

Platform Modernisering Strafvordering

De bewijsregeling in het concept-Wetboek van Strafvordering

Mr. dr. B. de Wilde

1 Inleiding

In deze bijdrage zal ik de in Boek 4 van het concept-Wetboek van Strafvordering voorgestelde regeling van het strafrechtelijk bewijsrecht kritisch bespreken. De kern van de nieuwe bewijsregeling wordt gevormd door de voorgestelde titel 4.3.2 met het opschrift 'Bewijs'. Omdat niet alle bewijsrechtelijk relevante bepalingen in deze titel zijn opgenomen, zal ik ook aandacht besteden aan enkele bepalingen die in andere titels zijn ondergebracht. De focus van deze bijdrage ligt op aspecten die mijns inziens een heroverweging waard zijn. Ik zal achtereenvolgens aandacht besteden aan de gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen, het bewijscriterium, formele onmiddellijkheid, enkele specifieke bewijsmiddelen, bewijsminima, het recht getuigen te ondervragen, bewijsmotivering en het bewijs bij de schuldvaststelling in het kader van een strafbeschikking.

2 Behoud van het negatief-wettelijk bewijsstelsel

2.1 Bezwaren tegen de etikettering van bewijsstelsels

In de Contourennota wordt het negatief-wettelijk bewijsstelsel omschreven als een stelsel waarbij de rechter gebonden is aan de in de wet opgesomde bewijsmiddelen en alleen tot een bewezenverklaring mag overgaan wanneer er voldoende bewijsmiddelen zijn, terwijl hij daartoe niet verplicht is, aangezien hij ervan overtuigd moet zijn dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.¹ In de concept-MvT bij het voorgestelde Boek 4 wordt daarbij aangesloten.²

Traditioneel worden op bewijsstelsels etiketten geplakt. Daarbij worden de smaken negatief-wettelijk, positief-wettelijk en vrij onderscheiden.³ Bij de eerste twee stelsels bepaalt de wet onder welke voorwaarden een gerecht een ten laste gelegd feit bewezen mag verklaren. Bij een positief stelsel is het gerecht verplicht om bij voldoende wettig bewijs tot een bewezenverklaring over te gaan, terwijl bij een negatief stelsel de rechter ondanks het bestaan van voldoende wettig bewijs mag vrijspreken wanneer hij er niet van overtuigd is dat de verdachte het ten laste

gelegde feit heeft begaan. Een vrij bewijsstelsel kent geen wettelijke beperkingen en laat het gerecht vrij om naar eigen inzicht te beslissen of de verdachte wordt veroordeeld of vrijgesproken.

Een bezwaar van deze benadering is dat, zoals ook in de literatuur wordt erkend,⁴ deze stelsels in zuivere vorm niet bestaan. Alle mij bekende westerse bewijsstelsels, ook de stelsels die als 'vrij' bekend staan, kennen bewijsrechtelijke beperkingen.⁵ Wanneer deze niet in een wet zijn neergelegd, blijken zij wel uit jurisprudentie. Of de toepasselijke regels uit de wet of uit de jurisprudentie blijken, lijkt niet relevant te zijn bij het bepalen van welk type bewijsstelsel sprake is. Nijboer karakteriseert het Nederlandse stelsel daarom als een deels negatief-wettelijk, deels negatief-jurisprudentieel bewijsstelsel.⁶ Daarbij komt het mij voor dat in alle westerse landen buiten redelijke twijfel moet staan dat de verdachte het strafbare feit waarvan hij wordt beschuldigd, heeft begaan. Ook wanneer er op zichzelf voldoende bewijsmiddelen zouden zijn, zal het gerecht in geval van redelijke twijfel dus moeten vrijspreken. Positief-wettelijke bewijsstelsels lijken in de westerse landen dan ook uitsluitend in theorie te bestaan.⁷

Een ander bezwaar is dat de etikettering geen recht doet aan de complexiteit van bewijsstelsels. Het onderscheid dat in de Contourennota en de concept-MvT wordt gemaakt tussen een negatief-wettelijk en een vrij bewijsstelsel lijkt te worden bepaald aan de hand van de beantwoording van de vragen of de wet een limitatieve lijst van bewijsmiddelen bevat en of de wet bewijsminimumregels kent.⁸ Een bewijsstelsel wordt echter gekenmerkt door meer aspecten. Ik denk in het bijzonder aan regels met betrekking tot de bewijstoelating, de selectie en waardering van bewijsmateriaal en de motivering van bewijsbeslissingen. Landen die te boek staan als landen met een vrij bewijsstelsel, kennen soms meer wettelijke bewijsregels dan Nederland. Zo bevatten de Police and Criminal Evidence Act 1984 en de Criminal Justice Act 2003 van Engeland en Wales geen limitatieve opsomming van bewijsmiddelen en evenmin bewijsminimumregels. Deze wetten kennen echter aanzienlijk meer regels van bewijsrechtelijke aard dan het Nederlandse Wetboek van Strafvordering.⁹ Oftewel: het wettelijke bewijsrecht van Engeland en Wales lijkt de rechter minder vrij te laten dan het Nederlandse bewijsrecht.

Mijn aanbeveling is om in de MvT niet de etikettering van het bewijsstelsel centraal te stellen, maar de nadruk te leggen op de belangrijkste kenmerken van de gekozen bewijsregeling.

2.2 Waarom vasthouden aan gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen?

Het belangrijkste kenmerk van een negatief-wettelijk bewijsstelsel lijkt de gebondenheid van de rechter aan de in de wet opgesomde bewijsmiddelen te zijn. In de Contourennota wordt vermeld dat voor het negatief-wettelijk bewijsstelsel – en

dus ook voor de gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen – ‘nog steeds brede steun’ bestaat.¹⁰ In de concept-MvT bij het voorgestelde Boek 4 wordt deze stelling herhaald en wordt aangegeven dat dit de reden is waarom het huidige bewijsstelsel in de kern wordt gehandhaafd.¹¹ Noch in de Contourennota noch in de concept-MvT wordt de stelling echter onderbouwd.¹²

Handhaving van de gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen is geen vanzelfsprekend gegeven. Geen van de ons omringende landen kent een dergelijke gebondenheid.¹³ Ook wordt de rechter in het Nederlandse bestuursrecht en civiele recht niet beperkt door in de wet opgesomde bewijsmiddelen.¹⁴ In de literatuur over het Nederlandse strafrechtelijke bewijsrecht heb ik de beweerdelijke brede steun niet aangetroffen. Daarin wordt door de meesten juist gepleit voor de invoering van een vrij bewijsstelsel,¹⁵ terwijl een enkeling meent dat zonder nader onderzoek geen keuze kan worden gemaakt voor een ander bewijsstelsel.¹⁶ Pleidooien voor het behoud van het huidige bewijsstelsel heb ik niet gevonden. In de concept-MvT worden geen argumenten voor of tegen behoud van het negatief-wettelijk bewijsstelsel genoemd. Dat is opmerkelijk, aangezien de keuze voor een bepaald type bewijsstelsel vooraf zou moeten gaan aan de concrete invulling van de bewijsregeling.

Welke argumenten zou de wetgever in aanmerking kunnen nemen bij zijn keuze voor het al dan niet handhaven van gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen? Ik begin met argumenten die pleiten voor handhaving van de status quo en zal aangeven waarom deze mij niet overtuigen.

Een eerste mogelijk argument is dat de wetgevingsoperatie niet is bedoeld als integrale stelselherziening, maar slechts als moderniseringsoperatie.¹⁷ Praktisch is op dit moment reeds vrijwel sprake van een vrij bewijsstelsel.¹⁸ Al het bewijsmateriaal is toelaatbaar als bewijsmiddel, tenzij sprake is van onbetrouwbaarheid, onrechtmatige verkrijging, een dreigende schending van een mensenrecht of strijdigheid met beginselen van een goede procesorde. Het in overeenstemming brengen van de wet met de praktijk kan mijns inziens niet worden beschouwd als een ingrijpende stelselwijziging, maar juist als een modernisering. De moderniseringsoperatie zou een goede gelegenheid zijn om de hele bewijsregeling te moderniseren.

Een tweede argument zou kunnen zijn dat het huidige bewijsstelsel niet aantoonbaar leidt tot gerechtelijke dwalingen, kennelijk goed functioneert en dus het beste in stand kan worden gelaten. Dat lijkt mij echter geen valide argument op te leveren om het bewijsstelsel te handhaven. Het ontbreken van grote aantallen gerechtelijke dwalingen lijkt namelijk niet samen te hangen met de opsomming van de bewijsmiddelen, in de zin dat het ontbreken van zo'n opsomming zou leiden tot uitspraken die minder in overeenstemming zouden zijn met de materiële waarheid.

Praktisch is immers vrijwel al het bewijsmateriaal dat in een zaak beschikbaar is, onder te brengen bij een van de wettige bewijsmiddelen. Verder wordt voorgesteld om de wettelijke bewijsregeling aan te passen op andere punten, hoewel die evenmin tot problemen leiden. Te denken valt aan het laten vervallen van de categorisering van geschriften in artikel 344 lid 1 Sv. Als de opvatting van de wetgever inderdaad zou zijn dat het negatief-wettelijk bewijsstelsel niet verlaten zou moeten worden om de reden dat de bewijsregeling in de praktijk goed functioneert, is dat een geldig argument om die *praktijk* te handhaven. Dat betekent echter niet automatisch dat ook de binding aan wettige bewijsmiddelen moet worden gehandhaafd.

Als derde en vierde argument kunnen de beweegredenen van de wetgever van 1926 om een limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in de wet op te nemen, worden genoemd:

‘Eene opsomming der bewijsmiddelen is noodig om te voorkomen, dat de rechter hetzij op gevoelsindrukken, hetzij op bewijsmiddelen, wier betrouwbaarheid reeds door hun oorsprong wordt uitgesloten, zal recht doen. Zoo schijnt het om redenen, bij de bespreking van art. 332 nader te ontwikkelen, niet gewenscht bezwarend bewijs te ontleenen aan verklaringen van medeverdachten. Bovendien verzekert eene wettelijke opsomming der bewijsmiddelen de gelijkheid van rechtspleging, terwijl bij gebreke daarvan de eene rechter als bewijsmiddel zou toelaten wat door den ander wordt verworpen.’¹⁹

Het argument dat alleen betrouwbaar bewijsmateriaal moet worden gebruikt – wat op zichzelf een belangrijk uitgangspunt is – kan eenvoudig worden weerlegd. Het gebruik van de verklaring van een medeverdachte wordt immers niet uitgesloten door de opsomming van de bewijsmiddelen. Een verklaring van een medeverdachte zou een getuigenverklaring of een geschrift kunnen opleveren. De enige reden waarom een dergelijke verklaring niet toelaatbaar is als bewijsmiddel is dat dit uitdrukkelijk is bepaald in artikel 341 lid 3 Sv. Dit hangt niet noodzakelijkerwijs samen met gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen. Uitsluiting van de verklaring van een medeverdachte zou immers ook mogelijk zijn wanneer de rechter niet gebonden zou zijn aan de lijst van in de wet genoemde bewijsmiddelen. Het andere argument, dat de rechtseenheid wordt bevorderd door een wettelijke opsomming, is vandaag de dag niet meer steekhoudend, aangezien vrijwel al het bewijsmateriaal een bewijsmiddel kan opleveren.

Een vijfde argument zou kunnen zijn dat de wetgever met de gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen bewerkstelligt dat de kwaliteit van het bewijs gewaarborgd wordt, doordat alleen bewijsmateriaal dat voldoet aan de materiële voorwaarden van de huidige artikelen 340-344 Sv toelaatbaar is voor het bewijs. Daar kan tegenin worden gebracht dat dit niet alleen kan worden bewerkstelligd door gebondenheid

aan een limitatieve lijst van wettige bewijsmiddelen, maar ook door in de wet bewijsverboden op te nemen. In paragraaf 2.3 zal ik hier nader op ingaan.

