hoger beroep zich op de aangedragen grieven zal richten. Indien het aandragen van grieven in zijn geheel wordt nagelaten, heeft het Hof de vrijheid het ingestelde hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren. Indien de aangedragen grieven zich niet op het waarheidsoordeel van de rechter in eerste aanleg richten, kan het Hof – niettegenstaande zijn eigen verantwoordelijkheid voor de volledigheid van het onderzoek – het proces van waarheidsvinding bij de behandeling in hoger beroep goeddeels achterwege laten. Aldus wordt een actieve proceshouding verwacht van de partij die hoger beroep heeft ingesteld, ook wanneer het om de waarheidsvinding gaat. Hoewel een volledig nieuw proces van waarheidsvinding op grondslag van de tenlastelegging ook in hoger beroep tot de mogelijkheden blijft behoren, is het nieuwe stelsel er sterk op gericht het proces van waarheidsvinding te beperken tot hetgeen Openbaar Ministerie en verdachte gescheiden houdt, of zelfs volledig achterwege te laten bij een onvoldoende actieve opstelling van Openbaar Ministerie en/of verdachte. Een verdere beperking van de reikwijdte van het proces van waarheidsvinding vindt vervolgens plaats indien cassatie wordt ingesteld, nu de feiten zoals die door het Hof zijn vastgesteld in cassatie vastliggen. Alleen indien er sprake is van een onbegrijpelijke of ondeugdelijke motivering door het Hof is er voor de Hoge Raad ruimte om de zaak terug te wijzen voor een nieuw proces van waarheidsvinding. Zelf is de Hoge Raad hiertoe als cassatierechter evenwel niet bevoegd. Slechts daar waar het proces van waarheidsvinding mede

⁹⁰ Geheel gesloten is deze vraag niet, nu de rechter er ook voor kan kiezen een gedeelte van de tenlastelegging bewezen te verklaren.

normatieve kwesties omvat, is er voor de Hoge Raad een reële mogelijkheid zich direct te mengen in het proces van waarheidsvinding. Het gaat dan met name om de vraag hoe de door het Hof vastgestelde feiten strafrechtelijk moeten worden gewaardeerd.

Indien de Hoge Raad eenmaal heeft gesproken, is het rechterlijk oordeel en daarmee het proces van waarheidsvinding definitief. De uitspraak krijgt kracht van gewijsde en daarmee wordt het in de uitspraak vervatte oordeel omtrent hetgeen zich in het verleden heeft afgespeeld geacht conform de materiële waarheid, de objectieve werkelijkheid, te zijn. Slechts indien een van de gronden voor herziening zich voordoet, kan deze situatie worden opengebroken. Uit deze beschrijving in vogelvlucht van het proces van strafrechtelijke waarheidsvinding blijkt duidelijk de lijn dat de waarheidsvinding zich gaande het strafproces steeds verder toespitst op een bepaald scenario. Waar de waarheidsvinding in het opsporingsonderzoek zich volledig op alle aspecten van de historische werkelijkheid kan richten, wordt de reikwijdte van de waarheidsvinding tijdens het onderzoek ter terechtzitting als gevolg van de dominante rol van de tenlastelegging sterk ingeperkt om in de fase van cassatie welhaast tot nul te zijn gereduceerd. Op zichzelf hoeft dit niet direct een probleem te zijn. Integendeel, zoals elke vorm van onderzoek is ook strafvorderlijk onderzoek uiteindelijk gericht op het bereiken van concrete resultaten. In die optiek dient het alleen maar positief te worden gewaardeerd indien gaande het proces van waarheidsvinding het doel steeds dichterbij wordt genaderd in de zin dat een bepaalde reconstructie van de historische werkelijkheid steeds waarschijnlijker wordt. Geconstateerd moet evenwel worden dat de verdere afbakening van de reikwijdte van het onderzoek gedurende het verloop van het strafproces niet alleen wordt ingegeven door het gegeven dat door het reeds verrichte onderzoek een bepaald scenario meer waarschijnlijk wordt dan eventuele alternatieve scenario's, maar ook door diverse procedurele kenmerken van het strafproces die weliswaar elk hun eigen legitimatie kennen, maar als zodanig los staan van het gegeven dat de mate van waarschijnlijkheid van een bepaald scenario gedurende het proces van waarheidsvinding steeds groter wordt. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de sterke fixatie van het proces van waarheidsvinding op de tenlastelegging, het recent ingevoerde grievenstelsel in de fase van het hoger beroep en de beperkte reikwijdte van het onderzoek in cassatie. In zoverre kan worden volgehouden dat het strafproces voor wat betreft het proces van waarheidsvinding als een soort trechter functioneert. En juist als gevolg van deze trechterwerking van het strafproces – waarin een belangrijke karakteristiek van de strafrechtelijke waarheidsvinding is gelegen – verwordt de in het proces gevonden waarheid steeds meer tot een procedurele waarheid. De belangrijkste uitdaging van de binnen het strafproces optredende actoren is te voorkomen dat deze procedurele waarheid wezenlijk gaat verschillen van de (perceptie van de) onderliggende historische werkelijkheid.

5 UITLEIDING

In deze bijdrage is een aantal algemene karakteristieken van het proces van strafrechtelijke waarheidsvinding beschreven. Deze algemene karakteristieken vloeien voor een belangrijk deel voort uit de inrichting van ons strafproces zoals wij dat sinds de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering uit 1926 kennen en hebben daarmee grotendeels een bestendig karakter. Hiermee is evenwel niet gezegd dat de inrichting van het proces van waarheidsvinding niet aan verandering onderhevig is. Zeker daar waar het belang van waarheidsvinding voortdurend dient te worden afgewogen tegen andere legitieme belangen binnen het strafproces – het belang van individuele rechtsbescherming voor de verdachte, de belangen van getuigen, het belang van eindigheid en efficiëntie van het proces – is er voor de wetgever ruimte om afhankelijk van de noden van de tijd en de politieke en maatschappelijke opvattingen daaromtrent accenten anders te leggen. Van deze ruimte heeft de wetgever zeker de laatste vijf jaar gretig gebruik gemaakt door met een fors aantal wettelijke maatregelen de regeling van het strafproces, en daarmee ook het proces van waarheidsvinding, op deelgebieden meer of minder ingrijpend te wijzigen.

Dit doet de in de inleiding reeds opgeworpen vraag rijzen hoe de vlag van de waarheidsvinding als doel van het strafproces er anno 2008 bijstaat. Duidelijk is dat de recente ontwikkelingen niet eenduidig zijn voor zover het gaat om de verhouding tussen het belang van waarheidsvinding en de andere belangen waaraan het strafproces tegemoet dient te komen. Enerzijds heeft zich een aantal legislatieve ontwikkelingen voorgedaan die kunnen worden geacht het belang van waarheidsvinding verder te onderstrepen (bijvoorbeeld de uitbreiding van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf, en de aangekondigde aanpassing van het stelsel van herziening); anderzijds zijn er ontwikkelingen in tegengestelde richting waar te nemen (bijvoorbeeld de mogelijkheid strafbeschikkingen uit te vaardigen en de stroomlijning van het stelsel van hoger beroep). Wanneer de balans wordt opgemaakt, kan een op zichzelf merkwaardige paradox worden geconstateerd. Waar zich enerzijds een duidelijke verdere stroomlijning van het strafproces voordoet, die zich met name laat gevoelen in de fase van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg alsmede in de fase van hoger beroep en die met name wordt ingegeven door overwegingen van proceseconomie, is er tegelijkertijd een hernieuwde aandacht voor het belang van deugdelijke strafrechtelijke waarheidsvinding, hetgeen met name blijkt uit de recente ontwikkelingen rond het rechtsmiddel van herziening. Waar de wetgever met de ene hand lijkt te geven aan het belang van waarheidsvinding in de betrekkelijk exceptionele fase van de herziening, lijkt zij met de andere hand te nemen in de eerdere procesfasen waarin het waarheidsoordeel van de rechter nog definitief tot stand moet komen. De wetgever zou er goed aan doen zich af te vragen of hij hiermee het paard niet al te zeer achter de wagen spant. Mede

als gevolg van de grote stroom van wetgeving van de afgelopen jaren begint de vraag zich op te dringen of het belang van een hoogwaardig proces van waarheidsvinding niet teveel wordt opgeofferd aan de wens van een efficiënt en gestroomlijnd strafproces.

3 | De raadsman bij het politieverhoor en de
audiovisuele registratie.
De verdedigingsrol bij de materiële waarheidsvinding
in het strafrechtelijk vooronderzoek

P.P.J. van der Meij

1 DE VERSTERKING VAN DE VERDEDIGINGSPPOSITIE

Sinds de inwerkingtreding van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering in 1926 steken bepaalde vraagstukken ten aanzien van het strafrechtelijk vooronderzoek geregeld weer de kop op.¹ Eén van de meest concrete voorbeelden betreft de vraag of de verdachte het recht behoort te hebben zich voorafgaand aan en tijdens het politieverhoor te laten bijstaan door een raadsman. Deze vorm van vroegtijdige rechtsbijstand is vanaf de inwerkingtreding van het wetboek tot aan de dag van vandaag onderwerp van discussie tussen wetenschappers of Tweede Kamerleden enerzijds en de dienstdoende ministers van Justitie anderzijds. Het *recht* op rechtsbijstand is altijd zonder meer van de hand gewezen, de discussie daaromtrent is echter nooit verstomd. Enkele jaren geleden is naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord die discussie weer zozeer opgelaaid, dat de opeenvolgende ministers van Justitie Donner en Hirsch Ballin uiteindelijk hebben toegezegd in samenwerking met onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten een experiment op te starten inzake de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor. Op dit moment – juni 2008 – is het wachten nog altijd op de feitelijke aanvang van dat experiment. Het vraagstuk van de rechtsbijstand tijdens het politieverhoor wordt in deze bijdrage gekoppeld aan de vraag naar de noodzaak van audiovisuele registratie van de verhoren van de verdachte. Dit onderwerp is recentelijk op de kaart gezet met het Evaluatieonderzoek in diezelfde Schiedammer Parkmoord, het daaruit voortvloeiende Programma Versterking Opsporing en Vervolg en moties van enkele Tweede Kamerleden naar aanleiding van

1 Denk aan kwesties als de in te krimpen dan wel uit te breiden functie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek, de afstandelijke dan wel betrokken houding van de officier van justitie ten opzichte van de opsporing, de vraag of het opsporingsonderzoek te vrijblijvend dan wel te strikt is genormeerd, het tekort dan wel het overschot aan rechtsbescherming voor de verdachte, maar ook aan kwesties of het slachtoffer, de getuige of de deskundige al dan niet een meer geprononceerde rol in het (voor)onderzoek toekomt.

dat programma.² In augustus 2006 is een begin gemaakt met de gefaseerde invoering van de verplichte auditieve registratie van het verhoor van de verdachte bij zware misdrijven.³

Het ligt voor de hand deze twee onderwerpen in onderlinge samenhang te bespreken, omdat (de moties over) de registratie van verhoren en de rechtsbijstand tijdens politieverhoren ook vaak samen worden besproken in het licht van het Programma Versterking Opsporing en Vervolgning of als zodanig aan de orde worden gesteld in de plannen tot herstructurering van het vooronderzoek.⁴ In een brief aan de Tweede Kamer plaatst minister van Justitie Donner beide geëntameerde ontwikkelingen ook onder de gemeenschappelijke noemer 'versterking van de positie van de verdachte': 'Met de registratie van verhoren en met de aanwezigheid van een advocaat bij verhoor van de verdachte, wordt bewerkstelligd dat controle op het verhoren beter mogelijk is. Beide maatregelen kunnen bijdragen aan verbetering van de kwaliteit van het onderzoek: controle op de opsporing en vergroting van de mogelijkheden voor waarheidsvinding, bijvoorbeeld naar aanleiding van verweren dat de verklaring niet in vrijheid is afgelegd.'⁵

Het is lastig om al te veel op te hangen aan een brief waarin een op zichzelf te prijzen uitbreiding wordt aangebracht op de mogelijkheid het opsporingsonderzoek te controleren. Er sluipen evenwel enkele eigenaardigheden in het beeld van de 'versterking van de verdedigingspositie'. De minister neemt zich voor eerst maar eens de verplichte auditieve registratie van verhoren in te voeren en wel voor de meest gevoelige zaken. Deze dubbele beperking in de registratieplicht – de plicht ziet niet op alle strafbare feiten en het gaat niet om audiovisuele registratie, maar 'slechts' om auditieve – zou nog kunnen worden aanvaard met in het achterhoofd de toezegging van een verdergaande registratieplicht als politie en Openbaar Ministerie de zaken op orde hebben – de verhoorkamers moeten anders worden ingericht en de werkprocessen dienen te worden aangepast, onder meer aan de opslag van de registratie – en er genoeg ervaring is opgedaan daaromtrent.⁶ De al te hoge kosten die zijn verbonden aan onmiddellijke onbeperkte invoering van de plicht tot registratie van alle verhoren in strafzaken en de opmerking dat dit ten koste

2 Zie respectievelijk *Kamerstukken II 2005/06*, 29 800 VI, nr. 168 (Bijlage), *Kamerstukken II 2006/07*, 30 300 VI, nr. 32 (Bijlage) en *Kamerstukken II 2005/06*, 30 300 VI, nr. 135.

3 Zie 'Verplichte geluidsopnames van verhoren bij zware misdrijven', <http://www.justitie.nl> onder 'Actueel', 'Nieuwsberichten' en '2006 – augustus'.

4 Zie over deze plannen *Kamerstukken II 2003/04-2007/08*, 29 271, nrs. 1-7.

5 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 300 VI, nr. 178, p. 2.

6 Men zou zich kunnen afvragen of de justitiële autoriteiten inmiddels niet genoeg ervaring hebben opgedaan met het opslaan en verwerken van de geregistreerde gesprekken in het kader van het afluisteren van telecommunicatie. Zie W. Jebbink, 'Wat de Schiedammer Parkmoord niet leert', *NJB* 2008, p. 565-566 en over de uitgebreide praktijk van de telefoon-tap A.A. Franken, 'De rol van de rechter-commissaris. Tussen ideaal en praktijk', *DD* 2006, p. 269-271 en A. Beijer e.a., *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Eindevaluatie*, Den Haag: WODC 2004, p. 147-157.

zou gaan van andere maatregelen van het 'Programma Versterking', doen de wenkbrauwen al iets meer fronsen.

De gewichtigste reden om de twee onderwerpen uitgebreid in onderlinge samenhang te bespreken, ligt niettemin in het volgende. Een heuse onregelmatigheid in de afweging of zowel de audiovisuele registratie als de rechtsbijstand tijdens het politieverhoor dient te worden doorgevoerd en op welke wijze, vloeit voort uit het op één hoop vegen van de verbeteringen onder de noemer van 'de versterking van de verdedigingspositie'. Hoewel beide verbeteringen zonder meer zowel het belang van materiële waarheidsvinding als het belang van individuele rechtsbescherming kunnen dienen – belangen die de minister al dan niet uitdrukkelijk benoemt – doen zij dat beide op een eigen wijze. De verbeteringen zien bovendien op verschillende controlemechanismen van hetgeen in het vooronderzoek is voorgevallen en betreffen controles door verschillende procesdeelnemers in verschillende procesfasen. Wanneer nu de minister van Justitie met een opeenhoping als de bovenstaande de suggestie wekt dat beide verbeteringen hetzelfde doel dienen en feitelijk meer van hetzelfde inhouden, kan al snel de afweging worden gerechtvaardigd eerst maar eens één van beide verbeteringen door te voeren. Het feit dat beide verbeteringen andere voorzieningen behoeven en dat politie en Openbaar Ministerie niet zijn toegerust op al te veel veranderingen tegelijkertijd, wordt dan deels redengevend voor de keuze voor één van beide verbeteringen – en dan nog in beperkte vorm. De geheel eigen aard en waarde van beide verbeteringen op zichzelf én in onderlinge samenhang verzet zich tegen een dergelijke als vanzelfsprekend gepresenteerde afweging: er kan vanwege de verschillende verwachtingen omtrent de uitwerking van de beide verbeteringen niet tussen beide worden gekozen alsof de ene verbetering de andere zou dekken. Het ligt voor de hand de twee onderwerpen in onderlinge samenhang te bespreken, omdat zij elkaar in belangrijke mate aanvullen: in het licht van de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming is er juist alles voor te zeggen beide verbeteringen samen door te voeren. Het is zelfs zo dat de doorvoering van de ene verbetering de bezwaren tegen de doorvoering van de andere zou kunnen wegnemen. Juist op dit punt wringt zich de sfeer die het verbeteringsprogramma uitademt: het heeft er alle schijn van dat de voorziening die op het eerste gezicht de waarheidsvinding kan dienen, zonder al teveel gemor op zijn minst ten dele wordt doorgevoerd. De voorziening die in de eerste plaats de rechtbescherming dient, lijkt daarentegen zoveel mogelijk op de lange baan te worden geschoven.

De vraagstukken van de raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie hangen sterk samen met de vraag in welke mate de belangen van de materiële waarheidsvinding en de individuele rechtsbescherming door de regeling van de strafvordering worden verwezenlijkt. Het spanningsveld tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming wordt maar al te vaak versleten voor een aperte tegenstelling, terwijl beide belangen elkaar juist ook kunnen dienen. Dit laatste lijkt zich zagezegd voor te doen bij de combinatie van de verbeterin-

gen in de procespositie van de verdediging in het vooronderzoek. Het is goed daarbij rekening te houden met aspecten als de verhouding tussen voor- en eindonderzoek en de bepalende rol die de eerste verhoren doorgaans spelen in de waarheidsvinding binnen het strafproces, alsmede de mate waarin die verhoren onder controle staan van andere procesdeelnemers en de mate waarin de verdachte rechtsbescherming geniet. In deze bijdrage staat de functie van de verdediging centraal en de vraag in hoeverre van haar kan worden verwacht dat zij een bijdrage levert aan de materiële waarheidsvinding. De vraag is met opzet op deze manier gesteld, aangezien de positie van de verdediging in eerste instantie onverenigbaar lijkt met de opmerking dat zij eveneens het belang van de materiële waarheidsvinding kan dienen. Aan de hand van de genoemde verbeteringen – de versterking van de verdediging – wordt onderzocht of de belangen van materiële waarheidsvinding en individuele rechtsbescherming ook zo dicht tegen elkaar kunnen liggen, dat het in het belang van de verdediging kan zijn een bijdrage te leveren aan die waarheidsvinding.

Het doel van deze bijdrage is duidelijk te maken dat er slechts sprake kan zijn van een ‘versterking van de verdedigingspositie’ als beide verbeteringen tezamen worden doorgevoerd. In de tweede paragraaf volgt een beknopte uiteenzetting van de aanvullende werking die de belangen van materiële waarheidsvinding en rechtsbescherming ten opzichte van elkaar kunnen hebben. In paragraaf drie wordt de procespositie van de verdediging in het vooronderzoek gezien in het licht van de ‘versterking’ van die positie in het Wetboek van Strafvordering van 1926. Er wordt aan de orde gesteld dat ondanks die versterking feitelijk een bijdrage aan de materiële waarheidsvinding van haar wordt verwacht. In de vierde paragraaf wordt behandeld welke rol van de verdediging *mag* worden verwacht. De vraag wordt opgeworpen of er een taak is weggelegd voor de verdachte en diens raadsman in het licht van de waarheidsvinding. In paragraaf vijf wordt uiteengezet dat het politieverhoor van doorslaggevende betekenis is geworden voor het onderzoek in strafzaken en welke verschuivingen dit heeft teweeggebracht. Dit wordt geproblematiseerd door een schets te geven van de valkuilen voor de waarheidsvinding die zich kunnen manifesteren bij dit verhoor. Er wordt daarnaast in paragraaf vijf beschreven op welke wijze wordt vormgegeven aan de geleidelijke invoering van de registratie van politieverhoren en het experiment met de rechtsbijstand door de raadsman. In het slot van die paragraaf wordt geconcludeerd dat het afhankelijk is van de rol die men ziet weggelegd voor de verdediging, of de beide voorzieningen in de huidige vorm zowel het belang van de materiële waarheidsvinding als dat van de individuele rechtsbescherming kunnen dienen.

2 RECHTSBESCHERMING MET CONSEQUENTIES VOOR DE MATERIËLE WAARHEIDSVINDING

De hoofddoelstelling van het strafprocesrecht is de juiste toepassing van het materiële strafrecht.⁷ Ten aanzien van het adjectief 'juist' is gesteld dat het impliceert dat zowel het belang van de materiële waarheidsvinding als het belang van de individuele rechtsbescherming heeft te gelden als een van die hoofddoelstelling afgeleid belang.⁸ Waarheidsvinding en rechtsbescherming zijn weliswaar niet de enige belangen die met het strafprocesrecht worden gediend, maar wel de meest fundamentele. Voor de 'juiste' toepassing van het materiële strafrecht is het van belang dat er evenwicht bestaat tussen de beide belangen en dat dit in stand wordt gehouden. Het evenwicht wordt niet alleen bewerkstelligd door de wijze waarop het strafproces is vormgegeven in het Wetboek van Strafvordering, maar ook door de wijze waarop die regeling wordt gehanteerd in de praktijk. In de meeste gevallen worden waarheidsvinding en rechtsbescherming gepresenteerd als belangen die op elkaar inwerken en elkaar kunnen beperken; het strafprocesrecht stelt bevoegdheden die nodig zijn om de materiële waarheid te achterhalen, maar deze bevoegdheden kennen weer beperkingen met het oog op de bescherming van degene tegen wie deze worden toegepast. De waarheid mag niet tegen elke prijs worden gezocht, 'de burger' dient ook tegen een disproportionele machtuitoefening door de overheid te worden beschermd.⁹

Toch kan niet worden gezegd dat beide belangen enkel een beperkende werking hebben ten opzichte van elkaar. De behartiging van het ene belang kan juist ook het andere belang dienen. Het is vooral het belang van de materiële waarheidsvinding dat vaak als zodanig wordt gepresenteerd. Door namelijk de waarheid omtrent een strafbaar feit te achterhalen en de dader te veroordelen voor dat feit, wordt de criminaliteit bestreden en misschien zelfs voor de toekomst voorkomen. De materiële waarheidsvinding voorziet in rechtsbescherming voor 'de burger' die het strafbare feit niet heeft gepleegd: deze zou zich achteraf – maar misschien zelfs preventief – beschermd weten tegen criminaliteit. Voor de burger die het strafbare feit niet heeft gepleegd maar die wel als verdachte is betrokken in een strafproces, zouden de wettelijke bevoegdheden die zijn ingegeven door het belang van de materiële waarheidsvinding, uiteindelijk dienen te leiden tot het intrekken van zijn status

7 Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafproces*, Deventer: Kluwer 2005, p. 11. Zie ook p. 5: 'Het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te leggen sanctie. Het strafprocesrecht regelt die schakel.'

8 Zie J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 51-57.

9 Zie onder meer R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 17-19; C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 20-23.

van verdachte of – in het uiterste geval – tot een vrijspraak. Voor de verdachte burger die het strafbare feit wel heeft gepleegd, zou het achterhalen van de materiële waarheid eraan kunnen bijdragen dat hij bij zijn veroordeling gepast wordt gestraft, naar aanleiding van op waarheid berustende omstandigheden gelegen in zijn persoon en in het strafbare feit. Het is goed enigszins sceptisch tegenover deze redeneringen te staan; *in abstracto* kan de idee van de materiële waarheidsvinding dit zeker bewerkstelligen, maar *de facto* zijn deze ‘rechtsbeschermende consequenties’ vooral bijeffecten die vanwege allerlei beperkingen en onvolkomenheden uit de strafrechtspraktijk zich lang niet altijd zullen voordoen. Het beeld van de onschuldige burger die zal worden vrijgesproken en zodoende ook rechtsbescherming geniet die voortvloeit uit waarheidsvinding, behoort op het eerste gezicht van deze nuancering te worden uitgesloten, zij het dat het anno 2008 niet geheel uitgesloten is gebleken dat onschuldige burgers worden veroordeeld. Het voert bovendien te ver om een uiteindelijke vrijspraak van een onschuldige te zien als rechtsbescherming, aangezien deze dan al wel lange tijd onderwerp is geweest van opsporing en vervolging met alle inbreuken van dien. Het zijn vooral de rechtsbeschermende consequenties van waarheidsvinding die ter vergoelijking van de ingrijpende aard van sommige mogelijkheden tot waarheidsvinding wel worden aangedragen door bijvoorbeeld de justitiële autoriteiten in een pleidooi voor meer armslag in de opsporing of door de wetgever in wetsvoorstellen die nieuwe of uitbreidende bevoegdheden bevatten die een vergaande inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van elke burger.

In omgekeerde zin zijn er ook voorzieningen van rechtsbescherming te noemen waarvan de effectuering de materiële waarheidsvinding kan bevorderen. De bevoegdheden waarover de verdediging beschikt om in een strafzaak de kant van de verdachte te belichten – het horen van getuigen, het inschakelen van deskundigen – kunnen zeker een bijdrage leveren aan het vinden van de waarheid. Dit is voor de verdediging allicht niet het primaire doel – de uitoefening van bevoegdheden zal vooral zijn ingegeven om de belangen van de verdachte te verdedigen en niet het ‘algemene belang’ van de waarheidsvinding – het is veeleer een ‘consequentie voor de waarheidsvinding’. De verdachte heeft naast de bedoelde bevoegdheden fundamentele rechten die hem beogen te beschermen, zoals het zwijgrecht, het recht op rechtsbijstand en het recht op interne openbaarheid. Het zijn doorgaans deze rechten die met name in complexe en grootschalige strafzaken worden beschouwd als lastige beperkingen in de zoektocht naar de materiële waarheid. Een fundamenteel recht als het zwijgrecht van de verdachte is echter eveneens van grote waarde voor de waarheidsvinding. Dit recht kan namelijk ook zo worden uitgelegd dat het helpt voorkomen dat verhorende opsporingsambtenaren alles op alles zetten om een bekentenis af te dwingen. ‘In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen het verkrijgen van een bekentenis en het verkrijgen van een valse bekentenis. Er moet immers voor worden gewaakt dat de verdachte niet onder druk feiten bekent die hij nooit gepleegd heeft [...]. Een valse

bekentenis brengt ons allen verder van de materiële waarheid dan een zwijgende verdachte.¹⁰ Het is veelzeggend dat deze belangrijke consequenties voor de waarheidsvinding doorgaans niet door de wetgever of de justitiële autoriteiten worden aangegrepen om meer en verdergaande voorzieningen van rechtsbescherming te creëren.

3 EEN VERSTERKING VAN DE VERDEDIGINGSPOSITIE MET HET OOG OP DE WAARHEIDSVINDING

In 1913 heeft minister van Justitie Ort in de Memorie van Toelichting bij het wetboek vorm gegeven aan de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht door te stellen dat een goed ingericht strafproces zoveel mogelijk dient te bevorderen dat het materiële strafrecht wordt toegepast op de daadwerkelijk schuldige en tevens zoveel mogelijk dient te voorkomen dat een onschuldige wordt veroordeeld of zelfs maar wordt vervolgd.¹¹ Deze doelstelling wordt nog altijd aangehaald en heeft niet aan bezwerende kracht ingeboet. Het is wel zo dat tegenwoordig op geheel andere wijze invulling wordt gegeven aan die doelstelling. Dit is niet vreemd, daar de strafrechtswerkelijkheid van de 21^{ste} eeuw nu eenmaal een andere is dan die aan het begin van de 20^{ste} eeuw. Een andere invulling is ook denkbaar vanwege de openheid van de doelstelling: deze kan aan de hand van inwisselbare uitgangspunten met inachtneming van fundamentele beginselen verschillend worden uitgewerkt.¹² Deze beginselen en uitgangspunten zijn beslissend voor de inrichting van het strafproces en voor de toedeling van rechten en bevoegdheden aan betrokkenen als de officier van justitie, de rechter, de verdachte en diens raadsman. De regeling van de strafvordering dient zo te zijn ingericht dat de doelstelling van het strafproces kan worden verwezenlijkt en de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming in evenwichtige mate kunnen worden gediend.

10 J.F. Nijboer en J.C. Jarigsmā, 'De materiële waarheid in het (straf)procesrecht', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen. Bijdragen aan het symposium, dat ter afscheid van prof. mr. W.D.H. Asser op 7 oktober 2005 aan de Universiteit Leiden werd gehouden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 28.

11 Zie *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55: 'Een goed ingericht strafproces moet zoveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van de niet-schuldige naar vermogen te verhinderen.'

12 Zie voor het onderscheid tussen fundamentele beginselen en inwisselbare uitgangspunten Corstens, *a.w.*, p. 55. Fundamentele beginselen zijn uitgangspunten die gemeen zijn aan vele stelsels van strafprocesrecht, die in de mensenrechtenverdragen als eis zijn geformuleerd en die diep in het rechtsbewustzijn van vele volkeren zijn verankerd. Er mag niet van worden afgeweken. Corstens noemt als voorbeeld de rechterlijke onpartijdigheid. Inwisselbare uitgangspunten zijn beginselen waaraan normatieve kracht toekomt, omdat er nu eenmaal voor is gekozen. De wetgever had ook voor andere uitgangspunten kunnen kiezen zonder dat daardoor een fundamentele rechtswaarde verloren zou zijn gegaan. Corstens noemt als voorbeeld het opportuniteitsbeginsel.

Voor het Wetboek van Strafvordering van 1926 heeft de doelstelling van het strafproces vooral nader invulling gekregen voor de fase van het vooronderzoek. Het uitgangspunt is daarbij geweest dat enerzijds de justitiële autoriteiten meer middelen zouden krijgen ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten en dat anderzijds de verdachte zich beter beschermd zou weten tegen vergaande inbreuken en zou zijn verzekerd van een betere procespositie. De wetgever heeft getracht met deze veranderingen een evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming te vinden.¹³ Voor wat betreft de procespositie van de verdediging wordt deze ‘nieuwe’ regeling doorgaans voorgesteld als een aanzienlijke verbetering ten opzichte van die positie in het wetboek van 1838.¹⁴ Dit is ook zeker het geval, maar het is goed in het achterhoofd te houden dat niet altijd even consequent wordt gesproken van een verbetering in het licht van de rechtsbescherming. In het voorontwerp voor het nieuwe wetboek uit 1901 – van de hand van de latere minister Ort die op dat moment in functie is als raadsadviseur bij het Ministerie van Justitie – voert steeds het ‘hogere belang’ van de waarheidsvinding de boventoon, ook bij de toedeling van rechten en bevoegdheden aan de verdediging. Zo wordt gesteld dat de bepalingen waarin de onderzoeksbevoegdheden van de verdachte en de rechtsbijstand door een raadsman zijn vervat, ‘zoovele waarborgen [zijn] dat het onderzoek naar de waarheid met behulp van de krachten van al de onmiddellijk belanghebbenden kan geschieden.’¹⁵ In het verlengde daarvan wordt benadrukt dat ongeacht de verbeterde verdedigingspositie niet uit het oog mag worden verloren dat ‘het publiek belang eischt dat aan de strafvervolgning in geen enkel tijdperk belemmeringen in den weg mogen [worden gelegd] die haar het eenig doel dat zij moet beoogen, het vinden der materiele waarheid, zoude kunnen doen missen.’¹⁶ Ondanks dat het latere Oorspronkelijk Regeringontwerp voortbouwt op dit voorontwerp, wordt daarin in meer bedekte termen gesproken over de bijdrage die de genoemde voorzieningen worden geacht te leveren aan de waarheids-

13 Zie *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55: ‘Men kan, vertrouwend op het beleid der personen, die met de vervolgingstaak zijn belast [...] alle bevoegdheden verleenen, welke zij naar omstandigheden kunnen behoeven, doch dan tevens aan alle bij het onderzoek betrokkenen zooveel rechten verleenen als met het belang van het onderzoek slechts even bestaanbaar is. [...] M.a.w. men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zoodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor hare taak behoeft, aan de verdachten en aan de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafrecht niet onvoorwaardelijk in strijd komen.’

14 Zie over de positie van de verdachte in het Wetboek van Strafvordering van 1838 D. Simons, *Beknopte handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1913, met name p. 48-54.

15 Zie K. Lindenberg (red.), *Van Ort tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2002, p. 79.

16 Zie K. Lindenberg, *a.w.*, p. 79.

vinding.¹⁷ Hetzelfde geldt voor de Memorie van Toelichting bij het uiteindelijke Ontwerp van Wet. Bij de behandeling van de verbeterde verdedigingspositie wordt dit punt zorgvuldig onbesproken gelaten. Er wordt slechts aangeven dat de verdedigingsrechten dienen te worden uitgebreid voor zover dat is te verenigen met het doel van het strafproces en deze derhalve kunnen worden beperkt in het belang van het onderzoek.

De versterking van de verdedigingspositie in het vooronderzoek wordt in het wetboek van 1926 vormgegeven door het opnemen van uiteenlopende rechten en bevoegdheden voor de verdachte en zijn raadsman. De rechten en bevoegdheden zijn te onderscheiden in voorzieningen die puur de belangen van de verdachte beogen te beschermen en voorzieningen die tevens kunnen bijdragen aan de waarheidsvinding. Het voorbeeld van de eerstgenoemde soort voorzieningen is de rechtspositie die de verdachte heeft gekregen in het kader van de inverzekeringstelling en de voorlopige hechtenis. De bescherming bestaat uit waarborgen die ervoor hebben te zorgen dat de verdachte niet onrechtmatig van zijn vrijheid wordt beroofd. Voorbeelden van de tweede soort voorzieningen zijn er te over: deze houden alle verband met het onderzoek dat door de justitiële autoriteiten aan de dag wordt gelegd in de strafzaak tegen de verdachte. Het betreft het recht bij dat onderzoek aanwezig te zijn, daarover te worden geïnformeerd en daarop te reageren – kortom: te worden gehoord – en de bevoegdheid ontlastend onderzoek te instigeren. De bescherming voor de verdachte bestaat bij deze voorzieningen uit de mogelijkheid het onderzoek ten gunste van zichzelf te beïnvloeden. De bijdrage aan de materiële waarheidsvinding is een consequentie van deze voorzieningen en geen onbelangrijke: de waarheid die de verdediging aan het licht brengt in het kader van rechtsbescherming, kan helpen de materiële waarheid te vinden. In de regeling van 1926 is de versterking van haar positie dan ook mede ingegeven vanuit die verwachting. Het is noemenswaardig dat het onderscheid in de twee soorten voorzieningen samenvalt met de indeling van het vooronderzoek in twee fasen, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek. Het zwaartepunt van het onderzoek ligt in de laatstgenoemde fase: alle bevoegdheden van de justitiële autoriteiten die nodig zijn ten behoeve van de materiële waarheidsvinding en die enige inbreuk maken op belangen van de verdachte, zijn in dat kader gebundeld. De rechtsbescherming voor de verdachte met consequenties voor de waarheidsvinding is eveneens geheel in dat kader vormgegeven. Voor de fase van het opsporingsonderzoek is nagenoeg niets geregeld; of het nu de bevoegdheden voor de justitiële autoriteiten betreft of die voor de verdediging. Een uitzondering wordt gevormd door de vrijheidsbenemende dwangmiddelen die zijn geregeld los van het kader

17 Zie K. Lindenberg, *a.w.*, p. 420-431. Ort – in functie als advocaat-generaal bij de Hoge Raad – is voorzitter van de Staatscommissie die is belast met het opstellen van het ORO. Zie A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces I*, Haarlem: Tjeenk Willink en Zoon 1925, p. 9.

van het gerechtelijk vooronderzoek: de enige voorziening van rechtsbescherming is zogezegd de rechtspositie van de verdachte bij de inverzekeringstelling en de voorlopige hechtenis. Dit is echter niet opmerkelijk: het is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest de zoektocht naar de materiële waarheid te centreren in het gerechtelijk vooronderzoek.¹⁸ Met andere woorden: buiten dat onderzoekskader heeft de wetgever niet veel meer voorzieningen hoeven te treffen dan die van pure rechtsbescherming in het geval de verdachte van zijn vrijheid zou worden beroofd.

De regeling van het vooronderzoek en de verbeterde positie van de verdediging worden in de periode rondom de inwerkingtreding van het wetboek over het algemeen goed ontvangen.¹⁹ De aanmerkingen hebben vooral betrekking op de wijze waarop de wetgever in het ontwerp het belang van de waarheidsvinding heeft getracht zeker te stellen. Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat minister van Justitie Heemskerk als opvolger van Ort de mening is toegedaan dat het vrij verkeer tussen de voorlopige gehechte verdachte en diens raadsman in het ontwerp zo ruimhartig is geregeld, dat de waarheidsvinding zou kunnen worden gefrustreerd en er zelfs collusiegevaar zou dreigen. Het is interessant dat de minister juist een voorziening wil beperken die louter de rechtsbescherming dient en geen bijdrage levert aan de waarheidsvinding. Diens poging daartoe wordt evenwel tijdens de behandeling van het ontwerp afgewend.²⁰ Een heel andere opvatting over de versterkte verdedigingspositie komt van Simons die beweert dat die zogenaamde versterking juist enkel ertoe leidt dat de verdachte meer en meer onderwerp van onderzoek wordt.²¹ Dit is zijns inziens te wijten aan het nalaten van de wetgever te breken met de inquisitoriale traditie van het strafproces, waardoor in de praktijk de voorzieningen van rechtsbescherming zich gemakkelijk tegen de verdachte kunnen keren. Simons doelt hier op de rechten en onderzoeksbevoegdheden voor de verdediging die in de eerste plaats beogen te voorzien in rechtsbescherming, maar die ook waarheidsvinding als consequentie kunnen hebben. Deze voorzieningen zijn ingegeven door de gedachte dat de verdediging daarbij zou zijn gebaat, maar dienen zijns inziens vooral het belang van de materiële waarheidsvinding. Het 'horen' van de verdachte over de inzet van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden geeft in de genoemde inquisitoriale traditie aanleiding de verdachte te zien als object van onderzoek. Op dit punt wreekt zich wat Simons betreft het feit dat niet is omschreven wat het doel is van het horen van de verdachte en wanneer sprake zou zijn van 'het ontlocken van een

18 Dit blijkt ook uit de MvT bij het Ontwerp. Zie *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 59 e.v.

19 Zie onder meer J. Domela Nieuwenhuis, 'Een ontwerp-wetboek van strafvordering en de persoonlijke vrijheid', *TvS 1914*, p. 337-362 en P. van Heijnsbergen, 'Het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Een welkomstwoord', *TvS 1922*, p. 173-183.

20 Zie *Kamerstukken II 1919/20*, 18, nr. 1, p. 2-3 resp. *Handelingen II 1919/20*, p. 1965-1966.

21 Zie D. Simons, 'Een hoofdbeginsel van strafproces', *TvS 1916*, p. 1-31.

verklaring' of van 'ongeoorloofde pressie'.²² Minister Heemskerk ontkent dat sprake zou zijn van een inquisitoriale inslag en stelt dat de uitbreiding van de bevoegdheden van de verdediging er juist op is gericht de kwaliteit van het bewijsmateriaal te verhogen. Naar zijn mening is er op het punt waar de verdediging in staat wordt gesteld invloed uit te oefenen op het onderzoek en haar licht daarover te laten schijnen, sprake van een evenwichtig onderzoek.²³ In het weerleggen van de nadelige consequenties van de versterking van de verdedigingspositie, bevestigt de minister evenwel dat die verbetering zeker in het belang is van de waarheidsvinding.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de versterking van de verdedigingspositie in het wetboek van 1926 mede is ingegeven door de gedachte dat daarmee het belang van de materiële waarheidsvinding wordt gediend. De hoofddoelstelling van het strafprocesrecht laat ook ruimte om de beide belangen op deze wijze op elkaar te betrekken. Ondanks het feit dat van de kant van de wetgever de voorzieningen van rechtsbescherming dienstbaar zijn gemaakt aan het belang van de materiële waarheidsvinding, is niet te miskennen dat het 'nieuwe' wetboek de beoogde versterking in de verdedigingspositie destijds wel heeft aangebracht. Het is interessant te merken dat ook ten tijde van de inwerkingtreding wordt aangevoeld dat de procestraditie en de bestaande verhoudingen in de strafrechtspraktijk zeker van invloed kunnen zijn op de betekenis die toekomt aan de rechten en bevoegdheden van de verdediging. Het feit dat het tot ruim veertig jaar na de inwerkingtreding van het wetboek heeft geduurd voordat de verdediging die positie enigszins ten gelde maakt in de sleutel van de individuele rechtsbescherming, bevestigt dit vermoeden.²⁴ Het feit dat vrijwel direct na de inwerkingtreding van het wetboek zich in de praktijk ontwikkelingen voordoen ten gevolge waarvan het opsporingsonderzoek aan belang toeneemt en uiteindelijk het gerechtelijk vooronderzoek overschaduwde, is wellicht voorspelbaar geweest – denk aan Simons' kritiek – maar daarom niet minder wrang. Het opsporingsonderzoek is namelijk niet ruimschoots voorzien van rechtsbeschermende voorzieningen, in tegenstelling tot het al snel in onbruik geraakte gerechtelijk vooronderzoek.²⁵

22 Zie D. Simons, *a.w.*, p. 29-31.

23 Zie *Kamerstukken II 1917/18*, 77, nr. 1, p. 2-3.

24 Door verschillende oorzaken van maatschappelijke en rechtspolitieke aard verandert de opstelling van de burger ten opzichte van de overheid vanaf het einde van de jaren zestig wezenlijk. Onder meer de toegenomen mondigheid van de burger, de opkomst van de sociale advocatuur en de groeiende invloed van het EVRM zorgen voor een verschuiving in de verhouding van de verdachte burger ten opzichte van de justitiële autoriteiten. Zie bijvoorbeeld A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 15-84.

25 Zie over deze ontwikkelingen A.E. Harteveld, *De rechter-commissaris in strafzaken. Enkele oriënterende beschouwingen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1990; A.J. Machielse, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989; A.E. Harteveld en E.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken; Tweede*

4 EEN TAAK VOOR DE VERDEDIGING BIJ DE MATERIËLE WAARHEIDSVINDING?

In het verlengde van de constatering dat de wetgever bij de voorzieningen van rechtsbescherming de verwachting kan hebben gehad dat de verdediging een bijdrage levert aan de waarheidsvinding, ligt het voor de hand te vragen of een dergelijke verwachting wel overeenstemt met de werkelijkheid. Voor het strafproces van de 21^{ste} eeuw is deze vraag eenvoudig te beantwoorden: de verdediging zal het als haar primaire taak zien de individuele belangen van de verdachte te beschermen.²⁶ Met die proceshouding ligt het niet in de rede dat zij zich daarnaast zal beijveren voor het algemeen belang van de materiële waarheidsvinding.²⁷ Met deze gedachte in het achterhoofd wordt het relevant te onderzoeken wat de wetgever – maar ook de zittingsrechter en de justitiële autoriteiten uit het vooronderzoek – mag verwachten van de verdediging. De vraag dringt zich op of de verdediging ook een taak kan worden toegedicht bij de waarheidsvinding, oftewel of er voor haar een verplichting bestaat een bijdrage aan die waarheidsvinding te leveren. Het antwoord op deze vraag kan van belang zijn voor de overweging rechtsbeschermende voorzieningen door te voeren zoals de rechtsbijstand van de raadsman tijdens het politieverhoor en de audiovisuele registratie.

De discussie over een taak voor de verdediging in het licht van de waarheidsvinding kan worden uitgesplitst naar de personen die onderdeel uitmaken van de verdediging: de verdachte en de raadsman. Het zou wat de verdachte betreft in principe in strijd zijn met de wet en de daaraan ten grondslag liggende fundamentele beginselen hem te verplichten een actieve bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding: onder meer het *nemo tenetur*-beginsel, het zwijgrecht en het pressieverbod verzetten zich daartegen. Uit rechtspraak blijkt evenwel dat uitzonderingen op de hardheid van deze beginselen worden aanvaard. Dit volgt onder meer uit het uitgangspunt van de Hoge Raad dat in het strafprocesrecht geen onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat stelt dat de verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht mee te werken aan de bewijsgaring in de strafzaak tegen hem.²⁸ Oftewel: de verdachte kan onder omstandigheden worden gedwongen een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding. De vraag welke bijdrage dit zou kunnen betreffen, dient

interimrapport onderzoeksproject Strafoording 2001, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 497-588; P.P.J. van der Meij, 'Herpositionering van de rechter-commissaris?', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 71-90.

26 Zie T.B.N.M. Spronken, 'Spiegel van de ziel van de rechtsorde. Over verdediging en waarheidsvinding', in: G.P.M.F. Mols en M. Wladimiroff (red.), *Homo advocatus* (Spongbundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 191.

27 Overigens kan aan de genoemde primaire taak zeker niet een algemeen belang worden ontzegd, wanneer in ogeschouw wordt genomen dat een eerlijk proces dat mede door een goede en effectieve verdediging wordt gerealiseerd, ieder rechtssubject dient.

28 Zie onder meer HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557; HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985, 176; HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994, 629 en HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232.

echter met de nodige terughoudendheid te worden beantwoord. Doorgaans betreft het onderzoekshandelingen die de verdachte heeft te dulden – denk aan het afnemen van lichaamsmateriaal ten behoeve van DNA-onderzoek – of de verplichting bepaalde schriftelijke stukken waarvan het bestaan bij de justitiële autoriteiten bekend is, te overleggen. Volgens de Hoge Raad mag de wetgever in die situaties een inbreuk maken op de genoemde beginselen, mits deze vooraf in een wettelijke regeling een uitdrukkelijke afweging heeft gemaakt tussen de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming en het eerste belang zwaarder heeft laten wegen.²⁹

De gedwongen bijdrage aan de waarheidsvinding door de verdachte lijkt zich niet uit te strekken tot het afleggen van een verklaring. Het is evenwel goed denkbaar dat de verdachte weliswaar niet wordt gedwongen te verklaren, maar dat het verzamelde bewijs tegen hem van dien aard is dat het wel schreeuwt om een verklaring. Het niet verklaren kan in dat geval tegen de verdachte worden gebruikt, hetgeen weer zou kunnen worden uitgelegd als een beperking van het zwijgrecht.³⁰ Een ander voorbeeld van de uitzondering op de hardheid van de genoemde beginselen is de vergaande nuancering van het *nemo tenetur*-beginsel ten gevolge van rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens.³¹ Hoewel deze nuancering eveneens vooral draait om de verkrijging van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte – denk aan het overleggen van delen van de boekhouding, van belastinggegevens of van douanedocumenten³² – worden door het EHRM onder omstandigheden ook inbreuken op het zwijgrecht van de verdachte aanvaard als deze wordt verplicht een verklaring af te leggen.³³ Niettemin lijkt de stelling gerechtvaardigd dat het zwijgrecht en het pressieverbod in beginsel onverminderd gelding hebben voor de situatie waarin de verdachte wordt verhoord door de justitiële autoriteiten in een regulier strafproces.³⁴ In elk geval kan worden volgehouden dat de verdachte geen taak heeft bij de waarheidsvinding in het kader van het politieverhoor.

De vraag naar een taak voor de raadsman in het kader van de materiële waarheidsvinding – de verplichting een bijdrage daaraan te leveren – laat zich iets minder eenvoudig beantwoorden. De ene veronderstelling dat de raadsman

29 Zie K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 310-313.

30 Zie bijvoorbeeld EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (Murray).

31 Zie onder meer B.J. Koops en L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond *nemo tenetur*', *DD* 2003, p. 281-294; J.W. Fokkens en W.J.V. Spek, 'Het *nemo tenetur*-beginsel en het Nederlands straf(proces)recht', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 147-160; L. Stevens, 'Het *nemo-tenetur*beginsel als containerbegrip', *DD* 2007, p. 682-697.

32 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke); EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders) en EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354 (J.B. tegen Zwitserland).

33 Zie EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25 (O'Halloran & Francis).

34 Zie ook T.H.J. Smits, *Zwijgen en meewerken. De Nederlandse wetgever en de reikwijdte van het *nemo-tenetur*beginsel*, Tilburg: Celsius Juridische Uitgeverij 2006, p. 78.

in de eerste plaats de belangen van de verdachte zal dienen, leidt tot de andere dat de raadsman de waarheidsvinding niet als zijn taak zal beschouwen. De raadsman heeft bevoegdheden – rechtsbeschermende voorzieningen – tot zijn beschikking die hij al dan niet in opdracht van de verdachte kan aanwenden en die kunnen leiden tot een bijdrage aan de waarheidsvinding. Op grond van uiteenlopende overwegingen kan de raadsman echter besluiten de bevoegdheden niet te benutten en hij kan bovendien verzuimen dit te doen. Afgezien van tuchtrechtelijke sancties bij een verwaarlozing van zijn werkzaamheden zijn er voor de raadsman zelf geen consequenties verbonden aan het niet aanwenden van die bevoegdheden. De mogelijke consequenties raken de verdachte: het niet genereren van ontlastend bewijs kan uitmonden in een (zwaardere) veroordeling en een passieve proceshouding kan leiden tot rechtsverwerking. Zo er een taak voor de raadsman bestaat deze consequenties af te wenden, is die taak gelegen in de rechtsbescherming van de verdachte. Wat betreft de verplichte bijdrage aan de waarheidsvinding is er voorts een wezenlijk verschil tussen de verdachte en de raadsman: de raadsman is in de strafzaak tegen de verdachte geen onderwerp van onderzoek. Ondanks het feit dat het *nemo tenetur*-beginsel zich slechts richt tot de verdachte, is er behoudens een enkele uitzondering geen situatie waarin de raadsman onderzoekshandelingen heeft te dulden of bepaalde stukken dient te overleggen. Zo dit wel het geval is – denk aan de doorzoeking van het kantoor of het afluisteren van telefoongesprekken in een strafzaak tegen een verdachte die de raadsman bijstaat – gelden strikte wettelijke voorwaarden.³⁵ In het geval dat de raadsman wordt gevraagd in de strafzaak tegen de verdachte te getuigen, kan hij zich zonder meer beroepen op het verschoningsrecht.³⁶

Met deze schets van de positie van de raadsman ten aanzien van de waarheidsvinding is nog niet gezegd dat hem geen taak zou kunnen worden toebedeeld. Al sinds de inwerkingtreding van het wetboek wordt bijvoorbeeld bij tijd en wijle de vraag opgeworpen of de raadsman zich niet veel onpartijdiger dient op te stellen en meer heeft te verdedigen dan enkel de individuele belangen van de verdachte. Zo wordt in de jaren dertig de idee aangedragen van de verdediger als magistraat en aan het einde van de jaren vijftig de idee

35 Zie voor een recente grove schending van de regels ten aanzien van het afluisteren van telefoongesprekken met geheimhouders en de daarop volgende niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de Hells Angels-zaak: Rb Amsterdam 20 december 2007, *LJN* BC0685.

36 Zie voor een recent voorbeeld de Vancouver-zaak. Advocaat Meijering wordt in deze zaak tegen zijn cliënt en diens medeverdachten opgeroepen te getuigen over het vermeende lekken van politie-informatie. Meijering beroept zich consequent op zijn verschoningsrecht, ondanks het feit dat de rechter-commissaris voor een aantal vragen beslist dat diens verschoningsrecht opzij moet worden gezet vanwege het belang van de waarheidsvinding. Zie Rb Amsterdam 6 december 2007, *LJN* BC3366 en T. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2008, p. 955-956.

van de ambtelijke verdediging.³⁷ In de jaren zeventig komt de taak van de advocaat ter sprake in het kader van de discussie over diens al dan niet geboden aanwezigheid bij het politieverhoor. In dat kader wordt de stelling geponeerd dat bijstand in dit vroege stadium van het strafproces al te zeer in de weg zou staan aan de materiële waarheidsvinding: de verdachte zou zich te zeer gesterkt voelen door de aanwezigheid van een raadsman en daardoor minder snel geneigd zijn te bekennen, terwijl de bekentenis juist van grote waarde is in de meeste strafzaken.³⁸ Dit zou anders zijn als de raadsman een taak zou hebben de waarheidsvinding te bevorderen, maar volgens Van Veen is dat niet de bedoeling en is die taak weggelegd voor andere procesdeelnemers.³⁹ In de jaren tachtig en negentig wordt de raadsman zelfs aangewreven dat deze de waarheidsvinding in het geheel niet bevordert, maar zich veel te eenzijdig opstelt in het belang van de verdediging. De indruk wordt gewekt dat de raadsman de rechtsbeschermende voorzieningen te vaak zou aanwenden met het doel de waarheidsvinding te frustreren. De raadsman zou in zijn partijdige belangenbehartiging de aandacht trachten af te leiden van de waarheidsvinding door vooral de rechtmatigheid van opsporing en vervolging aan de kaak te stellen.⁴⁰ De gedachte van minister van Justitie Ort dat de verdediging door middel van rechtsbeschermende voorzieningen een bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding, wordt door minister Korthals Altes op deze wijze ontkent.⁴¹ Er wordt gesproken over de misbruikgevoelige kant van die rechtsbeschermende voorzieningen: de raadsman zou als geen ander weten hoe deze in het belang van de verdachte te misbruiken. Deze aantijging lijkt vooral het gevolg van een beter benutte en daardoor meer effectieve rechtsbescherming. Het is namelijk inderdaad zo dat de raadsman – en met hem de verdediging – zich in de loop van de jaren tachtig en negentig steeds beter verweert en de middelen die hem ter beschikking staan beter aanwendt in het belang van de verdachte. Het ligt voor de hand dat hem daardoor de

37 Zie respectievelijk M. Schorlesheim, 'De verdediger als magistraat', *NJB* 1931, p. 369-374 en L.W.M.M. Drabbe, 'Ambtelijke verdediging in het vooronderzoek van strafzaken', *TvS* 1958, p. 286-316. Zie voor een beschrijving van beide T. Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 42-56.

38 Zie onder meer G.P.A. Aler en E.P. von Brucken Fock, 'De raadsman en het politieverhoor', *NJB* 1976, p. 1379-1381. Zie ook *Kamerstukken II* 1981/82, 17 480, nr. 1, p. 3-4.

39 Zie Th.W. van Veen, 'Het politieverhoor en de raadsman', *DD* 1980, p. 489-490.

40 Zie T.B.N.M. Spronken, 'Spiegel van de ziel van de rechtsorde. Over verdediging en waarheidsvinding', in: G.P.M.F. Mols en M. Wladimiroff (red.), *Homo advocatus* (Spongbundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 191.

41 Zie bijvoorbeeld minister van Justitie Korthals Altes over de in het voordeel van de verdediging doorgesloten balans tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming: *Staatscourant* 1987, nr. 187 (de fameuze Assense rede) en 'Strafprocesrecht schiet tekort bij criminaliteitsbestrijding', *Staatscourant* 1988, nr. 207 (de rede bij de installatie van de Commissie Moons). De voorstelling van zaken dat advocaten er alles aan doen zand in de machine te strooien, wordt zeker ook tegenwoordig nog gehoord. Zie bijvoorbeeld *Handelingen II* 2005/06, nr. 73, p. 4603-4612.

frustratie van de justitiële autoriteiten ten deel valt: 'Een consequent doorgevoerde partijdigheid, die de materiële waarheidsvinding naar de achtergrond schuift, welt bij andere procesdeelnemers weerstand op.'⁴² De idee dat de raadsman een bijdrage zou kunnen leveren aan de waarheidsvinding lijkt met name te worden aanvaard wanneer de raadsman in concrete voorstellen op afstand van de verdachte wordt geplaatst en de belangen van de verdachte en de raadsman worden opgesplitst; de wetenschap dat de raadsman staat voor de belangen van de verdachte en met dat doel rechtsbeschermende voorzieningen aanwendt, zorgt voor wantrouwen jegens die raadsman en voor het afwijzen van een versterking van de verdedigingspositie, ook als dit de waarheidsvinding zou kunnen dienen.

De suggestie dat de raadsman misbruik zou maken van de hem toekomende procesbevoegdheden brengt Cleiren ertoe te onderzoeken of er een publieke taak bestaat voor de verdediging in het kader van de waarheidsvinding; pas wanneer een dergelijke taak zou bestaan, mag ervan worden uitgegaan dat de verdediging zich niet beperkt tot het opkomen voor de belangen van de verdachte en dat de verdediging zich niet beroept op haar rechten in geval dat de waarheidsvinding zou kunnen hinderen. Pas wanneer een dergelijke taak zou bestaan en de verdediging met het uitoefenen van haar rechten de waarheidsvinding doelbewust zou frustreren, kan eventueel van misbruik worden gesproken.⁴³ Die publieke taak bestaat volgens Cleiren echter niet, omdat het Wetboek van Strafvordering zich in de eerste plaats niet uitstrekt tot de verdachte, maar zich richt tot de justitiële autoriteiten: het wetboek normeert de bevoegdheden die kunnen worden ingezet tegen de verdachte. De verdachte is onderwerp van het onderzoek dat naar hem wordt gedaan, hij is onderwerp van de waarheidsvinding en wordt – voor zover mogelijk en tot op zekere hoogte – tegen al te ingrijpend overheidsoptreden beschermd. Het strafproces kenmerkt zich wat dit betreft door een ongelijkwaardige verhouding tussen de justitiële autoriteiten en de verdachte. De aan de verdachte toegekende rechten en bevoegdheden zijn onzelfstandig in die zin dat deze alleen kunnen worden aangewend wanneer de verdachte in het strafproces wordt betrokken.⁴⁴ 'Deze stelling impliceert allerm minst dat de positie van de verdachte en diens raadsman als ondergeschikt wordt beschouwd. Integendeel, zij is juist gebaseerd op de premisse van onvervreemdbare rechten en vrijheden van burgers in een rechtsstaat op de idee dat als deze al moeten worden ingeperkt, dit bij wet en gespecificeerd moet plaatsvinden.'⁴⁵ De rechten en bevoegdheden die de verdachte heeft, kunnen bovendien weer

42 T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 192.

43 Zie C.P.M. Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 141-165.

44 Zie C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 152-154.

45 C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van art. 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 22.

worden ingeperkt in het belang van de waarheidsvinding, hetgeen nogmaals de ongelijke verhouding tussen de verdachte en de justitiële autoriteiten aangeeft.

De rechten en bevoegdheden van de verdachte dienen te worden vertaald in een aanspraak op de naleving van de vormvoorschriften die gelden voor de rechtmatige uitoefening van bevoegdheden en niet in een verantwoordelijkheid de waarheid te vinden ook als dat in zijn nadeel – in de zin van een vervolging of veroordeling – zou kunnen zijn. De voorzieningen die eventueel kunnen bijdragen aan de waarheidsvinding zijn in de allereerste plaats voorzieningen die de verdachte behoren te beschermen tegen de justitiële overheid. Het is niet vreemd te stellen dat dit laatste ook impliciet de reden is op grond waarvan de rechten en bevoegdheden van de verdachte aan beperkingen onderhevig kunnen zijn: de opsporing en vervolging kunnen door de uitoefening van de verdedigingsrechten flink worden gehinderd en vertraagd. Het argument dat de kwaliteit van de uiteindelijk te vinden 'waarheid' beduidend hoger zal zijn wanneer de rechtsbeschermende voorzieningen zoveel mogelijk in acht worden genomen, is in dat geval niet hanteerbaar, of beter: zal in de strafrechtspraktijk niet snel worden overgenomen. De verdachte heeft op deze wijze geen gelijkwaardige positie met de organen van de strafrechtspleging zoals een opsporingsambtenaar, een officier van justitie of de zittingsrechter. Een keerzijde van de omstandigheid dat de verdachte niet eenvoudig zijn rechten ten gelde kan maken, is dat als de verdachte eenmaal in het strafproces is betrokken, het Wetboek van Strafvordering hem in het algemeen ook tot weinig verplicht. Anders gezegd: de verdachte heeft geen publieke functie te vervullen, hij heeft geen doel in het licht van het strafprocesrecht, hij heeft geen taak.⁴⁶

Spronken trekt de redenering van Cleiren door naar de taak die de raadsman in het strafproces heeft te vervullen. Juist omdat de verdachte voornamelijk onderwerp van onderzoek is en zich dat onderzoek heeft te laten welgevalen, en omdat diens rechten en bevoegdheden dienen te worden uitgelegd als voorzieningen van rechtsbescherming, geldt voor de raadsman eenzelfde insteek. Hoewel de taak van de raadsman net als bij andere procesdeelnemers in zekere zin tweeledig is – het draait ook bij hem om waarheidsvinding en rechtsbescherming – wordt die taak gedomineerd door een eenzijdige belangenbehartiging: de rechtsbijstand van de verdachte.⁴⁷ De taak van de raadsman is een afgeleide van de procespositie van de verdachte, maar wijkt daarvan af omdat hem minder vrijheid wordt gelaten in het kader van de waarheidsvinding. De raadsman heeft zich te houden aan de voorschriften die zijn gesteld aan zijn bemoeienis, hij mag de waarheidsvinding niet actief tegenwerken en

46 Zie C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 23 en C.P.M. Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 154.

Zie ook A.L. Melai, 'De positie van de verdachte in het strafgeding', *DD* 1980, p. 537.

47 Zie T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 198.

hij mag zelf niet liegen door feiten ten overstaan van de officier van justitie of de rechter als 'waar' te presenteren terwijl hij weet dat deze onjuist zijn.⁴⁸ Deze professionele verantwoordelijkheid ten opzichte van de waarheidsvinding ten spijt, van de kant van de justitiële autoriteiten klinkt vooral de roep om meer distantie en objectiviteit in de procesopstelling van de raadsman. Dat laat zich eenvoudig verklaren: ondanks de erkenning van het belang van de rechtsbescherming geniet de materiële waarheidsvinding als doel van het strafproces voorrang.⁴⁹ De raadsman stelt daarentegen de belangen van de verdachte met inachtneming van de genoemde beperkingen boven de waarheidsvinding. Om deze reden wordt hij vooral gezien als stoorzender. 'In een strafproces waar de waarheidsvinding centraal staat is er immers idealiter alleen plaats voor professionele procesdeelnemers die in beginsel eenzelfde gemeenschappelijk doel, de waarheidsvinding, voor ogen hebben. Weliswaar heeft de advocaat uitsluitend tot taak datgene naar voren te brengen dat ten voordele van zijn cliënt strekt, maar de hierbij horende bevoegdheden zouden eigenlijk alleen mogen worden aangewend als de officier van justitie en de rechter iets over het hoofd zien dat de verdachte kan ontlasten.'⁵⁰

Naast het feit dat de raadsman minder vrij is dan de verdachte in zijn rechtsbeschermende taak en hij de waarheidsvinding niet mag hinderen, voert het mijns inziens te ver zijn taak zo uit te leggen dat hij een verantwoordelijkheid zou hebben in het licht van de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht.⁵¹ Het is niet aan de raadsman het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming te bewaken. Net als Spronken betoogt, kan wat mij betreft niet van de raadsman worden gevergd dat deze een deel van zijn rechtsbeschermende taak opoffert aan de waarheidsvinding. De primaire taak van de raadsman is gelegen in de rechtsbescherming. Dit impliceert dat de raadsman weliswaar de waarheidsvinding kan dienen, maar dan alleen wanneer dit is te verenigen met de subjectieve belangen van verdachte of wanneer de verdachte daar zelf voor kiest. Dit laat onverlet dat de verdediging in het algemeen en de raadsman in het bijzonder door het aanwenden van rechtsbeschermende voorzieningen wel degelijk de materiële waarheidsvinding kan dienen en de kwaliteit van de gevonden waarheid kan verhogen. Het verantwoordelijk houden van de raadsman voor de uitkomst van het strafproces in de zin van de waarheidsvinding zou evenwel afbreuk doen aan diens rechtsbeschermende taak. De rechtsbijstand van de verdachte, het recht op

48 Zie T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 198-199.

49 Zie T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 195.

50 T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 196.

51 Zo wordt wel bepleit dat het handelen van de verdediging in overeenstemming dient te zijn met de strekking van haar bevoegdheden en het doel van het strafproces en dat de verdediging derhalve in haar optreden ook is gebonden aan de beginselen van een goede procesorde. Zie T. Blom en A.R. Hartmann, 'Verdediging in strafzaken', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 218-219.

een eerlijk proces en de controle die de raadsman op het proces uitoefent, zouden aan betekenis verliezen. 'En daarmee verliest de verdediging haar functie.'⁵² Een dergelijke uitdrukkelijk gestelde verantwoordelijkheid ontkent bovendien de waarde die een effectieve rechtsbescherming in het belang van de verdachte kan hebben voor de materiële waarheidsvinding.

5 WAARBORGEN VOOR DE MATERIËLE WAARHEIDSVINDING TIJDENS HET POLITIEVERHOOR

Niettegenstaande het feit dat hierboven een specifieke taak voor de verdediging bij de materiële waarheidsvinding wordt weersproken en ongeacht de stelling dat niet van haar mag worden verwacht dat zij in het algemeen belang een bijdrage aan die waarheidsvinding zal leveren, is het zo dat in het strafproces onder omstandigheden consequenties kunnen worden verbonden aan de proceshouding van de verdediging die voor haar negatief kunnen doorwerken.⁵³ Het niet tijdig aandragen van ontlastende getuigen – bijvoorbeeld al in het vooronderzoek in het kader van een mini-instructie – kan ertoe leiden dat een verzoek tot oproeping in het kader van het onderzoek ter terechtzitting wordt afgewezen wegens gebrek aan noodzaak of aan verdedigingsbelang.⁵⁴ Het consequente zwijgen van de verdachte in het vooronderzoek kan ertoe leiden dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting weinig waarde meer wordt gehecht aan de verklaring die de verdachte aldaar aflegt.⁵⁵ Een voorbeeld van een iets andere orde, maar daarom niet minder problematisch, is dat het voor de verdachte weinig zoden aan de dijk zet een eerder afgelegde verklaring in een latere fase van het strafproces in te trekken en te ontkennen.⁵⁶ Er is ook meer in het algemeen een tendens te bespeuren dat er een alerte houding van de raadsman worden verlangd en dat deze tijdig de rechtsbeschermende voorzieningen heeft aan te wenden, op het gevaar af dat de verdediging haar rechten verspeelt en zo wordt afgerekend op haar passiviteit.⁵⁷ Gegeven de situatie dat de verdediging wordt afgerekend op een niet geleverde bijdrage

52 T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 201.

53 Zie bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 143.

54 Zie hierover M.J. Duker, 'Noodzaak en verdedigingsbelang. Naar meer eenduidigheid', *DD* 2008, p. 41-65.

55 Zie over het consequente zwijgen van de verdachte en de mogelijke nadelen daarvan L.J.A. van Zwieten, *Bijzondere verhoortechnieken en art. 29 Sv*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 41-44.

56 Zie bijvoorbeeld G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 643.

57 Zie W. Jebbink, *a.w.*, p. 567. Het lijkt erop dat ook het EHRM steeds meer activiteit van de verdediging verwacht. Zie de noot van M. Attinger onder EHRM 18 oktober 2006, appl.nr. 18114/02 (Hermi tegen Italië), *NJCM-Bulletin* 2007, p. 672 e.v. Zie over verhoogde inspanningen die van de verdediging worden gevergd, bijvoorbeeld in het kader van onrechtmatig verkregen bewijs, F. Pinar Ölçer, 'Eerlijk proces en bijzondere opsporing. Over uitlokken, afluisteren, andere bijzondere opsporingsmethoden en het EVRM', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 185-201.

aan de waarheidsvinding in een vroeg stadium, wringt het dat zij niet beter in de gelegenheid wordt gesteld de waarheidsvinding vooraf te beïnvloeden. Anders gezegd: als de verdediging toch op het *niet* leveren van een bijdrage aan de waarheidsvinding wordt afgerekend, zou het wel zo redelijk zijn haar meer mogelijkheden te bieden om als het haar uitkomt die bijdrage *wel* te leveren. De verdediging wordt slechts beperkt in de gelegenheid gesteld actief deel te nemen aan de waarheidsvinding en waar zij die gelegenheid heeft, betreft dit een deelname achteraf, te weten nadat het meeste feitenonderzoek al is gedaan door de justitiële autoriteiten.⁵⁸ Doorgaans rest de verdediging niets meer dan de waarheidsvinding tot dan toe te controleren. Het is vanuit dat oogpunt vreemd de verdediging aan te rekenen dat zij zich vooral richt op de kwestie van de rechtmatigheid van de opsporing, aangezien zij zelf lang niet altijd aan de waarheidsvinding heeft kunnen bijdragen. Deze kritiek strekt zich ook uit tot de vroege fase van het opsporingsonderzoek waarin de verdachte door de politie wordt verhoord.

5.1 Het politieverhoor en de positie van de verdachte

Eerder is al aangegeven dat het opsporingsonderzoek oorspronkelijk niet het stadium van het vooronderzoek is geweest waarin de wetgever de zoektocht naar de materiële waarheid grotendeels heeft willen laten plaatsvinden. Dit in tegenstelling tot het gerechtelijk vooronderzoek, de fase waarin de verdediging een noemenswaardige procespositie heeft toebedeeld gekregen. De rechtsbeschermende voorzieningen stonden weliswaar in het teken van waarheidsvinding, maar de verdediging had niettemin de gelegenheid het proces van waarheidsvinding te beïnvloeden en op die manier ook haar belangen te verdedigen. Door de verschuiving van het zwaartepunt in het vooronderzoek naar de opsporing – een fase met nauwelijks rechtsbeschermende voorzieningen – is voor de verdediging de mogelijkheid verloren gegaan de waarheidsvinding in een vroegtijdig en cruciaal stadium van het strafproces te beïnvloeden. Dit is vooral het gevolg geweest van de veranderingen in de praktijk van het vooronderzoek over tientallen jaren heen, waarmee de verdediging geen gelijke tred heeft kunnen houden. Denk aan de verzelfstandiging en toegenomen deskundigheid van het politieapparaat, de ontwikkeling van nieuwe en verbetering van bestaande opsporingsmiddelen, het uitdijen van het opsporingsonderzoek naar een vroeger, ondergenormerd stadium van het vooronderzoek en de bereidheid van opsporingsambtenaren al te stringente waarborgen en hogere justitiële autoriteiten waar mogelijk te omzeilen.⁵⁹ Ook bij omvangrijke wetswijzigingen als de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek en de introductie van de bijzondere opsporingsbevoegdheden aan het

⁵⁸ Zie T.B.N.M. Spronken, *a.w.*, p. 197.

⁵⁹ Zie P.P.J. van der Meij, *a.w.*, p. 71-79.

begin van de 21^{ste} eeuw heeft de wetgever nagelaten voor de verdediging nieuwe rechtsbeschermende voorzieningen te scheppen waardoor de verdediging in een eerder stadium de materiële waarheidsvinding kan bijsturen. Ter compensatie van het in onbruik geraakte gerechtelijk vooronderzoek is wel de voorziening van de mini-instructie gecreëerd, maar deze ziet niet op het verhoor van de verdachte zelf – al lijkt dat niet uitgesloten – en een verzoek daartoe zal doorgaans pas in een laat stadium worden toegekend. Voor de in het wetboek uitgebreide fase van het opsporingsonderzoek geldt dat de wetgever wel rechtsbeschermende voorzieningen heeft gecreëerd rondom de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, maar dat deze vooral voorwaarden voor toepassing betreffen en eisen aan de verbalisering, opdat de rechtmatigheid van die inzet achteraf kan worden gecontroleerd.

De materiële waarheidsvinding vindt in een veel vroeger stadium plaats dan de wetgever oorspronkelijk heeft beoogd,⁶⁰ maar de positie van de verdediging is niet mee verschoven. Er is weinig geregeld ten aanzien van de verdedigingspositie in de fase van de opsporing. In elk geval zijn de mogelijkheden om de waarheidsvinding te beïnvloeden of daaraan bij te dragen, niet uitgebreid.⁶¹ Het vroege opsporingsonderzoek wordt doorgaans enkel achteraf gecontroleerd en meestal pas op het onderzoek ter terechtzitting. De beperkte bijdrage van de verdediging aan de waarheidsvinding staat in schril contrast met het gewicht dat wordt toegekend aan de werkzaamheden van de opsporingsambtenaren: het bewijsmateriaal dat door hen wordt verzameld of opgesteld domineert de bewijsvoering op het onderzoek ter terechtzitting.⁶² Het bewijs dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan kan doorgaans volledig worden ontleend aan het dossier, de ‘waarheid’ ligt in het dossier verpakt. In dat dossier wordt daarenboven de meeste waarde toegekend aan de bekentenis van de verdachte; diens verklaring ten overstaan van de politie kan betekenen dat de zaak zo goed als rond is.⁶³ Dit laat zich verklaren door het feit dat in het strafproces steeds de materiële waarheidsvinding is vooropgesteld en dat de verdachte doorgaans het beste in staat is te vertellen over wat is voorgevallen.⁶⁴ Volgens Van Zwieten is de functie die aan de bekentenis van de verdachte wordt toegekend in de loop van de ontwikkeling van het straf-

60 Zie *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 107: ‘De verdediging van de verdachte behoort tijdens het voorlopig onderzoek ten volle tot haar recht te komen.’

61 Zie ook B.E.P. Myjer, ‘Over politieverhoren, consultatie, registratie en de kans op korting’, in: S. Dumoulin e.a. (red.), *De Vader van de Gedachte*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 163.

62 Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, ‘Afronding en verantwoording. Algemeen deel’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport Onderzoeksproject Strafoverdring 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 95.

63 Zie J. Simonis, ‘De betekenis van de bekentenis. Over het opnemen van politieverhoren’, *ELSA Leiden Magazine* 2005, p. 24; P.W. van der Kruijs, ‘Het politieverhoor’, in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 383.

64 L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 53.

proces in de 19^{de} en 20^{ste} eeuw verschoven van hulpmiddel bij het achterhalen van de materiële waarheid naar de beste waarborg dat de verdachte terecht wordt veroordeeld.⁶⁵ Het politieverhoor van de verdachte is daarmee het belangrijkste moment in het voor de bewijsvoering toch al dominante opsporingsonderzoek. Het is om deze reden op zijn minst opmerkelijk dat het politieverhoor niet met meer waarborgen is omkleed; het schort zeker aan transparantie van het verhoor en aan controlebaarheid van de afgelegde verklaringen.⁶⁶ In het verlengde daarvan wringt het ook dat nu de verklaring – bekentenis – van de verdachte tot op zekere hoogte bepalend is voor de waarheidsvinding, de verdediging zo weinig gelegenheid heeft te waarborgen dat die verklaring daadwerkelijk overeenstemt met de materiële waarheid. Het is bovendien zeker niet ondenkbaar dat de waarheid die tijdens het politieverhoor blijkt of die de verhorende opsporingsambtenaren uit de afgelegde verklaring destilleren, niet de materiële waarheid is.

De vele valkuilen ten aanzien van de waarheidsvinding in het politieverhoor zijn bekend. Voor dat verhoor geldt onder meer dat de verdachte zich al snel geïntimideerd zal voelen. Alleen al de ongelijkheid in procesposities brengt dit met zich mee: de verdachte wordt onderworpen aan een verhoor door opsporingsambtenaren die in het kader van een strafrechtelijk onderzoek de nodige dwangmiddelen tegen hem kunnen inzetten. De verdachte kan zich daardoor gedwongen voelen te verklaren. Daarenboven kan de verdachte ook onder druk worden gezet. Dit hoeft niet in alle gevallen onaanvaardbaar te zijn. De beperking in de uitoefening van de druk is evenwel gelegen in het pressieverbod: de verdachte dient zijn verklaring wel in vrijheid te hebben afgelegd.⁶⁷ Nog daargelaten de vragen waarom de verdachte druk heeft gevoeld, of hij onder druk is gezet en hoe hoog die druk is geweest, kan de enkele manifestatie van druk wel van invloed zijn op het waarheidsgehalte van zijn bekentenis of verklaring anderszins.⁶⁸ Een andere valkuil betreft de wijze waarop de opsporingsambtenaren de verdachte mogelijkwijs een bekentenis trachten te ontlokken. Dit kan zich voordoen in vele vormen, zoals door sturende, suggestieve vragen te stellen of door de verdachte voor te houden dat hij misschien naar huis mag als hij bekent of dat zijn medeverdachte al een verklaring over verdachtes aandeel heeft afgelegd en de verdachte

65 L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 54.

66 J. Simonis, *a.w.*, p. 24.

67 L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 30: 'Als pressie in de zin van art. 29 Sv [kunnen] derhalve alle handelingen [gelden] die tot strekking of als gevolg hebben dat de *verklaringsvrijheid* van de verdachte wordt aangetast.'

68 Zie ook Rb Groningen 2 november 2006, *LJN AZ2013* waarin de rechtbank vaststelt dat niet zozeer blijkt van onaanvaardbare druk, als wel dat de wijze van ondervraging van een zwakbegaafde verdachte van seksuele delicten twijfel oproept over de betrouwbaarheid van de door verdachte afgelegde verklaringen.

om die reden maar beter zelf ook bekend.⁶⁹ Ten aanzien van dit 'ontlokken' is het lastig aan te geven of de verhorende opsporingsambtenaren de grenzen van de rechtmatigheid overschrijden en welke sanctie daaraan dient te worden verbonden in het licht van de schending van vormvoorschriften.⁷⁰ Een laatste valkuil die als voorbeeld kan worden genoemd, betreft de verbalisering van het verhoor oftewel de vertaling van de verklaring in een proces-verbaal dat later als bewijsmiddel op het eindonderzoek zal fungeren. De weergave van de gang van zaken tijdens het verhoor en de omstandigheden waaronder de verklaring is afgelegd, blijken doorgaans niet uit het proces-verbaal.⁷¹ De opgeschreven verklaring betreft meestal een samenvatting van hetgeen is gevraagd en verklaard tijdens het verhoor. Met name de 'vertaling' van de verklaring van de verdachte in een proces-verbaal laat vaak te wensen over, omdat die doorgaans niet in de precieze bewoordingen van de verdachte is opgeschreven.⁷² 'Enerzijds is het proces-verbaal bestemd voor de bewijsvoe-

69 In Hof Den Bosch 4 maart 2008, *LJN* BC5638 (poging tot moord door brandstichting) is er sprake geweest van een veelvuldig gebruik van sturende en suggestieve vragen en wel in die mate dat het gerechtshof de wijze van verhoren ongeoorloofd achtte en in strijd met het pressieverbod. De verklaring van de verdachte is dan ook van het bewijs uitgesloten. 'Aan de verdachte werd gevraagd wat hij bij Karwei had gekocht. Het antwoord van de verdachte was dat hij alleen lampjes had gekocht. Vervolgens werd gevraagd of de verdachte zeker wist dat hij geen brandbare middelen had gekocht. De verdachte ontkende en voerde toen aan zeker geen benzine te hebben gekocht. De reactie hierop van de verhorende verbalisanten was dat dit daderkennis was. Verder is door de verbalisanten herhaaldelijk op een bijkans manipulatieve wijze benadrukt dat de verdachte psychisch ziek zou zijn. Zo hield een van de verbalisanten de verdachte, nadat deze zich vertwijfeld had afgevraagd waarom hij het gedaan zou hebben, voor: 'omdat je ziek bent'.'

70 In Hof Den Bosch 14 december 2007, *LJN* BC0227 leidden onware mededelingen en irreële beloften aan de verdachte met het doel een bekentenis te verkrijgen tot strafvermindering en niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zoals de raadsman had bepleit. In eerste aanleg werd anders geoordeeld, zie Rb Den Bosch 19 maart 2007, *LJN* BA0931. Zie daarentegen de uitspraak tegen de medeverdachte Rb Den Bosch 19 maart 2007, *LJN* BA0929.

71 Zie L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 30.

72 Zie P.W. van der Kruijs, *a.w.*, p. 381. Zie ook J. Simonis, *a.w.*, p. 25. Een saillant voorbeeld van het afwijken van de afgelegde verklaring van de verdachte ten opzichte van hetgeen deze daadwerkelijk heeft verklaard, volgt uit Rb Arnhem 8 augustus 2007, *LJN* BB1668. Na een vergelijking tussen de processen-verbaal van de politie inhoudende de verklaringen van de verdachte en de woordelijk uitgetypte verslagen van de verhoren door die politie, blijkt er sprake te zijn van een zodanig ernstige schending van beginselen van een goede procesorde dat de Rechtbank het Openbaar Ministerie – op diens vordering – niet-ontvankelijk in zijn vervolging verklaart. Als voorbeelden van de procedurele en inhoudelijke fouten in deze zedenzaak worden genoemd dat de inhoud van de processen-verbaal niet overeenstemt met de inhoud van de letterlijke weergaven, omdat onder meer de voor verdachte ontlastende onderdelen veelal niet zijn opgenomen in het proces-verbaal; de verdachte verklaart heel slecht te kunnen lezen en schrijven, maar toch wordt hem een uitgeprinte versie van het proces-verbaal gegeven om te tekenen; na ondertekening gaat het ondervragen van en inpraten op de verdachte nog geruime tijd door; de verhoren vinden op zeer sturende wijze plaats; de verdachte antwoordt in het algemeen in korte zinnen, maar in

ring waardoor het vanzelf een sterk juridisch karakter krijgt, anderzijds dient het proces-verbaal ook te dienen als een accurate verslaglegging van hetgeen tijdens het verhoor is verklaard. De pogingen die opsporingsambtenaren [doen] om deze beide doelen te verzoenen, leiden tot merkwaardig proza.⁷³ Voor zover de materiële waarheid door middel van het politieverhoor van de verdachte al kan worden gevonden, kunnen het niet letterlijk opschrijven van de afgelegde verklaring en het achterwege laten van de omstandigheden van het verhoor in een proces-verbaal daaraan zeker weer afdoen.⁷⁴ Dit zou toch in tegenstelling tot de waarde die bij de bewezenverklaring wordt gehecht aan de geverbaliseerde verklaring van de verdachte uit het vooronderzoek, voor de nodige terughoudendheid dienen te zorgen. De zittingsrechter lijkt evenwel veel vertrouwen te stellen in dat proces-verbaal en de inhoud ervan wordt zonder al te veel moeite voor 'waar' aangenomen.⁷⁵ Met Van der Kruijs ben ik van mening dat het meer voor de hand zou liggen de processen-verbaal van verklaringen kritischer te bejegenen en de verrichtingen van de opsporingsambtenaren tijdens het politieverhoor strenger te controleren.⁷⁶ Het is evenwel de vraag of de zittingsrechter daar de aangewezen instantie voor is, gezien het late stadium waarin deze bij het strafrechtelijk onderzoek wordt betrokken. Het is in elk geval zo dat de verdediging op het onderzoek ter terechtzitting doorgaans weinig meer kan afdoen aan het vermeende waarheidsgehalte van de in het opsporingsonderzoek afgelegde verklaring van de verdachte. Het is des te wranger dat de verdediging die mogelijkheid eveneens ontbeert in het vooronderzoek.

5.2 De auditieve of audiovisuele registratie van het politieverhoor

De fase van het politieverhoor kan in veel strafzaken worden aangemerkt als het zwaartepunt in de bewijsgaring tegen de verdachte en daarmee van het strafproces als zodanig. Juist tijdens dit verhoor is de kans op misstanden groot vanwege het gebrek aan rechtstreekse controle en directe consequenties in geval er 'fouten' worden gemaakt. De hierboven aangehaalde strafzaken maken

het proces-verbaal staan hele volzinnen die uit zijn mond afkomstig zouden zijn (het lijkt te gaan om de omgebouwde vragen van de verbalisanten).

73 J. Simonis, *a.w.*, p. 25.

74 Een hiermee samenhangend probleem is dat de verdachte doorgaans niet in staat is de juridische implicaties van hetgeen hij verklaart in volle omvang te bevatten. De verdachte wordt hieromtrent doorgaans zo lang mogelijk in het ongewisse gelaten. Zie J. Naeyé, 'De opsporingsrisico's van een vereenvoudigde procedure voor de bekende verdachte', in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 48.

75 Zie P.W. van der Kruijs, *a.w.*, p. 381.

76 Zie P.W. van der Kruijs, *a.w.*, p. 386. Zie ook H. Anker, 'Over vertrouwen in ambtsedige processen-verbaal', *NbSr* 2008, p. 14-15.

dit eens te meer duidelijk.⁷⁷ De misstanden in deze zaken zijn aan het licht gekomen door het proces-verbaal van de verklaring van de verdachte te vergelijken met de auditieve of audiovisuele registratie van zijn verhoor in de vorm van mp3-bestanden, dvd's met filmmateriaal of een integrale transcriptie op basis van deze opnamevormen. De voorbeelden zijn schrijnend omdat het niet gaat om kleine procedurele fouten, maar om uiteenlopende schendingen van fundamentele beginselen. Het is de verdediging die ten aanzien van de waarde van de verklaring van de verdachte voor de waarheidsvinding verweer voert op grond van de registraties van het verhoor. De zittingsrechter kan door middel van de transcripties de verweren van de verdediging verifiëren. Het belang van de auditieve of audiovisuele registratie van het politieverhoor van de verdachte is daarmee reeds gegeven.

Het bijzondere aan de auditieve of audiovisuele registratie van het politieverhoor is dat het over de hele linie gezien zowel het belang van de materiële waarheidsvinding als dat van de individuele rechtsbescherming dient.⁷⁸ Het is echter zo dat deze controlemogelijkheid in de eerste plaats bijdraagt aan de waarheidsvinding⁷⁹ en daaruit zal doorgaans voortvloeien dat de verdachte zich beter beschermd weet tegen een onjuiste veroordeling of bejegening in het vooronderzoek.⁸⁰ Het gaat z gezegd om een voorziening ten behoeve van de waarheidsvinding met consequenties voor de rechtsbescherming. Het is in het licht van de bovengenoemde strafzaken evenwel vreemd onverkort te stellen dat de registratie van het verhoor in gelijke mate de rechtsbescherming van de verdachte dient, nu de draaiende geluidsbanden en camera's blijkbaar niet in de weg hoeven te staan aan het uitoefenen van ongeoorloofde druk, het ontlocken van bekentenissen of het valselijk opmaken van processen-verbaal. Eventuele misstanden komen pas achteraf aan het licht in een geheel ander stadium van de waarheidsvinding, namelijk ten tijde van het verifiëren van de gevonden 'waarheid' op het onderzoek ter terechtzitting.

Niettemin kan worden volgehouden dat de registratie van het politieverhoor een grote waarde toekomt. Dit geldt niet in de laatste plaats voor de opsporingambtenaren zelf. In de 'Handleiding verhoor' voor de politie worden als voordelen genoemd de transparantie van het verhoor, de mogelijkheid eventuele onzekerheden omtrent de inhoud van de afgelegde verklaringen achteraf weg te nemen en de mogelijkheid het gedrag van de verhoorders en de gehoorde persoon te toetsen.⁸¹ Tot zover lopen de voordelen voor de

77 Zie de voetnoten 68 tot en met 70 en 72.

78 J. Simonis, *a.w.*, p. 29.

79 In de kringen rond de politie wordt deze voorziening vooral in het teken van de waarheidsvinding geplaatst. Zie bijvoorbeeld A. van Amelsvoort, I. Rispen en H. Grolman, *Handleiding verhoor*, Den Haag: Elsevier Overheid 2007, p. 97.

80 Zie J. Simonis, *a.w.*, p. 28.

81 Zie A. van Amelsvoort, I. Rispen en H. Grolman, *a.w.*, p. 97. Er wordt gesproken van 'gehoorde persoon' in plaats van verdachte omdat de handleiding niet alleen ziet op het verhoor van de verdachte, maar ook op het verhoor van getuigen.

politie en voor de verdediging op de keper beschouwd gelijk op. Er zit voor de politie echter ook een meer instrumentele kant aan de registratie van het verhoor, die volgt uit de andere voordelen die naar voren worden gebracht: het verhoor kan direct worden gecoacht en worden bijgestuurd; de opname levert veel informatie op over de persoonlijkheid van verdachte of getuige; teamleiders of andere opsporingsambtenaren kunnen meekijken of meeluisteren; en de verhoorders kunnen zich ten volle concentreren op het verhoor, omdat het opmaken van het proces-verbaal niet noodzakelijkerwijs tegelijkertijd hoeft te geschieden. Van Zwieten geeft aan dat de registratie van het verhoor inderdaad een waardevolle aanvulling is op het proces-verbaal van het verhoor. Het ligt evenwel voor de hand dat hij toch een andere meerwaarde bedoelt dan in de 'Handleiding verhoor' wordt genoemd.⁸² De registratie van het verhoor als controlemechanisme is nu eenmaal een ander 'pluspunt' dan de gedachte dat door middel van de registratie de verhorende opsporingsambtenaren en zij die met het verhoor meekijken, de verdachte doelmatiger kunnen verhoren met als resultaat meer belastend bewijsmateriaal. De meer instrumentele gedachtegang van de kant van de politie blijkt ook uit het opsommen van de nadelen die volgens de handleiding kleven aan de registratie, los van de 'beheersaspecten'. De registratie zou namelijk remmend werken op de verklaringsbereidheid van de gehoorde persoon en zou als gevolg hebben dat verhoormethoden openbaar worden, zodat een verdachte in de toekomst zich beter op het verhoor kan voorbereiden.⁸³ Men lijkt deze beide nadelen onwenselijk te achten met het oog op de mogelijkheid in het politieverhoor de waarheid gemakkelijk te vinden.

De voor- en nadelen van de registratie zijn ook onderkend in het evaluatieonderzoek naar de Schiedammer parkmoord. In dit rapport lijkt eveneens de meer instrumentele invalshoek de boventoon te voeren, namelijk het nut van de registratie voor de opsporingsinstanties.⁸⁴ Toch ziet Posthumus ook beperkingen in de meerwaarde van de registratie voor de waarheidsvinding, met name omdat het opnemen van het verhoor van de verdachte niet voorkomt dat deze een valse bekentenis aflegt, maar het enkel mogelijk maakt achteraf vast te stellen wat er tijdens het verhoor is gebeurd.⁸⁵ En ook bij het vaststellen wat er is gebeurd, is de nodige behoedzaamheid geboden: het blijft voor de verhorende opsporingsambtenaren mogelijk contact te hebben met de verdachte dat niet wordt opgenomen, bijvoorbeeld wanneer de opnameapparatuur wordt uitgezet of wanneer de verdachte wordt opgehaald of teruggebracht

82 Zie L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 92.

83 Zie A. van Amelsvoort, I. Rispen en H. Grolman, *a.w.*, p. 97. Met beheersaspecten worden onder meer bedoeld de extra inzet van personeel in het kader van het studiobeheer en de regie van het verhoor, de kosten van de inrichting en het beheer van de studio en de opslag en documentatie van de gegevensdragers.

84 Zie F. Posthumus, *Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord*, 2005, p. 119.

85 Zie F. Posthumus, *a.w.*, p. 119.

naar zijn cel.⁸⁶ Een laatste gevaar dat Posthumus aanstipt is dat de registratie van het verhoor eveneens niet voorkomt dat verkeerd wordt omgesprongen met de informatie die verdachte geeft en de verkeerde conclusies daaraan worden verbonden, zonder dat dit zou blijken uit de registratie. Zo is het niet ondenkbaar dat de verdachte in een strafrechtelijk onderzoek eerst als getuige is gehoord en zodoende beschikt over informatie die tijdens zijn verhoor als verdachte opnieuw aan de orde komt en dan door de politie wordt aangemerkt als daderkennis. Dergelijke praktische onvolkomenheden lijken oplosbaar door een verbaliseringsplicht op te nemen voor de bijzonderheden die zich rondom het verhoor voordoen, maar hierboven is al aangegeven dat de verwachtingen omtrent de waarborgen die voortvloeien uit het verbaliseren, enigszins dienen te worden getemperd.⁸⁷

De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de wijze waarop de voorziening van de verplichte registratie op dit moment wordt doorgevoerd in afwachting van vaste wetgeving of richtlijnen van het College van procureurs-generaal, wel iets weg heeft van een voetval van de minister van Justitie ter compensatie van de gebleken misstanden in de opsporing. Momenteel wordt voor een beperkt aantal delicten de proef op de som genomen, om te onderzoeken of de registratie van het verhoor daadwerkelijk van toegevoegde waarde is. Het is echter de vraag of die meerwaarde goed kan blijken wanneer het maar bij een beperkte categorie delicten wordt ingezet, namelijk bij delicten waarvoor doorgaans toch al meer aandacht is dan voor een 'eenvoudige' mishandeling, diefstal of vernieling.⁸⁸ De eerder aangehaalde zaken tonen aan dat er veel heil kan worden verwacht van de registratie van verhoren in zedenzaken,⁸⁹ maar wellicht dat de noodzaak van de registratie nog dwingender wordt als ook blijkt dat in andersoortige zaken de wijze van verhoren te wensen overlaat. Zo zou het in het kader van een effectieve controle niet vreemd zijn verhoren te registreren waarbij gebruik wordt gemaakt van een tolk, vanwege de bijkomende schakel in de vertaling en interpretatie van de antwoorden van de verdachte. Een andere beperking die ook feitelijk kan afdoen aan de meerwaarde die uit de proef kan blijken, betreft de voorgeschreven wijze van registreren: in de meeste gevallen waarin registratie is geboden, mag worden volstaan

86 Zie F. Posthumus, *a.w.*, p. 119/120.

87 Zie F. Posthumus, *a.w.*, p. 121: 'Vermeld in het proces-verbaal altijd de begin- en eindtijd van een verhoor en van onderbrekingen van het verhoor en vermeld welke consumpties tijdens het verhoor zijn gebruikt.' Zie over de noodzaak van veiligheidswaarborgen ook R. Horselenberg en T. Smeets, 'Valse bekentenissen', *Advocatenblad* 2005, p. 620-623; W. Jebbink, *a.w.*, p. 567.

88 De auditieve registratie wordt verplicht gesteld bij het horen van verdachten indien: 1. het misdrijf strafbaar is gesteld in het Wetboek van Strafrecht en het strafmaximum twaalf jaar of meer bedraagt; 2. de strafbedreiging minder bedraagt dan twaalf jaar maar er een dode te betreuren valt of sprake is van zwaar lichamelijk letsel; 3. het gaat om een zeden-delict met een strafbedreiging van acht jaar of meer of om seksueel misbruik in een afhanke-lijkheidsrelatie. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 178, p. 2.

89 Zie de voetnoten 68 en 72.

met een auditieve registratie in plaats van een audiovisuele. Het ligt voor de hand dat een audiovisuele registratie meer omstandigheden van het verhoor blootgeeft en de context waarin de verdachte zijn verklaring aflegt beter doet gevoelen, zodat weer minder afhankelijk is van een nauwkeurige verbalisering van alle randverschijnselen.

De minister van Justitie laat met het voorlopig en beperkt doorvoeren van de maatregel niet echt blijken de registratieplicht als grote noodzaak te beschouwen. Volgens Jebbink ligt de focus juist op het beperken en achterwege laten van de registratie, aangezien de minister aangeeft dat de registratie ook bij ernstige seksuele en levensdelicten vooralsnog niet kan worden afgedwongen. Evenmin mogen de justitiële autoriteiten worden afgerekend op gebreken in de registraties of de kwaliteit daarvan. 'Dit is verbijsterend: de minister haalt hiermee de dringend gewenste mogelijkheid van controle bij voorbaat volledig onderuit. Wat immers, indien alles is opgenomen, behalve net dat ene verhoor waarin de verdachte bekent én ten aanzien waarvan hij naderhand stelt dat hij onder druk werd gezet? Als de politie in zo'n geval niet mag worden afgerekend op onvolkomenheden in de registratie, zijn we dan niet simpelweg terug bij af?'⁹⁰ Jebbink is van mening dat de registratie van het politieverhoor pas daadwerkelijk serieus wordt genomen in de opsporingspraktijk als de niet-geregistreerde en door de verdachte betwiste verklaringen uit het vooronderzoek van het bewijs worden uitgesloten. Eenzelfde sanctie dient wat hem betreft te volgen voor de geregistreerde verhoren waaruit blijkt dat de verhoorders de verdachte onder al te veel druk hebben gezet.⁹¹ Helaas is met deze striktere toepassing en sancties nog steeds niet gegeven dat het verhoor daadwerkelijk te allen tijde naar behoren zal verlopen.

Er is niettemin veel goeds te verwachten van de registratie van het politieverhoor van de verdachte, en dan met name voor wat betreft de controle achteraf op de gang van zaken tijdens het verhoor.⁹² Er kan ook worden beredeneerd dat eventueel een preventieve werking van de registratie van het verhoor uitgaat naar de verhorende opsporingsambtenaren. Immers, wanneer de verhoorders weten dat niet alleen de verklaring van de verdachte wordt vastgelegd, maar ook de wijze van verhoren, is de kans in elk geval aanwezig dat deze zich om die reden weerhouden van het uitoefenen van al te veel druk en dat ze de verklaring van de verdachte geen geweld zullen aandoen. Bij de waarde van de registratie voor de waarheidsvinding en rechtsbescherming kunnen evenwel ook de nodige kanttekeningen worden geplaatst,

90 W. Jebbink, *a.w.*, p. 566. Hij verwijst naar reacties van de minister op moties over de audiovisuele registratie van verhoren, zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 300 IV, nr. 111, p. 14 en nr. 149, p. 8.

91 Zie W. Jebbink, *a.w.*, p. 566.

92 Deze verwachting wordt in de literatuur breed onderschreven. Zie onder meer: Y. Buruma, 'Onschuldig!', *DD* 2005, p. 953-963; G.P.M.F. Mols, 'De Schiedammer parkmoord. Magistrale of magistratuurlijke reflectie', *NbSr* 2005, p. 941; J. Sjöcrona, 'Eerlijkheid in het geding. Over recht en fatsoen in strafzaken', *Trema* 2005, p. 376.

zoals hierboven reeds is aangegeven. Dit houdt mijns inziens sterk verband met het feit dat de registratie in handen ligt van de verhorende opsporingsambtenaren zelf, dat de controle feitelijk niet geschiedt gedurende het verhoor en door andere belanghebbenden dan de verhoorders en dat de voorschriften die in acht dienen te worden genomen, in de praktijk ruimte laten voor geknoei rondom het verhoor en de registratie zodat het ook weer niet al te lastig is een bekentenis te verkrijgen. De vraag of de verdediging door de registratie van het politieverhoor een wezenlijke bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding, kan mijns inziens niet zonder meer bevestigend worden beantwoord. Zij is namelijk bij die registratie nog altijd afhankelijk van anderen. Het draait in dat kader bovendien om een reeds gevonden waarheid die zij achteraf mag verifiëren, aanvechten en wellicht kan bijstellen. Zelfs de verplichte audiovisuele registratie van het politieverhoor van de verdachte bij alle soorten delicten zou de verdediging nog niet voorzien van een zodanige verbetering in de rechtsbescherming dat zij de materiële waarheidsvinding op het moment dat die tot stand komt, kan beïnvloeden.

5.3 De raadsman bij het politieverhoor als sluitstuk voor de materiële waarheidsvinding

Om de materiële waarheid uiteindelijk te kunnen vaststellen, is het van belang dat tijdens het proces van waarheidsvinding de betrouwbaarheid van het onderzoek is gewaarborgd. Het is in dat opzicht niet alleen van belang of de gevonden waarheid achteraf kan worden geverifieerd, maar dat de waarheid op deugdelijke wijze wordt gevonden. Het politieverhoor van de verdachte neemt als onderdeel van het onderzoek naar de materiële waarheid echter een lastige plaats in. Er is geen zekerheid te geven dat een bepaalde verhoormethode altijd leidt tot een verklaring van de verdachte die overeenstemt met de materiële waarheid. Dit houdt enerzijds verband met het onderwerp van onderzoek – de verdachte is tijdens het verhoor vrij om te bepalen of hij verklaart en wat hij verklaart – en anderzijds met de methode van onderzoek: het politieverhoor kent zoals gezegd de nodige valkuilen. Het is mijns inziens dan ook van belang dat er naast de voorziening van de audiovisuele registratie van het politieverhoor, die er in ons strafproces voornamelijk aan bijdraagt dat het verhoor achteraf kan worden geverifieerd, ook de nodige waarborgen worden ingebouwd die rechtstreeks tijdens het verhoor hun werking hebben en een deugdelijke totstandkoming van de verklaring van de verdachte bevorderen. De voorziening die daar wat mij betreft in de eerste plaats voor in

aanmerking komt, is de rechtsbijstand van de verdachte door een raadsman tijdens zijn verhoor.⁹³

Het voert te ver in deze bijdrage de discussie die de afgelopen tachtig jaar is gevoerd over het recht op rechtsbijstand door de raadsman tijdens het politieverhoor in haar geheel uit de doeken te doen. Er is al veel over dit onderwerp geschreven en de meeste argumenten voor en tegen zijn reeds gehoord.⁹⁴ Een vrij recente fase in deze discussie betreft de vraag of het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en dan met name artikel 6 EVRM, het *nemo tenetur*-beginsel, het principe van de *equality of arms* (ook in het vooronderzoek) en het recht op een effectieve verdediging, tot de conclusie leiden dat de verdachte te allen tijde het recht heeft zich tijdens zijn verhoor te laten bijstaan. Ofschoon het voor de hand ligt de jurisprudentie van het EHRM op deze manier uit te leggen,⁹⁵ biedt deze volgens Sluiter onvoldoende aanknopingspunten voor een onvoorwaardelijke aanspraak op dat recht. 'Indien het nationale recht gevolgen verbindt aan de houding van de verdachte tijdens politieverhoren [...] vereist art. 6 [EVRM] normaal gesproken dat verdachte reeds in de eerste fase van politieverhoren wordt bijgestaan door een raadsman. Dit recht kan evenwel op goede gronden worden beperkt en het hof herhaalt het *Imbroscia*-dictum dat alles moet worden gezien in het licht van de gehele procedure.'⁹⁶ Nu het EHRM niet snel tot een schending van artikel 6 EVRM zal komen als de raadsman niet bij het politieverhoor aanwezig is geweest, juist omdat het gehele strafproces in de beoordeling of er sprake is van een schending wordt betrokken, is de verleiding groot de jurisprudentie

93 In het verlengde hiervan kan worden gesteld dat beide soorten voorzieningen, of meer concreet de audiovisuele registratie van het verhoor en de rechtsbijstand door de raadsman tijdens het verhoor, elkaar zeker niet uitsluiten. Zie ook J. Simonis, *a.w.*, p. 26.

94 Zie onder meer P.J. Baauw, 'Raadsman in kritieke fase', *Advocatenblad* 1975, p. 650-664 en de diverse bijdragen van Fijnaut: C.J.C.F. Fijnaut, *De toelating van raadsliden tot het politieel verdachtenverhoor*, Arnhem: Gouda Quint 1987; C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor. Verslag van de conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988*, Arnhem: Gouda Quint 1988; C.J.C.F. Fijnaut, 'De toelating van de raadsman tot het politieel verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de 21^{ste} eeuw', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 671-755.

95 Zie bijvoorbeeld T.B.N.M. Spronken, 'Nemo tenetur, zwijgrecht en advocatenbijstand bij het politieverhoor. De zaak Murray', *Advocatenblad* 1996, p. 420-424 en T.B.N.M. Spronken, 'Advocaat bij politieverhoor. Een blik over de grens', *NbSr* 2006, p. 107-110. Zie ook W. Jebbink, *a.w.*, p. 566: 'Het EHRM acht bijstand van een advocaat aan de verdachte in de initiële fasen van een verhoor onderdeel van een eerlijk proces, onder meer om tegenwicht te kunnen bieden aan de druk en omstandigheden van de verhoren.' Hij verwijst naar EHRM 16 oktober 2001, appl.nr. 39846/98 (Brennan tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 6 juni 2000, appl.nr. 28135/95 (Magee tegen het Verenigd Koninkrijk).

96 Zie G.H. Sluiter, 'Raadsman bij politieverhoor. De dimensie van het internationale strafprocesrecht', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 526.

van het EHRM zo beperkt mogelijk uit te leggen: 'Het hof heeft niet onomstotelijk vastgesteld dat het weren van de raadsman bij het politieverhoor schending van het EVRM oplevert, dus dan mag het.'⁹⁷ Deze minimalistische uitleg gaat in de eerste plaats voorbij aan het feit dat het EHRM blijkens verschillende uitspraken wel degelijk veel belang hecht aan rechtsbijstand in de vroege fase van de opsporing en bijvoorbeeld grote waarde toekent aan de mogelijkheid voor de verdachte in die fase met zijn raadsman te overleggen.⁹⁸ Er zijn in het licht van de gehele strafrechtelijke procedure echter nog meer goede redenen om de uitspraken van het EHRM ruimhartiger uit te leggen en het recht op rechtsbijstand toe te kennen. Die redenen zijn allemaal reeds hierboven genoemd: in de eerste plaats is het politieverhoor feitelijk doorgaans de belangrijkste fase van het strafproces en tot op zekere hoogte bepalend voor de materiële waarheidsvinding. Voorts wordt de verdediging wel degelijk afgerekend op de wijze waarop zij al dan niet een bijdrage levert aan die waarheidsvinding; het is niet zo dat de wet uitdrukkelijk negatieve consequenties verbindt aan een volhardend beroep van de verdachte op zijn zwijgrecht, maar het is niet uitgesloten dat de zittingsrechter dat wel doet. Tot slot zouden ook de valkuilen die zich manifesteren tijdens die belangrijke fase van het politieverhoor een goede reden zijn meer waarborgen in te bouwen.

Het is vanuit deze achtergrond op zichzelf goed dat de minister van Justitie enkele jaren geleden heeft toegezegd een experiment met de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor te starten.⁹⁹ Niettemin ben ik nog minder dan bij het doorvoeren van de voorziening aangaande de registratie van het politieverhoor, overtuigd van het feit dat dit experiment met veel voortvarendheid en welwillendheid door de opeenvolgende ministers van Justitie is opgepakt. Dit verkleint de kans op een geslaagd experiment aanzienlijk. Het gebrek aan voortvarendheid kan in elk geval gemakkelijk worden geïllustreerd¹⁰⁰ en daarmee lijkt het gebrek aan welwillendheid al enigszins

97 Zie G.H. Sluiter, *a.w.*, p. 526/527.

98 Zie G.H. Sluiter, *a.w.*, p. 527.

99 Hiermee wordt niet bedoeld op de allereerste toezeggingen van de ministers van Justitie aan het begin van de jaren tachtig. Zie voor deze fase het voorstel van de Commissie Partijle Herziening Strafvordering (voorzitter subcommissie J.M. van Bemmelen), *Advies over de toelating van raadslieden tot het politieverhoor*, 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie 1979; de motie van Tweede Kamerlid Faber *Kamerstukken II* 1979/80, 15 800 VI, nr. 15; de toezegging van een experiment door De Ruiter in *Kamerstukken II* 1981/82, 17 480, nr. 1; en de toezegging van nader onderzoek naar een experiment door Korthals Altes in *Kamerstukken II* 1982/83, 17 480, nr. 4 en diens uiteindelijke afwijzing in *Kamerstukken II* 1987/88, 20 440, nr. 1, p. 5: 'De maatregel is uit oogpunt van rechtsbescherming onnodig, uit oogpunt van rechtshandhaving onwenselijk en derhalve de ermee gemoeide kosten niet waard.'

100 Een onderzoek naar de voorwaarden waaronder het experiment met de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor kan plaatsvinden, is door minister Donner toegezegd naar aanleiding van een aangenomen motie van de Kamerleden Dittrich, Wolfson en Weekers (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 138 en 142). In een motie van 25 oktober 2006 moet Dittrich c.s. erop aandringen dat de minister snel uitvoering aan het onderzoek geeft (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 14). In verschillende brieven gaat minister

gegeven. De wijze waarop het experiment met de raadsman bij het politieverhoor is vormgegeven, laat zich daarenboven nauwelijks anders uitleggen dan dat het niet de bedoeling is geweest dat een eventueel toegevoegde waarde van de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor zal blijken.¹⁰¹

De kleine schaal waarop het experiment wordt uitgevoerd – slechts enkele politiebureaus nemen deel en het heeft enkel betrekking op voltooide levensdelicten – hoeft zeker niet in de weg te staan aan het slagen ervan, zij het dat het bij voorbaat lastig wordt uitspraken te doen over de haalbaarheid van de maatregel voor de landelijke strafrechtspraktijk ten aanzien van alle strafbare feiten. Het experiment is wel van toepassing op alle politieverhooren, met uitzondering van het verhoor door de hulpofficier van justitie bij de voorgeleiding na aanhouding.¹⁰² In dit verhoor wordt de verdachte op de hoogte gesteld van ‘het recht’ zich te laten bijstaan door een raadsman in de navolgende verhoren. De verdachte kan aangeven of hij daarvan gebruik wenst te maken en als dat het geval is, wordt een piketadvocaat ingeschakeld. Het zou in het kader van het experiment niet vreemd zijn geweest als de verdachte behoudens diens onoverkomelijke bezwaren niet de keuze wordt gelaten om de aanwezigheid van een raadsman af te wijzen; de ervaring leert dat die aanwezigheid in landen waar het recht op rechtsbijstand wel is geregeld, juist langs de weg van de vrijheid om daarvan af te zien, wordt vermeden. Voorafgaand aan het eerste politieverhoor krijgt de ingeschakelde raadsman ten hoogste een half uur de tijd vertrouwelijk en ongestoord met de verdachte te overleggen. Arriveert de ingeschakelde raadsman te laat, dan blijft dit overleg vooraf achterwege. Het verhoor kan gewoon een aanvang nemen, zonder dat de raadsman die alsnog verschijnt direct tot dat verhoor wordt toegelaten. De verlate raadsman wordt in de gelegenheid gesteld in een aparte

Hirsch Ballin als opvolger van Donner verder op het experiment in: ‘Het streven is er onverkort op gericht dat het experiment begin 2008 van start kan gaan.’ (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 30, 86 en 113). In eerste instantie lijkt het erop dat het experiment op 1 maart 2008 zal starten (zie Th.A. de Roos, Rubriek ‘Advocatuur’, *DD* 2008, p. 401), maar de website van de Rotterdamse afdeling van de NOvA vermeldt de startdatum van 1 mei 2008 (zie <http://www.advocatenorde-rotterdam.nl> onder ‘Nieuws’ en ‘Aanmelding deelname Piketdienst i.v.m. experiment ‘raadsman bij politieverhoor verdachte’). Uiteindelijk lijkt het erop dat 1 juli 2008 de startdatum van het experiment zal zijn. Er zijn wat betreft de voortvarendheid goede parallellen te trekken met de gang van zaken in de jaren tachtig, zij het dat het experiment ditmaal toch onvermijdelijk lijkt.

101 Zie voor het Protocol bij dit experiment de in voetnoot 100 genoemde verwijzing naar het internet. De navolgende beschrijving van het experiment in de hoofdtekst is aan dat Protocol ontleent, alsmede aan Th.A. de Roos, Rubriek ‘Advocatuur’, *DD* 2008, p. 401-403 en W. Jebbink, *a.w.*

102 Zie het Protocol: ‘Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende fasen van het werkproces verdachtenverhoor [...]. Vooraf is namelijk niet altijd te bepalen op welk moment het verhoor zaakinhoudelijk wordt. Het is afhankelijk van de verdachte. In het ene geval wordt een verhoor direct zaakinhoudelijk tijdens het eerste contact, in het andere geval tijdens het persoonsgericht verhoor en in weer een ander geval kan pas tot het zaakgerichte verhoor worden overgegaan na urenlang persoonsgericht verhoor.’

ruimte het verhoor te volgen – het verhoor wordt namelijk wel audiovisueel geregistreerd – en zal pas op een geschikt moment toegang tot de verhooruimte krijgen. Niet alleen in dit geval is de rol van de raadsman tijdens het verhoor beperkt tot het observeren. Ook de raadsman die wel gewoon op tijd verschijnt, die vooraf de verdachte krijgt te spreken en die van meet af aan in de verhooruimte aanwezig is, mag zich niet met het verhoor bemoeien. De opstelling in de verhooruimte is zodanig dat de raadsman niet de mogelijkheid heeft fysiek contact of oogcontact met de verdachte te maken. De raadsman mag de verdachte niet adviseren en geen opmerkingen maken over de door de verhoorende opsporingsambtenaren gestelde vragen. Slechts bij ongeoorloofde druk mag de raadsman ingrijpen. De verdachte kan aangeven met zijn raadsman te willen overleggen, maar dit kan zeker worden geweigerd. Het verhoor wordt in beginsel niet onderbroken voor een vertrouwelijk en ongestoord gesprek tussen de verdachte en zijn raadsman. De raadsman krijgt pas na afloop van het verhoor gelegenheid opmerkingen te maken over de gang van zaken tijdens het verhoor, over het proces-verbaal van het verhoor en over de registratie die van het verhoor is gemaakt. De opsporingsambtenaren hebben er voorts voor te zorgen dat de raadsman tijdig voor alle volgende verhoren wordt uitgenodigd.

De rol van de raadsman is bij het experiment, los van het overleg voorafgaand aan het verhoor, echt beperkt tot het enkele aanwezig zijn. Het Protocol stelt tot in detail wat de raadsman niet mag doen.¹⁰³ Hoewel de Nederlandse Orde van Advocaten aangeeft dat zij akkoord is gegaan met het Protocol omdat het een unieke kans biedt een voet tussen de deur van de verhoorkamer te krijgen,¹⁰⁴ is er onder meer door Jebbink harde kritiek geuit op deze medewerking.¹⁰⁵ Er is voor beide kanten veel te zeggen. Enerzijds is het begrijpelijk dat de NOvA meewerkt omdat zij tenslotte al zo'n twintig jaar op dit experiment wacht. Het is niet onwaarschijnlijk dat al te zeer dwarsliggen en een te veeleisende houding zouden hebben geleid tot afstel van het experiment. Er is de NOvA blijkens haar oproep dan ook veel aan gelegen het experiment te laten slagen en niet te laten verzanden door bijvoorbeeld advocaten die zich

103 Zie het Protocol: 'De raadsman verstoort het verhoor op generlei wijze (bijvoorbeeld mobiele telefoon uit, op plaats blijven zitten, niet hoorbaar en zichtbaar andere werkzaamheden uitvoeren). De raadsman beantwoordt geen vragen die aan de verdachte worden gesteld. De raadsman maakt geen opmerkingen ten aanzien van de aard en inhoud van de door de verhoorders gestelde vragen. De raadsman maakt tijdens het verhoor geen (in)direct contact met de verdachte. De raadsman maakt op geen enkele wijze beeld- en geluidsopnamen van het verhoor. N.B.: Tegen het maken van schriftelijke aantekeningen bestaat geen bezwaar. De raadsman houdt zich aan de huisregels van het betreffende politiebureau.'

104 Zie <http://www.advocatenorde-rotterdam.nl> onder 'Nieuws' en 'Aanmelding deelname Piketdienst i.v.m. experiment 'raadsman bij politieverhoor verdachte'.

105 Zie W. Jebbink, *a.w.*, p. 567: 'Het is opmerkelijk dat de advocatuur meewerkt aan een proefopstelling die dusdanig beknottend is dat de uitkomsten naderhand nauwelijks op waarde kunnen worden getoetst.'

niet binnen de gestelde tijd op het bureau melden.¹⁰⁶ Deze volledige medewerking van de kant van de advocatuur kan evenwel ook weer een vertekend beeld geven van de haalbaarheid om op den duur bij alle politieverhoren aanwezig te zijn, maar dat lijkt iets van later zorg te zijn. Niettemin is het voor de geconstateerde ontwikkeling dat de verdediging steeds meer wordt afgerekend op de handelingen die zij niet of niet tijdig verricht in het vooronderzoek, uiterst relevant na te denken over de vraag wat de gevolgen zouden kunnen zijn als de raadsman verstek laat gaan bij het politieverhoor. Zal het zover komen dat het recht aanwezig te zijn maar het niet verzilveren daarvan in combinatie met de registratie van een beperkt deel van de verhoren tot de conclusie kan leiden dat het wel goed zit met het politieverhoor waarin de verdachte een bekentenis aflegt?¹⁰⁷

Anderzijds kan zeker de vraag worden gesteld welke meerwaarde van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor door dit experiment zou kunnen blijken. Het experiment draait feitelijk om een kort moment van rechtsbijstand door de raadsman voorafgaand aan het eerste verhoor welk recht bovendien gemakkelijk kan worden verspeeld, een stilzwijgende en passieve observatie tijdens de verhoren en een evaluatiemoment na elk verhoor. Het gaat derhalve niet om effectieve rechtsbijstand *tijdens* het verhoor. Het experiment is door de wijze waarop het is vormgegeven vergelijkbaar met de combinatie van het consultatierecht en de registratieplicht die door Fijnaut is aangedragen ter vervanging van het eerder door hem bepleite recht op rechtsbijstand door de raadsman *tijdens* het verhoor.¹⁰⁸ Fijnaut spreekt over die combinatie als een ‘materiële optimalisering’ van de rechtsbescherming van de verdediging. Deze optimalisering zou het politieke verdachtenverhoor als bron van bewijs niet in het gedrang brengen en zodoende niet het proces van waarheidsvinding bedreigen. Fijnaut zet dit af tegen de ‘formele maximalisering’ die zich zou voordoen wanneer de verdachte het recht zou krijgen zich effectief te laten bijstaan door een raadsman *tijdens* het verhoor; dit zou namelijk het vinden van de waarheid alleen maar bemoeilijken.¹⁰⁹ Het komt mij vreemd voor te spreken van een optimalisering van de rechtsbescherming als het voorstel vooral is bedoeld een rechtsbeschermende voorziening slechts beperkt door te voeren opdat deze niet in de weg staat aan een efficiënte waarheidsvinding. De term ‘formele maximalisering’ wekt de indruk dat

106 Zie de Aanmelding: ‘Voor het slagen van de pilot is het van het allergrootste belang dat deelnemende advocaten altijd beschikbaar zijn en in staat zijn aan de eisen te voldoen om binnen een half uur na de melding aanwezig te zijn en bij alle verhoren aanwezig te zijn.’

107 Het is interessant bij deze denkoefening de voornemens te betrekken die de minister van Justitie heeft om op de gefinancierde rechtshulp te gaan bezuinigen. Zie De Roos, *a.w.*, p. 403-404.

108 Zie Fijnaut, *a.w.*, p. 753.

109 Simonis spreekt in dit verband van een al te dominante rechtsbescherming die ervoor zorgt dat het eigenlijke doel van het verhoor, de waarheidsvinding, eronder zal lijden. Zie J. Simonis, *a.w.*, p. 27.

effectieve rechtsbijstand *tijdens* het verhoor feitelijk overbodig is en voor de materiële waarheidsvinding vooral negatieve consequenties heeft.

De vraag naar de meerwaarde die het experiment kan hebben, hangt sterk samen met de manier waarop over het evenwicht tussen het belang van de materiële waarheidsvinding en het belang van de individuele rechtsbescherming wordt gedacht en over de rol die de verschillende procesdeelnemers daarin spelen. Er kleven vanuit deze perspectieven de nodige inconsequenties aan het experiment. Blijkbaar verwacht men dat de raadsman het politieverhoor van de verdachte zal verstoren als deze de gelegenheid krijgt in dat verhoor in te grijpen. Dit zou tot gevolg hebben dat de verdachte zijn kont tegen de krib gooit, niets meer wenst te verklaren en dat de materiële waarheid niet meer in dat politieverhoor wordt gevonden. De verwachting is dat de raadsman eventuele bevoegdheden tot ingrijpen zou kunnen misbruiken om zand in de machine van het proces van waarheidsvinding te strooien. Vanuit die verwachting is het interessant dat de verdachte wel het recht krijgt tot consultatie van een raadsman voorafgaand aan het verhoor. De negatieve voorstelling van de rol van de raadsman tijdens het politieverhoor leidt blijkbaar niet tot de overweging dat die raadsman tijdens het overleg voorafgaand aan het verhoor de verdachte zal adviseren zijn kaken stijf op elkaar te houden.¹¹⁰ Ironisch genoeg zou er met die negatieve voorstelling meer voor te zeggen zijn de verdediging niet vooraf de gelegenheid te geven haar processtrategie te bepalen, maar de raadsman pas te laten verschijnen tijdens het verhoor en hem enkel gedurende dat verhoor de gelegenheid te geven in te grijpen. Het verhoor wordt ook nog eens audiovisueel geregistreerd, zodat de opsporingsambtenaren zich beschermd weten tegen de raadsman die zich 'misdraagt' en daar eventueel consequenties aan kunnen worden verbonden. Of wordt misschien het beperkte consultatierecht zo ruimhartig toegestaan omdat men verwacht dat de raadsman toch niet op tijd zal verschijnen om nog even vooraf met de verdachte te overleggen? Er is wat dat betreft veel afhankelijk van de vraag voor welk moment het eerste verhoor van de verdachte wordt gepland en hoe snel de raadsman daarvan op de hoogte wordt gesteld.

Een laatste voorbeeld van de beperkte meerwaarde die het experiment zal kunnen hebben, vloeit voort uit de stelling dat een aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor wezenlijk verschilt van rechtsbijstand door de raadsman tijdens het verhoor. Dit lijkt voor de hand te liggen, maar het is niettemin van belang in het licht van de afweging die de ministers van Justitie maken ten aanzien van de experimenten met de registratie van het verhoor en de rechtsbijstand in die fase. De enkele aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor is niet veel meer dan een controle op dat verhoor. Dat is zonder meer waardevol, maar in die controle wordt eigenlijk ook al voorzien met de audiovisuele registratie van het verhoor. Rechtsbijstand verschilt van de enkele

110 Zie ook B.E.P. Myjer, *a.w.*, p. 173 die de verwachting uit dat het consultatierecht voorafgaand aan het verhoor zal leiden tot hordes zwijgende verdachten.

aanwezigheid omdat de raadsman daardoor het proces van waarheidsvinding kan beïnvloeden. Doorgaans wordt aan die beïnvloeding het gevaar toegedicht dat het lastiger wordt de waarheid daadwerkelijk te vinden, omdat de verdachte zich gesterkt weet en niet of veel voorzichtiger antwoord zal geven op vragen van opsporingsambtenaren. Vanuit de idee dat het vinden van de *materiële* waarheid in het strafproces vooropstaat, zou daarentegen ook kunnen worden beredeneerd dat die waarheid juist eerder wordt benaderd als de verdediging in de gelegenheid is haar antwoorden zorgvuldig en weloverwogen te formuleren in het volle besef van de implicaties die haar verklaringen kunnen hebben. Ook opmerkingen met betrekking tot het misleidende karakter van bepaalde vragen of vragen waardoor de verdachte een bekentenis wordt ontlokt, kunnen aan het vinden van de materiële waarheid bijdragen. De verdachte mag op zichzelf niet in staat worden geacht de valkuilen van het politieverhoor te kennen, de raadsman vanwege zijn juridische scholing en ervaring en professionele betrokkenheid wel.¹¹¹

6 UITLEIDING

Juist op het punt waar het recht op effectieve rechtsbijstand wordt ingewisseld voor het kale aanwezigheidsrecht doet het gevaar zich voor dat reeds in de inleiding is aangehaald; door de raadsman enkel toe te staan bij het politieverhoor aanwezig te zijn en niet de gelegenheid te geven in te grijpen, is die aanwezigheid niet meer dan een controle op het verhoor. Die controle kan ook worden bewerkstelligd door de audiovisuele registratie. Onder de omstandigheden van de schaarste aan middelen en andere beheersaspecten, is dan door ministers van Justitie een afweging tussen ofwel de registratie, ofwel het aanwezigheidsrecht snel gemaakt. Die voorzieningen bieden bij de huidige vormgeving dezelfde waarborgen, lijken onderling inwisselbaar en hoeven dan niet per se beide in hun volle omvang te worden ingevoerd. De registratie krijgt als vanzelfsprekend de voorkeur boven de aanwezigheid van de raadsman, aangezien dit laatste voor de waarheidsvinding minder efficiënt is. Bovendien ligt er nog een extra gevaar voor het slagen van het experiment met de raadsman bij het politieverhoor op de loer: als de raadsman niet méér kan doen dan observeren, kan hij net zo goed in de regieruimte plaatsnemen en het verhoor op een afstand volgen.¹¹² Dat maakt voor de verhorende opsporingsambtenaren de noodzaak de raadsman in de gelegenheid te stellen op

111 Zie ook L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, 91: 'Juist in een stadium van het opsporingsonderzoek dat voor het verdere verloop van de procedure van zo groot belang is, vooral wanneer maar de geringste kans bestaat dat de verdachte als gevolg van vermeend onrechtmatig handelen van de politie minder goed in staat is zijn procespositie te bepalen, is de noodzaak van professionele rechtsbijstand het grootst.'

112 Zie voor hetzelfde, maar dan positief uitgelegd in de zin van de meerwaarde om het recht op rechtsbijstand te koppelen aan de registratieplicht, L.J.A. van Zwieten, *a.w.*, p. 93.

tijd bij het verhoor aanwezig te zijn, minder urgent. Ten aanzien van de controlerende aanwezigheid is voorts de constatering van belang dat de verdediging in de 21^{ste} eeuw gemakkelijker wordt afgerekend op haar eigen inspanningen of het gebrek daaraan. De redenering dat de raadsman toch bij het verhoor aanwezig is geweest en ook kort daarna opmerkingen had kunnen maken over de rechtmatigheid van de verkregen bekentenis, kan een mogelijke toets in een later stadium van het strafproces denkbeeldig maken.¹¹³ Hoewel de verdediging geen taak heeft bij de materiële waarheidsvinding, kan zij dan toch worden afgerekend op een bijdrage die zij daaraan niet heeft geleverd. Op deze manier werkt de voorziening die in theorie vooral de rechtsbescherming van de verdachte heeft te dienen, te weten de rechtsbijstand van de raadsman tijdens het politieverhoor, juist in diens nadeel. Het is zelfs maar zeer de vraag of het belang van de materiële waarheidsvinding onder die omstandigheden wel wordt gediend.

113 Zie ook W. Jebbink, *a.w.*, p. 567: 'Cautieverzuimen, tot slot, worden reeds decennialang in de rechtspraak als gedekt beschouwd als de raadsman bij het verhoor aanwezig is. Het gevaar is dus levensgroot dat op gelijksoortige wijze de aanwezige raadsman de rechtmatigheid van het verhoor automatisch legitimeert. Indien de raadsman dan passief moet blijven, is dat catastrofaal.'

4 | Nullius in verba: waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces[▪]

M.J. Dubelaar

1 INLEIDING

Veel van onze overtuigingen of kennis die wij voor waar houden, zijn gebaseerd op de verklaringen van anderen. De afhankelijkheid van onze medemens voor kennis over de werkelijkheid kan niet worden onderschat. In veel van onze alledaagse bezigheden vertrouwen wij op hetgeen anderen ons te zeggen hebben: of het nu gaat om de onbekende die ons de weg naar het postkantoor wijst, de huisarts die ons een medicijn voorschrijft, de nieuwslezer die verhaalt over wat elders in de wereld gebeurt of de buurman die verslag doet van de uitslagen van de plaatselijke voetbalcompetitie. Zelfs datgene wat wij voor waar houden over onszelf, zoals onze leeftijd, etniciteit, gewoonten en voorkeuren, hebben wij op een eerder moment meegekregen van onze ouders of vrienden. Niet alleen praktisch maar ook intellectueel bestaat er een grote afhankelijkheid van zowel mondelinge als schriftelijke verklaringen van anderen. Zo is ons bijgebracht door sterrenkundigen dat de aarde rond de zon draait en door historici dat Nederland zijn hoogtijdagen kende in de Gouden Eeuw. Met andere woorden, de bevindingen van anderen zijn bepalend voor ons wereldbeeld. Ook het strafproces wordt gekenmerkt door deze alomvattende afhankelijkheid van verklaringen, zonder welke het voor de rechter en procespartijen onmogelijk zou zijn om in een concrete strafzaak te achterhalen wat er werkelijk is gebeurd. Ondanks de onmisbare rol die verklaringen van personen spelen in onze levens richten de traditionele epistemologische theorieën zich primair op andere kenbronnen. De eigen waarneming en het menselijk redeneervermogen vormen daarbij het ideaal, ten opzichte waarvan de verklaringen van anderen traditioneel worden gezien als inferieure bron van kennis. De realiteit is echter dat als wij ons niet zouden verlaten op verklaringen van anderen als bron van kennis, al hetgeen wij menen te weten op losse schroeven zou komen te staan en ons het dagelijks functioneren onmogelijk zou worden gemaakt. Deze paradox zien we eveneens

▪ Men kan twisten over de juiste vertaling. In het Engels wordt dit wel vertaald met ‘no mans word’. In het Nederlands kan men de volgende vertalingen tegengekomen: ‘in de woorden van geen ander’, ‘op niemands woord’ en ‘niets op grond van het woord alleen’. Het komt er in ieder geval op neer dat het enkele woord (of de enkele verklaring) van een ander, niet voldoende is om een bewering als waar aan te nemen.

terug in het strafproces. Enerzijds kan niet worden ontkend dat verklaringen onontbeerlijk zijn voor het achterhalen van de feiten in het strafproces, anderzijds worden verklaringen – en dan met name de verklaringen van getuigen, waartoe ik me hier verder zal beperken – wel gezien als zwak en tweederangs bewijs overschaduwd door technisch bewijs.

De slechte reputatie van getuigenverklaringen in het strafproces valt wel te verklaren. Het aannemen van een propositie op grond van de verklaring van iemand anders is immers niet zonder problemen. Niet alleen laat de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen zich niet altijd eenvoudig toetsen, ook inhoudelijk liggen er op het terrein van verklaringen de nodige voetangels en klemmen. Traditioneel zijn we bekend met het feit dat getuigen uit onedele motieven als wraak en jaloezie een onjuiste verklaring kunnen afleggen.¹ Onder invloed van de rechtspsychologie is er echter steeds meer inzicht verkregen in de meer cognitieve gebreken die aan getuigenverklaringen kunnen kleven. Met name het besef dat getuigen ook geheel te goeder trouw een onwaarheid zouden kunnen vertellen, heeft het imago van de getuigenverklaring geen goed gedaan. Geruchtmakende gerechtelijke dwalingen en het aandeel van foutieve getuigenverklaringen daarin bevestigen het beeld dat het met getuigenverklaringen niet al te best is gesteld.²

De gebreken die kleven aan de verklaringen van getuigen, zijn in het licht van het thema van deze bundel aanleiding voor een exploratieve beschouwing van de rol van getuigenverklaringen in het proces van waarheidsvinding. Het doel van dit artikel is inzichtelijk te maken waar voor wat betreft getuigenverklaringen – bezien vanuit het streven de waarheid te achterhalen – in theorie en praktijk de knelpunten liggen. In dit verband wordt eerst gekeken naar het waarheidsbegrip en het specifieke karakter van de strafrechtelijke waarheidsvinding, om vervolgens over te gaan op de problematiek van waarheidsvinding met behulp van getuigen en hun verklaringen. Daar de getuigenverklaring als deugdelijk instrument voor waarheidsvinding mede vanuit de kentheorie en (rechts)psychologie onder druk is komen te staan, zal deze problematiek achtereenvolgens ook vanuit de epistemologische en cognitieve context worden belicht, waarbij aan het slot van het artikel – na kort te hebben stilgestaan bij de waarborgen in de strafprocedurele context – zal worden betoogd dat er zowel in de epistemologie als rechtspsychologie (of *Aussagepsychologie*) tekenen zijn van rehabilitatie van de getuigenverklaring als instrument voor waarheidsvinding, maar dat er nog steeds niet veel helderheid bestaat over

1 De wetgever van 1926 heeft bij het opstellen van de op getuigen betrekking hebbende bepalingen vooral aandacht geschonken aan meened en het voorkomen van leugenachtige verklaringen.

2 Bijvoorbeeld de zaken Little Rascals Day Care in North Carolina, Meutre du Pont de Neuilly en Outreau in Frankrijk. Zie in dit verband ook het Amerikaans onderzoek naar afgesloten strafzaken met behulp van moderne DNA-technieken (*Innocence project*), dat laat zien dat in 75% van de geconstateerde gerechtelijke dwalingen foutief ooggetuigenbewijs een rol heeft gespeeld. Zie <http://www.innocenceproject.org>.

de voorwaarden waaronder verklaringen gerechtvaardigd als waar kunnen worden aangenomen

2 WAARHEID EN WAARHEIDVINDING IN HET STRAFPROCES; DE STRAFPROCEDU-RELE CONTEXT

In het strafproces staat de reconstructie van het verleden centraal ten behoeve van de beantwoording van de vraag of de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. Dit pleegt in het strafproces te worden aangeduid met de term waarheidsvinding. Waarheidsvinding is niet een op zichzelf staand doel, maar staat mede ten dienste van andere doelen in het strafproces,³ te weten het straffen van de ‘werkelijk’ schuldigen, het voorkomen van (teveel) hinder voor diegenen die onschuldig blijken te zijn en het realiseren van een fatsoenlijk proces met inachtneming van de belangen van de verdachte en van andere procesdeelnemers (*procedural justice*).⁴ Om deze doelen te verwezenlijken is het van belang dat ‘de’ waarheid wordt gevonden in die zin dat de uitkomst van het proces, de bewezenverklaring, dient overeen te komen met de feiten. Dit lijkt een betrekkelijk eenvoudige constatering, maar aan het (strafrechtelijk) waarheidsbegrip en het proces van waarheidsvinding zitten – nog los van de problematische plaats die getuigenverklaringen daarin innemen – nog wel wat haken en ogen. De invulling van het waarheidsbegrip en de wijze waarop het proces van waarheidsvinding in het strafproces gestalte krijgt, kent een aantal bijzonderheden ten opzichte van andere disciplines die zijn gericht op kennisverwerving. Op deze bijzonderheden wordt hieronder nader ingegaan.

2.1 Het waarheidsbegrip in het strafproces

In de epistemologie wordt waarheid wel gezien als een kwalificatie die kan worden toegekend aan beweringen of uitspraken⁵ over de werkelijkheid. De eigenschap ‘waar’ wordt wel aan beweringen toegedicht, indien het beweerde een accurate weergave van de werkelijkheid behelst.⁶ De bewering ‘Zuid-China is getroffen door een aardbeving’ is slechts waar, indien zij correspondeert met de feiten en (uitsluitend indien) Zuid-China ook daadwerkelijk door een

3 Zie voor discussie over de plaats van waarheidsvinding in de ‘hiërarchie’ van de doelen van het strafproces en de consequenties van die positionering meer uitvoerig J. Crijns en P. van der Meij, ‘Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding’, in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 51-69.

4 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, § 1.1.3.

5 In dit verband wordt ook wel de term propositie gebruikt. De begrippen bewering, uitspraak of propositie worden in deze bijdrage als synoniemen gehanteerd.

6 G.H. de Vries, ‘Wat is waarheid? Een filosofische benadering’, *JV* 2002, nr. 2, p. 17.

aardbeving is getroffen. Uitgaande van de correspondentietheorie ziet waarheid aldus op de relatie tussen uitspraak en ‘onafhankelijk daarvan bestaande feiten’.⁷ In die theorie zijn waar die beweringen die corresponderen met ‘de’ werkelijkheid. Op de correspondentietheorie valt het nodige aan te merken; het bestaan van ondubbelzinnig kenbare werkelijkheid wordt in de epistemologie ter discussie gesteld. Zo er al een van de waarnemer onafhankelijke realiteit bestaat, kan – als gevolg van het inductieprobleem⁸ – nooit zekerheid worden verkregen of de realiteit adequaat is beschreven (of een concrete bewering ook daadwerkelijk een correcte afspiegeling van de werkelijkheid vormt). Daarbij wordt onze perceptie van de werkelijkheid gekleurd door onze eigen denkbeelden en opvattingen en de context waarbinnen wordt waargenomen.⁹ Ondanks de kentheoretische haken en ogen aan het correspondentiemodel geldt dit model op veel terreinen – zoals in de wetenschap – nog wel als ideaal.¹⁰ Ook in de strafrechtelijke procedure wordt gestreefd naar het vaststellen van een waarheid die overeenkomt met de werkelijkheid.

Het predicaat ‘waar’ wordt ook wel gebruikt voor die beweringen waarvan men meent dat het bewijs voor het beweerde is geleverd. De term ‘waar’ is volgens De Vries in die betekenis een meer pragmatisch, evaluerend begrip.¹¹ De bewering ‘Zuid-China is getroffen door een aardbeving’ is waar, indien het bewijs daarvoor bijvoorbeeld in de vorm van ooggetuigenverslagen of videobeelden is geleverd. Niet zozeer de correspondentie met de werkelijkheid staat centraal als wel het geleverde bewijs. In dit licht kan mijns inziens mede het in het strafrecht gehanteerde onderscheid tussen de formele en materiële waarheid worden gezien. Materiële waarheid duidt op datgene wat ‘werkelijk zo is’, een in taal bestaande weergave van de werkelijkheid of in bovenstaande terminologie een bewering over de feiten die correspondeert met de werkelijkheid. De formele waarheid is datgene waarvan in rechte – op grond van het

7 G.H. de Vries, *a.w.*, p. 23.

8 Dat ziet op het doen van generaliserende uitspraken op basis van individuele waarnemingen.

9 Zie op dit punt meer uitvoerig de bijdrage van J.H. Crijns elders in deze bundel.

10 Er zijn in de loop der tijd ook andere waarheidstheorieën ontwikkeld. Kenmerkend voor deze theorieën is hun pragmatische inslag. Centraal staat niet zozeer wat is waar, maar wat accepteren wij als zijnde waar (J.F. Nijboer, *Forenische expertise. Steeds opnieuw een uitdaging in de (straf)rechtspleging*, Deventer: Kluwer 2006, p. 49). Als waar worden bijvoorbeeld aangenomen uitspraken die coherent zijn met andere reeds als waar beschouwde uitspraken (coherentietheorie) of uitspraken die binnen een specifieke groep als waar gelden (consensustheorie). Met het formuleren van nieuwe waarheidstheorieën en daaruit voortvloeiende waarheidscriteria (criteria over wat als waar heeft te gelden), is de discussie over de aard van het waarheidsbegrip zelf enigszins verstomd.

11 G.H. de Vries, *a.w.*, p. 23. Hoewel De Vries dit niet met zoveel woorden zegt, past dit waarheidsbegrip meer bij de pragmatische waarheidstheorieën, waarbij het accent – zoals gezegd – ligt op de acceptatie van uitspraken als ‘waar’.

aanwezige bewijs – is vastgesteld dat het waar is (evaluerend waarheidsbegrip).¹² Het recht kent verschillende waarheidsbegrippen met een eigen functie. De materiële waarheid fungeert in ieder geval in het Nederlandse strafproces als een procesmaxime, een ideaal om na te streven.¹³ De formele waarheid (hierna: processuele) waarheid daarentegen is de uitkomst van het proces,¹⁴ waarmee het einde van de zoektocht wordt gemarkeerd.

Kenmerkend voor de waarheid in het strafproces is dat het in de regel gaat om uitspraken over gebeurtenissen in het min of meer recente verleden.¹⁵ Het waarheidsbegrip in het strafrecht is daarmee beperkt en enger dan het waarheidsbegrip in de filosofie. De rechterlijke uitspraak behelst niet de pretentie van een alomvattende uitspraak over de werkelijkheid.¹⁶ De rechter doet immers ‘slechts’ uitspraak over een concreet voorval in het verleden, waarbij hij zich concentreert op het tenlastegelegde feit, dat moet worden

-
- 12 Met het begrippenpaar formele versus materiële waarheid wordt in relatie tot onderscheiden rechtssystemen (civiel versus straf, accusatoir versus inquisitoir), ook wel tot uitdrukking gebracht dat het in door partijen gedomineerde procesvormen slechts zou gaan om een partijenwaarheid (formele of relatieve waarheid), terwijl in systemen waarin de rechter een meer actieve rol heeft en niet gebonden is aan hetgeen partijen inbrengen het zou gaan om de werkelijke of volle waarheid (materiële waarheid). De correspondentie met de feiten zou bij de formele waarheid minder groot zijn dan bij de materiële waarheid. Nog los van het feit dat tegen deze voorstelling van zaken in de literatuur terecht is geageerd (opgemerkt wordt dat het niet zozeer de ‘aard van de waarheid’ is die verschilt, maar het proces waarmee die waarheid wordt achterhaald, zie bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, ‘Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs’, in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock, C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen voor de Nederlandse vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 13), is dit niet wat ik met dit onderscheid beoog tot uitdrukking te brengen. Met formele waarheid (of om verdere begripsverwarring te voorkomen *processuele*) waarheid wordt in het hiernavolgende niet zozeer geduid op de mate van correspondentie met de werkelijkheid, maar op het feit dat het gaat om een evaluerend (eind)oordeel. Dat neemt niet weg dat in het licht van ons onvermogen de volle waarheid te kennen, datgene wat in het proces uiteindelijk voor ‘waar’ wordt gehouden (de processuele waarheid) nooit helemaal overeen zal komen met de werkelijkheid (daarin verschilt het strafproces niet van andere meer op de inbreng van partijen geënte procesvormen).
- 13 J.F. Nijboer, ‘Het streven naar de materiële waarheid in het strafproces’, in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 19.
- 14 Zoals in paragraaf 2.2. nog aan de orde zal komen, levert dit een ‘waarheid’ op die weliswaar de werkelijkheid nooit geheel recht kan doen, maar die onder juiste condities in theorie dicht bij die materiële waarheid of bij de werkelijkheid in de buurt zou moeten komen.
- 15 Feitenonderzoek kan ook zien op datgene wat nog staat te gebeuren, denk aan proactieve opsporing. Uiteindelijk zal er echter altijd een aanwijsbare, strafrechtelijk relevante gedraging moeten zijn. Op de terechtzitting zal dus worden teruggekeken naar een gedraging in het verleden. Gedragingen die zijn gelegen in de voorfase van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zullen echter minder ‘herkenbaar’ zijn.
- 16 J.F. Nijboer, ‘Het streven naar de materiële waarheid in het strafproces’, *a.w.*, p. 14.

bewezen.¹⁷ De processuele waarheid zal om die reden nooit geheel recht kunnen doen aan de complexe werkelijkheid; zij houdt altijd een reductie in van diezelfde werkelijkheid.¹⁸ Daarbij komt dat – naast de algemeen kentheoretische problemen omtrent het kennen van de werkelijkheid – het strafprocesrecht zelf allerlei obstakels opwerpt als het gaat om het achterhalen van datgene wat werkelijk is gebeurd. Als uitgangspunt geldt echter wel dat de processuele waarheid, datgene wat in het strafproces als waar heeft te gelden, de realiteit zo dicht mogelijk dient te benaderen. Zodra de processuele waarheid te veel (of te vaak) uiteenloopt met de (gepercipieerde) werkelijkheid, verliest de rechterlijke uitspraak en daarmee de strafrechtspleging als geheel aan legitimiteit.

2.2 Het strafproces als voertuig voor waarheidsvinding

Hiervoor kwam aan de orde dat het strafproces een geheel eigen kader biedt waarbinnen de waarheid wordt geconstrueerd. Het strafproces is mede een voertuig om de voorbije werkelijkheid vast te stellen en zo ‘de’ waarheid te achterhalen. De term waarheidsvinding is echter in het licht van het bovenstaande enigszins verwarrend, omdat die hier wordt voorgesteld als een zelfstandig ‘iets’, wat zich kennelijk laat vinden (waarheids*vinding*). Echter, zoals hiervoor al aan de orde kwam valt op de vooronderstelling dat de waarheid of werkelijkheid (zelfs in vereenvoudigde vorm) voor ons mensen kenbaar is, vanuit epistemologisch en cognitief psychologisch perspectief wel het nodige af te dingen. Uitgaande van de gedachte dat waarheid – als gezegd – een eigenschap is van een bewering, moet de term waarheidsvinding dan ook vooral worden gezien in relatie tot de andere, eerdergenoemde doelen van het strafproces. Het is in dit verband wellicht zuiverder om niet te spreken van het streven de waarheid te achterhalen, maar van het streven naar het doen van ‘ware’ uitspraken over de werkelijkheid.

In het streven naar het doen van ‘ware’ uitspraken staat het strafproces niet alleen. Zo stellen wetenschappelijke disciplines zich eveneens tot doel de werkelijkheid op adequate wijze te beschrijven en te komen tot algemeen geldende uitspraken. De bronnen die daarvoor ter beschikking staan, zijn in zekere zin universeel. Het juridische proces van waarheidsvinding verschilt

17 Anders dan de rechter en de getuige die ‘slechts’ een uitspraak doen over een concreet voorval in het verleden, zijn de uitspraken van deskundigen in beginsel veel ‘universeler’ van aard, in die zin dat zij hun uitspraken in veel gevallen zullen baseren op (veronderstelde) wetmatigheden (geen vingerafdruk is gelijk) die niet beperkt hoeven te zijn tot dit specifieke voorval.

18 Zie A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De strijd om het bewijs. Argumentatie, verhalen en de werkelijkheid’, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen. Bijdragen aan het symposium, dat ter afscheid van prof. mr. W.D.H. Asser op 7 oktober 2006 aan de Universiteit Leiden werd gehouden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 5, 14.

echter van veel andere disciplines in die zin dat het niet gaat om een geheel onbevangen zoektocht naar de waarheid.¹⁹ Er zijn in de verschillende rechtssystemen allerlei procedures en formeelrechtelijke regels om het proces van waarheidsvinding te reguleren. Het gaat om waarheidsvinding binnen een sterk geformaliseerde context, waarbij het recht zijn eigen beperkingen oplegt aan het proces van waarheidsvinding.²⁰ Hieronder zal worden ingegaan op een aantal bijzonderheden voor wat betreft de waarheidsvinding en het strafrechtelijk bewijs.

2.2.1 Niet-epistemologische waarden in het strafproces

Het strafproces is zodanig ingericht dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de werkelijkheid, maar met inachtneming van andere op het spel staande waarden. Laudan spreekt in dit verband van niet-epistemologische beleidswaarden (*nonepistemic policy values*), waaronder moeten worden begrepen de voor het strafproces en de samenleving belangrijke waarden die niet (primair) zijn gegrond in het proces van waarheidsvinding en waarvan de inachtneming eenvoudig kan conflicteren met de zoektocht naar de waarheid.²¹ Die waarden hangen hoofdzakelijk samen met een van de eerder genoemde doelen van het strafproces, namelijk het realiseren van een fatsoenlijke procedure (*procedural justice*) en omvatten onder meer het efficiënte gebruik van middelen en de bescherming van rechten van de bij de procedure betrokken personen. Onder de niet-epistemologische waarden worden ook begrepen buiten de procedure gelegen, maar door het recht beschermde maatschappelijke waarden, zoals het door het professionele verschoningsrecht gewaarborgde belang van algemene toegankelijkheid tot medische zorg.²²

Dat deze niet-epistemologische waarden het proces van waarheidsvinding in een concreet geval kunnen beïnvloeden, laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Dit laat zien dat niet alle middelen mogen worden ingezet om de waarheid te achterhalen en bewijs niet op onrechtmatige wijze mag worden verkregen. Bewijs dat toch op onrechtmatige wijze is vergaard, mag onder omstandigheden niet voor

19 J.F. Nijboer en J.C. Jarigsmā, 'De materiële waarheid in het straf(proces)recht', in: Y.E. Schuurmans (red.), *a.w.*, p. 27.

20 Zie voor de grenzen van waarheidsvinding in het civiele recht W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* (preadvies Nederlandse vereniging voor procesrecht), Deventer: Kluwer 1991.

21 L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press 2006, p. 2. Zie over waarheidsvinding in relatie tot andere doelen van en belangen in het strafproces ook de bijdrage van J.H. Crijns in deze bundel.

22 L. Laudan, *a.w.*, p. 2. Zie voor andere belangen die met het verschoningsrecht zijn gemoeid het preadvies van C.H. Brants en T. Spronken, 'Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafrechtpraktijk', in: C.H. Brants e.a., *Verschoningsrecht in het strafrecht van Nederland en België* (preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 2.

het bewijs worden gebruikt. Het kan dus zijn dat voor de bewijsbeslissing potentieel relevant bewijsmateriaal buiten beschouwing moet worden gelaten.²³ Met andere woorden, waarheidsvinding moet worden gezien in samenhang met andere doelen of niet-epistemologische beleidswaarden in het strafproces en kan derhalve niet worden verabsoluteerd. In het concrete geval zal altijd een afweging tussen de verschillende aan het proces ten grondslag liggende waarden moeten worden gemaakt, waarbij de epistemologische waarde van het 'beste' bewijs niet altijd zal kunnen prevaleren. Op het moment echter dat de niet-epistemologische waarden als efficiëntie en snelheid te dominant aanwezig zijn, zal dit de materiële waarheid als procesmaxime kunnen aantasten.²⁴ Zoals we in paragraaf 3 zullen zien, spelen niet-epistemologische waarden vooral bij bewijs afkomstig van getuigen een grote rol, in die zin dat de bescherming van de belangen van de persoon van de getuige soms voorrang krijgt boven een 'optimale' waarheidsvinding.

2.2.2 De definitieve beslissing en de asymmetrie ten voordele van verdachte

Naast het feit dat het recht zo zijn eigen beperkingen oplegt aan het proces van waarheidsvinding door in bepaalde gevallen niet-epistemologische waarden te laten prevaleren boven de waarheidsvinding, worden juridische stelsels gekenmerkt door een aantal andere bijzonderheden ten aanzien van het bewijs en het proces van bewijzen. De term 'bewijs' die in de het voorgaande al een aantal keren is gevallen, plegen we te bezigen voor datgene wat wordt gebruikt om de waarheid of juistheid van een uitspraak aan te tonen en ziet in het strafrecht in het bijzonder op de vraag of verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan.²⁵ Vanzelfsprekend geldt dat om tot bewijs van een uitspraak te kunnen dienen, de bronnen waaraan we kennis ontlene betrouwbaar dienen te zijn. Betrouwbaar zijn die uitspraken of stukken van overtuiging waarvan we op goede gronden mogen aannemen dat zij corresponderen met de feiten respectievelijk de werkelijkheid accuraat weergeven.²⁶ Hoewel we streven naar het gebruik van betrouwbare bronnen, geldt dat de bronnen die ons ter beschikking staan nooit voor de volle honderd procent zekerheid kunnen bieden. Absolute zekerheid over de herkomst van een spoor, de authenticiteit van een document of de betrouwbaarheid van een verklaring kan in de regel niet worden verkregen.

Om te bewerkstelligen dat het bewijs op deugdelijke wijze tot stand komt, zowel in termen van behoorlijkheid als betrouwbaarheid, en het eindresultaat

23 Hierin verschilt de juridische, geformaliseerde context van bijvoorbeeld de epistemologische context.

24 J.F. Nijboer, *De waarde van het bewijs*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 28-29.

25 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 1.

26 In dit verband wordt in de rechtspsychologie – conform de in de empirie en wetenschap gebruikelijke standaarden – ook wel gesproken van validiteit. De term betrouwbaar ziet in relatie tot getuigen dan op het bij herhaling dezelfde verklaring afleggen (consistentie).

zoveel mogelijk recht doet aan de werkelijkheid, zijn er in het strafprocesrecht procedurele regels neergelegd.²⁷ Zo kent de strafrechtelijke procedure zowel voorschriften die een deugdelijke totstandkoming van bewijsmateriaal moeten bevorderen, zoals de eis van beëdiging van getuigen, als specifieke voorschriften omtrent het proces van bewijzen (artikel 338-344a Sv). Aan de in het Nederlandse bewijsrecht neergelegde limitatieve opsomming van wettige bewijsmiddelen en bewijsminima liggen algemeen methodologische principes ten grondslag. In dit opzicht verschilt het strafrecht niet van andere gebieden, waarin men streeft naar kennisverwerving of het achterhalen van 'de waarheid'. Zo zal ook een historicus streven naar het gebruik van authentieke en betrouwbare bronnen en daarbij gebonden zijn aan (methodologische) regels om te komen tot houdbare uitspraken.²⁸ Echter, daar waar de reconstructie van het verleden in de geschiedwetenschap eigenlijk een nooit eindigend proces is²⁹ en de bevindingen – net als in andere takken van wetenschap – in die zin altijd voorlopig zijn,³⁰ moet een strafzaak op een zeker moment tot een einde komen.³¹ De rechter dient in elke zaak een definitief en bindend oordeel te geven.

Een complicerende factor is dat (daar het bij het bewijzen in het strafrecht altijd om een inductief proces gaat) het onmogelijk is om een volstrekt dwingende conclusie te trekken. Het oordeel van de rechter zal dus noodzakelijkerwijs niet meer dan een waarschijnlijkheidsoordeel kunnen zijn, terwijl van hem wel een categorische en deterministische einduitspraak wordt verwacht.³² Hij moet uitspraak doen en het tenlastegelegde feit al dan niet bewezen achten. Het is hierbij de overtuiging die een beslissende rol speelt. Het moment dat een rechter zich – naar algemene maatstaven – overtuigd mag achten, is bij 'een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid'.³³ Indien de rechter niet overtuigd is, dan is hij genoodzaakt vrij te spreken.

27 Zie over het onderscheid tussen behoorlijkheid en betrouwbaarheid meer uitvoerig J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 1.6. De bewijsregels die de behoorlijkheid moeten waarborgen vinden hun oorsprong in eerder genoemde niet-epistemologische waarden, terwijl bewijsregels die zien op de betrouwbaarheid een weerslag vormen van regels van algemeen methodologische aard en dus wel primair zijn gegrond in epistemologische waarden.

28 Elke discipline kent haar eigen regels omtrent het bewijs.

29 A.F.M. Brenninkmeijer, *a.w.*, p. 3.

30 Het staat de historicus immers vrij om, indien gegevens opduiken die nopen tot herinterpretatie van zijn eerdere bevindingen, zijn conclusies aan te passen. Dit geldt ook voor andere takken van (ervaringsafhankelijke) wetenschap. Zie meer uitvoerig J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 1.3.2.

31 Zie op dit punt (*lites finiri oportet*) uitvoeriger de bijdrage van J.H. Crijns in deze bundel.

32 A.P.A. Broeders, 'De advocaat en de schoenmaker – over de rol van de advocaat als poortwachter voor het deskundigenbewijs', *Strafblad* 2005, p. 14.

33 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 2.5.3.

Tot slot brengt het feit dat de rechterlijke uitspraak in de kern een waarschijnlijkheidsoordeel betreft mee dat twijfel en fouten³⁴ onontkoombaar zijn. Kenmerkend voor het strafproces ten opzichte van andere rechtsgebieden is in dit opzicht wat Nijboer noemt het ‘asymmetrisch beslissingprincipe’ of wat Laudan bestempelt als de ‘pro-defendant bias’.³⁵ Beiden betogen (vrij vertaald) dat aan het strafrechtelijk bewijsstelsel een asymmetrie ten grondslag ligt ten voordele van de verdachte. Zo laat Nijboer aan de hand van de overtuigingseis en de eis dat strafuitsluitende omstandigheden slechts aannemelijk behoeven te zijn om veroordeling te verhinderen, zien dat in geval van redelijke twijfel het oordeel altijd wordt beslecht ten gunste van de verdachte (*in dubio pro reo*).³⁶ Laudan gaat uit van eenzelfde vooronderstelling, wanneer hij stelt dat – waar het gaat om de distributie van fouten – men in het strafproces (onder het motto ‘beter tien schuldigen op vrije voeten, dan één onschuldige in de cel’), de voorkeur heeft voor de vrijspraak van schuldigen boven de veroordeling van onschuldigen. In zijn optiek is de onderliggende gedachte van bewijsstandaarden het verschuiven van de balans tussen vals belastende bevindingen en vals ontlastende bevindingen ten gunste van die laatste (en dus ten voordele van verdachte), zelfs als dat betekent dat over het geheel genomen de accurate van het rechterlijk oordeel wordt aangetast.³⁷

Hierboven is aan de orde gekomen hoe waarheidsvinding binnen de strafprocedurele context in zijn werk gaat en waarin het proces verschilt van andere op kennisverwerving gerichte disciplines. Er is echter nog niet ingegaan op de rol die getuigenverklaringen hebben in dit proces. In de inleiding werd al gerefereerd aan de gebreken die aan getuigenverklaringen kleven. De komende paragrafen staan in het teken van de vraag of de getuigenverklaring een geschikt instrument is om de waarheid mee vast te stellen (of beter: een geschikte bron is aan de hand waarvan ‘ware’ uitspraken kunnen worden gedaan).

3 DE GETUIGE ALS INSTRUMENT VAN WAARHEIDSVINDING IN HET STRAF- PROCES

Ten behoeve van de vaststelling van de feiten, staat de rechter een aantal instrumenten ter beschikking. Eén daarvan is de verklaring. Verklaringen doen zich dan ook in het strafproces in allerlei vormen voor en krijgen – naar gelang

34 Waarbij niet wordt bedoeld op juridische fouten, maar op fouten die zien op de feitenvaststelling en die zijn opgetreden ondanks de inachtneming van alle formele regels en procedures. In de rechtspsychologische literatuur worden deze fouten – als ze daadwerkelijk leiden tot rechterlijke dwalingen – ook wel aangeduid met vals positieven (veroordeling van onschuldigen) en vals negatieven (vrijspraak van schuldigen).

35 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 1.3.3; L. Laudan, *a.w.*, p. 136.

36 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., § 1.3.3.

37 L. Laudan, *a.w.*, p. 123.

de persoon of functionaris die verklaart, het onderwerp waarover, het moment, de wijze waarop en ten overstaan van wie – een eigen juridische invulling.³⁸ In dit artikel ligt het accent op de verklaring van de getuige. In het dagelijks taalgebruik komen aan de term getuige verschillende betekenissen toe. Zo wordt met het woord getuige zowel verwezen naar de tegenwoordigheid van een persoon bij een bepaalde gebeurtenis of handeling ('hij was getuige van de aardbeving') als naar een zaak of omstandigheid die tot bewijs strekt ('de ravage is getuige van de allesvernietigende kracht van de aardbeving'). Het begrip getuige blijkt ook in het dagelijks taalgebruik sterk te zijn gelieerd aan het concept bewijs. Het Nederlandse Wetboek van Strafvordering kent geen definitie van het begrip getuige. Wel heeft de wetgever in artikel 342 lid 1 Sv aangegeven wat onder de verklaring van een getuige moet worden verstaan, namelijk 'zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeling van feiten of omstandigheden, die hij zelf heeft waargenomen of ondervonden'.³⁹ De formele eis dat de verklaring op zitting moet zijn afgelegd, is echter in de jurisprudentie losgelaten. Ook de eis dat het moet gaan om feiten of omstandigheden die de getuige *zelf* heeft waargenomen of ondervonden, wordt beperkt opgevat, in die zin dat de verklaring tevens mag zien op informatie aangedragen door anderen (*de auditu*).⁴⁰ Dat neemt niet weg dat de eigen zintuiglijke waarneming in verklaringen van getuigen een dominante rol speelt. Om mij verder niet te hoeven bekommeren om allerlei definitorische kwesties, wordt het begrip getuige in deze bijdrage zo ruim mogelijk opgevat. Centraal staat de persoon, niet zijnde de verdachte, die in het strafproces een op *waarneming* (of ondervinding) gebaseerde *bewering* doet over een strafrechtelijk (mogelijk) relevant feit.

Getuigen nemen een centrale plaats in het strafproces in. Niet alleen spelen getuigen een belangrijke rol bij de opsporing als het gaat om het achterhalen

38 De regels omtrent het gebruik van verklaringen voor het bewijs variëren in de verschillende rechtssystemen. Naast verklaringen kan ook ander materiaal bijdragen aan het proces van waarheidsvinding en voor het bewijs worden gebezigd. Daarbij moet worden gedacht aan sporenmateriaal en andere stukken van overtuiging, zoals foto's, camerabeelden (gebezigd tot het bewijs via de eigen waarneming van de rechter of als een schriftelijk bescheid). Dit wordt in het Angelsaksische strafproces ook wel aangeduid als *real evidence* of *tangible evidence* (met *testimonial evidence* als tegenhanger). Zie David A. Schum, 'Evidence and Inference about Past Events: An Overview of Six Case Studies', in: William Twining en Iain Hampsher-Monk (red.), *Evidence and Inference in History and Law. Interdisciplinary dialogues*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press 2003, p. 17-19.

39 Andere verklaringen die voor het bewijs kunnen worden gebezigd zijn de verklaring van de verdachte en de verklaring van de deskundige (artikel 339 Sv). Die laatste verklaart over hetgeen zijn wetenschap hem leert omtrent datgene wat aan zijn oordeel is onderworpen (artikel 343 Sv). In het Nederlandse strafproces worden deskundigen en verdachten, anders dan in de Angelsaksische traditie, dus niet als getuige aangemerkt (afgezien van de mogelijk samenvallende rollen).

40 Met andere woorden, anders dan de tekst van de wet suggereert hoeven getuigen niet noodzakelijkerwijs op de terechtzitting mondeling verslag te doen van de eigen directe waarneming van de strafrechtelijke gebeurtenis.

van wat er in een concreet geval ‘werkelijk is gebeurd’, de verklaringen van getuigen zijn ook van grote betekenis voor de bewijsvoering waarbij het gaat om de vaststelling van de feiten in rechte. Zowel in het vooronderzoek als in het hoofdonderzoek zijn de justitiële autoriteiten dus in hoge mate afhankelijk van getuigen en hun verklaringen. Het belang van getuigenverklaringen voor het proces van waarheidsvinding in het strafproces mag dan ook niet worden onderschat. De opkomst van het forensische bewijs lijkt de getuigenverklaring te hebben gedegradeerd tot een tweederangs bewijsmiddel.⁴¹ Dit is echter een miskennis van de juridische realiteit. Een strafzaak kan niet zonder de verklaringen van getuigen.⁴² Immers, waar andere bewijsmiddelen vaak maar een deel van het verhaal geven, is de getuige in veel gevallen in staat om een verhaal te vertellen omtrent het wie, hoe en waarom van het delict.⁴³

Mede vanwege de grote afhankelijkheid van hun verklaringen, rust op getuigen in het Nederlandse strafproces de (rechts)plicht om – indien zij worden gedagvaard – te verschijnen en een verklaring af te leggen.⁴⁴ De getuige dient daarbij ‘de gehele waarheid en niets dan de waarheid’ te zeggen.⁴⁵ Een uitzondering op de verplichting om te verklaren is gelegen in het verschoningsrecht. Het gaat hier om een correctie op de verklaringsverplichting gelegen in de eerder genoemde niet-epistemologische waarden, die in het concrete geval zwaarder kunnen wegen dan waarheidsvinding. Bij waarheidsvinding met behulp van getuigen spelen deze niet-epistemologische waarden bij uitstek een grote rol. De getuige, wiens positie sinds de jaren negentig steeds meer aandacht heeft gekregen, heeft rechten (onder meer gegarandeerd onder artikel 8 van het EVRM) en die rechten kunnen in bepaalde gevallen conflicteren met de zoektocht naar en het vaststellen van ‘de waarheid’. Niet alleen omdat niet alle informatie de procespartijen zal bereiken en men daarom geen compleet beeld over de (historische) werkelijkheid kan krijgen, maar ook

41 Het technisch bewijs wordt wel gezien als het alternatief voor de feilbare getuigenverklaring. Van Koppen en Elffers stellen echter – mijns inziens terecht – dat de indruk dat elk onderzoek met behulp van sporenonderzoek kan worden opgelost, niet klopt, evenmin als het idee dat zich bij het gebruik van technisch bewijs geen problemen voordoen. P.J. van Koppen en H. Elffers, ‘De mythe van het DNA-bewijs’, *Advocatenblad* 2006, p. 609.

42 Onderzoek van De Poot e.a. laat zien forensische sporen slechts een zeer beperkte rol spelen in het proces van feitenonderzoek en bewijs. In het merendeel van de zaken spelen alleen getuigenverklaringen een rol van betekenis. Zie C.J. de Poot, R.J. Bokhorst en E.R. Muller, *Rechercheportret: over de dilemma’s in de opsporing*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2004.

43 C.J. de Poot en P.J. van Koppen, ‘Het opsporingsonderzoek’, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 310.

44 De verplichting tot verschijnen is neergelegd in artikel 213 en 287 lid 3 Sv. De spreekplicht kan worden afgeleid uit de bevoegdheid van de rechter de getuige te gijzelen. Zie artikel 221 en 294 Sv.

45 Artikel 215, 216 lid 1 en 290 lid 2 Sv. Het niet spreken van de waarheid onder ede is strafbaar gesteld in artikel 207 Sr. ‘Een meened ten overstaan van de rechter ondermijnt de waarheidsvinding in een rechtsstaat, hetgeen direct en in ernstige mate het algemeen belang raakt’, aldus Hof Den Bosch 22 februari 2000, *NJ* 2000, 32.

omdat de informatie die de procespartijen wel bereikt niet altijd volledig op haar betrouwbaarheid kan worden beoordeeld (denk aan het anoniem horen van getuigen).

Overigens is het niet zo dat uit niet-epistemologische waarden voortvloeiende maatregelen ter bescherming van de belangen van de getuige altijd het proces van waarheidsvinding hoeven te frustreren. De relatie tussen de rechten van de getuige en het proces van waarheidsvinding is complexer dan dat. Zo laat het verschoningsrecht dat primair is gegrond in niet-epistemologische waarden, zien dat regels die in bepaalde gevallen functioneren als belemmering voor de waarheidsvinding, tegelijkertijd ook een waarborg daarvoor kunnen inhouden. Dit is vooral het geval daar waar het verschoningsrecht ziet op de verklaring van verwanten of de verklaring van personen die zichzelf door het afleggen van een verklaring zouden kunnen incrimineren.⁴⁶ Eenzelfde mechanisme geldt voor maatregelen ter bescherming van getuigen, enerzijds bemoeilijken zij de waardering van de verklaring (en daarmee het proces van waarheidsvinding), anderzijds vergroten zij de bereidheid van getuigen om een verklaring af te leggen, waar ze anders mogelijk gezwegen zouden hebben.

De beperkingen die aan het gebruik van getuigenverklaringen zijn verbonden voor wat betreft de informatieoverdracht en de waardering van de verklaring, zijn niet alleen gelegen in de persoon van de getuige en de bescherming van diens belangen, maar tevens in de inhoud van de verklaring. In het hiernavolgende ligt het accent op de inhoud van de verklaring en de betrouwbaarheid van de daarin vervatte informatie. Daarbij kan de persoon van de getuige overigens niet geheel worden veronachtzaamd. Immers, de betrouwbaarheid van de verstrekte informatie pleegt – veelal – mede te worden beoordeeld aan de hand van (de geloofwaardigheid van) de bron waaruit deze afkomstig is.

4 KENTHEORETISCHE CONTEXT: DE EPISTEMOLOGIE VAN DE (GETUIGEN)VERKLARING

Hierboven werd al even gerefereerd aan de centrale rol die getuigenverklaringen innemen in het strafproces als het gaat om het kennen van de historische werkelijkheid en het proces van waarheidsvinding. De rechter, die zelf niet bij het strafbare feit tegenwoordig is geweest, kan zijn oordeel maar in beperkte mate baseren op zijn eigen zintuiglijke waarneming (van bijvoorbeeld de fysieke sporen). Feitelijk is hij in grote mate afhankelijk van de verklaringen

46 Zo stelt A-G Machielse in zijn conclusie bij HR 4 juni 2000, NJ 2000, 581 dat 'het verschoningsrecht de strekking heeft te voorkomen dat een getuige zich geplaatst ziet voor het dilemma hetzij meeneed te moeten plegen, hetzij het risico van strafrechtelijke vervolging te lopen'.

van anderen.⁴⁷ Hoe deze juridische realiteit zich verhoudt tot de ideeën hieromtrent in de epistemologie en hoe van daaruit tegen verklaringen wordt aangekeken, zal hieronder worden toegelicht.

4.1 Verklaringen als kenbron van de werkelijkheid

De rol van kennis die tot ons komt door middel van uitingen van onze medemens (van horen zeggen), is in de epistemologie lange tijd verwaarloosd. Met de komst van de Verlichting, die een reactie vormde op het dogmatisch autoriteitsdenken van de voorafgaande eeuwen, is de waarde van de overlevering in het algemeen en de verklaring van de ander in het bijzonder naar de achtergrond verschoven. Het motto van de Britse Royal Society⁴⁸ uit 1660 *nullius in verba* bracht dit treffend tot uitdrukking. De weg tot het kennen van de werkelijkheid was niet langer het woord van de autoriteiten, maar de eigen zintuiglijkheid in combinatie met de rede. Volgens Sleutels ‘wenste men de kennis niet van een ander te krijgen, maar eigenhandig te ontdekken, te toetsen en te waarderen’.⁴⁹ Dit was een meer op het ‘zelf’ gerichte filosofie, waarin het eigen bewustzijn centraal stond.⁵⁰ In datgene wat de mens zichzelf onmiddellijk bewust is en direct kan waarnemen, lag de bron van kennis.⁵¹ Pas sinds begin jaren negentig van de vorige eeuw is de verklaring in filosofische kringen meer in de belangstelling komen te staan.⁵² Inmiddels moet worden erkend dat – het ideaal van de Verlichting ten spijt – onze samenleving functioneert op basis van kennis van ‘autoriteiten’. Ook voor ons individuen geldt dat, gelijk

47 In het vooronderzoek ligt het iets anders. Immers, een opsporingsambtenaar zal meer kennis vergaren op grond van zijn eigen zintuiglijke waarneming, maar ook dan geldt – zeker bij gevallen buiten heterdaad – de afhankelijkheid van verklaringen van anderen.

48 Een der oudste wetenschappelijke verenigingen, die de waarheid zelf wilde vaststellen door middel van experiment in plaats van door het citeren van autoriteiten.

49 J. Sleutels, ‘David Hume’, in: Machiel Keestra (red.), *De grote filosofen*, Amsterdam: Nieuwezijds 2000, p. 87.

50 J. Sleutels, *a.w.*, p. 87. Zie ook C.A.J. Coady, *Testimony. A Philosophical Study*, Oxford: Clarendon Press 1992, p. ix. Volgens Coady komt het gebrek aan interesse voor dit onderwerp voort uit het feit dat de traditionele epistemologie nogal individualistisch is ingesteld. Filosofen hebben veel aandacht besteed aan wat het ‘ik’ weet, maar niet aan wat ‘we’ weten.

51 Het ideaal dat de eigen waarneming zoveel mogelijk kenbron moet zijn, ligt ten grondslag aan het strafrechtelijk onmiddellijkheidsbeginsel, dat ervan uitgaat dat de rechter en procespartijen door eigen waarneming kennis moeten nemen van al het voorhanden zijnde bewijsmateriaal en dat de rechter voor het bewijs zo mogelijk gebruik moet maken van de meest directe of authentieke bron van informatie (dus met zo min mogelijk tussenschakels). Zie D. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

52 Hume, Locke en Reid hebben daarvoor aandacht aan dit thema besteed. C.A.J. Coady was een van de eersten die een uitvoerige filosofische studie (*Testimony. A Philosophical Study*, *a.w.*) wijdde aan de verklaring. Sindsdien is de verklaring in de kentheorie onderwerp van veel debat en zijn er talloze (Engelstalige) publicaties hierover verschenen. Zie bijvoorbeeld J. Lackley (red.), *The epistemology of testimony*, Oxford: Clarendon Press 2006.

in de inleiding is aangegeven, wij veel van wat wij (menen te) weten, hebben aangenomen op het gezag van andere mensen en dus kennis betreft die we niet zelfstandig hebben kunnen toetsen. Een klassiek voorbeeld is dat van de wetenschap omtrent de eigen geboortedatum. Het kennen van de eigen geboortedatum zal in alle gevallen zijn verkregen door middel van verklaringen van anderen (in de vorm van de bewering van de moeder of een geboorteakte).

De erkenning van de rol van verklaringen in ons proces van kennisverwerving heeft geleid tot een deelgebied binnen de epistemologie dat zich geheel richt op de verklaring. De verklaring (vertaling van het Engelse begrip *testimony*) wordt in de epistemologie traditioneel vrij breed opgevat, in de zin dat hetgeen is opgetekend in tekstboeken en officiële documenten (zoals geboorteakten) daar ook onder valt.⁵³ Vragen waarmee de epistemologie van de verklaring zich bezighoudt, zijn bijvoorbeeld of verklaringen kunnen gelden als zelfstandige bron van kennis en wat de voorwaarden zijn waaronder verklaringen kennis – of gerechtvaardigd geloof – kunnen opleveren. Mogen we bijvoorbeeld ten aanzien van het verkrijgen van kennis op basis van wat anderen zeggen, simpelweg vertrouwen op de persoon die de bewering doet, tenzij er concrete aanleiding is om dit niet te doen of moeten we op voorhand ten minste enig bewijs van de betrouwbaarheid van deze persoon hebben om een gedane bewering als waar te mogen aannemen?

4.2 Reductionisme versus non-reductionisme

Wanneer het gaat om het vergaren van kennis, dan hebben als traditionele kenbronnen te gelden de *eigen* zintuiglijke waarneming en de rede. Over de vraag of verklaringen ook gelden als zelfstandige kenbron en onder welke omstandigheden geloof mag worden gehecht aan die verklaringen, verschillen in de epistemologische literatuur de meningen. In het debat hierover zijn een tweetal stromingen te onderscheiden, te weten het *reductionisme* en het *non-reductionisme*. In beide stromingen wordt erkend dat we voor wat betreft hetgeen we (menen te) weten, sterk afhankelijk zijn van wat ons door anderen wordt verteld en in beide stromingen wordt geaccepteerd dat er gevallen zijn waarin wij mogen vertrouwen op verklaringen van anderen. De aanhangers van de beide stromingen verschillen echter van mening over de vraag waardoor onze afhankelijkheid van verklaringen wordt gerechtvaardigd. Reductionisten menen dat welke kennis de verklaring ook biedt, deze uiteindelijk dient

53 D. Pritchard, 'Testimony', in: R.A. Duff e.a. (red.), *Trial on Trial. Truth and Due Process*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 101. In de epistemologische literatuur wordt het begrip zeker daar waar het wordt gerelateerd tot de juridisch procedurele context, ook wel enger uitgelegd. Zo wordt wel uitgegaan van een opzettelijke en – in lijn met de Angelsaksische traditie – mondelinge overdracht van informatie. Zie ook Coady, die in dit verband onderscheid maakt tussen *formal* and *natural testimony*. C.A.J. Coady, *a.w.*, p. 26 e.v.

te worden gereduceerd tot meer fundamentele bronnen van kennis, namelijk de waarnemingen van een individu, het geheugen en de gevolgtrekkingen daaruit (*inductive inference*).⁵⁴ Verklaringen zijn dus geen zelfstandige bron van kennis, maar moeten rusten op andere fundamentele (of meer traditionele) bronnen van kennis. De non-reductionisten daarentegen stellen dat de verklaring niet alleen anders is dan andere bronnen van kennis of gerechtvaardigd geloof, maar tevens daarvan onafhankelijk is. De verklaring is in die benadering niet louter te reduceren tot waarneming, geheugen en rede, maar een zelfstandige bron van kennis.⁵⁵

De non-reductionisten zijn van oordeel dat verklaringen een bron van rechtvaardiging in zichzelf zijn en geven diverse soorten *a priori* redenen voor het accepteren van verklaringen.⁵⁶ In de non-reductionistische visie op de verklaring geldt dat we geen redenen hoeven te hebben om de verklaring te geloven, alleen een afwezigheid van redenen om het niet te geloven.⁵⁷ Het *a priori* aannemen van een bewering als 'waar' zonder indicatie van het tegendeel, uitsluitend op basis van het feit dat een ander die bewering doet, wordt in de kentheoretische literatuur ook wel het *default model* genoemd.⁵⁸ Vanuit dit perspectief mag een bewering als waar worden aangenomen, als de toehoorder geen reden heeft om aan de oprechtheid van de bron of betrouwbaarheid van de bewering te twijfelen.⁵⁹ Reductionisten daarentegen gaan er vanuit dat er meer voor nodig is om een bewering als waar aan te nemen louter dan op basis van afwezigheid van indicatoren die op het tegendeel wijzen. Zij menen dat er voldoende positieve redenen moeten zijn om een bewering als zodanig te accepteren, redenen die niet primair zijn gegrond in de verklaringen van anderen. Deze positieve redenen moeten zijn gebaseerd op andere bronnen en met behulp van inductieve redeneerstappen tot stand worden gebracht, bijvoorbeeld door in geval van een geconstateerde overeenkomstigheid tussen feiten en beweringen met de hulp van het geheugen en de rede, inductief af te leiden dat bepaalde sprekers of beweringen betrouwbare bronnen van informatie zijn.⁶⁰

54 C.A.J. Coady, *a.w.*, p. 22.

55 J. Lackley (red.), *a.w.*, p. 4. De verklaring kan onder omstandigheden namelijk kennis genereren die de bron zelf ontbeert. Zie S. Goldberg, 'Testimonial knowledge through unsafe testimony', *Analysis* 2005, p. 302-311.

56 Stanford Encyclopedia of Philosophy, Epistemological Problems of Testimony, te raadplegen op <http://plato.stanford.edu>.

57 J. Lackley (red.), *a.w.*, p. 5.

58 D. Pritchard, *a.w.*, p. 101. Default betekent letterlijk afwezigheid of standaardwaarde (bij computers). Hier ziet het op het (automatisch) aannemen van een propositie zolang er geen specifieke gronden zijn voor twijfel.

59 Als argumenten voor het hanteren van een non-reductionistisch perspectief worden onder meer genoemd dat mensen van nature zijn behept om de waarheid te spreken en dat als verklaringen niet betrouwbaar zouden zijn ze niet zouden bestaan. Zie P. Thagard, 'Testimony, credibility and explanatory coherence', *Erkenntnis* 2005, p. 312.

60 J. Lackley (red.), *a.w.*, p. 5.

Wat laat het voorgaande ons zien? In ieder geval dat vrij algemeen wordt erkend dat wij voor onze kennis van de werkelijkheid afhankelijk zijn van de verklaringen van anderen, maar dat er verschillen van inzicht bestaan over de vraag onder welke omstandigheden we een verklaring als waar mogen aannemen. De vraag of het geloof in een verklaring uitsluitend kan worden gegrondvest op die verklaring zelf (non-reductionisme) of dat er altijd externe – niet op verklaringen berustende – bronnen nodig zijn om die verklaring aan te kunnen toetsen (reductionisme), lijkt relevant voor de juridische strafrechtelijke praktijk. Het gekozen perspectief zou van betekenis kunnen zijn voor de vraag hoe we bijvoorbeeld tegen de op getuigen betrekking hebbende bewijsminima aankijken. Mag bijvoorbeeld een getuige worden geloofd (en diens verklaring voor het bewijs worden gebezigd) als er geen reden blijkt te zijn om aan zijn geloofwaardigheid of de betrouwbaarheid van zijn verklaringen te twijfelen, ook als inhoudelijke bevestiging in andere bronnen ontbreekt? Aan onze wettelijke regeling lijkt een reductionistisch uitgangspunt ten grondslag te liggen, in die zin dat uit de *unus testis nullus testis* regel volgt dat er altijd ander bewijs⁶¹ nodig is om tot een bewezenverklaring te komen.⁶² Echter, een inhoudelijke bevestiging van de getuigenverklaring wordt in de jurisprudentie niet vereist.⁶³ Met andere woorden: ook als onafhankelijke bronnen die een positieve reden kunnen constitueren om de verklaring als waar aan te nemen ontbreken, dan kan de verklaring voor waar worden aangenomen en worden gebruikt voor het bewijs.⁶⁴ Weliswaar is er geen sprake van een *a priori* acceptatie van de betrouwbaarheid van de verklaring, toch is de vraag of deze handelwijze vanuit epistemologisch perspectief valt te billijken.

5 COGNITIEVE CONTEXT

De vraag naar *getuigenverklaringen* en waarheidsvinding kan ook worden bekeken vanuit (rechts)psychologisch perspectief. Daar waar de kentheorie prescriptief van aard is (zijn we gerechtvaardigd de verklaring van een ander als waar te accepteren), heeft de psychologie een meer descriptief en verklarend karakter. Zij kan zowel inzicht verschaffen in de waarde van verklaringen, als in datgene wat mensen doen in reactie op verklaringen, hetgeen op haar beurt weer een bijdrage kan leveren aan de vorming van theorieën over de wijze waarop in het strafproces en daarbuiten met verklaringen dient te

61 Zij het dat het andere bewijs ook mag bestaan uit andere verklaringen, terwijl dit bij een zuiver reductionistisch perspectief niet het geval is.

62 En de verklaring moet zijn te herleiden tot de eigen waarneming (artikel 342 lid 2 Sv).

63 Zie op dit punt meer uitvoerig de bijdrage van B. de Wilde elders in deze bundel.

64 Mits de verdachte in het licht van artikel 6 lid 3 EVRM voldoende gelegenheid heeft gehad om de getuige te ondervragen.

worden omgegaan. In deze paragraaf zal allereerst kort worden ingegaan op enkele rechtspsychologische inzichten ten aanzien van de betrouwbaarheid⁶⁵ van getuigenverklaringen en vervolgens op de theorievorming over hoe mensen plegen te reageren op verklaringen.

5.1 Betrouwbaarheid van getuigenverklaringen

Ten aanzien van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen heeft er de laatste decennia een verschuiving plaatsgevonden in belangstelling van rechtspsychologen en juristen: was men zich vroeger vooral bewust van het feit dat getuigen en verdachten konden liegen, tegenwoordig wordt meer aandacht besteed aan de cognitieve beperkingen die aan ons mens-zijn verbonden zijn. En het is met name het inzicht in dit 'cognitief menselijk tekort' dat het blinde geloof in onze eigen waarneming en in die van anderen heeft doen wankelen.⁶⁶ Ook in het strafproces is gebleken dat de beweringen die getuigen geheel te goeder trouw doen niet altijd een correcte weergave van de (historische) werkelijkheid hoeven te zijn. Dit heeft te maken met een aantal factoren, gelegen in de waarneming, retentie en reproductie van ervaringen, die hier in vogelvlucht de revue zullen passeren.

Dat herinneringen 'nooit geheel accurate reproducties van originele ervaringen'⁶⁷ zijn, is allereerst het gevolg van het feit dat de waarneming van de gebeurtenis zelf al wordt beïnvloed door allerlei factoren. Naast het feit dat de omstandigheden waaronder wordt waargenomen (afstand, belichting, etc.) niet altijd optimaal zijn, kunnen in het proces van interpretatie fouten optreden. Het gaat bij het waarnemen immers niet louter om een passieve registratie van zintuiglijke indrukken, maar om een actief proces van interpretatie. De tot stand gekomen interpretatie ontstaat in de interactie tussen zintuiglijke indrukken en kenmerken van de waarnemer,⁶⁸ waarbij aspecten als aandacht, stress en emoties een rol spelen. Een bekend fenomeen in dit verband is het *weapon focus effect*, dat er voor zorgt dat een getuige alle aandacht richt op het wapen of een andere in het oog springende bijzonderheid (zoals een ernstige verwonding) en daarmee minder aandacht heeft voor andere details, hetgeen consequenties heeft voor het later herinneren van die details en het

65 Met betrouwbaar wordt hier bedoeld op de waarheidsgetrouwheid van de verklaring: in hoeverre komt de verklaring overeen met wat werkelijk is gebeurd. Om van een betrouwbare verklaring te kunnen spreken wordt in de rechtspsychologie op een aantal kwaliteiten gelet, te weten: de consistentie, accuratesse en volledigheid van de verklaring. Zie I. Candel, H. Merckelbach & M. Wessel, 'Traumatische herinneringen', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *a.w.*, p. 429. Zie ook H.L.G.J. Merckelbach e.a., 'De goede getuige', *Trema* 2003, p. 214.

66 D. Garé en J.F. Nijboer, 'Onmiddellijkheid heroverwogen', *AA* 1999, p. 882.

67 G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *a.w.*, p. 397.

68 G. Wolters, 'De betrouwbaarheid van ooggetuigen', in: P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag (red.), *De menselijke factor. Psychologie voor juristen*, Arnhem: Gouda Quint, p. 159-160.

herkennen van de dader.⁶⁹ Wolters stelt dat 'juist de situaties waar het in de rechtspraak vaak om gaat, zoals het herinneren van emoties en onverwachte gebeurtenissen die veel aandacht krijgen en waar het essentieel is dat specifieke details correct zijn, het meest gevoelig [blijken] voor fouten'.⁷⁰

Niet alleen fouten in het proces van waarneming zijn debet aan de inaccurate herinneringen (en daarmee verklaringen) van getuigen. Er kunnen eveneens fouten optreden bij de retentie en reproductie van gebeurtenissen.⁷¹ Bij de retentie moet worden gedacht aan de opslag van de waarneming in het geheugen, waarbij geldt dat naarmate de tijd verstrijkt de accuratesse van de herinnering afneemt. Naast het natuurlijke proces van vergeten, kunnen zich ook onjuistheden in het geheugen nestelen, bijvoorbeeld door de *input* van informatie achteraf. Rassin geeft aan dat 'onderzoek laat zien dat mensen relatief gemakkelijk allerlei onjuiste elementen in hun herinneringen opnemen, waardoor die herinneringen op den duur nauwelijks nog in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke gebeurtenis. Het gaat dan niet om gebeurtenissen die daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en verkeerd worden herinnerd, maar ook om "herinneringen" waaraan helemaal geen feitelijke gebeurtenis ten grondslag ligt'.⁷²

Het opnemen van onjuiste elementen kan geschieden tijdens het proces van reproductie. Ook hier gaat het om een actief proces. Herinneringen bestaan veelal uit onvolledige fragmenten, aan de hand waarvan wij een reconstructie maken van de oorspronkelijke gebeurtenis. Er wordt in dit verband wel gesproken van een constructief geheugen. Ons geheugen is niet zozeer ingericht op het passief opslaan van informatie en het reproduceren van volledig accurate weergaven van het verleden, maar heeft tot doel 'het actief verwerken van informatie om gebeurtenissen te begrijpen, om doelen te bereiken en om te anticiperen op de toekomst'.⁷³ Bij de reconstructie van zintuiglijke indrukken tot een geheel, wordt gebruik gemaakt van bestaande kennischema's⁷⁴ en logische interventies. De menselijke beheptheid om hiaten aan te vullen of onduidelijkheden op te helderen met behulp van bestaande kennis en logische gevolgtrekkingen, maakt het proces gevoelig voor fouten en invloeden van

69 Met een beroep op dit effect werd in de Schiedammer parkmoord de verklaring van het slachtoffer Maikel ten aanzien van het signalement van de dader terzijde geschoven. Zie Evaluatie onderzoek in de Schiedammer parkmoord. Rapportage in opdracht van het College van procureurs-generaal, augustus 2005, p. 91.

70 G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', *a.w.*, p. 415.

71 G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', *a.w.*, p. 399.

72 E. Rassin, 'Onjuiste verklaringen tijdens het politieverhoor', *JV* 1998, nr. 4, p. 78-79.

73 G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', *a.w.*, p. 399.

74 Dit verwijst naar 'een algemeen kennisraamwerk voor alle situaties die volgens een standaardpatroon verlopen'. G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', *a.w.*, p. 399.

buitenaf.⁷⁵ Door de gevoeligheid voor externe invloeden is bijvoorbeeld in een verhoorsituatie de wijze van vraagstelling van groot belang.⁷⁶ Een voorbeeld van beïnvloeding door de wijze van bevragen is te vinden in onderzoek van Smeets e.a., waarin 120 proefpersonen werden ondervraagd over niet bestaand beeldmateriaal van de moord op Pim Fortuyn. Afhankelijk van de wijze van vraagstelling varieerde het aantal deelnemers dat beweerde de beelden te hebben gezien van 63% tot 27%.⁷⁷ Een deel van de deelnemers (21%) wist zelfs specifieke details uit het niet bestaande beeldmateriaal te geven. Dit onderzoek bevestigt de resultaten uit voorgaand onderzoek dat zogenaamde *crashing memories* mede afhankelijk zijn van de wijze waarop mensen worden ondervraagd en dat sommige getuigen details verschaffen die ze onmogelijk kunnen hebben waargenomen.⁷⁸

Het bovenstaande laat zien dat er nogal wat cognitieve gebreken kleven aan getuigenverklaringen, die zowel kunnen worden veroorzaakt door interne processen als door externe factoren.⁷⁹ Dit roept een enigszins mistroostig beeld op van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er vanuit de rechtspsychologie veelvuldig is gewaarschuwd voor de 'feilbare' getuige, hetgeen zijn weerslag heeft gehad op de beeldvorming onder juristen over de waarde van getuigenverklaringen voor het strafproces.

Echter, ging het vroege rechtspsychologische onderzoek nog gepaard met ferme uitspraken en grove generalisaties ten aanzien van de betrouwbaarheid van getuigen,⁸⁰ tegenwoordig valt – naar aangenomen kan worden mede onder invloed van de gedachtevorming in de epistemologie – een meer genuan-

75 Dit leidt tot een enigszins paradoxale situatie. Naarmate er vaker wordt gehoord, wordt het verhaal completer doordat er meer details worden toegevoegd. De verklaring wordt daarmee voor de luisteraar steeds overtuigender, maar is steeds minder gebaseerd op de eigen waarneming. P.J. van Koppen, 'De goede getuige die af en toe faalt', *TvCr* 2007, p. 407-417.

76 G. Wolters, 'De betrouwbaarheid van ooggetuigen', *a.w.*, p. 159-160.

77 De ambigue vraagstelling leverde 63% vals positieve antwoorden op, de neutrale vraagstelling 27%. Een verklaring voor het feit dat ook de neutrale vraagstelling een groot aantal bevestigende antwoorden opleverde, wordt mede daarin gezocht dat met het feit dat naar beeldopnamen wordt gevraagd, wordt gesuggereerd dat dergelijk materiaal bestaat.

78 T. Smeets e.a., 'Of course I Remember Seeing that Film – How Ambiguous Questions Generate Crashing Memories', *Applied Cognitive Psychology* 2006, p. 779-789.

79 G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *a.w.*, p. 413. In de literatuur wordt in dit verband een onderscheid aangebracht tussen *system variables* en *estimator variables*. Bij de *system variables* gaat het om variabelen waar het strafproces controle over heeft, zoals ondervragingsmethoden. Bij *estimator variables* gaat het om variabelen die van invloed zijn op de accuratesse van de verklaring waarover het systeem geen controle heeft, zoals de interne geheugenprocessen. Zie G.L. Wells, A. Memon en S.D. Penrod, 'Eyewitness Evidence, Improving Its Probative Value', *Psychological Science in the Public Interest* 2006, nr. 2, p. 45-75.

80 H.L.G.J. Merckelbach e.a., *a.w.*, p. 216; G.L. Wells, A. Memon en S.D. Penrod, *a.w.*, p. 49; P.J. van Koppen, *a.w.*, p. 407.

ceerde stellingname te bemerken.⁸¹ Volgens Merckelbach e.a is 'het cliché van de feilbare getuige misplaatst'. Zij menen dat getuigen in principe in staat zijn een betrouwbare verklaring af te leggen, mits deze daartoe de kans krijgen. Het in te sterke bewoordingen de nadruk leggen op de onbetrouwbaarheid respectievelijk feilbaarheid van getuigenverklaringen, is in hun ogen ongelukkig, 'omdat het psychologen en juristen blind maakt voor de funeste uitwerking die externe factoren op de betrouwbaarheid kunnen hebben, terwijl aan die externe factoren juist wél wat te doen valt'.⁸² Daarbij wordt in de rechtspsychologie inmiddels ook erkend dat het strafrecht in hoge mate afhankelijk is van getuigenverklaringen en dat forensisch technisch bewijs niet noodzakelijkerwijs minder problematisch is dan getuigenbewijs.⁸³

5.2 Theorie van Thagard

In de rechtspsychologie wordt sinds kort enige aandacht besteed aan de vraag wat mensen doen en zouden moeten doen in reactie op verklaringen (*testimony*). Een vraag bijvoorbeeld voor de rechter, die moet beoordelen of hij een verklaring van een getuige moet geloven. Theorievorming op dit punt is van betekenis voor de strafrechtelijke procedure, omdat het mogelijk meer inzicht zou kunnen verschaffen in de mechanismen achter het rechterlijk waarderingsproces. Een voorbeeld van een relevante theorie over hoe mensen met verklaringen plegen om te gaan, is de theorie van Thagard over verklaringen. Zijn theorie is dat mensen min of meer automatisch reageren op een bewering door haar te accepteren zolang zij consistent is met hun overtuigingen en de bron geloofwaardig is (*default pathway*). Als niet aan deze voorwaarden is voldaan, dan begeven mensen zich op een ander pad, waarin de beweringen van de ander worden geëvalueerd aan de hand van de coherentie met al het andere beschikbare bewijs (*reflective pathway*).⁸⁴

81 H.L.G.J. Merckelbach e.a., *a.w.*, p. 213-219; P.J. van Koppen, *a.w.*, p. 408-409.

82 H.L.G.J. Merckelbach e.a., *a.w.*, p. 218. Ook Van Koppen stelt 'dat getuigen "vaak onbetrouwbaar" zijn, een boude bewering [is] waarvan het hoog tijd is om afstand te nemen'. P.J. van Koppen, *a.w.*, p. 408. Coady heeft in zijn boek flink van leer getrokken tegen de stellige conclusies uit de rechtspsychologie. Volgens hem resulteren beweringen dat verklaringen onbetrouwbaar zijn in ingrijpende verwerping daarvan als een vorm van bewijs. C.A.J. Coady, *a.w.*, p. 265.

83 Van Koppen en Elffers stellen zich op het standpunt dat zich bij (de interpretatie van) technische sporen evengoed problemen voordoen, maar dat deze van andere aard zijn. P.J. van Koppen en H. Elffers, *a.w.*, p. 609. Ook het grote aandeel dat getuigenverklaringen hebben in gerechtelijke dwalingen (zie noot 3) is volgens Van Koppen eerder een weergave van de grote rol die getuigenverklaringen spelen bij de bewijsvoering en 'kan uit het grote aantal getuigenfouten bij rechterlijke dwalingen niet worden geconcludeerd dat getuigenfouten rechterlijke dwalingen veroorzaken'. P.J. van Koppen, *a.w.*, p. 409.

84 P. Thagard, *a.w.*, p. 295-316.

Het *default pathway* wordt door Thagard geïllustreerd aan de hand van voorbeelden in ons dagelijks bestaan, waarin we talloze verklaringen van andere mensen horen of lezen via de media of in persoon, zonder daar maar een moment bij stil te staan. Denk bijvoorbeeld aan de voetbaluitslagen in de krant of de collega die op maandag zijn weekend beschrijft. In dit geval zullen deze verklaringen zonder nadere reflectie als waar worden aangenomen. Echter, soms stuiten we op een bewering die dubieus is, omdat de bron ongelofwaardig is of de bewering niet strookt met de eigen kennis. In een dergelijk geval wordt een bewering niet automatisch geaccepteerd, maar zal er een nadere reflectie plaatsvinden over de bewering en de persoon die de bewering doet.⁸⁵ Er zijn talloze voorbeelden te noemen waarin een bewering niet automatisch wordt geaccepteerd: een journalist van een boulevardblad die beweert dat prinses Maxima in verwachting is van haar vierde kind of een weerman die op een regenachtige dag in april beweert dat het de volgende dag 35 graden wordt. Volgens Thagard suggereert dit mechanisme dat, als mensen een bewering horen of lezen, er altijd een onbewuste waardering van de bewering en de bron plaatsvindt. In de meeste gevallen zal de bewering die onbewuste test doorstaan en zal de bewering als juist worden geaccepteerd zonder nadere reflectie. Echter, wanneer de bewering inconsistent is met hetgeen de toehoorder gelooft of wanneer de bron ongelofwaardig is, dan zal men het reflectieve pad inslaan, waarin een meer uitgebreid proces van waardering plaatsvindt (in het licht van alle andere aanwezige kennis, verklarende coherentie). Thagard noemt een aantal situaties waarin nadere reflectie teweeg wordt gebracht (*reflective triggers*), namelijk het vermeende gebrek aan geloofwaardigheid van de bron (op grond van zowel algemene als contextuele informatie), niet geloofwaardig gedrag van de bron, inconsistentie van de bewering met andere overtuigingen en onverenigbaarheid met andere doelen van de toehoorder.⁸⁶

Hoewel het vanuit het perspectief van het voorkomen van onjuiste overtuigingen beter zou zijn altijd het reflectieve pad te bewandelen, is dit volgens Thagard in het dagelijks leven ondoenlijk. Daar onwaarheden in de alledaagse communicatie veelvuldig voorkomen, zou teveel reflectie het leven onmogelijk maken. Toch is zijn duale model naar eigen zeggen in overeenstemming met het reductionistisch perspectief, doordat bij beide wegen de inductieve rechtvaardiging centraal staat. Er vindt immers altijd een (impliciete) waardering plaats aan de hand van de kennis over de bewering en de bron van waaruit deze voortkomt.⁸⁷ Een aspect dat in Thagard's theorie minder uitdrukkelijk aan de orde komt, is het doel dat met de bewering wordt gediend en de belangen die afhangen van de juistheid van de verschafte informatie. De context waarin een bewering wordt gebruikt, is mede afhankelijk van de

85 P. Thagard, *a.w.*, p. 297.

86 P. Thagard, *a.w.*, p. 298.

87 P. Thagard, *a.w.*, p. 299.

manier waarop mensen op informatie reageren. Als iemand echt iets zeker wil weten en er veel afhangt van de juistheid van de verschafte informatie, dan zal men eerder het reflectieve pad inslaan. Zo is het ook in de strafrechtelijke juridische context. Daar moeten procespartijen, en in het bijzonder de rechter, altijd nader reflecteren op de juistheid van de door middel van verklaringen verschafte informatie (terwijl we van nature misschien daartoe niet (of minder) geneigd zijn).

6 WAARBORGEN IN DE STRAFPROCEDURELE CONTEXT MET BETREKKING TOT GETUIGENVERKLARINGEN

De juridische context is in een aantal opzichten veeleisender dan de maatschappelijke of alledaagse context.⁸⁸ De belangen die op het spel staan bij de betrouwbaarheid van verklaringen vergen ook dat er uiterst zorgvuldig met verklaringen wordt omgesprongen. Voor getuigenverklaringen geldt dat waar het in het dagelijks leven geoorloofd kan zijn om niet het reflectieve pad te bewandelen (omdat daar eenvoudigweg geen aanleiding voor lijkt te zijn),⁸⁹ in de strafprocedurele context verklaringen altijd op hun betrouwbaarheid dienen te worden getoetst. De wijze waarop de waardering van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen in het strafproces gestalte krijgt en verklaringen voor het bewijs worden gebruikt, verschillen per processysteem. Weliswaar hebben de verschillende systemen met elkaar gemeen dat het altijd gaat om een in meer of mindere mate geformaliseerde setting, de procedurele 'waarborgen' om het proces van waarheidsvinding te bevorderen lopen in de verschillende procestradities uiteen. Op het niveau van bewijs gelden bijvoorbeeld in het Angelsaksische systeem min of meer rigide uitsluitingsregels voor mogelijk onbetrouwbaar (of onrechtmatig) bewijs. Het verbod op *hearsay* is een voorbeeld van hoe potentieel onbetrouwbare verklaringen – die wel juridisch relevante informatie kunnen verschaffen – voor het bewijs worden geweerd.⁹⁰ In Nederland wordt de beoordeling van de betrouwbaarheid van dergelijke *de auditu* verklaringen en de beslissing ten aanzien van het gebruik daarvan voor het bewijs vrijwel geheel aan de discretie van de rechter overgelaten. De vraag kan worden gesteld in hoeverre het ene systeem – waar het getuigenverklaringen betreft – beter is geëquipeerd tot waarheidsvinding dan het andere. In het bijzonder kan worden gekeken in hoeverre de specifieke procedurele regels (zoals de *hearsay* regel die de rechter belet om op bepaald

88 In velerlei opzichten ook dan de wetenschappelijke of epistemologische context. Een eigen waarneming is in die contexten voldoende om een hypothese aan te nemen of te verwerpen. In de strafrechtelijke context is altijd enigerlei mate van aanvullend bewijs nodig.

89 Dat neemt niet weg dat de rechter na reflectie tot het oordeel kan komen dat er geen aanleiding is om de getuige niet te geloven.

90 De *hearsay* regeling in Engeland en Wales is sinds de inwerkingtreding van de *Criminal Justice Act 2003* aanmerkelijk versoepeld.

materiaal acht te slaan) of aan het strafproces ten grondslag liggende beginselen (zoals het onmiddellijkheidsbeginsel) het proces van waarheidsvinding bevorderen.⁹¹ Dit zijn vragen die zich niet met het klassieke juridische instrumentarium laten beantwoorden en waarvoor nader empirisch onderzoek noodzakelijk is. Onderzoek dat zich niet alleen richt op waarheidsvinding, maar ook op een 'eerlijke' distributie van fouten op een zodanige wijze dat onschuldigen daarvan profiteren.⁹²

De in het Nederlandse systeem neergelegde procedureregels zien hoofdzakelijk op de waardering van de betrouwbaarheid en het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs. In de juridische procedure is er echter minder aandacht voor de totstandkoming van de verklaring.⁹³ Ten onrechte, zo meen ik. Het recent verschenen proefschrift van Haket over de ontwikkelingen van verhalen in verkrachtingszaken laat zien hoe verklaringen in de loop van het strafproces veranderen.⁹⁴ Zij concludeert dat naarmate het strafproces voortschrijdt, de verklaringen van betrokkenen steeds verder verwijderd raken van hun oorspronkelijke vorm (en daarmee naar we mogen aannemen verder van de realiteit). Eén van de factoren die hier volgens Haket debet aan is, betreft de wijze waarop verklaringen in verkrachtingszaken worden geconstrueerd en opgetekend. Ten tijde van het verhoor is er sprake van inhoudelijke sturing, waarbij het achteraf niet meer geheel duidelijk is wie wat precies in het verhoor heeft ingebracht. Daarbij komt dat de gedetailleerde ondervraging tijdens het verhoor wordt neergelegd in een lopend verhaal (in de ik-vorm) met weglating van de vragen, waarbij verbalisant veelal zijn eigen formuleringen gebruikt.⁹⁵ De omvorming van de dialoogvorm van de ondervraging naar een – in meer of mindere mate gejuridiseerde – monoloog, is een bekend verschijnsel dat verder reikt dan alleen de verklaringen van zedenslachtoffers. Denk bijvoorbeeld aan de aangever van diefstal die zegt 'ik heb aan niemand het recht of toestemming gegeven zich het vermiste goed dat geheel aan mij toebehoort toe te eigenen'. Deze veelvoorkomende werkwijze is vanuit een oogpunt van

91 Zie in dit verband Rozemond die pleit voor de empirische toetsing van de aan het onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag liggende thesen, te weten de reproductie, observatie en toetstheze. K. Rozemond, *Strafoorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 276 e.v.

92 De gedachte is immers dat de waarheid de onschuldige verdachte altijd ten goede zal komen, maar op het niveau van bewijsregels ligt dit anders. Denkbaar is immers dat bepaalde bewijsregels weliswaar de waarheidsvinding dienen, maar dat onschuldigen en schuldigen daar in ongelijke mate van profiteren. Daar moet met de inrichting van de procedure en de bewijsregels rekening mee worden gehouden. Zie over foutendistributie en juridische epistemologie het boek van Laudan die overigens van mening is dat op het niveau van bewijs alleen de foutenreductie centraal zou moeten staan, terwijl de distributie van fouten op het niveau van de bewijsstandaard zou moeten plaatshebben. L. Laudan, *a.w.*, p. 136 e.v.

93 Zo constateert ook Haket. Zie V.T. Haket, *Veranderende verhalen in het strafrecht: de ontwikkeling van verhalen over verkrachting in het strafproces* (diss. Leiden), Leiden 2007, p. 193.

94 V.T. Haket, *a.w.*, p. 193.

95 V.T. Haket, *a.w.*, p. 196 en 204.

betrouwbaarheid al wel vaker in de literatuur bekritiseerd.⁹⁶ Echter, meer systematisch onderzoek naar de betrouwbaarheid van deze werkwijze mede in relatie tot registratie met moderne technologische middelen ontbreekt.⁹⁷ Overigens is de wijze van registratie niet het enige wat aan de totstandkoming van getuigenverklaringen zou schorten. Zo staat de procedure omtrent getuigenconfrontatie al jaren in het brandpunt van de rechtspsychologische aandacht.⁹⁸

7 RESUMEREND

Het voorgaande moge duidelijk maken dat hoewel we voor onze kennis in belangrijke mate afhankelijk zijn van onze medemens, er vanuit een oogpunt van betrouwbaarheid nog wel wat haken en ogen zitten aan het ontlenen van kennis over 'de' (historische) werkelijkheid aan de hand van (getuigen)verklaringen. Dit geldt in het bijzonder voor het strafproces, waar grote belangen op het spel staan. Van het besef van de feilbaarheid van getuigen zijn ook juristen steeds meer doordrongen geraakt. Lag in de negentiende en begin twintigste eeuw de nadruk vooral op de leugen en op de meened, onder invloed van de rechtspsychologie heeft ook in het rechtsdenken over feitenonderzoek en bewijs een verschuiving plaatsgevonden. De rechtspsychologie heeft laten zien dat het grootste probleem niet zozeer moreel, maar cognitief van aard is. Ook in de epistemologie waarin de menselijke waarneming traditioneel naast of met het menselijke redeneervermogen als voornaamste kenbron centraal staat, zijn er kritische kanttekeningen geplaatst bij onze mogelijkheden tot het kennen van de werkelijkheid op basis van verklaringen. Van beide kanten is de getuigenverklaring als deugdelijk instrument van waarheidsvinding onder vuur komen te liggen. Echter, zowel in de rechtspsychologie als de epistemologie lijkt er sprake te zijn van een zeker eerherstel voor de getuigenverklaring. Hoewel het naïeve geloof in de 'onfeilbaarheid' van de menselijke waarneming en het menselijk redeneervermogen definitief voorbij is, wordt zowel in de rechtspsychologie als in meer recente epistemologische publicaties erkend dat verklaringen van anderen voor onze kennis van de werkelijkheid in het algemeen, en strafrechtelijke gebeurtenissen in het

96 Zie J.M. Sjöcrona, 'Eerlijkheid in geding, over recht en fatsoen in strafzaken', *Trema* 2005, p. 373-380; G.P.M.F. Mols, 'De Schiedammer parkmoord: magistrale of magistratuurlijke reflectie' (redactioneel), *NbSr* 2005, p. 941; M. Komter, 'Dilemma's in de verhoorkamer', *Tijdschrift voor de Politie* 2001, nr. 3, p. 25-31.

97 Zo is de veronderstelling dat audiovisuele opname per saldo kwalitatief 'beter' is dan het traditionele proces-verbaal dat nu het beeld domineert, maar echt inzicht in de verschillen, de wijze waarop deze doorwerken voor het bewijs en de invloed van het type registratie op het rechterlijk beoordelingsproces, ontbreekt.

98 P.J. van Koppen en E.M. van der Horst, 'De simpele logica van getuigenconfrontaties', *NJB* 2006, p. 788-795.

bijzonder, onontbeerlijk zijn. Deze constatering laat onverlet dat er nog discussie mogelijk is over de voorwaarden waaronder we op terechte gronden geloof mogen hechten aan getuigenverklaringen. En dat er nog veel kan worden gedaan aan de condities om de kwaliteit van de totstandkoming te verbeteren. Juist omdat getuigen gebreken (kunnen) vertonen op het cognitieve vlak, moeten we streven naar procedures waarmee de specifieke zwakheid en ambiguïteit van verklaringen aan het licht kunnen komen.⁹⁹ Voor de wijze waarop dit zijn beslag moet krijgen, zijn we mede afhankelijk van de inzichten ontwikkeld in andere disciplines en is nader (interdisciplinair) onderzoek vereist.

De in andere contexten ontwikkelde inzichten zijn niet alleen relevant voor de inrichting van de procedure, zij illustreren tevens de veelzijdigheid van de problematiek van waarheidsvinding en zijn rechtstreeks van invloed op de kwaliteit van die waarheidsvinding. Het proces van feitenonderzoek en bewijs is immers niet louter een juridische bezigheid, maar wordt mede gereguleerd door perspectieven uit andere contexten, waarvan in algemene zin de epistemologische en cognitieve context de belangrijkste zijn. Het is de kunst om de contexten zoveel mogelijk op elkaar te betrekken om zo het proces van waarheidsvinding te ‘maximaliseren’. Dit stelt de nodige eisen aan het blikveld van de strafrechter. Niet alleen dient hij te beschikken over voldoende juridische kennis, hij mag evenmin de epistemologische en algemeen methodologische aspecten veronachtzamen en dient zich tegelijkertijd bewust te zijn van eventuele rechtspsychologische valkuilen voor wat betreft de kwaliteit en waardering van verklaringen. Dit alles om er voor te zorgen dat de strafprocesuele waarheid als resultaat van de rechterlijke procedure zoveel mogelijk recht doet aan de werkelijkheid.

99 Het onderkennen van zwaktes geeft ook de mogelijkheid de sterke kanten te onderkennen.

5 | Het monopolie op de strafrechtelijke
waarheidsvinding.
Overwegingen over belang en risico's van private
'deskundigen' inbreng[■]

C.P.M. Cleiren

1 INLEIDING

De actuele kwestie over de veroordeling van mogelijk onschuldigen en/of de niet veroordeling van schuldigen kent vele kanten en vele niveau's. Men kan de problematiek toespitsen op vragen rondom de kwaliteit van het vooronderzoek, de vervolging en de beoordeling door de rechter. Ook rijst de vraag of een verdieping op het terrein van ons negatief-wettelijk bewijsstelsel en de rol van de bewijsminima en van de rechterlijke overtuiging nodig is. En eveneens belangrijk is de vraag naar de toereikendheid van mogelijkheden tot herziening. Neemt men ook de internationale dimensies mee dan kan de problematiek worden toegespitst op de kwaliteiten van ons strafrechtelijk stelsel dat zich kenmerkt door een civil law traditie en wel in een vergelijking met common law georiënteerde stelsels. De antwoorden op deze vragen kunnen niet eenvoudig worden gegeven en behoeven het nodige verdere onderzoek. Kortom, strafrechtsbeoefenaren hebben opnieuw een thema dat openingen biedt naar veel braakliggend terrein.

De overheid heeft het monopolie op de waarheidsvinding in het strafrecht.¹ Een van de aspecten die tot op heden weinig is belicht, is of en in hoeverre aan die strafrechtelijke waarheidsvinding kan en mag worden bijgedragen door private personen en instellingen en wat daarvan de voor- en nadelen zijn. Ik doel daarmee niet op het door de overheid zelf inschakelen van deskundigen of andere burgers in en ten behoeve van de waarheidsvinding, zoals in het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten is voorzien, maar op private partijen die zich uit eigen beweging mengen in en rondom de justitiële waarheidsvinding.² De vraag die hierop aansluit is de vraag hoe de

■ Deze bijdrage is eerder onder dezelfde titel verschenen in *Strafblad* 2008, nr. 3, p. 272-285.

1 Deze monopoliepositie is nauw verbonden met het geweldsmonopolie en met het monopolie op vervolging, berechting en bestrafing. Evenzeer is deze monopoliepositie nauw verbonden met de inquisitoir georiënteerde procescultuur van ons strafrechtelijk vooronderzoek.

2 De particuliere recherche blijft hier buiten beschouwing omdat hun doelstelling niet primair is gelegen in het bijdragen aan justitiële waarheidsvinding. Wat betreft de particuliere recherche is inmiddels wel veel literatuur voorhanden. Zie onder meer de bijdragen in

overheid zich moet verhouden tot dit soort activiteiten en in laatste instantie of de monopoliepositie van de overheid op de waarheidsvinding in het licht van het optreden van de bedoelde private partijen aan heroverweging toe is. Deze vragen zijn in het bijzonder geïnspireerd door het optreden van particulieren in enkele actuele zaken die veel publiciteit hebben gekregen. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de rol die Peter R. de Vries speelde in de zaak van Joran van der Sloot, de rol van Maurice de Hond en van J.E.R. Frijters in de Deventer moordzaak, de rol van de familie Derksen in de zaak van Lucia de B., de rol van diverse schrijvers (Han Israëls, Dick Gosewehr en Harrie Timmermans) in de zaak van Ina Post en de rol van J.E.R. Frijters bij de zaken waarin gebruik werd gemaakt van geurproeven. In recente herzieningsverzoeken blijkt bovendien dat de strafrechtadvocatuur zichzelf ook steeds meer een rol in de waarheidsvinding toeigent.³

Niet iedere rol van iedere private partij wordt onder de loep genomen. De bespreking wordt beperkt tot deskundigen die op eigen gezag en verantwoordelijkheid (al dan niet in dienst van een private organisatie of universiteit) onderzoek doen en/of zich kritisch uitlaten over de justitiële waarheidsvinding in het algemeen en die in concrete zaken. Bovendien worden hier slechts die private partijen als deskundigen beschouwd die zich (kunnen) laten voorstaan op bijzondere kwaliteiten en daaraan een zeker gezag ontlenen, zoals wetenschappers, rechters en ex-rechters. In het navolgende worden zij aangeduid als 'deskundigen'.⁴

Het belang van het vinden van de waarheid in het strafrecht – hoe beperkt de gevonden 'waarheid' onvermijdelijk ook altijd is – staat natuurlijk volstrekt buiten kijf en wordt in deze bijdrage dan ook niet expliciet aan de orde gesteld en behandeld.⁵ Hier zal worden besproken of en zo ja welk belang private partijen kunnen dienen in relatie tot de strafrechtelijke waarheidsvinding en welke risico's daaraan zijn verbonden. In aansluiting daarop zal worden belicht of de overheid consequenties zou moeten verbinden aan die bezwaren.

Justitiële Verkenningen 2001, nr. 4 (Private opsporing) en J.D.L. Nuis e.a., *Particulier speurwerk verplicht*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004.

3 De rol die zij daarmee innemen vertoont trekken van die van hun beroepsgenoten in de meer accusatoire en adversarial common law stelsels.

4 Ter onderscheiding daarvan wordt in het navolgende het begrip deskundigen zonder aanhalingstekens gereserveerd voor deskundigen die worden ingeschakeld krachtens de regelingen van het Wetboek van Strafvordering.

5 Zie hierover uitgebreider van mijn hand 'Waarheid in het strafproces: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001, p. 9-31.

2 DE CONTEXT VAN HORIZONTALISERING EN VERVLECHTING VAN OVERHEID EN PARTICULIERE SECTOR

De verhouding tussen overheid en de private sector en tussen overheid en burger is al enige decennia langzaam aan het verschuiven. Deze ontwikkelingen hebben in bepaalde sectoren geleid tot privatisering van overheidstaken. Waar het de individuele burger betreft, is er sprake geweest van het terugtreden van de zorgzame en verantwoordelijke overheid. Ook de eerste drie kabinetten Balkenende propageerden de terugtrekkende overheid en volgden een beleid waarin de verantwoordelijkheid van burgers voor hun gezondheid, omgeving en veiligheid in sterke mate moest worden 'overgeheveld' naar die burger zelf. Vele particuliere initiatieven worden betrokken in en bij het overheidsbeleid en de overheid werkt bij de uitvoering van de publieke taak steeds vaker samen met particuliere organisaties en particulieren. In andere sectoren is er evenwel sprake van minder vergaande vormen van overheveling, maar soms wel van toename van samenwerking en afstemming. Aspecten van deze ontwikkelingen zijn vervat in vele studies onder zeer diverse noemers, zoals de *Civil Society*, *Good Governance*, *individualisering*, *burgerschap*, *privatisering* en *horizontalisering*.⁶

De bedoelde ontwikkelingen zijn niet aan het juridisch domein en aan het strafrecht voorbijgegaan. Als ontwikkelingen in de richting van horizontalisering kan voor het strafrecht worden gewezen op activiteiten waarbij de overheid nauw samenwerkt met particuliere organisaties of deze gelegenheid biedt om hun activiteiten af te stemmen op die van de overheid. Het tv-programma *Opsporing* verzocht is daarvan een mooi voorbeeld. Ook kan worden gewezen op *Meld Misdaad Anoniem*, het inschakelen van particuliere forensische experts(bureau's) in bijvoorbeeld fiscaal/economische zaken, alsmede op het mogelijk maken van een *second opinion* bij onderzoek dat werd verricht door bijvoorbeeld justitiële gerechtelijk deskundigen als het NFI en het Pieter Baan-centrum. Daarnaast kunnen ook vormen van consensuele afdoening en nalevingsovereenkomsten als voorbeelden worden genoemd.

Hoewel fundamenteel ingrijpende veranderingen tot op heden binnen het strafrecht niet hebben plaatsgevonden, is de overheid wél zichtbaar alerter en responsiever geworden. We zien een zekere acceptatie van meer private inbreng in de publieke sfeer en bij strafrechtelijk georiënteerde taken, zoals bij de particuliere bewaking en beveiliging, alsmede bij particuliere recherchebureaus. De overheid laat en 'gunt' deze organisaties inmiddels hun eigen

6 In het navolgende wordt gebruik gemaakt van het begrip horizontalisering. Dit begrip sluit voor het strafrecht het meest aan bij de bedoelde ontwikkelingen. De verticale betrekking tussen overheid en burger/verdachte in het strafrecht, die het meest nadrukkelijk tot uitdrukking komt in de monopoliepositie van de overheid voor het strafrecht, wordt steeds meer doorbroken door horizontale betrekkingen van overheid tot burger/verdachte en van verdachte/dader tot slachtoffer.

‘markt’, maar tracht de kwaliteit daarvan wél te beïnvloeden en borgen via onder meer voorwaarden voor vergunningverlening en een uiterst behoedzaam gebruik van de resultaten van hun onderzoek in de strafrechtelijke setting.⁷ De rol van de burger in het strafrecht is daarnaast onder meer aan de orde bij het groeiend ideaal van democratisering en openheid van het strafrecht. In dat licht kan worden gewezen op de verhoogde belangstelling voor motivering, de persofficier en de persrechter, verbeteringen in de positie van het slachtoffer, camera’s in de rechtszaal, maar ook op de discussie rondom leken- of juryrechtspraak en op ideeën voor burgerpanels voor straftoemeting.

De maatschappelijke tendensen van horizontalisering gaan dus niet aan het strafrecht voorbij. De acties van ‘deskundigen’ rondom de strafrechtelijke waarheidsvinding waarop deze bijdrage wordt toegespitst, bevinden zich op dit speelveld van horizontalisering. Ze raken wel aan de publieke sfeer, maar hebben (nog) geen vaste plaats in het proces van publieke waarheidsvinding verworven. Ingrijpende verschuivingen ten aanzien van het monopolie van de overheid in het strafrecht blijken steeds te stuiten op hindernissen vanuit rechtstatelijk perspectief. Deze context van horizontalisering en de grenzen daarvan vanuit rechtstatelijk perspectief zijn dan ook mede bepalend voor de hiernavolgende gedachtevorming over het monopolie van de overheid op de strafrechtelijke waarheidsvinding en de rol van ‘deskundigen’.

2.1 Waarheidsvinding in het strafproces

Het strafproces is primair gericht op het vinden van de waarheid teneinde de schuldige te kunnen straffen. Waarheidsvinding is dan ook min of meer een ‘ultiem doel’ van het strafproces en het maatschappelijk belang daarvan mag dus niet worden onderschat. De monopoliepositie van de overheid op de waarheidsvinding is rechtstreeks verbonden met het overheidsmonopolie voor het strafrecht als geheel. De fundamenten daarvan liggen besloten in het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht en daarmee in uitgangspunten en beginselen van onze democratische rechtsstaat. Het waarborgen van rechten van de burger en het voorkomen van eigenrichting zijn daarbij van wezenlijk belang. Ons strafrecht kenmerkt zich door een dubbelzijdig karakter, ook waar het de waarheidsvinding betreft: instrumentaliteit en rechtsbescherming.⁸ Aan de ene kant is er het doel van vinden van de waarheid om overtreders van

7 Privacycode sector particuliere onderzoeksbureaus, als bijlage opgenomen bij de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (*Stcrt.* 1999, 60, laatst gewijzigd bij *Stcrt.* 2007, 224). Volgens de huidige rechtspraak wordt de bemoeienis van de justitiële organen bij het handelen van de private partijen als uitgangspunt genomen voor de vraag of er consequenties moeten worden verbonden aan particuliere betrokkenheid. Zie hierover uitvoerig de rechtspraak die wordt behandeld in J.D.L. Nuis e.a., *a.w.*, hfdst. 3.

8 Zie hierover uitgebreider van mijn hand ‘Waarheid in het strafproces: niet tot elke prijs’, in: *a.w.*, p. 18.

de strafwet te kunnen straffen, aan de andere kant is er de bescherming van de burgers daarbij tegen een vergaande overheidsinmenging en inbreuken op grondrechten, waaronder begrepen het voorkomen dat onschuldigen worden gestraft.

2.2 De wettelijke en normatieve juridische kaders

Uitgangspunt voor waarheidsvinding in het strafrecht is de gerichtheid op de bestaande feiten die in strijd zijn met normen van materieel strafrechtelijke aard. Daarmee is al vanaf de aanvang van de opsporing de waarheidsvinding beperkt tot gebeurtenissen die strafbare feiten kunnen opleveren. Vele onwenselijke feitelijke gebeurtenissen lenen zich daarom niet voor opsporing volgens de strafvordering.

Vanwege het publieke en het ingrijpende karakter van het strafrecht biedt ons stelsel van strafprocesrecht zowel geschreven als ongeschreven waarborgen voor zowel de betrouwbaarheid van de te vinden waarheid, als voor de behoorlijkheid van de procedure waarlangs die waarheid wordt gezocht en gevonden. Kortom, waarheidsvinding dient te voldoen aan eisen van wet- en rechtmatigheid, betrouwbaarheid én behoorlijkheid. De twee laatstgenoemde aspecten, die deels worden gegarandeerd door middel van de wetgeving, worden hier kort belicht.

Wat betreft de betrouwbaarheid kan worden opgemerkt dat de strafwetgever en strafrechtsjuristen zich niet naïef hebben getoond. Het stelsel van strafvordering geeft er blijk van dat men zich heeft vergewist van het feit dat betrouwbaarheid van het materiaal dat aan de beslissing omtrent de waarheid ten grondslag ligt maximaal zal moeten zijn. De waarborgen daarvoor liggen besloten in onderdelen van de procedures, zoals het zwijgrecht, de presumpctie van onschuld, de ambtseed van de opsporingsambtenaren, de beëdiging van getuigen en hoor en wederhoor. In de rechtspraak is bovendien een motiveringsverplichting tot stand gebracht in verband met gevoerde verweren. Een ander zeer belangrijk instrument dat de wetgever ten behoeve van de waarheidsvinding heeft gecreëerd is de mogelijkheid tot het inschakelen van deskundigen, dat op vele plaatsen in het Wetboek van Strafvordering zijn neerslag heeft gekregen.⁹ Materiële waarborgen voor de betrouwbaarheid zijn evenwel nauwelijks met behulp van wet- en regelgeving te realiseren. Zij worden deels gegarandeerd door ons stelsel van bewijsrecht waarin de aard van de toegestane wettige bewijsmiddelen en de bewijsminima een belangrijke rol spelen.

⁹ Het WvSv regelt uitvoerig de mogelijkheden en voorwaarden voor inschakeling van deskundigen. In het aanhangige wetsvoorstel 31 116 worden de mogelijkheden verder uitgebouwd, waaronder met eisen voor betrouwbaarheid en bekwaamheid. Zie hierover M.J. Dubelaar en J.F. Nijboer, 'De procespositie en deskundigen eindelijk wettelijk verankerd', *DD* 2008, p. 15-40.

Desalniettemin blijft de ‘gevonden’ waarheid een resultaat van een inductief proces, waarbij het resultaat noodzakelijkerwijs beperkt blijft tot een waarschijnlijkheidsoordeel. De erkenning daarvan is in ons wettelijk bewijsstelsel met name zichtbaar in de rol die aan de overtuiging van de rechter als sluitstuk voor het bewijs toekomt. Dat sluitstuk is bij de wet slechts genormeerd door de omschrijving in artikel 338 Sv dat het bewijs dat de verdachte het telastgelegde feit heeft begaan door de rechter slechts kan worden aangenomen indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. De omschrijving als ‘de overtuiging heeft bekomen’ vormt een bevestiging van het feit dat er altijd ‘slechts’ sprake kan zijn van een waarschijnlijkheidsoordeel.

De voorwaarde van behoorlijkheid bestaat niet alleen uit de procedurele eisen van wet- en rechtmatigheid, maar omvat ook de eis van een ‘professionele’ attitude van de politie in het opsporingsonderzoek en een ‘professionele’ en magistratelijke rol van het OM bij de aansturing daarvan en bij de vervolging. Dat betekent dat mogelijke onvolledigheid van het onderzoek, onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, ontlastend materiaal enz. voor de rechter aan het licht moeten komen. Dit aspect vloeit onder meer voort uit de magistratelijke rol van het OM.¹⁰ Daarnaast brengt deze eis, in relatie tot de strekking van het stelsel van het Wetboek van Strafvordering, mee dat een vervolging voldoende basis moet hebben in die zin dat het OM voldoende bewijsmateriaal ter beschikking moet (kunnen) stellen aan de rechter om de hem toekomende beslissingen te kunnen nemen.¹¹

De eisen die aan waarheidsvinding in het strafrecht worden gesteld dienen niet slechts achteraf door de rechter te worden getoetst, maar werpen hun schaduw vooruit op het vooronderzoek.¹² Die eisen hebben dus ook te gelden als voorwaarden voor een correct en professioneel vooronderzoek.

2.3 De afhankelijkheid van empirisch materiaal en wetenschappelijke opvattingen

Waarheidsvinding vindt in eerste instantie plaats door opsporingsambtenaren, deels door OM en door de rechter-commissaris in strafzaken en in aansluiting daarop door de rechter ter terechtzitting. Inmiddels is er sprake van een zekere verbreding, nu naar aanleiding van de resultaten van de CEAS en herzieningsverzoeken ook de Hoge Raad in waarheidsvinding betrokken raakt. Op het eerste gezicht lijkt waarheidsvinding in het strafrecht een zuiver feitelijke activiteit: het vaststellen van feiten volgens logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen. Toch omvat juridische waarheidsvinding meer dan

10 Deze norm is ook neergelegd in de Gedragscode OM, par. 3, artikel 2 onder d.

11 Impliciet valt deze strekking onder meer af te leiden uit artikel 262 Sv.

12 Zie in dit verband artikel 359a Sv.

het vaststellen van feiten volgens die wetenschappen: het behelst het vormgeven van een feitencomplex binnen processuele kaders. De waarheid wordt 'geconstrueerd'.¹³

Bepaalde kennis van empirisch materiaal, empirische wetenschappen, technische wetenschappen, sociale wetenschappen, hulpwetenschappen van het strafrecht, forensisch onderzoek en haar methoden en technieken kan in het proces van waarheidsvinding in het strafproces dan ook niet worden gemist. Waarheidsvinding in het strafrecht dient immers te leiden tot vaststelling van 'feiten' die valide zijn, geverifieerd zijn en voldoen aan eisen die de burger legitiem mag stellen aan een basis voor een bewezenverklaring van een strafbaar feit. Het resultaat van het proces moet in die zin dus navolgbaar zijn, valide, falsifieerbaar en overtuigend. Het juridische ambacht, noch de juridische wetenschap (in enge zin) bieden voldoende kennis, inzichten, methoden en technieken om die waarheidsvinding te faciliteren. De opsporing in belangrijke en kapitale strafzaken wordt dan ook niet door juristen gedomineerd, maar in belangrijke mate door tactische en technische recherche, alsmede door bijzondere specialisten op forensisch gebied.¹⁴ Zowel het OM als de strafrechter in dat type zaken kunnen het 'ultieme doel' van het strafproces dus nooit bereiken zonder andere specialisten. De waarheidsvinding door de rechter leunt daarbij dan ook vaak sterk op het deskundigenoordeel. Dit alles laat onverlet dat het proces van waarheidsvinding moet plaatsvinden binnen de juridische kaders en normering.

Het besef van deze 'afhankelijkheid' van andere kennis en wetenschappen is de laatste decennia steeds dieper doorgedrongen in de strafrechtswetenschap en in de praktijk van de opsporing, de vervolging en de berechting.