Een zesde argument kan volgens Dubelaar mogelijk worden ontleend aan de bedoeling van de wetgever met het opnemen van een opsomming. Zij stelt dat de wetsgeschiedenis erop lijkt de duiden dat de wetgever geen enkele bron van bewijs heeft willen uitsluiten en het bij de opsomming slechts gaat 'om de vorm waarin informatie aan de rechter moet worden gepresenteerd met het oog op de controleerbaarheid ter terechtzitting'.²⁰ Tegen de achtergrond van de hiervoor geciteerde overweging uit de MvT uit 1913/14 betwijfel ik of de uitleg van Dubelaar correct is. Ook als dat het geval is, is het wat mij betreft de vraag waarom de vorm waarin het bewijsmateriaal ter kennis van de rechter komt, bij wet zou moeten worden geregeld. Het komt erop neer dat de rechter ter zitting waarnemingen kan doen, van verklaringen (van de verdachte, getuigen, deskundigen) of andere informatiebronnen, zoals foto's, video's of voorwerpen. Is daarvan geen sprake, dan mag de rechter zich alleen baseren op geschriften. Deze moeten wel ter zitting aan de orde zijn gesteld. De controleerbaarheid van de bewijsmiddelen lijkt mij dan ook vooral een kwestie van formele onmiddellijkheid en ik zie niet op welke manier een opsomming van bewijsmiddelen daaraan zou bijdragen.

Een zevende argument, dat eveneens door Dubelaar is genoemd, is dat in Nederland een alomvattende bewijstheorie ontbreekt. Weliswaar weten we dat termen als rechterlijke overtuiging, selectie en waardering, alternatieve scenario's en bewijsredeneringen een rol spelen bij de rechterlijke oordeelsvorming, maar er bestaat geen breed gedragen opvatting over de wijze waarop de rechter deze aspecten bij het nemen van bewijsbeslissingen betreft.²¹ Hoewel ik deze observatie deel, meen ik dat het ontbreken van een integrale bewijstheorie geen argument oplevert voor het al dan niet handhaven van gebondenheid aan een wettelijke opsomming van bewijsmiddelen. De aspecten waarover onduidelijkheid bestaat, hebben namelijk niet op dat punt betrekking.

Er kunnen ook argumenten worden genoemd voor het verlaten van de gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen. In de eerste plaats is het de vraag welk doel wordt bereikt met deze gebondenheid. Het voornaamste doel van de bewijsregeling is het bewerkstelligen dat de materiële waarheid wordt achterhaald.²² Voor de waarheidsvinding zouden in beginsel alle soorten bronnen toelaatbaar moeten zijn.²³ Er kunnen echter redenen bestaan om bepaald materiaal niet toe te laten om aan de bewezenverklaring bij te dragen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan onbetrouwbaar geacht bewijsmateriaal, onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en bewijsmateriaal waarvan het gebruik een schending van een mensenrecht zou opleveren. Wanneer daarvan sprake is, zal de rechter het materiaal ook in een vrij bewijsstelsel niet voor het bewijs mogen

gebruiken. Dat hangt derhalve niet samen met een gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen.²⁴

In de tweede plaats is in de huidige praktijk, die de conceptwetgever zou willen behouden, in beginsel al het bewijsmateriaal toelaatbaar en ligt het daarom voor de hand om deze praktijk te codificeren.²⁵ In de concept-MvT wordt terecht opgemerkt dat het Nederlandse bewijsstelsel praktisch niet veel verschilt van een vrij bewijsstelsel.²⁶ Dat past bij het uitgangspunt dat geen enkel type bewijsmateriaal op voorhand zou moeten worden uitgesloten om aan het bewijs mee te werken.²⁷ Er is nauwelijks bewijsmateriaal te bedenken dat niet onder een van de wettige bewijsmiddelen te brengen is. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de ter zitting afgelegde verklaring van een officier van justitie. Een verklaring die de officier in zijn hoedanigheid van officier aflegt, levert geen wettig bewijsmiddel op. Legt de officier van justitie zijn verklaring daarentegen in een proces-verbaal neer, dan is sprake van een geschrift.²⁸ Er lijkt dus geen inhoudelijke grond te bestaan waarom de verklaring van een officier van justitie niet aan het bewijs zou mogen meewerken. Tegen het gebruik van de verklaring van de raadsman van een verdachte voor het bewijs bestaan juist wel inhoudelijke bezwaren. De Hoge Raad heeft bepaald dat mondelinge én schriftelijke verklaringen van raadslieden niet tot het bewijs mogen meewerken.²⁹ Het gaat er kennelijk niet zozeer om dat de verklaring van de raadsman niet voorkomt in de lijst van wettige bewijsmiddelen – geschriften komen daarin immers wel voor – als wel dat het gebruiken van deze verklaring op gespannen voet staat met beginselen van een goede procesorde. Weliswaar zijn er talloze gevallen te bedenken waarin bepaald bewijsmateriaal niet toelaatbaar is voor het bewijs, maar in die gevallen is bewijsuitsluiting ook mogelijk zonder gebondenheid aan een wettelijke opsomming. Zo kan de verklaring van een getuige die slechts vermoedens uitspreekt en zich niet op waargenomen feiten baseert, niet voor het bewijs worden gebruikt. Dit zou ook het geval zijn wanneer de wet geen opsomming van bewijsmiddelen zou bevatten, maar wel een bewijsverbod ten aanzien van verklaringen van getuigen die niet zijn gebaseerd op de eigen waarneming.

In de derde plaats dient de gebondenheid aan de opsomming van bewijsmiddelen de waarheidsvinding niet, omdat de categorisering van bewijsmiddelen primair betrekking heeft op de wijze waarop de rechter kennis neemt van redengevende feiten. Redengevende feiten zouden bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in de verklaring van een getuige. Exact dezelfde verklaring kan verschillende bewijsmiddelen opleveren: een verklaring van een getuige in de zin van artikel 342 wanneer de verklaring ter zitting is afgelegd, een geschrift in de zin van artikel 344 Sv wanneer de verklaring in een proces-verbaal is opgenomen, de eigen waarneming van de rechter wanneer de op video opgenomen verklaring ter zitting is afgespeeld en zelfs de verklaring van de verdachte in de zin van artikel 341 Sv

wanneer de verdachte ter zitting verklaart wat de getuige tegen hem heeft verteld. Heeft de officier van justitie ter zitting mondeling exact dezelfde getuigenverklaring overgebracht, dan is deze echter niet toelaatbaar, omdat de verklaring van de officier van justitie niet voorkomt in de opsomming van wettige bewijsmiddelen. Ik geef toe dat dit laatste geval praktisch niet dikwijls zal voorkomen, maar het legt wel bloot dat de vormgeoriënteerde benadering onbevredigend is. Vanuit het belang van de waarheidsvinding gezien zouden geen beperkingen moeten worden gesteld aan de vorm van het bewijsmiddel, maar zouden regels moeten worden gesteld met betrekking tot de inhoud, de betrouwbaarheid en de rechtmatigheid van verkrijging ervan en met betrekking tot mensenrechtelijke waarborgen en beginselen van een goede procesorde.

De beperkingen die concept-Boek 4 in artikel 4.3.2.3 stelt in verband met de toelaatbaarheid als bewijsmiddel, vormen een mix van vorm en inhoud. Een getuigenverklaring in de zin van deze bepaling is ter zitting afgelegd. Dat is een vormkenmerk: het betreft de wijze waarop de rechter kennis heeft genomen van de verklaring. Getuigenverklaringen moeten echter ook feiten of omstandigheden bevatten die de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden.³⁰ Dat is een inhoudelijke voorwaarde. Deze wordt in de wettelijke regeling alleen genoemd bij het bewijsmiddel ‘verklaring van een getuige’. Omdat het een inhoudelijke voorwaarde betreft, is deze echter van toepassing op alle getuigenverklaringen, ongeacht in welke vorm de rechter daarvan kennis neemt. Ook in andere opzichten is de bewijsregeling gebaseerd op de *inhoud* van de bewijsmiddelen. Zo is het voor de toepassing van de bewijsminimumregel van artikel 4.3.2.4 lid 2 niet relevant of een getuige zijn verklaring ter zitting dan wel elders dan ter zitting heeft afgelegd. En voor de bepaling of de onmogelijkheid het ondervragingsrecht uit te oefenen moet leiden tot bewijsuitsluiting is het in beginsel evenmin relevant of de getuige ter zitting heeft verklaard of sprake is van een op schrift gestelde verklaring. Het ligt dan ook voor de hand om niet de vorm waarin het bewijsmateriaal wordt gepresenteerd centraal te stellen in de wettelijke regeling, maar de inhoud van het bewijsmateriaal.³¹ Dit zou passen bij de huidige rechtspraktijk. Strafrechters construeren hun bewijsredeneringen immers niet aan de hand van bewijsmiddelen, maar aan de hand van de redengevende *inhoud* daarvan. Wanneer zij bepaalde redengevende feiten willen gebruiken ter onderbouwing van hun bewijsbeslissing, dwingt de huidige bewijsregeling hen tot het maken van een keuze voor een bewijsmiddel. Ik ken geen strafrechter die het belangrijk vindt om te bepalen aan welk bewijsmiddel redengevende feiten of omstandigheden zijn ontleend. Dat is een formele exercitie die geen rol speelt bij de beraadslaging en pas aan de orde komt bij het schrijven van het vonnis.

In de vierde plaats past een gebondenheid aan de wettelijke opsomming van bewijsmiddelen niet bij het streven van de conceptwetgever om tot een

techniekonafhankelijk wetboek te komen.³² Op dit moment kent het wetboek de vormen ‘eigen waarneming’, ‘ter zitting afgelegde verklaring’ en ‘geschrift’. Zoals in paragraaf 5.3 uitvoerig zal worden besproken, komen daar in de voorgestelde regeling ‘opnamen van beeld of geluid’ bij. Stel dat de rechter de inhoud van internetpagina’s voor het bewijs zou willen gebruiken. Mag hij dan alleen screenshots voor het bewijs gebruiken (geschrift) of de internetpagina’s ter zitting raadplegen (eigen waarneming)? Dat komt mij voor als een nodeloos onpraktische benadering. Daarnaast is het niet ondenkbaar dat de rechter in de toekomst op andere wijzen kennis kan nemen van bewijsmateriaal dan wij nu voor mogelijk houden. Ik denk bijvoorbeeld aan een bepaald type door een GPS-systeem gegenereerde *file* waaruit de door een auto gevolgde route blijkt.

Mijn conclusie is dat het aanbeveling verdient om strafrechters niet langer te beperken met een limitatieve lijst van bewijsmiddelen. De waarheidsvinding wordt door de beperking niet gediend. Praktisch kan naar huidig recht bijna al het bewijsmateriaal worden toegelaten om aan het bewijs mee werken. Als dat zo is, ligt het niet voor hand om een *ander* uitgangspunt in de wet tot uitdrukking te laten komen. Bovendien is de voorgestelde wettelijke regeling nodeloos complex doordat sommige bepalingen betrekking hebben op zowel de bewijsmiddelen en dus de vorm waarin de rechter kennis neemt van bewijsmateriaal als de inhoud daarvan.

2.3 Hoe zou een bewijsregeling bij een vrij bewijsstelsel kunnen worden vormgegeven?

Wanneer de rechter niet langer gebonden is aan wettige bewijsmiddelen, kunnen de voorgestelde artikelen 4.3.2.1 lid 1, 4.3.2.2 en 4.3.2.3 lid 4 komen te vervallen. In het voorgestelde artikel 4.3.2.3 worden in leden 1-3 en 5 omschrijvingen gegeven van ieder van de vier bewijsmiddelen die ter zitting worden verzameld. Deze dienen in de huidige opzet niet slechts als definitie van ieder van de bewijsmiddelen, maar hierin wordt vooral aangegeven onder welke voorwaarden bepaald bewijsmateriaal aan het bewijs mag meewerken. Deze voorwaarden zouden ook wanneer de rechtbank – volgens mijn voorstel – niet langer gebonden is aan wettige bewijsmiddelen behouden kunnen worden en dan als voorwaarden voor toelaatbaarheid dan wel als bewijsverboden kunnen worden geformuleerd.³³ Het aspect ‘tijdens het onderzoek ter terechtzitting’ zou in dit voorstel verwijderd worden als voorwaarde.³⁴

Er zouden nog meer bewijsverboden kunnen worden opgenomen, die niet op de vorm, maar op de inhoud van het bewijsmateriaal betrekking zouden hebben. Zo zou kunnen worden gecodificeerd dat de verklaring van de raadsman van de verdachte en een over de persoon van de verdachte uitgebracht rapport niet voor het bewijs mogen worden gebruikt.³⁵ Een uitputtend overzicht van wettelijke bewijsverboden acht ik echter niet wenselijk, omdat dat in de weg zou staan aan de

creatie van nieuwe bewijsverboden in de jurisprudentie. In beginsel moet de zittingsrechter zelf kunnen bepalen of bewijsmateriaal toelaatbaar is. Alleen wanneer generiek ten aanzien van bepaald type bewijsmateriaal kan worden aangenomen dat het nooit toelaatbaar is, zou het wenselijk kunnen zijn om daarvoor in de wet een bewijsverbod op te nemen.

3 Het bewijscriterium

3.1 Wat is een bewijscriterium?

Het voorgestelde artikel 4.3.2.1 luidt als volgt:

1. 'Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, dient op wettige bewijsmiddelen te steunen.
2. Het bewijs kan slechts worden aangenomen als buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte het feit heeft begaan.
3. Indien de rechtbank er niet van overtuigd is dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, spreekt hij³⁶ deze daarvan vrij.' [noot toegevoegd door auteur]

Volgens de concept-MvT wordt hierin 'het bewijscriterium' geformuleerd. Maar wat moet daar dan precies onder worden begrepen, in aanmerking genomen dat het drie bepalingen in afzonderlijke leden betreft? Op p. 52 worden de drie bepalingen beschreven, waarbij ten aanzien van leden 1 en 3 wordt gesproken van 'het bewijscriterium' resp. 'dit bewijscriterium'. In een inleidende tekst daaraan voorgaand staat geschreven: 'Het bewijscriterium wordt gemoderniseerd; voor een bewezenverklaring dient buiten redelijke twijfel te staan dat de verdachte het feit heeft begaan'. Deze zin lijkt alleen betrekking te hebben op lid 2. Het lijkt er dus op dat ieder van de bepalingen van artikel 4.3.2.1 'het' bewijscriterium bevat. Of zou zijn bedoeld dat het bewijscriterium wordt gevormd door de drie bepalingen tezamen?

Wat is een bewijscriterium eigenlijk? De term 'bewijscriterium' wordt niet algemeen gebruikt in de Nederlandse bewijsrechtelijke literatuur. Nijboer spreekt van 'bewijsstandaard' en lijkt daaronder te begrijpen de mate van zekerheid die moet bestaan om aan te mogen nemen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.³⁷ De conceptwetgever lijkt met de term 'bewijscriterium' een bredere betekenis op het oog te hebben: niet alleen de mate van zekerheid is relevant, maar ook de vraag op welke informatie een bewezenverklaring dient te steunen (wettige bewijsmiddelen). Ik zou zelf denken dat een bewijscriterium een regel is aan de

hand waarvan de rechter moet bepalen of een ten laste gelegd feit kan worden bewezen. Bij die opvatting gaat het inderdaad om de drie bepalingen in samenhang bezien.

3.2 De verhouding tussen 'buiten redelijke twijfel' en de rechterlijke overtuiging

Nieuw in artikel 4.3.2.1 is de bepaling dat buiten redelijke twijfel moet vaststaan dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Hiermee wordt slechts gecodificeerd wat in de jurisprudentie en literatuur al langer werd aangenomen. Volgens de concept-MvT gaat het erom dat de rechter aan de hand van objectieve feiten en omstandigheden vaststelt of de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Daarbij zal een deugdelijke bewijsredenering moeten worden gevolgd. Kan op basis van de feiten en omstandigheden geen deugdelijke bewijsredenering worden opgesteld, dan staat niet buiten redelijke twijfel vast dat de verdachte het feit heeft begaan en zal deze moeten worden vrijgesproken. Er wordt gesproken van een objectief bewijscriterium.³⁸ 'Centraal staat of het bewijs overtuigt, niet of de rechter overtuigd is.'³⁹

Dat neemt niet weg dat de subjectieve overtuiging van de rechter ook onder het voorgestelde recht van belang blijft. De gedachte is dat een rechter nooit tot een bewezenverklaring verplicht zou moeten zijn, ook niet wanneer hij niet kan uitleggen waarom het bewijs wat hem betreft niet overtuigt. Doorgaans zal de rechter overigens wel kunnen uitleggen waarom dat het geval is. De verdachte kan bijvoorbeeld een alternatief scenario hebben aangevoerd dat niet onaannemelijk is en door de rechter niet kan worden weerlegd, maar evenmin kan worden bevestigd. In dat geval is niet de subjectieve overtuiging van de rechter doorslaggevend, maar bestaat op objectieve gronden twijfel of de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.⁴⁰

Een specifieke bepaling over de rechterlijke overtuiging kan mijns inziens goed worden gemist in de bewijsregeling. Is de rechter niet overtuigd, dan staat voor hem kennelijk niet buiten redelijke twijfel vast dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan. Daarmee is dus niet voldaan aan het criterium dat in lid 2 is opgenomen. Taalkundig beschouwd kan deze bepaling immers net zo goed betrekking hebben op de objectief gerechtvaardigde twijfel als op meer subjectieve twijfel. In de uiteindelijke MvT kan deze bepaling ook op die wijze worden uitgelegd. Een andere reden waarom de persoonlijke overtuiging van de rechter mijns inziens geen plaats zou moeten hebben in de wettelijke regeling, is dat niet de rechter, maar de rechtbank de bewijsbeslissing neemt (art. 4.3.2.1 lid 3 en 4.3.1.5). Dat kan een alleensprekende rechter zijn, maar de wettelijke regeling gaat in de basis uit van een meervoudige strafkamer. Een meervoudige strafkamer heeft geen persoonlijke overtuiging. De persoonlijke overtuigingen van de individuele rechters kunnen wel

een rol spelen bij de totstandkoming van de bewijsbeslissing, maar deze komen dan, en alleen in geval van een meerderheidsstandpunt, tot uitdrukking in het oordeel van de rechtbank als geheel.

3.3 Wat in het bewijscriterium ontbreekt

De essentie van de bewijsbeslissing lijkt mij terug te voeren op twee vragen: (1) Welke redengevende feiten en omstandigheden worden vastgesteld? en (2) Kan op grond van de vastgestelde redengevende feiten en omstandigheden buiten redelijke twijfel worden aangenomen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan?⁴¹ De eerste vraag heeft betrekking op het bewijs van afzonderlijke feiten en omstandigheden en de tweede vraag op het bewijs van het strafbare feit (als geheel). Het gaat hier om het verschil tussen *evidence* en *proof*, waarvoor de Nederlandse taal helaas geen geschikt equivalent kent. In het vonnis moeten beide aspecten aan de orde komen: de beslissing of kan worden bewezen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, moet in het vonnis worden opgenomen (art. 358 lid 2 Sv) en wanneer de rechter tot een bewezenverklaring komt, moet daarin de inhoud van de bewijsmiddelen worden genoemd (art. 359 lid 3 Sv).

In het voorgestelde artikel 4.3.2.1 wordt aangegeven dat de rechter zich in geval van een bewezenverklaring moet baseren op wettige bewijsmiddelen. Dat is echter niet helemaal zuiver. De rechter baseert zich op de *inhoud* van de wettige bewijsmiddelen, die bovendien redengevend moet zijn. Dit is een zeer wezenlijk aspect van de wijze waarop de bewijsbeslissing tot stand komt. Bevat een bewijsmiddel geen redengevende feiten of omstandigheden, dan zal het immers niet kunnen bijdragen aan de bewezenverklaring. Mijns inziens zou dit niet alleen tot uitdrukking moeten komen in de regels rond de bewijsmotivering, maar ook in het bewijscriterium.

3.4 Voorstel om één bewijscriterium in de wet op te nemen

Artikel 4.3.2.1 bevat drie leden, die samen het bewijscriterium lijken te vormen. Hiervoor heb ik betoogd dat aan lid 3 geen zelfstandige betekenis toekomt en dat dit lid daarom kan vervallen. Ik zie geen reden waarom het bepaalde in de leden 1 en 2 niet in één doorlopende zin zou kunnen worden opgenomen. Dat verdient wat mij betreft de voorkeur, omdat juist de samenhang tussen de verschillende onderdelen bepaalt wat het bewijscriterium inhoudt. De vraag is vervolgens hoe dit criterium zou kunnen worden geformuleerd. Een mogelijke formulering zou wat mij betreft de volgende zijn:

‘Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, kan uitsluitend worden aangenomen wanneer op grond van redengevende feiten en

omstandigheden die aan wettige bewijsmiddelen zijn ontleend, dan wel van algemene bekendheid zijn, buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte het ten laste gelegde feit⁴² heeft begaan.

In deze zin zijn de feiten van algemene bekendheid opgenomen, omdat de rechtbank de redengevende feiten en omstandigheden niet alleen kan ontlenen aan de inhoud van bewijsmiddelen, maar deze ook – zonder dat zij blijken uit een bewijsmiddel – mag aannemen wanneer zij van algemene bekendheid zijn. Artikel 4.3.2.1 lid 1 wekt de suggestie dat alle feiten en omstandigheden aan wettige bewijsmiddelen moeten zijn ontleend en die suggestie wordt pas weggenomen in artikel 4.3.2.2 lid 2, waarin wordt aangegeven dat feiten of omstandigheden van algemene bekendheid geen bewijs behoeven. Het voorgestelde artikel 4.3.2.1 lid 3 bepaalt overigens dat de rechter vrijspreekt wanneer hij niet overtuigd is. In dat geval is het bewijs niet geleverd en bepaalt artikel 4.3.1.5 reeds dat de verdachte dient te worden vrijgesproken. In titel 4.3.2 zou dat niet moeten worden herhaald. Daarbij merk ik op dat in artikel 4.3.2.1 lid 2 niet wordt bepaald wat het gevolg moet zijn van redelijke twijfel, terwijl ook in dat geval de verdachte moet worden vrijgesproken. De bewijsregeling lijkt op dit punt dus niet consistent te zijn.

4 Formele onmiddellijkheid

Onder formele onmiddellijkheid wordt verstaan dat alle informatie waarop de rechtbank zich baseert bij het nemen van haar beslissing tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de orde moet zijn geweest. Het belangrijkste doel daarvan is het bewust maken van de verdediging van de mogelijkheid dat bepaalde informatie in belastende zin kan worden meegewogen door de rechtbank bij het nemen van de beslissingen van de artikelen 348 en 350 Sv, waaronder de bewijsvraag. De verdediging wordt daardoor in staat gesteld om deze informatie te betwisten. Als nevensdoel kan worden genoemd dat ook het eventueel aanwezige publiek, waaronder mogelijke slachtoffers, kennis kan nemen van de informatie die voor de beoordeling van de zaak relevant is, waardoor het beginsel van externe openbaarheid beter tot zijn recht komt.

In de voorgestelde titel over het bewijs ontbreekt een bepaling dat de rechtbank ‘uit het onderzoek ter terechtzitting’ haar overtuiging moet krijgen. Een dergelijke bepaling is wel opgenomen in het huidige artikel 338 Sv. Het schrappen hiervan lijkt echter geen wezenlijke betekenis te hebben. In de omschrijving van vier van de zes bewijsmiddelen, in artikel 4.3.2.3 leden 1-3 en 5, is opgenomen dat deze ter terechtzitting moeten zijn verkregen. Deze bewijsmiddelen zijn weliswaar niet noodzakelijkerwijs door de rechtbank aan de orde *gesteld*, maar zijn wel aan de orde *geweest*. Verder bepaalt artikel 4.3.1.1 dat de rechter bij het nemen van de bewijsbeslissing beraadslaagt naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting.