2.4 De versterking van het multidisciplinair karakter van waarheidsvinding in het strafrecht

Juridische waarheidsvinding is dus in zekere zin een multidisciplinair proces dat slechts kan worden gerealiseerd met behulp van empirisch materiaal en wetenschappelijke kennis uit diverse wetenschappen, binnen bepaalde wettelijke en normatieve juridische kaders. Juist dit multidisciplinair karakter van de juridische waarheidsvinding brengt met zich mee dat de opsporing van kapitale delicten niet kan zonder deskundigheden uit andere dan juridische wetenschappen.

De genoemde afhankelijkheid heeft ertoe geleid dat de rol van deskundigen in het strafproces ten behoeve van de waarheidsvinding sterk is toegenomen,

13 Zie hierover uitgebreider van mijn hand 'Waarheid in het strafproces: niet tot elke prijs', in: *a.w.*, p. 11.

14 De aanduiding kapitale delicten sluit aan bij het woordgebruik van de recherche in de opsporing.

waarbij ook de aard van de geraadpleegde specialismen enorm is uitgebreid. Ook de ontwikkelingen op de onderscheiden terreinen van de specialismen hebben bepaald niet stilgestaan. De ontwikkelingen op het terrein van DNA-technologie en het terrein van informatietechnologie zijn daarvan belangrijke voorbeelden. De deskundigen hebben in aansluiting daarop de laatste jaren een uiterst belangrijke bijdrage geleverd aan kennis over en de methoden van waardering van bijvoorbeeld empirische gegevens en sociaal-wetenschappelijke inzichten ten behoeve van de opsporing en de strafrechtspleging. Deze ontwikkelingen hebben bijgedragen aan de versterking van het multidisciplinair karakter van het proces van waarheidsvinding ten behoeve van de strafrechtspleging. Die versterking heeft plaatsgevonden binnen de voorwaarden die het Wetboek van Strafvordering aan de inschakeling van deskundigen stelt. Binnen die kaders vervullen zij hun rol als deskundige niet op eigen initiatief, maar op verzoek van de rechter of van procespartijen. Zij zijn in die zin afhankelijk van de hen voorgelegde verzoeken en vragen.

3 DE ROL VAN ‘DESKUNDIGEN’ BUITEN DE KADERS VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

Zoals gezegd worden de aan de orde gestelde vragen toegespitst op ‘deskundigen’ die op eigen gezag en verantwoordelijkheid (al dan niet in dienst van een private organisatie of universiteit) onderzoek doen en/of zich kritisch uitlaten over de justitiële waarheidsvinding in het algemeen en die in concrete zaken. Deskundigen die optreden binnen de kaders van het Wetboek van Strafvordering beperken zich in hun onderzoek en uitlatingen niet steeds tot zaken waarin zij op verzoek van justitiële organen optreden. In die gevallen spelen zij als private partij op eigen initiatief – en dus buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering – een rol en vallen zij onder het bereik van de gegeven omschrijving van ‘deskundige’. In die hoedanigheid maken zij wél deel uit van de private partijen die in deze bijdrage aan de orde zijn.

Soms trachten ‘deskundigen’ op eigen initiatief een bijdrage aan de waarheidsvinding te leveren. Soms doen ‘deskundigen’ dat vanuit een onderzoeksopdracht die is gericht op kritische bestudering en waardering van het proces van waarheidsvinding, soms vanuit een grote betrokkenheid bij concrete casus of de waarheidsvinding in het algemeen.

In het licht van de vraagstelling van deze bijdrage wordt in het navolgende aan de orde gesteld of aan de rol van ‘deskundigen’ bezwaren zijn verbonden en zo ja, waarop die zouden berusten.

3.1 'Deskundigen' als kritisch bewaker van de publieke strafrechtelijke waarheidsvinding

Als een logische weerslag van de besproken ontwikkelingen op het terrein van de strafrechtelijke waarheidsvinding is er een sterke groei merkbaar van forensische wetenschappen in de wereld van de academie en in de opleiding van professionals.¹⁵ Daarnaast valt op dat de belangstelling van het brede publiek voor het strafrecht en de strafrechtspleging professionals uit volstrekt andere disciplines, zoals de journalistiek, de wetenschapsfilosofie en de ICT-wereld aantrekt als kritische bewakers die hun pijlen richten op de justitiële organen. Deze betrokkenheid van 'deskundigen' uit zeer diverse disciplines bij het thema en de kwaliteit van de waarheidsvinding in het strafproces is niet alleen een logische, maar ook een wenselijke en zelfs noodzakelijke. De aandacht die zij hebben gevraagd voor risico's van de beperkingen van het juridisch proces van waarheidsvinding, van de beperkte mogelijkheden van de jurist bij het beoordelen van resultaten van andere wetenschappen en dergelijke hebben de jurist en betrokkenen bij de rechtspleging wakker geschud. Zij hebben dan ook ontegenzeggelijk een uiterst belangrijke bijdrage geleverd aan het besef dat de waarheidsvinding in het strafrecht beter kan en beter moet. Deze rol ten behoeve van de kwaliteit van de justitiële waarheidsvinding spelen 'deskundigen' in volledige vrijheid van justitiële kaders en regelgeving. Zo een rol van 'deskundigen' is volstrekt niet bezwaarlijk, integendeel.

3.2 'Deskundigen' als publieke critici van de strafrechtelijke waarheidsvinding

'Deskundigen' die optreden als kritische bewaker van de strafrechtelijke waarheidsvinding beperken zich niet steeds tot het aanspreken van voor de strafrechtelijke waarheidsvinding verantwoordelijke justitiële organen. Zij richten zich met behulp van de media, boeken en andere publicaties ook tot het grote publiek. Zij vervullen ongevraagd en vanaf de zijlijn de rol van criticus ten aanzien van strafrechtelijke waarheidsvinding, soms in het algemeen, soms in een concrete zaak. Het grote publiek is daarbij primair de normadressaat van hun optreden. Deze 'deskundigen' hebben zich veelal een toegang verworven tot advocaten en soms ook tot politie en OM. Vaak zijn zij bekend met de juridische vakliteratuur. Enkelen hebben zelfs op grond van hun rol als deskundige volgens het Wetboek van Strafvordering dan wel op grond van hun rol als 'deskundige' in wetenschappelijke zin inzage gehad in (delen) van procesdossiers en gesproken met verdachten, veroordeelden,

15 Sommigen verklaren deze groei overigens uit het CSI-effect.

getuigen en slachtoffers. De vraag of deze rol op bezwaren stuit verdient uitwerking en komt daarom in de volgende paragraaf uitvoerig aan de orde.

4 POTENTIËLE RISICO'S VAN OPTREDEN VAN PRIVATE 'DESKUNDIGEN'

De rol van 'deskundigen' die op eigen gezag en primair gericht op het grote publiek optreden als publieke critici van de strafrechtelijke waarheidsvinding kan mogelijk tot bezwaren leiden. In het navolgende worden enkele thema's aan de orde gesteld aan de hand waarvan spanningen zichtbaar worden die het optreden van 'deskundigen' in deze rol kan meebrengen.

4.1 Geen publieke normering van het handelen van 'deskundigen'

Zoals hierboven besproken is de overheid bij haar werkzaamheden rondom de justitiële waarheidsvinding gebonden aan publiekrechtelijke rechtsstatelijke beginselen die hun neerslag hebben gekregen in het Wetboek van Strafvordering en in ongeschreven rechtsbeginselen. De bedoelde 'deskundigen' zijn dat niet.¹⁶ Dat gegeven heeft diverse consequenties, zowel voor de aard van het werk, de methoden van werken, voor degenen die met de resultaten van het werk worden geconfronteerd en voor de aard en de bruikbaarheid van de resultaten zelf. Een toelichting aan de hand van enkele mogelijke situaties kan een en ander verhelderen.¹⁷

Gedurende alle fasen en ook na een onherroepelijke einduitspraak staat het 'deskundigen' vrij om met belanghebbenden en belangstellenden te spreken zonder beperkingen van bijvoorbeeld een ambtseed, het geven van een cautie, de aanwezigheid van een raadsman, etc. Er is geen garantie dat de verklaringen in die gesprekken een hoger waarheidsgehalte hebben dan die verklaringen die zijn afgelegd ten overstaan van justitiële autoriteiten. Ook bij hen kunnen verdachten, getuigen en slachtoffers liegen. Desalniettemin wordt door 'deskundigen' soms stevige kritiek geuit op het door justitie gevoerde proces van waarheidsvinding en de door justitie gevonden 'waarheid'. Zij zetten daar soms hun 'waarheid' als meer valide tegenover.

Het Wetboek van Strafvordering heeft de vrijheid van de rechter om verklaringen te waarderen geregeld en beperkt door middel van het bewijsrecht en daarin tot uitdrukking komende bewijsminima. Deze normering werpt zijn

16 Dit neemt overigens niet weg dat ook deze 'deskundigen' wel bepaalde normen in acht moeten nemen, met name artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en de horizontale werking van grondrechten. Zie hierover uitvoerig J.D.L. Nuis e.a., *a.w.*, hfdst. 2.

17 Een uitvoeriger uitwerking zou mogelijk zijn door de situaties te onderscheiden en groeperen op basis van de fase waarin het proces van (formele) strafrechtelijke waarheidsvinding zich bevindt.

schaduw vooruit op het vooronderzoek. Dat stelsel is er niet voor niets en biedt meer dan zuiver procedurele waarborgen. Het vormt de neerslag van zorgvuldige afweging van risico's in het waarden van bewijs.¹⁸ Zo is bijvoorbeeld een bewezenverklaring louter op grond van de verklaringen van verdachte volgens het Wetboek van Strafvordering niet toegestaan (artikel 341 lid 4 Sv). De vrijheden van 'deskundigen' brengen mee dat zij – in essentie net als justitiële organen – het gewicht van de verkregen verklaringen zelf waarden en bepalen. De door hen gevonden waarheid is daarmee niet minder kwetsbaar dan de door justitiële organen veronderstelde waarheid. Als voorbeeld kan dienen dat door 'deskundigen' aan een verslag van een gesprek met een wetenschappelijk onderzoeker, een advocaat of een slachtoffer soms een zelfde 'bewijskracht' wordt toegekend als aan een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar of een officier van justitie. Aan zo'n laatste verslag wordt in geval van eigen waarneming in het strafproces een grotere bewijskracht toegekend op grond van deskundigheid, opleiding en procedurele waarborgen.

'Deskundigen' kunnen resultaten van gevoerde gesprekken naar eigen goedgevoelen publiceren, bewerken, benutten voor onderzoek in andere zaken etc. Justitiële autoriteiten hebben die vrijheden niet nu zij zijn gebonden aan hun ambtseed (of -belofte). Ook het gebruik van onderzoeksmateriaal ten behoeve van een andere zaak dan waarin dat materiaal werd verkregen, staat hen niet zonder meer vrij en kan onder omstandigheden leiden tot sancties volgens artikel 359a Sv.

Door de niet-gebondenheid aan procedurele eisen hebben 'deskundigen' ook meer vrijheden dan de publieke organen. Dit kan meebrengen dat zij actiever lijken, maar ook dat zij soms meer of andere informatie en feiten boven water krijgen dan justitiële organen.

Dat 'deskundigen' niet zijn gebonden aan de publiekrechtelijke normen waaraan de overheid wél is gebonden, kan dus in bepaalde gevallen en onder bepaalde omstandigheden de 'deskundigen' een zekere voorspog geven op de justitiële organen of de justitiële organen enigszins in diskrediet brengen. Het optreden van 'deskundigen' op eigen gezag en soms mede gericht op een breed publiek zal de publieke organen van de strafrechtspleging dan ook niet altijd gelegen komen en de kwetsbaarheid en relativiteit van de waarheidsvinding en van de gevonden waarheid scherper zichtbaar maken. In die zin roept het optreden van 'deskundigen' voor de overheid soms spanningen op.

Bezien vanuit de burger gaat het bij deze 'deskundigen' veelal om autoriteiten, hoogleraren en professionals met specifieke deskundigheden aan wier oordeel de burger vaak grote waarde toekent. Juist doordat de 'deskundigen' veel publiciteit genereren en de burger hen vaak grote autoriteit toekent, kan bij die burger en bij belanghebbenden, zo als slachtoffers en nabestaanden, – bedoeld of onbedoeld – de suggestie worden gewekt dat waarheidsvinding

18 Dit stelsel is overigens al vanaf 1926 wel aan de nodige inflatie onderhevig.

bij hen in betere handen is dan bij de opsporingsautoriteiten en het OM. Daarmee kan de publieke waarheidsvinding door politie, OM en rechter aan gezag en legitimiteit verliezen.

4.2 Beïnvloeding van de justitiële organen in hun werkzaamheden, waardering en beoordeling

Omdat 'deskundigen' niet zijn gebonden aan procedurele eisen kunnen zij – bedoeld of onbedoeld en bewust of onbewust – interfereren in de waarheidsvinding van de publieke opsporing en daarmee onderzoeksmateriaal in zijn juridische 'betrouwbaarheid' of 'behoorlijkheid' aantasten. Men kan hierbij denken aan het bezoeken van de plaats delict, het binnentreden in de woning van verdachten en getuigen en het horen van verdachten en getuigen waardoor de onbevangenheid bij een verhoor door publieke organen kan zijn 'aangetast' etc. Als de betrouwbaarheid van onderzoeksmateriaal zou zijn aangetast, kan dat grote gevolgen hebben voor het bewijs in een potentiële strafzaak. In geval het materiaal door 'deskundigen' niet 'behoorlijk' is verkregen, kan de rechter daaraan in de strafzaak consequenties verbinden, waaronder het niet-gebruiken van het bewijsmateriaal.

Justitiële organen zijn gedurende het proces van waarheidsvinding terughoudend in hun uitlatingen naar het publiek en voor zover zij daartoe overgaan, zijn de mededelingen afgestemd met de verantwoordelijke opsporingsautoriteiten en zijn zij 'geregisseerd'. De uitlatingen en publicaties van 'deskundigen' in dat stadium van het strafproces zijn vrij. Dat betekent dat zij op basis van eigen bevindingen en – al dan niet in combinatie met – op basis van hun eigen waardering van publiek verkregen informatie publieke uitlatingen kunnen doen over de lopende waarheidsvinding. Juist omdat 'deskundigen' zich in deze rol richten op het grote publiek bereikt de criticus met zijn boodschap niet slechts het publiek in het algemeen, maar eveneens de bij de rechtspleging betrokken functionarissen en organen, alsmede (potentiële) verdachten, veroordeelden, slachtoffers, getuigen en belanghebbenden. Een en ander kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de opsporende autoriteiten op minder medewerking kunnen rekenen van verdachten, getuigen en slachtoffers, waardoor de waarheidsvinding aan kwaliteit inboet. Een andere mogelijkheid die zich kan voordoen is dat 'deskundigen' op grond van door hen vergaarde informatie bewust of onbewust daderkennis publiek maken, waarmee zij in het vaarwater kunnen komen van de justitiële waarheidsvinding. In gevallen van extreem veel of langdurig publieke acties van 'deskundigen' kan een en

ander zijn weerslag hebben op de uitspraak van de rechter.¹⁹ De rechter kan bijvoorbeeld tot het oordeel komen dat hij niet meer onbevangen en onpartijdig tegen de zaak kan aankijken.²⁰ Onder omstandigheden kan dat leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Ook valt niet uit te sluiten dat de rechter van oordeel is dat verdachte op grond van publieke berichtgeving al dusdanig is gestraft dat hij strafvermindering aangewezen acht.

4.3 Eenzijdigheid van ‘deskundigen’ in hun proces van oordeelsvorming en waardering

De risico’s van tunnel-denken in de publieke opsporing zijn inmiddels genoegzaam bekend. Het is evenwel van belang te onderkennen dat ook de ‘deskundige’ niet zal kunnen ontkomen aan vormen van eenzijdigheid van perspectief of een vorm van tunnel-denken. ‘Deskundigen’ buigen zich veelal over een conglomeraat van feiten, gebeurtenissen en verklaringen zonder alle ins en outs van de zaak te kennen. Zij worden niet ‘gestuurd’ door een vermeend en te benoemen strafbaar feit uit de wet (artikel 1 Sr), als gevolg waarvan de door hen verkregen informatie niet altijd zal kunnen bijdragen aan de waarheidsvinding in het strafproces.²¹ Zij hebben veelal onvoldoende gegevens en informatie voorhanden om scenario’s voor een vervolg van de opsporing te kunnen ontwikkelen, een achterstand die slechts lijkt te kunnen worden opgeheven in geval zij als volledig en volwaardig lid van een opsporingsteam zouden functioneren. Zij zijn niet – zoals de huidige recherche – gespecialiseerd in tactische recherche, in technische recherche, noch in het opbouwen en opstellen van verhoorplannen en in het verhoren zelf. Kortom, de bijdragen van ‘deskundigen’ kunnen weliswaar een belangrijke en welkome aanvulling op de activiteiten van de gespecialiseerde publieke opsporing vormen, maar ook voor hen zal moeten gelden dat zij besef hebben van de eigen beperkingen. Dat kan – afhankelijk van de concrete zaak en de specifieke kwaliteiten van de ‘deskundige’ – meebrengen dat ook voor zijn bijdrage aan de waarheidsvinding in en rondom het strafproces geldt: schoenmaker blijf bij je leest.

19 Deze vorm gaat niet exclusief op voor publicaties van ‘deskundigen’, maar ook voor de media in het algemeen. Een voorbeeld uit de rechtspraak vindt men bijvoorbeeld in de straftoemingsmotivering in Rb Amsterdam 6 maart 2008, *LJN BC5916*. ‘Deskundigen’ kunnen overigens wel sterke invloed hebben op de media.

20 In het Verenigd Koninkrijk kent men voor dit soort problemen het ‘Contempt of Court’.

21 Denk bijvoorbeeld aan de situatie rondom Joran van der Sloot waar na de ‘bekentnissen’ tijdens de autoritten de vraag rijst of de verklaring kan bijdragen aan de waarheidsvinding gericht op moord, op doodslag of slechts op het onttrekken van een lijk aan de nasporing (de man met het bootje).

4.4 Bezwaren verbonden met het oprakelen van afgesloten zaken

In het recht geldt dat een zaak op een gegeven moment is afgesloten, tenzij. Private partijen zijn op geen enkele manier gebonden aan dit stelsel. ‘Deskundigen’ rakelen dan ook soms afgesloten strafzaken op wegens gereede twijfel. Dat is goed en moet ook zo blijven. Maar er zijn ook bezwaren verbonden met die rol. Er worden er hierna twee belicht.

De rol van het strafproces en een oordeel van de strafrechter is er mede op gericht om door een formele beslissing een einde te maken aan de verstoring van de rechtsorde en het maatschappelijk evenwicht. Het recht kan die onmisbare maatschappelijke rol niet spelen als de beslissing, het juridisch oordeel over de feiten steeds en blijvend ter discussie kan komen. De ruimte van het recht en zijn mogelijkheden bestaan bij de gratie van de erkenning van de ‘macht’ van de rechter om het conflict af te sluiten.²² Als aan de rechterlijke uitspraak niet meer de betekenis toekomt die uitspraken maatschappelijk gezien in de ‘constructie’ van de rechtsstaat hebben, kan dat tot gevolg hebben dat rechterlijke beslissingen in het algemeen – die bedoeld zijn om het ‘maatschappelijk’ conflict af te sluiten – aan legitimiteit verliezen.

Het oprakelen van afgesloten strafzaken kan ook vergaande consequenties hebben voor veroordeelden, slachtoffers, benadeelden, getuigen en andere betrokkenen, alsmede voor de verantwoordelijken voor de opsporing, vervolging en berechting destijds. Er worden veel verwachtingen gewekt terwijl het uitkomen daarvan niet in handen van de ‘deskundigen’ ligt. Als het hen niet lukt om een zaak waarop justitie de tanden al heeft kapot gebeten ‘vlot’ te trekken, is de desillusie van betrokkenen nog groter. Anderen kunnen zich benadeeld of zelfs bedonderd voelen door de werkwijze van ‘deskundigen’.²³ En ook deze bezwaren vinden hun basis in de hierboven eerder aan de orde gestelde vrijheid van ‘deskundigen’. Als sluitstuk kan daarbij ook nog worden gewezen op het gegeven dat benadeelden, anders dan bij klachten over politie en justitie, nauwelijks verhaal hebben.²⁴

22 Deze kwestie komt natuurlijk aan de orde bij de vraag naar een mogelijke verandering van de herzieningsregeling en een eventuele toevoeging van de mogelijkheid van herziening ten nadele. Zie hierover onder meer W.F. van Hattum, ‘Herziening ten nadele. Wat de kwestie Joran van der Sloot ons daarover kan leren’, *NJB* 2008, p. 682-684; J.E.J. Prins, ‘Herzieningsdrempels en vertrouwen’, *NJB* 2008, p. 1025; N.J.M. Kwakman, ‘Opsporing verzocht. Strafvorderlijke opsporing in het kader van de herziening te nadele’, *NJB* 2008, p. 1038-1040. Bovendien kan men stellen dat het feit dat ‘deskundigen’ achteraf een zaak oprakelen een illustratie vormt van het feit dat de uitspraak in dat geval in ieder geval niet door een ieder als sluitstuk wordt aanvaard. Blijkbaar heeft de rechter daarin onvoldoende gezag getoond of verworven om de uitspraak met zijn ‘macht’ in stand te houden.

23 Denk aan de klusjesman die door Maurice de Hond in de Deventer moordzaak steeds werd genoemd.

24 Met uitzondering van de toegang tot de burgerlijke rechter en in vergaande gevallen mogelijk via de weg van aangifte wegens smaad.

5 HET MONOPOLIE OP DE WAARHEIDSVINDING TER DISCUSSIE?

Ondanks alle twijfel die de laatste jaren over de waarheidsvinding in de strafrechtspleging is ontstaan, is er naar aanleiding van het voorafgaande geen reden om te twijfelen aan het feit dat de strafrechtspleging een taak is van de overheid en dat ook moet blijven. De rechtsstatelijke eisen en de daarmee samenhangende waarborgen en procedures voor de waarheidsvinding in het strafproces staan dan ook niet ter discussie. Deze stand van zaken brengt mee dat de wettelijke en andere normatieve juridische kaders de publieke waarheidsvinding zullen moeten blijven reguleren. De regie voor de strafrechtelijke waarheidsvinding zal – in ieder geval binnen ons huidige stelsel van strafvoordring – in handen moeten blijven van de publieke opsporingsorganen, het OM en de rechter.²⁵ Vanuit dit perspectief zullen de ‘deskundigen’ in en ten behoeve van de strafrechtelijke waarheidsvinding genoeg moeten blijven nemen met de rol van aanjagen, kritisch bewaken, oprakelen en volgen. Daarmee kunnen zij evenwel een belangrijke rol vervullen. Uitgangspunt zal daarbij moeten blijven dat de publieke organen bij de strafrechtelijke waarheidsvinding de resultaten van activiteiten van ‘deskundigen’ nimmer zonder meer kunnen incorporeren. Eenvoudig en één op één overnemen van gedachtegoed en resultaten is er niet bij voor de publieke waarheidsvinding.

6 GEEN PUBLIEKE TAAK, MAAR WEL EEN PUBLIEKE ZAAK

Juist in het perspectief van de democratische rechtsstaat is er geen enkele grond om de vrijheden van de hier aan de orde gestelde private ‘deskundigen’ in te perken of te conditioneren. Integendeel. Hoe lastig soms ook, strafrechtelijke waarheidsvinding is gebaat bij de rol van kritische ‘deskundigen’. Zij houden de verantwoordelijken voor de waarheidsvinding wakker en alert. Zij dragen met hun scenario’s en hun informatie bij aan het voorkomen van tunnelvisie. Daarnaast confronteren zij de strafrechtspleging via de weg van hun specifieke kwaliteiten met deskundigheden die anders wellicht aan de strafrechtspleging voorbij zouden gaan. De besproken bezwaren van hun activiteiten mogen echter ook niet worden veronachtzaamd. Kortom, ‘deskundigen’ hebben geen publieke taak, maar hun activiteiten raken wél aan de publieke zaak. En die spanning verdient wél de aandacht van de justitiële organen.

25 Het is in dit verband wel goed te wijzen op het feit dat in common law georiënteerde stelsels dat monopolie niet op dezelfde wijze bestaat als in ons stelsel. Maar hoe dan ook gelden voor alle Europese stelsels de normen die het EHRM inmiddels op het punt van waarheidsvinding heeft ontwikkeld.

7 EEN ONONTKOOMBARE SPANNING BINNEN DE DEMOCRATISCHE RECHTS-STAAT

De acties van ‘deskundigen’ rondom de strafrechtelijke waarheidsvinding bevinden zich zoals gezegd op het speelveld van horizontalisering. Een democratische rechtsstaat is geen statisch gegeven en men moet daarbinnen dan ook met dat soort maatschappelijke verschuivingen weten om te gaan. Maar dat is niet zonder meer eenvoudig. De voor de strafrechtelijke waarheidsvinding verantwoordelijke organen hebben er met de ‘deskundigen’ naast bewakers van hun werk ook ‘lastposten’ bij gekregen. Een belangrijke zorg die voor deze organen met het optreden van bedoelde ‘deskundigen’ is ontstaan, is het risico van aantasting van het gezag en de legitimiteit van de strafrechtspleging.

De vraag is of dat bezwaarlijk is. Immers, men kan, mag en moet zelfs heel kritisch zijn op waarheidsvinding door de publieke strafrechtelijke organen. De recente ontwikkelingen rondom en naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord hebben ons daarvan nog sterker doordrongen. Als dat gezag of de legitimiteit wordt aangetast door onvoldoende kwaliteit op het terrein van de waarheidsvinding, dan is het de hoogste tijd de kwaliteit van dat werk te verbeteren en dat gezag en legitimiteit met behulp van kwaliteit te herstellen. Anders ligt het evenwel als het gezag en de legitimiteit van de publieke strafrechtspleging wordt aangetast als gevolg van het feit dat de publieke organen van de strafrechtspleging zich hebben te houden en gehouden aan de waarborgen van de rechtsstaat, terwijl de ‘deskundigen’ daaraan niet gebonden zijn. In dat geval kan van een serieus probleem voor de rechtsstaat worden gesproken. De overheid stuit hier namelijk op spanningen die in de rechtsstaat liggen besloten. Enerzijds moet zij handelen volgens de principes daarvan en de beschermende waarborgen die zij met het oog daarop in acht moet nemen. Anderzijds ziet zij haar eigen functioneren ter discussie komen door de rol van ‘deskundigen’, een positie die in essentie te herleiden is tot de lasten en hindernissen die de rechtstatelijke waarborgen voor de justitiële waarheidsvinding meebrengen. Deze spanning kan en mag in een democratische rechtstaat – en daarmee ook een belangrijke rol voor de vrijheid van meningsuiting – door de overheid niet worden afgewikkeld op de ‘deskundigen’.

8 EEN OPEN BLIK BIJ DE INZET VOOR LEGITIMITEIT EN GEZAG

De justitiële organen hebben de verantwoordelijkheid voor het risico van aantasting van legitimiteit en gezag reeds ten dele opgepakt met de maatregelen die zijn genomen in het Programma Versterking Opsporing en Vervolgung,

alsmede met het instellen van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken.²⁶ De vraag rest of er niet meer moet worden nagedacht over de wijze waarop de overheid zich moet verhouden tot 'deskundigen'.

Moeten de justitiële organen bijvoorbeeld actief trachten te voorkomen dat zij hun publieke taak onbedoeld delen met of uit handen laat glijpen naar 'deskundigen'. Zouden de justitiële organen met deze private partijen moeten gaan samenwerken en op die wijze het brede publiek meer 'meenemen' in hun werkzaamheden? Of, zouden de justitiële organen bijvoorbeeld juist moeten inzetten op het benutten van de kwaliteiten van 'deskundigen' door het debat over waarheidsvinding met open vizier en ontvankelijk voor tegenspraak te voeren met 'deskundigen'? Het waarborgen van de kwaliteit van 'deskundigen' waarvoor de overheid bijvoorbeeld bij de particuliere recherche via een vergunningstelsel heeft gekozen, ligt gezien het niet-georganiseerde karakter van 'deskundigen' niet in de rede en geeft ook geen adequaat antwoord op het potentiële legitimiteits- en gezagsprobleem. En dat geldt wellicht voor zo goed als alle varianten waarmee de overheid haar monopolie enigszins zou kunnen prijsgeven.

Een eenvoudig antwoord is er dus niet. De spanning waarvoor de justitiële organen staan ligt besloten in de fundamenteën en beginselen van de democratische rechtsstaat. Dat betekent dat de justitiële organen die spanning wél serieus moeten nemen, maar niet moeten willen oplossen. En serieus nemen brengt in ieder geval mee dat de justitiële organen niet in hun schulp moeten kruipen in geval zij door het optreden van 'deskundigen' ter discussie zijn komen te staan. Een actuele invulling van de rechtsstaat vraagt om een open debat en om transparantie.²⁷

Hebben de justitiële organen hun werk niet goed gedaan, dan verdient het waardering dat de 'deskundigen' hun werk zo zorgvuldig hebben gevolgd en bewaakt. De overheid zal daarvan moeten leren. Ontstaat er discussie over het proces van waarheidsvinding en de beperkte resultaten daarvan, dan mogen en moeten de justitiële organen staan voor de waarborgen van de rechtsstaat die zij bij de waarheidsvinding in acht moeten nemen. Zij mogen daar niet alleen trots op zijn, zij moeten het belang daarvan ook bevestigen en uitdragen.

Mede omdat de bedoelde 'deskundigen' veelal geen juristen zijn is het aan de strafrechtsjuristen en de strafrechtswetenschappers om hen op hun beurt weer te wijzen op hun beperkingen in en met het oog op het proces van de strafrechtelijke waarheidsvinding. Gebeurt dit onvoldoende, dan wordt het

26 Het programma en informatie over de CEAS zijn beide te vinden op de website van het OM www.openbaarministerie.nl.

27 Zie voor het belang van vertrouwen in de justitiële organen en het belang van zichtbaarheid en transparantie van de rechtspraak onder meer P. Dekker, T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2007; M. Malsch en J.F. Nijboer, *De zichtbaarheid van het recht. Openbaarheid van de strafrechtspiegeling*, Deventer: Kluwer 2005.

goed bedoelde middel van een bredere en kritische blik erger dan de kwaal waartegen de 'deskundigen' in het geweer kwamen. Kortom, op dit punt mogen de justitiële organen wellicht wel wat meer zichtbaar worden. De 'deskundige' die kritisch is op de strafrechtelijke waarheidsvinding zal zoals gezegd ook zijn eigen beperkingen moeten onderkennen. Diegenen die dat kunnen, zullen als criticus van en wellicht zelfs in samenspraak met justitiële organen een belangrijke rol ten behoeve van de kwaliteit van de strafrechtspleging kunnen (blijven) spelen. Zij kunnen mogelijk zelfs een rol spelen in de binnen de justitiële organen steeds professioneler georganiseerde tegenspraak.

Omdat het optreden van 'deskundigen' zich bevindt op de grens van het overheidsmonopolie op de waarheidsvinding is bovendien een alertere en responsievere houding van de justitiële organen wenselijk. Dat impliceert onder meer dat in bepaalde omstandigheden wellicht meer en eerder toelichting of informatie van de zijde van de justitiële organen wenselijk is. Ook een open debat met 'deskundigen', wetenschappers en publiek over de beperkte, maar ook beschermende mogelijkheden van de justitiële organen ten aanzien van waarheidsvinding kan bijdragen aan legitimiteit en gezag van het optreden. Als het gaat om concrete zaken waar 'deskundigen' in de waarheidsvinding interfereren, ofwel het proces van waarheidsvinding door de justitiële organen op eigen kracht proberen over te doen kan de overheid wellicht beter kiezen voor een pro-actieve opstelling, in plaats van voor een afwachtende houding waarop het brede publiek geen zicht heeft. Er is immers niets op tegen om openlijk een debat aan te gaan over het belang dat met de publieke waarheidsvinding is gediend. Datzelfde geldt voor een open debat over de potentiële gevolgen van het steeds weer doorbreken van de 'sluiting' van een strafzaak door de rechterlijke uitspraak.

6 | Europeesrechtelijke eisen aan de beslissing omtrent de omvang van de vervolging

W. Geelhoed

1 INLEIDING

Het Nederlandse strafrecht staat onder steeds groter wordende invloed van het Europese recht. In deze bijdrage wordt gesteld dat eisen aan nationale handhaving van het Europese recht voorwaarden stellen aan de omvang van het strafproces, en daardoor de rechterlijke waarheidsvinding beïnvloeden. Die waarheidsvinding in het strafrecht is geen onafgebakende zoektocht naar het werkelijk gebeurde, maar vindt plaats via de door het formele recht gestelde regels. Het proces van waarheidsvinding is niet slechts het vinden van feiten, maar het vormgeven van een feitencomplex vanuit een juridisch perspectief.¹ De strafrechter heeft weliswaar een actieve rol, maar oefent die rol uit binnen de door het OM getrokken grenzen van het geding. De totstandkoming van het beoordeelde feitencomplex wordt immers voor een belangrijk deel bepaald door de grenzen van de tenlastelegging, die als grondslag voor het rechterlijk onderzoek fungeert. De officier van justitie speelt een zeer belangrijke rol in de waarheidsvinding, doordat de grondslagleer de rechter bindt aan de tenlastelegging. Beperkingen en randvoorwaarden aan de vaststelling van de tenlastelegging hebben dus direct hun weerslag op de waarheidsvinding door de rechter.

Dat het Openbaar Ministerie een grote vrijheid heeft in het concipiëren van de tenlastelegging, en daarmee in het afgrenzen van het onderzoek, wordt vanouds uit het opportuniteitsbeginsel afgeleid.² Het OM bepaalt hiermee voor een belangrijk deel waar het strafproces over gaat.³ De vrijheid die het daarin heeft, wordt echter ingeperkt door enkele controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing. Naast de waarborgen uit het nationale recht wordt in deze bijdrage de aandacht gevestigd op de eisen die worden gesteld aan handhaving van het Europees recht door de lidstaten, en de gevolgen daarvan

1 C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen Nederlandse vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 11.

2 J.M.A.V. Moons, 'Het opportuniteitsbeginsel. Enige notities over zijn inhoud en omvang', *NJB* 1969, p. 487-488.

3 G.E. Langemeijer, 'Het onderwerp van het strafproces', *NJB* 1931, p. 669-678.

voor de beslissing tot vervolging en de inhoud van die vervolging. Eerder is door verschillende auteurs aandacht besteed aan het feit dat onder bepaalde voorwaarden op grond van EG- en EU-recht de nationale belangenafweging of al dan niet tot vervolging moet worden overgegaan, of dat nu wenselijk zou zijn of niet,⁴ achterwege moet worden gelaten.⁵ Meestal is echter alleen stilgestaan bij de vraag wanneer strafrechtelijke vervolging internationaal verplicht zou moeten zijn, en nauwelijks bij de vraag in hoeverre er voor de lidstaten ruimte overblijft voor het gebruik van andere afdoeningsmodaliteiten, zoals het vervolgen voor een minder zwaar delict, waar vervolging voor de zwaardere vorm haalbaar was geweest. De vraag in hoeverre de omvang van de vervolging internationaalrechtelijk aan voorwaarden wordt onderworpen is met andere woorden nog niet beantwoord. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk, dat meestal de gevolgen van harmonisatie van strafrechtelijke bepalingen als grootste bedreiging voor het opportuniteitsbeginsel worden gezien. In die legislatieve instrumenten is namelijk hooguit een categorische vervolgingsverplichting te herkennen, en daarom beperkt de discussie zich tot het al dan niet bestaan van een internationaalrechtelijk legaliteitsbeginsel.⁶ Wanneer men echter kijkt naar de eisen die het EG-recht aan handhaving door de lidstaten stelt, blijkt dat deze Europeesrechtelijke vereisten een nauwkeuriger en verder uitgewerkt systeem van randvoorwaarden behelzen. In verband met waarheidsvinding is met name interessant of er ook voorwaarden worden gesteld aan de omvang van de vervolging. Via die weg zou immers de omvang van het strafgeding en daarmee de vaststelling van de in het strafproces te betrekken werkelijkheid door het Europese recht kunnen worden beïnvloed. In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre Europeesrechtelijke handhavingvereisten de vrijheid inperken waarbinnen de officier van justitie de

4 De regering wenst behoud van het opportuniteitsbeginsel: *Kamerstukken II 1991/92*, 22 300 VI, nr. 39, p. 12; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 656, nr. 1, p. 6 (notitie Eurostrafrecht); *Kamerstukken II 1998/99*, 21 501-20, nr. 94, p. 14 (inbreng Europese Raad van Tampere), *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 10, p. 7 (Rechtsstaat en rechtsorde) al moeten de landen wel de bereidheid hebben hun principiële uitgangspunten ter discussie te stellen: *Kamerstukken II 1999/2000*, 21 501-20, nr. 95, p. 12; *Kamerstukken I 2001/02*, 23 490, nr. 13f, p. 4.

5 G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), IJmuiden: Vermande 1974, p. 22; Y. Buruma, 'Het naderend einde van het soevereine strafrecht: een tendens in het zicht van 1992', in: J. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 41-42; P.J.P. Tak, 'Opportuniteitsbeginsel en minimumstraf', *DD 2002*, p. 356-366; H. de Doelder, 'De teloorgang van het opportuniteitsbeginsel', in: A.H.E.C. Jordans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 109-122; J.L. de Wijkerslooth, 'Gemeenschapsdenken', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006, p. 47-48. Zie ook de interviews van Jelle van Buuren met Tak en Groenhuijsen in de Staatscourant: 'Nederland doorkruist vorming EU-strafrecht', *Stcrt.* 2002, nr. 124, p. 2 en 'Opportuniteitsbeginsel liever behouden', *Stcrt.* 2002, nr. 129, p. 2.

6 H. de Doelder, *a.w.*

omvang van het strafproces vaststelt, welke gevolgen dat heeft voor de vervolgingsbeslissing en hoe deze in de structuur daarvan kunnen worden ingebed.

Allereerst wordt aandacht gegeven aan de rol van het Openbaar Ministerie bij het bepalen van de omvang van het onderzoek ter zitting, en wordt kort stilgestaan bij de traditionele controlemechanismen. Dan volgen de eisen die door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aan handhaving van het Europese recht worden gesteld. Daartoe zal worden bezien hoe het communautaire recht geïmplementeerd wordt, welke eisen aan de getrapte handhaving van dat recht worden gesteld en wat daarvan de consequenties zijn voor het Nederlandse strafrecht. Ten slotte wordt een oplossing aangedragen om nationale en Europese controlemechanismen te integreren in het theoretische model van de vervolgingsbeslissing. Steeds zal aandacht worden geschonken aan de omvang van het strafproces en de beslissingen die daarbij een rol spelen.

2 BESLISSINGEN OMTRENT EN CONTROLE OP DE OMVANG VAN DE VERVOLGING

In een strafrechtelijke procedure kan het feitencomplex dat aanleiding geeft tot het instellen van deze procedure nooit volledig worden gekend, maar de deelnemers aan het strafproces zijn daar ook niet in alle gevallen op uit. De objectief bestaande werkelijkheid wordt op twee manieren gefilterd. Ten eerste is het epistemologisch slechts zeer ten dele mogelijk, zo niet onmogelijk om te weten wat er daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Ten tweede wordt er bewust naar gestreefd om sommige elementen van het gebeurde in het strafproces te betrekken, en andere uit te sluiten. Deze bewuste en gestuurde concentratie op een deel van het feitencomplex wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt doordat het Openbaar Ministerie zich in de tenlastelegging concentreert op een deel van de feiten of op een bepaalde lezing daarvan, en zo het onderwerp van het strafproces begrenst.⁷ Op deze twee manieren worden slechts bepaalde elementen van het gebeurde geselecteerd en aan de rechter voorgelegd. Andere elementen blijven voorgoed, of in ieder geval voorlopig, buiten het geding.

Het is dan ook onjuist om ongeclausuleerd te stellen dat in het strafrecht geen formele, maar materiële waarheidsvinding als uitgangspunt dient te worden gezien. Weliswaar worden de feiten op grond waarvan de rechter zijn beslissing neemt niet slechts op basis van onderlinge overeenstemming van procespartijen vastgesteld, maar de invloed van die partijen moet ook niet worden onderschat. Strafrechtelijke waarheidsvinding is in zoverre mate-

7 J. Crijns en P. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 52-53; C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 19-21.

rieel van aard, dat de rechter voor zijn oordeel niet gebonden is aan het bewijs dat door het OM en de verdediging wordt aangeboden, maar zelf onderzoek kan doen. Een duidelijk formaliserend aspect echter is te vinden in de grondslagleer: de beraadslaging door de rechter over het bewijs, de strafbaarheid van feit en verdachte en de oplegging van een straf of maatregel vindt plaats op de grondslag van de tenlastelegging (artikel 350 Sv). Daardoor wordt de waarheidsvinding binnen de kaders van de door het OM opgestelde grenzen gehouden, althans dienen geen bestanddelen bewezen te worden verklaard waarvoor gedragingen buiten de grenzen van de tenlastelegging zijn gevonden. Het is de rechter wel toegestaan onderzoek te doen buiten de grenzen van de tenlastelegging, zolang hij de resultaten daarvan maar niet gebruikt om meer te bewijzen dan is tenlastegelegd.

Mijns inziens komt waarheidsvinding in het strafrecht hierop neer, dat de rechter zoekt naar een, naar zijn overtuiging juiste, beantwoording van 'de vraag of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan'. Door deze verwoording in artikel 350 Sv vindt een beperking plaats: de zoektocht naar de waarheid komt neer op het zoeken naar een juist antwoord op een gesloten vraag. Materiële waarheid wordt daardoor in het strafproces in zekere zin vervormd tot materiële juistheid. De rechter toetst de juistheid van de tenlastelegging, als ware het een door de officier van justitie opgeworpen hypothese. De waarheid is dan niet iets dat in een onbegrensde en potentieel eindeloze zoektocht moet worden gevonden, maar het is een antwoord op een tevoren bekende gesloten vraag.

De tenlastelegging moet echter geen *petitum* worden dat door de rechter slechts marginaal wordt getoetst.⁸ De rechter dient zelfstandig de vragen van artikel 348 en 350 Sv te beantwoorden en de stellingen in de tenlastelegging, voor zover zijn overtuiging hem daartoe de ruimte geeft, tot de zijne te maken. Als de rechter tot het oordeel komt dat de vraag of de tenlastegelegde feiten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden, bevestigend moet worden beantwoord, neemt hij die conclusie voor zijn eigen rekening: hij bewijst het tenlastegelegde en veroordeelt de verdachte, uiteraard alleen wanneer de overige hoofdvragen bevestigend worden beantwoord.

Het Nederlandse strafprocesrecht gaat daarmee uit van een duidelijke taakverdeling tussen de rechter en de officier van justitie. De officier van justitie stelt de tenlastelegging op en bepaalt daarmee de omvang van de strafvervolging, de rechter neemt op grond van die tenlastelegging zijn beslissing.⁹ Daarmee wordt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht bevorderd.¹⁰ De Hoge Raad duidt dit uitgangspunt in de *Klare*

8 Ch.J. Enschedé, 'De grenzen en de functie van de strafrechter', *RM Themis* 1974, p. 605-626.

9 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 27-28.

10 G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1994-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 111.

Taal-arresten aan als het 'beschuldigingsbeginsel'.¹¹ De rolverdeling tussen beide procesdeelnemers wordt zichtbaar gemaakt door naleving van de bepaling dat de officier van justitie niet aan dezelfde tafel plaats mag nemen als de rechters (artikel 268 lid 3 Sv). Deze functieverdeling tussen rechter en officier vraagt erom uitgewerkt te worden in een heldere structuur. Het baant de weg voor een potentieel strikt grondslagstelsel: beide procesdeelnemers hebben hun eigen taak, de rechter dient niet op de stoel van de officier van justitie te gaan zitten.

Uit deze rolverdeling vloeit daarom voort dat, omdat het tot de functie van het OM behoort om de tenlastelegging op te stellen, de rechter aan de inhoud van deze beschuldiging gebonden is: hij mag geen inbreuk maken op de functies van het vervolgende orgaan door de tenlastelegging te wijzigen. Deze grondslagleer moet worden gezien in het verband van twee andere uitgangspunten. Het ene is het opportuniteitsbeginsel, dat zó wordt uitgelegd dat het OM niet alleen vrij is om te besluiten vervolging al dan niet voorwaardelijk achterwege te laten, maar ook om bij het instellen van de vervolging die te beperken tot een bepaalde omvang.¹² Dat wil zeggen dat een selectie uit meerdere strafbare feiten mag worden gemaakt, maar ook dat het feitencomplex op een bepaalde, minder zware strafbepaling mag worden toegesneden dan mogelijk zou zijn geweest. Omstandigheden op grond waarvan onder een geprivilegieerde strafbepaling zou kunnen worden gekwalificeerd, mogen uiteraard niet aan het oordeel van de rechter worden onttrokken. Deze bevoegdheid om voor een gedeelte van het feitencomplex niet te vervolgen, gecombineerd met de binding van de rechter aan de tenlastelegging, maakt dat het OM als *dominus litis* van het strafproces fungeert. Het andere uitgangspunt, het vervolgingsmonopolie, vrijwaart het OM van de inmenging van andere actoren in de uitoefening van het vervolgingsrecht, zodat het mogelijk wordt om een rationeel, democratisch gelegitimeerd vervolgingsbeleid te voeren waarbij ook de omvang van de beschuldiging onderwerp van beleidskeuzes kan zijn. Daarnaast biedt het grondslagstelsel rechtsbescherming, doordat de verdachte zekerheid heeft over datgene waarvoor hij zich zal moeten verantwoorden.¹³

Aan welke beperkingen is nu de beslissing omtrent de omvang van de vervolging gebonden? Het opportuniteitsbeginsel kent immers in zichzelf geen

11 HR 27 juni 1995, NJ 1996, 126 en HR 27 juni 1995, NJ 1996, 127, m.nt. MSG onder het tweede arrest.

12 Zie reeds J.M.A.V. Moons, *a.w.*, p. 487-488.

13 G. Knigge, *a.w.*, p. 111. Zie ook D.H. de Jong, *De macht van de tenlastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 281; J. Boksem, *Op den grondslag der telastlegging. Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 135-144; A.E. Harteveld, 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafoordening 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 179-194.

grenzen die de officier van justitie bij zijn vervolgingsbeslissing in acht moet nemen. Anders dan in een stelsel waarin, wat de vervolging betreft, van het legaliteitsbeginsel wordt uitgegaan, wordt echter bij de keuze voor een stelsel op basis van opportuniteit erkend dat de bevoegdheid van de officier van justitie steeds gecontroleerd moet kunnen worden. Verschillende controlemechanismen zijn daartoe ontwikkeld. Zo kan de minister van Justitie een in beginsel onbepaalde controle uitoefenen op de vervolgingsbeslissing. Omdat het noodzakelijk werd geacht dat de omvang van zijn bevoegdheden gelijk is aan de politieke verantwoordelijkheid die hij jegens het parlement voor het OM heeft, is in artikel 127 van de nieuwe Wet op de Rechterlijke Organisatie geen beperking in diens aanwijzingsbevoegdheid aangebracht.¹⁴ Vandaar dat die bevoegdheid zich ook zal uitstrekken tot de inhoud van de vervolging, omdat dat te beschouwen is als een minder vergaande variant van de aanwijzing tot niet vervolging. Bij een aanwijzing om voor slechts een deel van de feiten niet (verder) te vervolgen, maar voor een ander deel wel, lijkt het mij niet noodzakelijk dat de minister volgens de procedure van artikel 128 lid 6 RO het parlement bericht over de aanwijzing. Die aanwijzing kan dan immers naar analoge toepassing van artikel 128 lid 5 RO bij de processtukken worden gevoegd, en zal als zodanig de rechter onder ogen komen.¹⁵

Een ander belangrijk controlemechanisme is de mogelijkheid om bij het Gerechtshof beklag in te dienen tegen de vervolgingsbeslissing. Het Hof kan, in het bevel tot vervolging ex artikel 12i Sv, ook bevelen ten aanzien van welke strafbepaling dient te worden vervolgd. De opportuniteitstoets in de beklagprocedure is zo ruim dat het Hof aan het algemeen belang kan toetsen of de tenlastelegging is toegesneden op de juiste delictsomschrijving. Dit oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin cassatie in het belang der wet was ingesteld tegen de niet-ontvankelijk verklaring van belanghebbenden door het Hof, dat had geoordeeld dat artikel 12 Sv niet zou voorzien in beklag over de omvang van de vervolging, maar alleen in beklag indien in het geheel geen vervolging wordt ingesteld. De Hoge Raad vernietigde die beschikking en stelde dat het Hof in een artikel 12 Sv-procedure beschikt over een 'volle beleidstoetsing', waarbij het in een eigen opportuniteitsafweging kan beslissen welke inzet van het strafrecht in een concreet geval wenselijk is.¹⁶

Naast deze controlemogelijkheden wordt de concrete beslissing van de officier van justitie ook door richtlijnen en aanwijzingen van het College van

14 Niet zonder dat daar kanttekeningen bij geplaatst kunnen worden, zie A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 83-95.

15 Hoewel dit probleem niet in de parlementaire behandeling van de nieuwe Wet RO is opgekomen, zou door deze oplossing de aanwijzing niet 'samen met het dossier in een la verdwijnen'. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 1996/97*, 24 034, nr. 15, p. 2) die uiteindelijk hebben geleid tot invoering van het huidige zesde lid in artikel 128 RO.

16 HR 25 juni 1996, NJ 1996, 714, m.nt. Sch.

procureurs-generaal aan beperkingen gebonden. In het vastgestelde vervolgingsbeleid wordt geregeld geanticipeerd op situaties waarin de vraag rijst in welke omvang bepaalde gebeurtenissen tenlastegelegd moeten worden. Vaak wordt een cumulatieve tenlastelegging voorgeschreven, net zoals het soms wordt verplicht om strafverzwarende omstandigheden, indien bewijsbaar, ten laste te leggen. Een voorbeeld is te vinden in de *Aanwijzing (doen) besturen tijdens ontzegging e.d.*:¹⁷

‘Het komt voor dat tegen een verdachte een ontzegging van de rijbevoegdheid wordt uitgesproken, zonder dat deze bestuurder in het bezit is van een geldig aan hem afgegeven rijbewijs. Als deze verdachte vervolgens wordt aangetroffen als bestuurder van een motorrijtuig (...) dient de zaak bij de politierechter te worden aangebracht ter zake van het misdrijf van artikel 9, eerste lid, wvw 1994, alsmede overtreding van artikel 107 wvw 1994 in de vorm van een cumulatieve tenlastelegging.’

Er zijn echter ook voorbeelden te vinden waarin expliciet ruimte wordt gelaten om de vervolging te beperken tot een minder ernstige vorm. Een voorbeeld hiervan biedt de *Richtlijn voor strafvoordering huisvredebreuk/lokaalvredebreuk*:¹⁸

‘Indien er sprake is van bedreiging in de zin van artikel 285 WvSr verdient het de voorkeur gezien de hogere strafbedreiging vervolging plaats te laten vinden op grond van artikel 285 WvSr. Indien tevens sprake is van mishandeling als bedoeld in artikel 300 WvSr of vernieling als bedoeld in artikel 350 WvSr, dan kan tevens separaat worden vervolgd voor één van deze delicten.’

Nog iets duidelijker is de *Aanwijzing Sociale Zekerheidsfraude*,¹⁹ waar die bepaalt dat het toegebrachte nadeel op basis van de gecumuleerde feiten moet worden berekend: ‘Dit laat onverlet de mogelijkheid voor de officier van justitie om één of meer van deze feiten ad informandum te voegen of anderszins beperkingen aan te brengen in de ten laste te leggen strafbare feiten.’ Ook is bepaald dat de beperking tot een minder zware variant of tot één of enkele van de opgespoorde feiten niet de inzet mag zijn van onderhandelingen met getuigen. Toezeggingen die het afzien van opsporing of vervolging in strijd met het geldende vervolgingsbeleid inhouden, zijn niet toelaatbaar, evenals toezeggingen die betrekking hebben op de inhoud van de tenlastelegging, zoals het aantal daarin opgenomen feiten en de zwaarte daarvan.²⁰

Deze controlemechanismen bieden procedurele waarborgen rondom de vaststelling van het onderwerp van het strafproces door de officier van justitie. De beperkingen die door hem in het aan de rechter voorgelegde feitencomplex

17 Aanwijzing van 5 maart 2007, *Stcrt.* 2007, 61.

18 Richtlijn van 5 januari 1999, *Stcrt.* 1999, 62.

19 Aanwijzing van 6 juli 2004, *Stcrt.* 2004, 170.

20 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt.* 2006, 56.

worden aangebracht, kunnen daarmee, anticiperend of reagerend, ter discussie worden gesteld. Hoewel het OM een grote vrijheid heeft, en de rechter bindt aan zijn keuze voor een bepaalde tenlastelegging, zijn er mogelijkheden om de vaststelling van de omvang van het strafgeding te beïnvloeden. Of daarvan nu wel of niet gebruik wordt gemaakt, het belang van de tenlastelegging voor de rechterlijke waarheidsvinding is groot. De rechter wordt immers door de grondslagleer aan de inhoud van de tenlastelegging gebonden. De waarheidsvinding zal, op straffe van grondslagverlating, binnen de door het OM gestelde grenzen moeten blijven. Hierin is te herkennen dat strafrechtelijke waarheidsvinding, in ieder geval ten dele, een duidelijk formeel karakter heeft.

3 IMPLEMENTATIE VAN EUROPEES RECHT EN HANDHAVINGSMODELLEN

Om te kunnen beoordelen welke invloed het Europese recht heeft op de omvang van een strafproces waarin een overtreding van dat Europese recht aan de orde wordt gesteld, moet worden gezien welke randvoorwaarden worden gesteld aan nationale strafrechtelijke handhaving van het Gemeenschapsrecht. Daartoe zal in de volgende paragraaf de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op dit punt worden geanalyseerd. In deze paragraaf wordt die jurisprudentie geplaatst in het algemene kader van de implementatie van het recht van de EG in de lidstaten.

De Europese rechtsorde is gegrond op de nationale rechtsordes, maar vormt een eigen communautaire orde waarvan het recht voorrang heeft in de lidstaten.²¹ Het Europese recht moet worden geïmplementeerd door omzetting in de wetgeving van de lidstaten, toepassing in nationale gerechtelijke procedures en indien nodig actieve handhaving.²² Het resultaat van die doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsordes kan zijn dat sommige besluiten of handelingen de lidstaten niet zijn toegestaan vanwege, bijvoorbeeld, de vrijheden die de Europese Unie haar burgers garandeert, terwijl de lidstaten tot andere handelingen juist verplicht zijn, om de doelstellingen van de Unie te kunnen verwezenlijken. Deze effecten staan ook wel bekend als negatieve en positieve integratie.²³ Volgens Barents leidt de steeds verdergaan-

21 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend en Loos); HvJ EG 3 juni 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1194 (Costa/ENEL).

22 D.M. Curtin en K.J.M. Mortelmans, 'Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script', in: D.M. Curtin en T. Heukels (red.), *Institutional Dynamics of European Integration* (Schermers-bundel, dl. II), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 423-466.

23 Zie voor de uitwerking van positieve en negatieve integratie op het strafrecht G.J.M. Corstens en J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 479-557; H.G. Sevenster, 'Criminal Law and EC Law', *CML Rev.* 1992, p. 39; R.M.A. Guldenmund, Ch. Harding en A. Sherlock, 'The European Community and Criminal Law', in: Ph. Fennell e.a. (red.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 107-126 en bijv. de conclusie van A-G Mazák in de zaak C-440/05, punt 74-76.

de integratie op deze manier tot de ontwikkeling van een veelomvattende 'Europese ruimte', waaruit logischerwijs zou voortvloeien dat die ruimte ook het straf(proces)recht als onderwerp van bemoeienis heeft.²⁴ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zal de bemoeienis van de EU met het strafrecht in ieder geval sterk toenemen. De justitiële samenwerking in strafzaken, die nu in de derde pijler, in titel VI van het EU-Verdrag, is geregeld, zal dan worden bevorderd tot een gewoon Europees beleidsterrein en in het hernoemde EG-Verdrag worden opgenomen. Een groter wordende invloed op het strafrecht ligt daarmee in de lijn der verwachting.

Ook onder de huidige verdragen valt echter al duidelijk te herkennen hoe het nationale strafrecht aan randvoorwaarden wordt gebonden. In de getrapte wijze van handhaving van het Europese recht worden positieve en negatieve integratie zichtbaar. Onder sommige omstandigheden is handhaving verplicht, onder andere verboden. Hoe zijn die Europeesrechtelijke verplichtingen ingekaderd?

Gewoonlijk is handhaving van het Europese recht een bevoegdheid die de Gemeenschap en de lidstaten delen.²⁵ Er zijn daarom verschillende methoden waarmee de gedragsvoorschriften die de EU haar burgers oplegt, kunnen worden gehandhaafd; bij sommige methoden staat handhaving door de lidstaten voorop, bij andere juist handhaving op het niveau van de Gemeenschap. Onderscheid wordt gemaakt tussen de directe en indirecte methoden, ook wel communautaire en nationale methoden genoemd, met als derde variant een mengvorm daarvan. De communautaire methode houdt in dat de Europese Commissie zelf onderzoek doet en sancties oplegt.²⁶ Vóór inwerkingtreding van Verordening 1/2003 werd het mededingingsrecht op deze wijze gehandhaafd, tegenwoordig gebeurt dat meer nationaal.²⁷ Vanwege de grote inzet in mankracht en middelen die de communautaire methode vereist, wordt voor de meeste beleidsterreinen de nationale methode gehanteerd. In beginsel laat deze methode de lidstaten alle vrijheid om te bepalen wat de aard, de zwaarte en de modaliteit is van de sancties die op overtredingen van het Europese recht worden gesteld, en op welke wijze deze overtredingen in de nationale rechtspleging worden betrokken.²⁸ Deze vrijheid staat ook bekend als de nationale procedurele autonomie, op grond waarvan lidstaten zelf mogen beslissen op welke wijze het communautaire recht in de nationale rechtspleging wordt toegepast. Hieraan wordt echter de voorwaarde gesteld dat de regelin-

24 R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *SEW* 2006, p. 360-363.

25 B. Swart, 'From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law', in: Ch. Harding en B. Swart (red.), *Enforcing European Community Rules. Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot: Dartmouth 1996, p. 1.

26 B. Swart, *a.w.*, p. 3.

27 J. Steenbergen en M.H. van der Woude, 'Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: Verordening 1/2003', *SEW* 2004, p. 192-201.

28 Ch. Harding, 'Models of Enforcement: Direct and Delegated Enforcement and the Emergence of a 'Joint Action' Model', in: Ch. Harding en B. Swart (red.), *a.w.*, p. 23.

gen voldoen aan het assimilatiebeginsel, dat wil zeggen dat de toepasselijke procesregels niet ongunstiger mogen uitpakken voor een beroep op Europees recht dan voor de toepassing van nationaal recht.²⁹

De twee uitersten van communautaire en nationale handhaving lijken steeds meer naar elkaar toe te groeien, in de richting van een model waarbij in handelingen van de instellingen bepalingen worden opgenomen over sancties op overtredingen, die de lidstaten vervolgens bij daadwerkelijke inbreuken aan overtreders opleggen binnen de vooraf op Europees niveau bepaalde randvoorwaarden. Aan de ene kant hebben de nationale autoriteiten voor de handhaving van het mededingingsrecht, door samen te werken met de Commissie, een grotere rol gekregen. Aan de andere kant is de lidstatelijke autonomie bij de nationale methode sterk ingeperkt. Dit vanwege zorgen over de loyaliteit van de lidstaten en het daaruit voortvloeiende gebrek aan effectiviteit in de handhaving van het Europese recht.³⁰ Binnen deze structuur van gemengde handhaving is het in de eerste plaats de vraag welke verplichtingen de lidstaten jegens de Gemeenschap hebben, maar ook tot waar hun handhavingbevoegdheid zich uitstrekt als zij de door de EG gegarandeerde vrijheden niet willen doorkruisen. In de volgende paragraaf wordt stilgestaan bij de minimumeisen die worden gesteld aan handhaving van EG-recht door de lidstaten. Hierbij komt het strafrecht nadrukkelijk in beeld als handhavinginstrument, omdat administratieve afdoening soms onvoldoende effect sorteert.

Een van de vraagstukken rondom nationale handhaving van Gemeenschapsrecht is de vraag in hoeverre het mogelijk is om in Europese wetgevingsinstrumenten bepalingen op te nemen die verband houden met het straf-(proces)recht. Vooral speelt daarbij een rol welke bepalingen mogen worden opgenomen met betrekking tot sancties op overtredingen van Europese voorschriften. Hierbij speelt de bevoegdheidsverdeling tussen de derde pijler van de EU en de EG een belangrijke rol. Met name sinds het veelbesproken arrest *Commissie/Raad*,³¹ waarbij het Hof het kaderbesluit inzake milieubeschermt³² vernietigde, staat deze vraag in de belangstelling van strafrechtjuristen.³³ Dit arrest maakt deel uit van een ontwikkeling die al eerder is ingezet

29 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe); HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (Comet).

30 Ch. Harding, *a.w.*, p. 30-35.

31 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Jur.* 2005, p. I-7879.

32 Kaderbesluit 2003/80/JBZ van de Raad van 27 januari 2003 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (*PbEU* 2003, L 29/55).

33 Zie onder meer de volgende annotaties en artikelen voor commentaar op het arrest: de noot van M.R. Mok onder *NJ* 2006, 210; C. Tobler in *CML Rev.* 2006, p. 835-854; R.H. van Ooik en T.A.J.A. Vandamme in *SEW* 2006, p. 78-85; M.I. Veldt-Foglia, 'Toch strafrecht in de Eerste Pijler!', *NTER* 2006, p. 29-34; M.J. Borgers, 'Het strafrecht in de Eerste Pijler. Van competentiestrijd naar competentiestrijd?', *NJB* 2006, p. 738-742; M.J. Borgers, 'Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler', *DD* 2006, p. 76-99; P. De Hert, P. Paepe en H. Griffioen, 'Europees milieustrafrechtarrest. Minder ruimte voor nationale strafbevoegdheden', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2006, p. 482-495.

en vooral werd opgemerkt in de aanloop naar het oordeel van het Hof.³⁴ Reeds in een op 27 oktober 1992 gewezen arrest³⁵ sprak het Hof zich uit over twee verordeningen³⁶ die de Commissie had aangenomen ter uitvoering van verordeningen van de Raad. De Commissie had de bevoegdheid gekregen om in geval van overtreding bepaalde verhogingen op te leggen. Hoewel deze verhogingen een puur punitief karakter bezaten en daarmee volgens sommigen konden worden gekarakteriseerd als strafrechtelijk,³⁷ oordeelde het Hof dat het EG-Verdrag voor zulke verhogingen een voldoende rechtsbasis biedt. Kon in dat geval nog worden gediscussieerd over de vraag of de sancties daadwerkelijk strafrechtelijk van aard waren, die vraag speelde niet meer bij het bovengenoemde arrest *Commissie/Raad* inzake het kaderbesluit milieubescherming. Het Hof sprak daarin uit dat de Gemeenschapswetgever bevoegd is om in richtlijnen bepalingen op te nemen die verband houden met het strafrecht, wanneer die noodzakelijk worden geacht om de volledige doeltreffendheid van de vastgestelde milieunormen te verzekeren. Dit acht het Hof toegestaan wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties onontbeerlijk is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu (r.o. 48).

Na dit arrest bleven twee vragen bestaan. Het Hof had geen duidelijkheid gegeven over de vraag of de EG bevoegd is tot harmonisatie van strafrechtelijke handhaving voor alle beleidsterreinen; het was alleen ingegaan op instrumenten op basis van artikel 175 EG. Daarnaast bestond onzekerheid over de betekenis van de term 'maatregelen die verband houden met het strafrecht' en daarmee over de reikwijdte van de harmonisatiebevoegdheid. Inmiddels heeft het Hof uitspraak gedaan in een andere zaak en het kaderbesluit inzake verontreiniging vanaf schepen³⁸ vernietigd.³⁹ Advocaat-generaal Mazák stelde in zijn conclusie dat in beginsel kan worden gezegd dat alle bepalingen van het Verdrag de Gemeenschap de bevoegdheid verlenen om handhaving daarvan voor te schrijven door middel van maatregelen die verband houden met het strafrecht. Aan deze verstrekkende stelling verbond hij de voorwaarde

34 Y. Buruma en J. Somsen, 'Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming?', *NJB* 2001, p. 795-797; D.E. Comijs, 'Communautair strafrecht?', *NTER* 2001, p. 267-271; G.J.M. Corstens en M.I. Veldt-Foglia, 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht' (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), *DD* 2003, p. 103-177; G.J.M. Corstens, 'Criminal Law in the First Pillar?', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, p. 131-144.

35 HvJ EG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, *Jur.* 1992, p. I-5383.

36 Verordening (EEG) nr. 3007/84 (*PbEG* 1984, L 283/28), gewijzigd door Verordening (EEG) nr. 1260/90 (*PbEG* 1990, L 124/15) en Verordening (EEG) nr. 3813/89 (*PbEG* 1989, L 371/17), gewijzigd door Verordening (EEG) nr. 1279/90 (*PbEG* 1990, L 126/20).

37 K.A.M. Bleeker, 'Verantwoorde communautaire sanctionering van het gemeenschapsrecht?', *NJB* 1993, p. 1009-1013.

38 Kaderbesluit 2005/667/JBZ van de Raad van 12 juli 2005 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen (*PbEU* 2005, L 255/164).

39 HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *NJ* 2008, 48, m.nt. M.R. Mok.

dat van de lidstaten niet meer mag worden geëist dan dat ze de communautaire regelgeving handhaven volgens het assimilatiebeginsel en de eisen van effectiviteit, proportionaliteit en afschrikkendheid. In het arrest heeft het Hof helaas geen uitspraak gedaan over de vraag welke artikelen in het EG-Verdrag voldoende rechtsgrondslag bieden voor harmonisatie van strafrechtelijke bepalingen. Het heeft echter de advocaat-generaal wel gevolgd in zijn andere stelling. Het Hof bepaalde dat aan de Gemeenschap niet de bevoegdheid toekomt om de aard en hoogte van op te leggen strafrechtelijke sancties te bepalen (r.o. 70). Inmiddels heeft de Commissie op dit arrest gereageerd met een voorstel tot wijziging van de richtlijn inzake verontreiniging vanaf schepen, waarin zou moeten worden opgenomen dat de lidstaten verontreiniging door natuurlijke personen strafbaar stellen en bedreigen met effectieve, proportionele en afschrikkende sancties.⁴⁰

Positieve en negatieve integratie beperken de nationale vrijheid, ook in de strafrechtelijke rechtshandhaving. Op nationaal niveau moet het Europese recht worden geïmplementeerd door omzetting, toepassing en handhaving binnen de op communautair niveau vastgestelde kaders. Dat brengt onder andere inperkingen mee voor de nationale beslissingsvrijheid omtrent de inzet van het strafrecht bij handhaving van Europees recht. In wetgevingsinstrumenten op basis van het EG-Verdrag kan strafbaarstelling worden voorgeschreven en worden bepaald dat overtredingen met effectieve, proportionele en afschrikkende sancties moeten worden bedreigd. Die laatste eisen zijn afkomstig uit bestendige jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over gevallen waarin sanctievoorschriften ontbreken. Deze jurisprudentie komt in de volgende paragraaf aan de orde.

4 EFFECTIEVE, PROPORTIONELE EN AFSCHRIKKENDE SANCTIES EN HET ASSIMILATIEBEGINSEL

Het strafrecht behoort niet tot de bevoegdheden van de EG (artikel 5 EG), maar zoals hierboven al bleek betekent dat niet dat het EG-recht er geen invloed op heeft. De belangrijkste beïnvloeding vloeit voort uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie over artikel 10 EG. Dit verplicht de lidstaten om alle maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming te verzekeren van hun verplichtingen op grond van primair of secundair Gemeenschapsrecht.⁴¹

40 COM(2008) 134.

41 Recent hierover P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Communautaire doorwerking en straf(proces)recht', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen, J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 89-94; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 18-50, p. 25-31.

Tevens dienen de lidstaten zich te onthouden van alle maatregelen die de doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen. In het arrest *Amsterdam Bulb*⁴² stelde het Hof dat dit artikel de 'lidstaten vrijlaat te kiezen welke maatregelen passen, de keuze van sancties – ook strafrechtelijke – daaronder begrepen' (r.o. 32). In het bekende arrest *Griekse Mais*⁴³ ging het Hof verder, en oordeelde dat een lidstaat onder omstandigheden op grond van artikel 10 EG verplicht is om een straf- of tuchtrechtelijke vervolging in te stellen als reactie op de schending van het Gemeenschapsrecht. In deze zaak zocht het Hof zijn toevlucht tot de schending van deze Gemeenschapstrouw, omdat het Gemeenschapsrecht zelf geen sanctiebepalingen bevatte en ook niet verwees naar bepalingen van nationale aard (r.o. 23). Artikel 10 EG fungeert daarmee als een soort vangnet, dat volgens het Hof meebrengt dat op schendingen van het Gemeenschapsrecht door de lidstaten moet worden gereageerd onder formele en materiële voorwaarden die overeenkomen met de manier waarop vergelijkbare overtredingen van nationaal recht worden bestraft. In ieder geval moet de bestraffing die volgt effectief, evenredig (ofwel proportioneel) en afschrikkend zijn (r.o. 24). De autoriteiten moeten even energiek optreden als wanneer het schendingen van het nationale recht zou betreffen (r.o. 25).

Deze voorwaarden zijn in een reeks uitspraken bevestigd.⁴⁴ Enkele arresten werken de eisen uit *Griekse Mais* nadrukkelijk verder uit. In het arrest *Spaanse aardbeien*⁴⁵ had het Hof te oordelen over de weinig voortvarende houding van de Franse autoriteiten ten opzichte van grootschalige vernielingen van uit Spanje geïmporteerde aardbeien door Franse boeren, waardoor het vrije verkeer van goederen ernstig werd belemmerd. Het Hof stelde dat de overheden van de lidstaten, mede op grond van de Gemeenschapstrouw, verplicht zijn om maatregelen te treffen tegen belemmeringen van het vrije verkeer waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt (r.o. 24-32). Lidstaten hebben weliswaar een beoordelingsmarge met betrekking tot de keus van de maatregelen, maar het Hof toetst of de genomen maatregelen geschikt waren om het vrije verkeer te garanderen (r.o. 33-35). De Franse politie was zeer terughoudend in het voorkomen van en reageren op de ordeverstoringen, en

42 HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Jur.* 1977, p. 137.

43 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965.

44 O.a. HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, *Jur.* 1990, p. I-2911 (Hansen); HvJ EG 2 oktober 1991, zaak C-7/90, *Jur.* 1991, p. I-4371 (Vandevenne); HvJ EG 8 juni 1994, zaken C-382/92 en C-383/92, *Jur.* 1994, p. I-2435 en I-2479 (beide Commissie/Verenigd Koninkrijk); HvJ EG 26 oktober 1995, zaak C-36/94, *Jur.* 1995, p. I-3573 (Siesse); HvJ EG 12 september 1996, gevoegde zaken C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 en C-157/95, *Jur.* 1996, p. I-4345 (Gallotti e.a.); HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95, *Jur.* 1997, p. I-1111 (Ebony Maritime); HvJ EG 7 december 2000, zaak C-213/99, *Jur.* 2000, p. I-11083 (De Andrade); HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-354/99, *Jur.* I-7657 (Commissie/Ierland); HvJ EG 8 september 2005, zaak C-40/04, *Jur.* 2005, p. I-7755 (Yonemoto).

45 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959.

een zeer gering aantal verdachten werd vervolgd. Deze maatregelen oordeelde het Hof ontoereikend om de vrijheid van verkeer van goederen te verzekeren (r.o. 52-53). Bovendien werd het argument dat harder optreden tot escalatie zou hebben geleid, verworpen: 'Vrees voor binnenlandse moeilijkheden kan immers geen rechtvaardiging zijn voor een Lid-Staat om het gemeenschapsrecht niet correct toe te passen' (r.o. 55). Alleen wanneer het optreden de openbare orde zodanig zou verstoren dat die met de beschikbare middelen niet kan worden hersteld, mogen maatregelen achterwege blijven (r.o. 56). Het Hof oordeelde dat Frankrijk,

'door niet alle noodzakelijke adequate maatregelen te nemen om te verhinderen dat acties van particulieren het vrije verkeer van groenten en fruit belemmerden, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 30 EG-Verdrag in samenhang met artikel 5 van het Verdrag [nu artikel 10, WG] en krachtens de gemeenschappelijke marktordeningen voor landbouwproducten' (r.o. 66).

In tegenstelling tot in het arrest *Griekse Mais* wordt niet vermeld welke acties wel hadden moeten worden ondernomen. Dat valt echter wel af te leiden uit de feiten. Een inzet van de politie ter voorkoming van ongeregelde heden en bescherming van de buitenlandse producten was in casu geboden, net als het instellen van strafvervolging en het opleggen van meer dan nominale straffen, zodat potentiële daders zouden worden afgeschrikt en daarmee het handelsverkeer zou worden beschermd.

In een andere zaak tegen Frankrijk werden deze eisen herhaald. Frankrijk was eerder veroordeeld wegens het niet voldoende controleren van de visserij, waarbij het Hof had gesteld dat onder omstandigheden lidstaten verplicht zijn tot inspectie en vervolging van overtredingen.⁴⁶ De Commissie was van oordeel dat aan dit arrest onvoldoende uitvoering werd gegeven en bracht de zaak voor het Hof in een procedure op grond van artikel 228 EG-Verdrag. In zijn arrest⁴⁷ stelt het Hof het volgende:

'De verplichting van de lidstaten om erop toe te zien dat overtredingen van de communautaire regeling effectief, evenredig en afschrikkend worden bestraft, is op het gebied van de visserij van levensbelang. Zouden de bevoegde autoriteiten van een lidstaat namelijk stelselmatig afzien van vervolging van degenen die dergelijke overtredingen begaan, dan zouden zowel de instandhouding en het beheer van de visbestanden als de eenvormige toepassing van het gemeenschappelijk visserijbeleid in gevaar komen' (r.o. 69).

In dit geval waren maar weinig vissers vervolgd. Bovendien kregen zij geldboetes opgelegd die minder dan 750 euro bedroegen en automatisch werden kwijtgescholden. Dergelijke boetes zijn volgens het hof onvoldoende afschrik-

46 HvJ EG 11 juni 1991, zaak 64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727.

47 HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263.

kend (r.o. 72). Frankrijk is daarmee de verplichtingen die in het eerdere arrest waren opgelegd niet nagekomen. In dit arrest werd met name getoetst of er effectieve, evenredige en afschrikkende sancties werden opgelegd; het assimilatiebeginsel kwam niet aan bod. Kern van de eisen die aan handhaving worden gesteld is dat er

‘voor degenen die de visserij of aanverwante activiteiten verrichten, een ernstig risico [moet] zijn dat zij in geval van overtreding van de regels van het gemeenschappelijk visserijbeleid zullen worden betrapt en passende sancties opgelegd zullen krijgen’ (r.o. 37).

Het Hof legt in deze jurisprudentie twee eisen aan voor de getrapte handhaving van het Gemeenschapsrecht.⁴⁸ In de eerste plaats het assimilatiebeginsel: alle autoriteiten van de lidstaten,⁴⁹ dus ook het OM, zijn verplicht communautaire voorschriften even energiek te handhaven als zij dat doen met overeenkomstige bepalingen van nationaal recht. In de tweede plaats moeten nationale sancties effectief, proportioneel en afschrikkend zijn.⁵⁰ Dat kan met zich brengen dat slechts door het opleggen van strafrechtelijke sancties aan de verplichtingen onder artikel 10 EG kan worden voldaan.⁵¹ Deze materiële en formele vereisten leggen met name een ondergrens aan nationale handhaving, maar het proportionaliteitsbeginsel geeft ook een bovengrens aan: opgelegde sancties mogen niet onevenredig zwaar zijn. Ook hierin zijn de effecten van positieve en negatieve integratie te ontdekken.⁵² De vraag staat echter nog open welke beperkingen deze jurisprudentie stelt aan een concrete beslissing omtrent vervolging en de omvang daarvan. Dit zal in de volgende paragraaf worden uitgewerkt.

48 Zie ook P. De Hert, P. Paepe en H. Griffioen, *a.w.*

49 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann), r.o. 26.

50 Behalve het proportionaliteitsvereiste zijn deze voorwaarden voor wat betreft de bescherming van de financiële belangen van de EG gecodificeerd in artikel 280 EG. De eis van proportionaliteit is wel terug te vinden in artikel 49 lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEG* 2000, C 364/01).

51 Zie bijv. HvJ EG 8 juli 1998, zaak C-186/98, *Jur.* 1999, p. I-4883 (Nunes en De Matos), r.o. 14.

52 Voor wat betreft de negatieve effecten zie onder andere HvJ EG 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.* 1981, p. 2595 (Casati); HvJ EG 19 juni 1998, zaak C-226/97, *Jur.* 1998, p. 3711 (Lemmens); HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Jur.* 1999, p. 11 (Donatella Calfa); HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Jur.* 2007, p. 1891 (Placanica, Palazzese en Sorricchio).

5 INVLOED VAN EUROPEESRECHTELIJKE EISEN OP DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSHANDHAVING IN NEDERLAND

Dat het EG-recht op deze manier vervolgingsplichten met zich mee kan brengen, wordt al enige tijd gesignaleerd.⁵³ De veel gebruikte zinsnede dat vervolging moet worden ingesteld 'overeenkomstig het nationale recht' kan weliswaar ook zó worden uitgelegd dat het opportuniteitsbeginsel mag worden gehanteerd.⁵⁴ Dat wil echter niet zeggen dat de beoordeling of strafvervolging moet worden ingesteld in het geheel niet wordt beïnvloed door het EG-recht. De eisen die in de uitleg van de Gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) worden gesteld aan nationale handhaving laten dit zien. Deze, hierboven uitgewerkte eisen vormen een fijner en flexibeler instrument dan categorische vervolgingsverplichtingen, opgenomen in een Verdrag, kaderbesluit of richtlijn, zouden zijn. Een vergelijking daarmee kan inzicht opleveren in de betekenis van de eisen die het Hof stelt aan handhaving door de lidstaten. Tot vestiging van zulke algemene vervolgingsverplichtingen zou waarschijnlijk niet zonder aarzeling worden overgegaan. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat een zuivere vervolgingsplicht voor de lidstaten ter zake van schending van atoomgeheimen (artikel 194 lid 1, slot, Euratom-Verdrag) en meened voor het Hof van Justitie (artikel 30 statuut HvJ EG⁵⁵) pas bestaat, als in een concreet geval door de Commissie of een lidstaat, respectievelijk het Hof de vervolging is bevolen. Bij de keuze voor het behoud van het opportuniteitsbeginsel, die in het kader van het project *Strafvordering 2001* is gemaakt, heeft men zich niet laten afschrikken door deze twee bepalingen, 'die Nederland verplichten om bepaalde categorieën delicten steeds te vervolgen'.⁵⁶ Dit beeld behoeft nuancering: lidstaten worden hier niet geconfronteerd met een categorische vervolgingsplicht, maar met een plicht tot vervolging die pas bestaat na een concreet bevel, en die daarmee ruimte laat voor belangenafweging in het concrete geval. Deze figuur is daarmee vergelijkbaar met de ministeriële aanwijzing van artikel 127 RO, die niet door een nationale maar door een supranationale autoriteit wordt uitgeoefend. Desondanks maakt deze bevoegdheid niet per se inbreuk op de in de Nederlandse praktijk en doctrine ontwikkelde behoefte om de inzet van het strafrecht afhankelijk te maken van een zorgvuldige afweging

53 Y. Buruma, *a.w.*, p. 41-42.

54 Y. Buruma, *a.w.*, p. 42; Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen, COM(2003) 227 def., p. 9.

55 Uitgewerkt in artikel 124 en 125 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie en artikel 6 en 7 van het Additioneel reglement van het Hof van Justitie (geconsolideerde versies te vinden op <http://curia.europa.eu>).

56 M.S. Groenhuisen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 144.

van alle betrokken belangen.⁵⁷ Het introduceert geen supranationaal legaliteitsbeginsel, maar biedt controlemogelijkheden om de belangen die op de verschillende niveaus spelen een plaats te geven in de beslissingen rondom vervolging voor deze bijzondere delicten. Deze bevoegdheid past daarmee naadloos in een stelsel van *checks and balances* rondom de door het opportunititeitsbeginsel beheerste vervolgingsbeslissing.

De voorstellen die in het kader van het *Corpus Juris* project zijn gedaan, introduceren wel expliciet het legaliteitsbeginsel, maar dan met betrekking tot de werkzaamheden van het Europees Openbaar Ministerie. Daar worden echter wel uitzonderingen op mogelijk gemaakt voor gevallen waarin schuld erkend en schade vergoed is. Ook is de mogelijkheid voor transactie opengelaten onder ongeveer dezelfde voorwaarden,⁵⁸ om te vermijden dat het systeem door een te hoge *caseload* vast zou lopen.⁵⁹ Het is duidelijk dat invoering van een Europees OM volgens deze beginselen tot een enorme wetgevingsoperatie zou leiden, waarbij onder andere het opportunititeitsbeginsel zou sneuvelen.⁶⁰ In het door de Commissie gepresenteerde Groenboek over, onder andere, de mogelijke invoering van een Europees OM, stelt zij zich op het standpunt dat het legaliteitsbeginsel zou moeten gelden, omdat de bescherming van de financiële belangen van de EG een uniforme en dus verplichte vervolging vereist.⁶¹ Wel zouden er meer dan de bovengenoemde uitzonderingen moeten komen, waaronder de mogelijkheid 'een bepaalde persoon slechts te vervolgen ten aanzien van een toereikend gedeelte van de tenlastelegging.'⁶² Ook hier blijkt deze bevoegdheid dus een belangrijke rol te spelen. De meeste reacties op het Groenboek stemmen in met de keuze voor het legaliteitsbeginsel, zij het dat wordt benadrukt dat vervolging alleen verplicht zou moeten zijn voor zaken die een bepaalde ondergrens overschrijden.⁶³ Dat er tal van andere

57 J.B.H.M. Simmelink, 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording*, a.w., p. 193.

58 Artikel 19 lid 4 en artikel 22 lid 2 onder b. Zie M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia 2000, dl. I, p. 199 en 202.

59 M. Delmas-Marty (red.), *Corpus Juris. Houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 130.

60 J.A.E. Vervaele en A.H. Klip, 'National report of the Netherlands', in: M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia 2000, dl. III, p. 663-664.

61 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2001) 715 def., p. 54.

62 Groenboek, p. 55.

63 Vervolgerslag over het Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2003) 128 def., p. 16-17.

redenen kunnen zijn waarom vervolging beter achterwege kan blijven, klinkt in deze discussie echter niet voldoende door.⁶⁴

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de handhaving van het Gemeenschapsrecht door de lidstaten, die in de vorige paragraaf werd behandeld, komt een ander beeld naar voren. Deze jurisprudentie vestigt geen categorische vervolgingsverplichtingen, maar stelt subtiele randvoorwaarden aan nationale handhaving. Het assimilatiebeginsel en de eisen van effectiviteit, proportionaliteit en afschrikkendheid zijn meer inhoudelijk van aard. De invloed hiervan op het Nederlandse recht kan dan ook niet alleen worden uitgedrukt in verboden en plichten tot vervolging, maar heeft tevens betrekking op de inhoud van de vervolging. Het Hof toetst ook ter zake waarvan wordt vervolgd, en of de opgelegde sanctie feitelijk voldoet aan de communautaire eisen. Dat wil niet zeggen dat er in een procedure met Europeesrechtelijke aspecten maar één juiste uitkomst is. Het kan ook zo zijn dat er expliciet ruimte wordt gelaten om wel of niet te vervolgen. Dit levert, anders dan in landen die een stelsel op basis van het opportuniteitsbeginsel kennen, vraagpunten op in landen die uitgaan van het legaliteitsbeginsel, zoals in Duitsland.⁶⁵ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat lidstaten de vrijheid hebben te kiezen tussen de vervolging voor een opzetvariant en een overtredingsvariant.⁶⁶ De lidstaten houden een zekere beoordelingsmarge, maar worden wel aan onder- en bovengrenzen gebonden.

Die beperkingen kunnen met zich brengen dat de inbreuk op het Europese recht zo ernstig is dat alleen strafrechtelijke vervolging mogelijkheden biedt om een sanctie op te leggen die voldoet aan de eisen van effectiviteit, proportionaliteit en afschrikkendheid. Dit zal des te meer het geval zijn wanneer vergelijkbare overtredingen van nationaal recht strafrechtelijk worden vervolgd, en dat op grond van het assimilatiebeginsel dus ook verplicht is. Vanwege de eis dat de sanctie voldoende effectief, proportioneel en afschrikkend moet zijn, zal er een beperking zijn in de beschikbare wijzen van afdoening. Zo zal het niet mogelijk zijn om voor een overtredingsvariant te vervolgen wanneer vervolging voor de opzetvariant haalbaar is, en de inbreuk te ernstig is om met een lage geldboete te bestraffen, als er bovendien vrij beperkte sancties op die overtredingsvariant zijn gesteld. De op te leggen sanctie zal anders te weinig afschrikkende werking hebben en de effectieve uitvoering van het

64 J.L. de Wijkerslooth en J. Simonis, 'Het Europees OM en de spanning tussen territorialiteit en effectiviteit', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids en M.I. Veldt-Foglia, *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 364-365.

65 OLG Düsseldorf 28 juni 2000, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2000, p. 1105-1110.

66 Zoals bijvoorbeeld wordt toegestaan in artikel 1 lid 2 sub a van de Verordening betreffende de maatregelen die moeten worden genomen ten aanzien van bepaalde begunstigden van uit het EOGFL, afdeling Garantie, gefinancierde verrichtingen: Verordening (EG) nr. 1469/95 (*PbEG* 1995, L 145/1). Zie hierover uitgebreid A.J. Gil Ibañez, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits* (diss. Florence), Oxford: Hart 1999, p. 211-225.

Gemeenschapsrecht onvoldoende ondersteunen. In het kader van de centrale vraag van deze bijdrage valt daarom te constateren dat de eisen die door het Hof van Justitie aan nationale handhaving worden gesteld inderdaad de vaststelling van de omvang van de vervolging aan beperkingen onderwerpen. De waarheidsvinding door de rechter wordt daar direct door beïnvloed: hij zal zich hebben uit te spreken over een feitencomplex waarvan de omvang tot stand is gekomen onder invloed van Europeesrechtelijke eisen.

Hoe moet vervolgens aan de hiervoor besproken eisen in de concrete vervolgingsbeslissing recht worden gedaan? Het is in dit verband te eenvoudig om de invloed die het Europees recht op het Nederlandse vervolgingsbeleid heeft, als één van legaliteit te kenschetsen. De voorwaarden die aan handhaving van Europees recht worden gesteld, kunnen in ieder concreet geval een andere uitkomst opleveren, en ze zijn daarmee moeilijk in abstracte bepalingen om te zetten. Dit is dan ook de reden waarom het voorstel van Keulen,⁶⁷ om door middel van AMvB's voor bepaalde feiten een vervolgingsverplichting voor het OM in het leven te roepen als daar op grond van het internationaal recht grond voor is, onvoldoende recht doet aan de Europeesrechtelijke eisen aan handhaving. Hij heeft gelijk als hij stelt dat het onwenselijk is dat de zelfbinding van het OM in het vervolgingsbeleid het enige middel is om internationaalrechtelijke eisen aan strafvervolging te implementeren, en dat dit wordt veroorzaakt door de gebrekkige structurering van de vervolgingsbeslissing in artikel 167 Sv. Toch lijkt een betere structuur denkbaar dan het neerleggen van categorische verplichtingen in AMvB's. Een voorstel in een andere richting zal hieronder worden uitgewerkt.

6 VERWERKING IN HET MODEL VAN DE VERVOLGINGSBESLISSING

De beslissing omtrent de vervolging wordt gewoonlijk gedacht uit twee componenten te zijn opgebouwd.⁶⁸ In de haalbaarheidscomponent vormt de officier van justitie zich een oordeel over de uitspraak die wordt verwacht wanneer de strafzaak voor de rechter zou worden gebracht. Op grond van de resultaten van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk vooronderzoek anticipeert hij op de rechterlijke beslissing naar aanleiding van de vragen van het beslissingsmodel van artikel 348 en 350 Sv. Deze stap eindigt ofwel in een technisch sepot op verscheidene mogelijke gronden wanneer veroordeling onhaalbaar

67 B.F. Keulen, 'Per amvb naar een nieuwe strafvordering?', in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-330, p. 327-329.

68 G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, a.w., p. 23-24; W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding en de kennisgeving van verdere vervolging* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 42-51; M. van Dijck, *Gedogen. Over vermogen en onvermogen tot handhaving van wet en recht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 239-257; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 499-503.

lijkt, ofwel in de gevolgtrekking dat vervolging haalbaar is en daartoe dus zou kunnen worden besloten.

In de tweede stap, de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing, beslist de officier van justitie over de vraag of, en zo ja, welke strafrechtelijke reactie gewenst is. Na de aanvaarding van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in het jaarverslag van het OM over 1970,⁶⁹ die volgde op een invloedrijk pleidooi van Moons,⁷⁰ fungeert opportuniteit als een voorwaarde voor elke strafvervolging, en moet daarover dus in elke zaak worden besloten.

Het is moeilijk om in deze structuur van de vervolgingsbeslissing een plaats te geven aan verplichtingen die het internationale recht aan de Nederlandse rechtshandhaving oplegt. Tot nu toe worden internationale verplichtingen verwerkt in opportuniteitsafwegingen, zoals de *Aanwijzing handhaving milieurecht* laat zien:

‘Bij overtreding van andere bepalingen dan kernbepalingen is inzet van het strafrecht in de regel niet opportuun, tenzij sprake is van bijzondere, vanuit strafrechtelijk oogpunt relevante *omstandigheden*. Bij constatering van een overtreding van een *niet-kernbepaling* wordt geen proces-verbaal opgemaakt, tenzij naar het oordeel van de officier van justitie op basis van de onderzoeksbevindingen één of meer van de hierna genoemde *omstandigheden* zich in zodanige mate voordoen, dat strafrechtelijk optreden niettemin geboden is. Deze omstandigheden zijn: (...) internationaal recht dwingt tot handhavend optreden en er is geen bestuurlijk bevoegd gezag dat doeltreffend kan optreden’.⁷¹

De opsporingsopportuniteit wordt dus mede ingevuld door internationaalrechtelijke verplichtingen. Dit is volgens Vervaele het voornaamste effect van Europese eisen aan handhaving: het algemeen belang wordt anders ingevuld dan wanneer het Openbaar Ministerie op basis van een puur nationale belangenafweging zou beslissen.⁷² Dit is een merkwaardige gang van zaken, want waarom zou een internationale verplichting in een nationale belangenafweging worden meegenomen? Het lijkt beter om vervolgingsplichten te onttrekken aan het beleidsoordeel en ze een zelfstandige positie te geven in de vervolgingsbeslissing. In ieder geval zal bij de concrete beslissing omtrent de vervolging aan de orde moeten komen, welke boven- en ondergrenzen internationale

69 Jaarverslag Openbaar Ministerie 1970, *Bijl. Handelingen II 1972/73*, 12 000, Hfd. VI, nr. 3, bijl. IV.

70 J.M.A.V. Moons, *a.w.*. Zie ook A.C. 't Hart, *Om het O.M. (oratie Tilburg)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976, p. 12; A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 121-126.

71 Aanwijzing van 29 november 2005, *Stcrt.* 2005, 253; cursivering in het origineel.

72 J.A.E. Vervaele, 'Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie', *Panopticon* 2004, p. 5; J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid', *DD* 2006, p. 643.

verplichtingen stellen aan nationale handhaving. Daartoe kan het model van de vervolgingsbeslissing beter worden uitgebreid met een extra component, waarin wordt vastgesteld wat de omvang van de beslissingsruimte is. Dit zou aan bod moeten komen nadat de officier zich een oordeel over de haalbaarheid heeft gevormd. De derde en laatste component blijft dan bestaan uit de belangenafweging in het concrete geval.

Dit driecomponenten-model biedt ook de gelegenheid om de werking van nationale controlemechanismen op de vervolgingsbeslissing inzichtelijker te maken. Voorafgaande controle beperkt de officier van justitie immers in zijn beslissingsvrijheid. Essentieel in een systeem waarin het opportuniteitsbeginsel geldt, is dat (vervolgings)beslissingen worden gecontroleerd door een stelsel van *checks and balances*. Controlemechanismen die de officier van justitie in zijn beslissingsvrijheid beperken, vullen in het traditionele tweecomponenten-model de opportuniteitscomponent mede in. Hoe een beslissing omtrent de vervolging tot stand komt, wordt wellicht inzichtelijker als anterieur werkende beleidskeuzes worden gescheiden van de belangenafweging in concreto, en een plaats krijgen in de middelste component. Zo valt de vervolging te verklaren die wordt ingesteld na een rechterlijk bevel *ex* artikel 12i Sv, of na een ministeriële aanwijzing in de zin van artikel 127 RO, en die hoogstwaarschijnlijk op grond van een eigen beleidskeuze van het OM niet zou zijn ingesteld.

In het beslissingsmodel met deze drie componenten, dat hier wordt voorgesteld, staan drie verschillende vragen centraal. In de eerste component stelt de officier zichzelf de vraag wat hij met het dossier kan: is een veroordeling op basis van het voorliggende materiaal haalbaar? De tweede component behelst de vraag wat hij mag: welke afdoeningsmodaliteiten mogen op grond van nationaal beleid en internationale eisen worden gekozen? In de derde component komt aan de orde wat de officier, binnen deze mogelijkheden, wil: welke belangen zijn voor hem doorslaggevend bij de keuze hoe de zaak moet worden afgehandeld? Hierbij moet overigens wel worden bedacht dat deze beslissingen niet per se opeenvolgend zijn. Beleidsprioriteiten kunnen immers de haalbaarheid mede invullen. Aan de ene kant kunnen zaken waarin het bewijs onvolledig is ter nader onderzoek naar de politie worden gestuurd, wanneer dat opportuun wordt geacht, en is het bij het zogenaamde 'haalwerk' een opportuniteitskeuze welke feiten opsporingsprioriteit zullen krijgen. Aan de andere kant wordt ook in de haalbaarheidsbeslissing een afweging gemaakt tussen het belang van een veroordeling en het risico dat de zaak niet bewezen zal kunnen worden.

7 BESLUIT

Lidstaten van de Europese Gemeenschap zullen zich moeten realiseren dat de inzet van het nationale strafrecht ten bate van de handhaving van communautaire regelgeving geen kwestie is van alles of niets. Het Europese recht

moet effectief, proportioneel en afschrikkend worden gehandhaafd, en tegen overtredingen van Europese regelgeving moet even energiek worden opgetreden als tegen overtredingen van het nationale recht. Deze eisen behelzen geen legaliteitsbeginsel wat betreft strafrechtelijke vervolging, maar vestigen resultaats- en inspanningsverplichtingen *sui generis*, die moeten worden verdisconteerd in elke vervolgingsbeslissing waarbij Europeesrechtelijke aspecten een rol spelen. De eisen aan nationale handhaving kunnen ertoe dwingen dat wordt besloten tot vervolging voor een ander feitencomplex dan wanneer slechts een puur nationale belangenafweging zou hebben plaatsgevonden. Het kan nodig zijn te vervolgen voor een zwaardere variant, of voor meer of juist minder overtredingen. In ieder geval wordt de beslissing omtrent de omvang van de vervolging onderworpen aan eisen van Europese oorsprong. Dit heeft zijn weerslag op de rechterlijke waarheidsvinding: hij zal moeten oordelen op grond van een tenlastelegging die is opgesteld na een door supranationale belangen beïnvloede afweging.

De Europeesrechtelijke verplichtingen tot handhaving kunnen in de vervolgingsbeslissing worden ingekaderd, wanneer een ander theoretisch model van die beslissing wordt aangenomen. In plaats van een beslissing met een haalbaarheids- en een opportunitetscomponent, moet worden uitgegaan van een opbouw waarin de fase van haalbaarheidsoverwegingen wordt gevolgd door een fase waarin de officier van justitie bepaalt welke beslissingsvrijheid hem in een concreet geval toekomt, en een fase waarin hij, binnen die beslissingsruimte, door de afweging van alle betrokken belangen tot een oordeel komt omtrent de wenselijkheid van de inzet van het strafrecht, en de modaliteit daarvan.

Ook nationale controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing kunnen een plek krijgen in het model dat hier wordt voorgestaan. Beleidskeuzes van andere bij de strafrechtspleging betrokken actoren die de beslissingsvrijheid van de officier van justitie inperken, komen weliswaar ook neer op opportunitetsafwegingen, maar hun werking op de concrete beslissing is er, vanuit de beslissende officier gezien, meer één van legaliteit. Ze hebben immers een bindend karakter en beperken de individuele belangenafweging, of schakelen die zelfs uit.

De beoordeling van de in de tenlastelegging opgenomen beschuldigingen vormt de strafprocessuele neerslag van de zoektocht naar de materiële waarheid. De keuze welke, in de tenlastelegging opgenomen, beschuldiging aan een onderzoek door de rechter zal worden onderworpen, is zelf geen onderdeel van de rechtsstrijd, maar van een daaraan voorafgaande belangenstrijd tussen betrokken partijen. De vrijheid van de officier van justitie om het onderwerp van het strafproces te bepalen, wordt zowel door nationale als internationale controlemechanismen ingeperkt. Er is daarmee een bijzonder stelsel van *checks and balances* ontwikkeld rondom de vaststelling van de vraag die in de tenlastelegging aan de strafrechter wordt voorgelegd. Binnen dit stelsel wordt het onderwerp van het onderzoek bepaald door diverse, elkaar beïnvloedende,

actoren. Ook relatief nieuwe actoren als de Europese Unie hebben hun gerechtvaardigde belangen, en eisen een plaats binnen dat stelsel van *checks and balances* rondom de vervolgingsbeslissing.

7 | Over cappuccino en waarheidsvinding in Italië[▪]

L.J.J. Peters

1 INLEIDING

In zijn onderzoek *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*¹ zoekt de bekende comparatist Damaska naar de ideologische fundamenteën en doelstellingen van de strafvordering. Hij legt daarbij een verband tussen de structuur van het strafproces en de taakopvatting van de staat, waarbij hij een cappuccino gebruikt als metafoor voor het (adversaire) procesmodel. Hij doet dit als volgt:

‘(..) many lawyers debate procedural change and compare actual systems by invoking ‘the adversarial system’ while remaining reluctant to define its pure form. As a result, such discussion often proceeds in the hazy atmosphere of half sense, as in the predicament of one trying to express the finely shaded nuances of cappuccino with only vague notions about coffee and milk.’²

Deze opmerking is interessant, zeker wanneer men haar in het licht plaatst van het strafprocesrecht in Italië, tevens het cappuccinoland bij uitstek. Het Italiaanse processtelsel is in 1988 op revolutionaire wijze herzien waarbij het is gewijzigd van een gematigd inquisitoir strafstelsel naar een sterk adversair getint strafstelsel.³

Damaska’s rechtshistorische en rechtsvergelijkende analyse leidt in het genoemde onderzoek tot een onderscheid tussen twee procesmodellen die hij aanduidt met het *conflict type of proceeding* en het *policy implementing type of proceeding*. Beide procesvormen sluiten aan bij het in de conventionele doctrine gemaakte onderscheid tussen het adversair procesmodel respectievelijk het inquisitoir procesmodel.

Het *conflict type of proceeding*, ofwel adversair procesmodel, wordt daarbij gekenmerkt door een rechtsstrijd tussen twee gelijkwaardige partijen ten

▪ Met dank aan dr. M. Mastrojeni, Università di Messina.

1 M.R. Damaska, *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven and London: Yale University Press 1986, p. 97.

2 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 97.

3 Zie voor een uitvoerige beschrijving van inquisitoire en adversaire processtelsels C. Brants en B. Stapert, *Voor wat hoort wat: plea bargaining in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004, p. 7 e.v.

overstaande van een lijdelijke rechter die slechts toeziet op een correcte naleving van procesrechtelijke voorschriften. Het *policy implementing type of proceeding*, ofwel inquisitoire procesmodel, wordt daarentegen gekarakteriseerd door de ongelijkheid tussen enerzijds de justitie en anderzijds de verdachte waarbij de justitie (openbaar ministerie en rechter) actief op zoek is naar datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd en de verdachte niets anders is dan het object van onderzoek.⁴ Volgens Damaska komt het verschil in processtructuur vooral voort uit een verschil in taakopvatting van de nationale overheid en ligt er aan beide procesmodellen een verschillend procesdoel ten grondslag.

Bij het *conflict type of proceeding* zijn het de procespartijen die het strafproces beheersen en de procesrechtelijke voorschriften vrijelijk kunnen aanwenden om een conflict te beslechten.⁵ De vervolgende partij staat daarbij op gelijke voet met de verdachte voor wat betreft zijn procesrechtelijke bevoegdheden en de lijdelijke rechter oordeelt als derde aan welke visie (die van de vervolgende partij of die van de verdachte) een grotere geloofwaardigheid en overtuigingskracht toekomt. Dit procesmodel past volgens Damaska het beste bij een overheid die louter instaat voor het behoud van de openbare orde en veiligheid en die slechts een forum biedt voor het oplossen van geschillen tussen burgers onderling (*reactive state*). Tevens concludeert hij dat een strafproces waarbij de overheid een zeer terughoudende rol speelt en de procespartijen met gelijke bevoegdheden een contradictoir debat voeren in de eerste plaats is gericht op het oplossen van hun onderlinge conflict. Het procesdoel van het *conflict type of proceeding* is daarmee primair conflictoplossing.⁶

Daar waar Damaska spreekt van conflictoplossing, wordt in de conventionele doctrine ook wel gesproken van formele waarheidsvinding. Deze wijze van feitenonderzoek is gebaseerd op de overtuiging dat datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd vanzelf aan het licht komt wanneer twee gelijkwaardige partijen een contradictoire rechtsstrijd voeren.⁷ Of alle feiten daadwerkelijk worden opgehelderd is sterk afhankelijk van de procesvoering zelf. Het is heel goed mogelijk dat partijen in een adversair strafproces onderling afspreken bepaalde feiten niet aan de rechter voor te leggen zodat niet de volledige waarheid⁸ aan het licht komt.⁹ Men spreekt wel van 'formele waarheid' of

4 Vgl. o.a. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Kluwer 2005, p. 7-8.

5 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 97-144.

6 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 123.

7 C. Brants en B. Stapert, *a.w.*, p. 11; B. De Smet, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België. Moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm behouden blijven?*, Antwerpen: Intersentia Uitgevers NV 1996, p. 13.

8 Ten aanzien van het begrip waarheid geldt overigens in het algemeen een belangrijke relativering, namelijk dat datgene wat in het recht als waarheid geldt of heeft te gelden reeds in zichzelf een geconstrueerde werkelijkheid is, tot stand gekomen op basis van een bepaald 'juridisch' perspectief. Zie: C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 11; M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste*

‘partijwaarheid’. Hiermee wordt bedoeld dat datgene wat partijen voor waar houden reeds voldoende is als basis voor een rechterlijk oordeel. Het ophelderen van wat er daadwerkelijk is gebeurd is in een adversair strafstelsel dus van ondergeschikt belang: daar waar het proces in de eerste plaats is gericht op conflictoplossing tussen de partijen is een eerlijk debat tussen gelijkwaardige partijen superieur aan het vinden van de materiële waarheid.¹⁰

Tegenover het *conflict type of proceeding* plaatst Damaska het *policy implementing type of proceeding*, ofwel het inquisitoire procesmodel.¹¹ Dit procesmodel gaat uit van de gedachte dat de rechter pas tot een rechtvaardige uitspraak kan komen wanneer de justitie eenzijdig een ambtelijk onderzoek verricht naar datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd. Damaska verbindt dit type proces aan een interventionalistische overheid (*active state*) die door middel van het strafproces een beleidsdoel (namelijk de verwezenlijking van het materiële strafrecht) wil realiseren.¹² Om dit beleidsdoel te kunnen verwezenlijken, dient zoveel mogelijk de volledige waarheid te worden achterhaald. Men spreekt van een materieel waarheidsbegrip. Het vinden van deze materiële waarheid (Damaska spreekt van ‘waarheidsvinding’) is dan ook het primaire doel van dit procesmodel. Daarbij geldt de overtuiging dat er maar één logische versie is van de waarheid en dat de reconstructie daarvan niet moet worden overgelaten aan twee tegengestelde partijen die ieder een eigen belang nastreven.¹³

Door middel van het zoeken naar fundamentele verschillen van strafsystemen en het indelen van de diverse nationale strafsystemen in twee overkoepelende modellen, kan de onderzoeker een ordening aanbrengen in de wirwar van processystemen en de samenhang van deze systemen beter analyseren en begrijpen. Uit Damaska’s analyse blijkt dat de begrippen waarheidsvinding en waarheid daarbij een cruciale rol spelen.

Tegelijkertijd wijst Damaska erop dat men bij het ordenen van bestaande strafsystemen de twee overkoepelende procesmodellen dient te relativiseren.¹⁴ De bestaande processystemen zijn alles behalve puur adversair of puur inquisitoir. Door de eeuwen heen hebben vrijwel alle systemen inquisitoire en adversaire elementen van elkaar overgenomen en het hangt er vanaf welke elementen men benadrukt of men deze systemen als gematigd inquisitoir of gematigd adversair typeert.

interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 17, 18 en P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milaan: Giuffrè Editore 2006, p. 200.

9 Dit kan natuurlijk wel. In dat geval komt de formele waarheid overeen met de zogenaamde ‘materiële waarheid’ (dat wil zeggen datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd). In die zin staan de begrippen waarheid en waarheidsvinding los van elkaar. Vgl. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *a.w.*, p. 18.

10 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 123.

11 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 147-180.

12 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 80-96 en 147-173.

13 P. Tonini, *a.w.*, p. 6.

14 M.R. Damaska, *a.w.*, p. 17.

Met deze constatering kan men zich afvragen in hoeverre de vermenging van een processysteem tevens moet leiden tot een andere interpretatie van de begrippen waarheid en waarheidsvinding. Uit Damaska's analyse van de pure procesmodellen blijkt immers dat beide procesmodellen gekoppeld zijn aan twee verschillende procesdoelen (conflictoplossing versus waarheidsvinding) en dat beide modellen (daardoor) uitgaan van een verschillend waarheidsbegrip (de formele waarheid versus de materiële waarheid als grondslag voor de rechterlijke uitspraak). Wanneer een nationale overheid overgaat tot adoptie van de basisstructuur van een adversair processysteem, veronderstelt dit dan noodzakelijkerwijs steeds dat daarmee ook het procesdoel en het waarheidsbegrip wijzigt?

De revolutionaire herziening van het Italiaanse strafprocessysteem in 1988, dat hierdoor is opgeschoven van een traditioneel gematigd inquisitoir processtelsel in de richting van een adversair processtelsel, kan aanknopingspunten bieden voor een antwoord op deze vraag. De wijziging van het Italiaanse processtelsel en de consequenties voor het begrip waarheidsvinding worden in deze bijdrage beschreven. Daarbij wordt eerst ingegaan op de herziening van het Italiaanse processtelsel en de redenen die hieraan ten grondslag liggen. Vervolgens wordt een korte beschrijving gegeven van de fundamentele van het nieuwe processtelsel en de ontwikkeling van het begrip waarheidsvinding in de jaren negentig. Ten slotte wordt beschreven welke betekenis op dit moment wordt toegekend aan het begrip waarheidsvinding in Italië en volgen enkele overwegingen ten aanzien hiervan.

2 HET ITALIAANSE PROCESSYSTEEM

2.1 Van oud naar nieuw procesrecht

Tot de herziening van het wetboek van strafvordering in 1988 was in Italië de *Codice Rocco*¹⁵ van kracht. Dit wetboek was in 1930 in werking getreden als onderdeel van de fascistische wetgeving van de regering Mussolini. Omdat de memorie van toelichting sprak van een streven naar een 'rechtvaardig evenwicht' tussen enerzijds de belangen van de staat bij de strafvervolgning en anderzijds het recht op verdediging van de verdachte,¹⁶ typeerde men het systeem als een 'gematigd inquisitoir strafproces'. Het feitelijke strafproces werd echter vooral gekenmerkt door een sterk inquisitoire en autoritaire structuur, waarbij er een grote ongelijkheid bestond tussen de bevoegdheden

15 *Regio Decreto* van 19 oktober 1930, nr. 1398, gepubliceerd in de *Gazzetta Ufficiale* van 26 november 1930, nr. 251. De wet is vernoemd naar toenmalige minister van Justitie Alfredo Rocco.

16 E. Grande, 'Criminal justice: the resistance of a mentality', in: J.S. Lena en U. Mattei (red.), *Introduction to Italian law*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 183.

van de staat en die van de verdediging. Zo werd doorgaans reeds in het vooronderzoek al het bewijsmateriaal tegen de verdachte verzameld, die hier nauwelijks invloed op kon uitoefenen. Het onderzoek ter terechtzitting bood de verdachte ter compensatie wel het openbaarheidsbeginsel, het oraliteitsbeginsel en het recht om tegenbewijs en tegenargumenten in te brengen (*principio del contraddittorio*), maar deze waarborgen kwamen in de praktijk niet of nauwelijks tot hun recht.¹⁷

In 1948, na het einde van de Tweede Wereldoorlog en de ondergang van het fascisme, trad de huidige Italiaanse constitutie (hierna ook: Const.) in werking. Daarbij streefde de constitutionele vergadering (*assemblea costituente*) naar herstel van de liberale democratische rechtsstaat. Om dit streven te kunnen verwezenlijken werden in de nieuwe constitutie onder andere bepalingen opgenomen die aan de strafverdediging wezenlijke garanties moesten bieden gedurende het strafproces. Zo werd uitdrukkelijk het recht op verdediging voor iedere fase van het strafproces vastgelegd,¹⁸ evenals het procesrechtelijke legaliteitsbeginsel¹⁹ en het recht op een wettelijke rechter.²⁰ De streng inquisitoire processtructuur van het vooronderzoek werd hierdoor aanzienlijk verzwakt. Dit beeld werd gecompleteerd door de codificatie van de onschuldpresumptie.²¹

Met de inwerkingtreding van de nieuwe constitutie brak een periode aan waarin werd nagedacht over een herziening van het strafprocesrecht. Het inquisitoire strafproces van de *Codice Rocco* was volgens velen niet meer langer houdbaar in de nieuwe liberale democratie. Vooral sedert de instelling van het Italiaanse constitutionele hof in 1956 werden de gebreken van de nog steeds geldende *Codice Rocco* in het licht van de nieuwe constitutie duidelijk zichtbaar. Het constitutionele hof verklaarde in meer dan honderd gevallen de *Codice Rocco* in strijd met de constitutie,²² hetgeen leidde tot vele kleine wetswijzigin-

17 Voor een uitgebreidere beschrijving van de procedure van de *Codice Rocco*, zie G. Lozzi, *Lezioni di Procedura Penale*, Turijn: Giappichelli 2006, p. 7-14.

18 Artikel 24 lid 2 It. Constitutie: 'La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento'.

19 Artikel 112 It. Constitutie: 'Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale'. De ratio van de codificatie van het legaliteitsbeginsel in de constitutie was dat de plicht tot vervolging ertoe zou moeten leiden dat alle strafbare feiten gelijkelijk werden vervolgd. Vgl. G. Illuminati, 'The role of the public prosecutor in the Italian system', in: P.J.P. Tak (red.), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Volume I, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 305.

20 Hoewel artikel 71 van de eerdere constitutie (de zogenaamde *Statuto Albertino* van 1848) reeds sprak van het recht van een ieder op een rechter, voegde de constitutie van 1948 hier het bestanddeel 'wettelijke' aan toe. Zie artikel 25 lid 1: 'Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge'.

21 Artikel 27 lid 2: 'L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva'. Ten tijde van de *Codice Rocco* had de onschuldpresumptie nog geen status van burgerrecht. Vgl. A.M. Stile, 'Die Reform des Strafverfahrens in Italien', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1992, p. 429.

22 P. Tonini, *a.w.*, p. 31.

gen die de strijdigheden uit het wetboek moesten elimineren. Het gevolg was een lappendeken van strafprocesrechtelijke voorschriften die nog maar weinig samenhang vertoonden. Dit zorgde ervoor dat de reeds bestaande gedachte van een volledige herziening van het strafprocesrecht werd omgezet in wetgevende activiteiten. De eerste herzieningswet dateert van 1974 en voorzag in het instellen van een commissie die onder leiding van Gian Domenico Pisani aan de hand van 84 richtlijnen een wetsontwerp opstelde dat in 1978 werd gepresenteerd.²³

De commissie sprak daarbij haar voorkeur uit voor een radicale omwenteling van het gematigd inquisitoire strafsysteem naar een procesmodel met de adversaire structuur van een partijenproces. Deze keuze werd ingegeven door twee factoren. De eerste factor is de ontevredenheid over het bestaande strafprocesrecht dat niet goed in staat was de rechten van de verdachte voldoende te waarborgen. De rechten van de verdachte waren als gevolg van kleine wetswijzigingen na de inwerkingtreding van de constitutie en de uitspraken van het constitutionele hof wel versterkt, maar het grotendeels geheime vooronderzoek, geleid door het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter, vormde nog steeds de kern van de strafprocedure. Daarbij golden nog steeds beperkte garanties voor de verdachte. De tweede factor is de traagheid van de strafprocedure. De versterking van de verdedigingsrechten in het strafproces had geleid tot een zeer trage procesgang, hetgeen leidde tot talloze veroordelingen door het EHRM wegens overschrijding van de redelijke termijn. De gematigd inquisitoire strafprocedure kon de ontstane achterstand van strafzaken niet meer aan.²⁴ Dit versterkte de behoefte om te zoeken naar een strafproces dat – naast een betere bescherming van verdedigingsrechten – ook voldoende mogelijkheden kon bieden voor efficiënte procesmodaliteiten. Een adversair strafproces leek bij deze behoeften aan te sluiten: enerzijds voorziet een adversair processysteem in een gelijkstelling van de vervolgende instantie en de verdachte zodat er sprake is van een *equality of arms*, en anderzijds biedt het de mogelijkheid aan procespartijen om van een volledig onderzoek ter terechtzitting af te zien door middel van een vorm van onderhandelingsjustitie.²⁵

Op de achtergrond speelde mee dat veel Italiaanse rechtswetenschappers in de periode na de Tweede Wereldoorlog bijzonder onder de indruk waren

23 Zie G.D. Pisani, 'Die Reform des Strafverfahrens in Italien', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1982, p. 457-496.