Ten aanzien van geschriften volgt uit het huidige artikel 301 lid 4 Sv dat deze niet voor het bewijs mogen worden gebruikt wanneer de rechtbank deze niet aan de orde heeft gesteld tijdens het onderzoek ter terechtzitting. In de voorgestelde regeling wordt de verplichting om ter zitting stukken voor te houden geregeld in artikel 4.2.4.1.1. Daarbij wordt, in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad, een relevantiecriteria geïntroduceerd in de wettelijke regeling: processtukken die 'van belang kunnen zijn voor de door de rechtbank te nemen beslissingen' moeten ter sprake worden gebracht.⁴³ Daarbij wordt het voorlezen ervan niet langer als uitgangspunt genomen, waardoor de regeling meer in overeenstemming wordt gebracht met de praktijk. Het ter sprake brengen kan bestaan uit het kort aanduiden van de inhoud, het samenvatten of het voorlezen van het stuk. Artikel 4.3.1.6 bepaalt welk gevolg het niet voorhouden van processtukken heeft: daarop mag geen acht worden geslagen. Concreet betekent dit ten aanzien van de bewijsbeslissing dat deze niet mag worden gebaseerd op informatie die niet ter terechtzitting aan de orde is geweest.

Het onmiddellijkheidsbeginsel wordt op deze manier meer in overeenstemming gebracht met de rechtspraak en met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Maar zou de modernisering van de onmiddellijkheid niet verder moeten reiken? Het niet aan de orde stellen van bepaalde informatie hoeft geen gevolgen te hebben. In verreweg de meeste gevallen zal het niet aan de orde stellen er immers niet toe hoeven te leiden dat het desbetreffende materiaal moet worden uitgesloten om aan het bewijs mee te werken. De Hoge Raad hanteert namelijk als criterium of de verdachte door het ter zitting onvermeld laten van een bewijsmiddel 'wordt geschaad in enig belang dat de bepaling beoogt te beschermen'.⁴⁴ Ik neem aan dat de Hoge Raad daaromtrent onder het gemoderniseerde wetboek niet anders zal gaan oordelen. Volgens Machielse is de achterliggende gedachte van artikel 301 lid 4 Sv dat ten bezware van verdachte geen acht mag worden geslagen op stukken of verklaringen waarvan verdachte geen kennis heeft kunnen nemen en waarop hij niet heeft kunnen reageren.⁴⁵ Er zijn diverse gevallen denkbaar waarin de verdachte niet in zijn belangen is geschaad door het niet aan de orde stellen van een bepaald stuk: de verdachte heeft het feit bekend,⁴⁶ het desbetreffende bewijsmiddel maakte onderdeel uit van het procesdossier⁴⁷ of het desbetreffende bewijsmiddel ontbrak weliswaar in het dossier, maar een bewijsmiddel met vrijwel dezelfde inhoud zat daar wel in en is niet door de verdediging betwist.⁴⁸ In de laatste twee gevallen lijkt het mij overigens van belang of de verdachte rechtsbijstand had. Van de verdachte zonder rechtsbijstand mag minder begrip van de inhoud van het procesdossier worden verondersteld dan van de juridisch onderlegde advocaat. Voorts kan de verdachte expliciet of impliciet afstand hebben gedaan van zijn recht om de stukken voorgehouden te krijgen.⁴⁹

Niet-inachtneming van het onmiddellijkheidsbeginsel lijkt – althans in geval van verdachten met rechtsbijstand – pas gevolgen te hebben wanneer het desbetreffende bewijsmiddel ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet aan de verdediging bekend was⁵⁰ dan wel niet bekend was dat het bewijsmiddel onderdeel uitmaakte van het dossier tegen de verdachte. Daarmee lijkt de kern van het onmiddellijkheidsbeginsel gelegen te zijn in het recht op een adversaire procedure: de verdachte moet kennis kunnen nemen van al het bewijsmateriaal en dat materiaal gedurende de strafrechtelijke procedure effectief kunnen betwisten.⁵¹ Hiermee kom ik op een bezwaar tegen de formulering van het voorgestelde artikel 4.3.1.6. Deze bepaling belooft in het eerste lid dat ten bezware van de verdachte geen acht zal worden geslagen op niet-voorgehouden stukken: ‘Ten bezware van de verdachte wordt geen acht geslagen op processtukken die niet ter sprake zijn gebracht tijdens het onderzoek op de terechtzitting, tenzij artikel 4.2.4.1.1, vierde lid, is toegepast.’

Als het verzuim om stukken voor te houden praktisch in de meeste gevallen geen consequenties heeft, zou ik menen dat dit tot uitdrukking zou moeten komen in de wettelijke regeling. Aan de geciteerde bepaling zou mijns inziens daarom moeten worden toegevoegd: ‘of de verdachte daardoor niet in zijn belangen wordt geschaad’. Ten aanzien van de eigen waarneming van de rechter bevat het derde lid van het voorgestelde artikel 4.3.1.6 al een vergelijkbare bepaling: ‘Aan een beslissing worden geen eigen waarnemingen van de rechter ten grondslag gelegd waarvan het gebruik niet voorzienbaar is.’⁵²

Wanneer bepaalde stukken niet zijn voorgehouden, maar zich wel in het dossier bevinden dat aan de verdediging ter beschikking is gesteld, is het gebruik van die stukken mijns inziens in beginsel eveneens voorzienbaar. Dat zou anders kunnen zijn wanneer bijvoorbeeld sprake is van een zeer omvangrijk dossier.

In deze bepalingen staat het belang van de verdachte centraal. Het gaat om de vraag of de rechtbank in haar beslissing ten nadele van de verdachte rekening mag houden met feiten die niet tijdens de zitting aan de orde zijn gesteld. Wanneer dat toegestaan is, is daarmee niet gezegd dat het voorhouden van die stukken niet relevant zou zijn. Zo is verificatie een belangrijk aspect van het onderzoek ter terechtzitting: wanneer stukken worden voorgehouden, kan de verdachte worden gevraagd om daarop te reflecteren, hetgeen de waarheidsvinding ten goede kan komen. Ook kan het voor de begrijpelijkheid van hetgeen tijdens het onderzoek ter zitting voorvalt, essentieel zijn om stukken voor te houden, in het bijzonder wanneer de verdachte geen rechtsbijstand heeft of wanneer bijvoorbeeld slachtoffers, (andere) getuigen of journalisten in de zittingszaal aanwezig zijn. Het uitgangspunt van het voorgestelde artikel 4.2.4.1.1 (stukken voorhouden) lijkt mij

dan ook prima. De consequenties die het voorgestelde artikel 4.2.1.6 verbindt aan het niet-voorhouden acht ik echter te absoluut geformuleerd. Een nuancering is op zijn plaats.

5 De bewijsmiddelen

5.1 Inleiding

In paragraaf 2 heb ik ervoor gepleit om niet langer een opsomming van toegelaten bewijsmiddelen in de wet op te nemen. In de wetenschap dat dit pleidooi mogelijk niet zal leiden tot een aanpassing van het conceptwetsvoorstel, zal ik in deze paragraaf ingaan op een aantal specifieke bewijsmiddelen die in de conceptbewijsregeling zijn opgenomen. In het algemeen valt mij op dat de bewijsmiddelen in de opsomming van de bewijsmiddelen in artikel 4.3.2.2 – anders dan in het huidige artikel 339 Sv – in meervoudsvorm zijn geformuleerd, terwijl in de omschrijving van de bewijsmiddelen in artikel 4.3.2.3 voor de enkelvoudsvorm is gekozen.⁵³ Het lijkt mij meer voor de hand liggen om steeds de enkelvoudsvorm te hanteren. Ook wanneer slechts één getuigenverklaring beschikbaar is, kan die immers een bewijsmiddel opleveren.

5.2 Eigen waarneming van de rechter

In artikel 4.3.2.2 lid 1 sub f wordt het bewijsmiddel ‘eigen waarnemingen van de rechter’ genoemd. In artikel 4.3.2.3 lid 5 wordt omschreven wat hieronder wordt verstaan: ‘Onder eigen waarneming van de rechter wordt verstaan die welke bij het onderzoek op de terechtzitting door hem persoonlijk is gedaan’. Dit roept bij mij een aantal vragen op. Wie doet nu eigenlijk de waarneming: de rechter of de rechtbank? En in het verlengde daarvan: wat wordt bedoeld met ‘persoonlijk’? En waarom moeten waarnemingen ter zitting worden gedaan?

De voorgestelde regeling, die op dit punt overeenkomt met de huidige regeling, spreekt van de eigen waarneming van ‘de rechter’⁵⁴ die bovendien ‘persoonlijk’ moet zijn gedaan. Omdat een rechtbank een waarneming niet persoonlijk kan doen, lijkt hiermee te worden bedoeld dat één individuele rechter een waarneming doet. De vraag rijst of dat een wenselijke opvatting zou zijn. Stel dat bij de behandeling door een meervoudige strafkamer slechts één rechter heeft waargenomen dat de verdachte een litteken boven zijn oog heeft, zonder dat hij die waarneming ter zitting aan de orde heeft gesteld. Mag deze waarneming dan bijdragen aan het bewijs wanneer de verdachte kon voorzien dat deze waarneming bij de bewijsbeslissing zou worden betrokken (art. 4.3.1.6 lid 3)? Of is vereist dat ieder van de rechters dezelfde waarneming heeft gedaan? Mij is geen rechterlijke uitspraak bekend waarin deze kwestie speelde. In de literatuur wordt echter het standpunt

ingenomen dat de waarneming door het rechterlijke college als geheel moet zijn gedaan. Als argument daarvoor wordt genoemd dat de inhoud van de waarneming en de bepaling van de betekenis daarvan pas na afloop van het onderzoek ter terechtzitting wordt vastgesteld tijdens de beraadslaging door de rechters.⁵⁵ Dat argument overtuigt mij niet. Het bepalen van de betekenis van bewijsmiddelen gebeurt inderdaad in onderling overleg,⁵⁶ maar dat levert wat mij betreft geen argument op om persoonlijke waarnemingen van individuele rechters uit te sluiten. In het door mij genoemde voorbeeld zou ik denken dat de waarneming van het litteken door één rechter bruikbaar is als bewijsmiddel. Als een proces-verbaal van één opsporingsambtenaar die heeft verklaard dat hij persoonlijk een litteken heeft waargenomen bij het slachtoffer, toelaatbaar wordt geacht als bewijsmiddel, zie ik vanuit het oogpunt van de waarheidsvinding geen bezwaar tegen het gebruik van exact dezelfde waarneming van deze ene rechter voor het bewijs, zolang de eis van formele onmiddellijkheid wordt gerespecteerd. Wanneer de wetgever meent dat een waarneming wel door alle rechters van de samenstelling moet zijn gedaan, verdient het aanbeveling om dat tot uitdrukking te laten komen in de formulering van het bewijsmiddel: 'de eigen waarneming van de rechtbank'.

Een meer wezenlijk punt is de vraag of alleen rechterlijke waarnemingen in aanmerking zouden mogen worden genomen die ter terechtzitting zijn gedaan. Volgens de Hoge Raad is de gedachte achter de eis van artikel 340 Sv dat de waarnemingen ter zitting moeten zijn gedaan dat 'ook zowel de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie als de verdachte en de raadsman die waarneming hebben kunnen doen en de gelegenheid hebben gehad zich daaromtrent bij de behandeling van de zaak uit te laten'.⁵⁷ De vraag kan worden gesteld waarom het cruciaal zou moeten zijn dat ook de officier, de verdachte en zijn raadsman dezelfde waarneming hebben kunnen doen. Ter vergelijking: waarnemingen die opsporingsambtenaren of andere getuigen tijdens het opsporingsonderzoek hebben gedaan, mogen wel voor het bewijs worden gebruikt, mits deze ter terechtzitting aan de orde zijn gesteld. Waar het mijns inziens om gaat, is dat de verdediging en de officier van justitie de kans krijgen om zich uit te laten over de gedane waarneming. Dat lijkt mij de belangrijkste reden waarom de na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting gedane waarneming van de rechter dat de verdachte een bepaald loopje had, niet aan het bewijs mocht meewerken: die waarneming was tijdens de zitting niet bekend bij de verdediging en kon daardoor niet door haar worden betwist.⁵⁸ Maar stel nu dat een van de rechters de plaats waar een dodelijk ongeval heeft plaatsgevonden, heeft onderzocht. Wat zou het bezwaar dan zijn tegen het ter zitting vermelden van deze waarneming en het vervolgens als bewijsmiddel gebruiken van die waarneming? Zou de desbetreffende rechter zijn bevindingen opschrijven, dan zouden deze via het bewijsmiddel 'geschriften' aan de bewezenverklaring ten grondslag worden gelegd. Schriftelijke verklaringen van

rechters zijn immers niet uitgesloten als bewijsmiddelen, ook niet als het zittingsrechters betreft.⁵⁹ Er zou kunnen worden betoogd dat de onpartijdigheid van de rechter in het gedrang komt wanneer de rechter buiten de aanwezigheid van de procespartijen onderzoek mag doen. Ik zie echter geen reden waarom de rechter eerder vooringenomen zou zijn wanneer hij zelfstandig onderzoek mag verrichten. Overigens zou ook kunnen worden bepaald dat de rechter die buiten het onderzoek ter terechtzitting waarnemingen wil doen, de procespartijen uitnodigt om daarbij aanwezig te zijn. Er zal immers geen reden bestaan om hen uit te sluiten om daarbij aanwezig te zijn.

Ik zou daarom denken dat ook elders dan ter terechtzitting gedane waarnemingen van rechters een bewijsmiddel mogen opleveren. Dat zou ook een nu soms gebruikte fictie overbodig maken. Wanneer de rechtbank een onderzoek ter plaatse uitvoert, een zogenoemde schouw, wordt ervan uitgegaan dat het in de rechtszaal geschorste onderzoek ter terechtzitting ter plaatse wordt hervat, zodat de rechtbank formeel ‘ter terechtzitting’ waarnemingen kan doen.⁶⁰ Dat is in mijn ogen een nodeloos formele benadering.

Hierna zal worden ingegaan op het gebruik van onder andere video-opnamen als bewijsmiddel. Deze hoeven volgens het conceptvoorstel niet in alle gevallen ter zitting te worden afgespeeld. In dat kader wordt in de concept-MvT overwogen: ‘Feitelijk komt deze wijziging er op neer dat bij deze opnamen waarnemingen die de rechter buiten de terechtzitting om doet voor het bewijs bruikbaar worden.’ Dat roept de vraag op waarom andersoortige waarnemingen buiten de terechtzitting niet als bewijsmiddel toelaatbaar zouden zijn. De Hoge Raad heeft dat al eens toegestaan.⁶¹ Mijn aanbeveling is om aan waarnemingen van de rechter niet langer de voorwaarde te verbinden dat deze ter zitting moeten zijn gedaan en in plaats van de materiële onmiddellijkheid de formele onmiddellijkheid centraal te stellen: de verdediging moet de kans krijgen om kennis te nemen van de waarneming en deze te betwisten.

5.3 Opnamen van beeld of geluid als apart bewijsmiddel

In artikel 4.3.2.2 lid 1 sub e worden ‘opnamen van beeld of geluid’ als zelfstandig bewijsmiddel genoemd. Naar huidig recht moeten deze ter zitting worden getoond of afgespeeld, hetgeen de rechter kan waarnemen, waarna de eigen waarneming van de rechter als bewijsmiddel kan worden ingebracht. In eerste instantie lijkt het erop dat foto’s en video’s niet langer door de rechter hoeven te worden getoond of afgespeeld om bruikbaar te zijn als bewijsmiddel. De concept-MvT noemt dit als belangrijkste reden om een zelfstandig bewijsmiddel te creëren.⁶² Artikel 4.3.1.6 lid 2 bepaalt echter dat ten bezware van de verdachte geen acht mag worden geslagen op opnames als deze niet zijn vertoond of ten gehore zijn gebracht, tenzij de

verdachte en de officier van justitie daarmee instemmen. Uit artikel 4.2.1.8 lid 2 volgt dat opnames evenmin ter zitting hoeven te worden getoond of afgespeeld wanneer de verdachte en zijn raadsman niet aanwezig zijn. Opnames moeten als regel derhalve ook onder het voorgestelde bewijsrecht ter zitting worden ge- of vertoond. Daarop bestaat alleen een uitzondering wanneer de procespartijen geen prijs stellen op het (ver)tonen van de opname of verstek laten gaan.

Naar huidig recht kan een opname alleen aan het bewijs meewerken via de eigen waarneming van de rechter en daarvoor is in beginsel vereist dat de opname ter zitting is getoond of afgespeeld.⁶³ De voorgestelde regeling biedt dus een zekere verruiming. Deze lijkt echter vrij gering te zijn, aangezien de verdediging kan bewerkstelligen dat een opname toch ter zitting moet worden vertoond.⁶⁴ De verplichting om opnames ter zitting te (ver)tonen is geworteld in het formele onmiddellijkheidsbeginsel. Het is de vraag of het noodzakelijk is om dat beginsel zo'n grote rol te laten spelen.

Ik meen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. In paragraaf 4 heb ik aangegeven dat het niet ter zitting aan de orde stellen van geschriften volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad alleen gevolgen heeft voor de bruikbaarheid daarvan als bewijsmiddel wanneer de verdediging door het niet voorhouden in haar belangen wordt geschaad.⁶⁵ Ten aanzien van opnames van beeld of geluid zal hetzelfde kunnen gelden. Als de verdediging redelijkerwijs geen belang heeft bij het ter zitting afspelen van een video, bijvoorbeeld omdat deze video voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting door de verdediging is bekeken, dient het uitsluiten van de video als bewijsmiddel geen redelijk doel.⁶⁶ Wel lijkt het mij van belang dat de rechter ter zitting aan de orde stelt wat hij op de video heeft waargenomen. Daarmee stelt hij de essentie van de inhoud van de video aan de orde, op dezelfde manier als hij de essentie van de inhoud van geschriften aan de orde mag stellen, die immers ook niet letterlijk hoeven te worden voorgelezen. Op deze manier is de verdachte erop voorbereid dat de inhoud van de video als belastend bewijsmateriaal zal kunnen worden gebruikt en zal hij de authenticiteit en inhoud van de video kunnen betwisten. Ook hier zal overigens gelden dat het niet voorhouden van de inhoud van de video geen consequenties zal hoeven te hebben wanneer de verdachte daardoor niet in zijn verdediging wordt geschaad, bijvoorbeeld omdat de inhoud van de video ook blijkt uit een getuigenverklaring die door de verdediging niet is betwist.

Ik maak nog twee kanttekeningen bij de formulering van het voorgestelde nieuwe bewijsmiddel. De eerste betreft het woord 'of' in de frase 'opnamen van beeld of geluid'. Bij die formulering wordt ervan uitgegaan dat een opname ofwel beeld ofwel geluid bevat, terwijl in een video-opname beeld en geluid worden verenigd. De tweede kanttekening ziet op de term 'opnamen'. Niet alle afbeeldingen die voor

het bewijs relevant kunnen zijn, worden opgenomen. Ik denk bijvoorbeeld aan de originele situatietekening die na een verkeersongeval is gemaakt. Omdat het hier in essentie om hetzelfde type materiaal gaat, zie ik geen reden voor een andere behandeling ervan in de wet. Of iets is opgenomen of niet is niet doorslaggevend. Het gaat erom dat sprake is beeld en/of geluid.

6 Bewijsminima

In het voorgestelde artikel 4.3.2.4 worden de bewijsminimumregels voor verklaringen van getuigen en verdachten opgenomen, alsmede de uitzondering op de bewijsminimumregel voor getuigenbewijs wanneer sprake is van een heterdaad-proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Anders dan in de huidige regeling worden alle bewijsminimumregels in één artikel samengevoegd.

In de concept-MvT wordt aangegeven wat de oorsprong van de bepaling is, maar wordt niet de hamvraag aan de orde gesteld: is het wenselijk om de bewijsminimumregels te behouden? Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad – waarvan mag worden verwacht dat deze zal worden voortgezet onder het nieuwe wetboek, aangezien de voorgestelde wettelijke regeling en concept-MvT geen aanleiding geven voor een andere invulling van de bewijsminimumregels – is naast de verklaring van een getuige weinig ander bewijs nodig. Weliswaar moet voldoende steunbewijs beschikbaar zijn, maar ook wanneer dat er niet in ruime mate is, is het uitzonderlijk dat de Hoge Raad casseert wegens schending van artikel 342 lid 2 Sv. Er zijn talloze voorbeelden te noemen van zaken waarin de ten laste gelegde gedraging uitsluitend blijkt uit de verklaring van het slachtoffer en het steunbewijs slechts bestaat uit feiten en omstandigheden die *circumstantial* zijn.⁶⁷ Hoe minder steunbewijs, hoe belangrijker de motivering zal zijn.⁶⁸ Als de eisen aan het steunbewijs zo minimaal zijn, kan de vraag worden gesteld of een bewijsminimumregel nog wel een waarborg vormt voor de waarheidsvinding en of deze niet beter zou kunnen worden vervangen door een bewijsmotiveringsregel.⁶⁹ Vanwege het risico op onbetrouwbaarheid van bewijsmateriaal neig ik naar behoud van de bewijsminimumregels. De Hoge Raad wekt de indruk bewijsconstructies en de motivering waarom voldoende bewijs bestaat serieus te toetsen, zo nodig op grond van het dossier als geheel.⁷⁰ Daarbij speelt de door het hof gegeven motivering reeds een rol.

Als de bewijsminimumregels worden behouden, is het de vraag waarom deze alleen zouden gelden ten aanzien van verklaringen van verdachten en getuigen.

Bewijsminimumregels hebben tot doel om de waarheidsvinding te bevorderen.

Gezien de betrouwbaarheidsrisico's die aan verklaringen van verdachten en getuigen kleven, wordt het noodzakelijk geacht dat steun kan worden gevonden in bewijsmateriaal uit een andere bron.⁷¹ Andersoortig bewijsmateriaal hoeft echter niet noodzakelijkerwijs betrouwbaarder te zijn. Zo kunnen camerabeelden van een

overval zijn gemaakt waarop de verdachte niet al te duidelijk in beeld is of kan een deskundige fouten hebben gemaakt bij het uitvoeren van zijn deskundigenonderzoek. Een verschil met verklaringen van verdachten of getuigen is dat zich moeilijk een situatie laat denken waarin op grond van één enkele video of één deskundigenrapport het ten laste gelegde feit bewezen zou kunnen worden. In geval van de video zal de identiteit van de verdachte niet uit de camerabeelden blijken, terwijl de deskundige niet kan verklaren omtrent feiten die hij heeft waargenomen. Heeft de deskundige wel feiten waargenomen, dan zou zal hij tevens als getuige moeten worden aangemerkt, en staat de bewijsminimumregel voor getuigenverklaringen in de weg aan een bewezenverklaring, omdat er geen bewijs uit een andere bron beschikbaar is als de deskundige en de getuige dezelfde persoon zijn.

Hoewel de situatie dat een bewezenverklaring op één bewijsmiddel zou kunnen worden gebaseerd dat geen verklaring van de verdachte of de getuige is, zich praktisch dus niet snel zal voordoen,⁷² zou naar mijn mening het uitgangspunt moeten zijn dat bewijs uit één bron onvoldoende is voor een bewezenverklaring, aangezien ieder type bewijsmiddel betrouwbaarheidsrisico's kent.⁷³ Nijboer spreekt in dit verband van de 'eis van dubbele bevestiging'.⁷⁴ Naar huidig recht wordt deze eis niet algemeen onderschreven.⁷⁵ Ik zou er voorstander van zijn dat het uitgangspunt dat steeds bewijs uit verschillende bronnen beschikbaar moet zijn, in de bewijsregeling wordt opgenomen.⁷⁶ Dit uitgangspunt is overigens al eens door een minister van Justitie verwoord.⁷⁷

De uitzondering op de bewijsminimumregel voor getuigen, die thans in artikel 344 lid 2 Sv is opgenomen, blijft behouden en wordt aangevuld. Het desbetreffende proces-verbaal moet zijn opgemaakt door een opsporingsambtenaar die bevoegd moet zijn en verklaart over feiten of omstandigheden die hij zelf heeft waargenomen of ondervonden. Dit laatste is strikt genomen niet voldoende. Het gaat er immers om dat de opsporingsambtenaar zelf heeft waargenomen dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan. De eigen waarneming dat een getuige tegen hem heeft verteld dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan, is naar huidig recht niet voldoende en het lijkt niet de bedoeling van de conceptwetgever te zijn om dat voortaan wel voldoende te achten.