24 Een gemiddelde strafzaak kon met gemak tien jaar duren en het systeem liep dus langzaam maar zeker steeds verder vast. W.T. Pizzi en M. Montagna, 'The battle to establish an adversarial trial system in Italy', *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 437-438; W.T. Pizzi en L. Marafioti, 'The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation', *The Yale Journal of International Law* 1992, p. 1-40 en Y. Ma, 'Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany and Italy: A Comparative Perspective', *International Criminal Justice Review* 2001, p. 39.

25 Vgl. de Amerikaanse *plea bargaining*.

van het Amerikaanse recht en de Amerikaanse rechtscultuur. Veel auteurs zagen hierin een voorbeeld voor het Italiaanse recht. Met name de onderliggende ideologie van de bescherming van individuen tegen misbruik van macht door de overheid vond veel weerklank in een land dat zich net had bevrijd uit de klauwen van het fascisme.²⁶

Het wetsontwerp van de commissie-Pisani werd na de presentatie ervan vrijwel meteen aan de kant geschoven. Dit was een direct gevolg van het terrorisme van de extreem communistische Rode Brigades (*Brigate Rosse*) en andere georganiseerde criminaliteit. Het herzieningsproject werd na een woelige tijd van nieuwe wetsontwerpen hervat²⁷ en in 1987 werd de definitieve machtigingswet uitgevaardigd.²⁸ In de memorie van toelichting werd de keuze voor het adversaire procesmodel wederom expliciet benadrukt.²⁹ Het voorstel werd op 24 oktober 1988 wet en trad precies een jaar later in werking.³⁰

2.2 De Codice di Procedura Penale

2.2.1 Een adversaire basisstructuur

Het strafprocesrecht zoals dit voortvloeit uit het nieuwe wetboek (*Codice di Procedura Penale*, hierna: CPP³¹) is gebaseerd op drie principes: het beginsel

26 E. Grande, 'Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance', *American Journal of Comparative Law* 2000, p. 230, 231.

27 Zie voor een gedetailleerd overzicht van de wetgevingsgeschiedenis van het wetboek van 1988: G.D. Pisani, *a.w.*, p. 457-496 en P. Tonini, *a.w.*, p. 28-37.

28 Wet van 16 februari 1987, nr. 81, bekend gemaakt in de *Gazzetta Ufficiale* van 16 maart 1987.

29 Vrij vertaald staat hierin het volgende: 'De keuze voor het adversaire procesmodel wordt niet alleen gerechtvaardigd doordat het een democratische structuur kent en de rechten van de mens sterk benadrukt, maar ook door het bewustzijn dat die keuze bijdraagt tot een grotere samenhang tussen garanties en efficiëntie in het strafproces. Beide aspecten komen in het bestaande systeem onvoldoende tot uitdrukking. De verplichte mededelingen en controlemaatregelen ten behoeve van de verdachte in het vooronderzoek hebben enerzijds geleid tot een inefficiënt strafproces en anderzijds tot het voortbestaan van de negatieve aspecten van het inquisitoire procesmodel. Deze negatieve aspecten bestaan uit het ontbreken van neutraliteit bij de staatsambtenaren die het onderzoek verrichten, de heimelijkheid van het vooronderzoek en de beperkte waarde van het onderzoek ter terechtzitting ten aanzien van het bewijs. Daarnaast vloeit de keuze voor het adversaire procesmodel voort uit de overtuiging dat de waarschijnlijkheid van een juiste beslissing groter is wanneer het bewijs zich vormt uit de processuele dialectiek tussen partijen in plaats van uit een eenzijdig onderzoek door een officier van justitie of een rechter dat kan leiden tot partijdigheid van de zittingsrechter. Zie: 'Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale', *LEX* 1988, p. 635.

30 De wet is gepubliceerd in de *Gazzetta Ufficiale* van 24 oktober 1988, nr. 250.

31 Ook wel *Codice Vassalli* genoemd, naar de toenmalige minister van justitie Giuliano Vassalli.

van de strikte scheiding van procesrechtelijke functies, het beginsel van de scheiding van procesfasen en het beginsel van procesvereenvoudiging.³²

De ratio van het beginsel van de scheiding van procesrechtelijke functies is te vergelijken met de idee van de scheiding van de staatsmachten en dient ook hetzelfde doel, namelijk de bescherming van het individu (de verdachte) tegen misbruik van de staatsmacht (ten aanzien van het bewijsmateriaal). Het veronderstelt een splitsing tussen enerzijds het opsporen van het bewijsmateriaal en anderzijds het waarden van dit materiaal. De eerste taak komt daarbij toe aan het openbaar ministerie; de tweede taak komt toe aan de rechter.³³ Beide functies dienen strikt gescheiden te blijven, zodat voor het waarden van het bewijsmateriaal de verdediging en het openbaar ministerie in gelijke mate afhankelijk zijn van de rechter. De rechter is daarbij onpartijdig en is niet actief betrokken bij het bewijsonderzoek ter zitting.

Uit het beginsel van de gescheiden procesrechtelijke functies vloeit het beginsel van de gescheiden procesfasen voort. Op basis hiervan bestaat het nieuwe strafproces uit drie processtadia: het opsporingsonderzoek (onder leiding van het openbaar ministerie, *pubblico ministero*, artikel 326 CPP), het tussenonderzoek (onder leiding van een rechter, de *giudice per l'udienza preliminare*, artikel 328 CPP) en het onderzoek ter terechtzitting (onder leiding van een zittingsrechter, *giudice*, artikel 470 CPP). Van belang is dat het bewijsmateriaal uit het opsporingsonderzoek in beginsel geen betekenis heeft voor de eindbeslissing; al het bewijsmateriaal wordt ter zitting gepresenteerd en gewaardeerd.³⁴ De rechter van het tussenonderzoek beslist daarbij over de noodzaak tot opening van een onderzoek ter terechtzitting. Hiermee wordt voorkomen dat een verdachte tegen wie te weinig bewijs bestaat, wordt onderworpen aan een openbare terechtzitting. Het onderzoek ter terechtzitting vormt de centrale fase van het Italiaanse strafproces.

Het derde beginsel is het beginsel van procesvereenvoudiging. Bij de voorbereiding van de nieuwe wet werd voorzien dat de normale strafprocedure, gebaseerd op beginselen waarvan praktische uitwerking veel tijd en capaciteit van de justitiële organen in beslag zou nemen, tot problemen met betrekking tot de redelijke termijn zou leiden. Daarom werden er in het nieuwe

32 *Il principio della separazione delle funzioni; il principio della netta ripartizione delle fase processuali; il principio della semplificazione del procedimento*, vgl. P. Tonini, *a.w.*, p. 33. Zie voor een uitgebreide Nederlandse beschrijving van de Italiaanse strafvordering van 1988: P.J.P. Tak, 'Enkele hoofdlijnen van de nieuwe Italiaanse strafvordering', *DD* 1992, p. 310-321.

33 De voor het inquisitoire processysteem zo kenmerkende onderzoeksrechter (*giudice istruttore*) werd dan ook afgeschaft.

34 Een belangrijke uitzondering hierop wordt gevormd door het zogenaamde *incidente probatorio* (artikel 392 CPP). Dit houdt in het bewijsmateriaal dat gedurende het opsporingsonderzoek of tussenonderzoek op tegenspraak van de verdachte en met inachtneming van het onmiddellijkheidsbeginsel wordt verzameld een onmiddellijke gelding heeft op het onderzoek ter terechtzitting. Zie P. Tonini, *a.w.*, p. 442.

wetboek tegelijkertijd vijf alternatieve, consensuele, strafprocedures (*procedimenti speciali*) geïntroduceerd.³⁵

2.2.2 Een adversair onderzoek ter terechtzitting

Sinds de introductie van het nieuwe wetboek is het onderzoek ter terechtzitting (*dibattimento*, artikel 470 e.v. CPP) de centrale fase van de Italiaanse strafprocedure. In deze procesfase wordt over de schuld en onschuld van de verdachte beslist op basis van het bewijsmateriaal dat, in beginsel, in het openbaar, mondeling en onmiddellijk aan de rechter wordt gepresenteerd door beide procespartijen. De zittingsrechter heeft hierbij geen kennis van het volledige procesdossier van het vooronderzoek. Wel beschikt hij of zij over de processenverbaal van het bewijsmateriaal dat is verkregen in het vooronderzoek en dat niet meer op de zitting kan worden herhaald (het zogenaamde *fascicolo del dibattimento*).³⁶

Het meest relevante strafprocesrechtelijke beginsel dat in 1988 is geïntroduceerd is het beginsel van partijautonomie (*principio dispositivo*, artikel 190 CPP). Dit houdt in dat de partijen de door hen verzamelde bewijsmiddelen ter zitting brengen en vervolgens de rechter verzoeken te oordelen over de toelaatbaarheid van deze bewijsmiddelen (artikel 493 CPP).³⁷ Nadat het bewijsmateriaal toelaatbaar is geoordeeld, vangt het contradictoire bewijsonderzoek aan. Dit wordt grotendeels geëffectueerd door middel van het kruisverhoor (artikelen 498 en 501 CPP) waarbij de vragen aan getuigen en deskundigen worden gesteld door de officier van justitie en de (advocaat van de) verdachte. Het kruisverhoor is bij uitstek een instrument dat samenhangt met een adversair procesmodel: het wordt gezien als het meest effectieve instrument om de noodzakelijke feiten aan de oppervlakte te laten komen en om de betrouwbaarheid van de ondervraagde personen te verifiëren of falsifiëren.³⁸

Uit het beginsel van partijautonomie kunnen twee belangrijke bewijsrechtelijke regels worden afgeleid: ten eerste de regel dat de rechter geen kennis mag nemen van bewijsmateriaal dat niet door de partijen is gepresenteerd (*iudex secundum alligata a partibus iudicare debet*) en ten tweede de regel dat de

35 Dit zijn allereerst de *giudizio immediato* (artikelen 453 e.v. CPP) en de *giudizio direttissimo* (artikelen 449 e.v. CPP), waarmee wordt afgezien van het tussenonderzoek. En verder de *giudizio abbreviato* (de verkorte strafprocedure, artikelen 449 e.v.) en de *applicazione della pena su richiesta delle parti* (de strafoplegging op verzoek van partijen, dit is een vorm van onderhandelingsjustitie die lijkt op de Amerikaanse *plea bargaining*, artikelen 444 e.v. CPP), waarmee wordt afgezien van het onderzoek ter terechtzitting. Tot slot leidt de *procedimento per decreto* (artikelen 459 e.v. CPP) tot het opleggen van een strafbevel.

36 Artikel 431 CPP.

37 Op grond van artikel 190 lid 1 CPP kan de rechter bepalen dat bepaalde bewijsmiddelen niet toelaatbaar zijn omdat er sprake is van een bewijsverbod, of omdat het bewijs overbodig of irrelevant is in de zaak.

38 V. Albano, R. Ambrosio, M. Barbarisi e.a., *Codice di Procedura Penale spiegato Articolo per Articolo*, Napels: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone 2006, p. 499.

rechter niet ambtshalve bewijsmateriaal ter zitting mag aannemen (*iudex secundum probata a partibus iudicare debet*). Uit deze twee regels vloeit voort dat de zittingsrechter als passieve derde onpartijdig is (*principio di terzietà*) en louter op grondslag van de tenlastelegging beslist.³⁹ In een adversair procesmodel is dit wezenlijk: het beginsel dat het bewijsonderzoek wordt bepaald door de procespartijen heeft weinig zin indien de rechter ambtshalve de tenlastelegging van het openbaar ministerie zou kunnen wijzigen door nieuwe feiten te introduceren.

Aan beide bewijsrechtelijke regels werd aanvankelijk een groot gewicht toegekend. Er bestonden wel uitzonderingen op beide regels, maar deze waren strikt geformuleerd. Zo bepaalde artikel 506 CPP oorspronkelijk dat na sluiting van het bewijsonderzoek van de partijen, de voorzitter de partijen kon wijzen op nieuwe bewijsthema's (*indicare alle parti temi di prova nuovi o piú ampi*) waarover zij nog vragen zouden kunnen stellen aan de aanwezige getuigen of deskundigen om het verhoor te completeren. De rechter kon hierbij evenwel niet verder gaan dan het aansporen van de partijen om gebruik te maken van hun ondervragingsrecht. Deze bleven hun autonomie behouden. Een tweede, verdergaande, uitzondering werd gevormd door artikel 507 CPP. Op grond van dit artikel kon de rechter ambtshalve of op verzoek van de procespartijen, na sluiting van het door partijen beheerste bewijsonderzoek, nieuwe bewijsmiddelen onderzoeken. Hierbij gold evenwel de strikte voorwaarde van absolute noodzakelijkheid. Hierdoor zou de rechter slechts gebruik kunnen maken van deze bevoegdheid indien partijen nalatig waren geweest bewijsmateriaal ter zitting te brengen of indien zij bepaalde procesrechtelijke voorschriften niet hadden nageleefd.⁴⁰

Oorspronkelijk vormde ook het oraliteitsbeginsel een centraal beginsel van het herziene onderzoek ter terechtzitting. Uit de sterke benadrukking van het beginsel van partijautonomie, vloeide immers ook voort dat partijen beslisten of in bepaalde gevallen kon worden volstaan met het voorlezen van verklaringen uit het vooronderzoek.⁴¹ Met de regels hieromtrent kon het bewijsmateriaal dat was gevormd in het vooronderzoek, en waarop de verdachte geen invloed had kunnen uitoefenen, in beginsel⁴² niet zonder diens instemming ten grondslag worden gelegd aan een veroordeling.

39 *Correlazione tra accusa e sentenza*, zie P. Tonini, *a.w.*, p. 532.

40 V. Albano, R. Ambrosio, M. Barbarisi e.a., *a.w.*, p. 709.

41 Artikel 511 lid 1 CPP.

42 Het gaat hier om de uitzonderingen die zijn genoemd in de artikelen 500, 512 en 513 CPP. Artikel 500 CPP bepaalde oorspronkelijk dat wanneer een getuige iets ter zitting verklaart wat tegenstrijdig is met een eerdere door hem gedane verklaring uit het vooronderzoek, de rechter deze eerdere verklaring slechts mocht voorlezen met als doel de betrouwbaarheid van deze getuige te onderzoeken. De verklaring mocht niet als substantieel bewijs gelden.

2.3 Het procesdoel van de nieuwe strafvordering: waarheidsvinding of conflictoplossing?

Uit het voorgaande blijkt dat de herzieningswetgever een groot gewicht toekende aan de verwezenlijking van adversaire beginselen. Het beginsel van partijautonomie werd uitgewerkt in een groot aantal bepalingen waardoor het onderzoek ter terechtzitting daadwerkelijk de centrale fase van het strafproces werd. In de memorie van toelichting benadrukte de wetgever dan ook expliciet dat met de invoering van de nieuwe processtructuur het bewijs moest voortkomen uit het contradictoire debat tussen de procespartijen op de zitting.⁴³ Hoewel het nieuwe wetboek – in tegenstelling tot de voormalige *Codice Rocco*⁴⁴ – zweeg over het meest cruciale verschil tussen een adversair en een inquisitoir procesmodel, dat is de interpretatie van het begrip waarheidsvinding, leek de wetgever hiermee duidelijk een nieuwe weg in te willen slaan naar formele waarheidsvinding waarbij de (formele) waarheid voortkomt uit het contradictoire debat tussen de procespartijen.⁴⁵ Dit vermoeden wordt versterkt door de introductie van alternatieve strafprocedures, waarbij men de onderhandelingsfiguur *applicazione della pena su richiesta delle parti* bij uitstek zou kunnen zien als een uitdrukking van het door Damaska veronderstelde bijbehorende procesdoel van conflictoplossing: de procespartijen bereiken op informele wijze consensus waardoor de contradictoire strijd voor de ambtelijke rechter achterwege kan blijven.⁴⁶ Wanneer de mogelijkheid bestaat een rechterlijk onderzoek naar datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd achterwege te laten, kan het bijna niet anders dan dat de wetgever het traditionele procesdoel heeft verlaten; in een strafstelsel dat is gebaseerd op materiële waarheidsvinding is een dergelijke vorm van onderhandelingsjustitie moeilijk te integreren.⁴⁷

Toch is niets minder waar. De herzieningswetgever had het procesdoel niet expliciet gedefinieerd in de nieuwe wet, noch in de constitutie. Hierdoor

Ook op grond van artikel 512 CPP kon een eerdere verklaring waarop de verdachte geen invloed had kunnen uitoefenen worden voorgelezen op het onderzoek ter terechtzitting wanneer herhaling van deze verklaring ter zitting onmogelijk was. Artikel 513 CPP bepaalde hetzelfde voor verklaringen van een medeverdachte in het vooronderzoek, die deze niet meer ter zitting wilde herhalen.

43 'Circolari, testi aggiornati e coordinati', *LEX* 1988, p. 635.

44 Artikel 299 eerste zin *Codice Rocco*.

45 'Circolari, testi aggiornati e coordinati', *LEX* 1988, p. 635.

46 Artikel 444 CPP.

47 Dit blijkt uit de Duitse poging tot codificatie van de vonnisafpraak (*Urteilsabsprache*). De Duitse wetgever tracht daarbij de vonnisafpraak te integreren in het geldende Duitse strafprocesrecht dat gefundeerd is op materiële waarheidsvinding, hetgeen wordt gezien als doel van het strafproces. Vgl. L.J.J. Peters, 'De fictieve gedraging in het Duitse strafprocesrecht', in: P.H.P.H.M. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 163-180.

bestond er onduidelijkheid over de invulling van het begrip waarheidsvinding en daarmee dus ruimte voor verschillende interpretaties van de nieuwe adversaire normen. De onduidelijkheid van de Italiaanse wetgever op dit punt leidt tot het vermoeden dat de Italiaanse wetgever wel, om in de metafoor van Damaska te blijven, de verfijnde cappuccino tot stand wilde brengen, maar zich niet goed had geconcentreerd op de kwaliteit van de ingrediënten ervan.

De leemte op dit punt gaf het constitutionele hof⁴⁸ reeds in de eerste jaren na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek de mogelijkheid om de betekenis van het onderzoek ter terechtzitting aanzienlijk te verzwakken en 's hofs eigen opvattingen over het doel van het strafproces en de daaruit voortvloeiende vormgeving ervan geldend maken. In de cruciale uitspraken 24/1992,⁴⁹ 254/1992⁵⁰ en 255/1992⁵¹ bepaalde het hof dat de beperkingen op de geldigheid van bewijsmateriaal uit het vooronderzoek⁵² onredelijk waren in het licht van de constitutie. Van belang hierbij is dat het hof enkele strikt geformuleerde artikelen uit het nieuwe wetboek – die moesten garanderen dat louter het bewijsmateriaal dat ter zitting werd aangevoerd ten grondslag kon worden gelegd aan de rechterlijke uitspraak – buiten werking stelde met een beroep op het nieuwe door het hof geformuleerde beginsel van het niet verloren gaan van bewijsmiddelen (*principio di non dispersione dei mezzi di prova*). Op grond hiervan konden verklaringen van getuigen en medeverdachten uit het vooronderzoek, zonder dat er sprake was geweest van enige vorm van tegenspraak bij de totstandkoming van dit bewijs, toch bewijswaarde hebben ter zitting en ten grondslag worden gelegd aan het vonnis. Het constitutionele hof stelde dat op grond van het genoemde beginsel alle bewijsmiddelen die informatie konden bevatten over datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd, van belang waren voor de innerlijke overtuiging van de rechter. Alleen door kennis te nemen van al het aanwezige bewijsmateriaal zou de rechter dan ook een materieel juiste beslissing kunnen nemen over de schuld of onschuld van de verdachte.⁵³ Dat de rechter zich bij deze oordeelsvorming niet lijdelijk dient op te stellen werd tevens bevestigd in een uitspraak uit 1993

48 Het Italiaanse constitutionele hof toetst wetgeving van de staat en regio's aan de constitutie, beslecht competentiegeschillen tussen organen van de staat en de regio's en oordeelt over beschuldigingen ten aanzien van de president. Wanneer wetgeving in strijd wordt bevonden met de constitutie, kan deze door het hof worden vernietigd of buiten toepassing worden verklaard. Zie de artikelen 134 -137 van de Italiaanse constitutie.

49 Corte costituzionale 31 januari 1992, nr. 24, *Foro Italiano* 1992, I, p. 1052 e.v.

50 Corte costituzionale 3 juni 1992, nr. 254, *Giurisprudenza italiana* 1993, I, p. 533 e.v.

51 Corte costituzionale 3 juni 1992, nr. 255, *Foro Italiano* 1992, I, p. 2012 e.v.

52 Het ging hier om de artikelen 195 lid 4, 500 en 513 CPP welke een beperking inhielden van het gebruik van verklaringen uit het vooronderzoek op het onderzoek ter terechtzitting.

53 In de drie genoemde uitspraken komt de relevantie van het begrip rechtscultuur goed tot uitdrukking. De Italiaanse rechterlijke macht voelde zich verantwoordelijk voor een juiste, dat wil zeggen zoveel mogelijk op waarheid gebaseerde, beslissing in een strafzaak. Deze eeuwenoude proceswijze kon niet van de ene op de andere dag worden gewijzigd met de invoering van het nieuwe procesrecht. Vgl. B. De Smet, *a.w.*, p. 27.

waarin het constitutionele hof stelt dat aan de rechter een actieve, zij het aanvullende, rol toekomt bij de vorming van het bewijs.⁵⁴ In deze uitspraak werd de interpretatie van het in artikel 507 CPP neergelegde criterium 'absolute noodzakelijkheid' (*assolutamente necessario*) aanzienlijk opgerekt: de rechter zou reeds ambtshalve bewijsmateriaal ter zitting kunnen introduceren wanneer hij dit op grond van eigen overwegingen eenvoudigweg noodzakelijk acht voor de juiste beslissing in de zaak.⁵⁵

Het hof ging er in alle vier de uitspraken expliciet vanuit dat het vinden van de materiële waarheid ook na de herziening van 1988 als doel van het Italiaanse strafprocesrecht is blijven bestaan en dat bepaalde adversaire elementen zoals neergelegd in de nieuwe CPP hiermee in strijd waren. Het hof greep hiermee dus expliciet terug op de traditionele logica van het inquisitoire procesmodel en maakte binnen één jaar korte metten met de sterke beklemtoning van de adversaire principes die waren neergelegd in de nieuwe strafvordering.⁵⁶ Met deze interventies van het constitutionele hof was het zwaartepunt van de strafprocedure steeds verder af komen te liggen van het onderzoek ter terechtzitting, ten faveure van de opsporingsfase, waarin de in het onderzoek ter terechtzitting geldende waarborgen voor de verdachte geen gelding hadden.

De rigide opstelling van het constitutionele hof terzake van de waarheidsvinding als procesdoel en daarmee de uitschakeling van belangrijke principes van het adversaire systeem dient men echter in de juiste context te zien: de beschreven uitspraken zijn geweest in een periode waarin de georganiseerde criminaliteit in Italië hoogtij vierde en de maffia een sterkere macht leek te zijn dan de politie. Hierdoor was het erg moeilijk om getuigen te vinden die bereid waren belastende verklaringen af te leggen tegen gevaarlijke figuren uit de onderwereld, omdat zij daarmee het gevaar liepen hun eigen leven te verliezen.

De uitspraken van het constitutionele hof raken een belangrijke afweging die de overheid bij de vormgeving van zijn strafprocesrecht dient te maken: de afweging tussen rechtsbescherming en rechtshandhaving (ofwel de instrumentaliteit van de strafrechtspleging⁵⁷). Daar waar de Italiaanse wetgever een puur adversair processysteem leek te willen realiseren en de rechten van de verdediging sterk benadrukte, voorzag het hof dat dit in de praktijk tot onaanvaardbare resultaten zou leiden. Er bestond immers een niet geringe kans dat verdachten van ernstige maffiadelicten vrijuit konden gaan bij gebrek aan getuigenbewijs, eventuele vormverzuimen door het openbaar ministerie

54 Corte costituzionale, 26 maart 1993, nr. 111, *Giurisprudenza costituzionale* 1993, p. 901-939.

55 Idem, p. 916.

56 G. Conso en V. Grevi, *Compendio di Procedura Penale*, Padova: Cedam 2003, p. 645.

57 Hiermee bedoel ik dat de strafrechtspleging ten dienste staat van de maatschappij en om haar legitimiteit te behouden in zekere zin zal moeten voldoen aan de wensen en verlangens van de samenleving.

en de lijdelijke positie van de strafrechter. Het hof achtte hier een correctie op de rechtsbescherming noodzakelijk en hield vast aan het vinden van de materiële waarheid als procesdoel. De radicale wijze waarop het hof de adversaire waarborgen van het wetboek van 1988 buiten werking stelde, leidde evenwel tot forse kritiek van een groot aantal juristen.

Een wetgevende reactie op de uitspraken van het constitutionele hof bleef in eerste instantie uit. De beruchte maffiamoorden op twee prominente officieren van justitie – Giovanni Falcone⁵⁸ en Paolo Borsellino – in 1992, noopte de wetgever weliswaar tot noodwetgeving,⁵⁹ maar een definitieve wetgevende reactie ten aanzien van de uitspraken van het constitutionele hof liet nog tot 1997 op zich wachten.⁶⁰ Tot die tijd bleven de uitspraken van het constitutionele hof van kracht.

Bij wet van 7 augustus 1997, nr. 267 werden enkele artikelen, die betrekking hadden op de prioriteit van de bewijsverkrijging ter zitting,⁶¹ weer in ere hersteld. Echter, daar waar de wetgever het recht van de verdachte op tegenspraak ter zitting wilde benadrukken in het geamendeerde artikel 513 CPP, verklaarde het constitutionele hof het artikel wederom in strijd met de constitutie. De beperking op de bruikbaarheid van het bewijsmateriaal uit het vooronderzoek stond volgens het hof nog altijd ongerechtvaardigd in de weg aan het primaire doel van het strafprocesrecht: de waarheidsvinding.⁶² Het ontbreken van een algemeen stevig fundament van het processysteem kenmerkte de zwakheid van deze kleine herziening. De wetgever liet zich echter niet tegenhouden door de tegengestelde opvatting van het constitutionele hof over de strafvordering en deze zoveelste afkeuring van het constitutionele hof bracht het parlement ertoe de enige mogelijkheid te benutten waarmee het constitutionele hof buiten spel kon worden geplaatst: een grondwetsherziening. Zo werden met de – relatief snel aangenomen⁶³ – grondwetsherziening van 1999

58 Zie voor meer informatie over de Siciliaanse maffia het indrukwekkende boek van de hand van Giovanni Falcone, met medewerking van Marcello Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Milaan: Rizzoli 1991. Verschenen in het Engels onder de titel: *Men of honour. The truth about the Mafia*, Londen: Fourth Estate Limited 1992.

59 *Legge decreto* van 8 juni 1992, nr. 306 en de hierop volgende wet van 7 augustus 1992, nr. 356, gepubliceerd in de *Gazzetta Ufficiale* van 7 augustus 1992, nr. 185.

60 Het parlement wijzigde met de noodwetgeving van 1992 wel artikel 500 CPP. In de uitspraak 1992/255 had het constitutionele hof dit artikel in strijd met de constitutie verklaard omdat door dit artikel het gebruik van verklaringen die waren afgelegd in het vooronderzoek ongerechtvaardigd beperkt werd en dit een obstructie vormde voor de waarheidsvinding.

61 V. Albano, R. Ambrosio, M. Barbarisi e.a., *a.w.*, p. 715.

62 Corte costituzionale. 2 november 1998, nr. 361, *Foro Italiano* 1998 I, p. 3441.

63 Om de Italiaanse constitutie te wijzigen moet het voorgestelde amendement twee keer in een periode van niet minder dan drie maanden worden goedgekeurd door een absolute meerderheid van beide kamers van het parlement (artikel 138 Const.). Sinds de Tweede Wereldoorlog heeft Italië een groot aantal kabinetten gehad die geen meerderheidscoalitie konden behouden in het parlement om aan de macht te kunnen blijven. De zogenaamde *riforma del giusto processo*, waarvoor twee keer een absolute meerderheid in elke kamer van

de waarden van het huidige Italiaanse processysteem, samengevat met de term '*giusto processo*' gecodificeerd in het nieuwe artikel 111 Const. De verwezenlijking van de adversaire beginselen in dit grondwetsartikel zijn in 2001 uitgewerkt in het wetboek van strafvordering.⁶⁴

2.4 *Giusto processo*: de combinatie van eerlijk proces en waarheidsvinding

Artikel 111 Const. is grotendeels een codificatie van artikel 6 EVRM. Het gewijzigde grondwetsartikel garandeert de verdachte het recht op een contradictoer strafproces, op gelijkheid tussen de partijen (*equality of arms*), het recht op een onpartijdige rechter die als derde optreedt in het proces, het recht op een proces binnen een redelijke termijn, het recht op confrontatie met getuigen, het recht om deze aan een kruisverhoor te onderwerpen en in het algemeen het recht op een eerlijk proces.

Met name de codificatie van het beginsel van tegenspraak bij de bewijsvoering (*principio del contraddittorio nella formazione della prova*, artikel 111 lid 4 Const.) heeft belangrijke gevolgen gehad voor de interpretatie van de strafprocesrechtelijke voorschriften. Deze norm heeft duidelijk tot doel de eerdere interpretaties van het constitutionele hof, die het wettelijke verbod op het gebruiken van verklaringen uit het opsporingsonderzoek op het onderzoek ter terechtzitting ongedaan hadden gemaakt, teniet te doen. Hieruit volgt dat slechts dát bewijsmateriaal ter zitting bewijswaarde heeft, dat tot stand is gekomen op basis van tegenspraak door de partijen. Meer in het algemeen heeft de wetgever met de codificatie van het beginsel van een eerlijk proces ook op constitutioneel niveau bevestigd de weg in te willen slaan van het adversaire proces.

Tegelijkertijd heeft de wetgever echter ook gekozen voor het vinden van de materiële waarheid als primair procesdoel en houdt daarmee, gelet op het gestelde aan het begin van deze bijdrage, vast aan een belangrijk uitgangspunt van het inquisitoire strafproces. Dit komt vooral tot uiting in het feit dat de interpretatie van artikel 507 CPP zoals deze door het constitutionele hof is gegeven in 1993, nr. 111 is blijven bestaan. Op grond hiervan heeft de rechter ambtshalve een aanvullende bevoegdheid om bewijsmiddelen ter zitting te introduceren wanneer het bewijsonderzoek door de partijen is beëindigd. Als wettelijke voorwaarde geldt dat dit 'absoluut noodzakelijk' moet zijn, maar het constitutionele hof houdt vast aan een extensieve interpretatie van dit

het parlement nodig was, lukte daarentegen in één keer. Zowel de rechtse als linkse partijen in het meerpartijensysteem van Italië waren klaarblijkelijk van mening dat verdachten beter moesten worden beschermd in het Italiaanse strafsysteem. Vgl. W.T. Pizzi en M. Montagna, *a.w.*, p. 460 en P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna: Zanichelli 2005, p. 15-19.

64 Wet van 1 maart 2001, nr. 63, gepubliceerd in de *Gazzetta Ufficiale* van 22 maart 2001, nr. 68.

begrip.⁶⁵ Daarbij geldt dat de interventie van de rechter haar basis moet vinden in de onderzoeksresultaten van de partijen op de zitting. Nieuw bewijsmateriaal is dan ook niet toegestaan: er dient een verband te bestaan met het reeds bestaande bewijsmateriaal ter zitting. Hiermee domineren de partijen dus wel in eerste instantie het bewijsonderzoek, maar berust de eindverantwoordelijkheid voor de volledigheid en juistheid ervan bij de rechter.

Met de interpretatie van het constitutionele hof gaat het huidige strafprocesrecht nu uit van een afgezwakt beginsel van partijautonomie (in de literatuur ook wel aangeduid met *principio dispositivo attenuato*⁶⁶). Dit houdt in dat de officier van justitie en de verdachte het recht hebben om bewijsmateriaal te verzamelen en te presenteren, maar sluit niet uit dat ook de rechter ambtshalve bevoegdheden heeft om dit te doen. Daarbij geldt dat de bevoegdheden van de rechter een uitzondering vormen op de bevoegdheden die partijen hebben ten aanzien van het bewijsmateriaal. Met andere woorden, aan partijen komt het recht toe om bewijsmateriaal in te brengen op het onderzoek ter terechtzitting (artikel 190 lid 1 CPP), maar dit recht is niet exclusief. Om zich een overtuigend oordeel te kunnen vormen ten aanzien van het gepleegde strafbare feit, moet de rechter zoveel mogelijk weten wat er daadwerkelijk is gebeurd. Hiermee is waarheidsvinding het primaire procesdoel van het naar het adversair procesmodel gevormde Italiaanse strafstelsel.

3 REFLECTIE

Uit het voorgaande blijkt dat sinds de revolutionaire herziening van het Italiaanse strafprocesrecht in 1988 en de hierna gegeven afzwakkende ontwikkelingen een nieuw processysteem is ontstaan dat qua vormgeving is gepositioneerd tussen een inquisitoir en een adversair strafstelsel. De kern van deze ontwikkeling wordt gevormd door de interpretatie van het begrip waarheidsvinding. Dit begrip is door de wetgever bij de herziening niet gedefinieerd. Het constitutionele hof, dat redeneerde vanuit traditionele inquisitoire opvattingen over het doel van het strafproces, interpreteerde het procesdoel als zijnde het vinden van de materiële waarheid, door middel van elementen van zowel formele als materiële waarheidsvinding. Op dit moment kan men, doordat de jurisprudentie van het constitutionele hof is blijven bestaan, enerzijds stellen dat er geen sprake is van zuiver formele waarheidsvinding (of conflictoplossing), nu de rechter een aanvullende bevoegdheid heeft om zoveel mogelijk datgene wat er daadwerkelijk is gebeurd te kunnen achterhalen. Anderzijds vloeit uit het afgezwakte beginsel van partijautonomie en het *giusto processo* ook voort dat eenzelfde gewicht wordt toegekend aan de verwezenlijking van de rechten van de verdediging in die zin dat de procespartijen in eerste instan-

65 Corte costituzionale 26 maart 1993, nr. 111, *Giurisprudenza costituzionale* 1993, p. 901-939.

66 P. Tonini, *a.w.*, p. 584.

tie het bewijsonderzoek domineren. Men kan dus niet spreken van materiële waarheidsvinding en ook niet van formele waarheidsvinding, omdat de methode van bewijsvoering gemengd is. Hiermee heeft de Italiaanse wetgever een originele combinatie tussen het beste van de twee systemen tot stand gebracht. Daarbij staat voorop dat het Italiaanse systeem uitgaat van een materieel waarheidsbegrip.

De ontwikkeling van het nieuwe Italiaanse strafsysteem is nog lang niet beëindigd. Een van de problemen van de huidige Italiaanse strafprocedure is nog altijd de lange duur ervan. Overschrijdingen van de redelijke termijn zijn nog aan de orde van de dag, ook al probeert de Italiaanse wetgever dit met strikte verjaringsvoorschriften tegen te gaan. Met deze voorschriften lopen de strafrechtelijke organen het risico dat de verdachte (ook bij zeer ernstige misdrijven) vrijuit gaat wanneer het strafproces niet binnen een bepaalde vastgestelde termijn is afgerond. Hoewel veroordelingen door het EHRM hiermee kunnen worden voorkomen, vormen vrijspraken wegens verjaring van de zaak (*proscioglimenti*) nu de dagelijkse praktijk. Deze tendens wordt vervolgens versterkt door het excessieve gebruik dat advocaten kunnen maken van de vele rechten die het adversaire proces aan de verdediging toekent. Daardoor kan de toch al logge strafrechtelijke procedure nog eens extra worden vertraagd.

Een op handen zijnde herziening van het strafprocesrecht, de zogenaamde *Riforma Riccio* – vernoemd naar de voorzitter van de bijbehorende wetgevende commissie⁶⁷ – moet deze problemen verhelpen. Deze herziening heeft vooral betrekking op een uitbreiding van de mogelijkheden van consensuele afdoeningsmodaliteiten op basis van een adversair processysteem. Daarbij worden de bevoegdheden van de rechter ten behoeve van de garantie van de redelijke termijn, uitgebreid.⁶⁸ Op dit moment bevindt het herzieningsproject zich nog in een voorbereidend stadium.⁶⁹ Het is dus nog afwachten hoe het wetsvoorstel er daadwerkelijk uit komt te zien en wat de effecten hiervan zullen zijn op de Italiaanse strafrechtspleging.

4 CONCLUSIE

In deze tijd, zeker met de totstandkoming van internationale verdragen betreffende de mensenrechten, streven de diverse nationale systemen ernaar een balans te vinden tussen enerzijds rechtshandhaving (de verwezenlijking van

67 Dit is de *Commissione ministeriale per la riforma de codice di procedura penale*, op 3 augustus 2006 geïnstalleerd door de toenmalige Italiaanse minister van justitie Mastella.

68 G. Riccio, 'Nota di commento tecnico', te vinden op: www.camerepenali.it/Infopage.aspx?id=9384.

69 Het verslag van de commissie Riccio is eind augustus 2007 gepubliceerd en is te vinden op www.camerepenali.it

het materiële recht door middel van waarheidsvinding) en anderzijds rechtsbescherming (een eerlijk proces).⁷⁰ Hierbij is in verschillende continentaal West-Europese landen (onder andere Duitsland, Frankrijk en ook in Nederland) die van oorsprong een zeer inquisitoir strafproces kenden, een geleidelijke verschuiving in de richting van adversaire strafsystemen waarneembaar. De discussies over – en de wijzigingen ten aanzien van – de introductie van consensuele afdoeningsmodaliteiten (inclusief onderhandelingsjustitie) en de versterking van bevoegdheden van de verdediging in het vooronderzoek (onder andere de contra-expertise), zijn enkele aspecten van deze ontwikkeling.

Het adversaire experiment in Italië geeft hierbij een vernieuwend inzicht in datgene wat het inquisitoire en adversaire proces oorspronkelijk van elkaar deed scheiden, maar wellicht ook kan worden gezien als een schakel tussen beide systemen: de waarheidsvinding. De ontwikkeling van het strafprocesrecht in Italië laat zien dat een procesdoel weliswaar sterk doorwerkt in de bijzonderheden van een strafprocedure, maar dat een verschuiving van procesmodel niet per definitie leidt tot een meer of mindere relativering van het waarheidsbegrip. Een combinatie van beide systemen, met behoud van het vinden van de materiële waarheid als procesdoel, lijkt daarmee op zichzelf niet onmogelijk te zijn. In de metafoor van Damaska: wanneer men zich niet alleen beperkt tot bestudering van adversaire koffie en inquisitoire melk maar deze zeer onderscheidenlijke ingrediënten met elkaar vermengt, kan er een zeer eigentijdse, originele cappuccino ontstaan, in dit geval een *cappuccino all'italiana*.

70 Zie voor het Nederlandse strafproces: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *a.w.*, p. 18-22.

8 | Waarhedenpluralisme in culturele strafzaken

J.M. ten Voorde

1 INLEIDING

Toenemende culturele diversiteit van de Nederlandse samenleving heeft ertoe geleid dat de strafrechtspraktijk met gedragingen wordt geconfronteerd die mede kunnen worden verklaard door de culturele achtergrond van justitiabelen.¹ In strafrechtelijke kring wordt over de gevolgen van deze fenomenen voor het strafrecht wisselend gedacht. Sommigen menen dat dergelijke discussies voor de strafrechtspraktijk nauwelijks waardevol zijn.² Op zichzelf is dat te billijken; in de strafrechtspraktijk bestaat weinig tijd om allerhande theoretische vingeroefeningen te doen.

Toch heeft het fenomeen culturele delicten een grotere impact op de strafrechtspleging, dan het enkele feit dat die strafrechtspleging met, om het ietwat oneerbiedig te stellen, 'folklore' te maken heeft gekregen.³ Het fenomeen werkt bijvoorbeeld sterk door op de materiële waarheidsvinding die van oudsher een belangrijke plaats in de Nederlandse strafrechtspleging inneemt. In deze bijdrage wil ik erop wijzen dat het concept van de materiële waarheidsvinding moet worden verhelderd. Mijs inziens moet niet worden gesproken van materiële waarheid, maar van *waarhedenpluralisme*. Met deze term wordt tot uitdrukking gebracht dat van het vinden van 'de' waarheid ook in het strafrecht niet kan worden gesproken. Sterker nog, in het strafrecht moet mijs inziens zelfs worden voorkomen te denken in termen van 'de' waarheid.

In deze bijdrage geef ik allereerst een korte omschrijving van materiële waarheidsvinding. De kern daarvan lijkt te zijn gelegen in een combinatie van feitenvaststelling en behoorlijkheid waarbij de behoorlijkheid grenzen stelt aan de feitenvaststelling. Aan de hand van deze omschrijving wordt een aantal strafzaken besproken waarin cultuur een rol heeft gespeeld. Hieruit volgt dat de concepten feitenvaststelling en behoorlijkheid in relatie tot culturele delicten

1 Zie met vele voorbeelden M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken. Een onderzoek naar de manieren waarop in het Nederlandse strafrecht ruimte wordt gevonden voor het verwerken van de culturele achtergrond van de verdachte* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, m.n. hfdst. 6, 7 en 8.

2 J. Knap, 'Multiculturele drama's', *Proces* 2002, p. 40-41; F. van Eden en M. Komen, 'Cultureel verweer in het strafrecht', *Proces* 2002, p. 61, 62.

3 De term 'folklore' werd door G.E. Mulder gebruikt in zijn annotatie onder HR 2 juli 1990, *NJ* 1991, 110.

(verder) moeten worden uitgewerkt. In het vervolg van deze bijdrage zal daartoe een poging worden ondernomen. Daaruit zal blijken dat feitenvaststelling niet louter een objectieve zoektocht naar de materiële waarheid is. Tevens wordt betoogd dat een dergelijke zoektocht in ons strafrecht, gebaseerd op de democratische rechtsstaat, ook niet gewenst is. Tot slot wordt aangegeven aan welke eisen behoorlijke waarheidsvinding moet voldoen.

2 MATERIËLE WAARHEIDSVINDING: EEN OMSCHRIJVING

Materiële waarheidsvinding wordt als een principieel uitgangspunt van ons strafproces erkend.⁴ Het vinden van de materiële waarheid moet daarbij 'binnen processuele kaders' geschieden.⁵ Dit gegeven beperkt de mogelijkheden tot het vinden van waarheid in het strafrecht in aard en omvang. Onder 'aard' moet worden verstaan het karakter van de waarheidsvinding. Materiële waarheidsvinding is nauw met absolute waarheidsvinding verbonden. De gedachte is dat de materiële waarheid objectief, dat wil zeggen onafhankelijk van persoonlijke vooringenomenheid, kan worden vastgesteld.⁶ Dit betekent dat er dus zoiets bestaat als 'de' te vinden waarheid.

Waarheidsvinding in het strafrecht is om twee redenen naar omvang beperkt. De nadruk op waarheidsvinding binnen processuele kaders betekent ten eerste dat die processuele kaders grenzen stellen aan de wijze waarop materiële waarheid wordt gevonden.⁷ Het strafrecht moet ook bescherming bieden aan burgers die met de strafrechtelijke overheid worden geconfronteerd. Vaststelling van materiële waarheid moet daarom voldoen aan eisen van 'behoorlijkheid'. Zij moet binnen 'formeel-rechtelijke kaders over feitenonderzoek en overige processuele kaders' plaatsvinden.⁸ Hiermee wordt bedoeld

4 Relativering van dit uitgangspunt wordt niet geaccepteerd. Dit bleek bijvoorbeeld in de discussie n.a.v. de rapporten van de onderzoeksgroep 'Strafvordering 2001' waarin werd aangegeven dat in het strafrecht niet langer materiële waarheid, maar voldoende zekerheid voorop moet staan. Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 18. In reactie hierop werd door Brants c.s. aangegeven dat het streven om materiële waarheid te vinden moet blijven bestaan. Zie C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 21.

5 C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock, C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen Nederlandse vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, m.n. p. 13-16.

6 J. Crijns en P. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 48, 60.

7 D. Garé, 'Rechtsbescherming en waarheidsvinding; vorm en inhoud hangen samen', *DD* 1997, p. 342.

8 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 19; J. Crijns en P. van der Meij *a.w.*, p. 54.

op wettelijke en verdragsrechtelijke beperkingen (zoals het zwijgrecht van de verdachte), maar ook op beginselen van behoorlijke procesorde (zoals *litis finiri oportet*, de finaliteit van elk rechtsgeding). Daarbij geldt dat rechtsbescherming niet alleen de waarheidsvinding hoeft te beperken, maar ook kan bijdragen aan (de kwaliteit van de) waarheidsvinding. Rechtsbescherming staat met andere woorden in nauwe verbinding tot materiële waarheidsvinding.⁹ Garé stelt in dit verband dat een in hiërarchie hogere autoriteit die verder staat van het opsporingsonderzoek (zoals een rechter) een groter vermogen heeft tot 'onpartijdigheid en objectiviteit' als het gaat om beoordeling van het voorlopige feitencomplex.¹⁰

De omvang van de materiële waarheidsvinding wordt tenslotte beperkt door het materiële strafrecht. Er wordt van uit gegaan dat de hoofddoelstelling van het strafproces de juiste toepassing van het materiële strafrecht is.¹¹ Deze grondgedachte leidt tot strikte procesrechtelijke kaders, die (in Nederland) door de grondslagleer extra worden benadrukt.¹² Deze strikte kaders resulteren in een tenlasteleggingstechniek waarbij de beschuldiging van het Openbaar Ministerie (OM) zo wordt geformuleerd dat daarin de delictsomschrijving waarop deze beschuldiging betrekking heeft, wordt teruggevonden. Weliswaar moet een tenlastelegging voldoende feitelijk zijn en daarom zo nauwkeurig mogelijk aangeven wat volgens het OM 'is geschied', de weergegeven feiten volgen niettemin de structuur van de delictsomschrijving. Er hoeft niet meer worden ten laste gelegd dan door de bestanddelen van de delictsomschrijving wordt gevegd.¹³

9 C.H. Brants e.a., *a.w.*, p. 20-24 (m.n. p. 23-24 waarin wordt aangegeven dat niet 'te makkelijk' waarheidsvinding van rechtsbescherming mag worden losgekoppeld). Zie ook J. Reijntjes (overigens één van de medeauteurs aan Brants e.a.) in zijn: *Minkenhof's Nederlandse strafvoordering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3.

10 D. Garé, *a.w.* p. 341. Zie ook D. Garé, 'De overtuiging van de rechter op basis van stukken uit het vooronderzoek; waarom moeilijk doen als ook de verdachte vindt dat het makkelijk kan', in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 68.

11 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 51. Zie ook J.F. Nijboer en J.C. Jarigsmas, 'De materiële waarheid in het straf(proces)recht', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen. Bijdragen aan het symposium, dat ter afscheid van prof. mr. W.D.H. Asser op 7 oktober 2006 aan de Universiteit Leiden werd gehouden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 24.

12 Zie de bijdrage van W. Geelhoed elders in deze bundel en de daarin aangehaalde literatuur. Geelhoed wijst overigens nog terecht op de beperkende werking van het opportuniteitsbeginsel op de materiële waarheidsvinding.

13 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 52; E. Myjer, 'Strafrechtelijk onderzoek en waarheidsvinding', *JV* 2002, nr. 2, p. 28.

3 WAARHEIDSVINDING IN ENKELE CULTURELE STRAFZAKEN

3.1 Enkele voorbeelden

In deze paragraaf wordt met behulp van enkele voorbeelden beschreven hoe waarheidsvinding plaatsvindt in gevallen waarin de culturele achtergrond van allochtonen meespeelt. De aandacht is daarbij allereerst gericht op de juistheid van de stelling dat feiten objectief kunnen worden gevonden. Daarnaast wordt nagegaan hoe de eis van behoorlijkheid gestalte krijgt. Tot slot wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het materiële strafrecht wordt verwezenlijkt. Ik behandel in deze paragraaf vier casus. Tezamen geven ze naar mijn mening echter een vrij volledig beeld van de wijze waarop ten aanzien van culturele delicten materiële waarheid wordt gevonden.

In het eerste voorbeeld is bewezen verklaard dat de verdachte het slachtoffer had 'overtuigd van zijn spirituele krachten en haar daarmee onder druk zette en hield, [en] op dreigende wijze heeft toegevoegd dat haar iets ergs zou overkomen, hetgeen kon variëren van een epilepsieaanval tot een hartaanval'. De verklaring van het slachtoffer leverde het bewijs op van bedreiging met geweld als bedoeld in artikel 242 Sr. In cassatie stelde de verdediging dat over dergelijke spirituele krachten weliswaar 'niet al te lichtvaardig' moet worden geoordeeld, maar dat tegelijkertijd ervoor moet worden gewaakt 'bijgeloof' van het slachtoffer mee te wegen ten nadele van de verdachte. De raadsman stelde: 'wie de dupe van zijn eigen bijgeloof wordt, heeft dat in de eerste plaats aan zichzelf te danken'. Hij probeert hiermee de door het hof beschreven waarheid ter discussie te stellen. Geloof kan ook bijgeloof zijn en in dat geval zou van bedreiging met geweld geen sprake kunnen zijn. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad, en met hem de Hoge Raad, omzeilde de discussie door te stellen dat het bedreigingen met de dood of (zware) mishandeling betreffen, zodat het er feitelijk niet toe doet of daar een bijkomende omstandigheid was die de bedreiging in de cultureel geïnspireerde optiek van het slachtoffer nog verergerde.¹⁴ Volgens annotator 't Hart is deze gedachtegang verklaarbaar nu het erom gaat dat er 'inderdaad opzettelijk vrees is aangejaagd voor een handeling die iets ergs zou teweeg brengen'; onder welke omstandigheden die vrees is aangejaagd, maakt in deze optiek weinig uit.

In het licht van materiële waarheidsvinding is deze redenering opvallend. De raadsman wijst erop dat moet worden opgepast een verklaring waarin wordt gewezen op spirituele krachten altijd voor 'waar' aan te nemen. Hiermee betwist hij de opvatting als zou de verklaring van de getuige per definitie corresponderen met 'de' waarheid. De raadsman kan voor zijn stelling steun

14 HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 668, m.nt. 'tH. Zie ook HR 28 mei 1996, *DD* 96.321; Rb 's-Hertogenbosch 18 maart 2008, *LJN* BC7030. Men zou in deze casus ook een kwalificatiekwestie kunnen zien. Uit het arrest zelf blijkt dat de discussie betrekking had op het bewijs van een onderdeel van de tenlastelegging.

vinden bij onder andere de cultureel antropologe Van Wetering. Zij stelt dat allerhande vage, onverklaarbare en mysterieuze geloofsopvattingen en mogelijk daarmee verband houdende rituelen onder de noemer voodoo worden gebracht. Van Wetering betoogt dat voodoo een verzamelterm is geworden voor diverse overtuigingen en rituelen die niet zozeer corresponderen met bepaalde heldere geloofsopvattingen maar door gelovigen worden geconstrueerd.¹⁵ Ik stel niet dat het slachtoffer in voornoemde zaak de bedreigingen dus heeft verzonnen. Maar uit jurisprudentie blijkt dat de culturele achtergrond door *verdachten* wordt gebruikt om de waarheid van het gedrag 'op te leuken' om zo de ernst van de feiten te verdoezelen of het gedrag te vergoelijken in de hoop een lagere straf te krijgen.¹⁶ Het gaat wellicht wat ver deze kwalificatie ter zake van getuigenverklaringen te bezigen, maar algemeen is bekend dat getuigenverklaringen niet altijd even betrouwbaar zijn. De vraag is dan wat de waarheid is. En hebben we nog wel te maken met *objectieve* waarheid? Van Wetering bestrijdt dit en haar opvattingen vinden in de jurisprudentie steun. Leidt de omstandigheid dat verdachten (of getuigen) de waarheid proberen te verdoezelen ertoe dat er in het strafrecht dus toch geen objectieve waarheid wordt gevonden?

Deze conclusie is voorbarig nu het antwoord op de vraag of het slachtoffer meende dat er sprake was van bedreiging met geweld ook 'door de redelijkheid en de rechtvaardigheid wordt gedicteerd'.¹⁷ Anders gezegd, in het geval van verkrachting is het los van wat is geschied evident dat het materiële strafrecht ook op de juiste wijze wordt toegepast wanneer de vraag of er sprake was van dwang met enige soepelheid wordt beoordeeld, zij het natuurlijk binnen de grenzen van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Diverse maatschappelijke belangen staan op het spel bij de vervolging van een mogelijke verkrachting, waaronder die van het slachtoffer. Ook 't Hart doelt daar volgens mij op in het hierboven weergegeven citaat. De gedraging van de verdachte

15 I. van Wetering, 'Winti en voodoo', in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yeşilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 85-99. Zie ook R. van Dijk e.a., *Een schijn van voodoo. Culturele achtergronden van de handel in Nigeriaanse meisjes voor de Nederlandse prostitutie: een verkenning*, Leiden: Afrika-Studiecentrum 2000 die erop wijzen dat mensensmokkelaars rituelen hanteren die in Nigeria onbekend zijn. Dit toont aan dat culturele gebruiken niet vast omljnd en onveranderlijk zijn, maar zo worden geconstrueerd dat zij mensensmokkelaars in staat stellen de gesmokkelde vrouwen angst in te boezemen en zo worden gedwongen om in de prostitutie te gaan werken. Zie bijv. Rb Zutphen 11 juni 2004, LJV AP1883.

16 Zie bijv. Rb Dordrecht 21 oktober 2002, LJV AM2493 waar de verdachte stelde dat hij zijn vrouw om het leven had gebracht omdat zij overspel pleegde met een negroïde man. Hij had zijn vrouw neergeschoten en de man in het been geraakt. De rechtbank verwierp deze zienswijze op de werkelijkheid en wekt in haar vonnis de suggestie dat de man misbruik maakt van zijn culturele achtergrond in de hoop er zo beter vanaf te komen.

17 G. Knigge, 'Een schijn van waarheid', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid. Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 42. Zie ook M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *a.w.*, p. 17-22.

wordt beoordeeld – en dat is in het licht van de grondslagleer begrijpelijk – met inachtneming van de norm waaraan het gedrag (via de tenlastelegging) wordt getoetst. Hieruit volgt dat het op de juiste wijze toepassen van het materiële strafrecht niet alleen de zoektocht naar de objectieve waarheid is: er spelen meer belangen in de juiste toepassing van het materiële strafrecht. De vraag die dan ook moet worden beantwoord is wat de juiste afweging in de toepassing van het materiële strafrecht moet zijn.¹⁸

Het tweede voorbeeld betreft de bekende Veghelse schietzaak.¹⁹ Ali D. had op een school met het pistool van zijn vader geschoten en daarbij waren vijf mensen gewond geraakt. Ook de vader werd vervolgd, omdat hij medepleger van de feiten zou zijn. Door de raadsman van de vader werd beweerd dat er geen sprake was van eerwraak: Ali zou ruzie hebben gehad met één van de slachtoffers en uit eigen beweging hebben gehandeld. Daarmee werd getracht het bewijs van de bewuste, nauwe samenwerking van de vader met Ali onderuit te halen. De rechtbank en het hof te 's-Hertogenbosch veroordeelden de vader desondanks voor medeplegen van poging tot moord en poging tot doodslag, meermalen gepleegd.²⁰ Daarbij werd gebruik gemaakt van verklaringen van Ali en derden waarin over het eerwraakmotief in deze zaak werd verklaard. De beslissing om deze verklaringen te gebruiken waaruit eerwraak naar voren kwam, mochten de feitenrechters volgens de Hoge Raad (in navolging van de advocaat-generaal) in vrijheid nemen. In cassatie kan daarover, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet worden geklaagd.²¹

De vraag of er sprake was van een poging tot eerwraak, was in deze zaak evenwel niet zo eenvoudig te beantwoorden. Ali D. had hieromtrent diverse wisselende verklaringen afgelegd, zijn vader heeft altijd ontkend dat er eerwraak in het geding is geweest. Het waren de media die al vrij snel na de schietpartij tot de conclusie kwamen dat er sprake was van eerwraak, al dan niet op basis van verklaringen van politie en deskundigen. De rechtbank (in de zaak tegen Ali) nam de moeite om met behulp van vier deskundigen te achterhalen of er inderdaad sprake was van een poging tot eerwraak. Hun oordeel was niet gelijklopend. De rechtbank koos op basis van een selectie van verklaringen van Ali D. (en diverse getuigen- en deskundigenverklaringen) voor het standpunt dat de schietpartij was ingegeven door een 'eerwraak-

18 Van belang om te vermelden is dat strafbaarheid van het bewezenverklaarde feit bovenal pas mogelijk is wanneer het bewezenverklaarde kan worden gekwalificeerd. De juiste toepassing van het materiële strafrecht is dan ook niet slechts een vraag die wordt beantwoord door feitenvaststelling, maar ook een juridische vraag is. Hierop wordt ook door Crijns en Van der Meij (*a.w.*, p. 52-53) gewezen. Het gegeven dat een bewezenverklaring in een kwalificatie moet worden vertaald, laat zien dat in het strafrecht nooit helemaal sprake is van objectieve feitenvaststelling, maar de jurist altijd binnen juridische grenzen zoekt naar relevante feiten, namelijk relevant voor de kwalificatie.

19 C. van Eck, 'Een geval van eerwraak in Veghel (Nederland)', *DD* 2002, p. 162-174.

20 Rb 's-Hertogenbosch 31 mei 2000, *LJN* AA6029; Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2001, *LJN* AD9519.

21 HR 17 september 2002, *LJN* AE6118.

motief'. Het werkelijk gebeurde wordt in deze zaak niet 'onthuld', maar door de rechtbank aan de hand van een selectie van opvattingen over de feiten geconstrueerd. Op zichzelf is het gebruik van verschillende gezichtspunten geen probleem. Garé stelt dat een 'nadere toetsing van de betrouwbaarheid en kwaliteit van de gegevens die door middel van de verschillende bewijsmiddelen tot kennis van de rechter komen, een onmisbaar vereiste' is om 'de' waarheid te kunnen achterhalen.²² Maar wat als vier, op het terrein van eerwraak gekende onderzoekers, hierover verschillende standpunten innemen? Wie geeft dan 'de' waarheid weer en hoe is die dan te achterhalen?

Dit probleem speelde ook in de derde casus, die door Siesling de naam Zaanse eerwraak heeft gekregen. Ook in dit geval werd getwijfeld of er sprake was van eerwraak. De verdachte had zijn tante om het leven gebracht, omdat zij de eer van de familie te schande zou hebben gemaakt. De door de rechtbank ingeschakelde deskundige was van oordeel dat er sprake was van eerwraak. Dit betekende volgens haar dat waarschijnlijk meerdere personen bij de gedraging waren betrokken. Wat er is geschied, zo kunnen we de conclusie van de deskundige lezen, is dat verdachte de uitvoerder was van een met anderen bedacht plan. De rechtbank kon zich met deze conclusie niet verenigen. Volgens haar kwam de casus niet overeen met de in de literatuur beschreven kenmerken van eerwraak. Van eerwraak was geen sprake.²³ Het valt op dat uit het vonnis niet blijkt van enige verklaring van de verdachte omtrent deze feiten. Het kan zijn dat de verdachte zich heeft beroepen op zijn zwijgrecht, maar wellicht dat het verhaal van de verdachte wel is aangehoord, maar dat daarmee niets is gedaan. Juridisch is daarmee niets mis: een verklaring van de verdachte zou kennelijk leugenachtig kunnen zijn en dan worden weggelaten. En een verdachte heeft natuurlijk alle vrijheid om niet mee te werken aan waarheidsvinding. Maar hoezeer juridisch een juiste beslissing is genomen, de gedachte zou kunnen ontstaan dat over het hoofd van de verdachte is gediscussieerd over eerwraak en zijn culturele achtergrond.

Volgens Van Walsum toont het strafrecht in deze omstandigheden zijn machtskarakter.²⁴ Wat is geschied wordt niet met behulp van de verdachte en diens versie van de gebeurtenissen gevonden, maar aan hem opgedrongen zonder dat hij daarover zelf iets heeft in te brengen.²⁵ Daarbij is volgens Van

22 D. Garé, 'De overtuiging van de rechter op basis van de stukken uit het vooronderzoek', *a.w.*, p. 69.

23 Rb Breda 9 mei 2001, *LJN* AB1503. Zie M. Siesling, *a.w.*, p. 214.

24 S. van Walsum, 'Het machtskarakter van het cultuurdebat', *Nemesis* 1992, p. 12-16.

25 Hierop kan worden geantwoord met de stelling dat de verdachte een eigen processtrategie mag kiezen en kan besluiten niet mee te werken aan de waarheidsvinding. Dit standpunt kan, zeker in culturele strafzaken, in zoverre worden gepareerd dat allochtone justitiabelen (volgens sommigen geldt dit voor alle justitiabelen) niet in staat zijn om een eigen verdedigingsstrategie te ontwikkelen als gevolg van communicatieproblemen, morele paniek aan de zijde van het Openbaar Ministerie bij de vervolging van culturele delicten en mogelijk discriminatie door de politie. Voeg daarbij een, zo blijkt uit gesprekken, vaak nonchalante houding van strafrechters over deze problematiek, en het kiezen van een processtrategie

Walsum het probleem dat dit machtskarakter nog eens wordt benadrukt door de wijze waarop de culturele component in de strafzaak wordt betrokken. In dit geval had de rechtbank, om na te gaan of de verdachte zijn tante met voorbedachten rade om het leven had gebracht, een deskundige ingeschakeld om te adviseren over de mogelijkheid van eerwraak. Blijkbaar ging de rechtbank ervan uit dat wanneer sprake is van eerwraak, ook bewijs is geleverd van voorbedachte raad. Dit standpunt is in de jurisprudentie eerder ingenomen en daarom wel verklaarbaar.²⁶ De deskundige kwam als gezegd tot de conclusie dat er van eerwraak sprake was. Zij kwam tot dat oordeel op basis van door haar in een boek ontwikkelde criteria.²⁷ De rechtbank kwam op basis van diezelfde criteria tot een andere conclusie. De stelligheid waarmee de rechtbank het rapport van de deskundige verwerpt (alsof ze haar eigen criteria niet goed zou hebben begrepen) wijst ten eerste op het geloof in objectieve criteria, waarvan al eerder de vraag is gesteld of dit geloof wel kan worden gehandhaafd. Ten tweede wijst het geloof in deze criteria ook op een gebrek aan tegenspraak. De criteria worden gebruikt alsof zij de werkelijkheid afbeelden. Los van het feit dat deze criteria in de literatuur ter discussie zijn gesteld,²⁸ is een groter probleem dat daarmee het strafrecht wordt gebruikt om een bepaald in de wetenschap ontwikkeld idee van waarheid op te dringen. Dan is het strafrecht sterk instrumentalistisch, dat wil zeggen dat het strafrecht geen ruimte biedt voor andere opvattingen over de werkelijkheid.

Ten vierde wijs ik op de dood van een meisje uit Dordrecht wier lichaam in een sloot bij Ouderkerk aan den IJssel werd aangetroffen. De vader en de moeder werden vervolgd op verdenking van moord op hun dochter. In de bewijsoverweging van de feitelijke instanties in de zaak tegen de moeder wordt aangegeven dat het slachtoffer geen maagd meer was en daardoor de familieer was geschonden en maatregelen tot herstel daarvan nodig waren. De moeder was ervan op de hoogte dat werd besloten het meisje te doden. De vrouw heeft niet ingegrepen terwijl ze bij alle handelingen aanwezig was. Het gerechtshof voegt daar nog aan toe dat zij zelf 'vermoedelijk geen fysieke geweldshandelingen heeft verricht'. Desalniettemin leidt het niet-distantiëren

is vaak bijzonder lastig. Over de proceshouding van allochtone verdachten is veel geschreven. Ik verwijs in dit verband slechts naar W. van Rossum, *Verschuiven voor de rechter. Hoe het hoort en het ritueel van Turkse verdachten in de rechtszaal* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Duizend en Een 1998.

26 Zie H.C. Wiersinga, 'Gevalen van eerwraak en het beslissingsmodel van de strafrechter', in: *Ontmoetingen* (Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Genootschap), 2001, p. 14; H.D. Wolswijk, 'Cultuur en strafbaarheid', *RM Themis* 2004, p. 259. Zie recentelijk Rb Almelo 3 april 2007, *LJN* BA2375.

27 Zie voor deze criteria C. van Eck, *Door bloed gezuiverd. Eerwraak bij Turken in Nederland* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Bert Bakker 2001, p. 85-88. Hierbij zij opgemerkt dat volgens Van Eck niet elke eerwraak aan alle criteria voldoet.

28 A. Nauta en H. Werdmölder, 'Discussie. Onderzoek naar kenmerken van eerwraak', *TvCr* 2002, p. 367-373 die overigens andere (vermeend objectieve) criteria ervoor in de plaats lijken te stellen.

ertoe dat medeplegen kan worden bewezen.²⁹ In cassatie werd geklaagd over het gebrek aan inzicht in de positie van de vrouw. Volgens de raadsman was er sprake van een 'combinatie van angst, onmacht, onzekerheid, communicatieproblemen en cultuurverschillen' waarmee bij de beoordeling van medeplegen geen rekening was gehouden. Zo was niet ingegaan op de vraag in hoeverre de verdachte zich in de gegeven 'famieliestructuur' kon verzetten tegen het voornemen het meisje te doden zoals dat tijdens het familieberaad was afgesproken. De Hoge Raad maakte hieraan betrekkelijk weinig woorden vuil en liet het arrest van het hof in stand.³⁰

Ter rechtvaardiging van dit arrest kan worden gesteld dat voor de verzevenlijking van het materiële strafrecht het niet ter zake doet wat het motief van de gedraging is geweest. Motieven zijn inzake het bewijs van moord in Nederland irrelevant. Het vinden van waarheid beperkt zich immers tot de betekenis die aan bestanddelen van een delictsomschrijving, zoals deze in een tenlastelegging zijn opgenomen of omschreven, wordt gegeven. Met betrekking tot het bewijzen van de subjectieve bestanddelen is materiële waarheidsvinding echter niet per definitie de juiste methode.³¹ In deze casus roept zij in ieder geval vragen op. De vrouw werd veroordeeld voor medeplegen van moord. Daarvoor is een 'bewuste, nauwe samenwerking' op het grondfeit vereist. In cassatie werd geklaagd dat wellicht van nauwe samenwerking kon worden gesproken, maar dat de vraag niet was beantwoord in hoeverre de vrouw 'bewust', dat wil zeggen wetens en willens, met de medeverdachte heeft samengewerkt. De raadsman vraagt zich af of het een vrouw met haar culturele achtergrond wel vrij stond zich van de gedragingen te distantiëren. De feitenrechtters en de Hoge Raad losten dit op door het niet-distantiëren centraal te stellen en de vraag van de raadsman niet te beantwoorden. Daarmee wordt op zichzelf het materiële strafrecht juist toegepast, aangezien het bewijs van medeplegen in belangrijke mate afhangt van de non-distantie. Er wordt tevens getracht te voorkomen in oeverloze discussies te verzanden over wat er precies in iemands hoofd omging ten tijde van de gedraging. Ook dat is wel verklaarbaar, maar de vraag is of het gepast is om elke discussie over de persoon van de verdachte overboord te zetten.³²

29 Rb 's-Gravenhage 28 november 2001, *LJN* AD6285; Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2002, *LJN* AE9597.

30 HR 14 oktober 2003, *NJ* 2005, 182, m.nt. Kn.

31 Zie de bijdrage van F. de Jong elders in deze bundel. Overigens is in sommige gevallen een motief wel degelijk van belang. We kunnen daarbij denken aan het terroristisch oogmerk (artikel 83a Sr).

32 De opmerking dat dergelijke discussies thuishoren bij een beroep op psychische overmacht (H.D. Wolswijk *a.w.*, p. 260), vind ik wel begrijpelijk maar miskent het subjectieve deel van de meeste misdrijven: wat is het nut van het onderscheid tussen subjectieve en objectieve bestanddelen dan immers nog?

3.2 Conclusie

De jurisprudentie legt met betrekking tot waarheidsvinding een aantal vraagpunten op tafel. Allereerst de discussie over objectiviteit en neutraliteit van de (materiële) waarheidsvinding. De omschrijving van waarheidsvinding die in de vorige paragraaf is gegeven, gaat – hoezeer de epistemologische onmogelijkheid van het vinden van ‘de’ waarheid wordt erkend –³³ uit van het kunnen weten van het werkelijk gebeurde. De diverse casus die hiervoor zijn besproken laten zien dat over hetgeen is geschied verschil van inzicht kan bestaan. Van één waarheid lijkt niet te kunnen worden gesproken: veeleer is er sprake van een pluraliteit van waarheden. Daarnaast kan niet van de te vinden waarheid worden gesproken. Waarheid wordt geconstrueerd waarbij we niet moeten vergeten dat de houding van de verdachte hierop van invloed kan zijn. Het ontkennen van een pluriformiteit van waarheden en het omarmen van een objectieve en neutrale waarheidsvinding verklaart in de tweede plaats de kritiek op het machtskarakter van het strafrecht. Van Walsum stelt dat met de nadruk op objectiviteit en neutraliteit een onderdrukkende methode van waarheidsvinding wordt verhuld. Waar zij niet op wijst, is dat het recht juist bedoeld is om tegen deze ‘macht van één verhaalsstructuur’ ‘verzet’ te bieden. Een juiste interpretatie van recht maakt het mogelijk om de machtsstructuren van waarheidsvinding bloot te leggen en daartegen verzet te bieden. Dit verzet ontkent macht niet, maar bedt macht in in het recht en maakt daarmee elke aanspraak op objectiviteit en neutraliteit onmogelijk. Deze conclusie geldt mijns inziens niet alleen voor culturele strafzaken. Zij komt, vanwege de scherpe tegenstellingen en de onmiskenbare pluraliteit van denkbeelden en visie op de werkelijkheid als gevolg van culturele verschillen, in culturele strafzaken wel het meest duidelijk naar voren. Culturele strafzaken zijn echter exemplarisch voor grote complexe strafzaken (waar sprake is van levens- of zedendelicten). Het nu volgende is weliswaar geënt op culturele strafzaken, maar de ideeën over waarheid en recht zijn mijns inziens ook op andere complexe strafzaken van toepassing.

4 CULTUUR EN WAARHEIDSVINDING

In enkele van de hierboven vermelde uitspraken wordt de suggestie gewekt dat het vinden van waarheid een (begrensde) *objectieve* zoektocht naar feiten is. De waarheid wordt gecompliceerd, als het vermoeden bestaat dat de gedraging is begaan als gevolg van de culturele achtergrond van de verdachte. Deze complicatie wordt echter vereenvoudigd door van de veronderstelling uit te gaan dat cultuur een objectieve grootheid is, een ‘ding’ dat mensen hebben.

33 Zie over visies op waarheid de bijdrage van M.J. Dubelaar elders in deze bundel.

Dit zagen we in de Zaanse eerwraakzaak waar de vraag was of de gedraging als eerwraak kon worden aangeduid.³⁴ Die omschrijving was van belang voor de vraag of sprake was van voorbedachte raad. Hiervoor is aangegeven dat de rechtbank Haarlem op basis van in een boek gevonden criteria tot de slotsom kwam dat er geen sprake was van eerwraak. In het vonnis wordt de suggestie gewekt dat de criteria voor elk geval op identieke wijze van toepassing zijn. Deze claim (inhoudende dat de criteria een kennis vormen die voor iedereen in alle gevallen objectief geldend is) leidt ertoe dat het kennen van die criteria het kunnen weten van de waarheid (van in dit geval eerwraak) betekent. Zij die de waarheid kunnen kennen, beïnvloeden die waarheid daarbij niet. De waarheid (eerwraak *is* wat volgens de criteria als eerwraak heeft te gelden) *geldt* onafhankelijk van al datgene wat ieder tot een bijzonder individu maakt en van zijn empirische, culturele, historische gesteldheid, zijn willen, wensen en begeren, zijn doen en laten, zijn bijzondere gezichtspunten en opvattingen.³⁵ In een dergelijke opvatting is het kennen van een fenomeen als eerwraak slechts het reproduceren van een 'objectieve werkelijkheid in het subjectieve bewustzijn'. Het kennen van feiten door het subject (bijvoorbeeld een rechter) is 'passief en receptief'.³⁶ 'Feiten zijn feiten' en zij worden door het kennend subject slechts gereproduceerd.

Een dergelijke passieve en receptieve methode met betrekking tot het vaststellen van culturele verschijnselen wordt op een bepaalde wijze vormgegeven. Daarbij wordt geen aansluiting gezocht bij de natuurwetenschappen op basis waarvan de wereld als een geheel van mechanische wetten wordt bestudeerd en waarin het handelen van de mens ook op basis van die wetten kan worden waargenomen. Die methode is weliswaar in de negentiende eeuw dominant geweest, maar zij is in de antropologie aan het eind van die eeuw ter discussie gesteld. De idee ontstond dat onderzoek naar culturele verschijnselen niet kan resulteren in bepaalde algemene wetmatigheden, omdat de systemen die deze onderzoekers bestuderen onvergelykbaar zijn met het systeem waar zij zelf uit voortkomen en met de classificaties die zij voor bepaalde verschijnselen gebruiken. Met andere woorden, de onderzoeker moet universele mechanische wetten op basis waarvan mensen functioneren ontkennen, maar

34 Rb Haarlem 9 mei 2001, LfN AB1503.

35 J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Amsterdam/Meppel: Boom 1980, p. 114. Glastra van Loon spreekt in dit verband van een positivistische visie op wetenschap die hij in zijn meest extreme mate vindt bij Kant. Hiermee is overigens niet gezegd dat de rechtbank een dergelijke wetenschapsopvatting hanteert. Wat ik enkel wil aangeven is dat de rechtbank een dergelijke opvatting suggereert.

36 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 120; G.H. de Vries, 'Wat is waarheid? Een filosofische benadering', *Justitiële Verkenningen* 2002, nr. 2, p. 17: een feit is 'dat wat het geval is', 'dat buiten de taal ligt'.

ontkent niet de binnen culturen bestaande wetmatigheden.³⁷ Een belangrijke consequentie van deze wetenschapsopvatting is dat sprake is van een sterke *relativering* van de klassieke universele waarheidsidee: wat waarheid is, hangt af van wat binnen een cultuur waarheid is en moet aldus op basis van de binnen die cultuur gebezigde ‘taal’ worden omschreven. Het onderzoek naar wat een cultuur is, wordt uitgevoerd door participatie. Deze vindt plaats vanuit de vooronderstelling van een van tevoren vastgestelde set regels op basis waarvan door de leden van een cultuur zou worden gehandeld. Zij hebben zelf geen invloed op de inhoud van deze regels op basis waarvan zij handelen.³⁸ Met behulp van een dergelijke interpretatie van cultuur is het mogelijk om een cultureel gebruik te classificeren.

Classificatie kan een noodzakelijk begin van duiding zijn en hoeft niet verkeerd te zijn. Classificatie is niettemin slechts de eerste fase van onderzoek. Daarna moet worden erkend dat sociale verschijnselen niet constant zijn. Afwijkingen van een classificatie noemen we onregelmatigheden, maar zijn tegelijkertijd sociale verschijnselen die vatbaar zijn ‘voor interpretatie in termen van verschillende (...) referentiesystemen. Elk systeem definieert bepaalde verschijnselen als afwijkingen, die in een ander referentiesysteem worden gedefinieerd als “conformerend gedrag”.’ Dat sociale verschijnselen vanuit verschillende referentiesystemen verschillend kunnen worden beoordeeld, wordt nog verder gecompliceerd doordat het referentiesysteem van de onderzoeker ‘berust op selectie en classificatie van verschijnselen die bepaald zijn door een referentiesysteem waarvan de onderzoeker voor de bepaling van zijn eigen rol zelf uitgaat.’³⁹ Het handelen van de te onderzoeken personen is kortom voor interpretatie vatbaar.⁴⁰ Dat menselijk handelen voor interpretatie vatbaar is, heeft er in de culturele antropologie toe geleid dat de betekenis van handelingen als uitingen van een bepaalde culturele traditie door onderzoekers steeds vaker wordt gezien als een selectieve keuze, of zelfs als ‘strategi-

37 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 94; C.J.M. Schuyt, ‘Publiekrecht in een multiculturele samenleving’, in: W. van den Burg, C.J.M. Schuyt, J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en Recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2008-1, Deventer: Kluwer 2008, p. 72. Zie ook H. Procee, *Over de grenzen van culturen. Voorbij universalisme en relativisme*, Amsterdam/Meppel: Boom 1997, p. 30 die aangeeft dat andere culturen niet langer als inferieur werden beschouwd, d.w.z. in een eerder stadium van een universeel ontwikkelingsproces, maar op basis van biologische of sociale factoren een bepaalde set normen bevatten die op eigen waarde moet worden geschat.

38 S. Tempelman, ‘Duiken in het duister. Een gematigd constructivistische benadering van culturele identiteit’, *Migrantstudies* 1999, p. 72-73. Een dergelijke interpretatie van cultuur wordt essentialistisch genoemd.

39 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 101.

40 C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York: Basic Books (1973) 2000, p. 3-30. Zie ook A. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004, p. 31-33 die deze theorie (die we hermeneutisch kunnen noemen) ook voor de forenische psychiatrie probeert toepasselijk te maken. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat het hier verhaalde niet slechts op culturele strafzaken, maar breder toepasbaar is. Zie over hermeneutiek in het strafrecht de bijdrage van F. de Jong in deze bundel.

sche manipulatie'.⁴¹ De taak van de cultureel antropoloog is vanuit deze optiek sociale verschijnselen te ontmantelen en om te *ontkennen* dat sociale verschijnselen zijn gebaseerd op een bepaald referentiekader dat belangrijke betekenis geeft aan het leven dat mensen leiden.

Deze opvatting is problematisch. In de eerste plaats wordt met een dergelijke opvatting cultuur als te onderzoeken begrip gedegradeerd. Onderzoek naar cultuur en naar de wijze waarop mensen naar hun cultuur stellen te leven, toont aan dat cultuur meer is dan een oppervlakkige set normen waarmee men manipuleert. Cultuur komt tot uitdrukking in zogenoemde primordiale bindingen. Zij zijn onbesproken, maar diep gevoelde banden tussen personen onderling en tussen personen en de door hen gevolgde normen.⁴² Met het niet onderzoeken van dergelijke banden loopt de onderzoeker gevaar om zijn onderzoeksobject niet te begrijpen. Wat wordt vergeten is dat de mens een communicerend wezen is en dat deze primordiale bindingen voor communicatie van groot belang zijn.⁴³ Communicatie tussen mensen kan niet worden weggewuifd als een 'produkt van subjectieve verbeelding'.⁴⁴ Primordiale bindingen zijn niet slechts strategisch gekozen hulpmiddelen waarmee de mens toegang wil tot schaarse goederen. Het gebruiken van uitingen die voortkomen uit primordiale bindingen verwezenlijken de mens '*als iemand*'. Zij geven hem een identiteit waarmee hij zich aan de wereld toont.⁴⁵ De primordiale bindingen geven aan dat de mens een cultuurwezen is. 'Menszijn' is een cultuurproduct en kan alleen bestaan wanneer de mens in de publieke ruimte met andere mensen communiceert. Zonder communicatie is de mens opgehouden mens te zijn (Arendt).⁴⁶ Het wezen van de antropologie is, net als de andere sociale wetenschappen, dan ook antropomorfisch. Zij is gericht op het begrijpen van interactieprocessen tussen mensen en het vinden van binnen groepen mensen samenhangende referentiekaders op basis waarvan mensen handelen en de rollen die zij spelen.⁴⁷

41 S. Tempelman, *a.w.*, p. 74-75. Een dergelijke visie wordt in de antropologie constructivisme genoemd. De veronderstelling is dat het beïnvloed worden door voodoo in mensensmokkelzaken niet meer is dan het verhullen van de werkelijke (veelal economische) redenen om naar Nederland te komen en een verblijfsvergunning te krijgen.

42 C. Geertz, *a.w.*, p. 259.

43 C. Geertz, *a.w.*, p. 260. Zie ook S. Fenton, *Ethnicity*, Cambridge/Oxford/Malden: Polity 2003, p. 83 die aangeeft dat primordiale bindingen wijzen op relationele betrekkingen tussen mensen. Met het erkennen van dergelijke bindingen wordt de onderzoeker de mogelijkheid geboden te begrijpen hoe relaties tussen mensen ontstaan en waarom die relaties anders zijn in andere groepen. Daarbij gaat het er niet om te erkennen dat die bindingen een natuurlijk gegeven zijn, maar juist om het feit dat primordiale bindingen zoveel onderzoekslijnen kan bloot leggen waardoor men kan begrijpen waarom in groepen op een bepaalde manier wordt gehandeld.

44 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 123.

45 H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago/London: The University of Chicago (1958) 1998, p. 183.

46 H. Arendt, *a.w.*, p. 176.

47 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 107-108.

In de tweede plaats kan de idee dat cultuur een product van strategische manipulatie is, leiden tot verstarring van kennis over cultuur. Cultuur *is* in deze opvatting een product van strategische manipulatie; zo *zijn* de feiten. Hoewel deze opvatting oorspronkelijk kritiek op het oude essentialistische cultuurbegrip inhield, maakt deze nieuwe opvatting over cultuur net zoveel aanspraak op objectiviteit als het oude cultuurbegrip. Objectiviteit in het denken over menselijke verhoudingen is niet onmogelijk, maar er moet worden opgepast een objectieve stelling te zien als iets dat zonder menselijke vooringenomenheid bestaat. Wat objectief is, moet worden geconstitueerd tussen mensen.⁴⁸ Wat feiten zijn, is niet te vatten zonder kennis te nemen van het samenhandelen tussen mensen. Feiten begrijpen is niet alleen een kwestie van waarneming van wat in werkelijkheid al zou bestaan. Waarneming is afhankelijk van 'het gezichtspunt dat [de waarnemer] inneemt en met het oog op bepaalde gedragingen'.⁴⁹ Kennis is dus ook afhankelijk van de wijze waarop de mens zich tot zijn omgeving verhoudt. Feiten zijn geen objectieve gegevens die kunnen worden gevonden. De mens staat in een 'actieve relatie' tot zijn omgeving. 'Dat betekent niet dat de objecten van onze kennis vrije creaties zijn van het menselijke denkvermogen, maar wel, ten eerste dat zij altijd slechts bepaald zijn ten opzichte van bepaalde menselijke verrichtingen (niet 'an sich') en, ten tweede, dat de mens zijn kennisverwervende activiteiten altijd nog op verschillende manieren kan ontwerpen'. Kennisverwerving moet worden gezien als een activiteit waarmee telkens nieuwe inzichten kunnen worden gevonden.⁵⁰

Kennisverwerving kan door mensen weliswaar op gelijkaardige wijze plaatsvinden, maar niet op basis van dezelfde uitgangspositie. De te vinden feiten zijn geen universeel gelijkkluidende feiten, omdat de wijze waarop feiten door mensen worden gevonden, 'mede door de manier waarop wij onze omgeving tot object van onderzoek maken' geschiedt.⁵¹ Kennis verwerven wordt daarom wel omschreven als een 'parcours' waarin het denken niet is gericht op het vinden van het 'zijnde', maar op het kennen van 'mogelijkheden en relaties.' Hiermee wordt afstand genomen van de veronderstelling dat de wereld slechts op één manier kan worden gekend en er dus maar één waarheid is. 'Het denken moet zich niet langer wegsteken achter een harnas van waarheid'.⁵² Er moet uitgegaan worden van een pluralisme van waarheden dat

48 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 144-145.

49 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 124.

50 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 132.

51 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 133.

52 S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informatierecht*, Brussel / Antwerpen: VUB Press/Maklu 1993, p. 169, 170. Foqué en 't Hart merken evenwel in relatie tot de strafrechtspleging op dat het doen belangrijker wordt en dat het denken vooral lastig is, namelijk afgeschilderd als 'kritiekloze ideologie' (R. Foqué en A.C. 't Hart, 'Denken en doen', in: C.H. Brants, C. Kelk, M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internatio-*

niet tot één waarheid wordt gesmeed. Dit waarhedenpluralisme moet worden erkend en beschermd.

In de praktijk van waarheidsvinding wordt dit waarhedenpluralisme niet vanzelfsprekend nagevolgd. Gutwirth wijst op de 'immanente verdrukkende en zelfs vernietigende macht' van de moderne wetenschappen (zowel de natuur- als de menswetenschappen).⁵³ In navolging van Foucault en Serres geeft hij aan dat de hedendaagse (mens)wetenschappen door een maakbaarheidsideaal worden gekenmerkt. Dit ideaal heeft volgens Gutwirth tot gevolg dat het recht instrument wordt van de menswetenschappen. Het recht wordt dan een 'manipuleerbaar verhaal'.⁵⁴ Dat wil zeggen dat het recht wordt misbruikt door andere wetenschappen om een bepaald idee van de werkelijkheid op te dringen en een juridische status te geven. Er is niet gezegd dat wetenschappers doelbewust het recht daarvoor misbruiken, noch dat speciaal antropologen deze neiging tot misbruik hebben. Dat hoeft ook niet. Het gaat erom dat het recht voldoende geëquipeerd is om zich tegen deze al dan niet doelbewuste pogingen om één waarheid op te dringen te wapenen. De hierboven beschreven interpretatie van waarheidsvinding moet manipulatie van het recht in ieder geval voorkomen en vraagt van wetenschappers die als deskundigen in strafzaken worden ingeschakeld een zekere bescheidenheid.⁵⁵ Maar dit is niet genoeg. Het voorkomen van manipulatie moet reeds in het recht gelegen zijn. Daarom moet nu het rechtsbegrip worden omschreven waarin die manipulatie inderdaad niet mogelijk is.

5 RECHTSBEGRIP EN WAARHEIDSVINDING

5.1 De bemiddelende rol van het recht

Het recht moet in een democratische rechtsstaat een structuur bieden waarin macht wordt begrensd en een basisstructuur van de samenleving wordt

naal en nationaal perspectief, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 30). Deze veronderstelling, die wordt gestaafd met diverse citaten uit beleidsrapporten waarin een bepaalde objectieve visie op de waarheid van criminaliteit wordt beschreven, is volgens Foqué en 't Hart gevaarlijk, want leidt uiteindelijk tot vervreemding van bijv. het recht en het denken over de democratische rechtsstaat (p. 32) t.o.v. van de rechtspraktijk.

53 S. Gutwirth, *a.w.*, p. 476.

54 S. Gutwirth, *a.w.*, p. 257.

55 In Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, NJ 2001, 130 werd dan ook terecht één van de deskundigen, die meende dat in het strafrecht een verkeerd idee van handelingsvrijheid werd gehanteerd bij culturele delicten, op zijn plaats gewezen. Een deskundige verklaart over zijn wetenschap, niet over het recht als dat zijn deskundigheid niet is.

uitgewerkt. Foqué en 't Hart hebben het rechtsbegrip relationeel genoemd.⁵⁶ In een relationele rechtsopvatting wordt getracht mensen zoveel mogelijk vrijheid te bieden, terwijl tegelijkertijd de staat de middelen in handen heeft om tegen inbreuken op de vrijheden van mensen (door anderen) op te treden. Het recht is grondvoorwaarde en randvoorwaarde voor machtsuitoefening.⁵⁷ Het is 'voorwaardenscheppend'. Dat wil zeggen dat het de structuur geeft

'die mensen binnen de staat als rechtssubjecten aan het maatschappelijk leven doet deelnemen en geeft daarmee een garantie van concrete vrijheid die alleen binnen deze structuur verwezenlijkt kan worden en die weer een voorwaarde is voor burgerschap.'⁵⁸

De garantie van concrete vrijheid is mogelijk doordat juridische begrippen geen vaste inhoud hebben. Natuurlijk kennen zij een tijdelijk aanvaarde en werkzame interpretatie, maar die is nooit zo dominant en 'zó vanzelfsprekend, dat [...] de interpretatie wordt opgevat als de werkelijkheid zelf.'⁵⁹ Als het recht wordt gebruikt om een bepaalde interpretatie van de werkelijkheid te propageren, wordt miskend dat het recht niet louter een machtsinstrument is dat bijvoorbeeld kan worden ingezet ter bestrijding van criminaliteit, maar de macht altijd uitdaagt.

Die uitdaging wordt door Foqué en 't Hart *bemiddeling* genoemd: in de eerste plaats dagen juridische begrippen ideeën over de empirische werkelijkheid uit door inzichten vanuit andere wetenschappen toe te laten. Met behulp van inzichten uit andere wetenschappen kan het concept verwijtbaarheid en de daarin tot uitdrukking komende handelingsvrijheid ter discussie worden gesteld. Zo kan bijvoorbeeld door inzichten uit de antropologie worden uitgelegd dat van handelingsvrijheid in het navolgen van bepaalde culturele

56 Zie o.a. R. Foqué/A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer/Gouda Quint 1990. Het relationele karakter van het recht vinden zij reeds in het werk van Beccaria en Montesquieu bij wie staatsmacht alleen juridisch wordt gelegitimeerd. Het recht heeft in hun optiek een autonome positie, maar het recht is niet autark: 'het wisselt informatie uit met de buitenwereld waardoor het steeds voor verandering en actualisering vatbaar blijft' (S. Gutwirth, *a.w.*, p. 339-340).

57 R. Foqué, 'Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay', in: P. Kuypers, R. Foqué, P. Frissen (red.), *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, Amsterdam: De Balie 1993, p. 18-44. Deze duale rol van het recht leidt ook tot twee niveaus van rechtsbescherming, namelijk rechtsbescherming binnen het systeem (dus bescherming door de overheid tegen strafbare feiten), maar ook rechtsbescherming tegen het systeem, nu de macht door het recht mogelijk wordt gemaakt maar tegelijkertijd wordt begrensd. Zie ook A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en het mensbeeld van het strafrecht in een democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgevers maatschappij 1995.

58 A.C. 't Hart, 'Rechtsbegrip en multiculturele samenleving', in: A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties*, Den Haag: Sdu 1997, p. 298.

59 A.C. 't Hart, 'Rechtsbegrip en multiculturele samenleving', *a.w.*, p. 304.

normen niet automatisch sprake hoeft te zijn. Tegelijkertijd worden andere wetenschappen in het recht uitgedaagd het recht niet vanuit het binnen die wetenschappen dominante werkelijkheidsideaal te beoordelen en te gebruiken. Het recht is autonoom, waarmee bijvoorbeeld wordt bedoeld dat handelingsvrijheid niet vanzelfsprekend opzij kan worden geschoven (daar waar sprake is van culturele delicten). Handelingsvrijheid blijft uitgangspunt en kan in een concreet geval ter discussie worden gesteld. Het recht vertelt een eigen 'verhaal' waarin de nodige ruimte bestaat voor nieuwe inzichten, maar die inzichten mogen er niet toe leiden dat de bescherming van rechtssubjecten onmogelijk wordt.⁶⁰ Dit ideaal,⁶¹ dat in de Nederlandse strafrechtswetenschap de nodige bijval heeft gekregen, is ook in een multiculturele samenleving van fundamenteel belang.⁶²

5.2 Waarhedenpluralisme en het recht

Deze visie op recht impliceert dat de rechtspraktijk zich niet mag neerleggen 'bij de zelfgeproclameerde onaantastbaarheid van de wetenschappelijke waarheid'.⁶³ Het recht moet ruimte bieden, ruimte voor een *ander verhaal*. Pas als dat andere verhaal kan worden gehoord, is het recht in staat om tussen 'weten' te bemiddelen. Om te kunnen bemiddelen moet het recht zijn begrippen openhouden. Alleen dan kan de kritiek van Van Walsum mijns inziens worden beantwoord. Zij waarschuwt terecht voor de problematische wijze waarop cultuur wordt meegewogen in het rechterlijk oordeel. De introductie van culturele achtergronden vindt volgens haar plaats op een wijze die het uitoefenen van macht, namelijk van één visie op de werkelijkheid, verhult maar die voor deze en toekomstige verdachten nadelige gevolgen heeft. Het werkelijk-

60 R. Foqué, 'Kwetsbaarheid aan het woord brengen. Tegen strafrechtelijk instrumentalisme', in: F. Verbruggen e.a. (red.), *Strafrecht als roeping*, vol. II, Leuven: Leuven Universitaire Pers 2005, p. 1123-1142.

61 't Hart spreekt van een denkkader (*Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer rechtswetenschappen/Gouda Quint 1991, p. 159-160), daarmee tot uitdrukking brengend dat deze visie op recht in de praktijk niet vanzelfsprekend wordt gevolgd. 't Hart's werk is doordrongen van een waarschuwing. Het recht mag niet ontaarden in instrumentalisme, waarmee het recht enkel een middel wordt om macht uit te oefenen, zonder dat die macht is begrensd. Dominantie van het instrumentalisme leidt ertoe dat het recht niet langer een waarborg is tegen absolute werkelijkheidsaanspraken. Elke discussie over de heersende opvatting wordt dan onmogelijk, hetgeen ten koste gaat van de fundamentele vrijheden van het individu.

62 Zie J.M. ten Voorde, *Cultuur als verweer. Een grondslagentheoretische studie naar de ruimte en grenzen van culturele diversiteit in enige leerstukken van materieel strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, hfst. 3.

63 S. Gutwirth, *a.w.*, p. 477. Elders stelt Gutwirth dat het recht niet mag 'verstarren in één werkelijkheidswaan' (p. 346 waarbij hij overigens waarschuwt (p. 355-356) dat dit steeds meer moet worden benadrukt omdat er een tendens is tot wat hij – in Habermasiaanse termen – 'kolonialisering' van juridische begrippen noemt).

heidsbeeld is er namelijk één waarin de culturele achtergrond van de verdachte wordt afgeschilderd als ‘achterlijk’ zonder dat die culturele achtergrond daadwerkelijk wordt geanalyseerd. Het predicaat achterlijk wordt zelfs, aldus Siesling, door raadslieden gehanteerd als argument tot strafvermindering of -uitsluiting en soms in de jurisprudentie overgenomen.⁶⁴

In Amerikaans onderzoek is aangetoond dat ook in Amerikaanse rechtspraak bepaalde classificaties van een verdachte worden gebruikt en zelfs door de rechter worden overgenomen.⁶⁵ De verdachte is niet achterlijk, maar wordt afgeschilderd als een ‘nobele wilde’ die niet in staat is in vrijheid te handelen. Als gevolg daarvan is opzet op een bepaald gevolg (bijvoorbeeld de dood van iemand) moeilijk vast te stellen. De raadsman in de Ouderkerkse zaak leek (gelet op diens minimale argumentatie is dat niet zeker) zich ook op dit standpunt te stellen. Dat had voor deze verdachte positief kunnen uitwerken als het verweer was aanvaard. Immers, als opzet niet kon worden aangenomen, kon medeplegen van moord niet worden bewezen verklaard en zou de vrouw vrijuit zijn gegaan. Aanvaarding van een dergelijk verweer door de strafrechter moet echter met de nodige scepsis worden bekeken. Het Amerikaanse onderzoek laat zien dat, indien een toekomstige verdachte eenzelfde uitkomst wenst, hij zich moet presenteren als ‘nobele wilde’. Dit is een ‘crude stereotype, reducing herself to the dominant culture’s caricature of her.’⁶⁶ We zien hier het probleem dat we eerder zagen: nadat een cultuur is geclassificeerd, wordt niet verder gezocht. Telkens wordt ervan uitgegaan dat als de ene verdachte zo heeft gehandeld, de andere dat ook wel zo zal doen, omdat dat hun cultuur is. De Amerikaanse onderzoekster Holmquist stelt dat dergelijke classificaties

‘may justify white feelings of superiority, further entrench racism, and bolster anti-immigrant sentiment. Such gendered and cultured notions of predetermined actions not only perpetuate disempowering stereotypes, but also deny these (...) defendants a claim to complexity, a claim to agency.’⁶⁷

Hoewel gevoelens van superioriteit zeker niet in de Nederlandse jurisprudentie zijn terug te vinden, is vooral het laatste deel van dit citaat van belang. De

64 M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken*, a.w., p. 208-209. Men zou kunnen zeggen dat dit een processtrategie is, die elke verdediging mag innemen. De vrijblijvendheid hiervan kan worden betwist (zie noot 25).

65 Zie bijv. L. Volpp, ‘(Mis)identifying Culture. Asian Women and the “Cultural Defense”’, *Harvard Women’s Law Journal* 1994, p. 57-101; C.L. Briggs en C. Mantini-Briggs, “Bad Mothers” and The Threat to Civil Society: Race, Cultural Reasoning And The Institutionalization of Social Inequality in A Venezuelan Infanticide Trial’, *Law & Social Inquiry* 2000, p. 299-354; R.J. Yen, ‘Racial Stereotyping of Asians and Asian Americans and Its Effects on Criminal Justice: A Reflection on the Wayne Lo Case’, in: *Asian Law Journal* 2000, p. 1-28.

66 K.L. Holmquist, ‘Cultural Defense or False Stereotype? What Happens when Latina Defendants Collide with the Federal Sentencing Guidelines’, *Berkeley Women’s Law Journal* 1997, p. 66.

67 K.L. Holmquist, a.w., p. 67.

verdachte wordt niet meer als rechtssubject gezien en staat daardoor bloot aan een (door de staat aangehangen) werkelijkheidsopvatting die de vrijheden van elk individu kan beperken. Er ontstaat een tunnelvisie: al snel in het onderzoek wordt van een bepaalde waarheid uitgegaan. De verdachte heeft nauwelijks ruimte om zich daartegen te verzetten. Als het recht niet open wordt gehouden, maar uitdrukking is van een bepaalde macht, en kritiekloos bijvoorbeeld de opvatting huldigt dat eerwraak kan worden ten laste gelegd als moord en deelnemers altijd medeplegers zijn, ontstaat een systeem waarin debat over waarheid niet meer mogelijk is. Dat geldt voor 'normale' strafzaken, zoals het verleden heeft geleerd, maar ook voor culturele strafzaken.⁶⁸ Enerzijds beschermt rechtssubjectiviteit dus de mens tegen een bepaalde werkelijkheidsopvatting. Anderzijds scheidt zij ruimte voor de mens om zich volledig aan de wereld te tonen zonder dat hij daarin wordt belemmerd. Juist het kunnen tonen aan de wereld als uniek wezen wordt door het zijn van rechts-subject mogelijk gemaakt. Maar rechtssubjectiviteit leidt er niet toe dat de staat zich weinig van het rechtssubject aantrekt. Er is sprake van betrokkenheid. Van de strafrechtjurist moet worden verwacht dat hij kijkt en luistert en zich bekommert om de 'lotgevallen van mensen',⁶⁹ zonder die mensen in een bepaald keurslijf te vatten.

6 RECHTVAARDIGE EN REDELIJKE WAARHEIDSVINDING

In paragraaf 2 is een omschrijving van materiële waarheidsvinding gegeven waarbij de nadruk werd gelegd op feitenvaststelling en behoorlijkheid. Over feitenvaststelling is in paragraaf 4 het nodige gesteld. Van belang is dat mensen bij feitenvaststelling gebruik maken van taal en tekens. Het gebruik daarvan bindt ons aan regels. Die regels bepalen wat de betekenis is van wat wij waarnemen. Feiten zijn daarom nooit neutrale feiten, maar altijd afhankelijk van de regels die ons handelen begeleiden. Dat betekent dat feiten die door mensen worden omschreven aan taal en tekens zijn onderworpen. Wat het resultaat is van die onderwerping, wordt echter niet enkel bepaald door de taal en tekens maar ook door de waarneming zelf. De mens staat daarom niet

68 Tekenend voorbeeld is het vonnis van de Rb Dordrecht 24 juni 2004, *LJN AP4401* waarin door de officier van justitie medeplegen van moord ten laste was gelegd, in de overtuiging dat – omdat volgens het OM sprake was van eerwraak – de deelnemers aan de eerwraak dus medeplegers waren (omdat de criteria om van eerwraak te spreken in medeplegen zouden kunnen worden vertaald). De rechtbank sprak de verdachte echter vrij en wees er in het vonnis fijntjes op dat er wellicht sprake was van medeplichtigheid aan moord (hetgeen niet was ten laste gelegd). Het voordeel lag nu bij de verdachte, omdat het OM zich had blindgestaard op de vermeende regel dat eerwraak medeplegers veronderstelt. Maar de ervaring leert dat dit voordeel in slechts weinig gevallen bij de verdachte ligt.

69 R. Foqué, 'Kwetsbaarheid aan het woord brengen', *a.w.*, p. 1136.

in een passieve relatie tot het waargenomene, maar beïnvloedt het resultaat van zijn waarneming.⁷⁰

In relatie tot het strafrecht wil dit zeggen dat wat wordt waargenomen altijd wordt gezien vanuit het perspectief van het ten laste gelegde en daarmee samenhangend met de delictomschrijving waarop de tenlastelegging is gebaseerd. Wanneer Crijns en Van der Meij aangeven dat in het strafproces 'niet meer materiële waarheid hoeft te worden vastgesteld dan nodig is voor de juiste toepassing van het materiële strafrecht',⁷¹ neem ik aan dat zij ook bedoelen dat feiten en normen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Feitenvaststelling is een activiteit die verbonden is met ervaringen van het onderzoekende subject die op zichzelf weer verbonden zijn met normen.⁷² Deze verbondenheid stelt de waarheidsvinding niet aan normen ondergeschikt. Het resultaat van waarneming is het betekenis geven aan het waargenomene. Die betekenis is weliswaar van waarneming afhankelijk, maar de betekenis die aan een waarneming wordt gegeven, beïnvloedt ook de waarneming. De mens kan er voor kiezen om het vaststellen van feiten autonoom te laten geschieden, dat wil zeggen nieuwe wegen te vinden om na te gaan hoe de werkelijkheid kan worden omschreven met 'nog niet beproefde wijzen van omgaan met de ervaringswerkelijkheid'.⁷³ Toegepast op het strafrecht betekent dit dat het beschrijven van feiten plaatsvindt vanuit een tenlastelegging die op haar beurt weer verwijst naar een bepaalde norm (die aan de delictomschrijving ten grondslag ligt). Die norm wordt door de rechter geïnterpreteerd in zijn beslissing, wat tot uitdrukking komt in de betekenis die aan bestanddelen van de delictomschrijving wordt toegekend. Het vaststellen van wat is geschied, is ook mogelijk buiten de gebaande paden van de delictomschrijving. Dan gaat het om het zoeken naar mogelijkheden bepaalde feiten wel of juist niet onder het bereik van de delictomschrijving te laten vallen. De omstandigheid dat juridische begrippen open zijn, biedt hiertoe gelegenheid. Openheid voorkomt verstarring in één 'werkelijkheidswaan' en daagt de (straf)jurist uit zijn eigen begrippen opnieuw, door een andere 'ervarings'bril, te bezien en de hem voorliggende feiten daarop toe te passen. Het vaststellen van feiten is dus nooit een vooraf uitgemaakte zaak.⁷⁴

Strafrechtelijke waarheidsvinding is ook aan eisen van 'redelijkheid en rechtvaardigheid' gehouden (zie paragraaf 3.1). Redelijke en rechtvaardige,

70 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 131.

71 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 52-53.

72 J.F. Nijboer en J.C. Jarigmsma, *a.w.*, p. 26-27. Zie uitgebreid M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 46-77.

73 J.F. Glastra van Loon, *a.w.*, p. 130-131, 132.

74 J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht. Commentaar op de artt. 338-344 W.v.Sv. in het algemeen en op de artt. 338 en 339 in het bijzonder* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1982, aant. 6-9 (i.h.b. p. 16, 17, 19-22).

kortom behoorlijke, waarheidsvinding biedt mogelijkheden om de abstracte beschouwingen van paragraaf 4 en 5 te vertalen naar een meer concrete manier van werken. Met een redelijke en rechtvaardige waarheidsvinding breng ik dan ook allereerst tot uitdrukking dat de grondslag daarvoor ligt in het waarhedenpluralisme en het in paragraaf 5 weergegeven rechtsbegrip. Dit rechtsbegrip biedt ruimte voor het 'andere weten'. Die ruimte is echter niet onbeperkt. Hiervoor moeten we het waarhedenpluralisme nader afbakenen. Waarhedenpluralisme moet niet worden verward met waarhedenrelativisme, oftewel 'volstrekt subjectivisme en decisionisme: "ieder zijn verhaal" in de zin van "ieder zijn waarheid"'.⁷⁵ Hieruit volgt dat ruimte bieden voor ander weten nooit kan leiden tot het volkomen terzijde stellen van het eigen perspectief, nu het verlaten van de eigen 'morfologie' door de jurist onmogelijk is.⁷⁶ Wanneer de verdachte (of het slachtoffer) met een andere interpretatie van feiten komt, moet 'de eigen positie in het licht van die van ander nader word[en] verkend zodat een compromis denkbaar wordt.'⁷⁷ Behoorlijke waarheidsvinding plaatst de waarheidsvinding in een breder perspectief: het gaat zeker in geval van geschillen die betrekking hebben op de manier waarop verschillende groepen mensen moeten samenleven, ook om het vinden van de voorwaarden waaronder dat samenleven vorm kan krijgen. Het wisselen van perspectief doorbreekt de vanzelfsprekendheid van een heersende 'verhaalstructuur'. Er wordt echter niet zozeer een betere verhaalsstructuur tegenover gesteld; enkel het heersende weten wordt uitgedaagd. Pas als de rechter de uitdaging van betwisting van de heersende verhaalsstructuur serieus neemt, kan van een behoorlijke (rechtvaardige) waarheidsvinding worden gesproken.

Het voert mijns inziens te ver om uit de kritiek op de in paragraaf 2 besproken uitspraken af te leiden dat daarin sprake was van een niet-rechtvaardige waarheidsvinding. In diverse zaken is geprobeerd het andere weten aan bod te laten komen. Ook kan worden aangenomen dat nog niet beproefde wijzen van omgaan met de ervaringswerkelijkheid zijn geïntroduceerd. De zaak die leidde tot HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 668 is daarvan een voorbeeld. In deze zaak was de rechter bereid zich te verplaatsen in het perspectief van het slachtoffer en te zoeken naar mogelijkheden haar beleving van de feiten te betrekken in zijn oordeel. Het verplaatsen in een ander perspectief moet mijns inziens met voorzichtigheid plaatsvinden. Het doorbreken van een heersende verhaalsstructuur door het accepteren van een ander verhaal is alleen aanvaardbaar als de andere verhaalsstructuur niet zo wordt toegepast

75 A.C. 't Hart, 'Rechtsbegrip en multiculturele samenleving', *a.w.*, p. 244. Zie ook M. Hildebrandt, 'Punitieve handhaving en sociale cohesie in een multiculturele samenleving', in: P.B. Cliteur & V. Van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 327-328.

76 Zie A.C. 't Hart, 'Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur', in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid*, Leuven/Zwolle: Acco/W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 460.

77 M. Hildebrandt, 'Punitieve handhaving en sociale cohesie in een multiculturele samenleving', *a.w.*, p. 328.

dat hierover geen discussie meer mogelijk is. De ruimte voor het andere verhaal betekent niet dat het andere verhaal dan dominant moet worden. Dan beginnen de problemen weer van voor af aan. Er moet worden voorkomen dat het toepassen van de andere verhaalsstructuur plaatsvindt zonder betrokkenheid op de persoon wiens verhaal wordt gebruikt. Daarmee bedoel ik dat bij waarheidsvinding altijd na classificatie een beoordeling op de persoon van de verdachte (of het slachtoffer, getuigen) moet plaatsvinden. Te vaak blijkt uit strafzaken dat wel is getracht inzicht te verschaffen in de culturele achtergrond van de verdachte, waarbij echter na classificatie (dat wil zeggen dat bepaald gedrag tot een bepaalde cultuur hoort) niet is stilgestaan bij de betekenis van die cultuur voor de verdachte.

Rechtvaardige waarheidsvinding laat de verdachte (en het slachtoffer) het woord voeren en biedt ruimte een andere ervaringswerkelijkheid te introduceren. Deze werkelijkheid wordt serieus behandeld. Het belang daarvan is niet alleen gelegen in de waarheidsvinding zelf, maar in de beslissing na het debat over de feiten. Een rechterlijke beslissing dient namelijk, zeker in een multiculturele samenleving, ook de sociale cohesie te bevorderen. Slechts door het serieus nemen van de positie van de ander, kan de eigen positie over de feiten aan een kritisch oordeel worden onderworpen. Het serieus nemen van de positie van de ander betekent het innemen van de plaats van de ander en van daaruit de eigen opvatting van de feiten bestuderen en te begrijpen waarom de ander een andere mening erop nahoudt. Deze bereidheid van perspectief te wisselen moet in het recht door het recht mogelijk worden gemaakt.⁷⁸ Pas dan is sociale cohesie in een veelheid van culturen mogelijk.⁷⁹ De beslissing die na de perspectiefwisseling op basis van het geldend recht wordt genomen moet voor iedereen acceptabel zijn, met andere woorden een einde maken aan het dispuut. In termen van Ricoeur betekent dit dat, zelfs als het perspectief van de ander niet is overgenomen en tot uitdrukking komt in het vonnis (denk aan de vader van Ali in de Veghelse zaak), de ander moet kunnen verklaren dat hij als rechtssubject is erkend.⁸⁰ Dat wil zeggen dat hij tevreden is, dat naar hem is geluisterd, terwijl hij zijn argumenten naar voren heeft gebracht en van oordeel is dat de rechter betrokkenheid heeft getoond in de beoordeling van zijn verweer. Dit geldt natuurlijk niet alleen in culturele strafzaken; wanneer wordt gestraft, kunnen we spreken van miskennis. Straffen kunnen pas rechtvaardig zijn, als daarin ook sprake is van een zekere mate van erkenning. Die erkenning moet door de rechter tot uitdrukking worden gebracht.

78 Zie over deze perspectiefwisseling M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel*, a.w., p. 61-66.

79 Zie M. Hildebrandt, 'Punitieve handhaving en sociale cohesie in een multiculturele samenleving', a.w., p. 328.

80 P. Ricoeur, *The Just*, Chicago/London: The University of Chicago Press 2000, p. 131-132.

Betrokkenheid tonen door bereid te zijn van perspectief te wisselen moet niet alleen principieel mogelijk zijn, maar ook daadwerkelijk plaatsvinden. Rechtvaardige waarheidsvinding moet in de praktijk worden omgezet in een redelijke waarheidsvinding. In hun verhandeling over waarheidsvinding hebben Knigge en Groenhuijsen met redelijke waarheidsvinding alleen aangegeven hoe waarheidsvinding *in redelijkheid* kan worden beperkt.⁸¹ Zij signaleren een aantal procesrechtelijke beperkingen, maar plaatsen slechts een kanttekening bij de belangrijke invloed van het materiële strafrecht op de waarheidsvinding. Die invloed kan in culturele strafzaken niet worden onderschat. De casus die ik in paragraaf 3 heb behandeld, laten zien dat de culturele achtergrond van de verdachte van invloed kan zijn op de waarheidsvinding. In de verschillende casus is door de rechter ook een zekere gevoeligheid voor cultuur getoond, zij het binnen juridische grenzen. Het voeren van een verweer waarin op de culturele achtergrond van de verdachte wordt gewezen, zoals in de Ouderkerkse zaak, kan ook alleen binnen de bestaande juridische grenzen plaatsvinden.⁸² Dit past in het gegeven dat de verhaalsstructuur van het recht niet zomaar opzij kan worden gezet. Redelijke waarheidsvinding wordt echter niet alleen door procesrechtelijke criteria begrensd, ook door de structuur van het materiële strafrecht. De vraag is echter of deze structuur aan cultuurgevoeligheid in de weg mag staan. Met Ricoeur is opgemerkt dat van rechtvaardige waarheidsvinding pas sprake is als de verdachte als rechtssubject wordt erkend. Het gaat dan om het tonen van betrokkenheid. Is er echter wel sprake van betrokkenheid als bij voorbaat vaststaat dat betrokkenheid in niets uitmondt? Van redelijke waarheidsvinding kan naar mijn mening dan ook alleen sprake zijn als, binnen de noodzakelijke juridische grenzen, uitdrukking wordt gegeven aan betrokkenheid op bijvoorbeeld de verdachte.

In tegenstelling tot rechtvaardige waarheidsvinding, waar een abstracte morele schets van waarheidsvinding wordt gegeven, betekent redelijke waarheidsvinding het ontwikkelen van een concrete methode waarmee culturele achtergronden in de waarheidsvinding kunnen worden betrokken. Het gaat daarbij niet alleen om erkenning met de mond belijden, maar haar omzetten in een juiste procedure. Kenmerkend voor die procedure is dat zij rechtvaardig is en dus dat daarin de idee van waarheidsvinding in overeenstemming is met hetgeen in paragraaf 3 is beschreven. Daar komt bij dat een idee van recht wordt gebezigd waarin wordt voorkomen dat waarheidsvinding ontaardt in het opleggen van één waarheid, zonder dat deze in een parcours van uitwisseling van opvattingen en ideeën tot stand is gekomen. Met Gutwirth kunnen we hier spreken van een spel, waarin verschillende gelijkwaardige verhalen tot de rechter komen en hij op basis daarvan, en niet op basis van één verhaal, tot een oordeel komt. Uiteindelijk zal de rechter zich in dit debat moeten

81 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *a.w.*, p. 18-22.