In de concept-MvT ben ik geen redenen tegengekomen waarom deze uitzondering op de bewijsminimumregel onverkort behouden wordt. Ik heb er eerder voor gepleit om artikel 344 lid 2 Sv af te schaffen.⁷⁸ De door mij genoemde argumenten, die ik op deze plaats niet allemaal zal herhalen, zijn nog onverkort van toepassing. Het belangrijkste argument is dat opsporingsambtenaren niet per definitie betrouwbare getuigen zijn. Dit wordt bevestigd door recent onderzoek van Vredevelde en Van Koppen, die stellen dat politieambtenaren vermoedelijk weliswaar meer details

onthouden, maar niet in het algemeen betere waarnemers zijn dan burgers.⁷⁹ Zijn zij getraind om op bepaalde dingen te letten, dan zullen zij betere waarnemingen doen dan wanneer dit niet het geval is. Zo rapporteerden observanten betere informatie ten aanzien van nummerborden dan geüniformeerde politieambtenaren en burgers.⁸⁰ Ondertussen is ook door anderen betoogd dat artikel 344 lid 2 Sv niet onverkort zou moeten worden gehandhaafd, in het bijzonder niet wanneer de desbetreffende opsporingsambtenaar zelf het slachtoffer is van het strafbare feit dat hij heeft gerapporteerd.⁸¹

In de concept-MvT bij het concept-Boek 4 wordt geen aandacht besteed aan de vraag waarom processen-verbaal van opsporingsambtenaren anders worden behandeld dan andere getuigenverklaringen. Aangezien het niet vanzelfsprekend is dat een bewezenverklaring mag worden gebaseerd op één enkel proces-verbaal, zou een goed onderbouwde heroverweging van de uitzondering op de bewijsminimumregel op haar plaats zijn. Mijns inziens bestaat aanleiding om de uitzondering in minder gevallen van toepassing te laten zijn. Voor zover dat wetstechnisch lastig te realiseren is, wat ik mij kan voorstellen, zou ik willen pleiten voor een verplichte ambtshalve motivering van de betrouwbaarheid van het proces-verbaal wanneer dat het enige bewijsmiddel is. Bij de beoordeling daarvan zou rekening kunnen worden gehouden met de wijze waarop de waarneming is gedaan – toevallig of gericht – en de vraag of de verbaliserende opsporingsambtenaar slachtoffer is van het strafbare feit dat hij heeft gerapporteerd.

7 Codificatie én decodificatie van het ondervragingsrecht

In artikel 4.3.2.5 worden twee bewijsverboden geformuleerd die gebaseerd zijn op EHRM-jurisprudentie. Het eerste heeft betrekking op het recht getuigen te ondervragen en het tweede op het recht zichzelf niet te hoeven bezwaren. Beide bepalingen komen in de huidige bewijsregeling niet voor, maar volgen wel uit de jurisprudentie. Hier is derhalve sprake van codificatie van rechtersrecht. Ten aanzien van het ondervragingsrecht heb ik daarvoor gepleit in mijn proefschrift.⁸² De voorgestelde regeling luidt als volgt: ‘Het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan, kan niet in beslissende mate steunen op mededelingen van een persoon die de verdachte niet heeft kunnen ondervragen, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden.’ In deze formulering mis ik één relevant aspect. Het gaat namelijk niet alleen om de vraag of de getuige kon worden ondervraagd, maar ook om de vraag of deze ondervraging effectief is geweest.⁸³ De getuige die zich op zijn verschoningsrecht heeft beroepen, kon weliswaar worden ondervraagd door de verdediging, maar niet op een effectieve wijze. Verder valt het op dat wordt gesproken van de mededelingen van ‘een persoon’ en niet van een getuige. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat ook rapporten van deskundigen niet als beslissend bewijs mogen worden gebruikt wanneer de deskundige niet door de verdediging kon

worden ondervraagd. Dit is in overeenstemming met de EHRM-jurisprudentie.⁸⁴

Ten slotte merk ik op dat ervoor is gekozen om op één punt een andere formulering te hanteren dan die in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt gebruikt. Daarin wordt namelijk, in navolging van het EHRM, bepaald dat de verklaring van een beslissende maar niet door de verdediging ondervraagde getuige toelaatbaar is om aan het bewijs mee te werken wanneer voldoende compensatie is geboden.⁸⁵

Wanneer dat het geval is, is geen sprake van een schending van het recht op een eerlijk proces. Bij de beoordeling door het EHRM wordt de procedure als geheel in ogenschouw genomen. Deze zogenoemde *overall fairness* van de procedure⁸⁶ heeft in de voorgestelde bepaling een belangrijke rol. Compensatie wordt er niet met zoveel woorden in genoemd, maar kan wel een belangrijke bijdrage leveren aan de eerlijkheid van het proces. Vanwege de ruime opzet van de voorgestelde bepaling kan ook om andere redenen worden aangenomen dat het ontbreken van een effectieve ondervragingsgelegenheid niet in de weg staat aan het gebruik van de getuigenverklaring voor het bewijs. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de verdediging niet heeft verzocht om ondervraging van de getuige of dat weliswaar heeft gedaan, maar later afstand heeft gedaan van haar ondervragingsrecht.

Ondanks deze kanttekeningen vermoed ik dat de rechtspraktijk aardig uit de voeten zal kunnen met deze bepaling.

Het ondervragingsrecht omvat mede de ondervraging van anonieme getuigen. In het huidige Wetboek van Strafvordering zijn daaraan enkele bepalingen gewijd in artikel 344a Sv. In de voorgestelde bewijsregeling ontbreken deze geheel. Waar het ondervragingsrecht ten aanzien van ‘gewone’ getuigen wordt gecodificeerd, wordt het ten aanzien van anonieme getuige dus juist gedecodificeerd. In de concept-MvT wordt aangegeven wat de redenen zijn waarom artikel 344a Sv niet wordt gehandhaafd. Kortgezegd sluit het daarin bepaalde niet voldoende aan bij de EHRM-jurisprudentie.⁸⁷ Dat is begrijpelijk. Wat ik echter niet begrijp, is waarom er niet voor is gekozen om een bepaling ten aanzien van anonieme getuigen op te nemen die wél aansluit bij deze jurisprudentie. Terecht wordt opgemerkt dat het EHRM zaken met anonieme getuigen op min of meer dezelfde wijze beoordeelt als zaken met niet-ondervraagde getuigen.⁸⁸ Ik zou daarom in artikel 4.3.2.5 een bepaling verwachten die op anonieme getuigen is toegesneden.

8 Bewijsmotivering

In de voorgestelde titel 4.3.4 wordt bepaald wat de inhoud van het vonnis moet zijn. Daarin komt ook de bewijsmotivering aan de orde. Het vonnis moet de redengevende feiten en omstandigheden bevatten en aangeven aan welke bewijsmiddelen deze zijn ontleend (art. 4.3.4.4 lid 1). Nieuw is een algemene motiveringsbepaling die voorschrijft dat onder andere de bewijsbeslissing wordt gemotiveerd wanneer dat voor de begrijpelijkheid van de beslissing noodzakelijk is

(art. 4.3.4.3 lid 1). De motiveringsplicht in geval van afwijking van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt – het huidige artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv – wordt anders geformuleerd dan thans. Het gaat om een uitdrukkelijk *voorgedragen* standpunt, maar dat moet dan wel deugdelijk zijn onderbouwd (art. 4.3.4.3 lid 3). Inhoudelijk is hiermee geen wijziging beoogd.⁸⁹

Wel wordt een wijziging beoogd met de motiveringsbepalingen van het voorgestelde artikel 4.3.4.5. Het gaat hier voor een deel om de verplichtingen tot motivering die het huidige artikel 360 Sv voorschrijft in geval van bijvoorbeeld anonieme getuigenverklaringen of verklaringen van kinderen beneden de zestien jaar. Daaraan worden verklaringen van medeverdachten toegevoegd. Een verschil met artikel 360 Sv is dat de motiveringsverplichting van artikel 4.3.4.5 alleen geldt wanneer de verdachte het gebruik van de desbetreffende verklaring als bewijsmiddel heeft betwist. Dat roept de vraag op hoe zich dit verhoudt tot de verplichting om te motiveren waarom een uitdrukkelijk voorgedragen verweer is verworpen. Het lijkt erop dat tussen beide bepalingen enig licht schijnt, aangezien in artikel 4.3.4.5 uitsluitend betwisting als voorwaarde wordt gesteld, terwijl op grond van artikel 4.3.4.3 lid 3 een gemotiveerd standpunt wordt verlangd. Het lijkt er echter op dat in slechts weinig gevallen de rechter meer zal moeten motiveren dan naar huidig recht reeds het geval is. Het komt mij voor dat de rechter juist in de gevallen die in deze bepaling worden genoemd, uit eigen beweging zou moeten motiveren, omdat het gevallen betreft waarin een verhoogd risico op onbetrouwbaarheid bestaat. Ik zou er dan ook voor willen pleiten om de betwisting als voorwaarde voor het laten ontstaan van een motiveringsplicht te laten vervallen.

9 Bewijs bij strafbeschikkingen

Op verschillende plaatsen in de concept-MvT wordt aangegeven dat de bewijsregeling mede is vormgegeven met het oog op de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. Een strafbeschikking kan slechts worden uitgevaardigd wanneer buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan. Zou de rechtbank later over de zaak moeten oordelen (omdat verzet is aangetekend) dan moet deze een bewezenverklaring op wettige bewijsmiddelen kunnen baseren.⁹⁰ Er wordt gesproken van ‘de reflexwerking die de bewijsregeling heeft voor de buitengerechtelijke afdoening.’⁹¹ In de bewijsregeling wordt daarom op verschillende plaatsen niet gesproken van het ‘ten laste gelegde feit’ (art. 4.3.2.4), maar van het ‘feit’ of van ‘het bewijs’ in het algemeen (art. 4.3.2.1 lid 2). Ook wordt aangegeven dat het opnemen van het bewijsmiddel ‘opnamen van beeld of geluid’ mede tot doel heeft om mogelijk te maken dat de officier van justitie zich erop baseert bij de schuldvaststelling in het kader van een strafbeschikking.⁹²

De benadering van de conceptwetgever is wat mij betreft discutabel. In de eerste plaats wordt door de wet aan de officier van justitie niet opgedragen om een feit te bewijzen aan de hand van de inhoud van wettige bewijsmiddelen. Uit de voorgestelde wettelijke regeling van de strafbeschikking (Boek 3, art. 3.1.2) blijkt slechts 'dat het feit naar zijn oordeel bewijsbaar en strafbaar is'. Het ligt op zichzelf zeker voor de hand dat de officier van justitie zich de vraag stelt of een rechter op basis van de beschikbare bewijsmiddelen tot een bewezenverklaring zou kunnen komen.⁹³ Dat rechtvaardigt mijns inziens echter niet dat de bewijsregeling daarop wordt ingericht. Die heeft betrekking op het bewijs door de rechter van ten laste gelegde feiten: 'Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, dient op wettige bewijsmiddelen te steunen.' (art. 4.3.2.1 lid 1). De bewijsregeling komt mij bovendien niet consequent voor, omdat bij sommige aspecten wel rekening wordt gehouden met de officier van justitie die een strafbeschikking oplegt, maar bij andere niet.⁹⁴

Uiteraard zou een andere keuze denkbaar zijn. Waarom zou de officier van justitie vrij bewijsmiddelen moeten kunnen kiezen? Er kan worden betoogd dat dit beter past bij het enigszins bestuursrechtelijke karakter van het uitvaardigen van een strafbeschikking. Het bestuursrecht kent immers geen gebondenheid aan wettige bewijsmiddelen. De oplegging van een strafbeschikking is echter, mede gezien de rechtsgevolgen ervan en het bestaan van de verzetprocedure, zo sterk verweven met het strafrecht, dat het gerechtvaardigd is om ook de officier van justitie te binden aan de bewijsmiddelen. De officier zou dan in de strafbeschikking moeten aangeven op welke wettige bewijsmiddelen de schuldvaststelling is gebaseerd. Daarbij zal het alleen kunnen gaan om geschriften en opnamen van beeld of geluid. De andere bewijsmiddelen komen immers ter zitting tot stand. Wanneer deze keuze zou worden gemaakt, zou ik aanbevelen dat de bewijsregeling in titel 4.3.2 wordt geformuleerd vanuit het perspectief van de rechtbank, terwijl in de bepalingen met betrekking tot de strafbeschikking enkele bewijsvoorschriften worden opgenomen die specifiek met het oog op de schuldvaststelling bij de uitvaardiging van strafbeschikkingen worden geformuleerd.⁹⁵

10 Algemeen beeld van de voorgestelde bewijsregeling

De bewijsregeling wordt gemoderniseerd, maar deze modernisering is in mijn ogen vrij conservatief. Bij een moderniseringsoperatie hoort wat mij betreft dat het bewijsstelsel wordt heroverwogen. Daarvoor bestaat aanleiding, omdat het bewijsstelsel een kleine honderd jaar geleden is ontworpen in een tijd waarin orale procesvoering de norm was. Ondertussen heeft de techniek niet stilgestaan, is de aard van de criminaliteit veranderd, en worden ook steeds meer moderne opsporingsmiddelen ingezet. Die ontwikkeling is nog niet ten einde. Een bewijsregeling die toekomstbestendig wil zijn, zou geen beperkingen moeten

bevatten ten aanzien van de vorm waarin de rechter kennis mag nemen van bewijsmateriaal. Bij een door de conceptwetgever gewenst techniekonafhankelijk wetboek hoort wat mij betreft dan ook een vrij bewijsstelsel.

Verder heb ik gepleit voor een andere formulering van het bewijscriterium, waarin de essentie van de bewijsbeslissing beter tot uitdrukking wordt gebracht, voor een minder strikte interpretatie van formele onmiddellijkheid, voor de toelating van rechterlijke waarnemingen die elders dan ter zitting zijn gedaan, voor wijziging van de voorgestelde regeling voor opnamen van beeld of geluid, voor één algemeen geldende bewijsminimumregel, voor het alsnog opnemen van een bepaling met betrekking tot anonieme getuigen en voor het richten van de bewijsregeling op uitsluitend de bewijsbeslissing van de zittingsrechter.

Ik heb mij in het voorgaande voornamelijk beperkt tot de aspecten van de voorgestelde regeling die wat mij betreft aanpassing behoeven. Uiteraard brengt de voorgestelde regeling ook veel goeds. Positief waardeer ik de herstructurering van de titel over het bewijs, de introductie van de *beyond reasonable doubt*-maatstaf in de wet, de vervanging van een verbod op het gebruik van verklaringen van medeverdachten voor het bewijs door een motiveringsverplichting, de codificatie van de jurisprudentie met betrekking tot het ondervragingsrecht en het laten vervallen van de categorisering van geschriften die artikel 344 Sv thans bevat.

Noten

1 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 (Contourennota), p. 82-83.

2 Concept-MvT bij Boek 4, p. 51-52.

3 J.F. Nijboer, bewerkt door P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 47; M.J. Dubelaar, *Betrouwbaarheid getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 199.

4 Nijboer e.a. 2017, p. 48.

5 Dat werd ook al erkend in de MvT bij het huidige Wetboek van Strafvordering: *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 132.

6 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 46. Zie ook J.M. Reijntjes, 'Onbekend en onbemind. Het Nederlandse bewijsstelsel opnieuw ter discussie', *Strafblad* 2014/6, par. 2.

7 Reijntjes 2014, par. 2.

8 Het is de vraag of het bestaan van bewijsminimumregels mede bepaalt of sprake is van een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Het komt mij voor dat wanneer in Nederland de bewijsminimumregels zouden worden afgeschaft, nog steeds sprake zou zijn van een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Overigens heeft Nijboer betoogd dat het Nederlandse negatief-wettelijk bewijsstelsel in feite een variant op het vrije bewijsstelsel is, omdat de rechter in hoge mate wordt vrijgelaten in de selectie en waardering van bewijsmateriaal en in de vorming van zijn overtuiging. Zie J.F. Nijboer, 'Legaliteit en het strafrechtelijk bewijsrecht; uitholling van het wettelijk bewijsstelsel in strafzaken?', AA 2004, p. 493.

9 Onderdelen VII en VIII (art. 68-82) van de Police and Criminal Evidence Act en onderdeel 11 (art. 98-141) van de Criminal Justice Act 2003.

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 (Contourennota), p. 82-83.

11 Concept-MvT bij Boek 4, p. 65.

12 Zie ook M.J. Dubelaar, 'Waarheen met het strafrechtelijk bewijsstelsel?', in: B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht* (Meijers-reeks nr. 279), Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 80 (voetnoot 41).

13 Duitsland: W.B.H. Dreissen, 'Bewijsmotivering in strafzaken' (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 286-288; België: art. 254 Sv (België) en C. van den Wyngaert, Ph. Traest & S. Vandromme, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2017, p. 1318; Engeland en Wales: zie hiervoor. Zie over Duitsland en België ook J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Onderzoeksproject strafvordering 2001. Eerste interimrapport. Het onderzoek ter zitting*, Groningen: eigen beheer 2001, p. 423, 427 en 481.

14 Bestuursrecht: L.M. Koenraad, J.L. Verbeek & L.M. Brouwer-Harten, 'Begrenzing van vrijheid in het bestuursrechtelijk bewijsrecht', *NTB* 2009/14, par. 2; Civiel recht: art. 152 lid 1 Rv.

15 Simmelink 2001, p. 437-438; M.S. Groenhuijsen, 'Bewijsrecht als toetssteen voor de systematiek van een Wetboek van Strafvordering. Pleidooi voor een vrij bewijsstelsel', in: A.H. Klip, *Liber amicorum et amicarum voor prof. mr. E. Prakken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 147-158; M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2012, p. 267-269; D. Garé, 'Heeft ons negatief-

wettelijk bewijsstelsel zijn langste tijd gehad?', *DD* 1996, p. 132-133; W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, Utrecht: C. van der Post jr. 1867, p. 166-169. Garé meent dat een vrij bewijsstelsel zou moeten samengaan met versterking van de materiële onmiddellijkheid.

16 Dubelaar 2017.

17 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie bij de Contourennota, p. 6-7; Dubelaar 2017, p. 80.

18 Concept-MvT bij Boek 4, p. 65; Dreissen 2007, p. 358.

19 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 132.

20 Dubelaar 2017, p. 74; Dubelaar verwijst naar *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 169. Mogelijk doelt zij op een passage op p. 131: 'het streven moet dus zijn om zoodanige bewijsregelen te stellen, dat de feiten, voor het vestigen van dat oordeel gevorderd, op de meest vertrouwbare wijze tot 's rechters kennis worden gebracht.'

21 Dubelaar 2017, p. 78.

22 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 131; Dubelaar 2017, p. 70.

23 Groenhuijsen 2004, p. 152; Groenhuijsen 2012, p. 268.

24 Vgl. Simmelink 2001, p. 438-440.

25 Dit argument noemt ook Simmelink 2001, p. 437-438.

26 Concept-MvT bij Boek 4, p. 65.

27 De wetgever van 1926 is niet duidelijk geweest over de vraag of de wettelijke regeling op dit uitgangspunt is gebaseerd. Verschillende auteurs hebben dit meer of minder stellig betoogd. Zie bijvoorbeeld Reijntjes 2014, par. 2 en Dubelaar 2017, p. 74. In de MvT wordt over de bewijsmiddelen opgemerkt: 'Zij vormen een vrij volledige opsomming van hetgeen als bewijsmiddel in aanmerking kan komen.' (*Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 134) Het woord 'vrij' zou zo kunnen worden uitgelegd dat geen limitatieve opsomming is beoogd. Anderzijds is de MvT vrij stellig over het feit dat alleen via de weg van wettige bewijsmiddelen bewijsgronden aan een rechterlijk oordeel ten grondslag mogen worden gelegd (*Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 136).

28 Groenhuijsen 2012, p. 268 stelt dat verklaringen van officieren van justitie categorisch uitgesloten zouden moeten worden als bewijsmiddel, omdat het gebruik van een dergelijke verklaring niet verenigbaar is met het feit dat de officier van justitie een procespartij is. Ik deel zijn opvatting niet, omdat de officier van justitie niet alleen aanklager is, maar ook opsporingsambtenaar (art. 141 Sv). Wellicht bedoelde Groenhuijsen aan te sluiten bij Simmelink 2001, p. 439, die betoogde dat de verklaring van de ‘op de terechtzitting fungerende vertegenwoordiger van het openbaar ministerie’ geen bewijsmiddel zou mogen opleveren.

29 HR 8 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5594, *NJ* 2002/340 (mondeling); HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, *NJ* 2007/79 (schriftelijk).

30 Wat mij betreft kan overigens worden volstaan met ‘waargenomen’. Alles wat een getuige heeft ondervonden, heeft hij immers ook waargenomen. Verder kan de zinsnede ‘feiten en omstandigheden’ worden vereenvoudigd tot ‘feiten’. Ik kan mij geen omstandigheden voorstellen die geen feit zijn. Zelfs de ondervinding dat de getuige boos was, lijkt mij een feit te zijn.

31 Reijntjes 2014, par. 9 heeft gepleit voor behoud van een opsomming van bewijsmiddelen, waarbij niet de vorm, maar de inhoud doorslaggevend is voor het bepalen welk bewijsmiddel bepaald bewijsmateriaal oplevert. Zo acht hij het bij het bewijsmiddel ‘verklaring van een getuige’ niet relevant of een getuige zijn verklaring ter zitting of elders dan ter zitting heeft afgelegd. In de concept-MvT wordt dit voorstel van de hand gewezen, omdat het tot onduidelijkheid zou leiden. De afbakening tussen de bewijsmiddelen zou niet langer helder zijn. Is een procesverbaal houdende een getuigenverklaring een ‘verklaring van een getuige’ of een ‘geschrift’? (Concept-MvT bij Boek 4, p. 65). Mijns inziens bevestigt deze reactie mijn standpunt dat het niet relevant is of een getuigenverklaring onder het ene of het andere bewijsmiddel kan worden geschaard. Bewijsrechtelijk heeft het immers geen enkel gevolg.

32 Concept-MvT bij Boek 1, p. 41 e.v.

33 Een soortgelijk voorstel is gedaan in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Zie Simmelink 2001, p. 438-440.

34 Dat heeft ook Reijntjes 2014, par. 9 voorgesteld.

35 De Hoge Raad heeft bepaald dat dit bewijsmateriaal niet toelaatbaar is als bewijsmiddel. Zie HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, *NJ* 2007/79 (verklaring raadsman) en HR 25 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4269, *NJ*

2013/127 (reclasseringsrapport).

36 Abusievelijk is hier ‘hij’ in plaats van ‘zij’ gebruikt.

37 Nijboer 2017, p. 22. De bewijsstandaard is volgens Nijboer dat de rechter overtuigd moet zijn.

38 Concept-MvT bij Boek 4, p. 59.

39 Concept-MvT bij Boek 4, p. 60.

40 Over de rechterlijke overtuiging is al veel geschreven. Dit is niet de plaats om daarover een theorie te presenteren. Ik verwijs graag naar C.P.M. Cleiren, ‘De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen’, *RMThemis* 2010, p. 259-267, M.J. Dubelaar, ‘Vervanging van het begrip “rechterlijke overtuiging” in het strafrecht?’, *Expertise en Recht* 2016 (2), p. 49-51 en M.M. Dolman, ‘Vrijspraken zijn geen veroordelingen. Over rechterlijke oordeelsvorming en de motivering van vrijspraken’, *Strafblad* 2017/5.

41 Vgl. D.J.C. Aben, ‘Matters of fact’, *Strafblad* 2014/6, par. 6.

42 In par. 9 leg ik uit waarom mijns inziens gesproken moet worden het ‘ten laste gelegde feit’ en niet slechts van het ‘feit’.