82 Zie G.H. de Vries, *a.w.*, p. 24.

positioneren en een beslissing nemen.⁸³ De finaliteit van die beslissing kan alleen overtuigend zijn wanneer de beslissing zelf tot stand is gekomen op een wijze waarin ook daadwerkelijk naar het verhaal van de verdachte is geluisterd. De erkenning die aldus in de rechterlijke uitspraak tot uitdrukking moet komen kent twee zijden. Allereerst moet erkenning door het rechtssubject zijn ervaren. Hij moet het idee hebben weer als rechtssubject te zijn opgenomen in de gemeenschap.⁸⁴ De transformatie van object in het vooronderzoek naar rechtssubject in het eindonderzoek moet zijn definitieve uitdrukking in het rechterlijk vonnis krijgen. Daarnaast is erkenning altijd introspectief.⁸⁵ Het gaat om het uitdagen van de bestaande kennis en het vervolgens binnen de grenzen van het gegeven recht 'tot een vergelijk komen' met de ander. Het tot een vergelijk komen betekent geen relativisme. Het betekent ook dat het vergelijk slechts in één geval, namelijk het ter behandeling staande geval, kan worden bereikt. Het bereiken van sociale cohesie is aldus een nastrevenswaardig ideaal, maar voorkomen moet worden dat wanneer die sociale cohesie niet wordt bereikt, de idee ontstaat dat het proces dus is mislukt. Het strafrecht is voor het bereiken van sociale cohesie veelal niet het juiste middel, ook niet in culturele strafzaken.⁸⁶ Dit neemt niet weg dat dan het tot een vergelijk komen ook als een onhaalbaar ideaal terzijde moet worden gesteld. Een begin van sociale cohesie kan worden bereikt als aan het eind van het proces de verdachte de overtuiging bekomt eerlijk te zijn behandeld. Dat gevoel kan worden bereikt als hij voldoende gelegenheid heeft gekregen het woord te voeren en bepaalde billijke eisen (zoals het horen van een bepaalde getuige of het oproepen van een deskundige) zijn gehonoreerd. Ook de inhoud van het vonnis kan bijdragen aan een begin van sociale cohesie. Een gemotiveerde reactie op een (uitdrukkelijk onderbouwd) standpunt van de verdachte is daarvan een voorbeeld.

7 SLOT

Met het voorgaande is getracht aan te geven dat de confrontatie tussen het strafrecht en de multiculturele samenleving ook op het terrein van de waarheidsvinding sporen nalaat. In deze bijdrage heb ik willen duidelijk maken dat het aloude principe van materiële waarheidsvinding in het strafproces ter discussie komt te staan door culturele strafzaken. De criteria voor materiële

83 S. Gutwirth, *a.w.*, p. 345-346.

84 Zie M. Hildebrandt, 'Trail and "Fair Trial": From Peer to Subject to Citizen', in: R.A. Duff e.a. (red.), *The trial on Trial. Judgment and Calling to Account*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 15-36.

85 P. Markell, *Bound by Recognition*, Princeton en Oxford: Princeton University Press 2003, p. 25-38.

86 W. van den Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', in: W. van den Burg, C.J.M. Schuyt, J.H. Nieuwenhuis, *a.w.*, p. 37.

waarheidsvinding, namelijk objectieve feitenvaststelling en behoorlijkheid, worden door culturele strafzaken opnieuw in volle scherpte uitgedaagd. Die uitdaging gaat mijns inziens verder dan alleen culturele strafzaken. Dergelijke strafzaken zijn, zoals door rechters steevast wordt benadrukt, net als andere zaken betreffende zeden- en levensdelicten complex en kenmerken zich door een langdurig opsporingsonderzoek waarin een groot aantal vragen moet worden beantwoord, over de feiten en over de verdachte. Het is niet de plaats om dit standpunt te betwisten. Het kan worden gebruikt om iets anders te benadrukken. Als culturele strafzaken niet anders zijn dan 'normale' strafzaken, zullen de bijzondere vragen die bij culturele strafzaken over waarheidsvinding naar voren komen en in deze bijdrage zijn behandeld, ook bij 'normale' strafzaken op één of andere wijze terugkomen. Dit betekent dat mijn betoog over waarheidsvinding en de positie van het recht voor 'normale' complexe strafzaken niet anders kan luiden.

Dit betekent allereerst dat feitenvaststelling niet louter objectief is. Feitenvaststelling is een parcours waarbinnen met behulp van verschillende perspectieven een bepaald standpunt over feiten kan worden geformuleerd. Dit laat een diversiteit aan opvattingen over feiten toe, waardoor we niet meer kunnen spreken van 'de' waarheid, maar van een waarhedenpluralisme. Dit waarhedenpluralisme kan alleen worden gegarandeerd met behulp van een grondig doordacht rechtsbegrip. Dit rechtsbegrip bedt macht in, voorkomt dat één waarheid domineert en geeft ruimte voor het uitdagen van bestaande interpretaties van de werkelijkheid die zich ook in juridische begrippen op een zeker moment kunnen manifesteren. Juist in culturele strafzaken kan die werkelijkheid, die vaak is verhuld in juridische begrippen, in confrontatie met 'ander weten' aan de oppervlakte komen en worden uitgedaagd. Van belang is dat het waarhedenpluralisme geen relativisme inhoudt. De uitdaging van het recht door 'ander weten' is, in het belang van sociale cohesie (en in het belang van minderheidsgroepen zelf), niet onbeperkt. Tegelijkertijd mag het ander weten niet de facto onmogelijk kunnen worden gerealiseerd. Een rechtvaardige en redelijke waarheidsvinding zoekt binnen de grenzen van het geldend recht telkens opnieuw naar mogelijkheden ook andere visies op de werkelijkheid in het recht te incorporeren. Dit geldt niet alleen voor culturele strafzaken, maar voor alle strafzaken.

F. de Jong

‘But it is individuals who are punished. Inasmuch as guilty signifies punishable, guilt moves from the acts back to the authors. But something is owed to the guilty. (...) If it is true that one of the functions of the trial is to substitute discourse for violence, discourse for murder, it is a fact that everyone does not have the same access to the arms of discussion. (...) It is then the judgment on the law made from outside by morality that justifies the adage: *summum jus, summa injuria*. This judgment made by morality on justice is extended to a judgment made within the judicial system, in the form of injunctions addressed to justice, requiring that it be ever more just, that is to say, at once more universal and more singular, more concerned with the concrete conditions of equality before the law and more attentive to the narrative identity of those who appear before it. All of this is implied in the consideration of persons.’¹

1 INLEIDING

Deze bijdrage wil het materiële waarheidsbegrip, zoals dat thans binnen het strafrecht en de strafrechtswetenschap wordt gedefinieerd en gebruikt, onder kritiek stellen met behulp van een ‘narratieve’ interpretatieleer. De hypothese luidt dat het materiële begrip van waarheid een positivistisch, aan de natuurwetenschappelijke kennisleer ontleend waarheidsconcept vormt, dat niet zonder meer verenigbaar is met het normatieve en narratief gestructureerde werkelijkheidsdomein waarover het strafrecht zijn oordelen velt. Deze problematische verhouding tussen materiële waarheid en strafrechtelijke oordelen hangt samen met de omstandigheid dat de strafrechtelijke rechtsvinding met ‘absolute feiten’ alléén niets kan aanvangen. De strafrechtelijke rechtsvinding is een *normatieve* operatie, gericht op de toerekening van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan personen voor door hen gepleegde strafbare feiten. De eerstvolgende paragraaf is gewijd aan de van de rechtsvinding te onderscheiden waarheidsvinding en aan de betekenis van het materiële waarheidsbegrip daarbinnen. Vervolgens komt in paragraaf drie, die handelt over de materieel-strafrechtelijke rechtsvin-

1 P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, Londen/Chicago: University of Chicago Press 2006, p. 473-474.

ding, de betekenis van de zo-even aangestipte toerekening aan de orde. In aansluiting daarop zal in paragraaf vier worden betoogd, dat het strafrecht is aangewezen op ‘verhalen’ om strafrechtelijke aansprakelijkheid aan een persoon te kunnen toerekenen. In paragraaf vijf wordt besproken welke implicaties deze narratieve schakel tussen waarheidsvinding en toerekening heeft voor het strafrechtelijke waarheidsbegrip. In paragraaf zes worden deze implicaties toegelicht met enkele overwegingen over de normativering van het subjectieve delictsbestanddeel opzet.²

2 WAARHEIDSVINDING

Het wordt als een belangrijk uitgangspunt van ons strafrecht beschouwd, dat het materiële strafrecht zoveel mogelijk ‘dient te worden toegepast in overeenstemming met de werkelijkheid, het werkelijk voorgevallene, met de materiële waarheid.’³ Daarmee wordt niet bedoeld, dat de normen van het strafrecht eerst kunnen worden toegepast zodra de ‘werkelijkheid’ als zodanig in alle objectiviteit is opgehelderd. Wél moet de rechter, binnen de door de tenlastelegging toegestane bandbreedte, en in de mate waarin dit voor een juiste toepassing van het materiële strafrecht nodig is, een zo objectief mogelijke interpretatie bieden van de voor de strafrechtelijke beoordeling relevante feiten van het desbetreffende geval. Het uitgangspunt luidt, dat een veroordeling niet eerder kan worden uitgesproken dan nadat de rechter heeft vastgesteld dat de in de tenlastelegging geformuleerde ‘feiten’ overeenkomen met hetgeen in de ‘werkelijkheid’ heeft plaats gevonden. In deze voorstelling van zaken gaat de materiële waarheidsvinding derhalve vooraf aan, vormt zij zelfs de enige legitieme grondslag voor de beoordeling van de strafbaarheid van de

2 Deze bijdrage borduurt voort op het in de vorige bundel van het strafrechtelijke aio-netwerk verschenen artikel: F. de Jong, ‘Tussen schuld en gedraging: normativering’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 65-84.

3 J. Crijns en P. van der Meij, ‘Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding’, in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69, p. 52. Het materiële waarheidsbegrip van het strafrecht wordt veelal afgezet tegen het formele of relatieve waarheidsbegrip zoals dat binnen het civiele recht zou worden aangehangen: de door partijen overeengekomen waarheid die niet hoeft overeen te komen met de materiële waarheid. Deze tegenstelling is relatief. Enerzijds benadrukken verschillende auteurs dat ook in het civiele recht de materiële waarheid gezocht wordt, zij het op een andere wijze; zie J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 48-50. Anderzijds betoogt G. Knigge, ‘De schijn van waarheid’, in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 33-43, dat hetgeen in het strafrecht voor de materiële waarheid wordt gehouden, in veel gevallen een formele of door partijen geconstrueerde waarheid betreft.

terechtstaande persoon.⁴ Laatstbedoelde beoordeling staat centraal binnen de materieel-strafrechtelijke rechtsvinding, waarover meer in de volgende paragraaf.

De waarheidsvinding is gericht op het aanleveren van de 'onbewerkte' grondstoffen voor het uiteindelijke bewijs. De hierna te bespreken rechtsvindingsfase 'bewerkt' deze grondstoffen door hen op te nemen in een verband dat het mogelijk maakt te beslissen over de schuld of onschuld van de terechtstaande verdachte. Slachtoffers van delicten doen aangifte bij de politie; politieambtenaren constateren zelf strafbare feiten; getuigen verklaren over wat zij hebben waargenomen; opsporingsambtenaren passen dwangmiddelen en andere bevoegdheden toe; bevindingen worden neergelegd in processen-verbaal; stukken worden toegevoegd aan het dossier. In het dossier worden de producten van de waarheidsvinding vastgelegd. De in het dossier gefixeerde herinneringen aan ondervindingen en waarnemingen zijn binnen ons stelsel van strafvordering, waarin recht in hoge mate 'op stukken' wordt gedaan, van grote betekenis. Het verwondert niet dat aan de inhoud van het dossier een groot vertrouwen wordt gehecht.⁵ Het is voor een legitieme strafrechtspleging cruciaal dat in beginsel op de inhoud van het dossier kan worden vertrouwd.⁶ De hierboven genoemde grondstoffen moeten corresponderen met de werkelijkheid, met de materiële waarheid. Indien zou moeten worden aangenomen dat de strafrechtelijke waarheidsvinding op geen enkele wijze tot werkelijkheidsgetrouwe resultaten kan leiden, dan zou ieder strafrechtelijk schuldoordeel worden geperverteerd in zijn tegendeel: willekeurige leedtoevoeging.

Het voorgaande neemt niet weg dat de waarheidsvinding in het strafrecht op verschillende wijzen is ingeperkt en dus niet 'absoluut' is. Het onderzoek door de zittingsrechter beperkt zich in eerste instantie tot een toetsing van de tenlastelegging. De zogenoemde 'grondslagler' maakt het de rechter in beginsel onmogelijk wat betreft de beantwoording van de bewijsvraag buiten de kaders van de door het Openbaar Ministerie opgestelde tenlastelegging

4 C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar de grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27, i.h.b. p. 20-24.

5 Ricoeur wijst op een overeenkomst tussen de historicus die een interpretatie geeft van voorbije 'gebeurtenissen' en de rechter die daarover zijn oordeel velt. Beiden worden geacht hun taak op een waarheidsgetrouwe wijze te vervullen. Beiden baseren zich op gebeurtenissen die zijn overgeleverd door middel van getuigenissen, documentatie en archivering. En voor beiden worden deze fasen van 'testimony' en 'documentation' beheerst door het postulaat van vertrouwen. Zie P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 161-181, 253-254, 278, 316.

6 Dat dit vertrouwen binnen ons systeem van strafvordering, in 'normatieve' zin, een noodzakelijke voorwaarde is voor een legitieme strafrechtspleging, wil nog niet zeggen dat dit vertrouwen, in 'empirische' zin, altijd gerechtvaardigd is of gerechtvaardigd kan zijn. Zie ook voetnoot 14.

te treden.⁷ Daarnaast is het feitenonderzoek in die zin eenzijdig, dat het in hoofdzaak slechts is gericht op het leveren van het bewijs van de schuld van de verdachte en niet van diens onschuld.⁸ Ten slotte moet er nog op worden gewezen dat ook algemene wetenschapsfilosofische inzichten aan het strafrecht en aan de strafrechtswetenschap niet voorbij zijn gegaan: in de wetenschap is 'kennis' altijd voorlopig en hypothetisch. Nooit is met volstrekte zekerheid te zeggen, of 'de' waarheid daadwerkelijk is gevonden, doordat iedere waarheidsaanspraak kan worden blootgesteld aan pogingen tot falsificatie.⁹ Ondanks al deze relativeringen van het materiële waarheidsbegrip wordt dit begrip binnen het strafrecht nog immer beschouwd als een belangrijk uitgangspunt voor een legitieme strafrechtspleging: de absolute waarheid mag onvindbaar zijn, het streven blijft gericht op het ontdekken daarvan.¹⁰

3 RECHTSVINDING

In de vorige paragraaf werd reeds opgemerkt dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen waarheidsvinding en rechtsvinding in ruimere zin. De vraag waarop de theorievorming over de strafrechtelijke rechtsvinding antwoorden zoekt te formuleren, kan als volgt worden geformuleerd: onder welke voorwaarden is een persoon strafrechtelijk aansprakelijk, oftewel vatbaar voor bestraffing door de overheid? Deze vraag is rechtstreeks verbonden met de theoretische fundamenteën onder ons materiële strafrecht. Het legaliteitsbeginsel verordonneert dat de voorwaarden voor strafbaarheid zo duidelijk mogelijk door de burger in wettelijke delictomschrijvingen kunnen worden aangetroffen, teneinde hem in staat te stellen zijn gedragingen af te stemmen op de verschillende strafrechtelijk geobjectiveerde voorschriften, en hem te vrijwaren

7 Met betrekking tot bijvoorbeeld de vraag naar de aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden is de interpretatievrijheid van de rechter veel ruimer. Zie voor een nadere relativering van de strikte grondslagleer G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 610-617. Zie ook de bijdrage van W. Geelhoed aan deze bundel.

8 Zie, ook voor andere beperkingen van de 'scope' van de materiële waarheidsvinding J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 52-53.

9 Zie J.A.I. Wendt, 'Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat', in: *RM Themis* 2005, p. 181-191. Sinds de verschijning van K.R. Popper, *The logic of scientific discovery*, New York: Harper Torch (1959) 1986, wordt bovendien vrij algemeen onderkend dat *alle* waarneming 'theoriegeladen' is en dus de werkelijkheid al bij voorbaat reduceert. Zie aldaar bijvoorbeeld p. 32; zie ook J.A.I. Wendt, *a.w.*, p. 187-188.

10 C.H. Brants e.a., *a.w.*, p. 20-24. Die publicatie reageert op het binnen het kader van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 gedane voorstel, de aspiratie binnen de strafrechtelijke waarheidsvinding te beperken tot het vinden van 'voldoende waarheid'; zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 18.

van onvoorzienbare strafrechtelijke inmenging in zijn privéleven.¹¹ Het schuld-beginsel verbindt een inhoudelijke eis aan de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid: strafbaar zijn slechts zij, die op enigerlei wijze persoonlijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor door hen verrichte of nagelaten gedragingen.¹² Toerekening van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan slechts op haar plaats zijn, indien en voor zover sprake is van schuld.¹³

Welke precieze betekenis we ook aan het schuldbeginsel willen toewijzen, vast staat dat deze grondslag van de strafrechtelijke toerekening het onderzoek in iedere strafprocedure radicaal doet verschillen van het type onderzoek dat zich 'slechts' ten doel stelt bepaalde feiten overeenkomstig de waarheid boven tafel te krijgen. Sterker: het schuldbeginsel blokkeert iedere mogelijkheid voor de strafrechtspleging de pretentie te voeren dat de 'ware', feitelijke toedracht uit de empirische werkelijkheid zou kunnen worden vastgesteld om vervolgens rechtstreeks aan de werking van de verschillende, daarop toepasselijke normen te worden blootgesteld. Strafrechtelijk toerekenen is namelijk in essentie: individuele verantwoordelijkheid toewijzen. In deze bijdrage wil ik laten zien dat een dergelijke normatieve act zich niet in het keurslijf laat persen van de zoektocht naar objectieve kennis of absolute zekerheid. De gerichtheid van de strafrechtspleging op de vaststelling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid, dus van de schuld, van een persoon aan een gepleegd strafbaar feit manifesteert zich al helemaal bij de aanvang van de strafprocessuele keten: de politiefunctaris die een proces-verbaal opmaakt terzake van een vermoede-

11 Uit artikel 1, eerste lid Sr vloeit voort dat alle strafbare feiten in de wet te vinden moeten zijn en dat misdrijven slechts in wetten in formele zin neergelegd kunnen zijn. Hoewel de in de hoofdtekst aangeduide ratio van het legaliteitsbeginsel nog altijd op een grote consensus kan bogen binnen de Nederlandse strafrechtswetenschap, is zijn status al langere tijd bepaald niet onomstreden. Op deze plek ontbreekt de ruimte, nader op de huidige betekenis van het legaliteitsbeginsel in te gaan. Zie E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003; K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 117-130; en de verschillende bijdragen in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grenzen van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000.

12 Een bepaalde vorm van individuele verantwoordelijkheid geldt als vereiste voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid, niet alleen van 'fysieke' plegers of daders van strafbare feiten, maar tevens van hen, die niet zelf of eigenhandig een delictsgedraging hebben verricht, zoals functionele daders, opdrachtgevers en feitelijke-leidinggevers (artikel 51 Sr). Volgens verschillende auteurs geldt het schuldbeginsel ook ten aanzien van rechtspersonen; zie bijvoorbeeld J. Rense, 'Rechtspersonen in het strafrecht', *DD* 2005, p. 272-298.

13 De betekenis van het strafrechtelijke schuldbeginsel wordt op uiteenlopende wijzen beschreven. In de kern gaat het er echter steeds om, dat de dader individueel verantwoordelijk kan worden gesteld voor hetgeen hij heeft gedaan of nagelaten. Zie over de verschillende aspecten van het schuldbeginsel en over de mate waarin deze aspecten in ons strafrecht (jurisprudentieel) erkenning hebben gevonden bijvoorbeeld A.W.M. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie* (inaugurale rede UU), Deventer: Gouda Quint 1997.

delijk gepleegd strafbaar feit, doet dit reeds mede met het oog op de finale beoordeling van de strafbaarheid van de (potentiële) verdachte.¹⁴

Tegengeworpen zou kunnen worden, dat iedere beslissing in een strafrechtelijke procedure nog altijd moet worden geacht te zijn gebaseerd op ‘feiten’: een ‘klassiek’ opsporingsonderzoek kan bijvoorbeeld eerst een aanvang nemen zodra sprake is van een uit concrete feiten en omstandigheden voortvloeiende verdenking, en een veroordeling kan eerst worden uitgesproken nadat de in een tenlastelegging geformuleerde feiten overeenkomstig de bepalingen van artikel 338 Sv door de rechter zijn bewezenverklaard. Toerekening van strafrechtelijke aansprakelijkheid is inderdaad, als ieder strafrechtelijk oordeel, afhankelijk van feiten. Strafbaarheid kan niet worden aangenomen zolang niet is komen vast te staan dat de aan de verdachte verweten feiten aan de werkelijkheid beantwoorden. In deze voorstelling van zaken gaan de feiten en omstandigheden van het geval in logische zin *vooraf* aan de toepassing van juridische normen en aan de vaststelling van de juridische uitkomst. Op deze wijze wordt de strafrechtelijke interpretatie in de strafrechtspraktijk, bijvoorbeeld in de motiveringen van rechterlijke vonnissen en arresten, doorgaans dan ook gepresenteerd: het recht wordt toegepast op de feiten, de feiten komen eerst.

Maar met een dergelijke weergave van de strafrechtelijke interpretatie kan de rechtswetenschap geen genoegen nemen. Deze weergave is namelijk onvolledig. Wie zich verdiept in de recente literatuur over (strafrechtelijke) rechtsvinding komt tot het inzicht dat de hiërarchische band tussen feiten en normen allerminst vast ligt.¹⁵ In een eerder intuïtieve dan formeellogisch gestructureer-

14 Zie ook G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 7: ‘Elk strafrechtelijk begrip is er in beginsel op gericht inzichtelijk te maken, waarom iemand wel of niet vatbaar wordt voor straf. Elk begrip functioneert als toerekeningscriterium, d.w.z. dat het zijn betekenis ontleent aan het feit dat het de overheid wel of niet legitimeert tot (uiteindelijke) leedtoevoeging.’ V.T. Haket heeft in haar proefschrift aangetoond dat de verhalen van slachtoffers die aangifte doen van verkrachting, gedurende het proces worden gemodificeerd en gepolijst op een wijze waarop de slachtoffers zelf nauwelijks invloed kunnen uitoefenen. Ze noemt de aangifte dan ook een vorm van ‘ghostwriting’; V.T. Haket, *Veranderende verhalen in het strafrecht. De ontwikkeling van verhalen over verkrachting in het strafproces* (diss. Leiden), 2007, geraadpleegd via: <https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/handle/1887/12384>; zie ook ‘De aangifte als ghostwriting’, *NRC Handelsblad* 16 oktober 2007.

15 In de wetenschappelijke literatuur over de rechtsvinding wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen een fase van heuristiek en een fase van legitimatie. Zie C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998, p. 31-38. De heuristische fase kenmerkt zich door een intuïtieve zoektocht naar de best aanvaardbare interpretatie van de feiten van het geval, de toepasselijke normen en de in het licht daarvan aangewezen uitkomst. In de legitimatiefase, die al in de heuristische fase van invloed is, wordt de uitkomst intersubjectief controleerbaar gemaakt, door daaraan een geldige, juridische redenering ten grondslag te leggen. In de motivering van rechterlijke uitspraken treffen wij dan ook niet een weergave van de heuristische zoektocht, wel de formeellogische redenering aan. Zie over de rechtsvinding in het materiële strafrecht bijvoorbeeld E. Claes,

de zoektocht naar de beste oplossing van een rechtsvraag worden mogelijke visies op de feiten en de normen voortdurend met elkaar geconfronteerd, totdat zich een definitieve visie op de feiten, de normen en de in het licht daarvan aangewezen uitkomst heeft uitgekristalliseerd. Normen worden weliswaar toegepast op als voorafgaand voorgestelde feiten, maar tegelijkertijd dwingt de toepassing van iedere norm een bepaalde interpretatie van de feiten en de omstandigheden van het geval af. Normen *produceren* de feiten van een geval daarom niet minder dan dat de feiten dicteren welke normen van toepassing kunnen zijn. De feiten waarop een strafrechtelijke beslissing, bijvoorbeeld een bewezenverklaring of een veroordeling, wordt geacht te zijn gebaseerd, gaan dus niet alleen vooraf aan de interpretatie, zij vormen er ook het *sluitstuk* van.

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat normen en feiten geen geïsoleerde betekenis hebben. Zij beïnvloeden elkaar voortdurend.¹⁶ De betekenis van een norm, bijvoorbeeld een strafbepaling in het Wetboek van Strafrecht, spat nu eenmaal niet van het papier af waarop ze gedrukt staat. De betekenis staat niet vast, want is afhankelijk van de rechterlijke interpretatie waarin de norm wordt betrokken op de feiten van het desbetreffende geval. Ook die feiten van het geval kunnen hun strafrechtelijke betekenis slechts ontleen aan de confrontatie met de strafrechtelijke normen die mogelijkwijs van toepassing zijn. De moderne, 'hermeneutische' rechtsvindingstheorie heeft onder benadrukking van deze inzichten radicaal willen breken met het legalistische interpretatiemodel.¹⁷ Met de term 'legalisme' wordt in de eerste plaats gedoeld op het tegenwoordig alom van de hand gewezen juridische denkpatroon, volgens hetwelk de rechter de gereedliggende feiten van het geval doorgaans slechts hoeft te subsumeren onder de gereedliggende normen van het toepasselijke recht, waarna de juridische uitkomst welhaast 'automatisch' aan de oppervlakte treedt. Gereed ligt er immers niets: feiten, normen en uitkomsten 'zijn' er geen van alle zomaar.

In de tweede plaats kan de term 'legalisme' worden gebruikt in de ruimere betekenis van een bepaald patroon van vooronderstellingen over 'juridische kennis'. Dit patroon, dat buiten het juridische domein kan worden aangeduid met de term 'representationalisme' of 'afbeeldingsdenken', houdt kort gezegd in dat wij het denken niet anders kunnen zien 'dan als een weergave, afbeel-

a.w., K. Rozemond, *a.w.* en B.M.J. van Klink, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid?', *DD* 2001, p. 685-710.

16 B. van Roermund, 'Sprongen bij Scholten', *R&R* 29 (2000) 3, p. 215-228.

17 Zie hierover uitvoerig B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, Bussum: Coutinho 1993. Ik baseer mij in deze bijdrage op rechtsvindingstheorieën (zie voetnoot 15) die weliswaar verschillende accenten leggen, maar die hun hermeneutische grondslag gemeen hebben. Ik ben me ervan bewust dat ook andere opvattingen over (strafrechtelijke) interpretatie de ronde doen, maar meen niettemin dat de hier gebruikte theorieën de huidige stand van de rechtsvindingstheorie het beste vertegenwoordigen.

ding, spiegeling van een buiten het denken staande werkelijkheid.¹⁸ Het bezwaar tegen een representationalistische denkwijze binnen het recht schuilt in de omstandigheid dat zij de weg waarlangs kennis van de rechtswerkelijkheid verkregen wordt, ten onrechte reduceert tot het interpretatieve model waarbinnen de feiten louter grondslag vormen voor, en dus voorafgaan aan de toepassing van normen. Deze reductie vooronderstelt de beschikbaarheid van een ongeïnterpreteerde, nog niet door de begrippen van het strafrecht aangeroerde werkelijkheid, die tot op bepaalde hoogte objectief kan worden opgehelderd teneinde vervolgens te worden onderworpen aan de regels en de dogmatiek van het strafrecht.¹⁹ Langs deze weg wordt dan alsnog uitgegaan van de veronderstelling dat de normen van het recht op de één of de andere wijze zélf hun betekenis en toepassingsbereik kunnen aankondigen en dat de feiten van een geval niets méér doen dan zich de werking van de toepasselijke normen laten welgevallen.²⁰

De feiten waarop het strafrecht pretendeert zijn uiteenlopende beslissingen te funderen, zijn echter geenszins ongerepte, onmiddellijk uit de empirische werkelijkheid gelichte gegevens; zij zijn al bij voorbaat door het interpretatieve raster van de in aanmerking komende strafrechtelijke normen gehaald. In iedere strafzaak vindt, tot aan het eventuele ogenblik waarop de zaak ter cassatie aan de Hoge Raad wordt voorgelegd,²¹ onophoudelijk een onderzoek naar de feiten plaats. Zoals hierboven al werd vastgesteld, geschiedt dit onderzoek steeds met het oog op het uiteindelijke, *normatieve* oordeel van de rechter over de mate waarin een verdachte schuld draagt aan een ter kennis gekomen strafbaar feit en vatbaar is voor bestraffing door de overheid. Dit impliceert dat de voor een strafprocedure relevante feitenrelazen, aan te treffen in bijvoorbeeld processen-verbaal van politieambtenaren, getuigenverklaringen, verklaringen van de verdachte et cetera, steeds van stond af aan in het teken staan van de normatieve operatie waarop de strafrechtspleging wezenlijk gericht is: de toerekening van strafrechtelijke verantwoordelijkheid aan personen die voor deze toerekening in voldoende mate 'vatbaar' zijn.

De verschillende materieel-strafrechtelijke normen, neergelegd in het algemeen deel van het wetboek en in de afzonderlijke wettelijke delicts-

18 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 132; zie ook P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 279.

19 Zie hierboven, paragraaf 2.

20 Van Roermund verklaart in zijn hierboven aangehaalde werk (1993) een deel van de hardnekkigheid van het legalistische of representationalistische denkschema uit de omstandigheid dat de hermeneutische kennisleer, die met het legalisme heeft getracht af te rekenen, gepaard gaat met voor vele juristen onaanvaardbare consequenties voor het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel: de rechtszekerheid komt op losse schroeven te staan zodra erkend wordt dat rechtsvinding geen zuiver logische operatie is waarin beslissingen doorgaans ondubbelzinnig steunen op normen met een vaste betekenis. Zie hierover ook B.M.J. van Klink, *a.w.*

21 En indien we de in het voorgaande besproken rechtsvindingsleer serieus nemen, behoort ook de cassatieprocedure erbij: recht kan niet worden gevonden terwijl de feiten van het geval in bevroren toestand verkeren.

omschrijvingen, aan de hand waarvan de strafrechter deze operatie uitvoert, werpen hun invloedrijke schaduwen ver vooruit. Feiten zijn geen feiten voor het strafrecht zolang zij niet op enigerlei wijze van belang zijn voor de opdracht die het strafrecht zich stelt. In het licht van deze bevindingen wordt het in de voorgaande paragraaf besproken materiële waarheidsbegrip problematisch. Ofschoon het strafrecht zoveel mogelijk alleen het 'werkelijk voorgevallene' tot uitgangspunt van zijn beslissingen probeert te nemen, is hetgeen in strafrechtelijke zin 'werkelijk voorgevallen' heet te zijn, in de terminologie van Hulsman,²² niet zonder meer 'congruent' met de feiten zoals zij zich in de levensfeitelijke werkelijkheid hebben voorgedaan. Het materiële waarheidsbegrip vertegenwoordigt aldus een 'positivistisch', namelijk aan de natuurwetenschappelijke kentheorie ontleend element binnen een domein waar men zich strikt genomen helemaal geen positivistische waarheidsaanspraken kan permitteren. De strafrechtelijke toerekening roept vraagstukken in het leven die zich vanwege hun onversneden normatieve signatuur niet in termen van objectiviteit en zekerheid laten beantwoorden.

Toewijzing van schuld of verantwoordelijkheid is niet mogelijk langs de weg van een volstrekt objectieve interpretatie, maar behoeft de bemiddeling van een *narratieve dimensie*: schuld kan niet worden vastgesteld voordat één en ander is 'verteld' over de verschillende omstandigheden waarin de schuld haar oorsprong heeft. Feiten worden binnen het recht altijd gepresenteerd binnen het verband van een casus, en dus als onderdelen van een verhaal.²³ De verteller van het verhaal doet meer dan alleen maar het presenteren van een verslag van feiten en gebeurtenissen zoals zij zich volgens de verteller van het verhaal hebben voorgedaan. De verteller rangschikt de verschillende feiten en gebeurtenissen zó, dat het geconstrueerde verband waarin hij de verhaalselementen plaatst, steun biedt aan die interpretatie die de verteller in rechte erkend wil zien. In een tenlastelegging of in een requisitoir structureert de officier van justitie de relevante feiten op een wijze die de schuld van de verdachte aannemelijk moet maken. De verdediging kiest een configuratie waarvan wordt verwacht dat zij juist de onschuld van de verdachte het meest overtuigend voor het voetlicht brengt. En de rechter die een tenlastelegging bewezenverklaart, zet de verschillende feiten uiteindelijk in zijn motivering

22 L.H.C. Hulsman, 'Waarover beslist men eigenlijk in het strafrechtelijk systeem?', in: A.J. Bins e.a. (red.), *Beginselen* (G.E. Mulder-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 107-116, p. 115: 'Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat er geen enkele garantie bestaat dat er congruentie is tussen de gebeurtenissen waarop beslissingen binnen het strafrechtelijk systeem betrekking hebben en de gebeurtenissen die tot de activiteiten van het strafrechtelijk systeem aanleiding gaven.' Zie ook K. Raes, 'Legality and the mirror of language', *Recht en kritiek* 17 (1991) 2, p. 209-225, p. 213.

23 W. Witteveen, 'Het verhaal in het recht', in: F. Ankersmit, M.C. Doeser en A.K. Varga (red.), *Op verhaal komen. Over narrativiteit in de mens- en cultuurwetenschappen*, Kampen: Kok Agora 1990, p. 179-203.

in een verband waaruit moet blijken dat de schuld van de dader is aangetoond.²⁴

Verhalen dragen dan ook de eigenschap dat zij nooit volkomen ethisch neutraal zijn, maar steeds geladen zijn met een immanente normatieve 'pointe', een plot.²⁵ Een verhaal doet niet louter verslag van gebeurtenissen en feiten uit een als onafhankelijk van dat verhaal voorgestelde werkelijkheid, maar bevat tevens een deze gebeurtenissen overstijgende, normatieve structuur die de verschillende feiten en gebeurtenissen zinvol rangschikt. De narratieve structuur of coherentie is bepalend voor de betekenisverlening aan de feiten en gebeurtenissen waarover wordt verhaald. Zij is niet alleen een constitutief kenmerk van verhalen, maar vormt ook een noodzakelijke voorwaarde voor de mogelijkheid om de feiten en gebeurtenissen te onderwerpen aan een ethische of normatieve waardering. Aangezien het strafrecht wezenlijk gericht is op het vellen van een normatief oordeel over bepaalde, binnen het verband van een casus opgevoerde feiten en gebeurtenissen, is ook het strafrecht volledig op dit kenmerk van narratieve coherentie aangewezen. Alleen een verhaal verleent aan feiten een samenhang die de feiten vatbaar maakt voor normatieve verwerking. De wijze waarop die samenhang tot stand komt, is onderwerp van de volgende paragraaf. In aansluiting daarop kunnen dan de consequenties worden onderzocht voor het materiële waarheidsbegrip in het strafrecht.

4 NARRATIVITEIT

In de voorgaande paragraaf werd gesteld dat een 'materieel' of positivistisch waarheidsbegrip een problematisch begrip is binnen het normatieve werkelijkheidsdomein waarover het strafrecht zijn oordelen velt. Wij zullen dan ook moeten zoeken naar een concept van waarheid dat wel met dit normatieve werkelijkheidsdomein te verenigen is. De hypothese luidt dat het strafrecht noodzakelijkerwijs werkt met een 'narratief waarheidsbegrip'. Om deze hypothese aannemelijk te maken, en aan het narratieve waarheidsbegrip inhoud te geven, moet allereerst wat nauwkeuriger worden nagegaan welke betekenis we aan het predikaat 'narratief' moeten toekennen. Tot nu toe zijn wij er slechts van uitgegaan *dat* het strafrecht verhalen nodig heeft om zich te kwijten van zijn normatieve taak. Gesteld werd dat de toewijzing van strafrechtelijke verantwoordelijkheid een normatieve operatie is en dat de tussenkomst van

24 In dit verband kan worden gewezen op de bij verschillende gerechten uitgevoerde PROMIS-experimenten (Project motiveringsverbetering in strafvonnissen). De pilots PROMIS I en PROMIS II bleken voldoende succesvol om te besluiten dat alle rechtbanken en gerechtshoven tot de nieuwe vorm van bewijs- en strafmotivering zullen overgaan. Hierover Y. Buruma in zijn noot onder HR 15 mei 2007, *NJ* 2007, 387 en 388.

25 P. Ricoeur, *Oneself as another*, Londen/Chicago: University of Chicago Press 1992, p. 140, 163-168; B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 26-29.

een narratieve dimensie daarvoor een noodzakelijke voorwaarde is. Tevens is erop gewezen dat verhalen steeds behept zijn met een normatieve structuur, een plot, die krachtens eisen van narratieve coherentie een bepaalde interpretatie van de vertelde geschiedenis afdwingt.

Het is nu zaak na te gaan wat een verhaal tot een verhaal maakt. Deze paragraaf bespreekt daartoe een aantal kernnoties uit de narratologie, overigens goeddeels los van ieder verband met het strafrecht. Dat verband zal in de hierop volgende paragraaf worden gelegd: daar zal worden bekeken welke invloed de eisen van narratieve coherentie hebben op de feiten en omstandigheden waarop de strafrechtelijke rechtsvinding heet te zijn gebaseerd. Een verhaal is altijd méér dan een loutere opsomming, méér dan een temporeel geordend relaas van feiten en gebeurtenissen.²⁶ Een verhaal voegt aan een feitenrelaas iets toe: een plot. De plot van een verhaal voert een narratieve bewerking uit op de geschiedenis waarover het in het verhaal gaat. Terwijl die geschiedenis zelf bestaat in een opeenvolging van verschillende feiten en gebeurtenissen, is de plot bepalend voor de wijze waarop die feiten en gebeurtenissen binnen het verhaal worden gepresenteerd. De plot verwerkt een bepaalde *visie* op de geschiedenis in het verhaal.²⁷ Die visie wordt bij de lezer of toehoorder geactiveerd doordat binnen het verhaal op talrijke punten wordt verwezen naar diens achtergrondkennis. Deze kennis bestaat in het geheel van impliciete en expliciete, globale en gedetailleerde opvattingen en waarden die tezamen 'het raster vormen waardoor we de werkelijkheid ordenen.'²⁸ Deze buitentekstuele opvattingen en normen sturen de interpretatie van het verhaal doordat zij de zinvolle verbanden tussen de verschillende feiten en gebeurtenissen articuleren en hierdoor aan de vertelde geschiedenis een narratieve coherentie verlenen.

Narratieve coherentie is dus geen eigenschap die relazen van feiten en gebeurtenissen reeds van nature bezitten; coherentie is een constructie. De betekenisvolle samenhang tussen de verschillende elementen van een verhaal

26 B. Williams, *Truth and truthfulness. An essay in genealogy*, Princeton, New Jersey: Princeton UP 2002, p. 238: 'Any narrative, short or expansive, is contrasted with a chronicle, which is simply a list of happenings in chronological order. A chronicle is held together by *something*; for instance, they were happenings in a certain place, or which came as news to a certain place, in times when it was not true that everything came as news to every place (...). A chronicle does not try to make sense of anything (...).'

27 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 27-28; M. Bal, *De theorie van vertellen en verhalen*, Bussum: Coutinho 1980, p. 14, spreekt niet van 'plot', maar van 'verhaal', in onderscheid van de 'geschiedenis' die wordt gedefinieerd als: 'een serie logisch en chronologisch aan elkaar verbonden gebeurtenissen, die worden veroorzaakt of ondergaan door 'acteurs'' (p. 13).

28 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 28. Zie ook P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 243-244. De achtergrondkennis is geen statisch geheel; het beïnvloedt de betekenisverlening aan teksten (en andere uitingen), maar raakt zelf ook weer beïnvloed door uitingen van anderen en eigen levenservaringen. Zie H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (1960) 1975, p. 289.

vormt een noodzakelijke voorwaarde voor de betekenisverlening aan dat verhaal. Teneinde zicht te krijgen op de wijze waarop coherentie binnen een verhaal of binnen een juridische casus wordt geconstrueerd, kunnen we te rade gaan bij de Franse filosoof Paul Ricoeur, die niet alleen een belangrijke theorie over narrativiteit heeft ontwikkeld, maar tevens heeft gewezen op de noodzakelijke rol die verhalen spelen in het schakelgebied tussen objectieve waarheidsvinding en normatieve, prescriptieve oordelen. Een verhaal dankt zijn interne coherentie aan zijn plot, zo zagen wij al. Ricoeur omschrijft de plot als het resultaat van het door de vertelinstantie geconfigureerde geheel van zogenoemde 'concordante' en 'discordante' verhaalselementen. Concordantie is het ordenende principe dat de verhaalselementen volgens een bepaalde narratieve logica in een synthetische en vloeiende opeenvolging plaatst; discordanties zijn de verhaalselementen die dit vloeiende arrangement van feiten en gebeurtenissen verstoren, bedreigen, en die daardoor aan de loop der dingen een onvoorziene narratieve wending geven.²⁹

De configuratie van de plot voegt de verschillende elementen van het verhaal in een betekenisvolle samenhang. Deze samenhang stuurt, zoals we hierboven zagen, de betekenisverlening door de lezer of toehoorder van de verhaalde geschiedenis. De interpretatie sturende werkzaamheid van de narratieve coherentie vereist dat de ontologische status van de feiten en gebeurtenissen waarover het verhaal mededelingen doet, radicaal wordt gewijzigd. De feiten en gebeurtenissen verliezen binnen de configuratie van een plot hun 'fysische contingentie' en verkrijgen daarvoor in de plaats de eigenschap van 'narratieve noodzakelijkheid'.³⁰ Niets wordt immers 'zomaar' verteld, – dat is althans de uit het contract tussen lezer en verteller voortvloeiende vooronderstelling. Een gebeurtenis kan, eenmaal ingeweven in het wandkleed van een verhaal, niet langer worden geduid als een geïsoleerd, 'toevallig' voorval uit de empirische werkelijkheid, maar is voor zijn betekenis afhankelijk van de geconfigureerde plot van het verhaal. Geduid tegen de achtergrond van de concordante verhaallijn, kan zo'n gebeurtenis bijvoorbeeld de narratief-noodzakelijke betekenis van een 'onverwacht' of 'noodlottig' voorval verkrijgen.

De hierboven in grove trekken beschreven ontstaanswijze van de plot van een verhaal levert de benodigde steun aan de eerder geformuleerde hypothese dat verhalen altijd een visie bevatten, en dus nooit een volkomen neutraal karakter dragen. Met de onderbouwing van het vervolg van deze hypothese, namelijk dat verhalen een noodzakelijke schakel vormen tussen objectieve waarheidsvinding³¹ en normatieve toerekening van schuld of verantwoorde-

29 P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 141 en 147; P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 238-248.

30 P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 142.

31 Objectieve of materiële waarheidsvinding is dus zeker geen onmogelijkheid. De grondstoffen voor een casus zijn en blijven toetsbaar op waarheid, maar hun *narratieve* betekenis, dat wil zeggen: de betekenis die afhankelijk is van de plot en die bepalend is voor het antwoord op *normatieve* vragen naar schuld of verantwoordelijkheid, heeft met *de* materiële waarheid

lijkheid, kan eerst nu een begin worden gemaakt. Morele of juridische verantwoordelijkheid en schuld brengen een betekenisvolle verhouding tot uitdrukking tussen een persoon, aan wie de verantwoordelijkheid of de schuld wordt toegewezen, en de feiten en gebeurtenissen ten aanzien waarvan de verantwoordelijkheid of de schuld bestaat: er is altijd *iemand* die verantwoordelijk is voor iets, iemand die schuldig is aan iets; en er is altijd *iets* waarvoor iemand verantwoordelijk is, iets waaraan iemand schuld heeft. In dit verband moet erop worden gewezen, dat de configuratie van een plot niet alleen betrekking heeft op de relaties tussen de verschillende feiten en gebeurtenissen, de geschiedenis, de handelingen, waarover een verhaal vertelt, maar evenzeer van toepassing is op de handelende *personen*.

Want ook de personen die binnen een verhaal optreden, zijn geconfigureerd. Zij zijn *personages*.³² Verhalen bevatten een verdichting van de personages met de vertelde handelingen die zij verrichten en met de handelingen en gebeurtenissen wier werking zij ondergaan. De configuratie van een plot legt betekenisvolle verbanden tussen enerzijds de verschillende elementen van de vertelde geschiedenis, de feiten, de gebeurtenissen en de handelingen, en anderzijds de binnen het verhaal optredende personages. Deze verbanden kunnen op uiteenlopende wijzen worden beschreven en geïnterpreteerd. Zij kunnen bijvoorbeeld worden gezien tegen de achtergrond van de rollen³³ die de personages spelen of de functies die zij binnen de vertelde geschiedenis uitoefenen. Functies zijn per definitie teleologische kwaliteiten: dat een verhaalselement een narratieve functie heeft, betekent immers dat dit element op de één of andere wijze ten dienste staat van een bepaald doel of streven dat in het verhaal wordt gearticuleerd. Niet alleen personages zijn 'functioneel', ook andere verhaalselementen hebben dikwijls een eigen functie binnen de vertelde geschiedenis. Personages vormen dan ook een bijzondere klasse binnen een bredere groep van verhaalselementen die in een verhaal gebeurtenissen veroorzaken of ondergaan.

nog maar weinig te maken. Dit betekent niet dat waarheid niet meer bestaat, wel dat zij naar de achtergrond is geschoven. Er blijft een band tussen de door de plot gedichteerde, interne 'waarheid' van een verhaal (datgene waar het in een verhaal 'om' gaat) en de buiten-narratieve waarheid (datgene waar het verhaal 'over' gaat). Deze 'referentialiteit' blijft behouden door de getuigenissen, documentatie, dossiervorming, en het vertrouwen dat daarin gesteld wordt. Zie P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 248-261, 274-280; B. Williams, a.w., p. 239-240, 257-258; en paragraaf 5.

- 32 Zie over de transformatie van personen in personages M. Bal, a.w., p. 87-100. In anticipatie op de volgende paragraaf kan erop worden gewezen dat de verdachte een personage vormt binnen het verhaal dat door het Openbaar Ministerie aan de rechter wordt gepresenteerd en binnen het verhaal dat de rechter uiteindelijk al dan niet bewezen verklaart. De verdachte of de dader is het personage dat de tenlastegelegde, c.q. bewezenverklaarde gebeurtenissen te weeg brengt, het eventuele slachtoffer is het personage dat deze gebeurtenissen ondergaat.
- 33 Structurele verdelingen van 'rollen' staan centraal in het werk van Propp; zie P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 143-144.

Deze bredere groep verhaalselementen kan worden aangeduid met de neutrale term ‘acteurs’.³⁴ De acteurs kunnen op grond van hun teleologische relatie tot de vertelde geschiedenis in verschillende structurele categorieën worden ingedeeld.³⁵ Afhankelijk van de inhoud van het binnen het verhaal gearticuleerde doel of streven fungeren sommige acteurs als subject, dat wil zeggen als degene die streeft naar het desbetreffende doel, andere als object, dat wil zeggen als degene die of datgene wat het subject tracht te verwerven (een geliefde, roem, erkenning, et cetera). Sommige acteurs fungeren bovendien als begunstiger, dat wil zeggen als een macht (God, het kapitalisme, het noodlot) die het mogelijk maakt dat het subject, de begunstigde, zijn doel bereikt. Een volgende functionele onderscheiding betreft die tussen helper en tegenstander. Helpers en tegenstanders beïnvloeden op meer incidentele basis de doelgerichte onderneming van een subject binnen een verhaal. Een verhaal kan verschillende van dergelijke doelgerichte ondernemingen in zich verenigen. Uit de polemische verhouding tussen deze ondernemingen vloeit ten slotte het onderscheid voort tussen subject en anti-subject. Terwijl een tegenstander een subject slechts op een enkel moment in het verhaal tegenwerkt, en aan die incidentele tegenwerking zijn structurele positie binnen de plot ontleent, streeft een anti-subject zelfstandig een eigen object na en doorkruist hij het streven van het eerste subject.³⁶

Deze functionele en structurele onderscheidingen stellen ons in staat de krachtenverhoudingen te analyseren die aan een vertelde geschiedenis ten grondslag liggen.³⁷ Ze geven inzicht in de door de geconfigureerde plot aangebrachte verbindingen tussen de handelingen, omstandigheden en gebeurtenissen waarover het verhaal vertelt, en de acteurs, inclusief de personages, die binnen het verhaal optreden. Hierboven werd gesteld dat de configuratie van een plot de ontologische status van de verhaalselementen wijzigt. De plot verleent aan de elementen van het verhaal een narratieve noodzakelijkheid, met dien verstande dat ieder onderdeel op een bepaalde wijze bijdraagt aan, constitutief is voor de betekenisverlening aan het verhaal als geheel. Die betekenis wordt afgedwongen door de normatieve *samenhang* waarbinnen de

34 M. Bal, *a.w.*, p. 33; J. van Luxemburg, M. Bal en W.G. Weststeijn, *Over literatuur*, Bussum: Coutinho 1996, p. 179-182, spreken van ‘figuren’; Ricoeur (*Oneself as another*, a.w., p. 140-151) spreekt van ‘characters’.

35 Deze categorieën worden doorgaans in navolging van de structurele theorie van Greimas ‘actants’ genoemd: klassen van acteurs die een gemeenschappelijk functioneel kenmerk vertonen; zie P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w, p. 145-146 en M. Bal, *a.w.*, p. 35. Een enkel persoon kan verschillende actants vertegenwoordigen, en meerdere personen kunnen tezamen één actant vertegenwoordigen.

36 Zie M. Bal, *a.w.*, p. 41-42; P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 145-146.

37 Er bestaan uiteraard nog meer onderscheidingen; zie hiertoe M. Bal, *a.w.*, p. 33-46. Ik bedoel overigens niet te betogen dat, laat staan *hoe*, de strafrechter door middel van de besproken categorieën de krachtenverhoudingen onder een juridische casus zou moeten analyseren. Ik wil in deze paragraaf alleen maar wijzen op hoe verhalen in elkaar zitten; de strafrechtelijke relevantie van één en ander komt in de volgende paragraaf aan de orde.

verhaalselementen aan de lezer of toehoorder worden gepresenteerd. Deze samenhang legt *intrinsieke* narratieve verbanden: zonder de vooronderstelling van betekenisvolle verbanden tussen de verschillende verhaalselementen kan geen interpretatie van het verhaal van de grond komen. Dit impliceert dat het onmogelijk is een betekenis te verlenen aan een geïsoleerd verhaalselement. Binnen een verhaal hangt alles met alles samen; ook een personage kan dus niet van de plot worden losgezongen.

Een personage is een acteur met menselijke eigenschappen. Een personage is een narratieve constructie en kan derhalve niet worden vereenzelvigd met een menselijke persoon uit de feitelijke, empirische werkelijkheid. Zodra een persoon binnen een verhaal wordt opgevoerd, en dus een personage wordt, verandert zijn ontologische status, op de zelfde wijze als waarop ook iedere gebeurtenis door de loutere inlijving binnen een verhaal een nieuwe ontologische status verkrijgt. De narratieve configuratie verleent aan het personage een toegevoegde waarde; de lezer van het verhaal krijgt een bepaald beeld van, een bepaalde visie op het personage voorgelegd.³⁸ De lezer kan zich deze visie alleen toe-eigenen na inschakeling van de buitentekstuele opvattingen en gegevens die deel uitmaken van zijn achtergrondkennis. Dit door de lezers ingeschakelde normatieve referentiekader, waarop de plot op talrijke plaatsen een beroep doet, schept een patroon van verwachtingen ten aanzien van het personage. Door de geconfigureerde plot kan aan deze verwachtingen worden tegemoetgekomen, maar zij kunnen evenzogoed door het verhaal worden doorkruist. Personages worden met andere woorden gekenmerkt door een *interne* dialectiek tussen concordantie en discordantie.³⁹ Een personage is daarom te beschouwen als een sub-plot, een plot binnen de plot van het verhaal.

De zojuist genoemde interne dialectiek tussen concordantie en discordantie is constitutief voor wat we de *narratieve identiteit* van het personage kunnen noemen.⁴⁰ De identiteit van een personage is met andere woorden afhankelijk van het beeld dat de lezer van het verhaal zich van het personage vormt op grondslag van de verschillende verwachtingen die de plot ten opzichte van het personage oproept, waarmaakt en soms doorkruist. De plot van het verhaal doet een beroep op de achtergrondkennis of het referentiekader van de lezer. De achtergrondkennis stelt de lezer in staat de door de plot gearticuleerde verbanden tussen de verschillende verhaalselementen te herkennen en te duiden. Op deze wijze stuurt de plot de interpretatie van het verhaal. De plot

38 M. Bal, *a.w.*, p. 87.

39 P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 147: 'The dialectic consists in the fact that, following the line of concordance, the character draws his or her singularity from the unity of a life considered as a temporal totality which is itself singular and distinguished from all others. Following the line of discordance, this temporal totality is threatened by the disruptive effect of the unforeseeable events that punctuate it (encounters, accidents, etc.).'

40 Zie voor een uitgebreide theorie van de narratieve identiteit P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 113-168.

is op dezelfde wijze bepalend voor de normatieve of ethische beoordeling door de lezer van een personage. Alleen een verhaal giet de feiten, de gebeurtenissen en de handelingen, de acteurs en de personages, kortom alles waarover het mededelingen doet, in een normatief kader dat het mogelijk maakt een personage aan een normatieve waardering bloot te stellen. De mogelijkheid om een bewering te doen over de 'schuld' van een personage aan bepaalde toestanden of handelingen binnen het verhaal, bestaat dan ook slechts bij de gratie van de geconfigureerde plot.

De conclusie is gewettigd dat een narratieve dimensie een noodzakelijke schakel vormt tussen objectieve waarheidsvinding en normatieve en prescriptieve oordelen. Dit impliceert dat de strafrechtspleging verhalen *nodig heeft* om een antwoord te kunnen geven op de vraag die iedere strafprocedure van begin tot eind beheerst: kan aan de verdachte de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een strafbaar feit worden toegerekend? We hebben in de voorgaande paragraaf gezien dat deze vraag wezenlijk een vraag is naar de (mate van) persoonlijke verantwoordelijkheid of schuld van de verdachte. Verantwoordelijkheid en schuld brengen een normatieve, een ethische relatie tot uitdrukking tussen personen en door hen verrichte of nagelaten gedragingen. Deze relaties kunnen enkel betekenis verkrijgen binnen de kaders van een narratief geconstrueerde casus oftewel een verhaal.⁴¹ De 'feiten' waaruit een juridische casus is opgebouwd, vormen niet alleen het beginpunt, maar ook het sluitstuk van de juridische interpretatie, doordat de narratieve samenhang binnen een casus mede bepalend is voor de juridische relevantie van de feiten. Feiten en normen constitueren elkaar over en weer. In de volgende paragraaf moet worden onderzocht wat dit alles te betekenen heeft voor het waarheidsbegrip in het strafrecht.

5 INTERCEPTIE

De in de voorgaande paragraaf gevolgde omweg langs enkele kernnoties uit de narratieve theorie was niet vergeefs: de narratieve theorie blijkt steun te bieden aan de hiervóór gepresenteerde rechtsvindingleer die zegt dat de feiten van een juridische casus niet kunnen worden geïsoleerd van de normen aan wier werking zij worden blootgesteld. Op dezelfde wijze kan ook een vertelde geschiedenis niet worden geïsoleerd van de normen die de interpretatie van het verhaal beheersen. Een verhaal smeedt concordante en discordante verhaalselementen samen tot een plot die aan het verhaal zijn innerlijke coherentie verleent. Narratieve coherentie stelt eisen aan de interpretatie van de vertelde feiten, gebeurtenissen, handelingen, en aan de relaties die de personages met

41 W. Witteveen, *a.w.*, p. 179. Ik gebruik de term 'ethische relatie' in de betekenis van: een relatie in termen van goed en kwaad. De term 'schuld' verwijst naar het oordeel waarin een bepaalde afkeurenswaardige gedraging aan een persoon wordt toegerekend.

deze elementen van de vertelde geschiedenis onderhouden. We hebben gezien dat de configuratie van een plot noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een drastische wijziging van de ontologische status van de verschillende onderdelen van de vertelde geschiedenis. In navolging van Ricoeur werd gesteld dat feiten, gebeurtenissen, handelingen en personen de eigenschap van 'narratieve noodzakelijkheid' verkrijgen zodra zij worden ingelijfd binnen een verhaal of binnen een juridische casus.

Een plot verleent aldus een meerwaarde aan een slechts temporeel geordend relaas van feiten en gebeurtenissen. Ieder verhaal, en dus ook iedere juridische casus, is behept met een *visie*, een normatief beeld van de geschiedenis en de personen waarover het verhaal vertelt.⁴² Dit normatieve beeld zit verpakt in de wijze waarop de geschiedenis samenhangt. Verhalen presenteren en rangschikken de onderdelen van de vertelde geschiedenis op een bepaalde wijze. De wijze van presentatie activeert onwillekeurig de normatieve achtergrondkennis van de lezer of toehoorder. Deze kennis stelt de lezer of toehoorder in staat om de betekenisvolle verbanden tussen de verschillende onderdelen van de vertelde geschiedenis te zien en te duiden. De narratieve coherentie binnen een verhaal is bepalend voor de 'pointe' van het verhaal: verhalen gaan ergens 'over' maar tegelijkertijd gaat het in verhalen altijd ergens 'om'.⁴³ De verschillende onderdelen van de vertelde geschiedenis nemen hierdoor een nogal dubbelzinnige positie in. Enerzijds hebben wij te maken met feiten en gebeurtenissen die afkomstig zijn uit een van het verhaal onafhankelijk werkelijkheidsdomein en vervolgens binnen het verhaal worden weer-gegeven, oftewel: gerepresenteerd. Anderzijds moeten we erkennen dat die feiten en gebeurtenissen tevens de narratief-noodzakelijke plaats bekleden die hun door de plot wordt toegewezen.

Deze dubbelzinnige status van verhaalselementen zal nog wat nader inzichtelijk moeten worden gemaakt. Dit kan worden gedaan door de twee constituenten van narratieve coherentie scherper in het vizier te brengen. We zagen al dat de achtergrondkennis van de lezer of toehoorder bepalend is voor de manier waarop samenhang in een verhaal wordt geconstrueerd. Narratieve coherentie is dienovereenkomstig een normatief kenmerk van verhalen. De samenhang binnen een verhaal komt tot stand op geleide van twee evenwaardige hiërarchieën tussen enerzijds de feiten en gebeurtenissen waarover het verhaal mededelingen doet, en anderzijds de betekenis die deze feiten en gebeurtenissen binnen het verhaal kunnen of moeten hebben. De eerste hiërarchie neemt de feiten en gebeurtenissen tot uitgangspunt. Het verhaal vertelt *over* feiten en gebeurtenissen en stelt deze feiten en gebeurtenissen voor als afkomstig uit een aan het verhaal voorafgaande en van het verhaal onafhanke-

42 In de narratologie wordt de relatie tussen de in het verhaal weergegeven geschiedenis en de visie van waaruit de geschiedenis wordt gepresenteerd 'focalisatie' genoemd. Zie M. Bal, *a.w.*, p. 108-121; J. van Luxemburg, M. Bal en W.G. Weststeijn, *a.w.*, p. 164-175.

43 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, *a.w.*, p. 26-29.

lijke werkelijkheid.⁴⁴ De tweede hiërarchie neemt de door de narratieve coherentie afgedwongen betekenis van feiten en gebeurtenissen tot uitgangspunt. De samenhang tussen de verschillende gebeurtenissen uit de verhaalde werkelijkheid wordt bij wege van de bemiddelende achtergrondkennis van de lezer of toehoorder geladen met een normatieve zin of betekenis. Die betekenis is waar het in het verhaal *om* gaat.

Iedere interpretatie van een verhaal is in gelijke mate afhankelijk van beide hiërarchieën. De hiërarchieën gaan gepaard met ieder een eigen ‘interpretatierichting’. Binnen de eerste hiërarchie komen de feiten uit de ongeïnterpreteerde werkelijkheid op de eerste plaats en baseert de interpretatie zich op de vooronderstelde werkelijkheid waarover het verhaal mededelingen verkondigt. Een feitelijke toedracht, waarvan de oorsprong in een domein buiten het verhaal wordt gelokaliseerd, verkrijgt binnen het verhaal gaandeweg een bepaalde betekenis. Binnen de tweede hiërarchie wordt de prioritering van de feiten boven de betekenisverlening echter omgedraaid: onderkend wordt dat de feiten alleen maar afkomstig kunnen zijn uit een reeds bij voorbaat geïnterpreteerde werkelijkheid. De feitelijke toedracht waarnaar binnen een verhaal wordt verwezen, is het product van de verschillende discursieve krachten die binnen het verhaal werkzaam zijn.⁴⁵ De feiten schikken zich noodgedwongen naar de door het verhaal opgeroepen normatieve betekenissen buiten de tekst van het verhaal. Het verhaal giet de feiten in de per definitie normatieve mal van zijn eigen coherentie, zodat zij niet zozeer het onafhankelijke beginpunt, maar veeleer het sluitstuk vormen van de interpretatie.

Het is belangrijk hier nogmaals te beklemtonen dat beide hiërarchieën een gelijkwaardig statuut hebben. Slechts de vooronderstelling van hun *gelijktijdige* werkzaamheid kan de totstandkoming van de betekenisverlenende samenhang binnen een verhaal verklaren. Die vooronderstelling vormt derhalve tevens een noodzakelijke voorwaarde voor onze mogelijkheid om kennis te nemen van de betekenis of betekenissen van een verhaal. Dit betekent dat geen van beide verhoudingen tussen de feiten en de betekenis van de feiten, tussen de vertelde geschiedenis en de plot, ten koste van de andere mag worden verabsoluteerd. Wie dit toch doet, bezwijkt voor de verleiding van wat in de derde paragraaf ‘representationalisme’ werd genoemd. Zoals we hebben gezien,

44 Deze werkelijkheid kan de empirische werkelijkheid zijn, maar ook een fictieve werkelijkheid. Een documentaire doet verslag van gebeurtenissen uit een werkelijkheid die de filmmaker doorgaans in objectiviteit pretendeert te presenteren; een sprookje postuleert met de overbekende aanhef ‘Er was eens...’ een gereedliggende fantastische werkelijkheid waaruit het sprookje verschillende elementen licht en tot een verhaal smeedt.

45 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 31; J. Culler, ‘Story and discourse in the analysis of narrative’, in: M. Bal (red.), *Narrative theory. Critical concepts in literary and cultural studies*, Volume I: Major issues in narrative theory, Londen/New York: Routledge 2004 (1981), p. 117-131, p. 121. Zie ook P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 248-261, die, Hayden White ten dele volgend en ten dele amenderend, een vergelijkbare these formuleert; vgl. de kritiek op White van B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 36-41, en van B. Williams, a.w., p. 243-258.

gebeurt dit tot op zekere hoogte in het recht: door het recht worden de feiten en omstandigheden van een geval voorgesteld als de grondslag voor de toepassing van zijn normen. In de juridische voorstelling van zaken gaan de feiten in logische zin vooraf aan de normen die rechtsgevolgen aan de feiten toerekenen. Deze voorstellingswijze blijkt het duidelijkst in de rechterlijke motivering van vonnissen en arresten. In motiveringen wordt de uitkomst gepresenteerd als de juridisch-logische gevolgtrekking uit de onderwerping van een objectief vastgestelde, feitelijke toedracht aan de toepasselijke normen van het recht.

Het strafrechtelijke, materiële waarheidsbegrip sluit naadloos bij deze representationalistische denkwijze aan. Door de pretentie te voeren dat persoonlijke verantwoordelijkheid niet wordt toegerekend dan nadat het 'werkelijk voorgevallene' naar objectieve maatstaven is vastgesteld, verdonkeremaant het strafrecht de simultane werkzaamheid van beide hiërarchieën tussen feiten en normen. Ieder materieel-strafrechtelijk oordeel krijgt gestalte tegen de achtergrond van de vraag naar de persoonlijke verantwoordelijkheid, de schuld van de verdachte. Die vraag laat zich alleen beantwoorden na tussenkomst van het voor objectieve waarheidsaanspraken immune domein van de narrativiteit. De feiten en omstandigheden die voor de toewijzing van schuld en verantwoordelijkheid van belang zijn, spelen binnen dit domein een dubbelrol: zij zijn niet alleen feiten, afkomstig uit een aan de toerekeningsoperatie zelf voorafgaande, buitenjuridische werkelijkheid, zij vormen van deze operatie tegelijkertijd het sluitstuk. Hoewel de hierboven besproken hermeneutische rechtsvindingsleer inmiddels ook binnen de strafrechtswetenschap de dominante interpretatietheorie lijkt te zijn,⁴⁶ valt het strafrecht, door vast te houden aan zijn materiële waarheidsbegrip, dus alsnog in de valkuil van het legalisme.

De dialectiek tussen de twee hierboven beschreven, tegengestelde hiërarchieën tussen feiten en normen, of tussen de feitelijke toedracht en de narratief-noodzakelijke betekenis van die toedracht, kan echter onmogelijk worden overstegen: er bestaat geen hoger standpunt van waaruit zij met elkaar zouden kunnen worden verzoend. Er bestaat geen vaste rangorde tussen een vertelde geschiedenis en de interpretatie daarvan. De prioritering van de aan het verhaal voorafgaande, in het verhaal weergegeven geschiedenis boven de interpretatie van de geschiedenis, en de daaraan tegengestelde prioritering van de interpretatie boven de geschiedenis wisselen elkaar onophoudelijk af. Er is om die reden geen laatste interpretatie van een verhaal; iedere interpretatie is voorlopig en kan weer worden vervangen door een nieuwe.⁴⁷ Van Roermund duidt de voortdurende dialectiek tussen beide interpretatierichtingen aan met de term 'interceptie', onderschepping: 'Het verhaal vooronderstelt

46 Vgl. hierboven, voetnoot 17.

47 M. Bal, *a.w.*, p. 19; J. van Luxemburg, M. Bal en W.G. Weststeijn, *a.w.*, p. 57-75. Het voorlopige karakter van interpretaties brengt uiteraard niet mee dat de ene interpretatie niet beter kan zijn dan de andere.

én onderschept de verwijzing naar een onafhankelijke werkelijkheid, door juist van die werkelijkheid het sluitstuk van de interpretatie te maken, en tenslotte ook die onderschepping weer terug te nemen. De hiërarchie van interpretatie en gebeuren, van denken en werkelijkheid, wordt onbeslisbaar en zwevend gehouden.⁴⁸

Het recht kan evenwel niet dulden dat het gesteggel over de juiste interpretatie van een complex van rechtsfeiten tot in de eeuwigheid wordt voortgezet. Sterker: het wordt als één van de voornaamste functies van het recht beschouwd, dat het op gezaghebbende wijze een *einde* maakt aan een tussen strijdende partijen bestaande juridische onzekerheid (*litis finiri oportet*).⁴⁹ Dit verklaart ten dele waarom de producten van de rechtspraak worden gepresenteerd als de juridisch-logische afleidingen uit de confrontatie tussen rechtsfeiten en rechtsnormen. Daar is niets mis mee, integendeel: het recht ontleent zijn gezag aan de mate waarin deze presentatie succes heeft. De rechter motiveert zijn uitspraken door zoveel mogelijk aan te sluiten bij het bestaande dogmatische systeem, zodat zijn uitspraken intersubjectief controleerbaar worden en daarmee aanvaardbaar worden voor zoveel mogelijk rechtsgenoten. Juridische dogmatiek bestaat per definitie in een *samenhangend* geheel van *normen*; de rechter ontkomt er niet aan de beschikbaarheid van deze normatieve coherentie van het recht te vooronderstellen.⁵⁰ Maar deze normatieve coherentie is een product van narratieve configuratie. Tussen dogmatiek en maatschappelijke realiteit laat zich geen 'is gelijk-teken' plaatsen; juridische dogmatiek is 'contrafaktisch'.⁵¹

48 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 34; met een verwijzing naar J. Culler, a.w., p. 122: 'These two logics cannot be brought together in harmonious synthesis; each works by the exclusion of the other; each depends on a hierarchical relation between story and discourse which the other inverts. In so far as both these logics are necessary to the force of the play, they put in question the possibility of a coherent, noncontradictory account of narrative.'

49 Ricoeur noemt dit de korte-termijndoelstelling van het recht en van de rechtspraak; P. Ricoeur, *The just*, Chicago/Londen: University of Chicago Press 2000, p. 127: 'I shall distinguish a short-term end, in virtue of which judging signifies deciding, with an eye to ending uncertainty; to this I shall oppose a long-term end, undoubtedly more concealed – namely the contribution of a judgment to public peace.' Zie ook P. Ricoeur, *Memory, history, forgetting*, a.w., p. 314-333; en Y. Buruma, 'Rechtspreken in de dramademocratie', *DD* 2006, p. 1077-1088.

50 De veronderstelling van de zinvolheid en de coherentie van het recht vormt zagezegd een noodzakelijk attribuut bij de rechtersrol. Een (kritische) wetenschapper staat het vrij om het recht te ontmaskeren als een van iedere samenhang gespeende lappendeken van onverzoenbare ideologische tegenstellingen, een rechter heeft – *als* rechter – deze vrijheid niet.

51 R. Foqué, A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 129-151, in het bijzonder p. 138; G.C.G.J. van Roermund, 'Dualisme en dualisme is twee', in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen, W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 265-289.

Juridische logica blijft met andere woorden voor haar erkenning aangewezen op het 'verhaal' dat het recht omtrent zichzelf vertelt. Slechts *vanuit* het eigen verhaal van de juridische dogmatiek kan het recht aanspraak maken op objectiviteit in de wijze waarop het zijn oordelen over de rechtswerkelijkheid velt. In de contrafaktische taal van de dogmatische begrippen wordt noodzakelijkerwijs geabstraheerd van de singuliere eigenschappen van de feitelijke toedracht die een juridische casus vormt. Het gebruik van de juridische begrippen gaat dus gepaard met een verlies.⁵² De 'werkelijkheid' waarop het recht zijn normen van toepassing verklaart, is dan ook altijd een reeds geïnterpreteerde werkelijkheid, een werkelijkheid die zich heeft moeten schikken naar de categorieën van het verhaal van de juridische dogmatiek. Deze bevinding geldt niet alleen het recht en de juridische dogmatiek in het algemeen, zij betreft ook de waarheidsvinding in het materiële strafrecht. De waarheid waarnaar de strafrechter op zoek is, teneinde daaraan overeenkomstig de geldende normen rechtsgevolgen toe te rekenen, is geen absolute, 'materiële' waarheid. Er is geen maatstaf voorhanden waarmee het juridische beeld van de werkelijkheid op absolute geldigheid kan worden getoetst.⁵³

Waarheid in het strafrecht is een narratieve waarheid. Dit betekent dat zij tegelijkertijd zowel grondslag is voor, als product is van juridische interpretatie. Het materiële waarheidsbegrip van het strafrecht kan in het licht van het voorgaande een naïef concept worden genoemd.⁵⁴ Het getuigt van een naïef geloof in de mogelijkheden van het strafrecht, de pretentie te voeren dat de feitelijke toedracht in een bepaalde strafzaak in volkomen objectiviteit zou kunnen worden vastgesteld, om vervolgens de eventuele strafrechtelijke

52 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 122: 'Conceptuele taal kan tot uitdrukking brengen dat er iets gebeurde, wat er gebeurde, hoe het gebeurde en waarom het gebeurde, maar altijd ten koste van de onherleidbare enkelvoudigheid van dat specifieke 'iets'. (...) Het enkelvoudige blijft achter als een onverteerbare rest die in de begripsvorming en het begripsgebruik wordt vergeten.'

53 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 123: '(...) juist omdat we 'werkelijkheid' niet zien als een soort hypostatische rotsbodem wordt kennis een zaak van het *stichten of maken* van coherentie, zonder dat er een apriori garantie is voor de absolute juistheid van deze samenhang of een laatste criterium voor wat geldt als samenhang.' Zie ook Th. de Boer, 'Hermeneutiek en ideologiekritiek', in: H. Kunneman (red.), *Wetenschap en ideologiekritiek*, Meppel: Boom 1978, p. 96-134, in het bijzonder p. 114-121.

54 Nogmaals: dit alles wil niet zeggen dat waarheid en waarheidsgetrouwheid geen enkele betekenis hebben binnen de strafrechtspleging. Het strafrecht maakt noodzakelijkerwijs gebruik van verhalen. Zonder verhaal kan geen schuld worden toegerekend. Maar verhalen worden gekenmerkt door 'referentialiteit': zij verwijzen naar *een* werkelijkheid. Een juridische casus wordt geacht uiteindelijk naar de levensfeitelijke werkelijkheid te verwijzen; en deze verwijzing is geworteld in allerhande vormen van gedocumenteerde getuigenissen (verklaringen van de verdachte, van getuigen, deskundigen, en opsporingsambtenaren, waarnemingen van de rechter, et cetera). De naïviteit van het materiële waarheidsbegrip schuilt evenwel in het feit dat het niet alleen de 'grondstoffen' die de waarheidsvinding in relatief onbewerkte vorm aanlevert, maar ook het narratieve *verband* waarin zij door de rechtsvinding worden verwerkt, wil laten corresponderen met 'de' werkelijkheid. Vgl. B. Williams, a.w., p. 240.

aansprakelijkheid toe te rekenen aan een verdacht persoon. Het materiële waarheidsbegrip kan daarnaast tot op zekere hoogte als een misleidend concept worden beschouwd, namelijk voor zover dit waarheidsbegrip in zijn positivistische gedaante geen ruimte laat voor het besef dat de strafrechtelijk relevante waarheid zelf ten dele het product is van de discursieve krachten van de strafrechtelijke dogmatiek. Een narratief waarheidsbegrip kenmerkt zich daarentegen door het besef dat er geen garantie bestaat voor de absolute juistheid van een juridische interpretatie. Alleen met behulp van een dergelijk waarheidsconcept kan het strafrecht het benodigde voorbehoud maken bij zijn aanspraken op objectiviteit en waarheid.⁵⁵ Tot het maken van een dergelijk voorbehoud is wellicht een strafprocedure met een overwegend contradictoair karakter het beste in staat, doordat er in een contradictoair strafproces voor kan worden gewaakt dat de verschillende partijen in het proces hun eigen verhalen omtrent hetgeen is voorgevallen daadwerkelijk in stelling kunnen brengen.⁵⁶ In de volgende paragraaf zal het narratieve waarheidsbegrip nader worden geïllustreerd.

6 NORMATIVERING

In deze paragraaf zal worden getracht de nogal abstracte overwegingen uit de voorgaande paragrafen iets te verduidelijken aan de hand van enkele opmerkingen over wat in de strafrechtelijke literatuur wordt aangeduid als de normativering of objectivering van de schuldvorm opzet.⁵⁷ Opzet is een

55 B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, a.w., p. 208: 'Van rechtvaardigheid is pas sprake als een politieke ordening gestalte geeft aan het besef dat zij haar identiteit niet restloos kan legitimeren, dat zij iets tegen zich moet laten gelden, ook als er niets of niemand is die deze zelf-relativering kan afdwingen. (...) Een minimum aan rechtvaardigheid in politiek opzicht is: zichzelf de rechtvaardigheid van de eigen maatschappij-ordening principieel *niet* voorbehouden; of: eigener beweging een voorbehoud maken bij elke aanspraak op objectiviteit.'

56 A.A.G. Peters, 'Het rechtskarakter van het strafrecht' (oratie UU, 1972), in: A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 15-34, p. 21: 'Het contradictoire proces veronderstelt – en bevestigt – de belangen- en handelingsbetrokkenheid van ideeën. Het is een assumptie dat de versie van een gepleegd delict van politie of openbaar ministerie, veelal een andere zal zijn dan die van de verdachte, en dat die kan worden tegengesproken door de verdachte vanuit zijn belang en subjectieve werkelijkheid en vanuit zijn rechtsbegrip.' In dit verband kan ook worden gewezen op de door Wilhelmina Thomassen genoemde argumenten voor het openbaar maken van *dissenting opinions*; zie W. Thomassen, 'Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion', *NJB* 2006, p. 686-690, en W. Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 19-20.

57 Om misverstand te voorkomen: de term 'normatief' is dubbelzinnig, en hetzelfde geldt dus voor de term 'normativering': hiermee kan worden bedoeld op de afleiding van het opzet van de verdachte uit hetgeen hij naar de opvatting van de rechter had behoren te weten (*sollen*), maar ook op de afleiding van het opzet uit hetgeen de verdachte op grond van algemene ervaringsregels geacht moet worden te hebben gewild en geweten (*müssen*).

bestanddeel van de meeste misdrijven en is dus voorwerp van de bewijsvraag, oftewel de eerste materiële vraag van artikel 350 Sv. Voordat de rechter een verdachte kan veroordelen terzake van een *doleus delict*, dat wil zeggen: voordat de rechter de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een dergelijk misdrijf aan een verdachte kan toerekenen, moet de rechter voor bewezen hebben verklaard, dat die verdachte de verboden gedraging op enigerlei wijze opzettelijk heeft verricht. De verdachte moet de gedraging aantoonbaar willens en wetens hebben verricht. Op zijn minst moet kunnen worden aangetoond dat de verdachte bewust (wetens) de aanmerkelijke kans heeft aanvaard (willens) dat door het stellen van zijn gedraging strafrechtelijk relevante gevolgen in het leven werden geroepen. Ook dit zogenoemde voorwaardelijk opzet kent dus een cognitief aspect, een kenniselement, en een volitief aspect, een wilselement.

Het grote verschil tussen het traditionele, 'volkomen' opzet en het voorwaardelijk opzet schuilt dan ook niet in de mate waarin beide opzetschakeringen inhoudelijk door een psychische lading worden gekenmerkt: het gaat steeds om willens en wetens handelen. Het verschil schuilt vooral in datgene *waarop* het opzet gericht is. Bij voorwaardelijk opzet is de intentionele betrokkenheid van de dader bij het strafbare feit veel geringer dan bij volkomen opzet. Wie met voorwaardelijk opzet een misdrijf pleegt, is het niet in eerste instantie om het plegen van dit misdrijf te doen. Een automobilist die in een poging aan de politie te ontkomen met veel te hoge snelheid, niets en niemand ontziend een drukke winkelstraat inrijdt, is er niet 'op uit' mensen van het leven te beroven, maar neemt de mogelijke dood van die mensen na een interne belangenafweging wel 'op de koop toe'.⁵⁸ Dat is anders bij de dader die een misdrijf met volkomen opzet begaat. Deze dader streeft doelbewust naar de voltooiing van het desbetreffende misdrijf. Ondanks dit belangrijke verschil in de omvang van de intentionele betrokkenheid bij het gepleegde delict, vergt het opzetbestanddeel dus steeds een onderzoek naar hetgeen de verdachte heeft gewild en geweten.⁵⁹ De vraag is nu: hoe kan dit worden vastgesteld?

Deze vraag wordt vooral prangend indien de verdachte ontkent of niets wenst te verklaren over hetgeen zich in zijn hoofd afspeelde toen hij het

Normativering in de eerste betekenis degradeert het opzet in feite tot een variant van de culpa. Mij gaat het om de laatste betekenis. Vgl. over dit verschil in terminologie D.H. de Jong, 'Het weten en willen van een "normaal mens" in het strafrecht', *DD* 2004, p. 1050-1069, in het bijzonder p. 1055-1056.

58 Vgl. HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 327 (Enkhuizer doodslag) en HR 17 december 1996, *NJ* 1997, 245.

59 In zijn voorwaardelijke vorm vergt het opzet een antwoord op de vraag of de verdachte een aanmerkelijke kans op strafrechtelijk relevant onheil heeft onderkend en aanvaard. Dit betekent dat van het voorwaardelijk opzet veel minder 'causale werking' uitgaat op het tenlastegelegde feit, dan van het volkomen opzet, dat immers een doelbewust handelen impliceert. Dit verschil in causale werking verklaart mijns inziens dat het bij het bewijs van voorwaardelijk opzet steeds op zijn minst dient te gaan om een *aanmerkelijke*, niet van

tenlastegelegde delict pleegde. In dat geval zal de rechter moeten afgaan op informatie uit de tweede hand. Misschien kunnen eventuele getuigen die het strafbare feit hebben zien gebeuren, iets verklaren waaruit het opzet van de verdachte kan worden afgeleid. En misschien kan de rechter het opzet afleiden uit hetgeen hem uit het dossier en tijdens de terechtzitting bekend is geworden omtrent de aard van de gedraging die de verdachte heeft verricht. Het opzet zelf is immers niet rechtstreeks waarneembaar en moet daarom aan de hand van uitwendige informatie worden gereconstrueerd. Wie het opzet afleidt uit uitwendige gegevens bedient zich van de interpretatieve methode die 'normativering' wordt genoemd. Normativering berust op een handelingstheorie waarin de verwevenheid van de gedraging met de begeleidende intentie sterk wordt benadrukt: de gedraging wordt gezien als uitdrukking van een bepaalde intentie en de intentie wordt beschouwd als dat aspect van de gedraging waaraan de gedraging haar intersubjectieve verstaanbaarheid ontleent. De intentie is in deze voorstelling van zaken 'gedragingsintrinsiek': zij constitueert de betekenis van de gedraging.⁶⁰

Het opzetbestanddeel is een strafrechtelijke verbijzondering van het alledaagse begrip 'intentie'. Ook het opzet heeft een gedragingsintrinsiek aspect. De strafrechtelijke betekenis van een handeling varieert, al naar gelang zij opzettelijk of niet opzettelijk is gesteld. Een opzettelijk gepleegd delict is een *ander* delict dan een niet-opzettelijk, maar bijvoorbeeld culpoos gepleegd delict. De vaststelling dat het opzet onderdeel uitmaakt van de handeling, vormt de eerste noodzakelijke stap in de theoretische onderbouwing van de normativerende methode. De volgende en beslissende stap bestaat erin, aannemelijk te maken dat het in de handeling ingekapselde opzet bovendien door derden kan worden *waargenomen*. Dat kan. Menselijke gedragingen zijn niet louter subjectieve verrichtingen; gedragingen zijn altijd georiënteerd op de intersubjectieve buitenwereld. Zij zijn voor hun betekenis van die gedeelde leefwereld afhankelijk, zoals iedere betekenis en ieder betekenisstelsel slechts kunnen bestaan bij de gratie van een gemeenschappelijke leefwereld. Een gedraging kan dan ook altijd worden geïnterpreteerd aan de hand van intersubjectief toegankelijke normen of ervaringsregels. Dergelijke sociale regels zijn 'betekenisbepalend': in het maatschappelijke verkeer 'geldt' een subjectieve verrichting uit kracht van deze normen 'als' een bepaalde gedraging, bijvoorbeeld als een (opzettelijke) mishandeling.⁶¹

de aard van het gevolg afhankelijke kans. Om die reden beschouw ik deze eis geenszins als een 'kunstmatige inperking' van het voorwaardelijk opzet die dogmatisch eigenlijk maar 'moeilijk [kan] worden uitgelegd', zoals Reijntjes stelt; zie J.M. Reijntjes, 'Criteria voor toerekening', in: B.F. Keulen, G. Knigge, H.D. Wolswijk (red.), *Pet af* (D.H. de Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 400.

60 Zie, ook voor verwijzingen naar andere literatuur, F. de Jong, 'Tussen schuld en gedraging: normativering', *a.w.*

61 Zie F. de Jong, 'Tussen schuld en gedraging: normativering', *a.w.*, p. 72-76.

De publieke ervaringsregels sturen de interpretatie van een gedraging. De betekenis die een gedraging door omstanders krijgt toegewezen, is dan ook niet afhankelijk van de oorspronkelijke, subjectieve bedoelingen van de handelende persoon. De intentionaliteit *spreekt* uit de gedraging zelf. De vraag of een bepaalde gedraging als een 'opzettelijke gedraging' kan worden aangemerkt, hangt daarmee af van het antwoord op de vraag of een 'criteriumfiguur' of 'gemiddelde mens' in de gegeven omstandigheden opzettelijk zou hebben gehandeld. De normativerende methode is aldus gefundeerd in wat een 'subjectloze semantiek van de handeling' kan worden genoemd: door normativering kan een gedraging op een intersubjectief geldige wijze worden geïnterpreteerd, zonder dat de rol van het handelende subject binnen de verklaring hoeft te worden betrokken.⁶² Maar hier stuiten we op een belangrijk probleem: opzet mag dan strikt genomen te bewijzen zijn zonder dat men hoeft te beschikken over enige kennis van de inzichten en bedoelingen van de handelende persoon, dit laat onverlet dat het strafrecht uiteindelijk toch geïnteresseerd is in de intentie van de *verdachte*. *Hij* staat terecht, en *hij* moet opzettelijk hebben gehandeld, wil de rechter hem uiteindelijk kunnen veroordelen en voor bestraffing in aanmerking laten komen.⁶³

Dat het strafrecht niet uit is op een louter objectieve of intersubjectieve interpretatie van een gedraging, maar een antwoord zoekt op de vraag of de *verdachte* opzettelijk heeft gehandeld, kan worden beargumenteerd met het inzicht dat het opzet (en hetzelfde geldt voor de culpa) niet alleen door een gedragingsintrinsiek aspect, maar ook door een gedragingsextrinsiek aspect wordt gekenmerkt.⁶⁴ Het opzet constitueert namelijk niet alleen een bepaalde betekenis *van* een gedraging, maar ziet ook op een betrekking van het handelende subject *tot* diens gedraging. Deze betrekking fundeert voor een belangrijk deel de persoonlijke of subjectieve verantwoordelijkheid van de betrokkene voor zijn gedraging: niet voor niets wordt het opzet een 'schuldvorm' ge-

62 Zie daarover uitvoerig P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 56-87.

63 Vgl. J.L.M. Boek, 'De moraal van het opzetoordeel', in: M. Moerings, C.M. Pelsers en C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 121-135.

64 Zie voor het onderscheid tussen het gedragingsintrinsieke en het gedragingsextrinsieke aspect van het opzet en de culpa nader F. de Jong, 'Tussen schuld en gedraging: normativering', a.w. Zie ook P. Ricoeur, *Oneself as another*, a.w., p. 68: '(...) we distinguish between three uses of the term "intention": having done or doing something intentionally, acting with a certain intention, intending to.... The third use alone contains an explicit reference to the future. Reference to the past, however, is most often found in the case of action done intentionally. More important, the third use is the only one that is amenable to analysis solely on the basis of its expression. The other two uses are secondary qualifications of an action that can be observed by everyone. (...) As close as is the tie between the intention-to and the person to whom it belongs, so qualifying the action as intentional can be accomplished independently of any consideration of the relation of possession that attaches the action to the agent.' En verderop, op p. 72: 'In my opinion, it is the exclusive concern with the truth of the description that tends to overshadow any interest in assigning the action to its agent. Assigning the action to an agent poses a problem of veracity and no longer a problem of truth, in the descriptive sense of the term.'

noemd. De bewezenverklaring van het opzet neemt vanwege dit gedrags-extrinsieke aspect als het ware een voorschot op het finale oordeel van de rechter omtrent de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte. In de voorgaande paragrafen is al herhaaldelijk gesteld dat alle strafrechtelijke beslissingen worden genomen met het oog op het uiteindelijke, normatieve oordeel van de rechter over de mate waarin een verdachte schuld heeft aan een strafbaar feit en vatbaar is voor bestraffing. Deze gerichtheid op toerekening is dus ook van invloed op de beantwoording van de eerste vraag van artikel 350 Sv.

Het strafrecht kan met een objectieve beschrijving van een gedraging niet goed uit de voeten. Hierboven hebben we gezien dat een descriptieve weergave van een feitelijke toedracht geen grondslag kan bieden voor een normatieve of ethische waardering van die toedracht. Tussen de objectieve waarheidsvinding en de normatieve toerekening van persoonlijke verantwoordelijkheid gaapt een kloof die slechts door bemiddeling van een narratieve dimensie kan worden overbrugd. Verhalen bieden de coherente context waarbinnen losse feiten, gebeurtenissen en handelingen vatbaar kunnen worden gemaakt voor normatieve verwerking. Dit impliceert dat alleen de door verhalen geboden normatieve samenhang ons in staat stelt de normativerende methode, die bestaat in een interpretatie van een handeling op basis van het gedrags-intrinsieke aspect van het opzet, te hanteren *met het oog op het gedrags-extrinsieke aspect* van het opzet. Normativering is dan ook een rechterlijke interpretatie van een gedraging *binnen* een verhaal, *binnen* een narratief gestructureerde casus. In de voorgaande paragraaf is gebleken dat de interpretatie van verhalen wordt gestuurd door twee gelijktijdig werkzame hiërarchieën tussen de vertelde geschiedenis en de betekenis van de geschiedenis.

Een verhaal vertelt over gebeurtenissen, personen en handelingen uit een wereld die wordt voorgesteld als voorafgaand aan en onafhankelijk van het verhaal zelf. Maar tegelijkertijd bevat ieder verhaal een plot die bepaalt welke feiten de moeite van het vertellen waard zijn. De plot verleent aan de geschiedenis een *narratieve noodzakelijkheid*: de narratieve coherentie van het verhaal dwingt een bepaalde interpretatie af van de vertelde geschiedenis en van de elementen waaruit zij is opgebouwd. Deze hiërarchie tussen toedracht en interpretatie kenmerkt de normativerende methode, die door de Hoge Raad als volgt wordt omschreven: 'Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – *niet anders kan zijn*

dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.⁶⁵

Soms kán het eenvoudig niet anders, of de verdachte heeft opzettelijk gehandeld. De noodzakelijkheid van deze conclusie is een narratieve en geen absolute noodzakelijkheid: de feiten van de casus worden *gepresenteerd* op een wijze die deze conclusie onontkoombaar lijkt te maken. We hebben in het voorgaande gezien dat narratief-noodzakelijke interpretaties niet per se met de 'materiële waarheid' overeenstemmen, aangezien we niet de beschikking hebben over een maatstaf waarmee het juridische beeld van de werkelijkheid op absolute juistheid kan worden getoetst. Dit noopt tot enige bescheidenheid. Inschakeling van de normativerende methode is in de bewijsvoering van het opzetbestanddeel weliswaar onvermijdelijk, en bovendien theoretisch goed te funderen, maar moet steeds gepaard gaan met een voorbehoud bij de gemaakte aanspraak op objectiviteit, oftewel: met de bereidheid om afwijkende visies tegen zich te laten gelden, alvorens de knoop uiteindelijk ten gunste van een bepaalde interpretatie door te hakken. De normativerende methode, met behulp waarvan uiteindelijk ook iets gezegd moet kunnen worden over het gedragingsextrinsieke, en dus *subjectieve* aspect van het opzet, zou daarom moeten aanhaken bij een *geïndividualiseerde* 'criteriumfiguur', oftewel: een zoveel mogelijk op de praktische identiteit van de terechtstaande verdachte toegesneden 'gemiddelde mens'.⁶⁶

Een goed voorbeeld van een terughoudend gebruik van de normativerende methode biedt het arrest van het Gerechtshof te Den Haag van 19 juli 2007, LJN BA9920:

'Het hof stelt voorop dat bij het overhalen van de trekker van een doorgeladen pistool, terwijl dit in de richting wordt gehouden van de borst van een persoon die op zeer korte afstand staat, naar algemene ervaringsregelen de aanmerkelijke kans bestaat dat die persoon dodelijk wordt getroffen. De verdachte heeft niet betwist dat hij wetenschap had van de aanmerkelijke kans dat de dood zou intreden als gevolg van zijn, vooromschreven, gedraging. Evenmin is er enige aanwijzing dat de verdachte die wetenschap niet had. (...) Met reden kan worden betoogd dat onder deze feitelijke omstandigheden de gedraging van de verdachte zoals aangegeven, naar zijn uiterlijke verschijningsvorm, kan worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte een schot met de aanmerkelijke kans op een dodelijk verloop op de koop toe heeft genomen en daarmee heeft gehandeld met opzet in de zin van voorwaardelijk opzet. Tegelijkertijd kenmerkt de onderhavige zaak zich hierdoor dat tussen de verdachte, [B] en [het slachtoffer] een, wat stoere, vriendschappelijke band

65 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, m.nt. Y. Buruma (HIV I; cursivering toegevoegd); deze formulering is sinds het verschijnen van dit arrest onderdeel geworden van de standaardformule voor het voorwaardelijk opzet, waarvan ook de feitenrechtters met grote regelmaat gebruik maken.

66 Zie nader F. de Jong, 'Tussen schuld en gedraging: normativering', *a.w.*, p. 77-82.

bestond (...). Uit het dossier noch uit het verhandelde ter zitting is enige aanwijzing te verkrijgen dat er – ten tijde van het onderhavige feit – tussen de drie jongens dan wel tussen de verdachte en [het slachtoffer] vijandschap heerste of een agressief geladen sfeer dan wel dat sprake was van een geprikkelde stemming of van wrijving van welke soort of aard dan ook. Uiteindelijk komt het hof, anders dan de advocaat-generaal, tot het oordeel dat laatstgenoemde feitelijke omstandigheden eraan in de weg staan aan te nemen dat de verdachte de dood van [het slachtoffer] op de koop toe heeft willen nemen, zodat de verdachte van het onder 1 primair tenlastegelegde moet worden vrijgesproken.'

Volgt: veroordeling voor dood door roekeloosheid (artikel 307, tweede lid Sr).

7 CONCLUSIE

In het voorgaande is getracht zicht te krijgen op de verhouding tussen de materiële waarheidsvinding en de materieel-strafrechtelijke rechtsvinding in ruimere zin. De verhouding tussen deze interpretatieve operaties heeft implicaties voor het waarheidsbegrip binnen het strafrecht en de strafrechtswetenschap. Rechtsvinding bestaat in het materiële strafrecht in het onderzoek naar de mogelijkheid van toerekening van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan een individueel persoon. Deze bij uitstek normatieve vraag domineert de gehele strafrechtspleging. Dit betekent dat ook de als 'objectief' te boek staande waarheidsvinding in het teken staat van de normatieve toerekeningsoperatie waarop de strafrechtspleging in al haar facetten is georiënteerd. Een normatieve evaluatie van subjectieve verrichtingen kan niet plaats vinden op basis van enkel een objectief vastgestelde en beschreven feitelijke toedracht. Normatieve juridische oordelen over een feitelijke toedracht kunnen eerst worden geveld zodra deze toedracht is opgevoerd binnen het narratieve verband van een juridische casus. Een casus is een narratief geconstrueerd geheel, een verhaal.

Een verhaal bevat een plot, dat wil zeggen: een geconfigureerd patroon waarin de verschillende verhaalselementen met elkaar verbonden zijn en waaraan die elementen hun narratieve samenhang ontlenu. De interpretatie van een verhaal wordt gestuurd door deze samenhang. De elementen van de vertelde geschiedenis worden door het verhaal gepresenteerd als afkomstig uit een van het verhaal zelf onafhankelijke werkelijkheid. Tegelijkertijd produceert het verhaal zijn eigen feiten en vooral de betekenis van zijn eigen feiten. Dit betekent dat de vertelde geschiedenis, of de feitelijke toedracht binnen een juridische casus, niet alleen het *vertrekpunt* vormt voor de interpretatie van het verhaal of van de casus, maar tevens van die interpretatie het *sluitstuk* vormt. Toegepast op het strafrecht: de schuld van een verdachte kan alleen binnen het verband van een verhaal worden vastgesteld en toegerekend. Enerzijds is die toerekening een interpretatie van de 'objectieve' feiten van het geval. De verdachte heeft aantoonbaar een delict gepleegd en had de mogelijkheid het plegen van dat delict na te laten. Anderzijds is de vaststelling

van de schuld een narratief-noodzakelijke interpretatie die wordt afgedwongen door de betekenisvolle, normatieve coherentie binnen de narratief geconstrueerde casus.

De narratieve schakel tussen bewijs en toerekening heeft belangrijke implicaties voor de status die moet worden toegedacht aan de feiten van een zaak die aan de rechterlijke beslissing in die zaak geacht worden ten grondslag te liggen. Die feiten 'zijn' er niet op de wijze waarop feiten buiten een narratieve context bestaan, want binnen een narratief verband is het onderscheid tussen feiten en normen, tussen de werkelijkheid en de betekenisverlening aan die werkelijkheid, in een voortdurend uitstel verwickeld. De interpretatie van een strafrechtelijke casus bestaat in de onophoudelijke dialectiek tussen twee gelijkwaardige hiërarchieën tussen de feiten van de casus en de door normen toegerekende betekenis aan die feiten. Die dialectiek maakt een materieel waarheidsbegrip voor het strafrecht problematisch. Het strafrecht kan uiteraard niet ontsnappen aan de noodzaak bepaalde zaken voor waar aan te nemen. Doet het strafrecht dat niet, dan komt men nooit aan enige beslissing toe. Bovendien kan het strafrecht slechts aanspraak maken op legitimiteit, indien en voor zover het probeert de omstandigheden van een te beoordelen geval overeenkomstig de materiële waarheid boven tafel te krijgen. Het begrip 'materiële waarheid' is voor het strafrecht dan ook beslist niet van iedere betekenis ontbloot. Waarheidsvinding is mogelijk; de voor een strafrechtelijke procedure relevante feiten of 'grondstoffen' kunnen in beginsel 'objectief' worden *beschreven* en kunnen worden getoetst op waarheid.

Met betrekking tot de zoektocht naar deze grondstoffen voor het uiteindelijke bewijs en voor de uiteindelijke veroordeling is en blijft de materiële waarheid dus een richtinggevend ideaal. Maar zodra deze grondstoffen worden betrokken in de ethische of normatieve vraag naar de mogelijkheid van *toerekening* van schuld of verantwoordelijkheid aan een verdachte, is het niet langer mogelijk te spreken in termen van materiële waarheid. Schuldoordelen berusten op een narratieve waarheid, op een narratief-noodzakelijke interpretatie van een complex van feiten en gedragingen. Wat 'werkelijk voorgevallen' heet te zijn, kan binnen een narratief verband niet naar maatstaven van absolute zekerheid worden vastgesteld. Om die reden dient het strafrecht steeds een voorbehoud te maken bij zijn eigen aanspraken op objectiviteit en waarheid. Met betrekking tot de normatieve vragen waarop de strafrechtspleging wezenlijk is gericht, biedt een narratief begrip van waarheid de mogelijkheid een dergelijk voorbehoud te maken. Een narratief waarheidsbegrip wordt immers gekenmerkt door het besef dat er voor de absolute juistheid van een juridische interpretatie geen garanties kunnen bestaan. In dit opzicht is dit waarheidsbegrip realistischer dan zijn naïeve, positivistische tegenhanger.

10 | Waarheidsvinding, genocide en het Internationaal Gerechtshof

L.R. Breuker

1 INLEIDING

Genocide is wel aangeduid als de 'crime of crimes'.¹ Hoewel er volgens de *ad hoc* straftribunalen geen hiërarchische relatie bestaat tussen misdaden tegen de menselijkheid en genocide, onderscheidt laatstgenoemd misdrijf zich volgens dezelfde tribunalen door de uitzonderlijke morele afkeuring die eraan verbonden is.² Dit unieke karakter van genocide komt ook tot uiting in de retoriek van de preambule van het Genocide Verdrag (1948), dat de criminalisering van genocide rechtvaardigt 'teneinde de mensheid van deze afschuwelijke gesel te verlossen'.³

In het licht van dit bijzonder verwerpelijke karakter en de daaruit voortgekomen strafbaarstelling onder internationaal recht, zou men genocide dan ook uitsluitend verwachten in de context van een strafrechtelijke procedure, hetzij voor een internationale, hetzij een nationale rechter. De zaak *Bosnië-Herzegovina v. Servië-Montenegro* voor het Internationaal Gerechtshof vormt hier op het oog een opvallende uitzondering op.⁴ Ofschoon het Hof niet over een strafrechtelijke jurisdictie beschikt, achtte het zich niettemin bevoegd vast te stellen of Servië genocide had gepleegd in strijd met het verbod zoals gedefinieerd onder het Genocide Verdrag. Hoewel deze stap van het Hof heeft geleid tot een belangrijke uitbreiding van staatsaansprakelijkheid onder het Verdrag en in dat opzicht moet worden toegejuicht,⁵ roept het tevens de vraag op of het loskoppelen van een materiële strafbepaling van de straf(proces)rech-

1 *Prosecutor v. Kambanda* (ICTR Case No. 97-23-S), Trial Chamber I, 4 September 1998, para. 16.

2 *Prosecutor v. Radislav Krstic* (ICTY Case No. IT-98-33-A), Appeals Chamber 19 April 2004, para. 36.

3 *Verdrag inzake de Voorkoming en de Bestrafing van Genocide*, aangenomen door de VN Algemene Vergadering op 9 december 1948, resolutie 260 (III) A, inwerkingtreding 12 januari 1951. Nederlandse vertaling, *Trb.* 1960, 32, gewijzigd bij *Trb.* 1966, 179.

4 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), International Court of Justice, Judgment 26 February 2007, beschikbaar online op: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (laatst bezocht 21 januari 2008). Hierna aangehaald als: *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*.

5 Zie L. Breuker, 'The Judgment of the ICJ in the Genocide case: The State as Perpetrator of Genocide', *Griffin's View* June 2007, p. 39-78.

telijke context waarin ze normaal gesproken dient te worden toegepast wel een juridisch aanvaardbare oplossing is. Doet deze benadering geen onacceptabele afbreuk aan de in het strafprocesrecht vervatte doelstellingen als rechtsbescherming en waarheidsvinding, of bevat het Statuut van het Hof voldoende waarborgen om deze doelstellingen te kunnen verwezenlijken?⁶ De centrale vraag waarop deze bijdrage een voorlopig antwoord tracht te geven in het licht van de Genocide zaak, is of het Internationaal Gerechtshof wel voldoende geëquipeerd is om de minimale mate van waarheidsvinding te plegen inherent aan het bijzondere strafverwijt van genocide. Daartoe zal eerst de rol van het Hof in de internationale rechtsorde worden toegelicht, de aard van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit het door het Hof toegepaste recht van staatsaansprakelijkheid, en de procedurele mogelijkheden die het daarvoor heeft gekregen. Vervolgens zullen de relevante beslissingen in de Genocide zaak worden besproken en de waarheidsvinding die het Hof daaraan ten grondslag heeft gelegd. Daarna volgt een evaluatie van de specifieke waarheidsvinding in de Genocide zaak en tot slot de conclusie.

2 DE ROL VAN HET INTERNATIONAAL GERECHTSHOF

Zoals bekend mag worden verondersteld, ontbeert de internationale gemeenschap de centrale gezagsstructuur die zo kenmerkend is voor de moderne natie staat. De totstandkoming van internationale normen, de uitoefening van publiek gezag door internationale instituties en de toetsing van de naleving van de normen zijn gefragmenteerd in diverse regimes.⁷ Internationale geschillenbeslechting vindt zodoende plaats op verschillende niveaus en door verschillende, niet met elkaar verbonden instanties. In dat 'systeem' neemt het Internationaal Gerechtshof de meest prominente plaats in.

Op grond van het VN Handvest is het Hof het voornaamste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties en in hiërarchie gelijk aan de Algemene Vergadering en de Veiligheidsraad.⁸ Deze centrale plaats in het VN systeem verleent het Hof autoriteit, aangezien de rechtsorde die met de totstandkoming

6 In deze bijdrage zal het doel van de waarheidsvinding centraal worden gesteld. De fundamentele vraag in hoeverre rechtspersonen, in casu soevereine staten, aanspraak kunnen maken op rechtsbescherming en mensenrechten in het algemeen binnen een strafrechtelijke procedure zal buiten beschouwing worden gelaten. Zie voor een bespreking van deze problematiek: A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 1996, p. 151-197.

7 Gefragmenteerd in de zin dat die gebieden waar wel centralisatie heeft plaats gevonden, zoals collectieve veiligheid, handel en economie, een palet van verschillende, niet met elkaar verbonden regimes vormen. De Europese Unie is een voorbeeld van een internationaal regime met een zeer vergaande vorm van centralisatie, maar staat los van andere regimes zoals de Verenigde Naties of de Wereld Handels Organisatie.

8 Zie artikel 7 jo. 97 VN Handvest.

van de VN is gecreëerd, getypeerd wordt door een voorrangrelatie ten aanzien van andere internationale rechtsordes. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn alle regionale, bilaterale en multilaterale overeenkomsten die VN leden hebben gesloten, onderworpen aan artikel 103 van het VN Handvest, waarin wordt bepaald dat de verplichtingen onder het Handvest voorrang hebben in geval van strijd.⁹ De verhouding met de nationale rechtsordes wordt gemarkeerd door artikel 2 lid 7 van het Handvest: interventie door de VN is niet mogelijk bij aangelegenheden die wezenlijk onder de nationale rechtsmacht vallen, tenzij de internationale vrede en veiligheid worden bedreigd.¹⁰

In deze bovenste laag van *multilevel jurisdiction* opereert het Hof volgens voormalig rechter Lachs als volgt: 'In fact the Court is the guardian of legality for the international community as a whole, both within and without the United Nations'.¹¹ Het Hof zou in deze rol moeten bijdragen aan een stabiele internationale rechtsorde, door een vreedzaam alternatief te bieden voor geweld als middel van geschillenbeslechting.¹² Om dit doel zo goed mogelijk te kunnen dienen, beschikt het Hof over een algemene (materiële) jurisdictie: in principe kan *elk* geschil tussen twee staten voor het Hof worden gebracht, mits beide partijen daarmee instemmen. Deze link is ook terug te vinden in het VN Handvest. Artikel 36(3) Hv bepaalt dat *elk* geschil waarvan het voortbestaan de handhaving van de *internationale vrede en veiligheid* in gevaar dreigt te brengen, als 'algemene regel' door de partijen dient te worden voorgelegd aan het Internationaal Gerechtshof. Dat de beslechting van dit soort geschillen als ultiem doel van het Hof wordt gezien, vindt onder meer steun in de voorbereidende beraadslagingen voor het VN Handvest,¹³ overwegingen van

9 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 392, r.o. 107.

10 Artikel 2.7 VN Handvest: Geen enkele bepaling van dit Handvest geeft de Verenigde Naties de bevoegdheid tussenbeide te komen in aangelegenheden die wezenlijk onder de nationale rechtsmacht van een staat vallen, noch wordt op grond van enige bepaling daarin van de Leden verlangd dat zij zodanige aangelegenheden krachtens dit Handvest tot een oplossing brengen. Dit beginsel staat de toepassing van dwangmaatregelen ingevolge Hoofdstuk VII evenwel niet in de weg.

11 *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1992, Separate Opinion Judge Lachs, p. 26.

12 Zie Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 960; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Vol. I, The Court and the United Nations*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1997, p. 3; Mohamed Sameh M. Amr, *The role of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 213-216.

13 United Nations: Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, *The American Journal of International Law*, No. 1 (Jan, 1945) Supplement: Official Documents. Zie ook Nagendra Singh, *The role and record of the International Court of Justice*, Dordrecht: Nijhoff 1989, p. 10; Mohamed Sameh M. Amr, *a.w.*, p. 214.

rechters van het Hof,¹⁴ en uiteraard in de integratie van het Hof als primair orgaan in de structuur van een organisatie die als hoofddoelstelling de handhaving van internationale vrede en veiligheid heeft.¹⁵ Het belang van vreedzame geschillenbeslechting houdt de materiële jurisdictie van het Hof dus breed en maakt het mogelijk dat de vraag of een staat genocide heeft gepleegd wordt voorgelegd aan een gerechtshof dat geen strafrechtelijke jurisdictie heeft.¹⁶

Een laatste opmerking over de rol van het Hof dient te worden gemaakt met betrekking tot het ontbreken van een dwingende rechtsmacht. Hoewel dit kenmerkend is voor arbitrage, is het uiteraard minder wenselijk voor rechtspraak. De sterke positie van de individuele staat in de internationale rechtsorde tegenover de internationale gemeenschap in zijn geheel brengt mee dat staten zich kunnen onttrekken aan een rechterlijk oordeel door hun instemming te onthouden aan een juridische procedure.¹⁷ De rol van het Internationaal Gerechtshof beperkt zich hierdoor grotendeels tot de beslechting van minder ernstige geschillen, aangezien de meest ernstige interstatelijke conflicten bij voorkeur worden afgehandeld in het politieke domein. De zeer ernstige en ingewikkelde feitencomplexen blijven zo vrijwel altijd buiten bereik van de rechtspraak van het Hof.¹⁸ Hoewel het dus bevoegd is van elk soort geschil

14 Zie Mohamed Sameh M. Amr, *a.w.*, p. 215.

15 Zie de artikelen 2(3), 7, 33, 36(3) en 92 VN Handvest.

16 De materiële jurisdictie is niet volledig onbeperkt. Op grond van artikel 36 lid 2 kunnen alleen rechtsgeschillen worden voorgelegd aan het Hof met een internationaalrechtelijke dimensie: er dient sprake te zijn van schending van een internationale verplichting, of van een conflict over een kwestie van internationaal recht. Nationaal recht is slechts relevant als 'feit' ter beoordeling van internationaalrechtelijke verplichtingen (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 19). Het feit dat de jurisdictie *ratione personae* beperkt is tot staten, betekent bovendien dat alleen internationale verplichtingen van staten kunnen worden beoordeeld, hetgeen internationaal strafrecht, dat zich immers uitsluitend tot individuen richt, formeel uitsluit van beoordeling door het Hof.

17 Het Hof kan op grond van artikel 36 van het Statuut op drie manieren jurisdictie aannemen die alle instemming vereisen van de betrokken staten. Ten eerste bij wijze van speciale overeenkomst ('compromis'). Staten kunnen op een ad-hoc basis een geschil aanbrengen bij het Hof en voor dat specifieke geschil rechtsmacht aanvaarden. Ten tweede doordat een verdrag rechtsmacht verleent aan het Hof via een expliciete bepaling (een zogenaamde 'compromissory clause'). De meest vergaande mogelijkheid is de zogenaamde 'dwingende rechtsmacht', waarbij een staat door een verklaring aangeeft de rechtsmacht van het Hof te aanvaarden in toekomstige geschillen in relatie tot een andere staat die eveneens de dwingende rechtsmacht heeft aanvaard. Staten zijn echter nog steeds vrij diverse voorbehouden op de rechtsmacht te maken, hetgeen de betekenis van deze vorm van rechtsmacht ondergraaft.

18 De Genocide zaak vormt daarop een opvallende uitzondering van historische betekenis, doordat het de eerste zaak is waarin een internationale rechter zich heeft uitgesproken over de aansprakelijkheid van een staat voor genocide. Dit was alleen mogelijk doordat het Genocide Verdrag (Verdrag inzake de Voorkoming en de Bestrafing van Genocide, 9 december 1948, *Trb.* 1960, 32, gewijzigd bij *Trb.* 1966, 179), in artikel 9 een 'compromissory clause' kent en automatisch rechtsmacht vestigt voor het Hof. Het theoretische moment

kennis te nemen, is het daar niet mee bekend en de vraag is of het daartoe wel toegerust is.

2.1 Aard van staatsaansprakelijkheid

Men zou misschien verwachten dat de Genocide zaak draait om het vaststellen van een internationaal misdrijf en dus om strafrechtelijke aansprakelijkheid. Deze vorm van aansprakelijkheid voor *staten* is echter niet geaccepteerd in het internationale recht. Zoals reeds opgemerkt, omvat de rechtsmacht van het Hof geschillen over bijvoorbeeld handelsverdragen en diplomatieke immuniteit, maar ook over agressie en genocide. De variërende aard van het soort geschillen komt echter niet tot uiting in het soort aansprakelijkheid dat ze genereren. Staatsaansprakelijkheid is een ongedifferentieerd regime, en kent geen formeel onderscheid in civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁹ Een breed gedragen maar weinig verhelderende typering is dat het 'niet strafrechtelijk, noch civielrechtelijk, maar eenvoudig internationaal' van aard is.²⁰

Wat men hiermee tot uitdrukking wil brengen is dat staatsaansprakelijkheid niet valt te kwalificeren als uitsluitend één van de traditionele categorieën, maar elementen bevat van beide. Het is niet zuiver civielrechtelijk in de zin dat het louter bilaterale of private verhoudingen tussen de rechtssubjecten (staten) reguleert. Binnen het regime van staatsaansprakelijkheid worden ook verplichtingen erkend die staten hebben naar de internationale gemeenschap toe. Dergelijke verplichtingen zijn dermate fundamenteel dat schending daarvan ook rechtsgevolgen creëert voor alle niet direct betrokken staten. De meest fundamentele categorie van dit soort 'verticale' verplichtingen is *ius cogens*:

van instemming met de rechtsmacht van het Hof heeft dus plaatsgevonden bij ondertekening van het Genocide Verdrag. Dat deze instemming zuiver 'juridisch' moet worden geïnterpreteerd blijkt uit het feit dat Servië de jurisdictie van het Hof op diverse punten zeer intensief heeft bestreden. Zie L. Breuker, *a.w.*, p. 41-48.

19 Volgens de gezaghebbende commentaren van de Commissie voor Internationaal Recht bij de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid, maakt het regime van staatsaansprakelijkheid geen onderscheid tussen civiel- en strafrecht. Zie *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), Commentaries* article 12, onder punt 5. Dit standpunt wordt grotendeels gevolgd door de literatuur: zie bijv. J. Crawford en S. Olleson, 'The Nature and Forms of International Responsibility', in: Malcolm D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 457-458. Internationaal recht kent uiteraard wel het sub-rechtsgebied internationaal strafrecht, maar dat beperkt zich tot individuele aansprakelijkheid voor natuurlijke personen. Voor een alternatief perspectief op de aard van staatsaansprakelijkheidsrecht zie N.H.B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford: Oxford University Press 2000.

20 J. Crawford, *First report on State Responsibility*, 1 May 1998, A/CN.4/490/Add.1, at par. 60 iv.

objectief recht dat de bilaterale belangen van staten overstijgt en waarvan dus ook niet kan worden afgeweken.²¹

Hoewel het staatsaansprakelijkheidsrecht dus publiekrechtelijke trekken vertoont,²² is het daarmee nog niet strafrechtelijk van karakter. Want hoewel een ernstige schending van verplichtingen met de status van *ius cogens* tot een ‘verzwaarde’ aansprakelijkheid leidt, verschillen de gevolgen daarvan niet wezenlijk van de reguliere staatsaansprakelijkheid voor de schending van een niet fundamentele verplichting. Zoals het Joegoslavië-Tribunaal opmerkte in de zaak *Blaskic*: ‘[u]nder present international law it is clear that States, by definition, cannot be the subject of criminal sanctions akin to those provided for in national criminal systems’.²³ Een schending van een internationaalrechtelijke verplichting, genereert volgens het gewoonterecht ‘slechts’ een verplichting de schending onmiddellijk te beëindigen en de schade te vergoeden.²⁴ De schadevergoeding kan worden gegeven in de vormen van restitutie, compensatie en genoegdoening.²⁵ Niet alleen vertoont een dergelijk stelsel een grote gelijkenis met civielrechtelijke aansprakelijkheid, de drie vormen van schadevergoeding ontberen tevens ieder punitief element volgens de gezaghebbende commentaren van de VN Commissie voor Internationaal Recht (CIR).²⁶

21 Zie A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007. De vorming van een rudimentair publiekrechtelijke dimensie binnen de staatsaansprakelijkheid werd expliciet erkend in de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof in de zaak *Barcelona Traction* (1970), waar het Hof naast de traditionele bilaterale verplichtingen van staten, tevens het bestaan erkende van verplichtingen naar ‘de internationale gemeenschap in zijn geheel’. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, r.o. 33-34.

22 In dit opzicht zou men kunnen spreken van een proces van constitutionalisering van het staatsaansprakelijkheidsrecht.

23 *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-AR 108 bis, I.L.R., vol. 110, p. 688 (1997), at p. 698, para. 25.

24 In het geval van verzwaarde aansprakelijkheid zijn de enige bijkomende gevolgen volgens de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid, zie infra noot 30, een verplichting voor alle staten om door samenwerking de schending op legale wijze te beëindigen en een verplichting de situatie die is ontstaan door de schending niet als rechtmatig te erkennen, of hulp te bieden waardoor de situatie in stand kan worden gehouden (zie artikel 41).

25 Zie de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid, A/56/49(Vol. I)/Corr.4, artikelen 34-37.

26 Ibid. Eric Wyler is van mening dat er in de vormen van schadevergoeding desalniettemin toch punitieve aspecten verborgen zitten, zie: Eric Wyler, ‘From “State Crime” to Responsibility for “Serious Breaches of Obligations Under Peremptory Norms of General International Law”’, *European Journal of International Law*, 2002, p. 1147-1160. Overigens wordt het systeem van eigenrichting, dat in de grotendeels gedecentraliseerde internationale gemeenschap nog steeds een belangrijke plaats inneemt en menigmaal in verband wordt gebracht met een primitief strafrechtelijk systeem, ook gekenmerkt door een reparatoir karakter. Eigenrichting mag volgens de CIR niet gepaard gaan met geweld of de vorm aannemen van bestraffing: proportionele dwang tot naleving van de norm moet beoogd zijn, geen straf achteraf. In dit opzicht vertonen maatregelen van eigenrichting meer gelijkenis met enkele civielrechtelijke vormen van eigenrichting zoals het retentierecht, dan met gedecentraliseerd strafrecht.

De associatie met strafrecht lijkt meer voor de hand te liggen in het geval van het voormalige artikel 19 in de set van ontwerp-artikelen op het gebied van staatsaansprakelijkheid van de CIR. Dit artikel introduceerde het concept 'Crime of State', om de ontluikende publieke dimensie tot uitdrukking te brengen in de internationale rechtsorde en de noodzaak daar passende bescherming voor te bieden.²⁷ De achterliggende gedachte was even basaal als breed gedragen door de leden van de CIR: de ene handeling is ernstiger dan de andere.²⁸ Het label 'crime' werd slechts gebruikt om aan te geven dat deze categorie handelingen de fundamentele belangen raakte van de internationale gemeenschap, zonder daar nadere punitieve gevolgen aan te willen verbinden.²⁹ Er was dus geen intentie om de staatsaansprakelijkheid daadwerkelijk te criminaliseren en het artikel moest uiteindelijk ook worden geschrapt vanwege de sterke associatie met een strafrechtelijk regime voor staten en het gebrek aan draagvlak daarvoor.³⁰ De aard van staatsaansprakelijkheid kan derhalve het meest accuraat worden omschreven als reparatoir van aard, ongeacht of er private belangen of publieke belangen op het spel staan.

2.2 De Procedure van het Internationaal Gerechtshof

Omdat het internationale recht geen scherp onderscheid kent tussen materieel en formeel recht, heeft het (nog) geen algemeen systeem of theorie van beginselen van internationaal procesrecht ontwikkeld.³¹ De eerste *rechtsprekende* geschillenbeslechtende instantie, het PHIJ, liet zich dan ook voornamelijk inspireren door de praktijk van de internationale arbitrage. Aangezien het statuut van het Internationaal Gerechtshof een vrijwel volledige replica is van het statuut van het PHIJ, wordt de daarin vastgelegde procedure in belangrijke

27 In 1976 aanvaardde de CIR bij de eerste lezing unaniem het voormalige artikel 19, waarvan lid 2 als volgt was geformuleerd: 'An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.' Zie: Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (Part Two), beschikbaar op: <http://www.un.org/law/ilc/> (laatst bezocht 27 januari 2008).

28 Niet nakoming van een verplichting van een internationale handelsovereenkomst is immers niet van dezelfde ernst als een schending van het geweldsverbod neergelegd in artikel 2 lid 4 van het VN Handvest.

29 Zie J.H.H. Weiler, A. Cassese en M. Spinedi (red.), *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlijn: De Gruyter 1989.

30 J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 19-20. In de uiteindelijke versie van de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid is het concept 'Crime of State' vervangen door het regime van verzwaarde aansprakelijkheid, dat gebaseerd is op dezelfde differentiatie in normen, maar de beladen terminologie achterwege heeft gelaten.

31 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Vol. III Procedure*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1997.

mate gekenmerkt door partijautonomie. Partijen bepalen zelf of ze een geschil voorleggen aan het Hof (mits de gedaagde partij ook instemt met de rechtsmacht van het Hof), waarover ze een uitspraak van het Hof willen, welk bewijs ze daarvoor aandragen en welke punten van de gedaagde partij ze bestrijden. Tegenover deze vrijheid staat de last van de eisende partij zijn claims te bewijzen.³²

Net als de gelijkenis met civiele aansprakelijkheid zich opdrong bij het systeem van schadevergoeding en eigenrichting, dringt zich nu de parallel op met ons civiele procesrecht. Beide procesvormen kenmerken zich door twee gelijke partijen die de omvang en de voortzetting van de rechtsstrijd bepalen, verantwoordelijkheid dragen voor het presenteren van bewijs voor de eigen positie en in zoverre *domini litis* zijn.³³ Een dergelijk dominante positie van de partijautonomie gaat vaak ten koste van de materiële waarheidsvinding.³⁴ Aangezien de partijen zelf de omvang van het geschil bepalen en ook vrij zijn in de selectie van de feiten, bestaat er een reëel gevaar dat de in het geding gebrachte feitenpresentaties dermate eenzijdig en gekleurd zijn dat het de rechter zeer moeilijk wordt gemaakt een beslissing te geven op basis van 'het werkelijke gebeurde'.³⁵ Ten aanzien van het civiele procesrecht wijst Asser in dit opzicht op de mogelijkheid van het ontstaan van een processuele waarheid die afwijkt van de materiële waarheid.³⁶ Naast de partijdige selectie van feiten wordt dit risico versterkt door de lijdelijke positie van de rechter. De rechter dient de selectie van feiten namelijk te respecteren en mag niet ambtshalve de feiten aanvullen.³⁷ Niet of niet voldoende betwiste feiten dient de rechter als vaststaand te beschouwen. Hoewel de onderlinge overeenstemming van partijen een indicatie kan zijn van het waarheidsgehalte van het betreffende feit, is het de rechter dus niet toegestaan dit waarheidsgehalte daadwerkelijk te toetsen. Hieruit blijkt dat de subjectieve visies van de partijen en hun

32 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 392, par. 101.

33 Zie voor een korte karakterisering van het burgerlijk procesrecht: W. Hugenholtz en W.H. Heemskerck, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1998, p. 11.

34 Zie voor een nadere toelichting op dit begrip o.a. de bijdrage van J.H. Crijns in deze bundel.

35 Zie onder meer C.J.M. Klaassen in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen Nederlandse vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001, p. 55 en W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* (preadvies Nederlandse vereniging voor procesrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 3-4.

36 *Ibid.*, W.D.H. Asser, *a.w.*, p. 3-4.

37 Artikel 149 Rv: 1. Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

acceptatie van het rechterlijk oordeel zwaarder wegen dan het streven naar het blootleggen van de materiële waarheid.

Hoewel het statuut en de 'rules' van het Hof geen verplichting formuleren om niet-betwiste feiten als vaststaand te beschouwen, blijkt uit de rechtspraak van het Hof een soortgelijke praktijk.³⁸ Het Hof is zelfs met enige regelmaat in staat de beslissing in zijn geheel op niet betwiste feiten te baseren.³⁹ Deze opmerkelijke statistiek versterkt de conclusie dat het Hof primair als geschillen-beslechter moet worden gezien vergelijkbaar met een nationale civiele rechter: de procedure is gericht op het kunnen geven van een bindende beslissing over een juridisch geschil tussen partijen.⁴⁰ Hoewel deze doelstelling waarheidsvinding verre van irrelevant maakt,⁴¹ heeft dit wel tot gevolg dat de (correcte) toepassing van het recht op de door partijen beschikbaar gestelde feiten in principe volstaat en niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden onderzocht op overeenstemming met de materiële waarheid.

Daar staat tegenover dat het Hof enkele bepalingen uit het statuut kan invoeren die de materiële waarheidsvinding kunnen bevorderen. Zo kan het op grond van artikel 50 elke persoon of instantie naar eigen keuze vragen om een onderzoek of een mening van een deskundige. In dezelfde trant staat artikel 34 lid 2 het Hof toe om relevante informatie te verzoeken bij internationale organisaties. Het Hof kan zelfs direct getuigen en experts verzoeken om bewijs te leveren ter zitting op grond van artikel 62 (2) van de Rules. Het meest krachtige instrument om nader bewijs te verzamelen in aanvulling op wat de partijen hebben gepresenteerd, is neergelegd in artikel 49 van het Statuut. Op basis van deze bepaling mag het Hof, ook voor aanvang van de zitting, de partijen vragen om nadere documentatie of uitleg.⁴² Hoewel deze bepalingen tezamen substantieel zouden kunnen bijdragen aan het achterhalen van de materiële waarheid achter een rechtsgeschil, heeft het Hof schaars gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.⁴³

Kenmerkend als deze houding mag zijn voor de lijdelijke rol die het Hof zich aanmeet, het moet tevens worden gesteld dat een beroep op artikel 49

38 Zie Shabtai Rosenne, *a.w.*, p. 1083.

39 *Ibid.*, p. 1083. Rosenne stelt dat 'a striking feature of the case-law is the ability of the Court frequently to base its decision on undisputed facts'.

40 Zie C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 15.

41 Zie W.D.H. Asser, *a.w.*, p. 2-5 en C.J.M. Klaassen, *a.w.*

42 Artikel 49 Statuut: 'The Court may, even before the hearing begins, call upon the agents to produce any document or to supply any explanations. Formal note shall be taken of any refusal.' Rule 62-1 geeft een verdere invulling aan deze bepaling: 'The Court may at any time call upon the parties to produce such evidence or to give such explanations as the Court may consider to be necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue, or may itself seek other information for this purpose.'

43 Het Hof zoekt meestal geen aanvullende informatie op wat de partijen hebben gepresenteerd tijdens de procedure. Zie Ruth Teitelbaum, 'Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2007, p. 122-123.

niet noodzakelijkerwijs bijdraagt aan het achterhalen van een meer materieel gekleurde waarheid. Wanneer een partij het verzoek van het Hof bewijs te leveren weigert, kan dat op grond van de jurisprudentie aanleiding geven tot een aanname in het nadeel van de weigerende partij.⁴⁴ In dat geval wordt een formeel waarheidsbegrip gehanteerd: de beslissing vindt niet zijn rechtvaardiging in het onderliggende feitencomplex, maar hoofdzakelijk in de keuze die voortvloeit uit de proceshouding van de partij.⁴⁵ Door te kiezen geen bewijs te leveren, aanvaardt een partij een bepaalde beslissing. In het geheel genomen kan worden vastgesteld dat dit procedurele systeem met een dergelijk dominante positie voor de partijautonomie zich qua interne logica alleen maar verhoudt met een overwegend formeel waarheidsbegrip.

3 DE GENOCIDE-ZAAK (BOSNIË EN HERZEGOVINA V. SERVIË EN MONTE-NEGRO)

Op 26 februari 2007 deed het Hof na een procedure van bijna veertien jaar uitspraak over aansprakelijkheid van de staat Servië voor schending(en) van het Genocide Verdrag in de periode van 1991 tot 1995 in Bosnië en Herzegovina.⁴⁶ Het Hof was met dertien stemmen voor en twee tegen van mening dat Servië geen genocide had gepleegd, noch als medeplichtige kon worden beschouwd van de genocide in Srebrenica. In de nasleep van de inname van deze 'safe area' werden in juli 1995 ten minste 7000 mannelijke moslims vermoord. Omdat de fysieke uitvoerders van de genocide de Bosnisch-Servische strijdkrachten onder leiding van Ratko Mladić waren, zou Servië slechts aansprakelijk kunnen worden gehouden als pleger, indien kon worden aangetoond dat de genocide onder effectieve controle stond van Belgrado. Daarin slaagde Bosnië, dat de bewijslast droeg als eisende partij, uiteindelijk dus niet. Het Hof stelde daarentegen wel vast dat Servië zijn onder het Genocide Verdrag bestaande verplichtingen had verzaakt de genocide in Srebrenica te voorkomen en te bestraffen.⁴⁷

44 C.J. Tams, 'Commentary to Article 49', in: Andreas Zimmermann en Christian Tomuschat (red.), *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1106; K. Highet, 'Evidence and Proofs of Facts', in: L.E. Damrosch (red.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York: Transnational Publishers 1987, p. 363.

45 Deze omschrijving van het formele waarheidsbegrip is gebaseerd op G. Knigge, 'De schijn van waarheid', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

46 Omdat het Hof slechts jurisdictie kon uitoefenen op grond van het Genocide Verdrag, had het geen bevoegdheid te onderzoeken of er andere schendingen van humanitair recht hadden plaatsgevonden, zelfs niet als de vermeende schendingen regels van dwingend recht (*ius cogens*) betroffen. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 277.

47 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, operationeel deel onder 5.

Hoewel de eerste commentaren op het vonnis zich voornamelijk richtten op de vraag of het Hof wel de juiste bewijsstandaarden had gehanteerd bij de beoordeling van het plegen van en medeplichtigheid aan genocide, werd de daar logisch aan voorafgaande vraag of het Hof überhaupt wel mocht aannemen dat het Genocide Verdrag een dergelijk verbod voor staten bevat als vanzelfsprekend aangenomen of zelfs genegeerd.⁴⁸ Dat is merkwaardig omdat een eerste blik op het Genocide Verdrag leert dat het openingsartikel 'slechts' twee hoofdverplichtingen formuleert voor staten: de verplichting om genocide te bestraffen en om genocide te voorkomen. Hoewel het Verdrag uiteraard ook een (strafrechtelijk gesanctioneerd) verbod bevat op het *plegen* van genocide, lijkt de betreffende bepaling zich uitsluitend te richten tot individuen.⁴⁹ In dit opzicht moet het Verdrag (1948) worden gesitueerd in de historische context van de Neurenberg processen, waar de notie van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid werd geïntroduceerd, mede om het gebruik van de staat als schild tegen de internationale aansprakelijkheid van individuen voor misdaden uit te sluiten. Normschendingen van het internationale recht zouden niet alleen het voorheen exclusieve rechtssubject (de staat) worden toegerekend, maar ook aan diegene die als werkelijk verantwoordelijke werd beschouwd voor misdrijven tegen het internationale recht: het individu. Deze gedachte vindt uitdrukking in de veel geciteerde overweging van het Neurenberg tribunaal dat:

'Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.'⁵⁰

Het Genocide Verdrag vormt in dit opzicht weer een verdere ontwikkeling van het bij Neurenberg ingezette proces, door op verdragsbasis individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen voor genocide, waar tijdens de Neurenberg processen nog de minder specifieke categorie *misdaden tegen de menselijkheid* als rechtsbasis werd gebruikt. Het Verdrag geldt als een directe reactie op de Holocaust: de benoeming en strafbaarstelling van een naamloze verschrikking die onder het klassieke volkenrecht nog onder de 'Act of State'

48 Onder meer Ruth Wedgwood, 'Slobodan Milosevic's Last Waltz', in: *The New York Times*, 12 maart 2007; Antonio Cassese, 'A Judicial Massacre', 27 februari 2007, op: <http://commentisfree.guardian.co.uk/antoniozcassese/2007/02/thejudicialmassacreofzsrebr.html>.

49 H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London: Stevens & Sons Limited 1950, p. 44, Paola Gaeta, 'On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?', *European Journal of International Law*, nr. 4, 2007.

50 *Judgment of the International Military Tribunal*, trial of the Major War Criminals, 1947, *Official Documents*, Vol. I, p. 223.

doctrine viel.⁵¹ Terwijl voor individuen derhalve een strafrechtelijke verbodsverplichting werd gecreëerd, werden de staten verplicht om genocide te voorkomen⁵² en om de nieuwe vorm van individuele aansprakelijkheid in geval van genocide te effectueren, door de plicht in te voeren de verantwoordelijke personen te bestraffen.

Hoewel de emancipatie van individuele aansprakelijkheid vanuit het oogpunt van collectieve schuld als een positieve ontwikkeling moet worden gezien, heeft het tevens een verminderde aandacht voor de rol van de staat tot gevolg gehad. Dit terwijl de systematische en grootschalige verschijningsvorm van genocide nu juist moeilijk denkbaar is zonder actieve of passieve betrokkenheid van het staatsapparaat. Uit de *travaux préparatoires* blijkt dat een aantal landen zich terdege bewust was van de beperkingen van puur individuele aansprakelijkheid, hetgeen leidde tot een aantal onsuccesvolle voorstellen om staatsaansprakelijkheid voor genocide in het Verdrag vast te leggen.⁵³ Pas na elke verwijzing naar strafrechtelijke aansprakelijkheid te hebben weggenomen, slaagden het Verenigd Koninkrijk en België er tegen het einde van de onderhandelingen in een verwijzing naar staatsaansprakelijkheid op te laten nemen in de bepaling die het Hof jurisdictie geeft voor geschillen over het Verdrag:⁵⁴

‘ARTIKEL IX

Geschillen tussen de Verdragsluitende Partijen, de interpretatie, toepassing of tenuitvoerlegging van dit Verdrag betreffende, met inbegrip van de geschillen, welke betrekking hebben op de *verantwoordelijkheid van een Staat voor genocide* of enig ander in artikel III genoemd feit, worden, op verzoek van een der bij het geschil betrokken partijen, voorgelegd aan het Internationale Gerechtshof.’

De onduidelijkheid over de precieze strekking van de bepaling reeds gedurende de onderhandelingsfase en het feit dat de staten niet bereid waren een expliciete materiële bepaling op te nemen waarin de elementen van staatsaansprakelijkheid werden beschreven, betekende dat het vóór de uitspraak in deze zaak niet duidelijk was of het Verdrag een rechtsbasis bood voor de beantwoording van de vraag of staten ook zelf aansprakelijk konden worden gehouden voor het plegen van genocide.⁵⁵

51 Daaronder onthielden staten zich van het beoordelen van de legaliteit van handelingen van andere staten op hun eigen territorium. Zie P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 78-80.

52 De verplichting om genocide te voorkomen is een inspannings- en geen resultaatverbintenis. Zie *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 430.

53 United Nations, *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, Summary Records of the 96th meeting*, p. 355. Zie ook John Quigley, *The Genocide Convention. An international law analysis*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 223-224.

54 *Ibid.*, 100th meeting, p. 394.

55 Zie voor een beschrijving van het onderhandelingsproces en de omissie van een materiële bepaling inzake staatsaansprakelijkheid voor genocide John Quigley, *a.w.*, p. 222-226.

3.1 Kan een staat genocide plegen?

Het Hof moest bij de beantwoording van de vraag of het Verdrag ook een verplichting voor staten bevat geen genocide te plegen, bij aanvang vaststellen dat een expliciete verplichting nergens is geformuleerd. Aangezien artikel IX slechts de jurisdictie regelt, bestudeerde het Hof of een dergelijke verplichting wellicht voortvloeit uit een materiële bepaling. Die wordt gevonden in artikel I, dat de verplichting neerlegt genocide te voorkomen.⁵⁶ Volgens het Hof hebben staten zich daarmee automatisch gecommitteerd zelf geen genocide te plegen. Ten eerste omdat het onlogisch zou zijn een staat te verplichten genocide door anderen te voorkomen terwijl het geen controle zou hoeven uit te oefenen over het eigen personeel, en ten tweede omdat met de kwalificatie 'misdrijf' een dergelijke handeling logischerwijs niet zelf mag worden begaan.⁵⁷

Hoewel deze (meer dan welkome) interpretatie moeilijk logica kan worden ontzegd, is het de vraag of logica in de onderhandelingsfase van het Verdrag niet het onderspit heeft moeten delven tegen de staatssoevereiniteit en dus of de verdragspartijen zich wel hebben *willen* binden aan deze verplichting via artikel I. Het Hof rechtvaardigt de ruime interpretatie hoofdzakelijk door te verwijzen naar het 'humanitaire en beschavende' doel van het Genocide Verdrag. Een dergelijk teleologisch gekleurde interpretatie is een geaccepteerde methode volgens het Weens Verdragen Verdrag, hoewel een tekstuele interpretatiemethode de voorkeur verdient vanuit het oogpunt van legaliteit.⁵⁸ Bovendien verwijst het Hof veelvuldig naar de onderhandelingsfase ter staving van het idee dat de Verdragspartijen aansprakelijkheid wilden vestigen voor genocide door een staat gepleegd, hetgeen slechts is toegestaan indien de betekenis van de tekst onduidelijk blijft of tot absurde of onredelijke resultaten leidt.⁵⁹ Het Hof lijkt echter meer te hebben gedaan dan een onduidelijke bepaling te hebben verhelderd of een onredelijke uitkomst te hebben gecorrigeerd. Met de aanname dat de verplichting voor staten om genocide te voorkomen automatisch een verplichting geen genocide te plegen inhoudt, lijkt het Hof een nieuwe verdragsverplichting te hebben gecreëerd, waar de ver-

56 Artikel I: De Verdragsluitende Partijen stellen vast, dat genocide, ongeacht of het feit in vredes- dan wel in oorlogstijd wordt bedreven een misdrijf is krachtens internationaal recht, welk misdrijf zij op zich nemen te voorkomen en te bestraffen.

57 Zie *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 166.

58 Henry G. Schermers en Niels M. Blokker, *International institutional law. Unity within diversity*, Leiden: Nijhoff 2003, p. 840-841.

59 Article 32 Vienna Convention on the Law of Treaties: 'Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.' Zie Henry G. Schermers en Niels M. Blokker, *a.w.*, p. 840-842.

dragspartijen zelf nooit ondubbelzinnige consensus over hebben kunnen bereiken.⁶⁰

Hoewel het idee van een niet expliciet geformuleerde verplichting in het algemeen een legaliteitsprobleem veroorzaakt, lijkt dit probleem nog zwaarder te wegen wanneer schending van de verplichting gepaard kan gaan met ingrijpende gevolgen. Naast de bijzondere morele afkeuring die een vaststelling van genocide met zich meebrengt, is het niet onredelijk te verwachten dat ook de schadevergoeding substantieel kan zijn. Bovendien rijst vervolgens de vraag uit welke elementen een door een staat gepleegde genocide dan zou moeten bestaan. Deze vraag wordt veelzeggend zonder nadere uitleg door het Hof beantwoord: genocide zoals omschreven in het Verdrag.⁶¹ Daarmee verklaart het Hof artikel II, in essentie een strafrechtelijke bepaling ontworpen voor natuurlijke personen, toepasselijk als rechtsbasis om het gedrag van de staat te beoordelen:

‘ARTIKEL II:

In dit Verdrag wordt onder genocide verstaan een van de volgende handelingen, gepleegd met de bedoeling om een nationale, etnische, godsdienstige groep, dan wel een groep, behorende tot een bepaald ras, geheel of gedeeltelijk als zodanig te vernietigen:

(a) het doden van leden van de groep; [...]

Naast de vraag of deze interpretatie invloed heeft op de aard van de aansprakelijkheid,⁶² kan men zich ook afvragen of dit Hof wel geëquipeerd is om een strafrechtelijke bepaling te toetsen. Zelf voorziet het Hof geen onoverkomelijke problemen:

60 G. Molier, ‘Het Internationaal Gerechtshof, Srebrenica en het Genocide-Verdrag: rechtsvinding of rechtsschepping’, *Vrede en Veiligheid* 2007, p. 8-24; P. Gaeta, *a.w.*, p. 639; A. Cassese, ‘On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide’, *Journal of International Criminal Justice* 2007, p. 878-879.

61 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 180.

62 De interpretatie van het Hof dat een staat genocide kan plegen werd door een minderheid van vijf rechters (van de vijftien) resoluut van de hand gewezen. Volgens deze rechters impliceert de acceptatie dat staten het *misdrif* genocide kunnen plegen de *strafrechtelijke* aansprakelijkheid van de staat. Aangezien dat concept niet is aanvaard onder het internationale recht heeft het Hof in hun ogen artikel 1 van het Verdrag foutief uitgelegd. Hoewel een eventuele vaststelling van het Hof dat een staat genocide heeft gepleegd, niet gevolgd kan worden door oplegging van een straf met een zuiver punitief karakter (zie paragraaf 1.1), is de positie van de vijf rechters verre van onlogisch. Het toetsen aan en mogelijk vaststellen van een strafbaar feit suggereert een vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ‘eigenaardig’ als deze mag zijn. De niet nader uitgelegde positie van het Hof op dit punt, namelijk dat de aansprakelijkheid van een staat voor (medeplichtigheid aan) genocide simpelweg ‘quite different in nature’ is dan strafrechtelijke aansprakelijkheid, is in dit opzicht niet verhelderend en weinig bevredigend. Zie voor een nadere beschouwing op dit punt L.R. Breuker, ‘The Nature of the Genocide Case’, *Hague Justice Journal*, nr. 2, 2007, beschikbaar op: <http://www.haguecoalition.org/eCache/DEF/8/275.TGFuZz1FTg.html> (laatst bezocht op 27 januari 2008).

'The different procedures followed by, and powers available to, this Court and to the courts and tribunals trying persons for criminal offences, do not themselves indicate that there is a legal bar to the Court itself finding that genocide or the other acts enumerated in Article III have been committed. Under its Statute the Court has the capacity to undertake that task, while applying the standard of proof appropriate to charges of exceptional gravity.'⁶³

De precieze bepalingen van het Statuut waar het Hof naar verwijst blijven overigens ongewis. Mogelijk wordt bedoeld op de vrijwel ongelimiteerde materiële jurisdictie onder artikel 36 op grond waarvan ook de meest ernstige conflicten aan het Hof kunnen worden voorgelegd. Kennelijk voelt het Hof dat er nog steeds een rol voor zichzelf is weggelegd in het geval van de beslechting van interstatelijke disputen van exceptionele ernst, zelfs als er een straftribunaal is opgericht om de identieke feitenconstellatie te berechten. De samenloop tussen het Hof en het Joegoslavië-tribunaal gaat echter verder dan het beoordelen van dezelfde feiten. Een typerend aspect van de Genocide-zaak is nu juist dat het Hof zich competent acht een strafbepaling te toetsen, waarbij het ontbreken van een strafrechtelijke jurisdictie geen beletsel wordt geacht door het Hof.

Men moet zich afvragen of dit niet een te lichtvaardige conclusie is. De belangrijkste functie van het strafprocesrecht is de *juiste* toepassing van het materiële strafrecht. Dat geeft aan dat het materiële recht niet (willekeurig) kan worden losgekoppeld van de specifiek daarop toegesneden procedures. Het strafprocesrecht streeft immers een delicate balans na tussen de diverse subdoelen zoals waarheidsvinding en rechtsbescherming, maar ook efficiency.⁶⁴ Met name de laatste twee doelen wegen zwaar in het strafproces in vergelijking met andere procedures. Hun significantie is direct gerelateerd aan de ernst van het verwijt dat een verdachte wordt gemaakt in een procedure.⁶⁵ Hoe ernstiger het feit en hoger de strafdreiging, hoe groter het belang dat recht wordt gesproken op basis van de werkelijke feitenconstellatie en hoe groter het belang dat de verdachte wordt beschermd tegen onrechtmatige inbreuken op zijn fundamentele rechten.⁶⁶

63 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 181.

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

65 Knigge formuleert het als volgt: 'De inspanningen die van de justitie wordt gevraagd om te zorgen dat alleen de werkelijk schuldigen worden gestraft, zijn afhankelijk van de ingrijpendheid van de sanctie en van de houding van de verdachte'. G. Knigge, *a.w.*, p. 39.

66 Dat dit gevaar verre van denkbeeldig is in het specifieke geval van internationale misdrijven, die zich immers kenmerken door hun extreme ernst, tracht rechter Robertson aan te geven met betrekking tot het belang van het legaliteitsbeginsel: 'it is precisely when the acts are abhorrent or deeply shocking that the principle of legality must be most stringently applied, to ensure that a defendant is not convicted out of disgust rather than evidence, or of a non-

Deze relatie tussen het materiële en het formele strafrecht is zodanig hecht, dat in de Nederlandse doctrine zelfs wordt gesproken van een ‘onverbrekelijke band’.⁶⁷ Zonder strafprocesrecht kan het materiële strafrecht in beginsel niet worden verwezenlijkt.⁶⁸ Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze opvatting er uiteraard vanuit gaat dat er een sanctie kan worden opgelegd.⁶⁹ De vraag is derhalve in hoeverre de band tussen het formele en materiële strafrecht kan worden losgelaten indien er *geen* formele straf kan worden opgelegd.

Een interessant aanknopingspunt in dit opzicht biedt de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarin is bepaald dat het karakter van een bepaling en niet de aard van het rechtsgebied doorslaggevend is bij de vraag of de rechten neergelegd in artikel 6 EVRM (eerlijk proces) toepasselijk zijn.⁷⁰ Het ‘decriminaliseren’ van een inherent strafrechtelijk verwijt impliceert niet dat het (minimale) recht op de corresponderende procedurele bescherming verdwijnt. Om te bepalen wat een strafrechtelijk verwijt (*criminal charge*) is, zijn volgens het Hof drie criteria van belang: de kwalificatie onder het eigen rechtssysteem, de aard van de overtreding en de ernst van de sanctie.⁷¹ Daarbij merkt het Hof op dat het tweede criterium het zwaarst weegt,⁷² en dat het relatieve gebrek aan ernst van de sanctie, zoals een gematigde geldboete, een overtreding niet van zijn inherent strafrechtelijke karakter kan ontdoen.⁷³ Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt dus een bepaalde, onlosmakelijke band aan tussen een strafrechtelijk verwijt en het formele recht, waarbij de aard van de overtreding doorslaggevend is.

Hoewel er vanzelfsprekend geen formele relatie is tussen het Internationaal Gerechtshof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, biedt deze opvatting op zijn minst steun aan de veronderstelling dat het Internationaal

existent crime’. *Prosecutor v. Norman Hinga*, Dissenting Opinion Judge Robertson – Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), 31 mei 2004, r.o. 12.

67 Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Kluwer 2005, p. 4-5; C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 14; C.P.M. Cleiren, ‘Tot hier en toch verder. Op en over de grens van het regulier strafrechtelijke instrumentarium’, in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 116.

68 Of zoals Cleiren het stelt: ‘Strafrecht zonder strafproces(recht) is in ons stelsel ondenkbaar omdat de overheid in beginsel zonder proces geen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan realiseren.’ C.P.M. Cleiren, ‘Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs’, *a.w.*, p. 14. Cleiren verwijst naar J.F. Nijboer die deze relatie uitdrukt als het beginsel van de procesverplichting: J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen: Wolters Noordhoff 1987, p. 81.

69 De volgende formulering van Corstens maakt dit (wellicht vanzelfsprekende) feit duidelijk: ‘Het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te leggen sanctie’. G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 5.

70 *Öztürk v. Federal Republic of Germany*, ECHR Series A vol. 73, para. 52.

71 *Ibid.*, *Öztürk*, r.o. 50.

72 *Ibid.*, *Öztürk*, r.o. 52-54.

73 *Ibid.*, *Öztürk*, r.o. 54.

Gerechtshof niet vrijblijvend strafrechtelijke bepalingen uit het Genocide Verdrag kan toetsen, zonder de verhoogde nood aan procedurele bescherming in ogenschouw te nemen.⁷⁴ Dat het niveau niet het equivalent hoeft te zijn van een strafrechtelijke procedure is evident: het Hof kan immers geen formele straf opleggen. De ingrijpendheid is dus voornamelijk gelegen in de ernst van het verwijt dat wordt gemaakt en de stigmatiserende werking die uitgaat van een beschuldiging van genocide.⁷⁵ Deze aspecten beïnvloeden de mate van rechtsbescherming en waarheidsvinding die in acht moeten worden genomen in de procedure. In het geval van een beschuldiging van genocide verzet de unieke verwerpelijkheid van dit misdrijf zich tegen elke berechting die niet op de materiële waarheid berust. Deze noodzaak vloeit niet alleen voort uit het (rechtsbeschermende) doel de beschuldigde partij te behoeden tegen een veroordeling die niet correspondeert met de werkelijke feiten, maar ook uit het publieke karakter dat zich manifesteert in een internationaal misdrijf en identificatie van de werkelijk schuldige vereist.⁷⁶ Onder de internationale misdrijven neemt genocide volgens de beroepskamer van het Joegoslavië-Tribunaal een bijzondere plaats in:

‘Among the grievous crimes this Tribunal has the duty to punish, the crime of genocide is singled out for special condemnation and opprobrium. The crime is horrific in its scope; its perpetrators identify entire human groups for extinction. Those who devise and implement genocide seek to deprive humanity of the manifold richness its nationalities, races, ethnicities and religions provide. This is a crime

74 Rechter Tomka wijst in zijn afzonderlijke opinie op de relatie tussen het vaststellen van een strafbaar feit en de mogelijkheden tot waarheidsvinding en rechtsbescherming, al formuleert hij dit als argument tegen de interpretatie van het Hof dat het genocide verbod neergelegd in artikel 2 zich ook richt tot staten. Hij stelt dat het ontbreken van de mogelijkheid tot hoger beroep, het ontbreken van bewijsregels en een geschikte procedure in het algemeen als belangrijke overweging gelden die tegen de interpretatie van het Hof pleiten. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Separate opinion Judge Tomka, par. 60.

75 Het is overigens niet uitgesloten dat het Hof besluit om financiële genoegdoening toe te wijzen die de ernst van de schending weerspiegelt. Hoewel deze mogelijkheid controversieel bleek tijdens de debatten in het kader van de ontwerp-artikelen voor staatsaansprakelijkheid in de Commissie voor Internationaal Recht en uiteindelijk moest worden verwijderd uit de tekst van artikel 42(1), sluit het huidige artikel 36(1) deze mogelijkheid niet uit. Zie voor een nader commentaar op dit punt: J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, a.w., p. 36.

76 Het Israelische Hooggerechtshof drukte de publieke dimensie van internationale misdrijven in de zaak *Eichmann* als volgt uit: ‘[T]hese crimes constitute acts which damage vital international interests; they impair the foundations and security of the international community; they violate the universal moral values and humanitarian principles that lie hidden in the criminal law systems adopted by civilised nations. [...] Those crimes entail individual criminal responsibility because they challenge the foundations of international society and affront the conscience of civilised nations.’ Zie *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 58.

against all of humankind, its harm being felt not only by the group targeted for destruction, but by all of humanity.⁷⁷

Bovendien fungeert het unieke stigma dat aan genocide is verbonden op zichzelf al als sanctie en zou dus enkel mogen volgen wanneer het onderliggende feitencomplex op zeer zorgvuldige wijze is onderzocht. Dit punitieve effect wordt bevestigd door het Joegoslavië-Tribunaal: 'Those responsible will bear this stigma, and it will serve as a warning to those who may in future contemplate the commission of such a heinous act.'⁷⁸ Het feit dat een dergelijke beschuldiging figureert in een niet-strafrechtelijke procedure doet geen wezenlijke afbreuk aan het stigma. Integendeel, men mag aannemen dat dezelfde afschrikkende werking ook wordt beoogd door het Hof met de interpretatie dat ook staten het verbod om genocide te plegen kunnen schenden.⁷⁹

Het inherent strafbare karakter van genocide kan niet worden betwijfeld. Het is zowel onder het internationale gewoonterecht als het Genocide-verdrag gedefinieerd als een internationaal misdrijf.⁸⁰ De intrinsieke relatie tussen materieel strafrecht en het strafprocesrecht brengt dan ook met zich mee dat genocide eigenlijk alleen in een strafrechtelijke procedure kan worden vastgesteld. De civielrechtelijk getinte procedure van het Hof is niet primair gericht op het nastreven van typisch strafrechtelijke doelstellingen als (materieële) waarheidsvinding en rechtsbescherming, maar op het beslechten van een geschil met inachtneming van de substantiële partijautonomie. Daarbij steunt het Hof bij voorkeur op niet bestreden feiten, hetgeen het formele waarheidsgehalte van de beslissing benadrukt. Het standpunt van het Hof dat het statuut het in staat stelt dit soort exceptioneel ernstige disputen te beslechten, levert in de genocide zaak dan ook een vrij problematische situatie op. De beschuldiging van Bosnië dat Servië verantwoordelijk moet worden gehouden voor de genocide in Srebrenica kan eigenlijk alleen op basis van de werkelijke feiten worden beantwoord, maar de middelen die het Hof daartoe kan aanwenden zijn zeer gelimiteerd en aangepast aan de partijautonomie. Hoewel het ontbreken van de mogelijkheid een formele straf op te leggen de 'transplantatie' van genocide naar een civielrechtelijk getinte procedure verzacht, wordt de nood-

77 *Prosecutor v. Radislav Krstic* (ICTY Case No. IT-98-33-A), Appeals Chamber 19 April 2004, r.o. 36.

78 *Ibid.*, r.o. 37.

79 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 161 e.v. De bijzondere normatieve kracht die uitgaat van het Genocide Verdrag blijkt uit het normstellende effect dat aan het verdrag wordt toegedicht. Het Hof benadrukt dat het Verdrag als een van de voornaamste doelstellingen heeft de meest elementaire morele principes te onderschrijven en te bekrachtigen. Deze 'beschavende' doelstelling van het Verdrag, die voortkomt uit de intenties van de Verenigde Naties als initiator van het Verdrag, is, zo stelt het Hof in rechtsoverwegingen 162 en 167, een voorname grond om artikel 1 zodanig te interpreteren dat het genocide verbod zich ook tot staten richt.

80 W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 443.

zaak van effectieve waarheidsvinding weer vergroot door de stigmatiserende werking die uitgaat van het unieke karakter van genocide.

4 WAARHEIDSVINDING DOOR HET HOF

De manier waarop het Hof omgaat met de waarheidsvinding in deze zaak komt (uiteraard) het meest duidelijk naar voren bij de behandeling van het bewijs. Aangezien er geen duidelijk aanwijsbare kern van internationaal bewijsrechtelijke regels bestaat,⁸¹ is de ongebruikelijke aandacht die het Hof schenkt aan het uitleggen van de gebruikte methodologie prijzenswaardig. In deze paragraaf zal de volgorde waarin het Hof stilstaat bij de bewijslast, de bewijsstandaard en de bewijskracht worden gevolgd.⁸²

4.1 Bewijslast

In de rechtspraak van het Hof is het standaard dat de eisende partij, in casu Bosnië, de bewijslast draagt.⁸³ Bosnië had echter om een omkering van de bewijslast gevraagd met name ten aanzien van de vraag of de (genocidale) handelingen van het Bosnisch-Servische leger onder leiding van Mladić aan de staat Servië konden worden toegerekend. Toerekening zou alleen mogelijk zijn geweest onder het internationale gewoonterecht, indien vast zou komen te staan dat de genocide onder instructies, op aanwijzingen of onder effectieve controle plaatsvond van Servië. Het forum bij uitstek waar dit soort beslissingen van de militaire en politieke leiding in Belgrado zouden zijn geïnitieerd, of in ieder geval geventileerd, was het Servische *Supreme Defence Council* (SDC).⁸⁴ De notulen van de bijeenkomsten van het SDC waren slechts gedeeltelijk openbaar gemaakt door het Joegoslavië-tribunaal, dat op verzoek van Servië bepaalde passages als 'vertrouwelijk' had geclassificeerd op basis van de staatsveiligheid van Servië.⁸⁵ De weigering van Servië om de notulen volledig openbaar te maken op verzoek van Bosnië, omdat een dergelijk verzoek de vertrouwelijkheid van het Joegoslavië-tribunaal zou schenden, was

81 Andrea Gattini, 'Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment', *Journal of International Criminal Justice* 2007, p. 889.

82 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 202-230.

83 *Ibid.*, r.o. 204.

84 Dit orgaan, onder voorzitterschap van Slobodan Milosevic, was belast met de implementatie van de strategische doelen en met de leiding van het Joegoslavische leger. Zie Marco Milanovic, 'State Responsibility for Genocide: A Follow-Up', *European Journal of International Law* 2007, p. 677.

85 Dit is mogelijk onder de Rules of Procedure and Evidence (rule 54 *bis*). Rule 66c en 70b omschrijven de verplichting de vertrouwelijke status te respecteren door de betrokken partijen.

dan ook niet gespeend van een zekere (aan kwader trouw grenzende) ironie.⁸⁶ De geheimhoudingsplicht richt zich immers tot de Aanklager en het Tribunaal, en niet tot de partij die nota bene zelf de geheimhouding heeft verzocht en al zeker niet tot partijen in een procedure voor een andere instantie.

De weigering van Servië om de essentieel geachte documenten openbaar te maken, in combinatie met enkele vergeefse verzoeken aan het Hof om gebruik te maken van de *proprio motu* bevoegdheden in artikel 49 (zie § 1.2), was de aanleiding voor Bosnië om een omkering van de bewijslast te vragen. Zoals het Hof echter al had bepaald in de *Corfu Channel* zaak, kunnen problemen die rijzen bij de bewijsvergaring doordat de andere partij de exclusieve controle uitoefent op het gebied waar het bewijs moet worden gevonden, niet leiden tot een omkering van de bewijslast.⁸⁷ Hoewel rechtspraak schaars is op dit punt, wijst de literatuur op artikel 49 als de enige mogelijkheid om een omkering van de bewijslast te bewerkstelligen.⁸⁸ Pas als een partij een verzoek *van het Hof* om bepaald bewijs te leveren weigert, zou het Hof een negatieve gevolgtrekking kunnen laten volgen op het onopgehelderde punt in het nadeel van de weigerende partij.⁸⁹ In de *Corfu Channel* zaak weigerde het Verenigd Koninkrijk om op verzoek van het Hof een document in het proces te brengen omdat het de 'naval secrecy' zou schenden.⁹⁰ Het document zou inzicht moeten geven in de 'onschuldige doorvaart' van Britse oorlogsschepen door Albanese territoriale wateren. Het Hof volstond echter met een formele vaststelling van de weigering en liet een negatieve gevolgtrekking achterwege.⁹¹ Het achterwege laten van gevolgtrekkingen ten nadele van de weigerende partij doet vermoeden dat er omstandigheden zijn waaronder partijen legitiem bewijs kunnen onthouden aan het Hof.⁹² Het ontbreken van enigerlei vorm van

86 Over deze controverse zie Marlise Simons, 'Genocide Court Rules for Serbia Without Seeing Full War Archive', *New York Times*, 9 april 2007.

87 *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949, P. 4, r.o. 18. Het Hof stelde overigens wel dat een staat in een dergelijk situatie eerder een beroep mag doen op steunbewijs en bepaalde gevolgtrekkingen en staat daarmee een meer flexibele bewijsstandaard toe. Hierna aangehaald als: *Corfu Channel*.

88 Zie onder meer M. Kazazi, *Burdens of Proof and Related Issues. A Study on Evidence before International Tribunals*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 230; Andrea Gattini, *a.w.*, p. 891; C.J. Tams, *a.w.*, p. 1105-1106.

89 *Ibid.*, Andrea Gattini, *a.w.*, p. 891.

90 *Corfu Channel*, r.o. 32.

91 *Ibid.* In een eerdere zaak waarin een partij de vertrouwelijkheid van een document had ingeroepen, de *Diversion of Waters from the Meuse*, aanvaardde het Permanente Hof van Internationale Justitie dit beroep ook en zag af van het opvragen via een soortgelijke bepaling als artikel 49. *Fourteenth Annual report, PCIJ, Series E, No. 14*, p. 149.

92 C.J. Tams, *a.w.*, p. 1106.

toetsing om de legitimiteit van een beroep op de staatsveiligheid te verifiëren, lijkt echter een 'uitnodiging' voor te kwader trouw handelende partijen.⁹³

Mogelijk is de passiviteit van het Hof omtrent het niet opvragen van de volledige transcripties van de SDC notulen op basis van artikel 49 te verklaren vanuit het gegeven dat de Servische onwil in vergelijking met de *Corfu Channel* zaak een op het oog sterk legitiem karakter droeg. Dezelfde SDC documenten genoten immers een vertrouwelijke status in de procedure(s) voor het Joegoslavië-tribunaal om redenen van staatsveiligheid en hadden dus al een inhoudelijke toetsing doorstaan.⁹⁴ In het licht van *Corfu Channel* ligt het dan ook niet direct voor de hand dat het Hof een eventuele weigering door Servië om de documenten te leveren, dit keer niet zou aanvaarden. Dit zou een overweging van het Hof kunnen zijn geweest om af te zien van het gebruik van artikel 49.

Het is echter nog maar de vraag in hoeverre een dergelijk vertrouwen in de toetsing van het Joegoslavië-Tribunaal op zijn plaats is. Bosnië hield het Hof voor dat er aanwijzingen zijn dat het verzoek om geheimhouding voor het Joegoslavië-tribunaal uitsluitend of overwegend berustte op de mogelijk zeer nadelige consequenties die openbaarmaking zou hebben op een gunstige beslissing in de (reeds aanhangige) *Genocide* zaak.⁹⁵ In dat geval zou de legitimiteit van het 'staatsveiligheid' argument van Servië zuiver strategisch van aard zijn en elke intrinsieke waarde ontberen.

De beslissingen van het Joegoslavië-tribunaal ten spijt, het Hof draagt een autonome verantwoordelijkheid voor het zinvol gebruik van de mogelijkheden tot waarheidsvinding die het Statuut biedt.⁹⁶ Dit is met name zo, wanneer

93 Zie Andrea Gattini, *a.w.*, p. 891. Zo blijkt uit een recente publicatie dat het geheime document uit de *Corfu Channel* zaak, tegenwoordig openbaar in de Britse nationale archieven, een ander licht op de zaak werpt en de doorvaart minder 'onschuldig' maakt dan het Verenigd Koninkrijk destijds bepleitte. A. Carty, 'The Corfu Channel Case – and the Missing Admiralty Orders', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2004, p. 1-35.

94 Het Joegoslavië-Tribunaal kent namelijk wel een specifieke procedure waarbij een beroep op de staatsveiligheid inhoudelijk wordt onderzocht (rule 54 bis).

95 Zie onder meer: Marlise Simons, *a.w.*; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, oral pleadings*, CR 2006/30, p. 28; Florence Hartmann (voormalig woordvoerder hoofdaanklager Carla Del Ponte), Vital genocide documents concealed, *Bosnian Institute*, 21 January 2008, beschikbaar op: <http://www.bosnia.org.uk/news/newsbody.cfm?newsid=2341> (laatst bezocht 13-02-2008). Geoffrey Nice (voormalig aanklager *Milosevic* zaak), 'Hidden from public view', *International Herald Tribune*, 16 April 2007, beschikbaar op: <http://www.ihl.com/articles/2007/04/16/opinion/edlet.php> (laatst bezocht 13-02-2008).

96 Voormalig hoofdaanklager Carla Del Ponte benadrukt deze autonome verantwoordelijkheid van het Internationaal Gerechtshof inzake de SDC transcripties in een opmerkelijke persverklaring waarin ze ontkent dat een deal tussen haar en Servië de openbaarmaking in de weg heeft gestaan: 'When it comes to cases before the International Court of Justice, it is the responsibility of that institution to determine what evidence it will consider and to request documents it deems necessary. This is not and cannot be the responsibility of the ICTY or its Office of the Prosecutor. As can be read in the text of its Judgment, the International Court of Justice chose not to request the documents in question' (CdP/MOW/1156e 16 April 2007).

de partijen geen gelijke toegang tot het bewijs hebben.⁹⁷ Zoals hierboven al aangehaald, kan dit probleem de bewijslast weliswaar niet beïnvloeden, maar wel de bewijsstandaard.⁹⁸ Die weg heeft het Hof echter afgesloten zoals bij de bespreking van de bewijsstandaard aan de orde zal komen. De enige mogelijkheid om de asymmetrie in de beschikking over het bewijs te compenseren, is derhalve een actievare waarheidsvinding door het Hof op basis van artikel 49. Rechter Owada wijst op deze noodzaak in een *separate opinion* bij de *Oil Platforms* zaak:

‘Accepting as given this inherent asymmetry that comes into the process of discharging the burden of proof, it nevertheless seems to me important that the Court, as a court of justice whose primary function is the proper administration of justice, should see to it that this problem relating to evidence be dealt with in such a way that utmost justice is brought to bear on the final finding of the Court and that the application of the rules of evidence should be administered in a fair and equitable manner to the parties, so that the Court may get at the whole truth as the basis for its final conclusion. It would seem to me that the only way to achieve this would have been for the Court to take a more proactive stance on the issue of evidence and that of fact-finding in the present case.’⁹⁹

In de *Genocide* zaak gaat het bovendien om meer dan het civielprocesrechtelijke beginsel van een eerlijke en gelijke behandeling van de partijen, maar tevens om het publieke belang van een correcte vaststelling van de feiten. Het verbod op genocide is immers een regel van *ius cogens*.¹⁰⁰ De rechtsstrijd speelt zich misschien af tussen twee partijen, maar de vaststelling of het genocide verbod is geschonden en de eventuele vraag naar een passende remedie om herhaling te voorkomen, overstijgen de belangen van de partijen. In de uitspraak over de preliminaire bezwaren in de *Genocide* zaak van 11 juli 1996 heeft het Hof aangegeven dat de verplichtingen en rechten uit het Genocide Verdrag een *erga omnes* karakter hebben en dus gelden naar de internationale gemeenschap

97 Zie Shabtai Rosenne, *a.w.*, p. 1080. Volgens Rosenne is de volledige gelijkheid der partijen met betrekking tot de gang van zaken tijdens een zaak één van de drie fundamentele beginselen die zijn belichaamd in het statuut en de praktijk van het Hof. Teitelbaum stelt dat de weigering van het Hof om de SDC documenten op te vragen in het licht van de onmogelijkheid voor Bosnië om op een andere manier toegang te krijgen tot dat bewijs, resulteert in een ongelijke behandeling van de beide procespartijen. Zie Ruth Teitelbaum, *a.w.*

98 Zie noot 87.

99 *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, separate opinion of Judge Owada, r.o. 47.

100 Zie § 1.1. Dat genocide tot deze categorie regels behoort is bepaald in de zaak *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (new application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdictie en Ontvankelijkheid, 3 februari 2006 (nog niet gepubliceerd), r.o. 64.

in zijn geheel en niet in een zuiver bilaterale relatie tussen de procederende partijen.¹⁰¹

Dit publieke karakter van het verbod op genocide maakt de weigering van het Hof om de potentieel beslissende informatie in de SDC documenten op te vragen moeilijk te begrijpen. Hoewel het te denken mag geven dat in een procedure voor het ene VN-tribunaal een vertrouwelijke status aan bewijsmateriaal wordt verleend zodat het niet direct bruikbaar is in de procedure voor een ander VN-tribunaal, moet worden vastgesteld dat dit gegeven het Hof niet kan en mag weerhouden de *proprio motu* bevoegdheden van artikel 49 aan te wenden. Evenmin kan het Hof zich verschuilen achter de beslissing van Servië om het bewijs niet vrijwillig prijs te geven: de partijautonomie staat een verplichting in de weg om op eigen initiatief zelfincriminerend bewijs te leveren.¹⁰² Wanneer echter wordt aangesloten bij de conclusie uit § 2.1, ontstaat de vraag welke invloed de zeer ernstige materie die centraal staat in de *Genocide* zaak heeft op de (impliciete) verplichting bewijs te leveren naar aanleiding van een verzoek van het Hof op basis van artikel 49. Welke invloed gaat er uit van het fundamentele strafrechtelijke beginsel *nemo tenetur* wanneer de beschuldiging inherent strafrechtelijk van aard is? Het gegeven dat het Hof geen (voldoende) uitleg geeft over het niet willen aanwenden van artikel 49 betekent dat de relatie tussen de ernst van de beschuldiging en de verplichting om zelfincriminerend bewijs te leveren onduidelijk blijft.¹⁰³ En daarmee blijft tevens onduidelijk in hoeverre dit een rol kan hebben gespeeld bij de passiviteit van het Hof.

4.2 Bewijsstandaard

Bosnië stelde dat de procedure voor het Hof geen strafprocedure was en daarom de gebruikelijke 'balance of probabilities' zou moeten gelden, hetgeen bereikt wordt indien een lezing waarschijnlijker is dan niet.¹⁰⁴ In beginsel lijkt dit een logische positie gekeken naar de civielrechtelijke aard van de staatsaansprakelijkheid en de hoofdzakelijk civiel procesrechtelijke procedure.

101 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595, r.o. 31.

102 Zie ook Marco Milanovic, *a.w.*, p. 677. De grotere mate van partijautonomie lijkt dit te impliceren. Het internationale recht, net als het civiele recht, kent echter geen concreet principe zoals het *nemo tenetur* beginsel uit het strafrecht. Echter, het feit dat partijen zelf de feiten selecteren en aandragen en daarmee de grondslag bepalen voor de procedure impliceert de afwezigheid van een dergelijke verplichting. Daartegenover kan worden gesteld dat artikel 49 een verplichting om bewijs te leveren bevat en als een directe inbreuk op de partijautonomie moet worden gezien.

103 Zie voor de vraag in hoeverre dit beginsel van toepassing is op rechtspersonen A.L.J. van Strien, *a.w.*, p. 186 e.v.

104 Zie M. Kazazi, *a.w.*, p. 344 en 347-350 (al gebruikt hij de term 'preponderance of evidence', dat verwijst naar dezelfde standaard).

Het Hof volgde echter het argument van Servië, dat stelde dat een aanklacht van een dergelijke exceptionele ernst een bijpassende mate van zekerheid vereiste. Het stelde in lijn met eerdere jurisprudentie dat aanklachten van exceptionele ernst bewijs vereisen dat 'volledig sluitend' is.¹⁰⁵ Alleen bewijs dat het Hof volledig zou overtuigen van het feit dat de genocide in Srebrenica Servië zou moeten worden toegerekend of Servië als medeplichtig daaraan zou kunnen worden beschouwd, zou volstaan.

Deze verhoogde bewijsstandaard was aan veel kritiek onderhevig in de eerste commentaren op de zaak.¹⁰⁶ Waarom zou een verhoogde standaard noodzakelijk zijn als het immers gewoon om civielrechtelijke aansprakelijkheid zou gaan? Wat deze kritiek echter uit het oog verliest, is dat het Hof geen civielrechtelijk verwijt probeerde vast te stellen, maar een verwijt met een intrinsiek strafrechtelijke aard. Rechter Skotnikov stelt terecht in een afzonderlijke verklaring 'that there is no such thing under the Genocide Convention as genocide which is not a crime'.¹⁰⁷ Aangezien er onder het internationale recht geen 'onrechtmatige daad' variant van genocide bestaat die de gedraging vertaalt in een minder ernstig verwijt, zou een lagere standaard de zeer ernstige aard van de beschuldiging niet correct weerspiegelen.¹⁰⁸ Deze handelswijze van het Hof sluit aan bij de praktijk van het EHRM en internationale arbitrage, waar in geval van zeer ernstige beschuldigingen een zwaardere bewijsstandaard wordt gehanteerd.¹⁰⁹

Met betrekking tot de beschuldiging dat Servië heeft gefaald de genocide te bestraffen of te voorkomen, maakt het Hof een interessant onderscheid. Dit vereist volgens het Hof bewijs met een 'hoge mate van zekerheid die past bij de ernst van de aanklacht'.¹¹⁰ Met het verschil in formulering suggereert het Hof dat een minder strenge standaard op zijn plaats is en dus dat deze beschuldiging van een mindere ernst geacht moet worden.¹¹¹ Dit onderscheid lijkt te zijn gebaseerd op het feit dat het Genocide Verdrag genocide als een misdrijf kwalificeert, maar de verplichting tot het voorkomen van genocide niet. Een lagere bewijsstandaard lijkt inderdaad op zijn plaats.

105 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 209.

106 Zie Ruth Wedgwood, *a.w.*; Leila Sadat, Henry H. Oberschelp, *L'effet inutile of the Genocide Convention*, Supranational Criminal Law Lecture Series, 5 July 2007.

107 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Declaration of Judge Skotnikov, p. 4.

108 Zie W.A. Schabas, *a.w.*, p. 443. Zie ook Marco Milanovic, *a.w.*, p. 595; Andrea Gattini, *a.w.*, p. 894-895.

109 Zie Andrea Gattini, *a.w.*, p. 894, M. Kazazi, *a.w.*, p. 344-347.

110 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 210.

111 Zie voor een gedeelde opvatting Andrea Gattini, *a.w.*, p. 898.

4.3 Bewijskracht

Tot slot gaat het Hof in op de waarde die het hecht aan de verschillende soorten bewijs. Hoewel het veelbelovend begint door te stellen dat het Hof 'must make its *own* determination of the facts', blijkt uit de zaak dat het hoofdzakelijk beslissingen baseert op basis van bewijs dat afkomstig is van het Joegoslavië-tribunaal. Ten aanzien van de bewijskracht stelt het Hof dat:

'The Court moreover notes that evidence obtained by examination of persons directly involved, and who were subsequently cross-examined by judges skilled in examination and experienced in assessing large amounts of factual information, some of it of a technical nature, merits special attention.'¹¹²

Aangezien een strafproces bij het tribunaal diverse fasen kent met bevindingen over het bewijs waaraan de partijen zoals verwacht een verschillend gewicht toekenden, beoordeelde het Hof het gewicht van deze fasen afzonderlijk. Een aantal fasen zijn met name interessant. De uitspraken van het tribunaal, in eerste aanleg en hoger beroep, moeten als 'zeer overtuigend' bewijs worden beschouwd. Dit impliceert dat de feiten waarop de uitspraak is gebaseerd tevens als zeer overtuigend worden aangemerkt, gezien de extreme mate van zorgvuldigheid in een strafproces.¹¹³ Ook 'guilty pleas' kunnen een bepaald gewicht toekomen, doordat ze alleen toelaatbaar zijn wanneer vast is komen te staan dat ze berusten op een voldoende feitelijke basis voor de participatie van de verdachte in het tenlastegelegde feit en vrijwillig, bewust en ondubbelzinnig zijn gedaan.¹¹⁴

Met betrekking tot de beslissing van de aanklager om bepaalde wijzigingen ten aanzien van de beschuldiging van genocide al dan niet aan te brengen in een tenlastelegging, stelde het Hof dat de aanklager slechts 'partij' is in een proces en geen bijzondere waarde aan de tenlastelegging dient te worden gehecht.¹¹⁵ Vanuit een strafrechtelijk perspectief lijkt dit een volstrekt logische conclusie van het Hof. Des te meer bevreemding wekt de mening van het Hof dat de beslissing om een beschuldiging van genocide al dan niet op te nemen in de tenlastelegging *wel* significant wordt bevonden.¹¹⁶ De veronderstelling van het Hof lijkt hier te zijn dat een tenlastegelegd feit van genocide niet per definitie leidt tot een veroordeling en dus geen bijzondere bewijskracht heeft, maar dat een *niet* tenlastegelegd feit van genocide aangeeft dat de aanklager

112 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 213.

113 *Ibid.*, r.o. 220. Daarbij noemt het Hof een aantal aspecten die de grondigheid staven: de bewijsstandaard die geen veroordeling met redelijke twijfel toelaat, de waarborgen die een eerlijk proces bewaken en de bevoegdheden van het tribunaal om medewerking te eisen van de lidstaten van de VN ter verkrijging van bewijs.

114 *Ibid.*, r.o. 224.

115 *Ibid.*, r.o. 217.

116 *Ibid.*

een veroordeling kansloos acht. Dat gegeven creëert dus wel bewijskracht. Met dit merkwaardige onderscheid stelt het Hof het niet-vervolgen voor genocide gelijk met een vrijspraak van de rechter, hetgeen berust op een pertinent onjuiste veronderstelling. De keuze om niet te vervolgen voor genocide impliceert niet per definitie een (kritiek) gebrek aan bewijs, maar kan legitiem zijn om diverse redenen, zoals het voorkomen van een langdurig proces. Ook de huidige *completion strategy*, het uit budgettaire overwegingen noodzakelijke beleid om binnen gezette termijnen alle zaken te hebben afgerond, noopt aanklagers veroordelingen te bewerkstelligen onder meer door gebruik te maken van selectieve tenlasteleggingen en *plea-bargain* overeenkomsten.¹¹⁷ Dergelijke overeenkomsten verkorten de complexe processen aanzienlijk. In de zaak *Prosecutor vs. Plavsic* schrapte de aanklager het feit genocide en medeplichtigheid daaraan uit de tenlastelegging, nadat Biljana Plavsic, de vooraanstaande Bosnisch-Servische politica, schuldig pleitte aan een misdaad tegen de menselijkheid.¹¹⁸ Het tribunaal heeft derhalve nimmer de kans gekregen zich uit te spreken over genocide, terwijl het ontlopen van een tijdrovende procedure en een nimmer zekere uitkomst net zo goed de drijfveren van de aanklager kunnen zijn geweest als ontoereikend bewijs.

Goldstone wijst op het feit dat het Hof bewijskracht lijkt toe te kennen aan zaken waarin de verdachte is overleden (Milošević, Talić, Kovačević en Drljača)¹¹⁹ of waarin nog geen uitspraak is gedaan (onder meer Karadžić en Mladić).¹²⁰ Goldstone stelt terecht vast dat de beschikbaarheid van uitspraken van andere tribunalen niet bepalend zou mogen zijn voor de beslissing van een rechtsvraag in een procedure voor het Hof.¹²¹ Het Hof zou zelfstandig ander bewijs hebben moeten onderzoeken.

Deze waardering van de bewijskracht door het Hof betekent dat de beslissingen van het Hof op de vraag of een bepaald feit voldoende bewezen is, vrijwel volledig komen te drijven op de rechtspraak van het Joegoslavië-Tribunaal.¹²² Of de rechter heeft zijn oordeel gegeven, hetgeen zoals eerder aangegeven als 'zeer overtuigend' wordt aangemerkt, of het is niet voor de rechter gekomen waar automatisch een negatieve gevolgtrekking uit lijkt te volgen. De bewering van het Hof dat het capabel moet worden geacht zelfstandig vast te stellen of genocide heeft plaatsgevonden zonder dat daarvoor een

117 Dominic Raab, 'Evaluating the ICTY and its Completion Strategy Efforts to Achieve Accountability for War Crimes and their Tribunals', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 90.

118 *Prosecutor v. Plavsic*, Case No. IT-00-39&40/1S, Decision Granting Prosecution's Motion to Dismiss Counts 1, 2, 4, 5, 6, 7 and 8 of the Amended Consolidated Indictment (20 December 2002).

119 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 374 (e),(f).

120 Richard J. Goldstone en Rebecca J. Hamilton, 'Lessons from the International Court of Justice's encounter with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', *Leiden Journal of International Law* 2008, p. 105.

121 Richard J. Goldstone en Rebecca J. Hamilton, *a.w.*, p. 106.

122 Richard J. Goldstone en Rebecca J. Hamilton, *a.w.*, onder meer op p. 112.

strafrechtelijke veroordeling is vereist,¹²³ verliest hierdoor aan geloofwaardigheid. Met name als het Hof nalaat een actieve rol te spelen in het opvragen van ander relevant bewijs.

5 CONCLUSIE

Bosnië-Herzegovina v. Servië-Montenegro is om meerdere redenen een zeer bijzondere zaak. Ten eerste vanwege de exceptionele ernst van het geschil. Ten tweede omdat dit de eerste keer was in het bestaan van het Genocide Verdrag dat een rechter inhoudelijk diende te oordelen over de vraag of een staat aansprakelijk kan worden gehouden voor genocide. En ten derde vanwege de samenloop met de berechting van hetzelfde feitencomplex door een strafrechter (Joegoslavië-Tribunaal). Het Hof greep de historische kans om zich te kunnen uitspreken over de verplichtingen van staten onder het Genocide Verdrag met beide handen aan. Het stelde dat artikel 1 van het Genocide Verdrag niet alleen individuen, maar ook staten verbiedt genocide te plegen. Hoewel het idee dat staten internationale misdrijven (kunnen) plegen zich in de toenemende belangstelling weet van sociologische en criminologische literatuur,¹²⁴ is de notie zeer omstreden gebleven in het internationale recht.¹²⁵ Het Hof had op dit punt kunnen kiezen voor de weg van de minste weerstand door te opteren voor een restrictieve, grammaticale interpretatie van artikel 1, met als uitkomst een conformering aan de Neurenberg doctrine dat alleen individuen misdrijven kunnen plegen. Het koos echter voor een teleologische interpretatie die de rol van de staat bij een genocide tot uitdrukking brengt, en breidde het staatsaansprakelijkheidsrecht daarmee fundamenteel uit.

Het ontbreken van een strafrechtelijke jurisdictie acht het Hof geen beletsel om vast te kunnen stellen of een staat het genocide verbod onder het Verdrag heeft geschonden. Door genocide te benaderen als een *verdragsschending* 'transformeert' het misdrijf genocide in een schending van een internationaalrechtelijke verplichting die leidt tot de (niet-strafrechtelijke) aansprakelijkheid van een

123 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, r.o. 182.

124 Zie onder meer Penny Green en Tony Ward, *State Crime, Governments, Violence and Corruption*, London: Pluto Press 2004; Ronald C. Kramer en Raymond J. Michalowski, 'War, Aggression and State Crime: A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq', *British Journal of Criminology* 2005, p. 446-469; David Kauzlarich en Ronald C. Kramer, *Crimes of the American Nuclear State: At Home and Abroad*, Boston: Northeastern University Press 1998.

125 Zie § 1.1 en het gebrek aan draagkracht voor het concept van 'Crime of State' zoals neergelegd in het voormalige artikel 19 van de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid. De *travaux préparatoires* van het Genocide Verdrag laten eenzelfde verdeeldheid zien over de vraag of een staat een misdrijf kan plegen en zelfs een duidelijke afwijzing van het concept strafrechtelijke staatsaansprakelijkheid. Zie hierover John Quigley, *a.w.*, p. 230-233. en W.A. Schabas, *a.w.*, p. 418-420.

staat. Zodoende kan het Hof de afwezigheid van een strafrechtelijke jurisdictie omzeilen en genocide binnen de eigen bevoegdheidssfeer trekken. Rechter Skotnikov vraagt zich met recht af of deze transformatie wel mogelijk is onder het Verdrag, aangezien het Verdrag genocide ondubbelzinnig als misdrijf kwalificeert.¹²⁶ Het Hof kan inderdaad niet anders dan een bepaling als definitie te nemen voor genocide door een staat gepleegd, die de universele definitie bevat voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen en *verbatim* figureert in de statuten van de *ad hoc* tribunalen en het Permanente Strafhof. Een volledige decriminalisering vindt derhalve niet plaats: het Hof toetst het gedrag van Servië aan een strafbepaling.

Met deze handelswijze manoeuvreert het Hof zichzelf in de positie in een 'civielrechtelijke' procedure vast te moeten stellen of het internationale misdrijf genocide is gepleegd. Men kan zich afvragen of het Hof wel het juiste forum is om dergelijke handelingen te toetsen. De civielrechtelijke procedure lijkt zich niet te lenen voor het beslissen van zaken op basis van het werkelijke feitencomplex. Het roept de meer fundamentele vraag op of een procedure waarbij de partijen zelf de omvang van het geschil kunnen bepalen en het bewijs moeten leveren, wel geschikt is voor beschuldigingen van genocide, agressie of andere zeer ernstige schendingen van internationaal recht. Rechter Tomka verwoordt deze vraag als volgt:

'One may wonder how a Court conceived as a judicial organ for the adjudication of inter-State disputes, with no criminal jurisdiction, whose procedure (Rules of Court) is not tailored to the requirements (or needs) of a criminal case, and which has no Rules of Evidence, could determine that a crime (i.e., genocide, requiring specific intent (*dolus specialis*)) has been committed. Is it possible for the commission of a crime to be established within a procedure which provides for no appeal?'¹²⁷

In principe verzet de intrinsieke relatie tussen het materiële en het formele strafrecht zich tegen het importeren van strafbepalingen in een civiele procedure. Het ontbreken van de mogelijkheid tot oplegging van een formele straf lijkt het gebruik van strafbepalingen buiten de strafprocedure minder problematisch te maken, gelet op de minder ingrijpende consequenties. In dit opzicht kan worden gesteld dat er een denaturering plaatsvindt van de strafbepalingen, waardoor de band tussen de betreffende bepalingen en het oorspronkelijke bijbehorende strafprocesrecht verwaterd. Daartegenover staat dat de afwezigheid van een formele straf grotendeels wordt gecompenseerd door de unieke morele afkeuring verbonden aan het misdrijf genocide en de daaruit voortvloeiende mate van stigmatisering.

Met betrekking tot de bewijsstandaard toont het Hof zich bewust van de noodzaak voor een op het specifieke verwijt van genocide afgestemde proce-

126 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Declaration of Judge Skotnikov, p. 4.

127 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Separate opinion Judge Tomka, par. 60.

dure. Het Hof verhoogt de standaard voor de beschuldiging van genocide tot een niveau dat consistent wordt geacht met de bijzondere ernst van het verwijt. Daarmee geeft het Hof blijk van enerzijds het vergrootte belang op basis van de werkelijke feiten te kunnen beslissen en anderzijds van de noodzaak Servië tegen een ongegronde beschuldiging te beschermen. Het Hof laat echter een inconsistente houding zien ten opzichte van de waarheidsvinding in deze zaak door de passiviteit inzake de feitenvergaring. De verzameling van de feiten blijft voor rekening komen van de partijen, zelfs wanneer dat evident ontoereikend kan zijn voor het naar boven halen van alle relevante feiten, doordat een partij weigert de betreffende gegevens af te staan. De weigering van het Hof om gebruik te maken van de *proprio motu* bevoegdheid om het mogelijk beslissende bewijs op te vragen, is illustratief voor de traditioneel lijdelijke mentaliteit van het Hof.

Een dergelijk houding is wellicht verklaarbaar in het geval van een regulier interstatelijk dispuut waarmee alleen de belangen van de partijen zijn gemoeid, maar een geschil waar de belangen van de internationale gemeenschap in zijn geheel worden geraakt, vraagt om een optimale inspanning van de betrokken partijen om het geschil te kunnen beslissen op basis van de werkelijke feiten. Aangezien van Servië niet mag worden verwacht dat het op eigen initiatief, of zelfs op verzoek van Bosnië, zelf incriminerend bewijs zal aandragen, verschuift een deel van de verantwoordelijkheid voor de feitenvergaring naar het Hof. Daarbij kan het Hof zich niet verschuilen achter de beslissing van het Joegoslavië-Tribunaal om de SDC notulen een vertrouwelijke status te geven. Het Hof heeft een autonome verantwoordelijkheid om potentieel beslissend bewijs op te vragen en aldus artikel 49 niet een dode letter te laten worden. Bovendien is de passiviteit van het Hof niet logisch in het licht van het eigen dictum in de *Corfu Channel* zaak ten aanzien van de toegang tot het bewijs. Daar heeft het Hof immers bepaald dat in het geval bewijs wordt afgeschermd door de territoriale controle van een partij, de andere partij een meer flexibele bewijsstandaard zou moeten worden toegestaan. Nu het Hof, overigens terecht zoals hierboven beargumenteerd, de bewijsstandaard heeft verhoogd met het oog op de ernst van de beschuldiging, had het Hof zelf de ongelijke toegang tot het bewijs moeten corrigeren door het bewijs op te vragen.

De terughoudendheid van het Hof is mogelijk te verklaren vanuit een onwil om de rechtsvraag of de genocide in Srebrenica aan Servië kon worden toegerekend, te beslissen op basis van een formele waarheid. Wanneer Servië een verzoek van het Hof om op basis van artikel 49 de SDC notulen te leveren zou hebben geweigerd, dan zou volgens de literatuur het Hof hebben kunnen besluiten tot een gevolgtrekking in het nadeel van Servië. Men mag grote vraagtekens zetten achter de wenselijkheid van een dergelijk hypothetisch procesverloop: een beschuldiging van genocide zou moeten worden gestaafd met zeer overtuigende feiten. Zowel de stigmatiserende werking van een

vaststelling van genocide als het publieke belang de werkelijke feiten vast te stellen omtrent zulk een beschuldiging, vereisen dit.¹²⁸

Een actieve opstelling van het Hof zou derhalve niet automatisch hebben bijgedragen aan een beslissing op basis van een (overwegend) materiële waarheid. Het lijkt een meer realistische vaststelling dat dit Hof niet voldoende is geëquipeerd om de mate van waarheidsvinding te verrichten die zeer ernstige interstatelijke disputen met ingewikkelde feitencomplexen vergen. Het statuut dat de bevoegdheden van het Hof vorm geeft, dateert uit een tijdperk waarin de zeer grote partijautonomie als een vanzelfsprekend uitvloeisel van de staatssoevereiniteit gold. Staten zijn de *domini liti* en zullen een inbreuk op hun partijautonomie ten behoeve van de waarheidsvinding niet toestaan indien dat hun positie nadelig kan beïnvloeden. Deze mate van autonomie verhoudt zich niet met bijzonder ernstige disputen waarvan de op het spel staande belangen die van de partijen overstijgen. Strafhoven zijn om deze reden uitgerust met vergaande (dwingende) onderzoeksbevoegdheden, zowel in het vooronderzoek als ter terechtzitting.

De bereidheid van het Hof om ook de zeer ernstige interstatelijke disputen te beslechten, zelfs als er strafhoven zijn gecreëerd om hetzelfde feitencomplex te berechten, siert het Hof. Een andere houding zou immers betekenen dat staten buiten het politieke domein niet verantwoordelijk zouden worden gehouden voor ernstige schendingen van het internationale recht. Maar deze bereidheid brengt het gevaar met zich mee dat dergelijke disputen niet worden beslist op basis van alle relevante feiten, door de beperkte mogelijkheden van het Hof tot waarheidsvinding. Een gebrekkige feitenvergaring door het Hof vormt volgens voormalig president van het Hof Guillaume een reële bedreiging voor de geloofwaardigheid van de internationale rechtspleging.¹²⁹

Een pessimistische conclusie is echter niet onontkoombaar. Waar de toename van het aantal niet met elkaar verbonden internationale hoven en tribunalen een gevaar kan betekenen voor een coherent systeem van internationale rechtspleging,¹³⁰ biedt het tegelijkertijd ook onvoorziene mogelijkheden tot samenwerking. Wanneer het Hof structureel zou kunnen terugvallen op de mogelijkheden voor feitenverzameling van de diverse (straf)tribunalen, dan is er ook in het geval van zeer ernstige geschillen een rol weggelegd voor het

128 Men zou kunnen stellen dat dit het Hof niet zou hebben mogen weerhouden de documenten op basis van artikel 49 op te vragen en een eventuele weigering te accepteren zoals in de *Corfu Channel* zaak. Maar een dergelijke handelswijze zou de onmacht van het Hof inzake de vergaring van feiten op een pijnlijke wijze blootleggen. Of dit de (enige) reden van de passiviteit is geweest, blijft echter een kwestie van speculeren.

129 De auteur heeft de verwijzing overgenomen van Ruth Teitelbaum, *a.w.*, p. 158: G. Guillaume, 'Preuves et Mesures d'Instruction Devant Les Jurisdictions Internationales', *La Cour Internationale de Justice à l'Aube du XXI-eme Siecle, Le regard d'un juge*, 1987.

130 Zie bijvoorbeeld G. Guillaume, 'The Future of International Judicial Institutions', *International and Comparative Law Quarterly* 1995, p. 862.

Hof. Een rol complementair aan de strafhoven volgens President Rosalyn Higgins:

'The Court is not only the principal judicial organ of the United Nations, but it also is the only international judicial body to possess general jurisdiction. Very important work is being done by the more recently established international criminal courts and tribunals, which we much admire. At the same time, and notwithstanding that the accountability of individuals for crimes is a pressing issue, the resolution of disputes between States is at the heart of the United Nations Charter system. The maintenance of international peace and security, one of the cardinal principles of the United Nations Charter, necessitates that disputes between States can be resolved without undue tensions or recourse to force, and judicial settlement by the International Court can play a signal role in this.'¹³¹

131 Toespraak van rechter Rosalyn Higgins, president van het Internationaal Gerechtshof, ter gelegenheid van de viering van het zestigjarig bestaan van het Hof, 12 April 2006. Beschikbaar op: [http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=1004&lg=en&p1=6&p2=1&search=](http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=1004&lg=en&p1=6&p2=1&search=exposé)"exposé (laatst bezocht op 15-02-2008).

11 | Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?

B. de Wilde

1 INLEIDING

De rechter die overweegt of hij tot een bewezenverklaring zal besluiten in een strafzaak, loopt vroeg of laat aan tegen de vraag of hij daarvoor over voldoende bewijsmateriaal beschikt. Voor een bewezenverklaring moet hij in de eerste plaats voor alle *onderdelen* van de gewenste bewezenverklaring over ten minste één bewijsmiddel beschikken.¹ Kan een onderdeel van de tenlastelegging niet worden bewezen, dan zal de rechter van dat onderdeel moeten vrijspreken.² In de tweede plaats moet de gewenste bewezenverklaring *als geheel* kunnen worden aangetoond door een minimale hoeveelheid bewijsmateriaal. De regels die daarbij gelden, worden aangeduid als bewijsminimumregels. De wet stelt kwantitatieve en soms ook kwalitatieve eisen aan het materiaal dat wordt gebruikt om de bewezenverklaring te onderbouwen. Belangrijk is ook de jurisprudentie, waaruit kan worden afgeleid op welke wijze de bewijsminimumregels moeten worden toegepast.

Bewijsminimumregels hebben tot doel te voorkomen dat onschuldige personen worden veroordeeld.³ Daarbij speelt de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal een belangrijke rol. Zelfs wanneer de rechter ervan overtuigd is dat de door de verdachte afgelegde bekentenis zonder dwang tot stand is gekomen en hij deze verklaring ook overigens betrouwbaar acht, bestaat de kans dat de verdachte niet naar waarheid heeft verklaard. Hetzelfde geldt voor getuigen. Van oudsher zijn in het Wetboek van Strafvordering dan ook bewijsminimumregels voor verklaringen van getuigen en verdachten opgenomen.⁴

1 Als uitzondering op deze regel kunnen de gegevens van algemene bekendheid worden genoemd. Onderdelen van de bewezenverklaring die als een gegeven van algemene bekendheid kunnen worden aangemerkt, behoeven volgens artikel 339 lid 2 Sv geen bewijs.

2 Betreft het een essentieel onderdeel van de tenlastelegging, dan zal hij zelfs van het gehele ten laste gelegde feit moeten vrijspreken.

3 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77.1, p. 61.

4 Zie bijvoorbeeld de artikelen 363 en 373 van het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland (1809), 433 en 440 van het Wetboek van Strafvordering (1838), 397 en 404 van het Wetboek van Strafvordering (1886) en 341 en 342 van het Wetboek van Strafvordering (1926). In het ontwerp-Ort en in het Oorspronkelijk Regeringsontwerp in de aanloop naar het Wetboek van Strafvordering van 1926 ontbrak een bewijsminimumregeling overigens. De

De bewijsminimumregels beperken de vrije waarheidsvinding door de rechter. De rechter mag niet op grond van zijn enkele overtuiging tot een bewezenverklaring komen. Deze beperking van de vrije waarheidsvinding heeft als doel de materiële waarheidsvinding te bevorderen. Bewijsminimumregels hebben dus de functie om de waarheidsvinding te waarborgen. In deze bijdrage zal ik onderzoeken wat de betekenis van de bewijsminimumregels precies is en of de bewijsminimumregels wel een werkelijke waarborg voor de waarheidsvinding vormen. Vervolgens zal ik de vraag beantwoorden of de bewijsminimumregels behouden zouden moeten worden en, zo ja, in welke vorm.

2 TERMINOLOGIE

2.1 Bewijsgronden en bewijsmiddelen

Artikel 338 Sv bepaalt dat de rechter slechts dat bewijsmateriaal aan zijn bewezenverklaring ten grondslag mag leggen wat kan worden benoemd als één van de vijf bewijsmiddelen die in artikel 339 Sv zijn opgesomd. Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering werd een onderscheid gemaakt tussen bewijsgronden en bewijsmiddelen.⁵ Met bewijsgronden werd bedoeld op de inhoud van de bewijsmiddelen en met bewijsmiddelen de vorm waarin die bewijsgronden ter kennis van de rechter kwamen.⁶ Dit onderscheid is flink bekritiseerd, in het bijzonder omdat vorm en inhoud niet van elkaar te scheiden zouden zijn. Knigge meent daarom dat de bewijsminimumregels beter zijn te plaatsen wanneer het onderscheid niet wordt gemaakt.⁷ Bij een consequent gebruik van de termen bewijsgrond en bewijsmiddel kan het onderscheid mijns inziens echter zeer nuttig en verhelderend zijn, juist voor de vraag wat de betekenis van bewijsminimumregels precies is.

Als bewijsgrond beschouw ik de bewijskrachtige *inhoud* van het bewijsmateriaal, bijvoorbeeld de verklaring van een getuige dat hij heeft waargenomen dat iemand is geslagen. Deze verklaring kan alleen meewerken aan een be-

argumenten van de Minister van Justitie hiervoor kunnen worden gevonden in *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 165-166.

5 In de wetboeken van 1838 en 1886 werd nog gesproken over het bewijs door *aanwijzingen*. Aanwijzingen kunnen worden beschouwd als synoniem van bewijsgronden. Zie de MvT bij het ontwerp-Ort, p. 30. Veel stukken die hebben geleid tot het huidige Wetboek van Strafvordering kunnen worden gevonden in de bundel *Van ORT tot ORO*, samengesteld door K. Lindenberg en in 2002 uitgegeven door de Rijksuniversiteit Groningen. Wanneer ik verwijs naar de MvT bij een ontwerp, hanteer ik de pagina-aanduiding van de originele documenten zoals die in deze bundel zijn opgenomen.

6 De MvT definieert het bewijsmiddel als 'de trechter, waardoor het bestaan van zeker feit tot 's rechters kennis wordt gebracht'. *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 165.

7 G. Knigge, 'Het wettelijk bewijsstelsel', in: G. Knigge (red.), *Hoofdstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 118.

wezenverklaring wanneer zij blijkt uit een bewijsmiddel. Het bewijsmiddel is de *vorm* waarin de bewijsgrond ter kennis van de rechter komt. Het bewijsmiddel is derhalve te beschouwen als het middel waaruit blijkt *dat de verklaring is afgelegd*. In het gegeven voorbeeld kan de getuige bijvoorbeeld een verklaring hebben afgelegd bij de politie. Zijn verklaring wordt dan opgenomen in een proces-verbaal. Niet de verklaring van de getuige wordt in dat geval als bewijsmiddel beschouwd – de rechter is immers niet aanwezig geweest bij het afleggen van deze verklaring – maar het proces-verbaal van verhoor door de politie.

2.2 Bewijstoelatingsregels en bewijsminimumregels

Volgens artikel 338 Sv komt bewijsmateriaal alleen in aanmerking om aan het bewijs mee te werken wanneer het een ‘wettig’ bewijsmiddel oplevert. Dat betekent concreet onder meer dat het bewijsmateriaal voldoet aan de voorwaarden van één van de vijf genoemde bewijsmiddelen. Ieder bewijsmiddel kent zijn eigen regels. Deze regels kunnen voor een belangrijk deel worden gevonden in de artikelen 340-344a Sv.⁸ De bewijsmiddelen zijn zo ruim geformuleerd dat vrijwel al het materiaal dat bewijzende waarde heeft, kan worden ondergebracht bij een bewijsmiddel. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal dat anders zijn. Zo kan de verklaring die de raadsman van de verdachte heeft afgelegd nooit als bewijsmiddel dienen.⁹ Verder kan bewijsmateriaal worden uitgesloten om als bewijsmiddel te dienen omdat het niet op rechtmatige wijze is verkregen of omdat het door de rechter als onbetrouwbaar wordt aangemerkt. De hier genoemde regels duid ik aan als *bewijstoelatingsregels*. Zij bepalen of bewijsmateriaal kan worden toegelaten om aan het bewijs van het ten laste gelegde feit mee te werken.

De *bewijsminimumregels* zien op de vraag of er uiteindelijk, op basis van al het als bewijsmiddel toegelaten bewijsmateriaal, een bewezenverklaring kan worden uitgesproken. Met andere woorden: zijn er voldoende bewijsmiddelen?¹⁰ Is dat niet het geval, dan zal de rechter de verdachte moeten vrijspreken. Daarin ligt een belangrijk verschil met de bewijstoelatingsregels. Wanneer al dan niet aan een bewijstoelatingsregel is voldaan met betrekking tot concreet bewijsmateriaal, zegt dat nog niets over de einduitspraak van de rechter. Is bewijsmateriaal uitgesloten om aan het bewijs mee te werken, dan kan er dikwijls nog voldoende bewijsmateriaal over zijn om tot een bewezenverklaring

8 Niet alle regels voor bewijstoelating zijn in de afdeling over bewijs opgenomen. Zo regelt artikel 359a Sv dat bewijsmateriaal kan worden uitgesloten om aan het bewijs mee te werken wanneer dat materiaal op onrechtmatige wijze is verkregen.

9 HR 15 september 1980, NJ 1981, 13 (mondelinge verklaring ter zitting afgelegd); HR 31 oktober 2006, LJN AX9178 (overgelegde pleitnota).

10 Hierna zal ik betogen dat de vraag waar het eigenlijk om gaat is: zijn er voldoende bewijsgronden?

te komen, maar het is ook goed mogelijk dat er te weinig bewijsmateriaal toegelaten wordt, waardoor de rechter – door toepassing van de bewijsminimumregels – de verdachte zal moeten vrijspreken.

3 EEN REGEL MET EEN UITZONDERING EN UITBREIDINGEN

De bewijsminimumregels kunnen worden geordend in de vorm van een regel met een uitzondering en een aantal uitbreidingen. De regel houdt in dat voor een bewezenverklaring altijd minimaal twee bewijsgronden beschikbaar moeten zijn.¹¹ Hierop heeft de wetgever een uitzondering gemaakt in artikel 344 lid 2 Sv: het bewijs mag worden aangenomen op het enkele proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Op grond van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in verband met het recht getuigen te ondervragen is bovendien een uitbreiding op de regel aangenomen. Kort gezegd houdt deze uitbreiding in dat de bewezenverklaring niet in beslissende mate op de verklaring van een niet door de verdediging ondervraagde getuige mag worden gebaseerd. Er moet dus voldoende ander bewijsmateriaal beschikbaar zijn. Is dit niet het geval, dan zal de verdachte moeten worden vrijgesproken. Ten slotte – en dit staat los van het ondervragingsrecht – wordt in artikel 344a lid 4 Sv bepaald dat een bewezenverklaring evenmin mag worden aangenomen op basis van slechts verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging hebben getuigd. Deze uitbreidingen van de regel houden verband met de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring. In de volgende paragrafen zal dieper worden ingegaan op de betekenis van de regel, de uitzondering en de uitbreidingen.

4 DE REGEL

4.1 Wat houdt de regel in?

Reikwijdte van de regel

Onder strafrechtswetenschappers bestaat geen overeenstemming over het antwoord op de vraag of de hier genoemde regel algemene gelding heeft of slechts geldt met betrekking tot verklaringen van verdachten en getuigen, nu de wetgever voor die verklaringen expliciet een bewijsminimumregel heeft geformuleerd (artikel 341 lid 4 en 342 lid 2 Sv). Nijboer is van opvatting dat aan de bewijsregeling een algemeen beginsel ten grondslag ligt dat de bewezenverklaring slechts mag worden aangenomen op basis van twee of meer

11 De rechter zal eerst moeten onderzoeken of het bewijsmateriaal kan worden toegelaten als bewijsmiddel. Vervolgens zal hij moeten onderzoeken of dit als bewijsmiddel toegelaten bewijsmateriaal voldoende bewijsgronden oplevert om tot een bewezenverklaring te komen.

informanten. Hij komt tot deze conclusie op grond van betrouwbaarheidsoverwegingen: de eigen waarneming van de rechter en de verklaring van een deskundige – waarvoor de wet geen bewijsminimumregels bevat – kunnen om dezelfde redenen onbetrouwbaar zijn als de verklaringen van getuigen of verdachten.¹² In zijn conclusie bij een arrest uit 2000 bestrijdt AG Jörg deze opvatting. Hij beroept zich op de tekst van de wet. In de bewijsregeling is niet bij alle bewijsmiddelen een bewijsminimumregel opgenomen. Bij de ter zitting afgelegde verklaring van een deskundige (artikel 343 Sv) en bij het deskundigenverslag (artikel 344 lid 1, 4° Sv) ontbreekt deze bijvoorbeeld. Volgens Jörg heeft de wetgever de mogelijkheid opengelaten dat de bewezenverklaring kan worden gebaseerd op slechts één zo'n bewijsmiddel.¹³ Zowel Nijboer als Jörg wijst er overigens terecht op dat het praktisch niet goed voorstelbaar is dat een ten laste gelegd feit op grond van bijvoorbeeld slechts een deskundigenverklaring zou kunnen worden bewezen.¹⁴

Een arrest uit 1928 geeft een aanknopingspunt voor een antwoord op de hier gestelde vraag. In dat arrest spreekt de Hoge Raad van een 'algemeen voor het bewijs geldende regel, die opneming van het laatste lid van art. 344 tengevolge had'.¹⁵ Met een beroep op de wettelijke regeling kan inderdaad worden betoogd dat artikel 344 lid 2 Sv overbodig zou zijn wanneer een enkel geschrift als genoemd in artikel 344 lid 1 Sv reeds voldoende zou zijn voor het bewijs. Zou zo'n a-contrario-redenering echter worden toegepast op artikelen 341 lid 4 en 342 lid 2 Sv, dan zou het effect tegenovergesteld zijn en zou de conclusie moeten zijn dat voor bijvoorbeeld mondelinge verklaringen van deskundigen geen bewijsminimumregel geldt.

Op grond van het betrouwbaarheidsargument van Nijboer ga ik uit van een algemeen geldende regel. Het *beginsel* waarover Nijboer spreekt, zal ik hierna aanduiden als de *regel*. Het betreft immers niet een uitgangspunt dat

12 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2000, p. 90. Zie ook W.L. Borst, *De bewijsmiddelen in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 24-25. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet afgeschermd getuigen heeft de Minister van Justitie deze opvatting onderschreven: 'Als algemeen beginsel geldt in het Nederlandse strafproces dat een bewezenverklaring dient te berusten op in ieder geval twee bewijsmiddelen. Een uitzondering kent de wet slechts voor het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar (art. 344, tweede lid, Sv).' *Kamerstukken II 2004/05*, 29 743, nr. 7, p. 16.

13 Conclusie bij HR 21 november 2000, NJ 2001, 48. De Hoge Raad casseerde op een ander punt en heeft zich dus niet uitgesproken over deze kwestie.

14 Jörg verwijst hierbij als voorbeeld naar een uitspraak door de Rotterdamse rechtbank, waarin de verdachte werd vrijgesproken van het ten laste gelegde, omdat er weliswaar drie deskundigenverslagen beschikbaar waren, maar op grond daarvan niet kon worden bewezen dat de verdachte de ondeugdelijke sherry had verkocht (Rb Rotterdam 24 februari 1982, NJ 1982, 433).

15 HR 19 maart 1928, NJ 1929, p. 759-761.

zijn betekenis pas krijgt in de afweging tegen andere beginselen, maar het is een regel die in alle gevallen zal moeten worden toegepast.¹⁶

Een tweede bewijsmiddel of een tweede bewijsgrond?

Algemeen wordt aangenomen dat de regel inhoudt dat voor een bewezenverklaring minimaal twee bewijsmiddelen voorhanden moeten zijn.¹⁷ Die opvatting zou er echter toe leiden dat het niet voldoende zou zijn wanneer als enige bewijsmiddel een proces-verbaal beschikbaar zou zijn waarin twee verschillende getuigen een verklaring afleggen. Het ligt voor de hand bij de bewijsminimumregels uit te gaan van een materiële benadering en dus doorslaggevend te laten zijn hoeveel bewijsgronden aan de bewezenverklaring ten grondslag gelegd zijn. Ook wanneer de verklaringen van de twee getuigen in afzonderlijke processen-verbaal zouden zijn opgenomen, zouden zij immers samen volledig bewijs kunnen opleveren. Er valt niet goed in te zien waarom dat anders zou moeten zijn wanneer deze zelfde twee getuigenverklaringen in één proces-verbaal zijn opgenomen. In de memorie van toelichting bij het ontwerp-Wetboek van Strafvordering van de staatscommissie van 1913 kan steun worden gevonden voor deze uitleg:

‘Wilde men den rechter derhalve eene bepaalde hoeveelheid minimumbewijs voorschrijven, dan zou die eisch niet ten aanzien der bewijsmiddelen, doch ten aanzien der door den rechter aan te nemen bewijsgronden moeten worden gesteld.’¹⁸

Dat de Hoge Raad zich met deze opvatting heeft verenigd blijkt uit een arrest uit 1940. In deze zaak was als enige bewijsmiddel een proces-verbaal van twee opsporingsambtenaren gebruikt, dat geen proces-verbaal in de zin van artikel 344 lid 2 Sv was omdat de opsporingsambtenaren het strafbare feit niet zelf hadden waargenomen. In dit proces-verbaal waren de verklaringen opgenomen van twee getuigen, een deskundige en de verdachte. De verdachte klaagde er in cassatie over dat de bewijsminimumregel van artikel 342 Sv was geschonden. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.¹⁹ Zouden de bewijsminimumregels betrekking hebben op de bewijsmiddelen, dan had de Hoge Raad moeten casseren. Kennelijk houdt de bewijsminimumregel in dat de bewezenverklaring moet worden gebaseerd op twee of meer bewijsgronden.

16 Zie over het onderscheid tussen beginselen en regels onder andere K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1998, p. 185-189, die zich baseert op Dworkin.

17 Zie bijvoorbeeld G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 663.

18 *Ontwerp tot vaststelling van een wetboek van strafvordering. II. Toelichting*, 's-Gravenhage 1913, p. 275.

19 HR 17 juni 1940, NJ 1940, 772.

Eén getuige is geen getuige?

Een veel gehoorde misvatting is dat artikel 342 lid 2 Sv zou impliceren dat getuigenverklaringen alleen in pluraliteit zouden mogen worden gebruikt.²⁰ Hoewel de tekst van de wet zo zou kunnen worden geïnterpreteerd, is dat niet de uitleg die de Hoge Raad eraan geeft. Wanneer naast de getuigenverklaring één willekeurig ander bewijsmiddel bestaat, is dat reeds voldoende voor een bewezenverklaring.²¹ Het adagium *unus testis nullus testis* kan daarom wellicht beter niet meer worden gebruikt, aangezien het vooral aanleiding geeft tot verwarring.²²

4.2 De kwaliteit van de tweede bewijsgrond

Op het eerste gezicht lijkt het zo te zijn dat een tweede bewijsgrond altijd zonder problemen kan worden gebruikt om te voldoen aan de bewijsminimumregel. Dat blijkt echter niet steeds het geval te zijn. In deze paragraaf zal ik een tiental bewijsconstructies behandelen en aangeven of die constructies problematisch kunnen zijn.

De tweede bewijsgrond stamt uit dezelfde bron als de eerste

Aan de tweede bewijsgrond wordt de eis gesteld dat deze afkomstig is uit een andere bron dan de eerste. Meestal gaat het bij de toepassing van bewijsminimumregels om verklaringen. Als bron moet dan worden beschouwd de persoon die de verklaring heeft afgelegd. Gezien de ratio achter de bewijsminimumregels, het voorkomen dat onschuldige personen worden veroordeeld, ligt het voor de hand om de bewijsminimumregels zo uit te leggen dat twee verklaringen van dezelfde getuige niet voldoende zijn. Zou dat anders zijn, dan zou het wel heel eenvoudig zijn om aan de bewijsminimumregels te voldoen. De politie zou een getuige tweemaal kunnen ondervragen en daarvan in afzonderlijke processen-verbaal verslag kunnen doen. In dat geval zijn er twee bewijsmiddelen voorhanden, die ieder een eigen bewijsgrond overbrengen. Reeds bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering heeft de Minister van Justitie over het huidige artikel 344 lid 1 Sv verklaard 'dat uiteraard langs den weg van dit artikel de alsnog opgenomen bewijsminimumvoorschriften niet zullen mogen worden ontdoken'.²³ Evenmin zal naast de

20 Crombag, Van Koppen en Wagenaar voeden deze misvatting door te stellen dat één getuige niet genoeg is, maar twee wel. Hoewel dat op zichzelf niet onjuist is, suggereren zij vrij sterk dat de vereiste tweede bewijsgrond steeds een andere getuigenverklaring zou moeten zijn. H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen, W.A. Wagenaar, 'De waarde van bewijs', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het Recht van Binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 283.

21 Vaste jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HR 6 december 1943, NJ 1944, 245.

22 Vgl. ook G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 663.

23 *Bijlagen Handelingen II 1917/18*, 77.1, p. 62.

verklaring van het slachtoffer voldoende zijn dat een andere getuige verklaart wat hij van het slachtoffer heeft gehoord. Zo'n de-audit-verklaring, of die nu mondeling of schriftelijk is, is materieel beschouwd immers een verklaring van het slachtoffer. De bron van kennis is gelijk. Voor verklaringen van de verdachte blijkt de hier genoemde eis al uit de wettelijke regeling. Artikel 341 lid 4 Sv stelt dat het bewijs niet uitsluitend op de 'opgaven van den verdachte' mag worden aangenomen. Onder deze 'opgaven' vallen volgens de eerste twee leden van dit artikel zowel opgaven tijdens het onderzoek ter terechtzitting gedaan als opgaven daarbuiten. Een proces-verbaal houdende de verklaring van de verdachte valt derhalve onder de werking van artikel 341 lid 4 Sv en mag naast de door de verdachte ter zitting afgelegde verklaring niet als voldoende bewijs worden aangenomen. In de jurisprudentie zijn veel voorbeelden te vinden van uitspraken van lagere rechters waarin de hier genoemde constructie was toegepast. In al die gevallen is de lagere uitspraak vernietigd.²⁴

De tweede bewijsgrond ondersteunt niet rechtstreeks een onderdeel van de bewezenverklaring

Soms zal de tweede bewijsgrond onvoldoende zijn om te voldoen aan de bewijsminimumregel, omdat de bewijsgrond niet *rechtstreeks* een onderdeel van de bewezenverklaring ondersteunt. Een mooi voorbeeld hiervan is een arrest uit 2005. Hier waren twee berovingen bewezenverklaard. Voor feit 2 was, naast twee verklaringen van hetzelfde slachtoffer, een verklaring gebruikt van de opsporingsambtenaar die het slachtoffer had geconfronteerd met de verdachte, inhoudende: 'Aangeefster reageerde zeer emotioneel bij het zien van de verdachte'. De Hoge Raad oordeelde: 'Dat de verdachte feit 1 heeft begaan kan uitsluitend volgen uit de in processen-verbaal van politie vervatte verklaringen van één getuige. Dat geldt ook voor wat betreft feit 2.' De verklaring omtrent de emotionele gesteldheid van het slachtoffer was kennelijk onvoldoende om als tweede bewijsgrond te dienen.²⁵ AG Machielse was het hiermee eens en voegde eraan toe dat het probleem met de verklaring van de verbalisant in het proces-verbaal van confrontatie was dat deze geen betrekking had op het ten laste gelegde feit.

Hier zijn ook andere voorbeelden te bedenken. Stel dat een slachtoffer van een verkrachting verklaart dat zij een rode auto in is betrokken en daar is verkracht. Stel verder dat de verdachte verklaart een rode auto te bezitten. Alleen deze feiten zouden mijns inziens onvoldoende zijn om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Het bezit van de rode auto bevestigt weliswaar

24 Zie bijvoorbeeld HR 19 maart 1928, *NJ* 1928, p. 759-761 (alleen schriftelijke en mondelinge verklaring van dezelfde getuige), Rb Rotterdam 18 mei 1933, *W.* 12680 (alleen schriftelijke en mondelinge verklaring van verdachte) en HR 13 september 2005, *LJN* AT5721 (alleen twee schriftelijke verklaringen van dezelfde getuige). Interessante grensgevallen kunnen worden gevonden in HR 16 november 1976, *DD* 77.020 en HR 11 april 1967, *NJ* 1967, 417.

25 HR 13 september 2005, *LJN* AT5721.

een onderdeel van de getuigenverklaring, maar toont niet rechtstreeks een onderdeel van de bewezenverklaring aan. Schalken noemt het voorbeeld van een getuigenverklaring in combinatie met een verklaring van een deskundige dat die getuigenverklaring betrouwbaar is. Hij is van oordeel dat hiermee nog niet aan de bewijsminimumregel is voldaan. In zijn woorden: 'In het strafrecht is 1 plus 1 nog niet automatisch 2'.²⁶ En zo is het inderdaad.

Aanwezigheid van de verdachte op de plaats delict

Een verwante kwestie is of de enkele aanwezigheid van de verdachte in de omgeving van de plaats delict voldoende kan zijn als tweede bewijsgrond. Voor welk onderdeel van de bewezenverklaring kan die aanwezigheid redengevend zijn? Wellicht voor de in de tenlastelegging genoemde tijd en plaats, maar de bewijsconstructie wordt dan wel erg mager. Wanneer een winkelier aangifte doet van diefstal zou – uiteraard onder het voorbehoud van de rechterlijke overtuiging – iedere op het moment van de diefstal in de winkel aanwezige klant kunnen worden veroordeeld voor die diefstal. De kans op gerechtelijke dwalingen zou hierdoor onaanvaardbaar toenemen. Machielse stelt zich in één van zijn conclusies op het standpunt dat wanneer blijkt dat de verdachte op de plaats delict is geweest ten tijde van het delict, dat feit reeds voldoende is als tweede bewijsgrond naast de aangifte.²⁷

Naar mijn mening zou een verklaring waaruit slechts blijkt dat de verdachte op of in de buurt van de plaats delict is geweest, niet voldoende mogen zijn als tweede bewijsgrond naast bijvoorbeeld een aangifte. Anders zal het zijn wanneer er zich bijzondere omstandigheden voordoen. Corstens noemt het voorbeeld waarbij een verdachte met een schilderij is gesignaleerd in de buurt van het pand waaruit een soortgelijk schilderij is gestolen.²⁸ Ook kan worden gedacht aan het geval waarbij in de aangifte een duidelijk en heel specifiek signalement is opgegeven van de dader en de verdachte aan dat signalement voldoet en door een getuige op de plaats delict is gezien.

Schakelbewijs

Wanneer de rechter gebruik maakt van bewijsmiddelen voor andere, soortgelijke feiten om het ten laste gelegde feit te bewijzen, wordt gesproken van schakelbewijs. Wanneer bijvoorbeeld twee verkrachtingen ten laste worden gelegd die op vrijwel dezelfde wijze zouden zijn begaan, kan een bewijsmiddel voor feit 1 worden ingebracht als bewijsmiddel voor feit 2. Dat mag volgens de Hoge Raad zelfs wanneer voor feit 2 slechts één ander bewijsmiddel beschikbaar is. Schakelbewijs mag dus dienen als tweede bewijsgrond. Het gaat nog verder: zelfs wanneer voor ieder van de twee feiten slechts één bewijsmiddel voorhanden is – in dit voorbeeld zal het waarschijnlijk de aangifte van

26 Noot Schalken onder HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 672.

27 Overweging 4.7 van de conclusie van AG Machielse bij HR 29 maart 2005, *LJN* AR8401.

28 G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 663.

het slachtoffer zijn – is dat voldoende voor een bewezenverklaring ter zake van beide feiten.²⁹ De rechter moet dan wel in een bewijsoverweging opnemen dat uit de aangifte ter zake van feit 1 een gang van zaken blijkt die op essentiële punten overeenkomt met die van feit 2.³⁰ De soortgelijke feiten hoeven niet per se ten laste gelegd te zijn, maar mogen ook blijken uit bijvoorbeeld eerdere aangiften tegen deze verdachte.³¹ Zelfs wanneer de verdachte is vrijgesproken van een wél ten laste gelegd feit, kan dat soortgelijke feit in beginsel nog worden ingebracht als schakelbewijs.³² Dit alles betekent overigens niet dat een verdachte nu probleemloos veroordeeld zou kunnen worden voor alle verkrachtingen die soortgelijk zijn aan die waarbij hij volgens bijvoorbeeld een aangifte eerder betrokken is geweest. Er moet namelijk wel kunnen worden aangetoond dat de verdachte betrokken is geweest bij zowel het bewezenverklaarde als het soortgelijke feit.³³ Het gebruik van schakelbewijs als tweede bewijsgrond zou ik niet willen afwijzen, maar de rechter zal wel zeer behoedzaam met schakelconstructies moeten omgaan. De redengevende kracht van schakelbewijs is immers niet al te groot. Het is onduidelijk welk onderdeel van de bewezenverklaring precies wordt ondersteund door het gegeven dat de verdachte eerder of later soortgelijke feiten heeft begaan.

Gegevens van algemene bekendheid

Constructies die de ratio van de bewijsminimumregel zouden omzeilen, moeten worden uitgesloten. Hierbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de verklaring van een deskundige over een gegeven dat van algemene bekendheid moet worden beschouwd. Voor gegevens van algemene bekendheid is geen bewijs vereist (artikel 339 lid 2 Sv). Deze gegevens gebruikt de rechter voor zijn bewijsconstructie zonder dat zij in een bewijsmiddel zijn opgenomen. Het zou een omzeiling van de bewijsminimumregel opleveren wanneer de officier van justitie een verklaring van een deskundige, waarin deze verklaart omtrent het feit van algemene bekendheid, zou toevoegen aan het dossier en de rechter die verklaring inderdaad zou gebruiken als tweede bewijsgrond. Concreet kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de volgende situatie. Een slachtoffer doet aangifte wegens mishandeling en verklaart onder meer dat het schoppen tegen haar hoofd veel pijn heeft gedaan. De verdachte ontkent de dader te

29 Deze constructie werd door de Hoge Raad aanvaard in HR juni 1940, *NJ* 1940, 822. Twee gevallen van ‘aanzetten tot meeneed’ waren bewezenverklaard, terwijl voor ieder van die (soortgelijke) feiten slechts één getuigenverklaring beschikbaar was.

30 HR 17 juni 1940, *NJ* 1940, 822. Deze formulering is afkomstig uit HR 11 januari 2000, *NJ* 2000, 194.

31 HR 8 juni 1931, *NJ* 1932, p. 86-87.

32 HR 26 februari 1952, *NJ* 1952, 675. Wanneer de verdachte is vrijgesproken, betekent dat niet in alle gevallen dat de verdachte het feit niet heeft begaan. Er kan bijvoorbeeld zijn vrijgesproken wegens een vormfout. Wanneer de reden voor de vrijspraak is geweest dat is gebleken dat de verdachte het feit niet heeft begaan, zal het feit waarvan is vrijgesproken niet als schakelbewijs mogen worden gebruikt.

33 Zie bijvoorbeeld HR 23 januari 2007, *NJ* 2007, 81.

zijn. Een deskundige legt een verklaring af waarin hij stelt dat het schoppen tegen iemands hoofd veel pijn kan veroorzaken. Dit laatste is uiteraard een gegeven van algemene bekendheid, waarvoor geen bewijsmiddel nodig was. De rechter zal bij deze stand van zaken moeten vrijspreken.

Kennelijk leugenachtige verklaring van de verdachte

De kennelijk leugenachtige verklaring van de verdachte mag volgens de Hoge Raad onder bepaalde voorwaarden als bewijsmiddel worden gebruikt.³⁴ Het is mijns inziens echter niet voldoende wanneer bijvoorbeeld slechts een getuigenverklaring en een leugenachtige verklaring van de verdachte de bewezenverklaring zouden dragen. Voor zover aan de leugenachtige verklaring al redengevende kracht voor de bewezenverklaring kan worden toegedicht, is de betekenis ervan in de bewijsconstructie beperkt tot het vaststellen dat de verklaring leugenachtig is en dat de verdachte kennelijk iets te verbergen heeft.³⁵

Anonieme naast niet-anonieme verklaring van een getuige

Bij het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen kan zich het probleem voordoen dat niet kan worden vastgesteld of deze getuige dezelfde persoon is als een niet-anonieme getuige die eveneens een verklaring heeft afgelegd. Zou het om dezelfde persoon gaan, dan zou de bewijsminimumregel worden geschonden als de verdachte slechts op deze twee verklaringen zou worden veroordeeld.³⁶ Op zichzelf is het overigens niet problematisch om een bewezenverklaring te funderen op slechts een anonieme en een niet-anonieme getuigenverklaring, zolang maar niet het vermoeden bestaat dat het om dezelfde persoon gaat.

Deskundigenverslag dat een waarneming bevat

Deskundigen die een verslag opmaken, kunnen ook het ten laste gelegde feit zelf hebben waargenomen. Denk bijvoorbeeld aan de dierenarts die vaststelt dat in een stal voorschriften in het belang van het dierenwelzijn niet worden nageleefd en die tevens op grond van zijn deskundigheid vaststelt dat aanwezige dieren bepaalde ziekten of lichamelijke afwijkingen hebben. Zou deze verklaring voldoende zijn voor het bewijs van dierenmishandeling door de

34 Meestal worden deze verklaringen slechts in de bewijsmotivering genoemd. De Hoge Raad heeft echter toegestaan om kennelijk leugenachtige verklaringen van verdachten als redengevend bewijsmiddel in het vonnis op te nemen. Zie HR 13 februari 1973, *NJ* 1973, 139 en HR 6 mei 1986, *NJ* 1987, 60.

35 Met Corstens en Machielse meen ik dat leugenachtige verklaringen nooit als bewijsmiddel zouden moeten worden opgevoerd. Bij die opvatting kan de verklaring uiteraard ook niet als tweede bewijsgrond dienen voor de bewijsminimumregels. Zie G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 639 en overweging 3.3 van de conclusie van AG Machielse onder HR 18 januari 2005, *LJN* AR6616.

36 G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 663-664. Zie ook Hof Den Bosch 8 februari 2001, *LJN* AD9510.

veehouder? Ik vermoed van niet. Hoewel de hoedanigheden waarin de dierenarts zijn verklaringen heeft afgelegd verschillend zijn, blijft het dezelfde persoon die verklaart, die zich kan vergissen of zelfs opzettelijk vals kan verklaren.³⁷

De tweede bewijsgrond ziet slechts op de kwaliteit van de verdachte

In een uitspraak uit 1931 was aan een brievenbesteller ten laste gelegd dat hij zich brieven had toegeëigend. Het betreft hier een kwaliteitsdelict (artikel 373 Sr): alleen personen werkzaam bij postinstellingen kunnen dit delict begaan. Voor het bewijs was gebruik gemaakt van de bekennende verklaring van de verdachte zelf. Daarnaast was slechts een getuigenverklaring beschikbaar inhoudende dat de verdachte ten tijde van de diefstal in dienst was als brievenbesteller bij de Koninklijke Nederlandsche Posterijen. De Hoge Raad zag hierin geen probleem. De bewezenverklaring bleef in stand.³⁸

Bijlagen bij een proces-verbaal

Het gebruik van een proces-verbaal met bijlagen als enige bewijsmiddel (buiten het geval van artikel 344 lid 2 Sv), zal doorgaans geen omzeiling van de bewijsminimumregel opleveren, aangezien veel bijlagen ook zelfstandig als bewijsmiddel hadden kunnen dienen (via de eigen waarneming van de rechter) en uit een andere bron afkomstig zijn dan het proces-verbaal. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld foto's of situatietekeningen.