43 Volgens HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0403, *NJ* 2011/607 moet ter zitting ‘stukken welke van invloed kunnen zijn op het bewijs van het tenlastegelegde, de strafbaarheid van het bewezene en van de verdachte of de oplegging van straf of maatregel’ aan de orde worden gesteld.

44 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4605, *NJ* 2013/264, r.o. 3.4.2.

45 Onderdeel 5.4 van de conclusie van Machielse bij HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:662. Zie ook onderdeel 4.4 van de conclusie van Hartevelde bij HR 11 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1318, onder verwijzing naar G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 706.

46 Vgl. onderdeel 11 van de conclusie van Vegter bij HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1329.

47 Vgl. onderdeel 4.3 van ECLI:NL:PHR:2018:32 (conclusie Hartevelde); nog geen arrest gewezen door de Hoge Raad ten tijde van het schrijven van deze bijdrage.

48 Vgl. HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/412.

49 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5707. Impliciete afstand kan vermoedelijk worden aangenomen wanneer de verdachte of zijn raadsman uit vrije wil niet ter terechtzitting is verschenen. Vgl. HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:98.

50 HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:522; HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT1856; HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358.

51 EHRM 28 augustus 1991, appl.nrs. 11170/84 e.a. (Brandstetter/Oostenrijk), par. 67: ‘both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party.’ Knigge ziet het belang van het onmiddellijkheidsbeginsel overigens ruimer: ‘Het gaat er daarbij niet alleen om of de verdachte bekend is met de desbetreffende bewijsstukken, maar ook en vooral of hij erop bedacht dient te zijn dat de rechter zijn oordeel op die bewijsstukken baseert. Alleen dan is een behoorlijke verdediging mogelijk.’ (onderdeel 21 van zijn conclusie bij HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358).

52 Dit is een codificatie van HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ2831, *NJ* 2011/78.

53 De aanhef van de opsomming is gelijk gebleven: ‘Als wettige bewijsmiddelen worden alleen erkend:’.

54 Met ‘de rechter’ wordt dikwijls niet bedoeld op de persoon die rechtspreekt, maar op het gerecht. De rechtbank of het gerechtshof dus. In het Nederlandse juridische spraakgebruik is ingeslopen dat wij spreken van beslissen door ‘de rechter’ waar wordt bedoeld dat het gerecht de beslissing neemt. Dat beschouw ik als juridische spreektaal, die niet in de wet zou moeten worden opgenomen, omdat dit verwarring oplevert.

55 A.M. van Woensel & F. van Laanen, ‘Artikel 340’, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), suppl. 163 (oktober 2007), aant. 3.3; onderdeel 2 van de noot van Van Veen onder HR 8 april 1975, *NJ* 1975/281.

56 De inhoud van de waarneming zou juist ter zitting moeten worden besproken.

57 HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ2831, *NJ* 2011/78.

58 HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6414, *NJ* 2007/134.

59 De appelrechter mag waarnemingen van de rechter in eerste aanleg als bewijsmiddel gebruiken zonder de desbetreffende waarneming zelf te hebben herhaald (HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6056, *NJ* 2012/66). De appelrechter zal zich baseren op de waarneming die in het proces-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg is opgenomen. Dat is een geschrift. Het lijkt mij dan ook zuiverder om dat geschrift als bewijsmiddel te gebruiken. Ik zou denken dat een zelfde soort redenering kan worden gevolgd ten aanzien van waarnemingen die in eerste aanleg buiten de zitting zijn gedaan. En overigens ook voor waarnemingen die ter zitting zijn gedaan, waarna de zitting opnieuw is aangevangen vanwege een wijziging in de samenstelling van de rechtbank. Er is dan geen sprake meer van een waarneming die tijdens *dit* onderzoek ter terechtzitting is gedaan (HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/125). Maar mijns inziens staat niets in de weg aan het gebruik van het proces-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting als bewijsmiddel.

60 HR 18 januari 1983, *NJ* 1983/417.

61 HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639, *NJ* 2018/35.

62 Concept-MvT bij Boek 4, p. 62.

63 In beginsel, omdat de Hoge Raad in HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639, *NJ* 2018/35 een uitzondering heeft aangenomen. Daarbij was vermoedelijk van belang dat de verdediging ermee had ingestemd dat het hof afbeeldingen in raadkamer zou bekijken en dat de desbetreffende afbeeldingen ter zitting in eerste aanleg waren getoond. In geval van (bijvoorbeeld kinderpornografische) afbeeldingen wordt dikwijls gebruikgemaakt van een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar waarin de inhoud van de afbeelding wordt beschreven. Wanneer die inhoudsbeschrijving niet wordt betwist, kan dat proces-verbaal als bewijsmiddel worden gebruikt, zonder dat de afbeeldingen ter zitting hoeven te worden getoond.

64 In dat geval is in de voorgestelde regeling niet de eigen waarneming van de rechter het bewijsmiddel, maar de opname zelf. Ik zou denken dat, evenals ten aanzien van geschriften en verklaringen wordt aangenomen, het niet toegelaten is om een audiovisuele opname alsnog via de eigen waarneming van de rechter voor het bewijs te bezigen. Immers: 'De omschrijvingen van bewijsmiddelen die in de voorgestelde wettelijke regeling zijn opgenomen hebben in belangrijke mate ten doel, de onderlinge afgrenzing van bewijsmiddelen te verhelderen.' (Concept-MvT

bij Boek 4, p. 63).

65 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4605, *NJ* 2013/264, r.o. 3.4.2.

66 Een politierechter uit de Rechtbank Oost-Brabant heeft om deze redenen beslist dat camerabeelden die hij voorafgaand aan de zitting zelf had bekeken, via de eigen waarneming van de rechter aan het bewijs mochten bijdragen. Hij overwoog onder meer: ‘Een efficiënte procesvoering is er dan nog maar weinig mee gediend om vanwege formele redenen die beelden toch op zitting te bekijken, omdat de rechter verwacht zijn eigen waarneming voor het bewijs te zullen moeten gebruiken.’ (Rb. Oost-Brabant 9 juni 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3494).

67 Zie bijvoorbeeld HR 25 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6753, *NJ* 2011/64 en HR 29 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3747, *NJ* 2011/170.

68 HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3638, *NJ* 2017/39: ‘Bij de in cassatie aan te leggen toets of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, kan het van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dat het geval is, nader heeft gemotiveerd’. In bijvoorbeeld HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4493, *NJ* 2011/37 lijkt de motivering de uitspraak van het hof te hebben ‘gered’.

69 Dreissen heeft de Duitse en de Nederlandse motiveringsplicht ten aanzien van het bewijs vergeleken. Duitsland kent geen bewijsminimumregels, maar wel strenge bewijsvoerings- en motiveringsregels. Zie voor een samenvatting van deze vergelijking Dreissen 2007, p. 370-373.

70 Vgl. M.J. Borgers, ‘De toepassing van de bewijsminimumregel’, *DD* 2012/82, p. 885-888.

71 Het criterium van steunbewijs is afkomstig uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het is geïntroduceerd in HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3704, *NJ* 2009/495.

72 Zie daarover de noot van Reijntjes onder HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9131, *NJ* 2005/93 en de conclusie van Jörg bij HR 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8408, *NJ* 2001/48.

73 In de concept-MvT wordt het volgende argument genoemd om geen bewijsminimum in te voeren voor deskundigen: ‘Bij gebreken aan deskundigenbewijs gaat het niet om de feilbaarheid van de menselijke waarneming en de gebrekkigheid van de herinnering, maar om fouten die deskundigen kunnen maken in hun onderzoek. Een regel betreffende de bewijskracht van

deskundigenbewijs is geen goed middel om te voorkomen dat dergelijke fouten tot een veroordeling leiden. Meer valt te verwachten van andere processuele voorzieningen, zoals mogelijkheden tot het verrichten van tegenonderzoek.’ (Concept-MvT bij Boek 4, p. 69) Kennelijk is de gedachte dat alleen feilbaarheid van de menselijke waarneming een grond kan opleveren voor een bewijsminimumregel. Mijns inziens is dit een te beperkte argumentatie en zou meer in het algemeen de vraag moeten worden gesteld of sprake is van bewijsmateriaal dat zo betrouwbaar is dat het toelaatbaar is om de materiële waarheid er volledig op te baseren. Het argument dat tegenonderzoek kan worden uitgevoerd, komt mij ook niet sterk voor, aangezien getuigen kunnen worden ondervraagd door de verdediging, maar desondanks een bewijsminimumregel voor getuigen wordt gehanteerd.

74 Nijboer 2017, p. 87. Dit is enigszins verwarrend, omdat hiermee de suggestie wordt gewekt dat naast bijvoorbeeld een getuigenverklaring twee andere bewijsmiddelen beschikbaar moeten zijn.

75 In HR 3 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4994, *NJ* 2007/412 overwoog de Hoge Raad dat de opvatting dat de bewezenverklaring niet in overwegende mate mag steunen op de eigen waarneming van de rechter geen steun vindt in het recht. Jörg was in zijn conclusie bij HR 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8408, *NJ* 2001/48 van opvatting dat ten aanzien van deskundigen geen bewijsminimumregel van toepassing is.

76 Daar heb ik al eerder voor gepleit: B. de Wilde, ‘Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?’, in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 272-274.

77 *Kamerstukken II* 2004/05, 29743, 7, p. 16: ‘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).’

78 De Wilde 2008, p. 289-293.

79 A. Vredeveldt & P.J. van Koppen, ‘The Thin Blue Line-Up: Comparing Eyewitness Performance by Police and Civilians’, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 2016, p. 255.

80 A. Vredeveldt, J.W. Knol & P.J. van Koppen, ‘Observing offenders: Incident

reports by surveillance detectives, uniformed police, and civilians', *Legal and Criminological Psychology* 2015, p. 1-14.

81 P.P.J. van der Meij, 'De beledigde en bedreigde politieagent als beroepsmatig benadeelde partij. Een pleidooi voor afschaffing van de bijzondere bewijskracht en voor de categorische afwijzing van schadevergoedingen', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 401-415; M.A. Lubbers, 'Art. 344 lid 2 Sv en de opsporingsambtenaar als verbaliserend slachtoffer', *TPWS* 2015/35. De Hoge Raad heeft overwogen dat art. 344 lid 2 Sv ook van toepassing is wanneer het strafbare feit tegen de verbalisant gericht was. Zie HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1799, *NJ* 2015/428.

82 B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 615-619.

83 EHRM 20 november 1989, appl.nr. 11454/85 (*Kostovski/Nederland*), par. 41; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016.

84 EHRM 25 juli 2013, appl.nrs. 11082/06 en 13772/05 (*Khodorkovskiy & Lebedev/Rusland*), par. 711.

85 HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013/145 m.nt. T.M. Schalken; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016; EHRM 15 december 2015, appl.nr. 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*), par. 115.

86 EHRM 15 december 2015, appl.nr. 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*), par. 101, 113 en 115.

87 Concept-MvT bij Boek 4, p. 71-73.

88 Concept-MvT bij Boek 4, p. 71-72, onder verwijzing naar EHRM 10 april 2012, appl.nrs. 46099/06 en 46699/06 (*Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk*).

89 Concept-MvT bij Boek 4, p. 78-79.

90 Concept-MvT bij Boek 4, p. 60.

91 Concept-MvT bij Boek 4, p. 194. De term 'reflexwerking' is overigens niet gelukkig gekozen, aangezien het gaat om het rekening houden met de mogelijke bewezenverklaring door een rechter die pas later zal oordelen. Er is dus eerder sprake van vooruitkijken dan van terugkijken.

92 Concept-MvT bij Boek 4, p. 62.

93 G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag: procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden 2014, p. 34 hebben onderzocht of schuldvaststellingen in het kader van een strafbeschikking op voldoende wettig bewijs zijn gebaseerd.

94 Ook art. 4.3.2.5 lid 1 spreekt van ‘het feit’. Dat veronderstelt dat de officier van justitie rekening zal moeten houden met de niet-uitoefening van het ondervragingsrecht bij de oplegging van een strafbeschikking.

95 Eventueel zouden bepaalde artikelen uit de bewijsregeling van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard.

Trefwoorden: **bewijs, bewijsstelsel, onmiddellijkheidsbeginsel, bewijsmiddelen, ondervragingsrecht**