4.3 Waarop moet de tweede bewijsgrond betrekking hebben?

In cassatie wordt dikwijls geklaagd over schending van de bewijsminimumregel omdat een bepaald onderdeel van de bewezenverklaring niet door meer dan één bewijsgrond aangetoond wordt.³⁹ Volgens vaste jurisprudentie, die al dateert van vóór de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafvordering, is echter niet vereist dat voor een *onderdeel* van de bewezenverklaring

37 In een arrest uit 2000 deed zich een soortgelijk geval voor. Een keuringsarts had verklaard dat een ziek varken was aangevoerd door een bepaald bedrijf. In deze zaak caseerde de Hoge Raad weliswaar, maar de reden daarvoor was dat het hof de verklaring van de keuringsarts slechts als deskundigenverslag had gebruikt, terwijl deze de volgens de Hoge Raad ongeoorloofde conclusie bevatte dat het varken door de verdachte was aangevoerd. HR 21 november 2000, NJ 2001, 48.

38 HR 8 juni 1931, NJ 1932, p. 1550-1551. Ik zal in § 7.1 aangeven dat ik dit wél problematisch acht.

39 Zie recentelijk nog HR 15 februari 2000, L/JN AA4795, HR 30 oktober 2001, L/JN AD4383, HR 10 september 2002, L/JN AE3365, HR 21 januari 2003, L/JN AE8815, HR 25 februari 2003, L/JN AF3368, HR 22 november 2005, L/JN AU2248, HR 20 juni 2006, L/JN AW3584 en HR 27 maart 2007, L/JN AZ7732. In de meeste van deze zaken kwam de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 RO niet toe aan bespreking van het middel, maar concludeerde de AG tot verwerping van het beroep.

– bijvoorbeeld de dwang bij een verkrachting – meerdere bewijsgronden worden aangevoerd. De bewijsminimumregel eist slechts dat aan de bewezenverklaring *als geheel* – bij hetzelfde voorbeeld: alle bewezenverklaarde onderdelen van de verkrachting tezamen genomen – voldoende bewijsgronden ten grondslag worden gelegd.⁴⁰

De tweede bewijsgrond mag bovendien betrekking hebben op een ondergeschikt onderdeel van de bewezenverklaring. Naast een aangifte van diefstal is bijvoorbeeld voldoende dat uit een bewijsmiddel blijkt dat het gestolen goed niet aan de verdachte toebehoorde. Voldoende zou zelfs zijn dat ieder onderdeel van de bewezenverklaring blijkt uit slechts één bewijsgrond, terwijl de bewezenverklaring als geheel wordt ondersteund door twee bewijsgronden. Hieruit blijkt dat de tweede bewijsgrond de eerste ook niet hoeft te bevestigen.⁴¹ De term ‘steunbewijs’, die vaak in verband wordt gebracht met de bewijsminimumregels, kan hier dan ook beter worden vermeden.⁴² Slechts in één situatie is werkelijk steunbewijs vereist en dat is de situatie waarin de verdediging een getuige niet heeft kunnen ondervragen. In dat geval eist de Hoge Raad dat de betrokkenheid van de verdachte wordt *bevestigd* in een ander bewijsmiddel (lees: bewijsgrond).⁴³ In dit verband verdient het opmerking dat de ‘eis van dubbele bevestiging’ waarvan Nijboer spreekt, geen betrekking kan hebben op de voorwaarde dat een *bewijsgrond* bevestigd wordt in een andere bewijsgrond, maar slechts op het vereiste dat de *bewezenverklaring* ondersteund wordt door meer dan één bewijsgrond.⁴⁴ Anders dan sommige rechters aannemen, is ook niet vereist dat de *betrokkenheid van de verdachte* wordt bevestigd door de tweede bewijsgrond.⁴⁵ Hoewel het wellicht wenselijk zou zijn dat de betrokkenheid van de verdachte uit meer bewijsgronden blijkt, stelt de Hoge Raad deze eis niet.⁴⁶ Uiteraard staat het de rechter wel vrij de

40 Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 1927, *NJ* 1927, p. 189-192 en meer recent HR 7 april 1981, *NJ* 1981, 399. In het laatstgenoemde arrest wordt overigens ten onrechte gesteld dat de bewijsminimumregels betrekking hebben op de *tenlastelegging* als geheel.

41 Overigens heeft de Tweede Kamer aanvankelijk de volgende formulering van de bewijsminimumregel voor getuigenverklaringen voorgesteld: ‘De verklaring van één enkele getuige kan, als zij niet door enig ander wettelijk bewijsmiddel bevestigd is, niet als zoodanig gelden.’ *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77.1, p. 58. Deze formulering heeft de Minister van Justitie echter niet overgenomen.

42 Zie bijvoorbeeld Rb Dordrecht 3 februari 2005, *LJN* AS7177, Rb Alkmaar 14 november 2006, *LJN* AZ2303 en de conclusie van AG Knigge bij HR 12 september 2006, *LJN* AX8621 (overweging 19: ‘het vereiste steunbewijs’).

43 HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 827 en HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 333.

44 J.F. Nijboer, *a.w.*, p. 89-90.

45 Rb. Zutphen 17 juli 2007, *LJN* BA9722. Zie ook Hof Den Bosch 27 juni 2006, *LJN* AX9543: ‘Nu overigens verdachtes betrokkenheid slechts zou kunnen blijken uit de verklaring van [medeverdachte], is het hof van oordeel dat een bewezenverklaring strijd op zou leveren met de geest van het bepaalde in artikel 342, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.’

46 Zie bijvoorbeeld HR 25 februari 1929, *NJ* 1929, p. 757-758.

verdachte vrij te spreken als hij niet overtuigd is dat die het ten laste gelegde feit heeft begaan.

5 DE UITZONDERING OP DE REGEL

Volgens de letterlijke tekst van artikel 344 lid 2 Sv mag het bewijs van het ten laste gelegde feit worden aangenomen op het enkele proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Deze tekst doet vermoeden dat ieder proces-verbaal van een opsporingsambtenaar voldoende is om het bewijs aan te nemen. Dat is echter niet juist.

In de eerste plaats zou het een volgens de wetgever ontoelaatbare omzeiling van de bewijsminimumregels opleveren wanneer processen-verbaal houdende de verklaring van een getuige of een deskundige als het enige bewijsmiddel zouden mogen gelden.⁴⁷ De door de opsporingsambtenaar gerelateerde waarneming mag kennelijk niet de waarneming zijn dat een verklaring is afgelegd. Het proces-verbaal moet betrekking hebben op de waarneming van een strafbaar feit door de verbalisant zelf. In andere woorden: het moet gaan om een heterdaad-proces-verbaal. Bij mijn weten is dit nooit expliciet door de Hoge Raad bevestigd.⁴⁸ Desondanks is het wel de algemeen gedeelde interpretatie van dit artikel.⁴⁹

In de tweede plaats moet het gaan om een proces-verbaal dat voldoet aan de eisen van artikel 344 lid 1, 2° Sv. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat het proces-verbaal niet is ondertekend, dan moet het proces-verbaal worden beschouwd als een 'ander geschrift' en moet volgens artikel 344 lid 1, 5° Sv een tweede bewijsmiddel beschikbaar zijn, wil het proces-verbaal toegelaten kunnen worden als bewijsmiddel.⁵⁰ Artikel 344 lid 2 Sv eist overigens niet dat de opsporingsambtenaar dienst had terwijl hij zijn waarneming deed. Het enkele buiten diensttijd opgemaakte proces-verbaal kan dus al voldoende zijn voor een bewezenverklaring.⁵¹ Verder valt waarschijnlijk ook het proces-verbaal dat een buitengewone opsporingsambtenaar heeft opgemaakt ter zake van een binnen zijn taakomschrijving vallend strafbaar feit, onder het tweede lid van artikel 344 Sv.⁵²

47 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77.1, p. 62.

48 Wel is in alle arresten waarin artikel 344 lid 2 Sv is toegepast, sprake geweest van een heterdaad-proces-verbaal.

49 In zijn advies met betrekking tot de Wet afgeschermd getuigen merkt de Raad van State expliciet op dat de bijzondere bewijskracht van artikel 344 lid 2 Sv slechts aan het heterdaad-proces-verbaal toekomt (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 743, nr. 5, p. 4-5).

50 HR 31 mei 1988, *NJ* 1989, 210.

51 HR 7 december 2004, nr. 00688/04 (niet gepubliceerd).

52 Hierover is veel discussie geweest. Zie bijvoorbeeld: A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering. Tweede gedeelte*, Den Haag: Belinfante 1848, p. 54-56; A.C. Wesenhagen, 'Iets over de bewijskracht van ambtseedige verballen', *Nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving* 1880, p. 223-242 en E. Polak, 'De bewijskracht van het proces-verbaal van den

In de derde plaats acht de Hoge Raad artikel 344 lid 2 Sv niet altijd van toepassing wanneer een opsporingsambtenaar een strafbaar feit relateert dat tegen hem zelf is begaan. In het arrest uit 2006 waarin dit werd aangenomen, volstaat de Hoge Raad met de vaststelling dat niet is voldaan aan de regel van artikel 342 Sv. Kennelijk vond de Hoge Raad het proces-verbaal dat de agente in kwestie had opgemaakt van een tot haar gerichte belediging geen proces-verbaal in de zin van artikel 344 lid 2 Sv. Het lijkt erop dat de Hoge Raad de advocaat-generaal in deze zaak, Wortel, heeft gevolgd. Die schrijft in overweging 10 over opsporingsambtenaren:

‘Er wordt verondersteld dat zij getrainde (en op hun bijzondere toezichtsgebieden ook deskundige) waarnemers zijn, die zo objectief mogelijk alles vastleggen dat voor de beoordeling van mogelijk strafbaar handelen relevant kan zijn. Ten aanzien van (normale) getuigen wordt dat uiteraard niet aangenomen. Bij hen wordt er juist rekening mee gehouden dat emoties, gebrek aan inzicht of eigenbelang een incomplete of zelfs vervormde weergave van gebeurtenissen kunnen opleveren.’⁵³

Wanneer een opsporingsambtenaar proces-verbaal opmaakt onder de mogelijke invloed van emoties, mag daaraan op grond van de strekking van de bepaling kennelijk geen volledige bewijskracht worden verbonden.

In de vierde plaats zal een de-auditu-verklaring van de opsporingsambtenaar waarschijnlijk niet voldoende zijn voor een proces-verbaal in de zin van artikel 344 lid 2 Sv. In het hiervoor besproken arrest uit 2006 had een collega-opsporingsambtenaar proces-verbaal opgemaakt ter zake van wederspanning tegen dezelfde politieagente die ook beledigd was. Deze collega had het incident niet zelf waargenomen. AG Wortel concludeert dat dit proces-verbaal niet kan worden aangemerkt als een proces-verbaal als bedoeld in artikel 344 lid 2 Sv, omdat van de wederspanning niet door haarzelf proces-verbaal is opgemaakt.⁵⁴

6 UITBREIDINGEN OP DE REGEL

Het is niet in alle gevallen voldoende dat er twee bewijsgronden beschikbaar zijn voor het bewijs. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft

opsporingsambtenaar’, *Tijdschrift voor Strafrecht* XXXVII (1927), p. 151-169. Een rechterlijke uitspraak hierover heb ik niet gevonden.

53 HR 18 april 2006, *LJN* AV2365. Anders HR 31 december 1934, *NJ* 1935, p. 373-374: ‘dat artikel 344 in het genoemde [tweede, BW] lid geen uitzondering maakt voor feiten die tegen den opsporingsambtenaar zelve zijn gepleegd’. Het betrof hier een belediging van een opsporingsambtenaar.

54 Ook wanneer het proces-verbaal wél door de agente in kwestie zelf zou zijn opgemaakt, was dat waarschijnlijk onvoldoende om aan artikel 344 lid 2 Sv te voldoen, aangezien ook wederspanning een delict is waarbij de opsporingsambtenaar mogelijk onder de invloed van emoties proces-verbaal zal opmaken.

bepaald dat in sommige van die gevallen de rechter de verdachte zal moeten vrijspreken, omdat de verdediging geen of onvoldoende gelegenheid heeft gekregen om een getuige, wiens verklaring voor het bewijs gebruikt zou moeten worden, te ondervragen. Als regel geldt dit slechts wanneer de be-
wezenverklaring uitsluitend of in beslissende mate zou zijn gebaseerd op de
verklaring van die getuige.⁵⁵ Verder heeft het Europese Hof in het arrest
Doorson bepaald dat een bezeugenverklaring nooit uitsluitend of in beslissende
mate mag zijn gebaseerd op verklaringen van anonieme getuigen (ook niet
wanneer deze getuigen wél door de verdediging zijn ondervraagd).⁵⁶ Ten
aanzien van anonieme getuigen zal immers altijd een handicap bestaan voor
de verdediging, omdat hun identiteit niet bekend is.

De regel van het Europese Hof kan worden beschouwd als een bewijsmini-
mumregel. Het Hof oordeelt bij toepassing van de regel in een concreet geval
nooit dat de getuigenverklaring niet voor het bewijs had mogen worden
gebruikt – dan zou het een bewijstoelatingsregel zijn geweest – maar dat de
rechter op grond van de gekozen bewijsconstructie niet tot een bezeugenverkla-
ring had mogen komen. De verdachte had derhalve moeten worden vrijgespro-
ken.

De Nederlandse wetgever heeft de Doorson-regel voor anonieme getuigen
opgenomen in artikel 344a lid 1 Sv, zij het dat deze bepaling naar haar letter
slechts ziet op schriftelijke verklaringen. Op grond van de Straatsburgse
jurisprudentie geldt de regel uiteraard ook voor mondelinge anonieme getui-
genverklaringen. In artikel 344a lid 3 Sv is verder nog een bijzondere bewijstoel-
atingsregel opgenomen in verband met anonieme getuigenverklaringen. Met
betrekking tot het gebruik als bewijsmiddel van ‘gewone’ niet-ondervraagde
getuigen heeft de wetgever geen regeling getroffen. De Hoge Raad heeft als
regel gesteld dat de in het opsporingsonderzoek afgelegde verklaring van een
niet door de verdediging ondervraagde getuige slechts als bewijsmiddel mag
worden gebruikt

‘als de betrokkenheid van de verdachte bij het hem tenlastegelegde feit in voldoende
mate steun vindt in andere bewijsmiddelen. Dat steunbewijs zal dan betrekking
moeten hebben op die onderdelen van de hem belastende verklaring die hij be-
twist.’⁵⁷

Interessant is dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie heeft gekozen voor de
formulering van de regel als een bewijstoelatingsregel: de getuigenverklaring
mag niet als bewijsmiddel worden gebruikt. Praktisch zal het er echter altijd
op neerkomen dat de verdachte moet worden vrijgesproken wanneer niet aan

55 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 februari 2001, *NJ* 2002, 101, § 40 (Lucà vs. Italië). Ik zal hier
niet uitvoerig ingaan op de uitgebreide jurisprudentie van het Europese Hof over het
ondervragingsrecht.

56 EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741, § 76 (Doorson vs. Nederland).

57 HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 827.

de regel van de Hoge Raad is voldaan. In zo'n geval blijkt de betrokkenheid van de verdachte kennelijk onvoldoende uit de overige bewijsmiddelen en kunnen we dus stellen dat er onvoldoende bewijs is om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Praktisch gezien kunnen we ook ten aanzien van de regel van de Hoge Raad derhalve spreken van een bewijsminimumregel.

Onlangs is aan artikel 344a Sv een vierde lid toegevoegd, dat bepaalt dat het bewijs niet uitsluitend mag worden aangenomen op verklaringen van kroongetuigen. Ook deze bepaling houdt een uitzondering op de algemene regel in. Hoewel deze uitzondering niet is ingegeven door het ondervragingsrecht – de kroongetuige zal juist wel ondervraagd moeten kunnen worden door de verdediging – houdt ook deze uitzondering verband met de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen.

7 EVALUATIE VAN DE BEWIJSMINIMUMREGELS

7.1 Handhaving van de regel?

Het bestaansrecht van de bewijsminimumregel

Moet de regel dat aan een bewezenverklaring steeds minimaal twee bewijsgronden ten grondslag moeten liggen eigenlijk wel worden behouden? Er kunnen argumenten worden aangevoerd om de bewijsminimumregel te laten vervallen. Een eerste argument daarvoor kan worden gevonden in de vrees dat de rechter geneigd zou kunnen zijn om een feit reeds bewezen te verklaren wanneer aan de bewijsminimumregel is voldaan. De waarheidsvinding zou op die manier een puur formele aangelegenheid worden, terwijl het zoeken naar de materiële waarheid voorop zou moeten staan.⁵⁸ De rechter moet de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en de vorming van zijn overtuiging serieus nemen. Zijn rechters inderdaad te snel geneigd om het bewijs aan te nemen wanneer aan de bewijsminimumregel is voldaan? Dat is een vraag die alleen kan worden beantwoord wanneer daarnaar empirisch onderzoek zou worden verricht. Ik durf niet op voorhand te beweren dat rechters hun eigen verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing onvoldoende nemen. Dit argument om de bewijsminimumregel te laten vervallen, kan daarom niet doorslaggevend zijn.

Een tweede argument kan worden ontleend aan de bestudering van buitenlandse rechtssystemen. Ten behoeve van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 onderzocht Simmelink het strafrechtelijke bewijsrecht van Duitsland en België. Beide landen kennen geen bewijsminimumregels. In Duitsland wordt dat gecompenseerd door een zeer uitgebreide motiveringsverplichting met

58 W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, Utrecht: Van der Post 1867, p. 225. Zie ook A. de Pinto, *a.w.*, p. 581 en W.P.J. Pompe, 'Het bewijs in strafzaken', in: W.P.J. Pompe, *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 47.

betrekking tot de selectie en waardering van het bewijsmateriaal. Ook wanneer geen verweren zijn gevoerd op dit punt, dient de rechter zijn bewijsbeslissing te onderbouwen.⁵⁹ Het is mij niet bekend of dit bewijsstelsel naar tevredenheid functioneert. Een bewijsstelsel waarbij de rechter de selectie en waardering van het bewijsmateriaal moet motiveren, dwingt de rechter om zich daarin te verdiepen. Dat is toe te juichen. Dit neemt echter niet weg dat ook in dat geval een getuige of verdachte een onjuiste verklaring kan afleggen en de verdachte op die enkele verklaring zou kunnen worden veroordeeld.

Een derde argument voor schrapping van de bewijsminimumregel komt voort uit een interne rechtsvergelijking: het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht kennen geen bewijsminimumregels. Het strafprocesrecht zou daarbij kunnen aansluiten. Dat zou in het bijzonder bij de bestuursrechtelijke afdoening van verboden gedragingen tot meer consistentie leiden. Immers, een verboden gedraging die langs bestuursrechtelijke weg wordt afgedaan, valt onder een ander bewijsrechtelijk regime dan een strafbaar feit dat door de kantonrechter wordt berecht.⁶⁰ Bepaalde strafbare gedragingen moeten langs strafrechtelijke weg worden afgehandeld, terwijl andere via de bestuursrechtelijke route moeten worden afgedaan. Het lijkt vrij willekeurig te zijn welke gedragingen bij de strafrechtelijke en welke bij de bestuursrechtelijke handhaving zijn ondergebracht. Enige uniformering van het strafrechtelijke met het bestuursrechtelijke bewijsrecht lijkt mij inderdaad gewenst, maar die uniformering zou ook kunnen worden gevonden in aanpassing van de bewijsregels van het bestuursprocesrecht. Wellicht zou hier een onderscheid moeten worden gemaakt tussen het 'klassieke' bestuursrecht en het bestuursrecht dat betrekking heeft op de sanctionering van (voorheen) strafbare feiten. Bij het klassieke bestuursrecht is de bewijsrechtelijke situatie toch enigszins anders, aangezien de partijen daarbij zelf de omvang van het geschil bepalen en bewijsmateriaal aandragen. In dat opzicht lijkt het bestuursprocesrecht op het burgerlijk procesrecht. In civiele zaken geldt dat, voor zover de partijen er geen geschil over hebben, de aangevoerde feiten als vaststaand worden aangenomen. In zoverre is de burgerlijke rechter gericht op formele waarheidsvinding. Alleen voor zover er een geschil over de feiten bestaat, zal ook hij de materiële waarheidsvinding als zijn taak hoeven te beschouwen.⁶¹ Daarbij zou, anders dan nu het geval is, een bewijsminimumregel kunnen worden gehanteerd. Ook hier gaat het immers om de betrouwbare vaststelling van

59 J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 423-432. Zie uitvoerig over de Duitse motiveringsverplichting: W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 311-330.

60 Bij bestuursrechtelijke afdoening kan worden gedacht aan de feiten die vallen onder de werking van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

61 J.B.H.M. Simmelink, *a.w.*, p. 414-423. Zie over dit verschil reeds A. de Pinto, *a.w.*, p. 573.

de feiten. Een interne rechtsvergelijking hoeft dan ook niet tot de conclusie te leiden dat de bewijsminimumregel in het strafrecht zou moeten vervallen.

Hoewel er argumenten kunnen worden aangevoerd om de bewijsminimumregel te laten vervallen, ben ik er voorstander van deze te handhaven. Mijns inziens is vanuit rechtspsychologische hoek voldoende aangetoond dat het buitengewoon lastig is te bepalen of verklaringen van personen naar waarheid zijn afgelegd.⁶² De kans dat een verdachte onschuldig wordt veroordeeld op grond van uitsluitend zijn eigen verklaring of die van een getuige mag dan wel klein zijn, maar ik zou die kans niet willen aanvaarden.⁶³

Een andere invulling van de regel

Dat de bewijsminimumregel wat mij betreft moet blijven bestaan, betekent niet dat ik ook voorstander ben van het onverkort handhaven van het positieve recht op dit punt. In het bijzonder speelt de vraag of de huidige kwantitatieve invulling van de regel – er moeten minimaal twee bewijsgronden beschikbaar zijn – de waarheidsvinding inderdaad zoveel zal dienen. Modderman schreef hierover: 'De ware grond van den regel is niet gelegen in het getal; er is niet eene reden om aan te nemen dat één getuige minder waarheidlievend is dan twee (...).'⁶⁴ Inderdaad geeft een puur getalsmatige benadering geen garanties voor een juist oordeel. Twee getuigen kunnen, bijvoorbeeld omdat zij dat met elkaar hebben afgesproken, beiden een leugenachtige verklaring afleggen. Het is denkbaar een meer inhoudelijke invulling van de bewijsminimumregel te kiezen. Daarvoor kunnen minimaal drie varianten worden overwogen.

Bij de eerste variant wordt daadwerkelijk steunbewijs vereist: een onderdeel van de eerste bewijsgrond moet dan worden bevestigd in de tweede bewijsgrond. Modderman zag het bestaansrecht voor de bewijsminimumregel in 'de mogelijkheid van vergelijking en wederzijdsche contrôle tusschen de bewijsmiddelen'.⁶⁵ In zijn proefschrift stelt Reijntjes zich op het standpunt dat, wil de bewijsminimumregel werkelijk enig belang hebben, het noodzakelijk is de eis in te voeren dat de tweede bewijsgrond de eerste bevestigt.⁶⁶ Wellicht is dit een te strenge eis. Stel dat iemand aangifte heeft gedaan ter zake van mishandeling, terwijl het letsel uit die aangifte niet blijkt, maar wel wordt geconstateerd in een medische verklaring die is opgemaakt op de dag van de mishandeling. Moet de verdachte dan worden vrijgesproken? Dat lijkt mij een onwenselijke consequentie. Een eis van inhoudelijk verband, waarover

62 Zie uitvoerig over diverse aspecten hiervan: P.J. van Koppen e.a. (red.), *a.w.*

63 Ook Strafvordering 2001 komt tot deze conclusie. J.B.H.M. Simmelink, *a.w.*, p. 444.

64 W. Modderman, *a.w.*, p. 256.

65 W. Modderman, *a.w.*, p. 256.

66 J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 175.

ook artikel 344 lid 1, 5° Sv spreekt, lijkt mij al voldoende.⁶⁷ De inhoud van de tweede bewijsgrond moet daarbij verband houden met de inhoud van de eerste bewijsgrond.

De tweede variant stelt bij de toepassing van de bewijsminimumregel de te bewijzen gedraging centraal. Kort na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek constateerde Van Dijck in een noot dat de uitleg van de bewijsminimumregels van de Hoge Raad ertoe leidt dat zij reële betekenis missen, nu zij niet afzonderlijk op de 'eigenlijk geïncrimineerde handeling' betrekking hebben.⁶⁸ Het centraal stellen van de ten laste gelegde gedraging zou tot gevolg hebben dat heel wat zedendelicten en mishandelingen niet meer bewezen zouden kunnen worden wanneer de dader ontkent. Stel dat X aangifte doet dat Y haar in haar woning heeft mishandeld. Y ontkent dit, maar verklaart wel in de woning van X te zijn geweest ten tijde van het delict. X heeft flinke blauwe plekken, die volgens een deskundige goed kunnen zijn ontstaan doordat Y haar heeft geslagen. Naar huidig recht zouden de bewijsminimumregels niet in de weg staan aan een bewezenverklaring. Volgens de benadering vanuit de materiële gedraging zou dit wel het geval zijn: de gedraging en bovendien ook het daderschap van Y blijken slechts uit de verklaring van X. Ik vrees dat met deze interpretatie te veel schuldigen vrijuit zouden gaan en zou in dit opzicht willen vertrouwen op de waardering van het bewijsmateriaal door de rechter en op de zorgvuldige vorming van diens overtuiging.

De derde variant maakt onderscheid naar de bijzondere structuur van bepaalde delicten. De wetgever heeft gekozen voor een systeem waarbij de bewijsminimumregels voor alle delicten gelijk zijn. Dit systeem werkt onbevredigend wanneer het wordt toegepast op bepaalde typen delicten. Het volgende voorbeeld illustreert dit. Een verdachte bekent tijdens een afgeluisterd telefoongesprek een moord. Hij vertelt tegen een vriend precies hoe hij het slachtoffer om het leven heeft gebracht en dat hij twee dagen eerder in een bepaalde winkel een pistool heeft aangeschaft met het doel het slachtoffer te doden. Het lijk wordt niet gevonden. De winkelier bevestigt dat de verdachte het pistool in zijn winkel heeft gekocht. Aan de verdachte wordt moord ten laste gelegd. Deze moord kan volgens de bewijsminimumregel ook worden bewezen. De verklaring van de winkelier kan worden gebruikt voor het bewijs van het bestanddeel 'met voorbedachten rade'. Stel nu dat de officier van justitie niet moord maar doodslag ten laste gelegd zou hebben. In dat geval zou de

67 Hoewel algemeen wordt aangenomen dat artikel 344 lid 1, 5° Sv een bevestigingseis inhoudt, blijkt dit niet uit de tekst van de wet en evenmin uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie voor een geval waarin geen steunbewijs beschikbaar was maar desalniettemin werd voldaan aan de eis van artikel 344 lid 1, 5° Sv: HR 2 december 1935, *NJ* 1936, 136. Het hiervoor genoemde voorbeeld is gebaseerd op dit arrest.

68 Noot Van Dijck onder HR 14 oktober 1929, *NJ* 1929, p. 1552-1554. Zie hierover ook N. Prins, 'Het bewijsstelsel in strafzaken volgens den leer van den Hoogen Raad', *NJB* 1930, p. 41-49 en 57-65; G.E. Langemeijer, 'Bewijs in strafzaken', *NJB* 1930, p. 94-97 en J.M. Reijntjes, *a.w.*, p. 175.

verdachte moeten worden vrijgesproken. De verklaring van de winkelier zag slechts op het bestanddeel 'met voorbedachten rade' en is dus niet van belang voor het bewijs van doodslag.⁶⁹ De paradoxale situatie doet zich nu voor dat het gronddelict niet kan worden bewezen, terwijl de specialis wél kan worden bewezen. Ook bij delicten met een strafverzwarend gevolg (bijv. mishandeling de dood ten gevolge hebbend), delicten met een strafverzwarende omstandigheid (bijv. diefstal met braak) en kwaliteitsdelicten (bijv. artikel 373 Sr) kan deze paradox zich voordoen.⁷⁰ Het zou goed zijn om bij deze soorten delicten te eisen dat zowel voor het gronddelict als voor het gehele delict minimaal twee bewijsgronden beschikbaar zijn. Dat kan betekenen dat in een specifiek geval drie bewijsgronden aanwezig moeten zijn om tot een veroordeling te kunnen komen. Een verwant geval doet zich voor bij bijzondere delicten zoals verkrachting. Een rechter kan tot een bewezenverklaring van verkrachting komen wanneer het slachtoffer een aangifte doet waaruit de dwang blijkt en de dader toegeeft geslachtsgemeenschap te hebben gehad met het slachtoffer. Dat wringt, omdat voor het essentiële bestanddeel dwang slechts één bewijsgrond aangevoerd kan worden. Er zou bij dit delict voor kunnen worden gekozen om de bewijsminimumregel óók van toepassing te verklaren op het essentiële bestanddeel dwang. Ik ben daar echter geen voorstander van. Deze aanpassing zou er waarschijnlijk toe leiden dat in veel verkrachtingszaken niet meer tot een bewezenverklaring kan worden geconcludeerd. Het lijkt mij ook hier beter om te vertrouwen op de waardering van het bewijsmateriaal door de rechter en op de vorming van diens overtuiging. Overigens zou het uit wetstechnisch oogpunt haast ondoenlijk en zeker onwenselijk zijn om voor ieder delict een aparte bewijsminimumregel te formuleren.

Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat de bewijsminimumregel anders zou moeten worden ingevuld. In de eerste plaats moet worden geëist dat in een bewijsconstructie met slechts twee bewijsgronden de bewijsgronden een inhoudelijke relatie met elkaar hebben. In de tweede plaats moet bij delicten met een strafverzwarend gevolg of een strafverzwarende omstandigheid en bij kwaliteitsdelicten de eis worden ingevoerd dat de bewijsminimumregel niet alleen op de bewezenverklaring als geheel betrekking moet hebben, maar tevens op het gronddelict.

7.2 Handhaving van artikel 344 lid 2 Sv?

Voor het handhaven van de uitzondering pleiten twee hoofdargumenten: een inhoudelijk argument en een argument dat is gebaseerd op handhavingsproble-

69 Uit het enkele kopen van een wapen kan nog geen opzet op het doden van het slachtoffer worden afgeleid.

70 Hierbij moet wel worden opgemerkt dat deze (academische) gevallen zelden zullen voorkomen.

matiek. Als inhoudelijk argument wordt aangevoerd dat heterdaad-processen-verbaal van opsporingsambtenaren betrouwbaarder zijn dan andere bewijsmiddelen.⁷¹ Voor die grotere betrouwbaarheid worden in de literatuur vier verschillende redenen genoemd.⁷² Ten eerste hebben opsporingsambtenaren als taak om strafbare feiten op te sporen. Zij zullen niet geneigd zijn om valse verklaringen af te leggen, zoals gewone burgers dat wel kunnen zijn.⁷³ Ten tweede hebben opsporingsambtenaren een bepaalde opleiding genoten en zijn zij getraind in het waarnemen van strafbare feiten.⁷⁴ De vooronderstelling is derhalve dat opsporingsambtenaren betere waarnemers zijn. Ten derde leggen opsporingsambtenaren in hun processen-verbaal verklaringen af op ambtseed of ambtsbelofte. Daarmee wordt de kans vergroot dat de verklaringen naar waarheid zijn afgelegd.⁷⁵ Ten slotte zijn opsporingsambtenaren verplicht om het proces-verbaal direct na de constatering van het strafbare feit op te maken. Artikel 152 Sv bepaalt immers dat processen-verbaal van opsporing ‘ten spoedigste’ moeten worden opgemaakt. Het proces-verbaal bevat derhalve, zo stellen Blok en Besier, de ‘verschen indruk dier waarneming’.⁷⁶ Hierin kan een verschil zijn gelegen met gewone getuigen, die vaak pas op een later tijdstip worden ondervraagd en zich dan door het tijdsverloop sneller zullen vergissen.

Zijn deze redenen inderdaad steekhoudend genoeg om een grotere betrouwbaarheid aan processen-verbaal te hechten? Modderman stelt in zijn klassieker *De wettelijke bewijsleer in strafzaken* uit 1867 de vraag: ‘Heeft dan de honderdjarige ervaring geleerd dat ambtenaren altijd geloof verdienen?’ Het antwoord moet ongetwijfeld ontkennend luiden. Modderman vindt het ongerijmd dat de getuigenverklaringen van gewone burgers niet voldoende zijn als volkomen bewijs, terwijl verklaringen van opsporingsambtenaren dat wél zijn.⁷⁷ Ruim 140 jaar later is de discussie over het bestaansrecht van artikel 344 lid 2 Sv recentelijk weer aangezwengeld, door advocaat Anker.⁷⁸ Naast de redenen die zijn aangevoerd waarom ambtsedige processen-verbaal zeer betrouwbaar zouden zijn, kunnen ook redenen worden aangevoerd waarom ze niet per se betrouwbaar zijn. De belangrijkste reden is dat niemand, ook een opsporingsambtenaar niet, onfeilbaar is in zijn waarneming en in de

71 Dit argument wordt door de Hoge Raad genoemd in HR 10 februari 2004, NJ 2004, 452.

72 Wat de wetgever nu precies als reden(en) heeft gehad om aan deze processen-verbaal een grotere bewijskracht toe te kennen, is onbekend. In de parlementaire geschiedenis is over artikel 344 lid 2 Sv slechts te lezen dat het bestaande stelsel wordt gehandhaafd. *Bijlagen Handelingen II 1917/18*, 77.1, p. 61.

73 R. Feith, *Het bewijs in strafzaken* (preadvies NJV), Den Haag: Belinfante 1910, p. 91.

74 A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces. Tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1925, p. 161.

75 R. Feith, *a.w.*, p. 90.

76 A.J. Blok en L.Ch. Besier, *a.w.*, p. 161.

77 W. Modderman, *a.w.*, p. 256.

78 H. Anker, ‘Over vertrouwen in ambtsedige processen-verbaal’, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2008, p. 14-15.

herinnering daaraan.⁷⁹ De training van opsporingsambtenaren en hun mogelijke ervaring met het waarnemen van bepaalde feiten, zorgen er wellicht voor dat zij meer feiten waarnemen en dat ook nauwkeuriger doen. Uit rechtspsychologisch onderzoek is echter gebleken dat getuigen dikwijls onjuist waarnemen.⁸⁰ Het is onwaarschijnlijk dat opsporingsambtenaren *altijd* juist zullen waarnemen. Als de waarneming al juist is gedaan, wordt deze lang niet altijd naar waarheid in het proces-verbaal neergelegd. Het promotieonderzoek van Naeyé geeft fraai aan op welke manier de waarheid soms geweld wordt aangedaan door de manier waarop de waarneming van een strafbaar feit wordt gerelateerd. Bij dit onderzoek zijn twee acteurs ingezet die affiches moesten 'wildplakken'. Zij waren goed geïnstrueerd en werden op afstand in de gaten gehouden door de onderzoeker. Er was een taakverdeling afgesproken. Acteur I zou plakken en de emmer met behangplaksel ook vasthouden. Acteur II stond er slechts bij. Desondanks vermeldde het proces-verbaal in 2 van de 21 gevallen – dat is dus ongeveer 10% – uitdrukkelijk dat acteur II een emmer met behangplaksel in zijn handen had. Dat is geen onbelangrijk gegeven als we ervan uitgaan dat de rol van acteur II toentertijd als medeplichtigheid kon worden gekwalificeerd en medeplichtigheid aan dit feit niet strafbaar was, aangezien het een overtreding was.⁸¹ Dat processen-verbaal op ambtsead worden opgemaakt, is kennelijk geen garantie voor een inhoudelijk correct proces-verbaal. Dat heeft overigens ook te maken met de manier waarop het proces-verbaal totstandkomt. Niet zelden wordt het proces-verbaal pas weken na de constatering van het strafbare feit opgemaakt.⁸² Het is bovendien lang niet altijd de opsporingsambtenaar zelf die het proces-verbaal uitwerkt.⁸³ De uitwerking wordt soms overgelaten aan administratief personeel, dat volgens vaste tekstblokken het proces-verbaal vormgeeft.⁸⁴ In de uitwerking van het proces-verbaal, of dat nu door de opsporingsambtenaar zelf gebeurt of niet, worden bovendien vaak de bestanddelen van de delictsomschrijving opgenomen, waarbij het soms toch twijfelachtig is of de opsporingsambtenaar het wel echt zo heeft waargenomen. Bevat het proces-verbaal dan nog wel een weergave van het werkelijk waargenomene? Al met al blijft er weinig over van het argument dat verklaringen van opsporingsambtenaren betrouwbaarder zijn dan verklaringen van gewone getuigen.

79 Polak wijst erop dat niet *alle* opsporingsambtenaren scherper en juister zullen waarnemen, terwijl sommige burgers door hun specifieke eigenschappen juist beter zullen waarnemen: E. Polak, *a.w.*, p. 157.

80 Zie uitvoerig hierover: P.J. van Koppen e.a. (red.), *a.w.* Zie ook J. Hielkema, 'Hoe betrouwbaar is de opsporingsambtenaar als ooggetuige?', *TvP* 1991, p. 351-356.

81 J. Naeyé, *Heterdaad. Politiebevoegdheden bij ontdekking op heterdaad, in theorie en praktijk*, Arnhem/Lochem: Gouda Quint/Van den Brink 1989, p. 480-493.

82 Zie bijvoorbeeld HR 18 april 2006, *LJN* AV2365.

83 Dat was in 1867 al de praktijk: W. Modderman, *a.w.*, p. 256.

84 Zie bijvoorbeeld HR 28 september 2004, *NJ* 2004, 452.

Het handhavingsargument voor behoud van artikel 344 lid 2 Sv houdt in dat veel zaken die nu succesvol kunnen worden vervolgd, zonder deze bepaling niet bewezen zouden kunnen worden. De gevallen waarin artikel 344 lid 2 Sv wordt toegepast, zijn meestal kleine overtredingen of misdrijven die door de kantonrechter of politierechter worden berecht, zoals wildplassen of het niet-aangelijnd uitlaten van een hond. Anker noemt ook verkeersovertredingen als belangrijke categorie.⁸⁵ Alle strafbare feiten die door één enkele opsporingsambtenaar worden geconstateerd, zouden zonder extra bewijsmiddelen niet tot een veroordeling kunnen leiden wanneer de bepaling zou komen te vervallen. Preadviseur Feith stelt dat 'het eenvoudig ondoenlijk zou zijn elk der honderdduizend overtredingen, die jaarlijks door onze kantongerechten worden berecht, door twee of meer getuigen te doen constateeren'.⁸⁶ De fundamentele vraag werpt zich hier op of aan het bewijs van minder ernstige feiten minder hoge eisen mogen worden gesteld dan aan het bewijs in zaken die er echt toe doen. Mijns inziens moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. De consequentie van een veroordeling is dat de rechter de veroordeelde kan straffen. Daarvoor moet dan wel voldoende vast komen te staan dat de verdachte het ten laste gelegde feit daadwerkelijk heeft begaan. Ik zie geen reden waarom de waarheidsvinding bij minder ernstige zaken minder serieus genomen zou mogen worden. Tijdens de vergadering van de NJV van 1910 signaleerde Coninck Westerberg overigens nog een ander praktisch punt. Hij was bang dat het gezag van de politie zou verbleken wanneer processen-verbaal geen absolute bewijskracht meer zouden hebben en dat de burgers dan ongestraft overtredingen zouden kunnen begaan.⁸⁷

Het handhavingsargument weegt voor sommigen zwaarder dan het inhoudelijke tegenargument dat processen-verbaal niet altijd betrouwbaar zijn.⁸⁸ Zo schrijft Simons, nadat hij heeft betoogd dat opsporingsambtenaren niet betrouwbaarder waarnemen dan gewone burgers:

'De bijzondere bewijskracht van het verbaal schijnt mij (...) eene uitzondering die slechts als een noodzakelijk kwaad kan worden aanvaard omdat de behoefte der praktijk het gebiedend vordert.'⁸⁹

85 H. Anker, *a.w.*, p. 15.

86 R. Feith, *a.w.*, p. 92.

87 *Handelingen NJV deel II*, Den Haag: Belinfante 1910, p. 175-176.

88 Het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* gaat er overigens vrijwel zonder enig argument te noemen van uit dat bij behoud van de bewijsminimumregels 'een met art. 344, lid 2, vergelijkbare voorziening aangaande de bewijskracht van het proces-verbaal in het wetboek moet worden opgenomen'. J.B.H.M. Simmelink, *a.w.*, p. 443.

89 D. Simons, 'Een paar vragen naar aanleiding van onze wettelijke bewijsleer', *Tijdschrift voor Strafrecht* XII (1899), p. 304. Overigens stelde Simons wel beperkingen aan de gevallen waarin de uitzondering van toepassing zou mogen zijn. Naar zijn opvatting zou de volledige bewijskracht slechts mogen toekomen aan een ambtsedig proces-verbaal dat zeer kort na het gebeure is opgemaakt en dat geheel eigenhandig door de verbalisant is geschreven. Het proces-verbaal moet volgens Simons bovendien betrekking hebben op strafbare feiten

Ook Corstens is kritisch ten aanzien van de betrouwbaarheid van processen-verbaal, maar meent desondanks dat artikel 344 lid 2 Sv 'op opportuniteitsgronden' moet blijven bestaan. Zonder deze uitzondering op de bewijsminimumregel zouden heel wat wetsovertredingen onbestraft blijven.⁹⁰ Of de uitzondering inderdaad een noodzakelijk kwaad is, kan worden betwijfeld. De memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafvordering vermeldt als kenmerk van het strafproces:

'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling (...) van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen.'⁹¹

Dat lijkt mij een belangrijk uitgangspunt. In het bewijsrecht staat de materiële waarheidsvinding centraal. Als er goede redenen zijn om te twijfelen aan de algemene betrouwbaarheid van ambtsedige processen-verbaal, is dat wat mij betreft voldoende om het opportuniteitsargument opzij te zetten. Mijn conclusie is dan ook dat artikel 344 lid 2 Sv zou moeten komen te vervallen.

7.3 Handhaving van de uitbreidingen op de hoofdregel?

Ten aanzien van de uitbreidingen op de regel kan ik kort zijn. Voor zover die uitbreidingen zijn ingegeven door jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot het ondervragingsrecht, bestaat er voor de Nederlandse wetgever of rechter geen alternatief. Deze regels van de Straatsburgse jurisprudentie moeten op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet immers worden toegepast door de Nederlandse rechter. Naast dat formele argument is het ook inhoudelijk wenselijk de uitbreidingen te handhaven. Bij een vergrote kans op onbetrouwbare getuigenverklaringen, kan een extra waarborg voor de waarheidsvinding allerminst kwaad. Ook de bewijsminimumregel van artikel 344a lid 4 Sv, die eist dat een bewezenverklaring op ander materiaal is gebaseerd dan uitsluitend verklaringen van kroongetuigen, moet mijns inziens worden behouden. De kans op onbetrouwbare verklaringen is groter wanneer een getuige verklaart in ruil voor een toezegging. Het zou niet juist zijn een veroordeling op grond van slechts verklaringen van potentieel minder betrouwbare getuigen toe te laten.

waarvan de opsporing speciaal aan de verbalisant is opgedragen én voor de verstekprocedure bij de kantonrechter.

90 G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 668.

91 *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 9.

8 CONCLUSIE

Het strafrechtelijke bewijsrecht is gebaat bij een voor alle bewijsmiddelen geldende bewijsminimumregel. Het vinden van de materiële waarheid wordt bevorderd door zo'n regel. De regel kan een bijdrage leveren aan de voorkoming van veroordeling van onschuldige personen. Ik pleit er daarom voor een bewijsminimumregel te behouden, maar die wel enigszins anders in te vullen dan naar huidig recht het geval is. In het bijzonder zouden strengere eisen moeten worden gesteld aan de tweede bewijsgrond. De inhoud van die tweede bewijsgrond zou een verband moeten hebben met de inhoud van de eerste bewijsgrond, zodat de kans op betrouwbaarheid van beide bewijsgronden iets toeneemt. Hiermee wordt aangesloten bij de regeling van artikel 344 lid 1, 5° Sv. De rechter zal bij minimale bewijsconstructies moeten motiveren waarom hij meent dat dit inhoudelijke verband aanwezig is. Bij delicten met een strafverzwarend gevolg of een strafverzwarende omstandigheid en bij kwaliteitsdelicten zou de bewijsminimumregel zo moeten worden toegepast dat het gronddelict steeds wordt bewezen door minimaal twee bewijsgronden.

De uitzondering op de regel, te weten dat het bewijs mag worden aangenomen op het enkele heterdaad-proces-verbaal van een opsporingsambtaar, moet mijns inziens komen te vervallen. Er kan worden aangetoond dat opsporingsambtenaren lang niet altijd juiste waarnemingen doen en juiste waarnemingen bovendien lang niet altijd naar waarheid in hun proces-verbaal vermelden. Ten slotte ben ik van mening dat de uitbreidingen op de regel moeten worden gehandhaafd.

Hoewel bewijsminimumregels een waarborg vormen voor de waarheidsvinding, moet de betekenis ervan niet worden overschat. De waarheid zal niet gevonden kunnen worden door slechts het opleggen van een beperking aan de rechter. Wanneer bewijsminimumregels moeten worden toegepast, is er in alle gevallen weinig bewijsmateriaal voorhanden. Hoe minder bewijsmateriaal de rechter ter beschikking heeft, hoe zwaarder twee andere aspecten van de bewijsbeslissing zouden moeten wegen: de rechter moet het bewijsmateriaal zorgvuldig selecteren en waarderen⁹² en hij moet de vraag of hij overtuigd is dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, serieus nemen. Uiteindelijk moeten dat altijd de belangrijkste aspecten van de waarheidsvinding door de rechter zijn. De rechter heeft een uiterst belangrijke eigen verantwoordelijkheid voor het nemen van een juiste bewijsbeslissing. Geen bewijsminimumregel kan daaraan afbreuk doen.

92 Dat rechters dat niet altijd even goed doen, blijkt uit A. den Hartog, 'De selectie en waardering van bewijsmateriaal', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 217-230.

12 | Veelplegersoverlast en de ISD-maatregel: een gelegitimeerde waarheid(svinding)?

S. Struijk

1 DE WAARHEID IS HARD

Nu zijn clichés wel vaker juist, maar ten aanzien van de huidige Nederlandse veelplegersaanpak lijkt bovengenoemd cliché in wel zeer sterke mate te worden bevestigd. De problematiek van verslavingsgerelateerde recidive wordt onder invloed van een veranderende maatschappelijke houding niet langer als een individueel gezondheidsprobleem beschouwd, maar vooral als een ongewenste overlast voor de samenleving. Als juridische weerslag van deze op zichzelf bezien niet-strafrechtelijke wens tot overlastbestrijding,¹ is de veelplegersaanpak in de afgelopen twee decennia uitdrukkelijk onderdeel geworden van het strafrechtelijk beleid. Na een periode van voortdurende aanpassing en uitbreiding van ons sanctiestelsel, is de voorlopige climax hiervan de in 2004 ingevoerde ISD-maatregel.² In het strafproces is daarbij de nadruk in toenemende mate verschoven van de ernst van de gepleegde criminaliteit, naar het gevaar voor de maatschappelijke veiligheid dat in het verleden is uitgegaan van de overlastgevende dader, alsmede het risico dat dit gevaar zich in de toekomst zal continueren. De strafrechtelijke waarheid(svinding) is zodoende bij (de berechting van) deze daders thans op een andere grondslag gestoeld dan voorheen.³ De vooronderstellingen en bewoordingen die van regeringszijde uitgaan, tonen bovendien aan dat de veelplegerswaarheid op een harde wijze wordt gepresenteerd. Uiteraard gaan aan de tweejarige ISD-maatregel vele minder ingrijpende (buiten-)justitiële (drang)interventies vooraf, maar indien deze geen of onvoldoende effect blijken te hebben gesorteerd, wordt de veelpleger onverbiddeijk beschouwd als een persoon tegen wie de maatschappij langdurig dient te worden beveiligd. De nadruk is kortom – in ieder geval

1 Het veroorzaken van overlast is op zichzelf immers (nog) niet als delict opgenomen in het Wetboek van Strafrecht.

2 Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet (plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders), *Stb.* 2004, 351, i.w.tr. op 1 oktober 2004, *Stb.* 2004, 471.

3 Dit betreft overigens een bredere tendens in het strafrecht. Zie voor een weergave hiervan onder meer P.L. Bal, G.E. Smaers en E. Prakken (red.), *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Deventer: Kluwer 2003.

beleidsmatig – verschoven van resocialisatie van de zorgbehoevende dader naar beveiliging van de maatschappij.

Passend in het thema van onderhavige bundel, staat in deze bijdrage de onderzoeksvraag centraal of de huidige veelplegerswaarheid(svinding) is te legitimeren. Tegen deze achtergrond zal in paragraaf 4 de dwangmodaliteit van de ISD-maatregel in specifieke zin worden belicht. Een en ander zal in de paragrafen 2 en 3 worden voorafgegaan door een schets van achtereenvolgens het voormalige en het huidige veelplegersbeleid, waarbij zal worden bekeken op welke gronden de aanpak van verslavingsgerelateerde veelplegersoverlast in de loop der tijden is gestoeld. De bijdrage zal in paragraaf 5 worden afgesloten met een conclusie.

2 HET VOORMALIGE VEELPLEGERSBELEID: ONTWIKKELING VAN STRAFRECHTELIJKE DRANG EN DWANG⁴

2.1 Beleidsomslag naar strafrechtelijke drang

Eind jaren '80 van de vorige eeuw liet de grootstedelijke overlastproblematiek van een qua omvang kleine, maar hardnekkige groep justitiabele drugsverslaafden zich steeds nadrukkelijker voelen. Vanwege de onderliggende verslaving was de overheidsaanpak van deze problematiek voornamelijk gelegen op het terrein van Volksgezondheid. De verslaving als zodanig, noch de daarmee gepaard gaande maatschappelijke overlast en criminaliteit werden aldus door de overheid als een specifiek strafrechtelijk relevante waarheid gezien. Aangezien de volksgezondheidsaanpak was gestoeld op vrijwilligheid, werd deze geleidelijk als moeizaam en weinig effectief ervaren. Belangrijke oorzaak daarvoor betrof het – overigens nog altijd geldende – zorgmijdende karakter van de gemiddelde drugsverslaafde. Behandelingstrajecten konden dan ook slechts met moeite worden opgestart, waarbij deze nadien ook nog eens veelvuldig werden doorbroken als gevolg van de gepleegde criminaliteit en de daaropvolgende perioden van detentie.

Zodoende kwam de omslag naar een andere, meer strafrechtelijke aanpak op gang. Net als het gezondheidsbeleid werd echter ook het zelfstandig functionerende strafrecht als ineffectief beschouwd om de betreffende overlastproblematiek te bestrijden. Geënt op de klassiek-dogmatische notie van proportionele vergelding, kenmerkt onze wijze van sanctioneren zich immers van oudsher door een sterke nadruk op de sanctiemodaliteit van de straf, met een

4 De beperkte omvang van deze bijdrage noopt tot een summiere schets. Voor een meer uitvoerige uiteenzetting van de drang- en dwanghandhaving ten aanzien van veelplegers, zie S. Struijk, 'Rechtshandhaving en veelplegers; ontwikkeling van drang naar dwang', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving. Aspecten en actoren belicht voor het academisch onderwijs*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 345-369.

evenzo sterk daadgericht karakter. De strafrechter wordt op deze gronden geacht een zodanige (vrijheidsbenemende) straf op te leggen, dat het gepleegde delict enerzijds wordt vergolden, terwijl de zwaarte van de straf anderzijds nog wel nadrukkelijk in proportionele verhouding staat ten opzichte van de ernst van het delict en de omstandigheden van het geval. De op te leggen straf dient zodoende een strikt delictsgebonden strafrechtelijke reactie te zijn. Dit behelst niet alleen de belangrijke rechtswaarborg dat er een intrinsieke bovengrens aan de bestraffing is, maar ook de zekerheid dat deze straf wordt gevormd door een in het strafproces vastgestelde waarheid, te weten het gepleegde delict, de ernst daarvan en de mate van individuele schuld daaraan. Het was evenwel nu juist dit sanctioneringsbestel dat in toenemende mate als een strafrechtelijk handhavingstekort werd ervaren met betrekking tot verslavingsgerelateerde overlast en criminaliteit. De relatief geringe ernst van de gangbare, afzonderlijke veelplegerscriminaliteit – (winkel)diefstal, (auto-)jinbraak etc. – impliceerde namelijk dat er aan deze categorie daders ‘slechts’ straffen van geringe zwaarte konden worden opgelegd en er bijgevolg ‘slechts’ kortdurende vrijheidsbeneming kon worden gerealiseerd. Als gevolg hiervan liet de strafrechtelijke rechtshandhaving zich op dit punt kenmerken door een ineffectief ‘draaideurpatroon’, bestaande uit aanhouding van de criminele verslaafde, kortdurende detentie en wederom aanhouding, als gevolg waarvan bij deze persoon niet of nauwelijks kon worden geïnvesteerd in behandeling en gedragsverandering.

Deze bevinding leidde niet tot de aanname – dan wel acceptatie – dat het strafrecht hierdoor in de basis niet het geschikte instrument zou zijn om de verslavingsgerelateerde problematiek te bestrijden. Integendeel, de overheid ging uit van de vooronderstelling van de effectiviteit van het strafrecht, mits dit op een andere, meer persoonsgerichte wijze zou worden ingezet. Het strafrecht diende voortaan als aanvulling op de toepasbare buitenjustitiële interventies ingezet te kunnen worden. Hierbij zou het als instrument fungeren om de verslaafde recidivisten naar de zorginstanties toe te leiden en hen voor langere tijd de benodigde behandeling te bieden. De onderliggende beleidsomslag kwam er concreet in 1988 met de nota ‘Dwang en drang in de hulpverlening aan verslaafden’.⁵ Hiermee is de aanzet gegeven tot een geïntegreerde aanpak van de verslavingsproblematiek door Volksgezondheid en Justitie, met gebruik van strafrechtelijke drang. Deze omslag naar een persoonsgericht drangbeleid heeft de nadruk in de aanpak van de verslavingsproblematiek doen verschuiven naar strafrechtelijke overlastbestrijding. De naamgeving van de latere ‘Overlast nota’ op basis waarvan het strafrechtelijk drangbeleid is uitgewerkt, is wat dat betreft veelzeggend.⁶ Het omvangrijke drangbeleid zoals

5 *Kamerstukken II 1987/88*, 20 415, nrs. 1-2.

6 Nota inzake het beleid gericht op het verminderen van de door verslaafden veroorzaakte overlast (*Kamerstukken II 1993/94*, 22 684, nr. 12).

dat sindsdien is ontwikkeld,⁷ is echter niet alleen gestoeld op het doel van overlastbestrijding, maar ook op de doelstellingen van recidivevermindering en resocialisatie. Het strafrecht wordt in het drangbeleid namelijk vormgegeven op een wijze waarbij men streeft naar het in een vroegtijdig stadium en met gerichte gedragsinterventies doorbreken van het delictspatroom. Om de veelplegende justitiabele aan te zetten tot gedragsverandering, wordt hem – op grondslag van schorsing van de voorlopige hechtenis dan wel voorwaardelijke veroordeling – een keuze voorgelegd tussen detentie of behandeling. Hierbij fungeert de dreiging van vrijheidsbeneming als stok achter de deur.

Ter uitwerking van het nieuwe beleid zijn op gemeentelijk niveau verschillende drangtrajecten ontwikkeld,⁸ waarvan het Rotterdamse SOV-project een belangrijk voorbeeld is. Dit project ging in oktober 1996 als experiment van start, onwetend dat het nadien model zou staan voor verdere ontwikkeling van het veelplegersbeleid. De tweejarige duur van het traject bood de mogelijkheid om effectief te investeren in gedragsverandering en resocialisatie van langdurige, verslaafde recidivisten. Hierbij koos men bewust voor een pragmatische en pedagogische benadering in plaats van een therapeutische. Uitwerking hiervan vond plaats in de gefaseerde opbouw van het traject, waarin stapsgewijs en onder begeleiding van een vaste trajectbegeleider invulling werd gegeven aan persoonlijke groei en het toewerken naar een ander leefpatroom.

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er eind jaren tachtig niet alleen een beleidsomslag heeft plaatsgevonden waarbij het strafrecht voortaan als dranginstrument werd ingezet met als (voornaamste) doel bestrijding van de veelplegersoverlast en -recidive, maar ook dat deze inzet van het strafrecht op een meer persoonsgerichte wijze gebeurde dan de 'klassiek' daadgerichte. Het strafproces als zodanig wordt sindsdien ten aanzien van veelplegers niet meer louter bezien en gehanteerd als een reactief instrument waarmee in vergeldende zin kan worden opgetreden tegen gepleegde strafbare

7 Over het strafrechtelijk drangbeleid zijn in algemene zin vele (onderzoeks)publicaties verschenen. Zie onder meer V.C.M. van Alem e.a., *Dwang, drang en drugshulp*, Nijmegen: Bureau Bêta 1989; NeVIV, *Dwang en drang; verslag van de studieconferentie 'De grenzen van dwang en drang' 19 juni 1995*, Bunnik: Libertas 1995; T. Blom, H. de Doelder en D.J. Hessing (red.), *Naar een consistent drugsbeleid. Een congresverslag*, Deventer: Gouda Quint 1996; J. Jongerius en M. Koeter, *Drang tot verandering? Haalbaarheid en effecten van een drang- en dwangbenadering van drugverslaafden in detentie, eerste fase*, Amsterdam, Aiar-reeks nr. 3, 1997; M. Koeter, *Vroeghulp aan verslaafden. Het effect van de vroeghulp interventie-aanpak op criminele recidive en verslavingsgedrag*, Amsterdam, Aiar-reeks nr. 6, 2002.

8 Het voordeel hiervan is dat de vorm en inhoud van de drangtrajecten kan worden toegesneden op de lokale doelgroep en problematiek. Zie voor specifieke literatuur over de meest bekende projecten SOV en GAVO: K. van Duijvenbouden, 'Geïntegreerd aanpakken van verslavingsproblematiek en overlast', *Proces* 1997, p. 160-163; P. de Koning, m.m.v. bureau Intraval, *Resocialiseren onder drang; verslag van het Rotterdamse experiment met de strafrechtelijke opvang van verslaafden*, Rotterdam: EUR/Intraval 1998; C. Kelk, 'De perspectieven van de SOV', *Sancties* 1999, p. 208-216 en J. uit Beijerse, 'Eindelijk aandacht voor recidiverende drugsverslaafden? Het breekbare ideaal van de SOV', *Sancties* 1999, p. 217-226.

feiten, maar in sterkere mate ook als een (speciaal)preventief handhavingsinstrument met het oog op de strafbare feiten die naar verwachting – gebaseerd op het eerdere recidiverend gedragspatroon van de verdachte – in de toekomst zullen worden gepleegd. Zodoende wordt deze categorie daders niet meer (louter) gesanctioneerd *vanwege* het gepleegde – en als waarheid vastgestelde en in ernst beoordeelde – strafbare feit, maar veeleer *naar aanleiding van* dat gepleegde strafbare feit – en de veronderstelde ernst van de dader, gelegen in de veronderstelde toekomstige recidive.⁹ In het navolgende zal blijken op welke wijze deze omslag zich heeft doorgezet.

2.2 Beleidsomslag naar strafrechtelijke dwang

De aanvankelijk positieve geluiden vanuit zowel verslavingszorg, strafrechtspiegeling, overheid, wetenschap,¹⁰ als de verslaafde veelplegers zelf,¹¹ verstomden toen het beeld van een effectieve drangaanpak werd genuanceerd. Het drangbeleid zou voor een deel van de doelgroep niet de beoogde uitwerking hebben en de stok achter de deur zou te kort zijn om deze jarenlange, zorgmijdende verslaafden daadwerkelijk te bewegen tot gedragsverandering.¹² De praktijk wees inderdaad uit dat velen van hen alsnog het reguliere detentietraject instroomden. Justitie voelde zich in deze situatie machteloos staan, omdat zij de mogelijkheid ontbeerde om de persoon te dwingen voor het behandelingsalternatief te kiezen, evenals hem te dwingen het traject daadwerkelijk af te maken. Tegen de achtergrond van dit gebrek aan een justitiële dwangmogelijkheid, beoogde de overheid een nieuwe beleidsomslag. Het strafrecht in het algemeen en het drangbeleid in het bijzonder, zou onvoldoende (effectieve) mogelijkheden bieden tot de doorbreking van het criminele verslavingspatroon. Belangrijker nog, dit instrumentarium zou tekort schieten in de bescherming van het geprioriteerde belang van de collectieve veiligheid,

9 Dit betreft een tendens in de sanctionering, die zich breder voordoet dan enkel ten aanzien van de veelplegers. Zie hierover met name P.M. Schuyt, 'Naar een nieuw soort daderstrafrecht', *Sancties* 2003, i.h.b. p. 314; P.M. Schuyt, 'Terug naar een veiliger samenleving', in: Y. Buruma en P.C. Vegter (red.), *Terugkeer in de samenleving. Opstellen voor Jan Fiselier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 171-178, i.h.b. p. 175 en M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid. Een onderneming vol risico's* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2003, i.h.b. p. 10.

10 Eindverslag van het Drang op maat-project: S. Oosterhoff, *Drang op maat. Vijf jaar integrale aanpak justitiabele harddrugverslaafden*, Utrecht: GGZ 1998. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat door het geboden behandelingsalternatief meer mensen uit de doelgroep werden bereikt.

11 P. de Koning, *a.w.*

12 Verschillende onderzoeksresultaten hebben dit beeld nadien bevestigd. Zie C. Bröer en R. Noyon, *Over last en beleid: evaluatie Nota Overlast en vijf jaar SVO-beleid tegen overlast van harddruggebruikers*, Amsterdam: Regioplan Stad en Land 1999 en M. van Ooyen-Houben, 'De drangaanpak van criminele harddruggebruikers; een programmatheoretisch model', *JV* 2004, nr. 5, p. 49-63.

doordat het faalde in het terugdringen van de zichtbare overlast en onveiligheid die van verslaafde veelplegers uitging. Wederom leidde in de optiek van de overheid een dergelijke bevinding over de (on)mogelijkheden van de aanpak van deze brede, maatschappelijke problematiek, niet tot de stelling dat het strafrechtelijk systeem nu eenmaal zijn inherente grenzen kent en dat deze handhaving wellicht daarbuiten valt. De overheid richtte haar beleidsmatig vizier juist de tegenovergestelde kant op en meende dat er in de leemte moest worden voorzien door het drangbeleid aan te vullen met een dwangmogelijkheid van langdurige vrijheidsbeneming van verslaafden in een gesloten behandelsetting.

De 'Paarse Drugsnota' uit 1995 behelsde de aankondiging van een dergelijk juridisch novum.¹³ Zich bewust van de juridische omstredenheid hiervan,¹⁴ benadrukte de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van het in 1998 ingediende wetsvoorstel tot de Strafrechtelijke opvang van verslaafden,¹⁵ het *ultimum remedium*-karakter van het voorgestelde dwanginstrument. Het zou immers een noodzakelijke, laatste schakel vormen in een keten van (strafrechtelijke drang)interventies ter bestrijding van de verslavingsoverlast.¹⁶ De rechtvaardiging zou daarbij niet zijn gelegen in de ernst van de gepleegde delicten afzonderlijk, maar in de combinatie van de door recidive veroorzaakte ernstige maatschappelijke overlast en het belang van een zorgaanbod voor de drugsverslaafden, gericht op resocialisatie en beëindiging van de recidive.¹⁷

Zoals eerder is betoogd, wijzigde de grondslag van de veelplegerssanctionering zich aldus van vergelding voor die criminaliteit waarvan in het strafproces is vastgesteld dat zij door de dader is gepleegd, naar speciaal-preventieve gedwongen langdurige vrijheidsbeneming om ten aanzien van deze persoon te trachten toekomstige criminaliteit te voorkomen dan wel te verminderen. De legitimatie hiervan werd tweeledig voorgesteld, door middel van de twee evenredig geformuleerde hoofddoeleinden van de op 1 april 2001 in werking getreden SOV-maatregel¹⁸: het terugdringen van overlast als gevolg van verslavingscriminaliteit én het oplossen van de verslavingsproblematiek met het oog op resocialisatie en beëindiging van recidive.¹⁹ Laatstgenoemde doelstel-

13 *Kamerstukken II 1994/95*, 24 077, nr. 2-3, p. 29-30. De nota dankt de benaming aan de politieke kleur van dat kabinet, maar luidt voluit 'Het Nederlandse drugbeleid; continuïteit en verandering'.

14 Zie voor principiële kritiek vanuit de wetenschap met name P.A.M. Mevis, 'Vrijheidsbeneming ter bestrijding van overlast: inderdaad uniek drugbeleid', *Sancties* 1996, p. 208-220; T. Kooijmans, 'Strafrechtelijke opvang verslaafden', *DD* 2000, p. 593-609.

15 *Kamerstukken II 1997/98*, 26 023, nr. 1-2.

16 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 023, nr. 8, p. 1-2.

17 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 023, nr. 8, p. 1-2.

18 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Penitentiaire beginselenwet (strafrechtelijke opvang verslaafden), *Stb.* 2001, 28, i.w.tr. op 1 april 2001 (*Stb.* 2001, 158).

19 *Kamerstukken II 1997/98*, 26 023, nr. 3, p. 1.

ling werd gewaarborgd en vormgegeven in de gefaseerde en toegesneden wijze van tenuitvoerlegging, naar het model van het SOV-drangproject.

Hoewel aanvankelijk – ook door de wetgever – werd gesteld dat er slechts grond voor de SOV-maatregel zou zijn indien beide doelstellingen van overlastbestrijding en resocialisatie konden worden verwezenlijkt,²⁰ bleek deze dubbele grondslag in het latere beleid en de rechtspraak geen gevolg te krijgen. Als gevolg van het doorgaans zorgmijdende en ongemotiveerde karakter van de specifieke SOV-doelgroep, waren deze personen weinig genegen tot medewerking aan deze langdurige en op resocialisatie gerichte sanctie. De verwachting dat de legitimerende resocialisatiedoelstelling zou worden gerealiseerd, was dan ook in bijna alle gevallen op voorhand gering dan wel afwezig. In enkele concrete zaken werd de SOV-maatregel echter desondanks opgelegd aan een ongemotiveerde verdachte. Het is van essentieel belang geweest voor de verdere ontwikkeling van de veelplegershandhaving, dat de Hoge Raad de rechtsoverweging heeft uitgesproken dat de SOV-maatregel 'ook kan worden opgelegd aan de verdachte die (vooralsnog) niet bereid is te breken met zijn verslaving'.²¹ Nadien werd het vaste rechtspraak dat de motivatie van verdachte niet doorslaggevend was voor het opleggen van de SOV-maatregel, noch dat veroordeling tot deze maatregel strikt afhankelijk was van de mogelijkheid tot het realiseren van de resocialisatiedoelstelling. De SOV-maatregel werd zodoende ook gerechtvaardigd geacht louter op de grond van overlastbestrijding, in tegenstelling tot de oorspronkelijk dubbele grondslag die aan deze sanctie werd toegekend.²²

De gewenste langdurige vrijheidsbeneming (van maximaal twee jaar) werd overigens mogelijk gemaakt door de bewuste kwalificatie van de nieuwe veelplegerssanctie als een strafrechtelijke maatregel. In tegenstelling tot de straf kent de maatregel immers in beginsel geen strikte proportionaliteitsverplichting, waardoor er – volgens de Memorie van Toelichting bij de SOV-maatregel – 'geen rechtstreeks verband behoeft te bestaan tussen de ernst van de gepleegde feiten en de zwaarte van de strafrechtelijke reactie van de zijde van de overheid daarop'.²³ De relatief geringe ernst van de afzonderlijke verslavingscriminaliteit stond zodoende niet langer in de weg aan het opleggen van een sanctie van een aanzienlijke zwaarte en duur. Hoewel het juridisch-dogmatisch bezien juist moge zijn dat de straf een meer delictsgebonden reactie betreft dan de maatregel, voor welke laatste reactie het delict immers slechts

20 Zie voor een bevestiging hiervan bij monde van de toenmalige minister, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 023, nr. 5, p. 13.

21 HR 17 december 2002, *NJ* 2003, 184.

22 Zie voor een nadere (kritische) bespreking van de betreffende ontwikkeling in de SOV-rechtspraak T. Kooijmans, 'De SOV ontmaskerd', *Sancties* 2003, p. 8-15 en S. Struijk, *a.w.*

23 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 023, nr. 3, p. 4.

de aanleiding vormt,²⁴ dient de verhouding tussen de maatregel en het proportionaliteitsbeginsel mijns inziens meer genuanceerd te worden bekeken dan de wijze waarop de regering dat in de bovengenoemde Memorie heeft gedaan. Het dogmatische verschil dat op dit punt bestaat tussen straf en maatregel²⁵ mag immers niet als een soort toverformule worden gehanteerd, op grond waarvan de invoering van een nieuwe, zeer ingrijpende sanctie – zoals de SOV – bij voorbaat gelegitimeerd wordt geacht, louter omdat deze wordt ingevoerd onder de noemer van een maatregel.²⁶ In paragraaf 4 zal hier nader op worden ingegaan.

3 HET HUIDIGE VEELPLEGERSBELEID: DE ISD-MAATREGEL²⁷

Culminerend in de invoering van de SOV-maatregel, leek de ontwikkeling van het veelplegersbeleid te zijn voltooid. Het Kabinet Balkenende I was echter een andere mening toegedaan. Beïnvloed door het toenemend denken in termen van onveiligheid en het toenemend streven de risico's daartoe uit te sluiten door een preventieve inzet van het (straf)recht,²⁸ werd in 2002 een breed en integraal veiligheidsbeleid ingezet met de nota 'Naar een veiliger samenleving'.²⁹ De nota vormde niet alleen de centrale weergave van het voornemen de onveiligheid(sbeleving) terug te dringen, maar bevatte ook de

24 Zoals gesteld door D. van der Landen, *Straf en maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 4, onder verwijzing naar de opvatting terzake van W.A. Jonkers in de losbladige editie van 'Het penitentiair recht' (suppl. 3, mei 1976, p. IV-5).

25 Zie hieromtrent het drietal dissertaties van W.P.J. Pompe, *Beveiligingsmaatregelen naast straffen*, Utrecht: Dekker en Van de Vegt 1921; D. van der Landen, *a.w.*, en T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

26 M. Boone en S. Wurzer-Leenhouts merkten in dit verband terecht op 'dat het "etiket" maatregel geen vrijbrief is voor het opleggen van instrumenteel gerichte sancties'. Zie M. Boone en S. Wurzer-Leenhouts, 'Het voorontwerp tot invoering van de strafrechtelijke opvang verslaafden', *Sancties* 1997, p. 167-173, i.h.b. p. 172.

27 Ook op deze plaats dwingt de omvang van de bijdrage tot een korte schets. Voor een nadere uiteenzetting van de ISD-maatregel en het huidige veelplegersbeleid, zie S. Struijk, 'De nieuwe ISD-maatregel. Een kritische verkenning van wetgeving en praktijk', *Proces* 2005, p. 48-57; S. Struijk, 'Het eerste bestaansjaar van de ISD-maatregel bekeken, een gretig gebruik door de rechterlijke macht of een zekere terughoudendheid?', *DD* 2005, p. 933-952; S. Struijk, 'Het veelplegersbeleid van Donner: spagaat tussen beveiliging en resocialisatie', *Proces* 2007, p. 106-116; S. Struijk, *Rechtshandhaving en veelplegers, a.w.*; M.J. Borgers, 'De ISD-maatregel in handen van de rechterlijke macht', *DD* 2005, p. 467-489; D.H. van Ekelenburg, 'De ISD-maatregel: het gelijk van sceptici?', *Sancties* 2005, p. 147-156.

28 Deze tendens wordt veelal aangeduid met de term 'risicojustitie'. Zie meer specifiek hieromtrent de bijdrage van M.A.H. van der Woude in onderhavige bundel. Verder zij met name verwezen naar M. Moerings, *a.w.* en M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

29 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 1.

concrete doelstelling om de criminaliteit en overlast in de openbare ruimte met 20 tot 25% te reduceren.³⁰ Ter verwezenlijking hiervan werden aparte dadercategorieën benoemd, met voorts per categorie een algemene inschatting van het gevaar dat zij vormde voor de maatschappelijke veiligheid en een daarop afgestemde specifieke wijze van handhaving. Sterker dan voorheen ademde dit zeer instrumentele beleid een sfeer uit van preventieve onschadelijkmaking van overlastveroorzakers, om de samenleving zodoende in ieder geval tijdelijk tegen deze personen te beschermen.³¹ Als belangrijk onderdeel hiervan stond het kabinet een geïntensiveerde aanpak van de veelplegers voor. Deze groep van recidiverende en overlastveroorzakende daders zou immers het sterkst en het zichtbaarst bijdragen aan de onveiligheid en diende dan ook met hoge prioriteit te worden aangepakt.

De intensiteit van het nadien ingezette veelplegersbeleid³² werd gezocht in versterking van de persoonsgerichte aanpak en in verbetering van de geïntegreerde samenwerking tussen alle relevante ketenpartners. Het zwaartepunt lag echter bij de wens van het kabinet tot verruiming van de strafrechtelijke dwanginterventie. De kort tevoren ontwikkelde SOV-maatregel werd namelijk als te strikt ervaren om de samenleving daadwerkelijk effectief te beschermen tegen de stelselmatige overlast en criminaliteit van veelplegers. Knelpunt betrof volgens het kabinet de experimentele, niet-landelijke opzet van deze maatregel, evenals de specifieke doelgroep ervan. Door zich uitsluitend te richten op de mannelijke, aan harddrugs verslaafde veelplegers, bleven overige categorieën veelplegers buiten het bereik van de langdurige vrijheidsbeneming. Het feit dat de dwanginterventie hierdoor niet overal en op iedere veelpleger van toepassing was, stond in de weg aan maximale werking ervan; terwijl het overlast- en recidivegevaar dat van deze categorie daders zou uitgaan in algemene zin nu juist als zeer hoog werd geschat. Net als bij de invoering van de SOV-maatregel destijds, leidde deze bevinding van disfunctionaliteit bij de regering niet tot een discussie over de plaats en functie van de veelplegersaanpak binnen het strafrechtelijk (sanctionerings)systeem, maar tot een instrumentele uitbreiding van dat systeem. De grondslag hiervoor was de redenering dat eerst indien de dwangmodaliteit een breder en landelijk toepassingsbereik zou hebben, de samenleving effectief zou kunnen worden beveiligd.³³ De

30 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 1, p. 4 en 7.

31 H.G. van de Bunt en R. van Swaaningen spreken van 'verbanning', in: 'Van criminaliteitsbestrijding naar angstmanagement', in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 663-675.

32 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 10. Ook: *Beleidskader Plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004 en *Plan van Aanpak Veelplegers. Tweede helft 2006-2008*, Landelijke Werkgroep Veelplegers, 2006.

33 De heersende gedachte omtrent de verwezenlijking van het doel van maatschappelijke veiligheid door de inzet van het strafrecht als instrument, wordt door Boutellier geplaatst in het kader van 'de utopische posities van het strafrecht en de constatering dat de verwachtingen ten aanzien van het strafrecht zijn verschoven naar een als urgent ervaren instituut'.

concrete gevolgtrekking hiervan betreft de op 1 oktober 2004 in werking getreden maatregel tot plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD).³⁴ De SOV-maatregel werd na een kortdurend bestaan en zonder te zijn geëvalueerd,³⁵ in de nieuwe sanctie geïncorporeerd.

3.1 Functionele omzetting van SOV naar ISD: vergroting toepassingsbereik

Zoals gezegd diende de functionele omzetting van de SOV-maatregel in de huidige ISD-maatregel ertoe het toepassingsbereik van de dwangmodaliteit te vergroten. Op formeelrechtelijk terrein heeft zich dat vertaald in de verruiming die heeft plaatsgevonden met betrekking tot de artikelen 67 en 67a Sv, waardoor dit stelsel met betrekking tot de delicten zaaksbeschadiging, eenvoudige mishandeling en bedreiging niet langer in de weg staat aan voorlopige hechtenis van de veelpleger.³⁶ Zodoende vormt ook de voorwaarde van artikel 38m lid 1, onder 1 Sr geen obstakel meer en zijn genoemde delicten onder het toepassingsbereik van de ISD-maatregel gebracht. Voorts kan de ISD-maatregel thans opgelegd worden aan zowel mannelijke als vrouwelijke veelplegers, die al dan niet (drugs)verslaafd zijn en die al dan niet te kampen hebben met een psychische stoornis. De uitwerking van dit ruime toepassingsbereik is gelegen in de heterogene, neutrale benaming van ‘stelselmatige dader’, alsook in het gewijzigde artikel 38m Sr, waarin de eerder geldende verslavingsvoorwaarde is vervallen.

Overigens geldt nog wel steeds dezelfde recidivevoorwaarde, dat de verdachte in de vijf jaar voorafgaand aan het gepleegde delict ten minste driemaal onherroepelijk dient te zijn veroordeeld tot een vrijheidsontnemende dan wel -beperkende sanctie, alsmede dat er ernstig rekening moet worden gehouden met toekomstige recidive. In deze voorwaarde ligt een tweeledige waarheid verscholen. Enerzijds behelst de voorwaarde een retrospectieve waarheid van strafprocessueel vastgestelde recidive, welke vanzelfsprekend en legitiem is omdat de ISD-maatregel – net als eerder de SOV-maatregel – is gegrond op de ernstige maatschappelijke overlast die de recidivist in het verleden heeft veroorzaakt. Anderzijds maakt bovenstaande voorwaarde

De auteur spreekt van ‘de strafrechtelijke paradox’, dat aan het strafrecht een veiligheidverschaffende betekenis wordt toegekend die het in feite steeds minder kan waarmaken. H. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaden en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 121.

34 Zie noot 2.

35 Nadien is zowel de procesevaluatie als de effectevaluatie van de SOV-maatregel verschenen. Respectievelijk H. van ‘t Land e.a., *Opgevangen onder dwang. Procesevaluatie strafrechtelijke opvang verslaafden*, Trimbos Instituut, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2005 en M.W.J. Koeter en M. Bakker, *Effectevaluatie van de Strafrechtelijke Opvang Verslaafden (SOV)*, AIAR, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2007.

36 Artikel II, onderdelen A en B van de ISD-wet, *Stb.* 2004, 351.

duidelijk dat een veroordeling tot de ISD-maatregel nadrukkelijk dient te zijn gegrond op de mate waarin te verwachten is dat de verdachte in de toekomst zal recidiveren en wederom voor overlast zal zorgen. Hoewel passend binnen de speciaal-preventieve, toekomstgerichte grondslag van deze sanctie, is deze prospectieve 'waarheid' uiteraard met veel minder zekerheid vast te stellen dan wanneer de blik op het verleden is gericht. Het betreft in feite niets meer dan een (risico)schatting. Deze geschiedt in het vooronderzoek door de reclasering met behulp van het instrument RISc (Recidive Inschattingsschalen). In het navolgende zal nader worden stilgestaan bij dit instrument en de legitimatie hiervan.

Uit het bovenstaande volgt dat de wetgever een zo breed mogelijk ISD-kader voorstaat. Om pragmatische redenen is de uitvoering ervan evenwel een stuk beperkter. De voltallige groep recidivisten die voldoet aan de door artikel 38m lid 1 Sr gestelde voorwaarden, beslaat namelijk 19.000 personen en is daarmee dusdanig groot dat de beschikbare detentiecapaciteit³⁷ niet voldoende is voor naleving van het brede toepassingskader. Het ISD-beleid richt zich dan ook op slechts een deel van hen, te weten de in omvang veel kleinere groep zeer actieve veelplegers, die in het recente verleden het meest frequent delicten heeft gepleegd.³⁸ De landelijk gehanteerde definitie van een dergelijke zeer actieve veelpleger ('een persoon met meer dan tien processen-verbaal wegens een misdrijf over een periode van 5 jaar, waarvan ten minste één in het peiljaar') is voorts het uitgangspunt voor het vorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie, zoals dat is geënt op de Richtlijn voor strafvordering bij meerderjarige zeer actieve veelplegers (w.o. vordering maatregel ISD).³⁹

3.2 Functionele omzetting van SOV naar ISD: beveiliging

De omzetting van SOV in ISD kenmerkt zich naast de verruiming in aard en doelgroep, door een versteviging van het beveiligingskarakter. Nog sterker dan voorheen is de huidige maatregel namelijk gericht op het langdurig detineren van veelplegers, opdat hen het plegen van delicten feitelijk onmogelijk wordt gemaakt. Dit karakter is ook onomwonden in de wet neergelegd, als zijnde de primaire doeleinden van beveiliging en overlastbestrijding door recidivebeëindiging (artikel 38m lid 2 Sr). Waar het beveiligingsdoel bij de SOV-maatregel nog nadrukkelijk evenredig werd gesteld aan het doeleinde

37 Op gefaseerde wijze zal een ISD-capaciteit gerealiseerd worden van uiteindelijk 1000 plaatsen. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 980, nr. 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 980, nr. 5, p. 14.

38 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 980, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 10, p. 7.

39 De oorspronkelijke richtlijn uit 2004 is inmiddels opgevolgd door een nieuwe, welke op 1 februari 2008 in werking is getreden. *Stcrt.* 28 januari 2008, nr. 19, p. 36.

van resocialisatie,⁴⁰ is dat thans niet meer het geval. De ISD-maatregel strekt niet primair, maar slechts subsidiair tot resocialisatie (artikel 38m lid 3 Sr). Bij deze wettelijke opdracht tot een oplossingsgerichte bijdrage aan de (verslavings)problematiek van de verdachte, ontbreken bovendien de kenmerkende woorden 'ten behoeve van zijn terugkeer in de maatschappij'.

Het karakter van de ISD als beveiligingsmaatregel *pur sang*, waarbij de resocialisatie niet meer als legitimerend hoofddoel wordt gesteld maar als ondergeschikt aan het dominerende beveiligingsdoel, is voorts duidelijk terug te zien in het landelijke beleid en de onderliggende financiële begroting. Hierbij neemt men namelijk een zeer sobere wijze van tenuitvoerlegging als uitgangspunt, waarbij een traject met intensieve interventies pas dan plaatsvindt indien 'daarvoor bij betrokkene een duidelijk aanknopingspunt is'.⁴¹ Dit aanknopingspunt betreft de motivatie en ontvankelijkheid van de betreffende persoon en daarmee de te verwachten mate waarin de interventies succesvol bij hem zullen zijn. Slechts indien deze mate voldoende aanwezig wordt geacht, wordt er ten aanzien van de persoon geïnvesteerd in behandeling en resocialisatie.

Zodoende zijn ook de beslissingen die in de tenuitvoerleggingsfase worden genomen over de mate waarin bij de delinquent wordt geïnvesteerd in behandeling en resocialisatie, beleidsmatig gefundeerd op verwachtingen en schattingen omtrent het te behalen resultaat. Aan de hand van de uitkomst van het eerder genoemde RISc-instrument maakt het ISD-beleid voor wat betreft de inhoud en vormgeving van de tenuitvoerlegging een selectie tussen zogeheten kansrijke en kansarme veelplegers. Het feit dat de kansarme veelpleger in dat beleid voorop wordt gesteld, laat eens te meer zien dat bij de ISD-maatregel het belang van beveiliging door langdurige opsluiting lijkt te prevaleren boven het resocialisatiebelang.

4 LEGITIMATIE VAN DE ISD-MAATREGEL TEGEN DE ACHTERGROND VAN WAARHEID(SVINDING)

In het voorgaande is beknopt weergegeven hoe het veelplegersbeleid zich de laatste twee decennia heeft ontwikkeld. Concluderend kan daarbij worden gesteld dat het een ontwikkeling betreft waarbij het strafrecht in toenemende mate als (dwang)handhavingsinstrument wordt ingezet ter (tijdelijke) bestrijding van veelplegerscriminaliteit en -overlast. Deze inzet van het strafrecht geschiedt op een meer persoonsgerichte wijze dan de 'klassiek' daadgerichte en is nadrukkelijk meer speciaal-preventief van aard dan gericht op vergelding. Voorts kan de ontwikkeling worden gekenschetst als een verschuiving in beleidsnadruk van resocialisatie naar beveiliging. Tot slot is gebleken dat niet

40 Al kwam dat – zoals eerder is gebleken – in de rechtspraak gaandeweg niet meer als zodanig tot uitdrukking.

41 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 980, nr. 3, p. 4.

alleen de veroordeling tot de ISD-maatregel gegrond is op de te verwachten toekomstige recidive en overlast – en daarmee een geschatte waarheid behelzende – maar dat ook de tenuitvoerlegging van deze ingrijpende sanctie gefundeerd is op een schatting, te weten de mate waarin de (gedrags)interventies bij de delinquent succesvol zullen zijn.

De juridisch voor de hand liggende vraag dringt zich daarbij op of en zo ja, in hoeverre, de huidige ISD-maatregel is te legitimeren, alsmede de daaraan ten grondslag liggende prospectieve en op maatschappijbeveiliging gerichte waarheid. In het licht van (onder meer) belangrijke rechtswaarborgen als subsidiariteit en proportionaliteit, zal dit legitimatievraagstuk in het onderstaande worden besproken.

4.1 Subsidiariteit: ISD als ultimum remedium?

Na enige discussie in de wetenschap,⁴² zijn er inmiddels algemeen aanvaarde onderzoekscijfers over de werkelijke veelplegerscriminaliteit.⁴³ Deze cijfers tonen aan dat er een overduidelijk scheve verhouding bestaat tussen enerzijds de relatief beperkte omvang van deze groep justitiabelen en anderzijds haar onevenredig grote criminaliteitsaandeel. Binnen de totale groep van meerderjarige veelplegers, is het recidivebeeld het meest problematisch bij de 6000 zeer actieve veelplegers, die slechts 1% uitmaken van de totale daderpopulatie maar verantwoordelijk zijn voor 11% van de geregistreerde criminaliteit. De oververtegenwoordiging van deze delinquenten wordt voorts nog sterker naarmate men de gepleegde criminaliteit uitsplitst naar geografische spreiding (de grote steden) en naar aard (de categorie vermogensdelicten). Aangevuld met de wetenschap dat tweederde van de groep zeer actieve veelplegers verslavingsproblemen kent en ruim een derde van hen (tevens) psychische problemen,⁴⁴ levert dit alles een beeld op van een nijpende en complexe problematiek. Het betreft een categorie delinquenten die zich door allerlei psychosociale oorzaken niet of nauwelijks zelfstandig in de samenleving staande kan houden en haar toevlucht zoekt tot criminaliteit.

42 Deze discussie betrof voornamelijk het gebruik van definities van de term veelpleger. Zie hiervoor C.E. van Dullemen, 'Veiligheid in perspectief', *Trema* 2002, p. 46-50; M. Grapendaal en W. van Tilburg, 'Veelplegers in Nederland', *TvCr* 2002, p. 214-230; R. Meijer e.a., 'Discussie: elf procent verdachten verantwoordelijk voor 20 of 60 procent van de criminaliteit?', *TvCr* 2002, p. 282-284; H. Ferwerda e.a., 'Veelplegers', *TvCr* 2003, p. 110-118; H. Elffers, 'Veelplegers of vaakplegers?', *TvCr* 2003, p. 119-126.

43 F.A. Boerman (e.a.), *Landelijke criminaliteitskaart 1999; Aangifte- en verdachtenanalyse op basis van HKS-gegevens*, Woerden/Zoetermeer: ABRIO/KLPD 2002; B.S.J. Wartna en N. Tollenaar, *Bekenden van justitie. Een verkennend onderzoek naar de 'veelplegers' in de populatie van vervolgte daders*, Meppel [etc.]: Boom Juridische uitgevers [etc.] 2004.

44 N. Tollenaar e.a., *Monitor veelplegers*, Den Haag: WODC 2007.

Voorts kan – deels op basis van de hardnekkige recidive – worden geconstateerd dat voor sommige veelplegers noch de buitenjustitiële interventies noch de strafrechtelijke drangmodaliteiten afdoende zijn om de vicieuze (verslavings- en criminaliteits)cirkel te doorbreken. Grotendeels komt dat door motivatiebeperkingen vanuit deze groep zorgbehoevende maar tegelijkertijd zorgmijdende, daders zelf. Anderzijds is een andere belangrijke oorzaak gelegen in het feit dat de reguliere ggz-instanties onvoldoende zijn toegerust voor de opvang van dergelijke criminele zorgbehoevenden. Het bestuurlijk-juridisch instrumentarium van de Wet BOPZ biedt bovendien weinig armslag om de veelplegers gedwongen op te nemen, laat staan om ze gedwongen te behandelen. Al met al zijn zowel de mogelijkheden als de bereidheid tot maatschappelijke opvang van de recidivisten gering.⁴⁵

Dat er derhalve beleid is ontwikkeld waarbij deze dadercategorie op een andere – meer gedwongen en langdurige – manier bij de hand werd genomen, is vanuit pragmatisch oogpunt te begrijpen. Dit biedt immers als laatste redmiddel de mogelijkheid om de samenleving alsnog te beschermen en de veelplegers alsnog een zorgaanbod te doen, zij het in penitentiaire setting. In deze beschouwing van de ISD-maatregel als een 'laatste redmiddel' – oftewel een *ultimum remedium* – is een belangrijke legitimatie gelegen. Een dergelijke beschouwing duidt namelijk op een afweging van subsidiariteit. Het zeer ingrijpende dwanginstrument ISD is geen vervanging van alle andere handhavingsmodaliteiten, maar een laatste aanvulling daarop. De ISD-maatregel komt dan ook pas in beeld, nadat vele minder ingrijpende (strafrechtelijke) interventies zijn toegepast, die allen niet of onvoldoende gedragsverandering en recidivevermindering tot effect hebben gehad. Indien het veelplegersbeleid daadwerkelijk langs deze *ultimum remedium*-redenering wordt ingezet, kan de sanctie op grondslag van het subsidiariteitsbeginsel worden gelegitimeerd. In dat verband is het verheugend te constateren dat de rechterlijke macht dit beginsel strikt meeneemt in haar belangenafweging. Uit de rechtspraak blijkt dat de ISD-maatregel daadwerkelijk slechts dan wordt opgelegd indien het als laatste redmiddel en bovendien als meest passende sanctie voor de verdachte wordt beschouwd.⁴⁶ Overigens laat zich door deze rechterlijke afweging wellicht de huidige onderbezetting in de ISD-inrichtingen verklaren.⁴⁷

45 In 2006 zijn de G4 en het Rijk een ambitieus plan gestart voor de maatschappelijke opvang. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 325, nr. 8. Bovendien is thans een wetsevaluatie gaande van de BOPZ.

46 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 15 september 2006, *LJN* AZ0465, Rb. Zutphen 3 augustus 2007, *LJN* BB0905 en Rb. 's-Hertogenbosch 10 oktober 2007, *NbSr* 2007, 469. Bovendien wordt de ISD-maatregel in toenemende mate in voorwaardelijke zin opgelegd; zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 13 december 2006, *LJN* AZ4220 en Rb. Roermond 23 november 2007, *LJN* BB8826.

47 In juli 2006 waren 438 ISD-plaatsen bezet. Op de toenmalige totale capaciteit van 844 plaatsen, was dat een bezetting van slechts 52%. Zie S. Biesma e.a., *ISD en SOV vergeleken*, Groningen-Rotterdam: Intraval 2006.

4.2 Proportionaliteit: behandeling evenredig aan beveiliging?

Als gezegd werd er in de parlementaire behandeling van de SOV-maatregel – maar ook in die van de ISD-maatregel – op nogal luchtige wijze over het proportionaliteitsbeginsel heengestapt. Mijs inziens doet dat geen recht aan de belangrijke waarborgfunctie van genoemd beginsel. Het verband tussen de ernst van het gepleegde feit en de zwaarte van de strafrechtelijke reactie mag dan weliswaar bij een maatregel als een minder rechtstreeks vereiste worden gesteld dan bij een straf, enig verband dient er hoe dan ook te bestaan. Noch de vrijheidsbeneming, noch de duur ervan kan immers op voorhand gelegitimeerd worden geacht, louter omdat het de juridisch-dogmatische kwalificatie van een maatregel draagt. Er kan daarom worden gesteld dat binnen de strafrechtshandhaving en dus ook bij de inzet van een strafrechtelijke maatregel, altijd een bepaalde mate van proportionaliteit is vereist, als een inherente rechtswaiborg tegen oneigenlijk gebruik van vrijheidsbeneming. Op die manier kan worden gewaarborgd dat het materiële strafrecht op de juiste wijze wordt verwezenlijkt, hetgeen dikwijls in abstracte zin wordt aangemerkt als de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht.⁴⁸

Ter legitimatie van de ISD-maatregel dient er in de concrete belangenafweging dan ook wel degelijk oog te bestaan voor de proportionaliteit. Op dit punt laat de rechtspraak een tweeledig beeld zien. Enerzijds beschouwt de rechterlijke macht de lange duur van de ISD-maatregel als een gegeven dat intrinsiek is verbonden met de wettelijke regeling.⁴⁹ Bovendien beslist zij bij veroordeling tot de ISD-maatregel slechts zelden tot aftrek van de tijd die is doorgebracht in voorarrest. De rechterlijke macht laat zich bij deze beslissing dus niet weerhouden door afwegingen van proportionaliteit. Dit is bevestigd in een uitspraak van de Hoge Raad, waarin onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis het oordeel van het Hof 'om geen rekening te houden met de in voorafgaande detentie doorgebrachte tijd teneinde de behandelmogelijkheden niet te doorkruisen', juist wordt geacht.⁵⁰ Anderzijds is het nu precies laatstgenoemde argumentatie die het ogenschijnlijk disproportionele karakter van de ISD-maatregel kan legitimeren. Uit de rechtspraak blijkt namelijk – zoals ook gememoreerd door de Hoge Raad – dat de beslissing om geen aftrek te laten plaatsvinden veelal is ingegeven door het argument van behandeling. De betreffende standaardmotivering luidt dat het van groot belang wordt

48 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 11; J. Crijns en P. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R. Haveman en H. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69.

49 Zo wordt het verweer dat de tweejarige duur van de sanctie disproportioneel zou zijn, verworpen met het argument dat een oordeel over de innerlijke waarde van de ISD-wet is voorbehouden aan de wetgever zelf en niet aan de rechter. Zie Hof Leeuwarden 6 juni 2006, L/JN AY0322.

50 HR 6 maart 2007, L/JN AZ7777.

geacht dat ‘voldoende tijd wordt genomen om de ISD-maatregel ten uitvoer te leggen’.⁵¹ Het behandelingsargument wordt hierbij evenredig gesteld aan het argument van maatschappijbeveiliging.

Voorts ziet de rechterlijke macht in de lange duur van de vrijheidsbeneming vaak aanleiding tot het *ambtshalve* bepalen van de termijn voor een tussentijdse beoordeling (artikel 38s Sr). Bij de vele beslissingen die zich inmiddels in dit kader hebben voorgedaan, is het opvallend dat de rechterlijke macht veel waarde hecht aan de inhoudelijke uitvoering van de ISD-maatregel en de voortgang van het behandelplan. Ter beoordeling van de centrale vraag of voortzetting van de tenuitvoerlegging van de maatregel noodzakelijk is, maakt zij een zeer gedegen afweging tussen het maatschappelijke beveiligingsbelang en de individuele belangen van de ISD-veroordeelde. Hoewel het beveiligingsbelang in veel gevallen prevaleert,⁵² zijn er ook pregnante voorbeelden waarbij de ISD-maatregel voortijdig is beëindigd.⁵³ De daarbij doorslaggevende individuele belangen waren gelegen in de (ernstige) psychiatrische problematiek van de ISD-veroordeelde, dan wel in gebreken in de uitvoering van het behandelplan die voortkwamen uit een omstandigheid buiten de macht van de persoon om.

De rechtspraak drukt zodoende een belangrijke stempel op de mate waarin de langdurige ISD-vrijheidsbeneming *in concreto* als legitiem kan worden ervaren. Enerzijds wordt de ISD-maatregel veelvuldig opgelegd en gaat de rechterlijke macht zodoende akkoord met de onzekere – want toekomstige – recidivewaarheid waarop de veroordeling is gegrond, maar anderzijds blijkt deze waarheid en de opgelegde sanctie soms tussentijds te worden bijgesteld vanuit het individuele belang van de veroordeelde. Deze actieve en zelfstandige houding van de strafrechter is zeer toe te juichen, nu daarin een belangrijke waarborg is gelegen voor ‘het welslagen van het streven naar de materiële waarheid’.⁵⁴ Voorts is de constatering geruststellend dat in de rechtspraak het maatschappelijke beveiligingsbelang niet op voorhand doorslaggevend is, maar wordt afgewogen tegen het kennelijk daaraan evenredig geachte individuele belang.

51 Zie Rb Assen 19 januari 2007, *LJN AZ6962*.

52 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 20 maart 2006, *LJN AV6348* (waarin bedoeld Hof het thans geldend toetsingskader heeft ontwikkeld) en Hof Arnhem 5 februari 2007, *LJN AZ7820*.

53 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 3 mei 2006, *LJN AW8982*; Rb. Rotterdam 2 juni 2006, *Sancties 2006/27*, m.nt. S. Struijk; Rb. Amsterdam 16 juni 2006, *LJN AY5607*; Rb. Amsterdam 16 juni 2006, *LJN AY5613*; Hof ‘s-Gravenhage 13 oktober 2006, *LJN AZ0078* en Rb. ‘s-Hertogenbosch 15 augustus 2007, *LJN BB2448*.

54 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 49.

4.3 Karakter strafrechtelijke beveiligingsmaatregel: dubbeldoelstelling

Op meer fundamenteel-juridisch niveau kan voor wat betreft de verhouding tussen de doeleinden van beveiliging en behandeling verwezen worden naar het karakter van de strafrechtelijke beveiligingsmaatregel.⁵⁵ Grondslag en doelstelling van de speciaal-preventieve beveiligingsmaatregel is de beveiliging van de maatschappij. Deze noodzakelijk geachte beveiliging wordt daarbij van oudsher gezocht langs de weg van verbetering dan wel die van onschadelijkmaking. Wanneer men het adagium hanteert dat verbetering het ideale middel is tot maatschappijbeveiliging – zoals onder andere Modderman reeds voorstond⁵⁶ – kan worden gesteld dat de beveiligingsmaatregel een dubbeldoelstelling kent van beveiliging en behandeling. Zo wordt de meest bekende beveiligingsmaatregel van ons sanctiestelsel, de TBS-maatregel, gelegitimeerd door zowel de beveiliging van de samenleving als de behandeling van de dader. De beveiligingsgrondslag is daarbij op korte termijn gelegen in de vrijheidsbeneming en op lange termijn in de behandeling. Hoe simpel dit wellicht in theorie moge lijken, in de praktijk is het een stuk minder helder. Men heeft in dat verband dan ook treffend opgemerkt dat de dubbeldoelstelling moeilijk te onderscheiden is van een ‘dubbelzinnige doelstelling’.⁵⁷

Bovengenoemde dubbeldoelstelling lag ook ten grondslag aan de voor-malige SOV-maatregel. Aan de ene kant betekende de invoering van deze nieuwe beveiligingsmaatregel een kentering, waarbij veelplegers voortaan werden beschouwd als een gevaar voor de samenleving waartegen beveiliging vereist is. Op korte termijn was deze beveiliging gelegen in de vrijheidsbeneming. Maar aan de andere kant kende de SOV-maatregel nadrukkelijk ook een lange termijnperspectief, waarbij de beveiliging op lange termijn kon worden gerealiseerd door de oplossingsgerichte invulling van de vrijheidsbeneming.

Bij de ISD-maatregel is de idee van een dubbeldoelstelling echter verhold, zo dan niet geheel verlaten. De wetgever heeft bij deze sanctie de beveiliging nadrukkelijk als primair doel verwoord, waaraan de doeleinden van behandeling en een oplossingsgerichte bijdrage niet meer evenredig, maar ondergeschikt worden gesteld. Bovendien heeft het beleid voor wat betreft het beveiligingsdoel voornamelijk overlastbestrijding door middel van opsluiting voor ogen. Kortom, een insteek op de korte termijn. Desondanks zou men tevens een lange termijnperspectief in de wet kunnen lezen. In artikel 38m lid 2 Sr staat namelijk het eveneens primair gestelde doel van recidivebeëindi-

55 Op deze plaats kan de beveiligingsmaatregel slechts globaal worden belicht. Zie uitvoeriger W.P.J. Pompe, *a.w.*

56 W. Pompe ‘De ontwikkeling van het strafrechterlijk aspect in de laatste 50 jaar’, *Vergadering Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap op zaterdag 16 februari 1957 te Amsterdam*, Amsterdam: Van Rossen 1957, p. 11.

57 M.J.F. van der Wolf, ‘Op het tweede gezicht: de tbs onder Donner en de parlementaire onderzoekscommissie’, *Proces* 2007, p. 98-105.

ging. Om nu de recidive niet slechts voor twee jaar door opsluiting te beëindigen, maar ook op lange termijn, is een invulling van de vrijheidsbeneming vereist waarbij een behandelingstraject wordt uitgezet. Op de lange termijn is zo gezien wel degelijk een behandeling vereist, waardoor de dubbeldoelstelling bij de ISD-maatregel zou zijn gehandhaafd. In de wet wordt echter niet nader omschreven wat onder deze doelstelling van recidivebeëindiging moet worden verstaan en op beleidsniveau heeft de uitwerking hiervan nadrukkelijk niet de kenmerken van bovenbesproken lange termijn-doelstelling. Zoals eerder is besproken, is het beleidsuitgangspunt namelijk de kansarme veelpleger, voor wie de vrijheidsbeneming plaatsvindt in een sober regime. Met dit uitgangspunt kan men niet veel meer beogen dan een kortstondige beëindiging van recidive gedurende de termijn van detentie. De ruimte die het beleid daarnaast biedt voor investering in een lange termijnresultaat, is slechts bestemd voor de groep kansrijke veelplegers.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het beveiligingsdoeleinde bij de ISD-maatregel zeer dominant is en dat het, samen met het andere, primaire doel – de recidivebeëindiging – gezien wordt vanuit een korte termijnperspectief. Dit zet de deur open voor een discutabele legitimatie van de ISD-maatregel louter op grondslag van beveiliging en recidivebeëindiging op korte termijn, zonder de legitimerende werking van de besproken dubbeldoelstelling. Een en ander legt een zware druk op de strafrechter die bij de afweging *in concreto* des te voorzichtiger de balans moet bewaken tussen de veiligheid van de maatschappij en de vrijheid van het individu. Zeker nu, zoals al eerder is betoogd, de veroordeling tot deze ingrijpende sanctie in belangrijke mate gegrond zal zijn op een onzekere schatting omtrent de toekomstige recidive van de betreffende persoon.

4.4 Problematische ISD-waarheid(svinding): selectief en prospectief

Voortbordurend op de afsluitende opmerking van de voorgaande alinea, schuilt er achter de problematische constatering dat de ISD-waarheid een schatting betreft van een toekomstig overlast- en recidivegevaar, de bijkomende problematiek van de wijze waarop deze schatting in het strafproces geschiedt.⁵⁸ In het onderstaande zal worden betoogd dat de geschatte ISD-waarheid niet alleen selectief van aard is, maar bovendien wordt gefundeerd op een vooralsnog omstreden instrument waarvan de ontwikkeling nog in de kinderschoenen staat.

58 Breder – en wellicht fundamenteeler – speelt uiteraard de problematiek van de belangrijke positie die een dergelijke risicovoorspelling tegenwoordig inneemt in het strafrecht. Als gezegd is deze specifieke bijdrage over het veelplegersbeleid niet de plaats om daar nader op in te gaan. Hiervoor zij onder meer verwezen naar de literatuur genoemd in noot 29.

In de uitvoering van het ISD-beleid vindt voortdurend een selectie plaats. Dit gebeurt al op voorhand, doordat het beleid uitgaat van veelplegers bij wie de recidive uit begane misdrijven bestaat. Hieronder worden dus bijvoorbeeld niet begrepen de recidivisten die voornamelijk APV-overtredingen begaan. Binnen de doelgroep van misdrijf plegende veelplegers volgt er een tweede selectie, doordat zowel het ISD-beleid als het OM-vorderingsbeleid zich – als gezegd – louter richt op de groep zeer actieve veelplegers. De personen die aan de betreffende definitie voldoen, worden door politie geïdentificeerd en geregistreerd. Vervolgens worden deze geprioriteerde veelplegers aan de hand van hun persoonsdossier besproken in een gezamenlijk casusoverleg,⁵⁹ waar iedere persoon een indicatie krijgt van de meest geëigende interventie. Dit resulteert dan in een derde selectie: de zeer actieve veelplegers mét en de zeer actieve veelplegers zonder ISD-indicatie.

Hoe persoonsgericht deze aanpak ook moge zijn en hoezeer deze aanpak ook succesvol moge zijn, bedacht dient te worden dat het een selectieve waarheid is met bovendien het gevaar in zich dat op een starre wijze gevolg wordt gegeven aan de selectie. Het Openbaar Ministerie dient er voor te waken dat het niet *rücksichtslos* de ISD-maatregel vordert, louter omdat de aangehouden persoon op de veelplegerslijst staat en er ten aanzien van hem een ISD-indicatie is gegeven. Thans blijkt bijvoorbeeld dat er een groot aantal psychisch gestoorden en zwakbegaafden in de ISD-inrichtingen verblijft, dat niet alleen voor algemene uitvoeringsproblemen zorgt, maar dat bovendien een mate van zorg behoeft waar in de inrichtingen veelal niet in kan worden voorzien.⁶⁰ Hoewel ernstige psychische problematiek in tegenstelling tot bij de SOV-maatregel geen contra-indicatie meer is en hoewel dit type bovenmatig zorgbehoevende veelpleger daardoor in beginsel in aanmerking komt voor ISD-vervolgging, kan worden betwijfeld of deze selectie wel de juiste is. In ieder geval wordt de door de wetgever gestelde meerwaarde van de ISD-maatregel, welke nu juist zou zijn gelegen in de verruiming van de doelgroep, in de praktijk niet als zodanig ervaren. Ook om een andere reden kan de instrumentaliteit van deze meerwaarde in twijfel worden getrokken. Zoals reeds is gesteld, toont de WODC-Monitor Veelplegers aan dat ruim tweederde van de huidige ISD-doelgroep verslavingsproblemen kent. Ondanks de bredere, wettelijke benaming van 'stelselmatige dader', blijkt derhalve vrijwel dezelfde doelgroep

59 Aan dit lokale overleg nemen gemeente, politie, Openbaar Ministerie en soms ook GGD en verslavingszorg deel.

60 Zie hieromtrent het RSJ-advies *De Inrichting voor Stelselmatige Daders*, d.d. april 2007 en S. Biesma e.a., *ISD en SOV vergeleken*, Groningen/Rotterdam: IntraVal 2006. Overigens is de aansluiting tussen justitiële voorzieningen en de geestelijke gezondheidszorginstellingen thans een zeer belangrijk beleidsthema. Zie *Kamerstukken I 2005/06*, 28 979, F; Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Straf en zorg: een paar apart*, advies 41, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2007; RSJ-advies *De zorg aan gedetineerden met een ernstige psychische stoornis of verslaving*, d.d. april 2007 en Ministerie van Justitie, brief over het Justitieel Verslavingsbeleid d.d. 17 juli 2007.

te worden bereikt als voordien, waardoor de meerwaarde op dit punt niet bijzonder groot is te noemen.

De vierde en laatste selectie die bij de ISD-maatregel plaatsvindt, betreft het onderscheid dat er bij de tenuitvoerlegging wordt gemaakt in kansrijke en kansarme veelplegers. Dit onderscheid wordt niet slechts in het veelplegersbeleid gehanteerd, maar vloeit op breder niveau voort uit het beleid Modernisering Sanctietoepassing⁶¹ en het daarbinnen ontwikkelde programma Terugdringen Recidive.⁶² Bovendien is een dergelijke tweedeling niet nieuw. Het is onder meer terug te voeren op het onderscheid dat in de Moderne Richting⁶³ werd gemaakt tussen verbeterlijke en onverbeterlijke daders. Voor laatstgenoemde groep ernstig recidivegevaarlijke daders werd in 1929 zelfs de Wet op de bewaring van beroeps- en gewoontemisdadigers aangenomen.⁶⁴ Ter preventieve onschadelijkmaking konden deze daders voor een termijn van ten minste vijf en ten hoogste tien jaar in bewaring worden gehouden, na afloop van de door hen ondergane gevangenisstraf. Het was vooral laatstgenoemd kenmerk van de bewaring als zijnde een *bijkomende* maatregel, waardoor de regeling zeer omstreden was en uiteindelijk zelfs nooit in werking is getreden.⁶⁵ Hoewel er duidelijke verschillen bestaan in beide regelingen, lijkt het soms alsof de ISD-maatregel ons mee terugneemt in de tijd.

Als gezegd is de waarheidsvinding omtrent kansrijke en kansarme veelplegers gefundeerd op het RISc-instrument, waarbij het ISD-beleid aan de individuele uitkomst daarvan een wezenlijke consequentie verbindt voor de wijze van tenuitvoerlegging. Uit de (rechts)praktijk blijkt evenwel dat dit kan worden gerelativeerd. Zo hecht de rechterlijke macht bij de tussentijdse beoordeling veel waarde aan een inhoudelijke uitvoering van de ISD-maatregel. Bovendien wordt motivatie in de praktijk nadrukkelijk als een dynamisch begrip gezien, waardoor ook een op voorhand niet-gemotiveerde, kansarme ISD-veroordeelde voortdurend wordt gestimuleerd tot bereidwilligheid voor interventies. Het re-integratieplan dat bij het begin van de detentie wordt opgesteld en dat de aard en duur van de aan te bieden interventies bevat, is dan ook niet onveranderlijk maar kan tussentijds op individuele basis worden bijgesteld. In meest strikte zin echter kan er binnen de inrichting de situatie bestaan waarbij de ene – kansrijke – veelpleger een tenuitvoerleggingstraject krijgt aangeboden

61 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 8. Dit beleid is gericht op een meer functionele sanctietoepassing, met een selectieve en efficiënte inzet van middelen.

62 Voor algemene informatie zie www.justitie.nl alsook Ministerie van Justitie, *Factsheet DJI. Wat betekent Terugdringen Recidive voor uw cluster?*, Den Haag, 2006.

63 Zie nader hieromtrent M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen (red.), *De Moderne Richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

64 Zie nader over deze sanctie B.V.A. Röling, *De wetgeving tegen de zoogenaamde beroeps- en gewoontemisdadigers*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1933.

65 De regeling is weliswaar gepubliceerd in het Staatsblad (*Stb.* 1929, 362), maar is nadien nooit in werking getreden en uiteindelijk bij Wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587 ingetrokken.

met (extramuraal) behandelingsinterventies, terwijl een andere – kansarme – veelpleger de tweejarige detentieduur doorbrengt op een sobere, inhoudsarme wijze. Deze tweedeling roept niet alleen ethische en principieel-juridische vragen op, maar ook pragmatische. Is bijvoorbeeld van het samenplaatsen van beide groepen een gunstig effect te verwachten, in die zin dat de kansarmen hierdoor alsnog worden gemotiveerd; of zou de samenplaatsing tot negatief effect hebben dat de kansrijken in ontmoedigende zin worden beïnvloed door de kansarmen?⁶⁶

De problematische ‘waarheid’ als zou een veelpleger onverbeterlijk dan wel thans kansarm zijn, dient met grote voorzichtigheid te worden betracht. Deze kwalificatie is immers slechts gebaseerd op een inschatting van de mate van iemands (recidive)risico en zijn ontvankelijkheid voor interventies. Niet voor niets stelde Pompe al: ‘Wegens de ernstige gevolgen der kwalificatie van onverbeterlijkheid zal men niet spoedig tot deze mogen overgaan.’⁶⁷ In de huidige tijd is het met name Moerings van wie eenzelfde waarschuwing te horen is.⁶⁸ Toegespitst op de RISc-screening die bij de ISD-maatregel plaatsvindt, benadrukt hij dat men bedacht dient te zijn op de onvermijdelijke kans op foute voorspellingen. De kans dat iemand ofwel ten onrechte als recidivegevaarlijk wordt bestempeld (*false positive*), ofwel de tegenovergestelde situatie (*false negative*), blijkt in het algemeen zelfs 25-30% te zijn.⁶⁹ Volgens Moerings bestaat daarbij het gevaar dat onder invloed van het dominante veiligheidsstreven de kans op *false positives* gemakkelijker zal worden geaccepteerd.

Gezien de noodzakelijke zorgvuldigheid waarmee een dergelijke screening dient te gebeuren, is het verontrustend dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij (de toepassing en validiteit van) het RISc-instrument. Zo kan bijvoorbeeld worden betwijfeld of de deskundigheid van de reclasseringsswerkers voldoende is voor het meten van factoren die meestal tot het specialisatiegebied van psychologen en psychiaters behoren.⁷⁰ Ook de RSJ heeft zijn twijfels geuit over de toereikendheid van de deskundigheid van de reclasseringsswerkers, meer bepaald ten aanzien van het adequaat oordelen over de noodzaak van een verdiepingsdiagnose.⁷¹ Terwijl dergelijke verdiepende diagnostiek veelal nodig zal zijn, aangezien de RISc-basismethodiek ‘ongeschikt is om de

66 Dit vraagstuk wordt door de RSJ besproken in zijn advies *De Inrichting voor Stelselmatige Daders*, april 2007, paragraaf 5.4.

67 W.P.J. Pompe, *Beveiligingsmaatregelen naast straffen*, a.w., p. 68.

68 Moerings liet deze waarschuwing voor het eerst horen in zijn oratie uit 2003, a.w. Nadien volgden zijn publicaties, ‘Het risico van de stelselmatige dader’, in: Y. Buruma en P.C. Vegter (red.), *Terugkeer in de samenleving. Opstellen voor Jan Fiselier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 145-154 en ‘Persistent offenders’, in: M. Boone en M. Moerings (red.), *Dutch prisons*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 187-205.

69 M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid*, a.w., p. 15.

70 Zie B.J.M. van de Wetering (e.a.), ‘De verslavingsreclassering en haar toekomst’, in: T.I. Oei en M.S. Groenhuijsen (red.), *Capita selecta van de Forensische Psychiatrie anno 2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 181-193.

71 RSJ-advies *De Inrichting voor Stelselmatige Daders*, d.d. april 2007, paragraaf 4.6.

volle omvang van psychische stoornissen bij gedetineerden vast te stellen', aldus de RSJ. Voorts ligt er een gevaar in de concrete wijze waarop de risico-inschatting tot stand komt. De RISc bestaat uit twaalf schalen van criminogene factoren, onderverdeeld in statische, niet-beïnvloedbare factoren (delictgeschiedenis) en dynamische, wel beïnvloedbare factoren (omgevingsgerelateerd). Hoewel uit onderzoek is gebleken dat 'criminele carrières moeilijk zijn te voorspellen op grond van historische persoonskenmerken als leeftijd, geslacht en eerdere recidive', bestaat nu het gevaar dat juist deze – makkelijker te meten – statische factoren bepalend zullen zijn bij de RISc-meting, zo stelt Moerings.⁷² Bovendien is hij huiverig voor het in de screening betrekken van de factor etniciteit, aangezien dit geen verklarende factor betreft.⁷³

Hoewel het RISc-instrument recentelijk door het WODC is gevalideerd met een vrij positieve uitkomst,⁷⁴ is gezien bovenstaande kritiek vervolgonderzoek en verdere ontwikkeling van het instrument van groot belang.

5 CONCLUSIE

In deze bijdrage is beschreven hoe de recidive en overlast van veelplegers steeds nadrukkelijker onderdeel is geworden van het strafrechtelijk handhavingsbeleid. Gestart als drangmiddel om de verslaafde recidivisten te leiden naar een zorgtraject, is de handhaving op dit terrein uitgegroeid tot een breed toepasbare dwanginterventie met de mogelijkheid van *sec* langdurige detentie. Primair wordt hiermee beoogd de samenleving te beveiligen tegen de overlast die in de toekomst van de veelplegende dader te verwachten is, oftewel, 'beveiliging tegen het gevaar dat overlast heet'.⁷⁵ De stelselmatige overlast en recidive van deze specifieke categorie daders, evenals hun onderliggende psychosociale problematiek, kunnen in beginsel een dergelijk beleid rechtvaardigen waarbij niet alleen drangmodaliteiten worden ingezet, maar ook het *ultimum remedium*-instrument van gedwongen langdurige vrijheidsbeneming. Zowel de onderliggende waarheid(svinding) als de vormgeving van dit laatste instrument, de ISD-maatregel, is echter dusdanig dat de legitimatie problematisch is.

In de eerste plaats is de veelplegerswaarheid in de kern gestoeld op een optelsom van onzekere schattingen. De veroordeling tot de zeer ingrijpende

72 M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid*, a.w., p. 14.

73 M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid*, a.w., p. 16.

74 L.M. van der Knaap e.a., *Psychometrische kwaliteiten van de Recidive Inschattingsschalen (RISc)*, WODC, Cahier 2007-5. De algemene conclusie van dit onderzoek is dat de RISc over gunstige psychometrische kwaliteiten beschikt. Ten aanzien van de interbeoordelaarsbetrouwbaarheid, predictieve validiteit en structuur van de RISc worden echter essentiële aanpassingen aanbevolen.

75 H.K. Elzinga en R.S.T. Gaarhuis, 'Beveiliging tegen gevaar dat overlast heet', *Sancties* 2004, p. 35-49.

ISD-maatregel berust namelijk niet louter op een vaststelling van de ernst van de gepleegde strafbare feiten, maar veeleer ook op een onzekere schatting van de ernst van de dader aan de hand van te verwachten toekomstige recidive en overlast. Ook de tenuitvoerlegging van deze sanctie is in belangrijke mate gefundeerd op een dergelijke, problematische schatting, nu daarbij een onderscheid wordt gemaakt in enerzijds kansrijke veelplegers – ten aanzien van wie de verwachting is dat de (gedrags)interventies succesvol zullen zijn – en anderzijds kansarme veelplegers – bij wie de kans op succes minder hoog wordt geschat. Hoewel laatstgenoemd onderscheid in de (rechts)praktijk gelukkig blijkt te worden gerelativeerd, is het exemplarisch voor de selectieve wijze waarop de veelplegerswaarheid tot stand komt. Deze problematische waarheidsvinding wordt voorts nog versterkt doordat fundamentele vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het centrale RISc-instrument.

In de tweede plaats vertoont het ISD-beleid een scheve balans tussen beveiliging en behandeling, waardoor de legitimatie van deze sanctie problematisch is. De beveiliging staat te nadrukkelijk voorop en bovendien met een te korte termijn-insteek, terwijl het behandelingsdoeleinde nu juist essentieel is voor zowel de legitimatie van de vrijheidsbeneming als de mogelijkheid om de beveiliging op lange termijn te realiseren. Het beleid zou dan ook sterker moeten uitdragen dat de noodzakelijk geachte beveiliging vanuit een lange termijnperspectief wordt bezien en dat het doel van recidivebeëindiging niet slechts een tijdelijke doorbreking van de recidive inhoudt. De tweejarige vrijheidsbeneming mag dan immers een effectief middel zijn om de samenleving gedurende die periode feitelijk te beveiligen, zonder de inzet van specifieke interventies hoeft men geen hoop te koesteren dat het delictspatroom zodanig wordt doorbroken dat deze beveiliging ook voor langere duur zal gelden. Als uitvloeisel hiervan dienen behandeling en een oplossingsgerichte bijdrage inherent verbonden te zijn aan de ISD-tenuitvoerlegging. De kansarme veelpleger en diens sobere wijze van vrijheidsbeneming dient dus niet als uitgangspunt te worden genomen, maar juist als (hoge) uitzondering. Een dergelijk gewijzigd beleid zou bovendien aansluiten bij de wijze waarop thans in de (rechts)praktijk uitvoering wordt gegeven aan de ISD-maatregel. Daar is namelijk gebleken dat men niet wenst mee te gaan in een ISD-maatregel die louter wordt gelegitimeerd en uitgevoerd door een korte termijn doelstelling van beveiliging. Daarmee verkeert de ISD-maatregel thans in een lastige spagaat tussen de in het beleid zo dominant gestelde beveiliging enerzijds en de in de praktijk gewenste behandeling en resocialisatie anderzijds. Of, zoals Pompe vijf decennia geleden opmerkte over de tbs-maatregel: 'Men zweeft nog tussen de gedachte der maximum security en die der verbetering en reclassering.'⁷⁶

76 W. Pompe, 'De ontwikkeling van het strafrechtelijk aspect in de laatste 50 jaar', *a.w.*, p. 12.

B.J.V. Keupink

‘Het formele en het materiële strafrecht zijn goede waardenemers waarvan men de stand der beschaving van een volk kan aflezen. En al moge het dan waar zijn, dat de geschiedenis van het strafrecht en strafvordering in het algemeen is de geschiedenis van het menselijk onverstand, menselijke wreedheid, gepaard met machtsmisbruik en menselijke eigenwaan, toch hebben zij die het recht hanteerden, gedrongen door hun nooit geheel te onderdrukken bewustzijn van menselijke feilbaarheid, altijd getracht hun zoeken naar waarheid met waarborgen te omgeven. En een van die waarborgen is zeker het appel.’ – J.W. Bosch¹

1 INLEIDING

1.1 Situatieschets

Met de nieuwe regeling aangaande het strafrechtelijk hoger beroep² wordt vooral beoogd de strafprocedure in tweede aanleg te bespoedigen en tegelijkertijd diezelfde procedure meer gericht te laten zijn op de kern van het geding zoals dat tussen de betrokken ‘partijen’ – voor zover daarvan te spreken valt in het strafrecht – ter discussie staat.³ Het gaat met andere woorden om een sneller en efficiënter proces. De vraag naar de wenselijkheid van dit streven dringt zich op. Kennelijk deden zich op het vlak van snelheid en efficiëntie onoverkomelijke problemen voor in de vorm van vertraging, hoge kosten en vermeend overbodig werk, die volgens de wetgever slechts het hoofd konden worden geboden door de regeling van het strafrechtelijk hoger beroep ingrijpend te herzien. De kritische vraag kan daarbij worden gesteld of de bedoelde problemen echter niet inherent zijn aan de gekozen inrichting van het strafrecht-

1 J.W. Bosch, ‘Rechtshistorische aantekeningen betreffende het appelrecht in strafzaken’, *Tijdschrift voor Strafrecht* (XLVIII) 1948, p. 82.

2 Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastlegging van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470, gedeeltelijk in werking getreden per 1 maart 2007 (en volledig per 1 juli 2007).

3 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, o.m. p. 5, 8 en 19-25.

telijk appel en of deze problemen daarom juist niet gewoonweg op de koop moeten worden toegenomen. Welke de genoemde problemen precies zijn en of die inderdaad moeten worden gezien als onvermijdelijk bij het streven naar een optimale invulling van het strafrechtelijk hoger beroep, is niet het centrale onderwerp van deze bijdrage. Daar is al veel over geschreven.⁴ De nadruk ligt in deze tekst op het in de literatuur minder op de voorgrond gestelde belang van de materiële waarheidsvinding, dat op een aantal punten met de nieuwe hoger beroepsregeling pijnlijk in de verdrinking lijkt te komen. Immers, indien partijen zelf de inhoudelijke behandeling van het beroep moeten bepalen, rijst de vraag of het hoger beroep nog wel voldoende is toegerust voor het vaststellen van de materiële waarheid.

1.2 Functies en kenmerk hoger beroep

Aan rechtsmiddelen in het algemeen en het hoger beroep in het bijzonder wordt van oudsher een aantal functies toegekend. De correctiefunctie en de herkansingsfunctie vormen de meest wezenlijke functies van het appel.⁵ Bij de correctiefunctie (ook wel: herstelfunctie) gaat het om de correctie door een hogere rechter van vergissingen, omissies en fouten gemaakt in eerdere aanleg. De Hoge Raad heeft aangegeven dat 'als uitgangspunt heeft te gelden dat het hoger beroep mede kan dienen om eerder gemaakte fouten en vergissingen te herstellen.'⁶ De herkansingsfunctie houdt in dat de verdediging of het Openbaar Ministerie de mogelijkheid krijgt om de zaak opnieuw te laten behandelen en beoordelen door een andere rechter. Het oorspronkelijke appelstelsel in het Nederlands strafproces wordt gekenmerkt als 'middenstelsel', waarmee wordt bedoeld dat de tweede aanleg plaatsvindt met inachtneming van de eerste aanleg.⁷ De behandeling in appel hield het midden tussen 'een geheel nieuwe behandeling en een corrigerend appel'.⁸ Verschil met bijvoorbeeld een zuiver voortbouwend appel is dat daarbinnen geen ruimte meer

4 P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *Stroomlijning van het hoger beroep in strafzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007; R.G.A. Beaujean, 'De Wet stroomlijnen hoger beroep. Een overzicht van de wijzigingen in de appelprocedure van strafzaken', *NJB* 2007, p. 1890-1895; P.A.M. Mevis, 'De ruimte voor het hoger beroep en voor wijziging van de regeling daarvan', *DD* 2006, p. 1-16; A.J.C. de Moor-Van Vugt e.a., "'Het is niet nodig het nodeloos oneens te zijn.'" Over hoger beroep in de steigers', *Trema* 2003, p. 169-176; J.M. Reijntjes, 'Het hoger beroep beperkt', *Strafblad* 2007, p. 19-30.

5 T. Blom, 'Grondslagen van het hoger beroep', in: P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *a.w.*, p. 63-65. Overige functies, waarin rechtseenheid, rechtsontwikkeling en bevordering van het gezag van rechterlijke uitspraken centraal staan, behoren toe aan de hoogste rechterlijke instanties.

6 HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 355, r.o. 4.2.

7 A.M. van Woensel, 'Stroomlijning: voortbouwen, afbouwen en doortimmeren', in: P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *a.w.*, p. 9.

8 T. Blom, *a.w.*, p. 65.

bestaat om punten die in eerste aanleg zijn komen vast te staan, ter discussie te stellen. In een middenstelsel is die ruimte er wel. De rechter in tweede instantie en de andere partijen zijn daarin op de hoogte van wat in eerste aanleg heeft plaatsgevonden. Dit houdt in beginsel vanuit abstract theoretisch oogpunt gezien in dat een volledige en nieuwe behandeling plaatsvindt waarbij niet geheim is wat in eerdere aanleg heeft gespeeld. Dat het praktisch gezien niet altijd op die volledig herhaalde behandeling neerkomt, is van een andere orde.⁹

1.3 Opbouw

In deze bijdrage worden eerst in de tweede paragraaf kort de wijzigingen besproken die de nieuwe regeling inzake het strafrechtelijk hoger beroep met zich brengt. Daarna wordt in paragraaf drie de plaats van de materiële waarheidsvinding in tweede feitelijke aanleg ten opzichte van de eerste aanleg aan de orde gesteld. Die bespreking kent op onderdelen een vrij theoretisch en hypothetisch karakter en staat grotendeels los van de nieuwe appelregeling. In de vierde paragraaf wordt een aantal kritische kanttekeningen geplaatst ten opzichte van de rol die voor de materiële waarheidsvinding is weggelegd in het nieuwe appelsysteem. De nadruk ligt daarbij op het ingevoerde grievenstelsel en verlostelsel. Daarna zal in de laatste paragraaf deze bijdrage worden afgerond met een conclusie.

2 STROOMLIJNING HOGER BEROEP

Er is, zo werd in het bovenstaande reeds aangestipt, over de nieuwe regeling al uitgebreid geschreven. Met de wijzigingen binnen de regeling van het hoger beroep wordt beoogd het strafrechtelijk appel te stroomlijnen. Hoewel Nederland op internationaal niveau doelmatigheidsvergelijkingen goed kan doorstaan, werd 'verkorting van de duur van de behandeling van zaken' en 'vermindering van dubbeling van werk' zinvol geacht.¹⁰ De nieuwe regeling houdt overigens geen extreme koerswijziging in ten opzichte van het voordien vigerende stelsel van rechtsmiddelen. Rechtsmiddelen zijn in het algemeen nooit geheel van beperkingen en regulerende voorschriften verschoond geweest. Dat is voor het hoger beroep uiteraard niet anders. Zo bestonden er al appelgrenzen (artikel 404 Sv), golden er al partieel appelverboden (artikel 407 Sv) en ging men uit van het concentratiebeginsel (artikel 406 Sv). Een

⁹ J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 168.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 5. Daarbij heeft de wens om kosten te drukken geen ondergeschikte rol gespeeld.

regulering van het aanwenden van rechtsmiddelen door middel van het stellen van termijnen (artikel 408 Sv) is eveneens altijd noodzakelijk geweest omdat aan rechtsgedingen en de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid op enig moment een einde moet komen: *lites finiri oportet*. Het stellen van beperkingen heeft positieve en negatieve kanten. Dergelijke beperkende voorschriften zijn enerzijds van belang om het appel in de hand te kunnen houden en om een zo optimaal mogelijk resultaat te bereiken met de ter beschikking staande faciliteiten. Dat aan het rechtsgeding bijvoorbeeld vanuit temporeel oogpunt een einde moet komen, dient niet slechts de rechtszekerheid van de verdachte die duidelijkheid moet kunnen krijgen. Met het verstrijken van tijd kan ook de kwaliteit van bepaald bewijsmateriaal afnemen waardoor de waarheidsvinding in het gedrang komt. Daarmee is de samenleving niet gebaat. Idealiter echter zouden anderzijds beperkingen zo klein mogelijk moeten zijn en slechts toegelaten mogen worden voor zover dat niet ten koste gaat van de kwaliteit van het hoger beroep. De Hullu geeft aan dat als ‘mogelijkheden voor een zekere stroomlijning’ worden onderzocht, daarbij als voorwaarde zou moeten gelden dat ‘de algemene uitgangspunten voor de rechtsmiddelen zo min mogelijk worden aangetast.’¹¹ Op die wijze zou ieder rechtsgeding zoveel mogelijk in volle omvang, de volle aandacht moeten kunnen krijgen.

Met de nieuwe bepalingen is in het strafrechtelijk hoger beroep een aantal wijzigingen doorgevoerd dat minder vanzelfsprekend aanvoelt. De voornaamste wijzigingen betreffen het zogeheten verlostelsel en het grievenstelsel. Een andere, meer overkoepelende, verandering die wel wordt gesignaleerd, ziet op een vorm van wat wordt genoemd het ‘voortbouwend appel’. De rechter in hoger beroep is daarbij gebonden aan wat de rechter in eerste aanleg heeft vastgesteld en waarover niet door partijen wordt geklaagd. Hoewel de nieuwe regeling inzake de stroomlijning van het hoger beroep verschillende kenmerken van een dergelijk systeem vertoont en in zekere mate die strekking ook lijkt uit te ademen, is daarvan, zo legt Reijntjes uit, niet expliciet sprake.¹² Dat daarvan geen sprake is, komt vooral doordat de appelrechter de volle verantwoordelijkheid blijft dragen voor de volledigheid van het onderzoek. Aangezien onderhavige tekst zich in latere paragrafen voornamelijk zal richten op het grievenstelsel en het verlostelsel, zullen enkel deze twee stelsels van verdere toelichting worden voorzien.

Met het verlostelsel wordt bedoeld dat niet in alle gevallen op gelijke wijze hoger beroep openstaat. In strafzaken van geringe ernst is voorafgaand verlost van een raadsheer nodig. Het ingestelde hoger beroep kan slechts ter terechtzitting aanhangig worden gemaakt en worden behandeld, indien dat naar het oordeel van de voorzitter is vereist in het belang van een ‘goede rechtsbedeling’. Dat met name dit laatste een vaag criterium oplevert moge duidelijk zijn en komt in het onderstaande nog ter sprake. Ingevolge artikel 410a Sv

11 J. de Hullu, *a.w.*, p. 6.

12 J.M. Reijntjes, *a.w.*, p. 27-28.

is een dergelijk verlov vereist in geval van een vonnis betreffende uitsluitend een of meer overtredingen of misdrijven waarop een gevangenisstraf van niet meer dan vier jaren is gesteld en waarbij geen andere straf of maatregel is opgelegd dan een geldboete tot een (gezamenlijk) maximum van € 500.

Het grievenstelsel houdt in dat partijen duidelijk zullen moeten aangeven waarop het hoger beroep zich dient toe te spitsen. Artikel 410 lid 1 Sv geeft aan dat het Openbaar Ministerie een schriftuur met grieven moet indienen binnen veertien dagen nadat hoger beroep is ingesteld. De verdachte kan dat doen, maar is daartoe niet verplicht (artikel 410 lid 1 Sv). Indien de verdachte geen schriftuur met grieven indient, kan het door de verdachte ingestelde hoger beroep echter zonder onderzoek van de zaak zelf niet-ontvankelijk worden verklaard (artikel 416 lid 2 Sv). De verdachte die, in een geval dat binnen het bereik van het verlovstelsel valt, geen grieven heeft ingediend, is verplicht dan vervolgens wel een 'opgave van de redenen voor het instellen van het hoger beroep' in te dienen (artikel 410 lid 4 Sv). De grieven zijn, in tegenstelling tot de redenen, weliswaar richtinggevend, maar van een zuiver en bindend grievenstelsel is geen sprake.¹³ Het gerechtshof richt het onderzoek ter terechtzitting namelijk niet alleen op de bezwaren die door de verdachte en het Openbaar Ministerie worden ingebracht tegen het vonnis dat in eerste aanleg gewezen, maar ook op hetgeen overigens nodig is (artikel 415 lid 2 Sv). Het gerechtshof behoudt gezien deze laatste toevoeging de mogelijkheid om naar andere aspecten te kijken dan die door partijen zijn aangebracht. In die zin is er ten opzichte van de oude regeling niet veel gewijzigd. De wettelijke ingang van het onderzoek in appel ligt nu alleen wel bij de geschilpunten en dat is, zo kan met Mevis worden gesteld, ten opzichte van het oude systeem waarin een zaak opnieuw werd voorgelegd aan een hogere rechter, 'toch een betrekkelijk ander uitgangspunt.'¹⁴

3 WAARHEIDSVINDING TUSSEN EERSTE AANLEG EN APPEL

De vraag doet zich voelen in welke mate de tweede feitelijke aanleg in theorie zou kunnen bijdragen aan het vinden van de materiële waarheid. Met de zoektocht naar de materiële waarheid of met 'materiële waarheidsvinding' wordt in deze bijdrage bedoeld: het achterhalen van wat zich daadwerkelijk in een voorliggende zaak heeft afgespeeld. Voor wat betreft de kwaliteit van de bijdrage die de tweede aanleg aan het zoeken naar de waarheid kan leveren, zullen in het onderstaande enige losse, goeddeels hypothetische, opmerkingen worden gemaakt over achtereenvolgens: 1) verklaringen van getuigen, 2) de deskundigheid van een aantal bij het strafproces betrokken partijen en 3) een mogelijk bepaald 'psychisch' effect dat van het rechtsmiddelenstelsel uitgaat

13 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 14.

14 P.A.M. Mevis, *a.w.*, p. 7.

op die betrokkenen. De nadruk ligt daarbij op de verschillen tussen de eerste en de tweede aanleg voor wat betreft het kunnen vinden van de materiële waarheid.

Logischerwijs vindt de tweede feitelijke aanleg (geruime tijd) later plaats dan de eerste aanleg en dan het feitelijke voorval. Volgens De Hullu wordt door deze vertraging het in appel gevoerde rechterlijke onderzoek van de zaak in het algemeen van mindere kwaliteit.¹⁵ Dat geldt bijvoorbeeld voor de kwaliteit van de herinneringen die getuigen hebben ten aanzien van de strafrechtelijk relevante gebeurtenissen.¹⁶ Op dit punt blijkt het voordeel van het genoemde 'middenstelsel.' Daarin kan ook worden gekeken naar hetgeen getuigen in eerste aanleg hebben verklaard omdat de tweede aanleg niet geheel op zichzelf staat. Een probleem kan zich echter voordoen wanneer een getuige voor het eerst in hoger beroep een verklaring aflegt. Ten opzichte van de eerste aanleg kan de herinnering in hoger beroep zowel kwalitatief als kwantitatief minder zijn. Mogelijk heeft namelijk beïnvloeding plaatsgevonden doordat in de media bepaalde gegevens over de zaak naar buiten zijn gekomen of zijn er met het verstrijken van de tijd steeds minder juiste, waarheidsgetrouwe herinneringen over gebeven bij de getuige. Andersom kan het ook zo zijn dat een getuige zich in de tijd tussen de eerste en tweede instantie juist onderdelen van het voorval weet te herinneren die hem tot dan toe ontschoten waren. Er kan aldus ook een gunstige uitwerking zijn. Een andere kwestie is één getuige die in twee instanties verschillend verklaart. De rechter in eerste aanleg heeft zich dan slechts en bovendien minder kritisch kunnen baseren op één verklaring. Dat is een nadelig verschil ten opzichte van de tweede aanleg. De appelrechter zal vervolgens kritischer zijn over het al dan niet gebruiken van de afwijkende verklaringen. Een dergelijke kritische blik komt juist ten goede aan het zoeken naar de materiële waarheid. Een ander, los daarvan staand voordelig aspect van een in hoger beroep voor de tweede keer verschenen getuige dat is aangevoerd door Hooykaas, is gelegen in het feit dat die getuige al ervaring heeft opgedaan met het reilen en zeilen in een rechtszaal waardoor de sfeer op die momenten in appel ook rustiger kan zijn.¹⁷ Een punt van relativering ten aanzien daarvan is wel dat in het algemeen ter zitting weinig getuigen worden gehoord.¹⁸ Mogelijk brengt het nieuwe appelsysteem, waarin moet worden toegespitst op de twistpunten, daar verandering in (zie paragraaf 4.3). Van belang is het om op dit punt in ieder geval op te merken dat de kwaliteit van de materiële waarheidsvinding in hoger beroep met betrekking tot getuigen in combinatie met het verstrijken

15 J. de Hullu, *a.w.*, p. 167-168.

16 M. Hildebrandt, 'Afschaffing van de derde rechtsingang in strafzaken', *NJB* 1995, p. 858-859.

17 Interventie van I.P. Hooykaas in: *Handelingen der NJV 1938-2*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 31.

18 J. de Hullu, *a.w.*, p. 168.

van tijd positief en negatief kan worden beïnvloed. Dezelfde opmerkingen gaan ten dele op voor verklaringen van de verdachte.

Een volgend te bespreken aspect voor wat betreft de materiële waarheidsvinding in hoger beroep, ziet op de deskundigheid van de rechter. Zo hebben de gerechtshoven in tegenstelling tot de lagere rechter bijvoorbeeld lange tijd een gespecialiseerde kinderrechter gemist.¹⁹ Aan de andere kant is het geluid wel te horen dat rechters in tweede aanleg meer ervaren en wijzer zijn. Dit zal vermoedelijk ook van invloed zijn op de waardering van de waarheid. Op het gebied van kundigheid en ervaring moeten dan ook aan de appelrechter hogere eisen worden gesteld.²⁰ Daarnaast heeft de tweede feitenrechter als voordeel boven de eerste feitenrechter dat door die eerste rechter al een vakbekwaam oordeel als competente collega-rechter is gegeven. Dat draagt bij aan het voorkomen van het over het hoofd zien van sommige punten. Doordat er meerdere rechters in verschillende instanties naar een zaak hebben gekeken zal, zo wordt over het algemeen aangenomen, de kans op aanwezigheid van fouten afnemen.²¹ Ten nadele van de eerste aanleg spreekt ook nog hetgeen De Pinto daarover opmerkt. Hij geeft aan dat – weliswaar toentertijd – in veel gevallen niet de vereiste volledigheid en nauwkeurigheid kan worden gegeven in verband met de drukte die een zaak met zich brengt en wegens het gebrek aan een ‘goede, regtskundige verdediging in eersten aanleg.’²² Met name deze laatste opmerking over de kwaliteit van de verdediging, zeker in het licht van de stroomlijning van het hoger beroep, intrigeert. Reijntjes heeft het in dat verband over ‘een niet tegen zijn taak opgewassen raadsman.’²³ Ook de keuze om überhaupt te appelleren hangt daarmee samen. Zo bezien bestaan er in sommige gevallen kwaliteitsverschillen tussen de betrokken personen voor wat betreft hun optreden in eerste of in tweede feitelijke aanleg. Ook dit zal onontkoombaar van invloed zijn op de mate waarin de materiële waarheid kan worden achterhaald.

Een ander, vooral hypothetisch, punt dat mogelijk van invloed is op de materiële waarheidsvinding in hoger beroep – en aanleiding geeft een verschil te zien met de lagere rechter – is een soort psychologisch effect dat kan uitgaan van het besef dat een correctie kan plaatsvinden van het in eerste aanleg gegeven oordeel. Dit kan er voor zorgen dat in eerste aanleg sprake is van

19 De Jonge en Van der Linden gaven in 2004 aan dat de Gerechtshoven in 's-Hertogenbosch en Den Haag op eigen initiatief een speciale kamer voor de berechting in appel van jeugdstrafzaken hebben samengesteld, G. de Jonge en A.P. van der Linden, *Jeugd & Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 178. Ondanks dat daartoe geen wettelijke verplichting bestaat zijn de andere Gerechtshoven, zo leert een telefonische rondgang langs de betrokken persvoorlichters, nu eveneens van gespecialiseerde kinderkamers voorzien.

20 J.M. Reijntjes, *a.w.*, p. 19.

21 T. Blom, *a.w.*, p. 65.

22 A. de Pinto, *Handleiding tot de wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie. Tweede gedeelte*, 's-Gravenhage: J. Belinfante 1844, p. 135.

23 J.M. Reijntjes, *a.w.*, p. 19.

minder waakzaamheid omdat er van wordt uitgegaan dat een hogere rechter nog naar de zaak zal kijken. Anderzijds zou dit psychologische effect ook hierin kunnen bestaan dat de hogere rechter juist sneller is geneigd te denken dat het allemaal wel goed zal zijn wat de eerste rechter heeft gedaan en dat deze daardoor minder nauwgezet te werk gaat. Tegen het eerstgenoemde valt echter eenvoudig in te brengen dat een lagere rechter juist beter zijn best zal doen in de wetenschap dat een andere rechter zijn werk nog aan een tweede oordeel kan onderwerpen en hij geen fouten wil maken. Of deze veronderstelling recht doet aan de werkelijkheid is lastig vast te stellen.²⁴ Mevis vroeg zich bij de bespreking van het wetsvoorstel af of de appelrechter zich nog wel, gezien de mogelijk gemaakte 'controle door inspectieachtige mechanismen', aangespoord zou voelen tot 'rustig, ambachtelijk en toegewijd werk waarin waakzaamheid voorop staat'?²⁵ Vergelijkbare subjectieve afwegingen kunnen aan de zijde van het Openbaar Ministerie en de verdediging worden gemaakt. Deze in het strafproces betrokken partijen kunnen mogelijkerwijs de eerste aanleg opvatten als een soort 'warming-up' voor het grote werk. Ook in dat geval bestaat de mogelijkheid dat dit ten koste gaat van de kwaliteit van de materiële waarheidsvinding doordat geen sprake meer is van twee volwaardige procesfasen waarin intensief wordt gezocht naar wat zich daadwerkelijk heeft voorgedaan in de voorliggende zaak. Volgens Vrij was het onmogelijk dat in alle strafzaken met één feitelijke aanleg kon worden volstaan. De eerste rechter moest zich volgens Vrij zo goed mogelijk door de feiten worstelen en ze gedeeltelijk rangschikken waarna de tweede rechter met de uitgefilterde relevante feiten een ordening moest aanbrengen en moest oordelen.²⁶ Dit klinkt toch enigszins als de nieuwe hoger beroepsregeling doordat na de filterende werking van de eerste aanleg duidelijk wordt wat de kernpunten zijn. Hierdoor kan in tweede aanleg de nadruk op de relevante twistpunten worden gelegd. Ook De Moor-van Vugt c.s. lijken de voorkeur te geven aan de eerste aanleg als een soort oefenronde 'om de zaak breed in de verf te zetten.'²⁷ De nadruk ligt volgens hen in appel op de correctiefunctie en niet zozeer op de herkansingsfunctie. De opvatting van Vrij kan zeker worden genuanceerd met de opmerking dat de zittingsdruk van destijds zich allicht anders laat voelen dan die van tegenwoordig. Dit is echter vooral een pragmatische nuance die onderstreept dat zelfs als rechters alle tijd van de wereld hebben om een zaak vanuit iedere denkbare hoek te belichten, het mogelijk een voordeel kan zijn om niet twee in beginsel gelijkwaardige feitelijke instan-

24 Volgens Franken heeft het idee bij partijen, dat de eerste rechter in tweede aanleg zou kunnen worden gecorrigeerd, in ieder geval wel een positief effect op het accepteren van het vonnis in eerste aanleg. H. Franken, 'Eén of twee feitelijke instanties?', *RM Themis* 1989, p. 64.

25 P.A.M. Mevis, *a.w.*, p. 14.

26 Interventie van M.P. Vrij, in: *Handelingen NJV 1938-2*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 51.

27 A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., *a.w.*, p. 174.

ties te hebben maar hun taken enigszins te verdelen. Dit zou ten gunste van het zoeken naar de materiële waarheid kunnen werken omdat in appel aan de twistpunten extra aandacht kan worden besteed. Het is ondoenlijk te bepalen welke insteek in theorie 'de beste' is. Dit zal toch vooral aankomen op persoonlijke voorkeuren.

In het voorgaande is een aantal opmerkingen gemaakt over materiële waarheidsvinding in hoger beroep en is gekeken naar de verhouding daarvan ten opzichte van de eerste feitelijke instantie. Daarbij is nog niet al te zeer ingegaan op de nieuwe hoger beroepsregeling. Die zal in de volgende paragraaf aan de orde worden gesteld. Binnen de in het bovenstaande wel besproken onderdelen is een aantal verschillen aanwijsbaar tussen de eerste en tweede feitelijke instantie. Die verschillen kunnen van invloed zijn op de mogelijkheden om de materiële waarheid te achterhalen. Zo zou de kwaliteit van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal kunnen variëren. Eveneens is het mogelijk dat de kwaliteit van de betrokken professionals per aanleg kan verschillen. Hetzelfde geldt voor de mate van zorgvuldigheid van die betreffende personen. Juist vanwege deze veronderstelde afwijkingen per rechtsgang, die onderstrepen dat rechtspraak mensenwerk en daarom feilbaar is, is het mijns inziens van belang dat een tweede keer volledig op zoek kan worden gegaan naar de materiële waarheid. Bijzondere conclusies kunnen op basis van het voorgaande echter niet worden getrokken. Slechts kan de voorkeur worden uitgesproken dat voor het vinden van de materiële waarheid het hebben van twee feitelijke instanties waarin op zoek wordt gegaan naar wat zich daadwerkelijk heeft afgespeeld, vanuit theoretisch perspectief de voorkeur verdient boven het vellen van slechts één oordeel. Daardoor wordt ook volgens De Hullu de kans op een 'juiste en beter aanvaardbare einduitspraak' vergroot.²⁸ Het is niet voldoende wanneer in tweede aanleg louter een corrigerend oordeel wordt gegeven en geen volledig nieuwe (feitelijke) behandeling plaatsvindt. Een belangrijke vraag is vervolgens of de nieuwe hoger beroepsregeling in dat verband consequenties kan hebben voor de in het Nederlandse strafrecht gehuldigde materiële waarheidsvinding. In de volgende paragraaf zal daarop nader worden ingegaan.

4 MATERIËLE WAARHEIDSVINDING EN DE NIEUWE HOGER BEROEPSREGELING

4.1 Inleiding

Op de nieuwe regeling van het hoger beroep is in verscheidene publicaties reeds kritiek naar voren gebracht.²⁹ Vorig jaar verscheen in de Prinsengrachtreeks van het Amsterdamse Gerechtshof een speciaal aan de nieuwe regeling

28 J. de Hullu, *a.w.*, p. 165.

29 Waaronder: R.G.A. Beaujean, *a.w.*; J.M. Reijntjes, *a.w.*; P.A.M. Mevis, *a.w.*

gewijde bundel.³⁰ Het is lastig daar nieuwe gezichtspunten aan toe te voegen. Het onderwerp van de onderhavige bundel leent zich daarvoor echter wel. Over de consequenties van de meest in het oog springende wijzigingen van het vernieuwde appelsysteem voor de materiële waarheidsvinding in het bijzonder is namelijk nog niet veel geschreven. Ook de wetgever heeft zich daarover niet expliciet uitgelaten. Het belang van de waarheidsvinding is in de wetsgeschiedenis meer een onderdeel geweest van de aan de doelmatigheids- en efficiencywens ondergeschikte hoop op bevordering van de algehele kwaliteit van het hoger beroep. Een apart aandachtspunt op de wetgevingsagenda was de materiële waarheidsvinding niet.³¹ Vanuit theoretisch oogpunt zouden beperkingen aan het hoger beroep, waardoor geen sprake meer is van een volledige tweede feitelijke aanleg, wat mij betreft slechts mogen worden gesteld voor zover daardoor de kwaliteit van het appel – in al zijn facetten – niet achteruitgaat. Dat is natuurlijk een moeilijke kwestie omdat de kwaliteit in verschillende zaken door verschillende factoren wordt bepaald. Soms komt bijvoorbeeld een versnelde afhandeling ‘de kwaliteit’ ten goede en soms geeft juist een extra trage behandeling kwalitatieve meerwaarde. Wanneer vanuit doelmatigheidsoverwegingen onder meer ter voorkoming van dubbel werk, veranderingen worden aangebracht die het appel toch beperken, dan is het van belang dat die wijzigingen geen afbreuk doen aan de kwaliteit van het appel. Vanuit een minder theoretisch oogpunt bezien blijken het recht en de samenleving echter geenszins ideaaltypisch te zijn. Het is vanuit dat perspectief begrijpelijk dat in het kader van bijvoorbeeld de bevordering van de behandelingssnelheid van strafzaken bepaalde aanpassingen noodzakelijk kunnen zijn. Daarbij vindt volgens de Hoge Raad de opvatting dat alle verdachten recht zouden hebben op een behandeling in twee instanties voor de feitenrechter, geen steun in het recht.³² In de vorige paragraaf bleek dat sommigen het prefereren om de eerste feitelijke aanleg te beschouwen als voorbereiding op het grotere werk van het hoger beroep. De nieuwe strafrechtelijke appelregeling biedt daartoe de mogelijkheid. In deze paragraaf wordt gekeken naar de consequenties van de nieuwe hoger beroepsregeling voor de materiële waarheidsvinding in appel. Daarbij zal worden toegespitst op de voornaamste veranderingen van de regeling, te weten de invoering van een soort grievenstelsel en verlostelsel. Terzijde nog het volgende. Ondanks voorstellen daartoe is de mogelijkheid om de tenlastelegging in hoger beroep te wijzigen niet afgeschaft. Hoewel er bezwaren tegen kunnen worden ingebracht, maakt het kunnen wijzigen van de tenlastelegging in hoger beroep wel dat beter naar de materiële waarheid kan worden gezocht dan wanneer de tenlastelegging niet kan worden gewijzigd. Dat werkt in het

30 P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *a.w.*

31 In de Memorie van Toelichting is enkel terug te vinden: ‘Aan de orde is meer dan waarheidsvinding alleen.’ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 320, nr. 3, p. 4.

32 HR 8 maart 1988, *NJ 1988*, 796, r.o. 5.3.

voordeel van het achterhalen van de feiten die zich daadwerkelijk hebben afgespeeld en waarop het Openbaar Ministerie het oog heeft. Daar staat tegenover dat de in hoger beroep gewijzigde tenlastelegging slechts in één aanleg wordt beoordeeld op conformiteit met de materiële waarheid. Dit aspect wordt in deze bijdrage verder niet besproken omdat de nieuwe regeling wat dit punt betreft dus geen wijziging behelst.

4.2 Invloed van verlostelsel op materiële waarheidsvinding

Een verlostelsel komt niet direct ten goede aan de materiële waarheidsvinding. Daar waar het hoger beroep mede dient om zo helder mogelijk voor het voetlicht te brengen wat zich heeft voorgedaan, is het al niet de bedoeling dat die mogelijkheid wordt beperkt zoals bij het hierna te bespreken grievenstelsel, laat staan dat het in bepaalde gevallen wordt uitgesloten zoals bij het verlostelsel. Twee opeenvolgende rechters maken, zo wordt over het algemeen aangenomen, minder fouten dan één. Daarbij is het hoger beroep de laatste feitelijke instantie. Daarna is er geen mogelijkheid meer om duidelijkheid te verkrijgen over wat het strafbare feit heeft ingehouden en staat slechts vast wat daarover in tweede aanleg in een juridische context aan de orde is gekomen. Zou dit hypothetisch gezien, voor zover het gaat om een zaak die voor hoger beroep een verlostelsel verlangt, als consequentie kunnen hebben dat een rechter in eerste aanleg, – onbewust – ‘beter’ zijn werk gaat doen omdat er geen vangnet (van feitelijke aard) meer is? Dit zou zo kunnen zijn, met als mogelijk gevolg dat de rechtsongelijkheid toeneemt. Of heeft het juist tot gevolg dat er meer herzieningsverzoeken (indien mogelijk) komen of dat de Hoge Raad (meer) oog zal krijgen voor feitelijkeheden? Of zullen zowel verdediging als (idealiter) Openbaar Ministerie in eerste aanleg in dergelijke zaken de onderste steen boven proberen te krijgen om de materiële waarheid maar boven tafel te kunnen krijgen? De raadsheer die verlostelsel verleent zal dat moeten doen op basis van zijn oordeel of dat in het ‘belang van een goede rechtsbedeling’ is. Van Woensel noemt de inhoud van deze term uitermate vaag.³³ Haentjens noemt het begrip rubber.³⁴ De niet limitatieve opsomming in de Memorie van Toelichting van gevallen waarin wel of juist geen sprake is van een ‘goede rechtsbedeling’, verschaft niet al te veel duidelijkheid.³⁵ Het blijft een open norm waarmee alle kanten kan worden opgegaan en de enige grondslag voor de invoering ervan moet zijn gelegen in doelmatigheidsoverwegingen.³⁶ Een

33 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 20.

34 R.C.P. Haentjens, ‘Het verlostelsel als middel de toegang tot de appèlrechter in strafzaken te stroomlijnen’, in: P.G. Wiewel en R.E. de Winter (red.), *a.w.*, p. 52. Zie bij Haentjens over de goede rechtsbedeling in het bijzonder p. 40-45.

35 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3 p. 24-25.

36 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 21-22; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 23-25.

van de situaties waarin een nieuwe behandeling volgens de Memorie van Toelichting niet in de rede ligt, is wanneer het ‘verlof om appel’-verzoek in de kern niet meer is dan een verzoek om een *second opinion* en ‘de beoordeling op basis van het dossier [niet heeft – BJVK] geleid tot het oordeel dat een nieuwe behandeling naar verwachting tot een ander oordeel zal leiden dan in eerste aanleg gegeven.’³⁷ Dit lijkt te impliceren dat de verlof-raadsheer in lichte strafzaken een soort verkapt hoger beroepsoordeel velt, maar dan niet openbaar. Het is aldus niet zozeer een wat in de Eerste Kamer werd genoemd kafkaëske ‘in het geheim opererende verdelingsinstantie’,³⁸ maar verdergaand een niet in het openbaar zichtbare veroordelingsinstantie. Dat model past niet in deze tijd. Als de raadsheer toch een beslissing neemt en een afweging maakt, waarom zou dat dan niet transparanter kunnen? Als dat neerkomt op een soort preliminaire zitting, dan zou de zaak net zo goed gewoon inhoudelijk kunnen worden behandeld.³⁹ Gerelateerd aan de materiële waarheidsvinding in appel komt dit bijvoorbeeld op het volgende neer. In eerste aanleg is de materiële waarheid gezocht waarna vervolgens de verdachte heeft geprobeerd een nieuwe, tweede feitelijke behandeling van zijn zaak te bewerkstelligen. Een hogere rechter heeft echter met een schuin oog naar het dossier van de eerste feitelijke behandeling gekeken en bedacht dat er niet tot een ander oordeel zal worden gekomen. Als hij de zaak wel volledig zou willen onderzoeken dan is een reguliere behandeling in appel aangewezen. Nu wordt in het kader van doelmatigheid een minder grondig tweede onderzoek verricht. Afhankelijk van de kwaliteit van hetgeen wordt aangevoerd van de zijde van verdachte, zal wel of niet een openbaar tweede oordeel worden gevormd omtrent het daadwerkelijk voorgevallene. Dat gebeurt pas indien daarvoor verlof is gegeven. Is het nu verstandig om het al dan niet naar buiten kunnen komen van de materiële waarheid, zoals die definitief wordt vastgesteld door de appelrechter, daarvan af te laten hangen? Hebben de samenleving en de strafrechtspleging er niet juist belang bij dat de materiële waarheid zo dicht mogelijk wordt benaderd en dat duidelijk wordt dat een individuele verdachte, ook al betreft het een standaardzaak, door de rechtsprekende overheid net zo rechtvaardig wordt behandeld als zijn gelijken?

4.3 Invloed van grievenselsel op materiële waarheidsvinding

Een andere grote wijziging die samenhangt met de stroomlijning van het hoger beroep betreft het genoemde wettelijke grievenselsel. Er is niet gekozen voor

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3 p. 24-25. Uitgebreid en eveneens kritisch: R.C.P. Haentjens, *a.w.*, p. 44-45.

38 Uitdrukking van de PvdA-senaatsfractie, ontleend aan Van Woensel: A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 12, noot 15.

39 P.A.M. Mevis, *a.w.*, p. 6.

een zuiver grievenstelsel waarin de rechter zou zijn beperkt tot de aangevoerde bezwaren.⁴⁰ De appelrechter blijft zelfstandig verantwoordelijk voor de compleetheid van het onderzoek ter terechtzitting, heeft te oordelen op basis van het beslissingsmodel en zal ambtshalve of op instigatie van partijen aandacht moeten besteden aan alle overige van belang zijnde aandachtspunten. Brengt dat problemen met zich mee voor de materiële waarheidsvinding? Dat lijkt niet direct het geval, maar het mes snijdt aan twee kanten. Enerzijds draait het op een beperking uit doordat partijen met elkaar een formele waarheid overeen kunnen komen door af te spreken waarover niet meer zal worden geklaagd en daarin de rechter te betrekken.⁴¹ Anderzijds zou er meer tijd en ruimte moeten ontstaan om de twistpunten die naar voren worden gebracht in hoger beroep extra goed aan een nader onderzoek te onderwerpen. Dit laatste werkt logischerwijs ten faveure van de betreffende onderdelen in een zaak en zal al hetgeen zich daadwerkelijk heeft afgespeeld vermoedelijk dichter benaderen dan de onderdelen die in appel niet extra worden onderzocht. Het is opmerkelijk dat de wetgever blijkbaar het gevoel had dat een keuze moest worden gemaakt tussen ofwel een intensieve behandeling van een strafappel op specifieke onderdelen (het nieuwe systeem) ofwel een kennelijk meer globaal appelonderzoek van de gehele zaak (het oude systeem). Vanuit theoretisch oogpunt zou een dergelijke keuze er wat mij betreft niet behoren te zijn. Idealiter worden alle aspecten van een zaak even sterk belicht en is er geen sprake van uitwisseling van tijd of zorgvuldigheid. Het kan niet zo zijn dat naar onderdeel X minder diepgravend onderzoek wordt gedaan zodat aan onderdeel Y extra veel tijd kan worden besteed (ervan uitgaande dat onderdeel X een grotere inspanning verlangde dan het kreeg). Beide onderdelen zouden, in theorie, de hoeveelheid onderzoek moeten krijgen die ze verdienen en die noodzakelijk is om de materiële waarheid aan de dag te brengen. Het is op zich echter te begrijpen dat middelen slechts beperkt inzetbaar zijn en hoewel pragmatische argumenten bij een theoretisch probleem mijns inziens liever niet doorslaggevend mogen zijn, is het uitgangspunt dat aan alle rechtsgedingen een einde dient te komen (*lites finiri oportet*) voldoende fundamenteel om dat praktische argument van enig theoretisch gewicht te voorzien.⁴² Daarnaast blijft ondertussen de appelrechter zoals al werd gesteld verantwoordelijk voor het onderzoek ter terechtzitting in tweede feitelijke aanleg. Ook hier is sprake van een (weliswaar meer verborgen) open norm volgens Van Woensel voor wat betreft het wel of niet honoreren van de grieven.⁴³ De kwaliteit en de houding van de verdediging zijn daarmee eveneens bepalend voor de mate

40 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 13-14.

41 Die rechter behoudt uiteraard wel zijn eigen verantwoordelijkheid en actieve opstelling.

42 Al zou ik willen stellen dat voor meer en beter onderzoek eerder extra financiële middelen dienen te worden vrijgemaakt, dan dat het ten koste moet gaan van een gehele en volledige behandeling van de strafzaak en daarmee de materiële waarheidsvinding.

43 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 22.

waarin de materiële waarheid aan het licht komt en openbaar wordt. Met de eigen verantwoordelijkheid van de zittingsrechter lijkt dit grievenstelsel voor de materiële waarheidsvinding, die gebaat is bij een tweede nieuwe feitelijke aanleg, minder schadelijk te zijn dan het hiervoor besproken verlostelsel. Dit kan echter worden betwifteld. 'De bestaande capaciteitsproblematiek binnen de zittende macht zal [...] bepaald niet uitnodigen'⁴⁴ tot het aansnijden van de aspecten in een zaak waarover partijen het niet oneens zijn, zo valt ten aanzien van die eigen verantwoordelijkheid van de appelrechter met de Eerste Kamer op te merken. Daardoor zou het risico kunnen ontstaan dat sommige punten eerder aan de aandacht ontsnappen dan in het vorige stelsel het geval was.

5 CONCLUSIE

Met de nieuwe regeling van het strafrechtelijk hoger beroep worden een verlostelsel en een soort grievenstelsel ingevoerd. Dit heeft consequenties voor de materiële waarheidsvinding. Het zoeken naar wat daadwerkelijk is gebeurd en het openbaar maken daarvan vormt een belangrijke component van het Nederlandse strafproces. Het strafrechtelijk appel kan een aanzienlijke bijdrage leveren aan de materiële waarheidsvinding. In de derde paragraaf is op een aantal verschillen gewezen tussen materiële waarheidsvinding in eerste aanleg en in tweede aanleg. De strafrechtspleging lijkt gebaat te zijn met de tweede instantie die zeker iets toe kan voegen aan het zoeken naar wat daadwerkelijk is gebeurd. Naarmate echter meer sprake is van het begrenzen van het hoger beroep, komt ook het streven naar het vinden van de materiële waarheid in het gedrang. Het beschermen van deze waarheidsvinding lijkt bij de nieuwe regeling geen speerpunt te zijn geweest voor de wetgever. Op een enkele opmerking vanuit de Eerste Kamer 'dat waarheidsvinding in alle stadia van het strafproces een niet te miskennen factor is'⁴⁵ is door de minister van Justitie niet concreet gereageerd.⁴⁶ De minister zal de waarheidsvinding hebben gezien als één van de raderen in het grotere geheel van het totale appel waarvoor de rechter de volle verantwoordelijkheid draagt. Daarbinnen zijn meer factoren van belang naast de waarheidsvinding. De minister was van mening dat naast een grotere doelmatigheid en efficiency, mogelijk een verhoogde kwaliteit zou worden bereikt, maar spitste dat dus niet speciaal toe op de materiële waarheidsvinding. Uiteindelijk zou het in de praktijk voor wat betreft de materiële waarheidsvinding kunnen gaan meevallen. De verlostregeling sluit slechts bepaalde gevallen van een tweede behandeling uit.

44 *Kamerstukken I 2005/06*, 30 320, nr. B, p. 2.

45 *Kamerstukken I 2005/06*, 30 320, nr. B, p. 2.

46 *Kamerstukken I 2005/06*, 30 320, nr. C. De Eerste Kamer ging met die memorie van antwoord akkoord.

Daardoor wordt het vinden van de materiële waarheid tot op zekere hoogte afhankelijk gesteld van de kwaliteit van de verlofaanvraag. Dat is jammer. Het grievensysteem ligt op een andere manier gevoelig. Er zal moeten worden afgewacht hoe de appelrechter in de praktijk omgaat met zijn onderzoeksverantwoordelijkheid voor 'hetgeen overigens nodig is' (in de zin van artikel 415 lid 2 Sv).

Wanneer het gaat om de theoretische invulling van gewichtige beginselen zoals het strafrechtelijk hoger beroep, dan mogen pragmatische bezwaren of argumenten niet zonder meer doorslaggevend zijn. Praktische, kwantitatieve argumenten kunnen een rol spelen, zolang dat maar niet al te prominent is. Dat laatste lijkt door de nadruk op doelmatigheid en efficiëntie⁴⁷ echter toch het geval te zijn geweest met de stroomlijning van het strafrechtelijk hoger beroep. Daardoor en de daarmee samenhangende ontstane risico's heeft de materiële waarheidsvinding kwalitatief lichtelijk in het gedrang kunnen komen. Passende tot slot is het af te sluiten met de alinea die Bosch liet volgen op het citaat waarmee deze bijdrage werd geopend en waarin het ging om de zoektocht naar waarheid te omgeven met waarborgen zoals het strafrechtelijk appel:

'Daarom is het ook goed zich de betekenis van die waarborg nog eens ten volle in te prenten in een tijd zoals deze, waarin zo nu en dan de tendens naar voren komt om de rechtsmiddelen en vooral het appel in te perken. Het zou zijn een herhaling van een fout, begaan door vorige geslachten, welke ook nu in de rechtszekerheid niet ongewroken zou blijven.' – J.W. Bosch⁴⁸

47 A.M. van Woensel, *a.w.*, p. 28.

48 J.W. Bosch, *a.w.*, p. 82.

M.A.H. van der Woude

'The hidden central issue in world risk society is how to feign control over the uncontrollable – in politics, law, science, technology, economy and every day life'.¹

1 INLEIDING

De huidige samenleving heeft al verschillende etiketten opgeplakt gekregen, zoals *risk society*, *culture of control* en *liquid society*. Hoewel alle etiketten ieder hun eigen specifieke invulling en uitwerking kennen, duiden ze allemaal op een gewijzigde samenleving. De afgelopen decennia is de samenleving anoniemer, risicovoller, opener en daarmee ook onzekerder geworden.² Een van de vele nieuwe onzekerheden die de samenleving kent is (de dreiging van) terrorisme. Daar deze onzekerheid zich al een aantal malen heeft geconcretiseerd in de vorm van aanslagen in binnen- en buitenland en het ontstaan van spanningen tussen autochtonen en allochtonen in Nederland, is het niet verwonderlijk dat het bestrijden van (de dreiging van) terrorisme een belangrijk agendapunt is van zowel de overheid als de burgers. De terroristische gebeurtenissen in eigen en andere landen hebben de reeds onder de bevolking levende gevoelens van ontevredenheid over het overheidsoptreden ten aanzien van veiligheid, maar ook migratie, aanzienlijk versterkt. Deze combinatie van ontevredenheid, onveiligheid en onzekerheid heeft er voornamelijk vanaf 9/11 voor gezorgd dat de Nederlandse politiek, en in het bijzonder het beleid ten aanzien van veiligheid, in toenemende mate populistische trekken vertoont.

-
- 1 U. Beck, 'The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited', *Theory, Culture & Society* 2002, p. 41.
 - 2 Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge: Polity Press 2000; Z. Bauman, 'Morele uitdagingen van het vloeibaar moderne leven', in: T. Daems en L. Roberts (red.), *Zygmunt Bauman. De schaduwzijde van de vloeibare moderniteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 9-22; U. Beck, *Risk Society. Towards a New Modernity*. London: Sage Publications 1992; D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Disorder in Contemporary Society*, Chicago: University of Chicago Press 2001; R. van Swaaningen, 'Veiligheid in Nederland en Europa: een sociologische beschouwing aan de hand van David Garland', *Justitiële Verkenningen* 2004, nr. 7, p. 9-24; R. van Swaaningen, 'Public safety and the management of fear', *Theoretical Criminology* 2005, p. 289-304.

De opkomst van partijen als de Lijst Pim Fortuyn, de Partij voor de Vrijheid (Wilders) en de ‘beweging’ Trots op Nederland van Verdonk ondersteunen dit. Alle drie claimen de lange tijd niet gehoorde stem van ‘de gewone burger’ en diens onderbuikgevoelens ten aanzien van criminaliteit, werkgelegenheid en migratie te vertolken. Dat dit discours succesvol is, blijkt wel uit de monsterzege van de Lijst Pim Fortuyn in 2002, alsmede uit de huidige politieke peilingen: wanneer er nu verkiezingen zouden worden gehouden, dan zou de Partij voor de Vrijheid uitkomen op tien zetels en Verdonk op twintig.³

Met veiligheid is ook het strafrecht als instrument om veiligheid te bereiken een *hot topic*. Dat het strafrecht niet het meest geschikte middel is om dit doel van ‘collectieve veiligheid’ te bereiken is bekend. Boutellier sprak immers in dit kader al een aantal jaar geleden over de ‘veiligheidsutopie’ en de daarmee gepaard gaande strafrechtelijke paradox.⁴ Hiermee doelt Boutellier op de grenzen van het strafrecht als ‘wapen’ in de hedendaagse strijd tussen veiligheid en vrijheid. Veiligheid en strafrecht worden vaak in één adem genoemd, maar bij nadere beschouwing blijkt het strafrecht niet het middel te zijn waarmee de behoefte aan veiligheid van de hedendaagse mens kan worden bevredigd, waardoor er afbreuk wordt gedaan aan de overtuigingskracht en legitimiteit van het strafrecht. Echter, ondanks deze kennis wordt het strafrecht nog steeds als een van de belangrijkste middelen gezien om veiligheid te waarborgen. Dit heeft niet alleen gevolgen voor de overtuigingskracht en legitimiteit van het strafrecht maar ook voor de doelstelling van het strafrecht.

In dit artikel zal het centrale thema van deze bundel, waarheid en waarheidsvinding, worden gezien vanuit zowel juridisch als criminologisch perspectief. In de eerste plaats zal in § 2 worden stilgestaan bij de veranderende samenleving en de daarmee gepaard gaande groei van gevoelens van onveiligheid en onzekerheid. Vervolgens zal worden aangetoond op welke wijze het veiligheidsbeleid en daarmee samenhangend, het strafrecht, onder invloed van deze groeiende gevoelens van onveiligheid en onzekerheid sterk over de preventieve boeg worden gegooid (§ 3). In § 4 en § 5 wordt stilgestaan bij de meest recente bron van onzekerheid, terrorisme, en de als gevolg daarvan ontwikkelde antiterrorismewetgeving, welke kan worden aangemerkt als ‘risicojustitie pur sang’. Tot slot zal aan de hand van deze terrorismewetgeving worden aangetoond wat de gevolgen zijn van het huidige veiligheidsbeleid dat wordt gestuurd door preventie, risico-inschattingen en percepties. Zo staat in § 6 de verschuiving van een retrospectief *waarheids*begrip naar een prospectief *mogelijkheids*begrip centraal en zal in § 7 worden stilgestaan bij de wankelende ‘waarheidsbasis’ waarop de terrorismewetgeving is gegrond.

3 Zie: www.politiekebarometer.nl laatst bezocht op 23 juni 2008.

4 H. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

2 GROEIENDE ONZEKERHEID IN EEN VERANDERENDE SAMENLEVING

Zoals in de inleiding reeds aangegeven, hebben diverse auteurs vanuit verschillende invalshoeken reeds beschreven op welke wijze de laatmoderne samenleving een samenleving is waar risicobesef en risicobeheersing centraal staan. Grofweg komt het er op neer dat 'grote processen' als globalisering, mobilisering en technologisering hebben geleid tot een groeiende pluriformiteit, fragmentering en een geleidelijk proces van individualisering.⁵ Deze processen geven weliswaar nieuwe mogelijkheden bij de inrichting van het leven van burgers, maar leveren ook onzekerheden op.⁶ Zo verliezen als gevolg van de (culturele) fragmentering en maatschappelijke individualisering regels en normen hun duidelijkheid en gezag. Tegelijk zijn door toegenomen mobiliteit en ontbedding van het sociale leven, informele of ingebouwde vormen van sociale controle en toezicht verdwenen of hebben ook deze deels hun kracht verloren. De stijgende criminaliteitscijfers die hiervan mede het gevolg zijn, doen ook de gevoelens van onveiligheid onder burgers stijgen.⁷ Burgers zijn zich bewust van het feit dat criminaliteit en onveiligheid onontkoombare sociale feiten en risico's zijn geworden die deel uitmaken van het leven van alledag.⁸ Deze risicobewustheid en onveiligheidsgevoelens zijn in Garland's analyse van de VS en het Verenigd Koninkrijk de ingrediënten die deze samenlevingen tot *high crime societies* maken.⁹

Ook in Nederland zijn vergelijkbare ontwikkelingen, zij het in iets minder sterke mate, zichtbaar. Waar in het Nederland van voor 1960 de 'zuilen' zorgden voor samenhang en als solide basis voor het leven van de burgers dienden – alles was immers opgebouwd rondom de zuil waartoe men behoorde – neemt de 'bindende' kracht van de zuilen na 1960 langzaam af.¹⁰ Deze ontzuiling heeft onder meer tot gevolg dat de nalevende en sociaal ordenende kracht van de zuilen op de binnen de zuil centraal staande waarden, normen en gedragsvoorschriften ook afneemt. Niet langer biedt de zuil het referentiekader waarmee men zich identificeert en aan welke regels en tradities men zich conformeert. De individu los van diens zuil komt centraal te staan. Dit proces van individualisering en ontzuiling zorgt daarmee ook voor het wegval-

5 A. Giddens, *Modernity and self-identity. Self and society in the late modern age*, Cambridge: Polity Press 1991; A. Giddens, *Beyond left and right. The future of radical politics*, Cambridge: Polity Press 1994.

6 J. Terpstra, 'Veiligheidszorg en laatmoderniteit: veranderingen in veiligheidsbeleid en de zorg om veiligheid', *B&M* 2004, p. 153-162.

7 T. Jones en T. Newburn, 'The transformation of policing? Understanding current trends in policing systems', *British Journal of Criminology* 2002, p. 1-18.

8 J. Young, *The exclusive society. Social exclusion, crime and difference in late modernity*, London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications 1999.

9 D. Garland, 'The culture of high crime societies: some preconditions of recent "law and order" policies', *British Journal of Criminology* 2000, p. 347-375.

10 P. Pennings, *Verzuiling en ontzuiling: de lokale verschillen. Opbouw, instandhouding en neergang van plaatselijke zuilen in verschillende delen van Nederland na 1880*, Kampen: Kok 1991, p. 21-29.

len van bepaalde zekerheden en draagt bij aan groeiende gevoelens van onzekerheid.¹¹ De ontzuiling in combinatie met stijgende criminaliteitscijfers in de jaren zeventig en tachtig, risicovolle technologische ontwikkelingen en een commercieel media-apparaat dat uitvoerig aandacht besteedt aan elk incident dat wijst op sociale onveiligheid hebben ook in Nederland vanaf die periode geleid tot stijgende maatschappelijke onzekerheid en sterk risicobesef.

3 ONTSTAAN VAN HET VEILIGHEIDSDISCOURS

Deze gewijzigde maatschappelijke veranderingen en de daarmee gepaard gaande maatschappelijke onzekerheid hebben de basis gelegd voor veranderingen in het criminaliteitsbeleid. In de periode na de Tweede Wereldoorlog was het begrip misdaad in het politieke discours onlosmakelijk verbonden met het begrip rechtvaardigheid. De nadruk in het discours lag op de rechten van verdachten en de nadelige gevolgen van straf. Misdadaad werd gezien als een zaak tussen dader en het strafrechtelijk systeem. Er was niet of nauwelijks sprake van publieke controle of invloed op dit strafrechtelijk apparaat en misdaad was geen politieke 'hoofdzaak'. De stijgende criminaliteitscijfers en de groeiende maatschappelijke onzekerheid liggen (mede) ten grondslag aan de verschuiving die medio jaren tachtig is waar te nemen in het discours rondom misdaad. In dit nieuwe discours wordt criminaliteit benaderd vanuit een visie waarin recht en orde en een instrumenteel strafrecht centraal staan. De regeringsnota 'Samenleving en Criminaliteit'¹² is in dit opzicht kenmerkend voor deze verschuiving.¹³

Kort gezegd kan de verschuiving in het discours rondom criminaliteit worden gezien als een conversie van een discours waarin misdaad is gekoppeld aan rechtvaardigheid naar een discours waarin misdaad en (orde)handhaving centraal staan. Mede onder invloed van een steeds krachtiger wordend media-apparaat is misdaad verworpen tot een publieke aangelegenheid en niet meer louter een kwestie waarover slechts juridische professionals of experts zich kunnen uitlaten en mee kunnen bemoeien. Deze wijziging in het discours rondom misdaad en criminaliteit is niet uniek voor de Nederlandse situatie, integendeel zelfs. Volgens Pakes kan er worden gesproken over een

11 Z. Bauman, 'Morele uitdagingen van het vloeibaar moderne leven', *a.w.*; Z. Bauman, *Liquid Modernity*, *a.w.*, p. 7-10; R. Bijl, 'De sociale staat van Nederland: meer ontspannen, minder meegaand', in: R. Bijl, J. Boelhouwer en E. Pommers (red.), *De Sociale Staat van Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2007, p. 306; H. Boutellier, *a.w.*, p. 42, 53-56.

12 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 13-14.

13 F. Pakes, 'The politics of discontent: The Emergence of a New Criminal Justice Discourse in the Netherlands', *The Howard Journal of Criminal Justice* 2004, p. 293; R. van Swaaningen, 'Public safety and the management of fear', *a.w.*, p. 297; M.A.H. van der Woude en E. van Sliedregt, 'De risicosamenleving: Overheid vs. Strafrechtswetenschap? Aanwijzingen voor het debat rondom veiligheid en risico's', *Proces* 2007, p. 218.

cultural security complex. Criminaliteit wordt niet langer gezien als een mogelijk gevaar voor de persoonlijke veiligheid van burgers, maar als een aantasting van de collectieve veiligheid, een bedreiging voor het culturele weefsel van de samenleving.¹⁴ Met de al eerder genoemde nota 'Samenleving en Criminaliteit' is ook in Nederland het bereiken van collectieve veiligheid een van de belangrijkste politieke doeleinden geworden. Sinds de nota wordt het strafrecht in Nederland steeds gericht ingezet ter realisering van politieke doeleinden en kan worden gesproken van een van overheidswege gevoerd veiligheidsbeleid. De overrepresentatie van bepaalde minderheden in de criminaliteitsstatistiek wordt daarbij, conform dit culturele veiligheidscomplex, naast een inbreuk op de collectieve veiligheid, gezien als een inbreuk op de tolerante Nederlandse samenleving.

Het bestrijden van de groeiende onveiligheidsgevoelens die gepaard gaan met dit *cultural security complex* wordt net zo belangrijk als het bestrijden van de daadwerkelijke criminaliteit. Vanaf de jaren negentig wordt er door de overheid in deze context dan ook gesproken over een *integraal* veiligheidsbeleid. Hieronder wordt verstaan: 'het op een systematische en samenhangende manier werken aan het behoud of verbetering van de (lokale) veiligheid in al haar facetten'.¹⁵ De focus is hiermee niet alleen gericht op criminaliteit, maar op alle mogelijke bronnen van onveiligheid. Hoewel onveiligheid een veel meer omvattend en sterk subjectief begrip is, wordt het vanaf dit moment door politici gebruikt als ware het een synoniem voor criminaliteit en andersom. Zo luidt een passage uit de aanbiedingsbrief van de in 1993 aan het parlement aangeboden 'Integrale Veiligheidsapportage':

'De burgers in ons land maken zich terecht zorgen over de onveiligheid. Deze gevoelens hebben betrekking op velerlei en veelsoortige oorzaken. Ongerustheid over stijgende criminaliteit gaat gepaard met bezorgdheid over andere risico's die de veiligheid bedreigen: milieuongevallen, verkeersongelukken, verloedering van stadsdelen, brandgevaar, rampen, etc.'¹⁶

Deze subjectieve en veel omvattende betekenis van veiligheid maakt een criminaliteitsbeleid dat zich op het bestrijden van onveiligheid(sgevoelens) oriënteert problematisch. Niet alleen is het moeilijk om 'gevoelens' te bestrijden, tevens is de subjectieve beleving van onveiligheid een buitengewoon gecompliceerde zaak waarin verschillende lagen te onderscheiden zijn: de angst om daadwerkelijk slachtoffer te worden van criminaliteit, de zorg over criminaliteit

14 F. Pakes, 'The Ebb and Flow of Criminal Justice in the Netherlands', *International Journal of the Sociology of Law* 2006, p. 141-156; F. Pakes, 'Penalization and Retreat: the changing face of Dutch Criminal Justice', *Criminology and Criminal Justice* 2005, p. 145-161; F. Pakes, 'The politics of discontent', *a.w.*, p. 284-298.

15 De definitie is afkomstig uit *Gids voor veiligheid Deel 1, 99 vragen over veiligheid en hun antwoorden*, Ministerie van Binnenlandse Zaken, maart 1998.

16 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 096, nrs. 1-2.

als maatschappelijk probleem, de onvrede over andere sociale problemen, en de algemene onzekerheid die samenhangt met de risicomaatschappij.¹⁷ Deze subjectivering van het strafrechtelijk beleid is niet alleen erg gevoelig voor de waan van de dag, maar draagt ook bij aan het inzetten van het strafrecht voor problemen waarvoor het niet is toegerust.¹⁸ Het maar de vraag in hoeverre hier altijd een rol voor de overheid is weggelegd, een dergelijk beleid is ook zeer kwetsbaar voor de waan van de dag.¹⁹ Door criminaliteit te verbinden met veiligheid, wordt de invloedssfeer en de inzet van het strafrecht als sociaal regulerend instrument aanzienlijk vergroot. Pakes beschrijft in een tweetal artikelen op welke wijze gebeurtenissen als de vuurwerkcramp in Enschede (13 mei 2000) en de brand in café het Hemeltje in Volendam (1 januari 2001) deze gevoelens van maatschappelijke onrust en de ontevredenheid over de reactie van overheidswege hebben versterkt.²⁰ Het typisch Nederlands fenomeen ‘gedogen’ wordt mede naar aanleiding van deze twee gebeurtenissen in de media stevig bekritiseerd en de burgers eisen een duidelijke oplossing, zo niet garantie, van de overheid voor aanwezige veiligheidsproblemen in de publieke ruimte.²¹

Het bestrijden van onveiligheidsgevoelens blijft een belangrijke rol spelen in het nieuwe millennium. De beleidsnota ‘Naar een veiliger samenleving’ (2002) bevestigt het beeld.²² Deze beleidsnota neemt als uitgangspunt het terugdringen van onveiligheidsgevoelens die onder de burgers leven.²³ Om dit te bereiken presenteert de overheid 105 voorstellen die het gehele spectrum van de strafrechtspleging beslaan. Door onwenselijk, maar op zichzelf niet delinquent, gedrag steeds vaker door nieuwe strafbaarstellingen onder het strafrecht te brengen en door het gebruik van risicotaxaties binnen de opsporingsfase worden alle zeilen bij gezet om de burgers hun veiligheidsgarantie te bieden. Deze ontwikkeling, die steeds meer ingeburgerd raakt, ook in het juridische jargon, wordt aangeduid met de veelzeggende en vaak gebezigde term *risicojustitie*.²⁴ De tijd van gematigd handelen is voorbij en er wordt een stevige aanpak tegen criminaliteit en gevoelens van onveiligheid gepresenteerd, waarbij er vanwege de traditionele verbondenheid van strafrecht en veiligheid

17 H. Boutellier, *Meer dan veilig. Over bestuur, bescherming en burgerschap* (oratie VU Amsterdam), 7 april 2005 (spreektekst).

18 C.C.J.H. Bijleveld en H.G. van de Bunt, *De grens van onveiligheid* (diesrede VU Amsterdam), 20 oktober 2003.

19 R. van Swaaningen, ‘Public safety and the management of fear’, *a.w.*, p. 291.

20 F. Pakes, ‘The Politics of Discontent’, *a.w.*, p. 287.

21 J. Terpstra, *a.w.*, 155-157; F. Pakes, ‘The Politics of Discontent’, *a.w.*, p. 287-289.

22 Ministerie van Justitie, *Naar een veiliger samenleving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002.

23 De trend van *reassurance policing* past bij deze ontwikkeling. Deze politieaanpak richt zich op het bestrijden van onveiligheids-/angstgevoelens in plaats van op het bestrijden van criminaliteit.

24 Zie voor een uitvoerige omschrijving van de term onder meer L.M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid, een onderneming vol risico's* (inaugurele rede Leiden), Leiden 2003.

een belangrijke (preventieve) rol voor het strafrecht is weggelegd.²⁵ Na de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk staat nu ook het veiligheidsbeleid in het voormalige 'baken der verlichting', Nederland, in het teken van *being tough on crime* en speelt dit uitgangspunt een belangrijke rol in het politieke debat.²⁶ Deze ommekeer in het politiek beleid wordt ook wel de ommekeer naar een 'politiek van recht en orde' genoemd.²⁷ Alle politieke partijen, zowel links als rechts georiënteerd, vinden in het thema veiligheid een belangrijk thema om kiezers te winnen.²⁸

4 TERRORISME ALS EEN BRON VAN ONZEKERHEID

Sommige risico's zijn van nature mondiale risico's volgens Beck. Het gaat in deze gevallen vaak om risico's die landsgrenzen overschrijden, moeilijk tot niet in de hand te houden zijn en een verwoestend effect kunnen hebben op alle burgers.²⁹ Dit onvoorspelbare en verwoestende karakter maakt een mondiaal risico tot een grote bron van angst en onzekerheid. Terrorisme is een van deze 'mondiale' risico's waarmee de Westerse wereld de afgelopen decennia meer en meer te maken heeft gekregen. Zo ook, hoewel gelukkig nog op zeer beperkte schaal, Nederland. Waar, zoals uit voorgaande paragrafen volgt, veiligheid en onveiligheidsgevoelens al sinds begin jaren negentig een doorslaggevende rol spelen in het discours rondom criminaliteit en de daaruit voortvloeiende (straf)wetgeving, is dit nog sterker het geval geworden na de aanslagen in de Verenigde Staten, de moord op Theo van Gogh, de arrestatie(s) van Samir A. en de perikelen rond de Hofstadgroep. Uit de resultaten van de Eurobarometer valt af te leiden dat na elk van deze gebeurtenissen de angst onder de bevolking toenam. Zo was na de aanslagen in New York 76% van de Nederlandse bevolking bang voor aanslagen in eigen land en bleef dit

25 Aldus Cleiren: 'Veiligheid en strafrecht zijn traditioneel nauw met elkaar verbonden. Doelstellingen van het strafrecht liggen volgens vele strafrechtstheoretici in de beveiliging van de samenleving, de bescherming van de rechtsorde en het onschadelijk maken van gevaarlijke personen. Zo bezien kunnen strafrecht en veiligheid nauwelijks los van elkaar gedacht worden.' C.P.M. Cleiren, 'Aanwijzingen voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen materieel en formeel strafrecht', in: W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en Recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 175.

26 M.M. Kommer, 'Het Nederlands strafklimaat in internationaal perspectief', in: M. Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 313-330.

27 S.A. Scheingold, *Politics of Law and Order, The Street Crime and Public Policy*, NY: Longman Inc. 1984; D. Downes en R. Morgan, 'The Skeletons in the Cupboard: The Politics of Law and Order at the turn of the Millennium', in: M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (red.) *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 286-321; L. Quinn, 'Politics of Law and Order', *Journal of American and Comparative Cultures* 2002, p. 130-134; R. van Swaaningen, 'Public safety and the management of fear', *a.w.*

28 S. Storm en R. Naastepad, 'The Dutch Distress', *New Left Review* 2003, p. 131-151.

29 U. Beck, 'The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited', *a.w.*, p. 39.

percentage de daarop volgende twee jaren relatief constant om daarna licht te dalen.³⁰ De volgende piek is zichtbaar na de moord op Theo van Gogh en na de arrestatie van Samir A. op 14 oktober 2005. Na 2005 fluctueert het percentage zowel in Nederland als op Europees niveau.³¹

Waar terroristische activiteiten in Nederland in de jaren zeventig niet leidden tot het aannemen van nieuwe (straf)wetgeving, hebben bovengenoemde gebeurtenissen hun uitwerking op het strafrecht niet gemist.³² Drie weken na de aanslagen op het WTC kwam de regering met het 'Actieplan Terrorismebestrijding en Veiligheid' waarin een scala aan aanpassingen werd aangekondigd, variërend van een uitbreiding van de veiligheidsdiensten en politie tot striktere grenscontroles, wetgeving die het gemakkelijker maakt om gesprekken af te tappen en meer toezicht op (de herkomst en bestemming van) financiële transacties etc.³³ In de daaropvolgende jaren, en onder invloed van de 'terroristische' incidenten in Nederland, werd dit actieplan ten uitvoer gebracht. Met betrekking tot het strafrecht resulteerde dit in een indrukwekkend preventief instrumentarium aan strafvorderlijke en strafrechtelijke maatregelen. Naast het, hierna nog te bespreken preventieve karakter, is bijzonder aan de invoering van deze maatregelen op het gebied van terrorismebestrijding dat ze niet zonder meer voldoen aan de gebruikelijke voorwaarden voor strafbaarstelling, aan de gebruikelijke afweging aan de vereisten van proportionaliteit en subsidi-

30 Deze gegevens zijn ontleend aan de gegevens die de Europese Commissie verzamelt en publiceert in de Eurobarometer. Dit is een survey uitgevoerd door de Europese Commissie waarin gegevens over de publieke opinie van burgers in de lidstaten omtrent verschillende kwesties worden weergegeven. European Commission, *Eurobarometer 56. Public Opinion in the European Union: National Report on the Netherlands, executive Summary, 2001* te verkrijgen op http://ec.europa.eu/public_opinion/standard_en.htm

31 Eurobarometer 61 tot en met 67; Transatlantic Trends, online te raadplegen op http://www.transatlantictrends.org/trends/doc/Transatlantic%20Trends_all_0920.pdf (voor het laatst geraadpleegd op 23 juni 2008).

32 Het 'oude' terrorisme zoals we dat kennen van voor 11 september 2001 wordt gekenmerkt door een duidelijke doelstelling en het gebruik van min of meer gelimiteerd geweld. Intimidatie door middel van geweld om op die manier territoriale of ideologische doelstellingen kracht bij te zetten is de centrale strategie. Het doden van slachtoffers wordt zo veel mogelijk vermeden om de kans op inwilliging van de wensen te vergroten. Bij het oude terrorisme kan met betrekking tot de Nederlandse situatie gedacht worden aan de acties van de Molukse jongeren aan het begin van de jaren zeventig. Buitenlandse voorbeelden zijn bijvoorbeeld de IRA, ETA en de RAF. Het nieuwe terrorisme – na 2001 – daarentegen heeft diffuse doeleinden, tegenwoordig vaak terug te voeren tot religieus radicalisme, is mondiaal, fluïde en gericht op het maken van zo veel mogelijk (burger)slachtoffers om daardoor de samenleving zoveel mogelijk te ontwrichten. Zie verder voor dit onderscheid onder meer: U. Rosenthal, E.R. Muller en A. Ruitenbergh, *Het Terroristisch Kwaad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A. Spencer, 'Questioning the concept of new terrorism', *Peace Conflict and Development*, nr. 8, 2006; I. Duyvesteyn, 'How new is the new terrorism', *Studies in Conflict and Terrorism* 2004, p. 439-454; T. Copeland, 'Is the "new terrorism" really new? An analysis of the new paradigm for terrorism', *The Journal of Conflict Studies* 2001, p. 7-27.

33 *Kamerstukken II 2001/02, 27 925*, nr. 10, p. 8-13.

ariteit, aan de fundamentele beginselen en doelen die aan ons materieel en formeel strafrecht ten grondslag liggen en aan de reguliere toets van handhaafbaarheid en inzicht in de te verwachten kosten.³⁴

5 TERRORISMEBESTRIJDING DOOR STRAFRECHTELIJK PREVENTIE

In paragraaf 3 is omschreven op welke wijze het strafrecht als een belangrijk instrument van het nieuwe veiligheidsbeleid werd gezien. Het is dan ook geenszins verwonderlijk dat ook het strafrecht in het geheel van de terrorismebestrijding een belangrijke rol vervult. Echter, geheel in contrast met het klassiek repressieve karakter van het strafrecht, wordt het strafrecht in dit kader ingezet als een belangrijk preventief sociaal-orderend instrument.³⁵ Terrorismewetgeving is het schoolvoorbeeld van het hiervoor reeds geduide begrip risicojustitie. Immers, op de overheid rust een grote verantwoordelijkheid om de dreiging van terrorisme zo effectief mogelijk te bestrijden, aangezien de boodschap 'we hadden het inderdaad kunnen voorkomen' bij een geslaagde terroristische aanslag onverkoopbaar is aan de burgers.³⁶ Een preventief strafrecht waarbij gebruik wordt gemaakt van risico-inschattingen om maar in een zo vroeg mogelijk stadium een potentiële terrorist op te pakken of een eventuele aanslag te voorkomen is noodzakelijk. Aldus minister van Justitie Hirsch Ballin:

'Bij terroristische misdrijven is het van levensbelang – letterlijk – dat we preventief optreden en het is heel verstandig dat we dit doen langs de weg van het strafrecht, met inachtneming van een rechter die er op toe ziet.'³⁷

De ontwikkeling van een op preventieve leest geschoeid strafrecht hangt samen met twee ontwikkelingen binnen het straf(proces)recht,³⁸ waarvan de eerste de verruimde strafrechtelijke aansprakelijkheid in de (vroeg) voorfase van

34 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 175.

35 M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 9.

36 Zo valt te lezen in *Kamerstukken I 2005/06*, 29 743, E, p. 2: 'Bij herhaling heeft de regering er op gewezen dat zij in haar ogen nalatig zou zijn als zij niet alles in het werk zou stellen om effectief justitieel optreden tegen daden van catastrofaal terrorisme mogelijk te maken.' Vgl. ook oud-minister van Justitie, J.P.H. Donner in *RM Themis* 2004, p. 14: 'Het moderne terrorisme, zoals zich dat de laatste jaren over de gehele wereld manifesteert, vormt een bedreiging, ook voor de Nederlandse samenleving. Niemand mag daar de ogen voor sluiten. Wie verantwoordelijkheid draagt voor de burgers in Nederland kan dat in ieder geval niet.'

37 Minister van Justitie Hirsch Ballin in Buitenhof, d.d. 9 september 2007, te raadplegen via <http://www.vpro.nl/programma/buitenhof/afleveringen/?programs=31489288> (voor het laatst geraadpleegd op 23 juni 2008).

38 Zie voor een meer gedetailleerde uiteenzetting van deze ontwikkeling M.J. Borgers, *a.w.*, p. 29 e.v.

het eigenlijke schadetoebrengende handelen betreft. De verdere verruiming van de strafbare voorbereiding, de samenspanning en de strafbare werving voor de gewapende strijd zijn hier voorbeelden van. De materieelrechtelijke wijzigingen vinden hun basis in de nota 'Terrorisme en de bescherming van de samenleving'.³⁹ Zowel de uitbreiding van de samenspanning en de invoering van de strafbare werving voor de gewapende strijd worden door de wetgever gerechtvaardigd door een beroep te doen op de noodzaak van een effectieve bestrijding van terroristische activiteiten. Effectieve bestrijding houdt in dit verband in dat ruim geformuleerde strafbaarstellingen vereist zijn die de gedragingen in de vroege voorfase van die activiteiten omvatten. Het creëren van strafrechtelijke aansprakelijkheid maakt het daarbij vanzelfsprekend mogelijk om in een vroeg stadium tot strafvorderlijk optreden over te gaan, waardoor een verdere voltooiing van de reeds ontplooidde activiteiten wordt gestopt. Bij dit alles staat de bescherming van de samenleving hoog in het vaandel.⁴⁰

De tweede lijn van ontwikkelingen heeft betrekking op het strafprocesrecht. Met het oog op een meer efficiënte bestrijding van terrorisme zijn de bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering uitgebreid. Deze processuele wijzigingen worden gekenmerkt door het mogelijk maken van strafvorderlijk optreden in een zo vroeg mogelijk stadium, waarin er nog weinig tot geen zekerheid bestaat over het al dan niet begaan van strafbare feiten. Een van de belangrijkste wijzigingen die een dergelijk vroeg optreden mogelijk heeft gemaakt, is de introductie van de 'aanwijzing' als criterium voor het toepassen van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Deze wijziging maakt deel uit van een heel palet aan wijzigingen die alle het gevolg zijn van de Wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.⁴¹ De toelichting bij het wetsvoorstel laat er geen enkele onduidelijkheid over bestaan dat deze verruiming louter een preventief doel in zich draagt, te weten het voorkomen van terrorisme.⁴² Ook hier, evenals bij de materieelrechtelijke wijzigingen, vormt de dreiging en met name de voorkoming van de concretisering van deze dreiging de rechtvaardiging voor de wijzigingen in het strafprocesrecht.

Als gevolg van de introductie van de 'aanwijzing' kunnen de in het wetboek opgenomen bijzondere opsporingsbevoegdheden reeds worden ingezet zonder dat er sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv. Deze eis van verdenking vormt volgens de minister bij het opsporen van mogelijk terroristische activiteiten een onoverkomelijke barrière.⁴³ Een aanwijzing is

39 *Kamerstukken II* 2002/03, 27 925, nr. 94.

40 *Handelingen II* 2003/04, p. 2338, 2340; *Kamerstukken I* 2003/04, 28 463, C, p. 3, 5 en *Handelingen I* 2003/04, p. 1763-1765, 1768-1769, 1775.

41 Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580, i.w.tr. op 1 februari 2007.

42 Ik sluit hiermee aan bij M.J. Borgers, *a.w.*, p. 45.

43 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 8.

eerder aanwezig dan het voor artikel 27 Sv vereiste 'redelijke vermoeden van schuld' en vormt dus een lagere drempel, zeker indien men ook in het achterhoofd houdt dat er weinig voor nodig is om van een 'aanwijzing' te kunnen spreken.⁴⁴ Van een aanwijzing is reeds sprake, aldus de Memorie van Toelichting, indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die er op duiden dat er daadwerkelijk een terroristisch misdrijf zou zijn of zal worden gepleegd. Uit de voorbeelden die worden aangedragen in de Memorie van Toelichting blijkt dat het kan gaan om 'zachte informatie', wat wil zeggen dat het anonieme tips, dreigingsanalyses, ambtsberichten en ook 'moeilijk verifieerbare geruchten dat een aanslag wordt voorbereid of daartoe wordt samengespannen' kan betreffen.⁴⁵ Zoals ook De Roos concludeert, zijn we met de invoering van de aanwijzing 'royaal in de preventieve fase beland'.⁴⁶

Met dezelfde Wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven is het vereiste van de ernstige bezwaren die noodzakelijk zijn voor de eerste fase van de voorlopige hechtenis (artikel 67 Sv) komen te vervallen indien het gaat om verdenking van terroristische misdrijven. Eenvoudige verdenking in de zin van artikel 27 Sv is dan voldoende en, zoals ook uit de Memorie van Toelichting volgt, het hoeft niet 'waarschijnlijk' te zijn dat de verdachte het feit heeft gepleegd.⁴⁷ Volgens de regering, die hierin niet werd gesteund door de NVvR en de NOvA, liggen de argumenten voor deze wijziging in de vele potentiële slachtoffers die kunnen vallen bij terroristische aanslagen.⁴⁸ De minister:

'De aanwijzingen bij de start van een onderzoek naar het voorbereiden van een terroristische aanslag behelzen veelal nog niet een hecht onderbouwde verdenking. Tegelijkertijd kan, gelet op het grote aantal slachtoffers dat bij een dergelijke aanslag kan vallen, daadwerkelijk optreden tegen mogelijke betrokkenen niet worden uitgesteld. Deze factoren leiden ertoe dat de inverzekeringstelling zich in deze gevallen op basis van een betrekkelijk lichte verdenking kan voordoen. Het is dan ongewenst dat een bevel tot bewaring door de rechter vervolgens achterwege blijft als het onderzoek in de beschikbare korte periode te weinig heeft opgeleverd.'⁴⁹

Kortom, door het wegvallen van de eis van ernstige bezwaren is het, omwille van het voorkomen van terroristische activiteiten, mogelijk een persoon gedu-

44 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 7, p. 14; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 12, p. 5.

45 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9-10; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 12, p. 3-4.

46 Th.A. de Roos, 'Opsporingsbevoegdheden verruimd in de strijd tegen terrorisme. De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet', *Advocatenblad* 2006, p. 177.

47 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 25.

48 P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering van strafvorderlijke waarborgen', *NJB* 2005, p. 397-400 (zie ook <www.portill.nl/articles/vankempen/Van-Kempen_1.pdf> voor een uitvoeriger versie van dit artikel).

49 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 26.

rende een periode van drie weken (de periode van de inverzekeringstelling en de bewaring) van zijn vrijheid te beroven op basis van louter een eenvoudige verdenking waarbij het niet waarschijnlijk hoeft te zijn dat de verdachte het feit ook daadwerkelijk heeft gepleegd. Wederom een wijziging die louter is ingegeven door overwegingen van preventieve aard dus.

De laatste wijziging ter bespoediging van de opsporing en vervolging van terroristische misdrijven is de omstreden wijziging als gevolg waarvan in geval van verdenking van een terroristisch misdrijf de mogelijkheid bestaat om de duur van de gevangenhouding na ommekomst van negentig dagen telkens met een periode van negentig dagen te verlengen tot maximaal twee jaar. De behandeling van de vordering tot verlenging vindt conform artikel 66 lid 3 Sv in het openbaar plaats. Daarmee wordt voorkomen dat de zaak binnen negentig dagen nadat de gevangenhouding is ingegaan ter terechtzitting moet worden aangebracht, en wordt bereikt dat gedurende een periode van maximaal twee jaar aan de verdachte de kennisneming van bepaalde processtukken kan worden onthouden.⁵⁰ Volgens de regering is deze aanpassing noodzakelijk met het oog op de aard van de informatie bij onderzoeken naar terroristische misdrijven, welke ook informatie uit het buitenland of van buitenlandse inlichtingendiensten kan betreffen waardoor het onderzoek meer tijd in beslag neemt.⁵¹ De vraag is echter of dit een periode van ruim zevenentwintig maanden noodzakelijk maakt. Ten aanzien van het onthouden van processtukken volstaat de regering met het argument dat het voortijdig bekend worden van verkregen informatie schadelijk kan zijn voor de opbouw van strafzaken tegen eventuele medeverdachten.⁵² Niet alleen de verdediging maar ook de rechter heeft op deze manier gedurende een periode van twee jaar geen zicht op de opsporingsactiviteiten. Ook deze laatste wijziging wordt gekenmerkt door risico-uitsluiting. Immers, door een verdachte gedurende een periode van maximaal zevenentwintig maanden vast te houden, zonder dat de rechter over het gehele dossier kan beschikken, is een potentieel terroristisch gevaar tijdelijk uit de samenleving verwijderd en krijgt het Openbaar Ministerie de tijd om een zo goed mogelijke zaak tegen deze verdachte op te bouwen met een lange detentie tot eventueel gevolg.

Tot slot is het in het kader van deze bijdrage van belang om aan te stippen dat het, anders dan de minister van Justitie in de hiervoor reeds aangehaalde aflevering van Buitenhof heeft gesteld, in de strijd tegen terrorisme niet alleen blijft bij de inzet van het – door rechters zo goed te toetsen – strafrecht. Een nieuw *bestuursrechtelijk* middel dat in maart 2007 door de Tweede Kamer is goedgekeurd en momenteel ter behandeling bij de Eerste Kamer ligt, is het Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (hierna: BMNV).⁵³

50 Th. A. de Roos, *a.w.*, p. 179; P.H.P.H.M.C. van Kempen, *a.w.*, p. 398.

51 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3. p. 28.

52 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3. p. 28.

53 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 2.

Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk dat burgers tegen wie bepaalde bezwaren bestaan, op last van de minister van Binnenlandse Zaken, een verbod krijgen opgelegd om in de nabijheid van bepaalde personen te komen of om bepaalde gebieden te bezoeken. De maatregel maakt onderdeel uit van een drietal bestuursrechtelijke maatregelen die kunnen worden ingezet bij de aanpak van terrorisme.⁵⁴ Het gaat bij de aanpak van terrorisme door het bestuur met behulp van het bestuursrecht om een bijzondere vorm van criminaliteitsbestrijding en vooral om preventieve maatregelen ter voorkoming van strafbare feiten.⁵⁵ De noodzaak daartoe is volgens de regering niet zozeer gelegen in het tekortschieten van het strafrecht, maar in de sterk gevoelde wens om het instrumentarium in de strijd tegen het terrorisme zo veel mogelijk te complementeren. Ook in situaties waarvan een zodanige dreiging uitgaat dat de nationale veiligheid in het geding is, maar waar desondanks het strafrecht (nog) niet kan worden ingezet, moet preventief toch kunnen worden opgetreden.⁵⁶ In dat opzicht is er geen verschil met de ratio achter strafbaarstellingen en strafvorderlijke bevoegdheden die met het oog op terrorismebestrijding zijn geformuleerd. In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel BMNV wordt deze doelstelling ook duidelijk verwoord door de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie:

‘(...) moet worden gezien in hoeverre binnen andere wetgevingscomplexen, in het bijzonder het bestuursrecht mogelijkheden kunnen worden gecreëerd voor maatregelen die specifiek gericht zijn op de preventie van terroristische activiteiten en daarmee samenhangende dreigingen tegen personen of goederen in die gevallen waarin strafrechtelijke of strafvorderlijke maatregelen tegen een bepaalde persoon (nog) of niet langer mogelijk zijn.’⁵⁷

De onderbouwing van het Wetsvoorstel BMNV draagt dezelfde kenmerken als de strafvorderlijke en strafrechtelijke wetswijzigingen op het gebied van terrorismebestrijding. Zo wordt er volstaan met een algemeen, abstract dreigingsbeeld, in combinatie met een vanzelfsprekende aanname van het tekort-

54 Naast het Wetsvoorstel BMNV zijn de Aanwijzing veiligheidsrisicogebied en het verschijnsel persoonsgericht verstoren ook inzetbaar. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken II* 2005/06, 29 754, nr. 60, p. 6.

55 Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 11: ‘Wanneer tijdens het monitoren aan terrorisme gerelateerde activiteiten worden geconstateerd, die niet tevens als strafbare feiten kunnen worden getypeerd, kan gekozen worden deze activiteiten te verstoren. Met verstoren wordt bedoeld het zodanig ‘in de gaten houden’ van iemand dat hem en zijn omgeving duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei vorm van overheidsop treden, zonodig met gebruikmaking van andere wettelijke bevoegdheden zodat de persoon feitelijk geen rol meer zal kunnen spelen in aan terrorisme gerelateerde zaken.’

56 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 566, nr. 6, p. 3.

57 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 2, 30.

schieten van het bestaande strafrechtelijk instrumentarium.⁵⁸ Door gebruik te maken van het bestuursrecht in plaats van het strafrecht kan een burger nu, ondanks het opgerekte en uitgebreide strafrechtelijke instrumentarium, in een nog vroeger stadium onderwerp worden van onderzoek, immers in die gevallen waarin er op basis van het straf(proces)recht nog geen of niet meer maatregelen te treffen zijn. Een belangrijk gevolg van een dergelijke bestuursrechtelijke aanpak is dat de rechter slechts *achteraf* aan een beoordeling van de bestuurlijke maatregel toekomt, als deze reeds is opgelegd, en dan nog alleen als de betrokkene daartegen beroep instelt.⁵⁹ In de Kamerstukken noch in het advies van de Raad van State wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing vooraf. Naast Nederland is het Verenigd Koninkrijk het enige andere land dat in de strijd tegen het terrorisme naast strafrechtelijke maatregelen ook bestuursrechtelijke maatregelen hanteert.⁶⁰ Met deze maatregel loopt Nederland zelfs de leider van de *global war on terror*, de Verenigde Staten, voorbij. In de Patriot Act is de bevoegdheid tot het maken van inbreuken op grondrechten van burgers uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van voorafgaande toetsing en toestemming door de rechter.⁶¹

6 KANTTEKENING: PREVENTIE TEN KOSTE VAN DE MATERIËLE WAARHEIDSVINDING?

Hoewel deze zeer beknopte uiteenzetting van een aantal 'hoogtepunten' uit de Nederlandse terrorismewetgeving op geen enkele wijze recht doet aan het debat zoals dat hierover reeds uitvoerig is gevoerd in de literatuur, is getracht om aan te geven hoezeer deze nieuwe wetgeving is gebaseerd op preventie en risicobeperking. Tevens is gepoogd om inzicht te bieden in de redenen die er vanuit de politiek voor deze wetgeving worden aangedragen. Duidelijk is geworden dat de wijzigingen in zowel het materiële als het formele recht ten behoeve van de terrorismebestrijding in sterke mate zijn geïnspireerd op de veronderstelde toename van het risico op en de dreiging van een terroristische aanslag en het belang van de (maatschappelijke roep om) veiligheid.

58 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 2, 30 en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 566, nr. 6, p. 3.

59 Bezwaar is uitgesloten ingevolge art. 4 lid 1 van het wetsvoorstel. Zie voor een uitgebreid overzicht van de implicaties van de bestuursrechtelijke aanpak van terrorisme: L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht', in: L.J.J. Rogier (red.), *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (preadviezen VAR Vereniging voor bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 47.

60 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 6, p. 7-8; R. Neve, L. Vervoorn, F. Leeuw en S. Bogaerts, *Eerste inventarisatie contraterrorismebeleid: Duitsland, Frankrijk, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten: research in progress*, Den Haag: WODC 2006.

61 L.J.J. Rogier, *a.w.*, p. 47.

Deze nieuwe lijn van 'preventiestrafrecht' is om verschillende redenen problematisch. Het formele strafrecht heeft binnen deze nieuwe lijn namelijk een autonome functie in het kader van preventie en het voorkomen van risico's toebedeeld gekregen waardoor het niet langer meer de historisch dienende functie ten opzichte van het materiële strafrecht vervult. Waar het strafprocesrecht binnen het traditionele denken behoort te worden ingezet ter verwezenlijking of bescherming van maatschappelijk erkende doelen en gekoppeld dient te zijn aan een concrete verdenking van een strafbaar feit, geldt dit niet (of nauwelijks) voor de nieuw gecreëerde bevoegdheden in het kader van de terrorismewetgeving. Deze nieuwe processuele bevoegdheden sluiten vaak nauw aan op nieuw gecreëerde bevoegdheden binnen het bestuurlijke stelsel. Ten aanzien van het materiële strafrecht is een duidelijke verruiming van de aansprakelijkheid zichtbaar. Met behulp van nieuwe strafbaarstellingen, zoals die van de hierboven beschreven strafbare samenspanning, kan er eerder, preventief, worden opgetreden tegen maatschappelijk risicovolle voorbereidende handelingen. Hoe sterk het preventieve karakter van de Nederlandse terrorismewetgeving is, is pas zichtbaar indien de effecten van de wijzigingen in het strafprocesrecht en strafrecht in onderling verband worden gezien. Deze leiden tot het 'multipliereffect' zoals dat eerder door Cleiren is omschreven.⁶² Hiermee wordt bedoeld op de ontwikkeling dat het moment waarop het strafprocesrecht kan worden ingezet door de combinatie van de wijzigingen 'dubbelop' naar voren wordt gehaald. Immers, niet alleen wordt het moment van strafvorderlijk optreden naar voren gehaald (zoals is gebeurd met de introductie van de aanwijzingen), ook zijn tegelijkertijd diverse delictomschrijvingen uitgebreid tot situaties die tot voor het moment van de wetwijzigingen wegens onvoldoende 'voltooidheid' nog niet onder het strafrecht vielen (vergelijk de uitbreiding van de samenspanning en de strafbare voorbereiding). De Nederlandse terrorismewetgeving kan dan ook met recht risicojustitie 'pur sang' worden genoemd.

Het verontrustende aan de ontwikkeling van de Nederlandse terrorismewetgeving is niet alleen dat deze een zeer ruime aansprakelijkheid en een uitbreiding van de opsporingsbevoegdheden creëert, maar ook nog eens dat deze verruiming en uitbreiding ten koste van de hoofddoelstelling van het strafproces lijken te gaan. De hoofddoelstelling van het strafproces is ervoor te zorgen dat het materiële strafrecht op de juiste wijze wordt verwezenlijkt.⁶³ Deze tweeledige hoofddoelstelling brengt in de eerste plaats met zich mee dat er voor moet worden gezorgd dat het materiële strafrecht in een concreet geval op een concrete verdachte op een juiste manier wordt toegepast. Voorts

62 C.P.M. Cleiren, *a.w.*, p. 183.

63 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 11; J. Crijns en P. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69, i.h.b. p. 51.

impliceert de hoofddoelstelling rechtsbescherming voor de burger gedurende het strafproces. Binnen het risicostrafrecht wordt afbreuk gedaan aan het, voor de *juiste* verwezenlijking van het materiële strafrecht noodzakelijke, vaststellen van de materiële waarheid. Zoals Crijns en Van der Meij aangeven is de enige manier om een juiste toepassing van het materiële strafrecht te verzekeren door vast te stellen wat er in werkelijkheid is voorgevallen. De materiële waarheid moet worden vastgesteld, 'het werkelijk gebeurde'.⁶⁴ Nu is voornamelijk dit laatste, het retroactieve waarheidsbegrip, een probleem waar het de terrorismewetgeving, of beter gezegd risicojustitie, betreft. De nadruk ligt hierbij immers niet op een aanwijsbare afgeronde gebeurtenis in het verleden, maar op een niet te duiden, mogelijke gebeurtenis die in de toekomst zou kunnen plaatsvinden. Met andere woorden, in plaats van te spreken over een retroactief waarheidsbegrip, passend bij het doel van de waarheidsvinding, kan er beter worden gesproken van een *prospectief mogelijkheidsbegrip*, dat aansluit bij het doel van de *risico-inschatting*.

Naast deze inhoudelijke wijzigingen in het materiële waarheidsbegrip als gevolg waarvan er de nodige vraagtekens kunnen worden gezet bij de 'juistheid' van deze waarheid, doet de terrorismewetgeving ook afbreuk aan de tweede invulling van het begrip 'juist' zoals hiervoor reeds aangestipt: de rechtsbescherming van de verdachte. Zoals Crijns en Van der Meij aangeven heeft dit tweede aspect van de hoofddoelstelling een belangrijk gevolg voor de wijze waarop naar vaststelling van de materiële waarheid dient te worden gestreefd.⁶⁵ Zoals in paragraaf 5 op bescheiden wijze is uiteengezet, schept de terrorismewetgeving ook allerlei mogelijkheden voor de opsporende instanties om op basis van louter een lichte verdenking de persoon van de verdachte 'in het belang van het onderzoek' van zijn vrijheid te beroven om op die manier gedurende die periode te trachten om meer bewijs tegen die persoon te verzamelen. Zoals al eerder is besproken, kan aan de verdachte en diens verdediging, indien het de gevangenhouding betreft, gedurende een periode van maximaal twee jaar, wederom in het belang van het onderzoek, zelfs de inzage in de processtukken worden ontzegd, waardoor zowel de rechter als de verdediging geen goed zicht heeft op de opsporingsactiviteiten, met als mogelijk gevolg dat de kwaliteit van de waarheidsvinding daar ook onder te lijden heeft.⁶⁶ Met andere woorden de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht wordt dubbel 'aangetast' waar het om de terrorismewetgeving gaat. Er is een tweede multipliereffect zichtbaar welke resulteert in een potentieel dubbel onjuiste verwezenlijking van het materiële strafrecht.

Kortom, onder invloed van het veiligheidsdiscours en de daarbij behorende risicojustitie heeft het formele strafrecht een autonome preventieve functie gekregen. Hierdoor wordt aan het Openbaar Ministerie waar het de bestrijding

64 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 48.

65 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 54-55.

66 P.H.P.H.M.C. van Kempen, *a.w.*, p. 398.

van terrorisme betreft ruime tijd geboden om onder geheimhouding met behulp van allerhande ingrijpende opsporingsbevoegdheden bewijs te verzamelen ten aanzien van een gebeurtenis die mogelijkterwijs in de toekomst zou kunnen gaan gebeuren of had kunnen gebeuren. Enigszins gechargeerd gezegd lijkt, waar het de bestrijding van terrorisme betreft, de mogelijkheid geschapen om koste wat het kost onder de noemer van preventie en risico-uitsluiting de op de toekomst gerichte materiële waarheid te creëren ten aanzien van een verdachte waarvan het niet eens *waarschijnlijk* hoeft te zijn dat hij deze toekomstige mogelijkheid zal of zou waarmaken. Hoewel de waarheid altijd wordt vastgesteld als middel om een ander doel te realiseren en afhankelijk van het desbetreffende doel de nauwkeurigheid van de wijze waarop dit geschiedt kan variëren,⁶⁷ moet worden opgepast dat in het huidige criminaliteitsdiscours waarin het bereiken en handhaven van collectieve veiligheid centraal staan, de drempel van vereiste nauwkeurigheid niet te laag wordt.

7 AFSLUITING: EEN WANKELE WAARHEIDSBASIS

‘Veiligheid begint bij preventie’, zo luidt een van de slagzinnen uit het regeerakkoord van het kabinet Balkenende-IV.⁶⁸ Deze slagzin is kenmerkend voor de hedendaagse samenleving waarin het bestrijden van onveiligheid gekoppeld aan het bestaan van potentiële risico’s gedurende de afgelopen jaren een belangrijke drijfveer is geworden voor beleid. De korte maar zeer krachtige opkomst van Fortuyn na 9/11 heeft politiek Nederland een andere koers doen inslaan, daar het volk duidelijk had gemaakt zich niet langer te kunnen vinden in de huidige wijze van besturen door politiek Den Haag.⁶⁹ De sterke focus op veiligheid heeft geleid tot een verschuiving in de verhouding burger-overheid. Niet alleen vragen burgers de overheid om meer veiligheidsbevorderende maatregelen, men is ook nog eens in toenemende mate bereid om in ruil voor meer veiligheid een inbreuk op bepaalde grondrechten te aanvaarden. Het opgeven van een beetje vrijheid voor meer veiligheid wordt als een goede ruil gezien. De negatieve kanten die hieraan kleven, worden door velen echter niet voldoende ingezien. Over het algemeen ervaart het gros van de bevolking veel van de controlemaatregelen die door de overheid worden genomen, onder andere om terreur te voorkomen, niet als een ondermijning van het recht op privacy, maar juist als een geruststelling. Juist het gevoel onbeschermd te zijn,

67 J. Crijns en P. van der Meij, *a.w.*, p. 47-48.

68 *Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA, ChristenUnie*, 7 februari 2007, p. 33. Zie ook p. 10 waar het project ‘Veiligheid begint bij voorkomen’ wordt genoemd. Het document is online te raadplegen op: <http://www.regering.nl/dsc?c=getobject&s=obj&objectid=74638>

69 Sociaal Cultureel Planbureau, *Sociale Staat van Nederland 2005*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2005. In de periode 2002-2004 is het vertrouwen van de burgers in de regering sterk gedaald.

zorgt voor maatschappelijk onbehagen, niet het gevoel overmatig te worden gecontroleerd.⁷⁰ Een reactie van overheidswege is noodzakelijk, daar de roep van de samenleving, mede verwoord door de verschillende landelijke media, niet langer genegeerd kan en mag worden. Bij het formuleren van een reactie wordt gretig gebruik gemaakt van de ‘ruilbereidheid’ van de burgers, hetgeen ten aanzien van terrorismebestrijding heeft geleid tot een indrukwekkend en sterk op preventieve leest geschoeid straf- en bestuursrechtelijk instrumentarium. Niet alleen staat deze wetgeving op gespannen voet met enkele fundamentele waarden van het strafrecht, het preventieve karakter van de wetgeving staat ook haaks op het doel van de materiële waarheidsvinding zoals in de voorgaande paragraaf is beschreven. Dit doel lijkt te zijn vervangen door een tweetal nieuwe doelstellingen: risico-inschatting en risico-uitsluiting.

Deze ontwikkeling van risico-inschatting en -uitsluiting in plaats van materiële waarheidsvinding past binnen de bredere ontwikkeling van het veiligheidsdebat in Nederland en maakt duidelijk waarom een veiligheidsbeleid dat zich richt op het managen van onveiligheidsgevoelens een *slippery slope* is. Onveiligheidsgevoelens zijn per definitie subjectief: niet iedereen waardeert de mogelijkheid om slachtoffer van een misdaad of de mogelijkheid om slachtoffer te worden van een terroristische aanslag hetzelfde. Beleid of wetgeving gebaseerd op dergelijke gevoelens, nog geheel los gezien van de vraag of deze gevoelens überhaupt wel aanwezig zijn in de samenleving, is dan ook problematisch omdat de onveiligheidsgevoelens gebaseerd kunnen zijn op een onware, onjuiste voorstelling van zaken. Tevens, en dat is in paragraaf 4 geïllustreerd ten aanzien van terrorisme, bestaat het gevaar dat in het huidige populistische klimaat dit argument te gemakkelijk als het enige of een van de weinige argumenten (samen met een niet op waarheid te toetsen claim over de ‘terroristische dreiging’) ten grondslag wordt gelegd aan ingrijpende wetgeving. Kortom, over het ‘waarheidsgehalte’ van de argumenten die door de wetgever ten grondslag worden gelegd aan deze ingrijpende wetgeving, valt ook nog voldoende te twisten. Echter, deze trend past binnen de ontwikkeling die in paragraaf 3 is weergegeven: de objectief te meten criminaliteit of misdaad is niet langer het uitgangspunt op basis waarvan wet- en regelgeving wordt gebaseerd, de subjectieve onveiligheidsbeleving in *brede zin* staat centraal. Ten aanzien van terrorismebestrijding is dit niet anders.

In de hedendaagse risicomaatschappij of beheersingscultuur wordt het belangrijker gevonden om alle eventuele mogelijkheden op crimineel of gevaarzettend gedrag geheel uit te sluiten, dus ook die gedragingen die misschien nooit zullen plaatsvinden maar *als* ze hadden plaatsgevonden wel heel erg schadelijk waren geweest. Politici die zich geconfronteerd zien en zich geen

70 Uit onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau blijkt dat de toegenomen actiebereidheid van politie en justitie, mede als gevolg van de hier genoemde wijzigingen in het straf-(proces)recht, vertrouwen wekt bij het publiek. Zie: R. Bijl, *a.w.*; H. Boutellier, *Nodale orde: Veiligheid en burgerschap in een netwerksamenleving* (oratie VU Amsterdam), 2007.

raad weten met de nieuwe, onoplosbare 'mondiale risico's' maar de signalen vanuit de samenleving niet kunnen negeren, springen hier op in met ondoordachte, moeilijk te handhaven, ongelukkige en ingrijpende wet- en regelgeving om op die manier de schijn van 'alles is onder controle' op te kunnen houden. Het veiligheidsdiscours zoals dat zich de afgelopen decennia heeft gevormd, heeft er aan bijgedragen dat strafrecht en waarheid(svinding) steeds moeilijker met elkaar te verenigen, en in de toekomst wellicht onverenigbare, begrippen zijn.

Over de auteurs

Mr. L.R. (Lennert) Breuker is promovendus bij de Afdeling Internationaal Publiekrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Hij schrijft een proefschrift over de conceptuele validiteit van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de internationale rechtsorde, waarbij zowel internationale als strafrechtelijke aspecten, die het criminaliseren van een rechtspersoon als de staat met zich meebrengen, worden geanalyseerd.

Mw. prof. mr. C.P.M. (Tineke) Cleiren is hoogleraar straf(proces)recht bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof te Amsterdam.

Mr. J.H. (Jan) Crijns is onderzoeker en docent bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem. Zijn promotie-onderzoek richt zich op de vraag op welke wijze het gebruik van overeenkomsten tussen het Openbaar Ministerie enerzijds en een verdachte en/of getuige anderzijds het beste kan worden genormeerd en in hoeverre er hierbij ruimte is voor aanvullende civielrechtelijke normering.

Mw. mr. M.J. (Marieke) Dubelaar is onderzoeker en docent bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Zij schrijft een proefschrift over verklaringen van getuigen en het onmiddellijkheidsbeginsel in rechtsvergelijkend perspectief, waarbij de aandacht in het bijzonder uitgaat naar de invoering en het gebruik van audio- en audiovisuele middelen bij het verhoor en de registratie daarvan.

Mr. W. (Pim) Geelhoed is PhD fellow bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Hij schrijft een rechtsvergelijkend proefschrift over veranderingen in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in het licht van ontwikkelingen in het Europese (straf)recht.

Mr. drs. F. (Ferry) de Jong is junior docent/onderzoeker bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. Hij schrijft een proefschrift over de betekenis en de grenzen van de normativering van

de strafrechtelijke schuld tegen de achtergrond van theorievorming over rechtsvinding in het materiële strafrecht.

Mr. B.J.V. (Bart) Keupink is als promovendus werkzaam aan de Sectie Strafrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zijn promotieonderzoek is getiteld: 'Verschuivende grondslagen op het gebied van strafrechtelijke aansprakelijkheid en daderschap, toegespitst op rechtspersonen en zorgplichten'.

Mr. P.P.J. (Patrick) van der Meij is onderzoeker en docent bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem. Hij schrijft een proefschrift over de verhouding tussen procesdeelnemers uit het strafrechtelijk vooronderzoek – de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging – gezien vanuit het Wetboek van Strafvordering van 1926 en de maatschappelijke, rechtspolitieke en juridische ontwikkelingen die zich sinds 1926 hebben voorgedaan.

Mw. mr. L.J.J. (Laura) Peters is promovenda bij de vaksectie Inleiding tot de rechtswetenschap van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij werkt aan een proefschrift over de betekenis van Duitse en Italiaanse onderhandelingsfiguren voor het Nederlandse strafprocesrecht.

Mw. mr. S. (Sanne) Struijk is wetenschappelijk docent strafrecht bij de Sectie Strafrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij schrijft een dissertatie over de strafrechtelijke aanpak van veelplegers, in het licht van de mogelijkheden die het wettelijk sanctiestelsel (historisch gezien) biedt met betrekking tot recidive- en overlastbestrijding.

Mr. J.M. (Jeroen) ten Voorde is universitair docent bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem. Op 28 juni 2007 promoveerde hij aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op het proefschrift 'Cultuur als verweer. Een grondslagentheoretische studie naar de ruimte en grenzen van culturele diversiteit in enige leerstukken van materieel strafrecht' (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007).

Mr. B. (Bas) de Wilde is docent bij de Afdeling Strafrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit van Amsterdam. Hij schrijft een proefschrift over het recht van de verdediging om getuigen in strafzaken te ondervragen. Daarin staat de vraag centraal of de regels van het Wetboek van Strafvordering en de Hoge Raad met betrekking tot dit recht in overeenstem-

ming zijn met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Mw. mr. drs. M.A.H. (Maartje) van der Woude is PhD fellow bij het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Zij doet promotieonderzoek naar de ontwikkeling van de spanning tussen het maatschappelijke/politieke discours waarin collectieve veiligheid centraal staat en het (straf)rechtswetenschappelijke discours waar individuele rechtsbescherming als hoogste waarde wordt beschouwd, geïllustreerd aan de hand van ontwikkelingen op het terrein van terrorismewetgeving.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5
- MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba* (diss. Leiden), 2007, ISBN 978 90 9021470 2
- MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5
- MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8
- MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1
- MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4
- MI-126 Z. Deen-Racsmany, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.
- MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde* (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5
- MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5
- MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2
- MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04886 5
- MI-131 M. Kaeding, *Better regulator in the European Union – Lost in translation or Full Steam ahead?* (diss. Leiden), Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 026 0
- MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2
- MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press
- MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6
- MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9
- MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

- MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4
- MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4
- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1
- MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement*, Leiden: Jongbloed 2008
- MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383
- MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechtens normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1
- MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3
- MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek