

WAARHEID IN HET STRAFRECHT: NIET TOT ELKE PRIJS*

*Prof. mr. C.P.M. Cleiren***

I Inleiding

1. Het is niet de eerste keer dat waarheidsvinding onderwerp vormt van een preadvies. In 1991 was bij de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht ook het thema van de waarheidsvinding aan de orde. Mijn zeer gewaardeerde collega Asser gaf toen een prachtig exposé dat zijn actualiteit nog steeds niet verloren heeft.¹

Waarheidsvinding in het strafproces maakte toen geen deel uit van de behandeling. Wel werd het probleem van waarheidsvinding in het strafproces expliciet aan de orde gesteld in 1961 in een preadvies voor de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht en wel door mijn promotor A.L. Melai.²

Uit deze beknopte verwijzingen en uit het feit dat we het vandaag wederom de moeite waard vinden om over waarheidsvinding te debatteren blijkt reeds dat het thema van de waarheidsvinding raakt aan de essentie van het recht en het procesrecht. Maar tegelijkertijd blijkt daaruit dat waarheidsvinding onderhevig is aan veranderingen in het juridische en maatschappelijke veld. We kunnen ons niet zonder meer verlaten op de eerdere preadviezen. Er is in de tussentijd veel veranderd dat zijn invloed ook doet gelden op het terrein van de waarheidsvinding.

Ter illustratie hiervan kan ik wijzen op de invloed van de stormachtige ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie. De juridische vraag- en geschilpunten die deze ontwikkeling heeft meegebracht voor methoden van waarheidsvinding en voor het materiële recht waren zelfs tien jaar geleden nog nauwelijks voorspel- en voorstelbaar. Hetzelfde geldt voor de ontwikkelingen in het DNA-onderzoek.

2. Waarheidsvinding raakt aan de kern van het menselijk kennen in brede zin. Dientengevolge zijn er diverse disciplines van waaruit de problematiek van het kennen van feiten kan worden bestudeerd. Zo is daar onder meer de wetenschapsfilosofie, de kenleer (epistemologie), maar evengoed is een

* Met dank aan mr drs B T M van der Wiel, mr J F Nijboer en E Hilbrink

** Hoogleraar strafrecht aan de Universiteit Leiden

¹ W D H Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken, Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht Deventer), Kluwer Deventer 1991

² A L Melai, *Het waarheidsprobleem in het strafproces* (preadvies voor de Vereniging voor de Wijsbegeerte des Rechts), Zwolle Tjeenk Willink 1961

benadering vanuit natuurwetenschappelijke of sociaal-wetenschappelijk perspectief mogelijk. Die wetenschappen bieden fundamentele voor de betekenisverlening van feiten en de beschrijving en waardering van de werkelijkheid: de kenbaarheid van de werkelijkheid, de betekenis van menselijke ervaring, de logica, de waarde en onwaarde van empirische vaststellingen, de betekenis van de ervaringsafhankelijke wetenschappen op de waardering van feiten, de betekenisverlening door de taal enzovoort.

De weg langs die disciplines zal ik in deze bijdrage niet bewandelen. Niet omdat die voor het juridisch perspectief niet van belang zou zijn. Integendeel, maar die perspectieven zijn vanuit een oogpunt van feitenonderzoek en bewijs – gelijkmatig van belang voor de drie deeldisciplines die in deze voorjaarsvergadering aan de orde zijn: het strafrecht, het bestuursrecht en het civiele recht. En juist omdat hier vandaag de drie juridische kerndisciplines met elkaar in gesprek kunnen worden gebracht is het wenselijk om tot een meer intern-juridische benadering van de problematiek te komen. Met een dergelijke benadering kan een basis worden gelegd voor een vergelijking van de rol van de waarheid in deze drie disciplines.

II Recht en werkelijkheid

3. Wat is nu ‘de echte waarheid’?

Een vraag die men bijvoorbeeld regelmatig hoort naar aanleiding van de resultaten van de onderzoeken rondom de ramp in Enschede. Het antwoord daarop kan kort zijn. 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. En rondom het gebeurde in Enschede zijn er dus vele waarheden. Of het nu gaat om de natuurwetenschappelijke verklaring van de ernst van de ontploffingen, om nalatigheden van de gemeente, om schadeplechtigheid of om brandstichting. Waarheid kan niet worden geclaimd door één enkele discipline.

Dat geldt ook voor het recht.

Waarheid in het recht heeft een boodschap aan ‘de werkelijkheid’, maar ook aan het recht. Vaststelling van feiten vanuit een juridisch perspectief maakt deel uit van het interpretatiemodel en de methoden waarmee het recht de samenleving ordent en beschermt. De juridische beschrijving en vaststelling van feiten is er een naast de andere, zoals de natuurwetenschappen en de sociale wetenschappen. De een doet niet voor de ander onder. In zekere zin kan men zeggen dat ieder perspectief – en daarmee iedere discipline – zijn eigen werkelijkheid (mede) vorm geeft. Wetenschappelijke disciplines zijn in die zin ‘eigen’aardig of autonoom.³ Dit betekent overigens niet de het ene

³ De term autonoom in de hier bedoelde betekenis ontleen ik aan A C ‘t Hart. Zie hiervoor onder meer

perspectief niet noodzakelijkerwijs ook gebruik maakt van elementen van het andere. Zo geldt bijvoorbeeld voor de juridische beschrijving en vaststelling van de werkelijkheid dat natuurwetenschappelijke verklaringen een onderdeel (kunnen) vormen van de te construeren beschrijving van de werkelijkheid. Datzelfde kan gelden voor sociaal-wetenschappelijke verklaringen. De rol van het recht en van het juridisch denken staat immers niet los van rationele kennisverwerving. Maar juridisch relevante feiten zijn bijvoorbeeld niet altijd natuurwetenschappelijk of sociaal-wetenschappelijk relevant en omgekeerd. Als strafrechtelijk voorbeeld kan hier dienen dat bij vaststelling van de vraag of de verdachte een strafbaar feit heeft begaan het sociaal-wetenschappelijk instrumentarium en perspectief soms onmisbaar is. Met name bij de beoordeling van het opzet of de schuld van de verdachte is de rechter soms aangewezen op menswetenschappelijke waarheden zoals forensisch-psychiatrische rapportages. In het civiel recht lijkt – in ieder geval op het eerste gezicht – minder gebruik te worden gemaakt van sociaal-wetenschappelijke waarheden.

4. Wat in het recht als waarheid geldt of heeft te gelden is dus een geconstrueerde werkelijkheid, tot stand gekomen op basis van een bepaald – laat ik maar zeggen juridisch – perspectief. Waar in de rechtswetenschap – en ook in deze bijdrage – wordt gesproken over waarheidsvinding en juridische waarheid wordt (veelal) geduid op deze geconstrueerde werkelijkheid.

Juridische waarheidsvinding is dus meer dan het vinden van feiten: het is het vormgeven van een feitencomplex vanuit een juridisch perspectief, dus binnen processuele kaders. Formeelrechtelijke regels over feitenonderzoek en over de daaraan te verbinden waardering door de rechter maken dus deel uit van juridische waarheidsvinding.

De te vinden juridische waarheid heeft dus beperkingen, zowel in aard als in omvang. Slechts die elementen van het feitencomplex die het proces van waarheidsvinding volgens de *formeelrechtelijke regels* ‘doorstaan’ vormen uiteindelijk – in hun samenhang – de juridische waarheid. Daar komt bij dat die processuele kaders niet los staan van materieelrechtelijke kaders. Toegespitst op het strafrecht gaat het bij het vormgeven van het feitencomplex niet om een willekeurig complex, maar om een feitencomplex dat onder een delictomschrijving zou kunnen vallen.

Juridische waarheidsvinding omvat daarmee dus naast feitenvaststelling volgens logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen (1), zowel een materieelrechtelijke component (2) als een processuele component (3). Deze vaststelling zal in het vervolg van dit betoog op diverse plaatsen terugkeren en de drie onderscheiden componenten zullen voor het strafprocesrecht nader invulling krijgen.

III Waarheden in civiel-, bestuurs- en strafrecht

5. Het is in het verband van dit preadvies daarenboven van belang om te benadrukken dat er niet één eenduidig juridisch perspectief bestaat. Het recht en haar onderscheiden disciplines zijn ook niet zo eenduidig dat het perspectief binnen ieder van de te onderscheiden rechtsgebieden volledig identiek is. Zo heeft de interpretatie en vormgeving van de werkelijkheid in elk rechtsgebied zijn eigen begrenzingen en zijn eigen normering. De te construeren waarheid is onder meer afhankelijk van de vraag wie de omvang van het geding bepaalt en door welke regels of beginselen de procedure wordt geconditioneerd. Met name is in dit verband van belang of de rechter een actieve of lijdelijke rol heeft ten aanzien van het object van het geding, de door de partijen aangedragen feiten en de beoordeling en vaststelling van de juistheid van feitenmateriaal.

Als we het begrip waarheidsvinding en waarheid in dit licht bezien, is de betekenis daarvan direct bepaald door de omlijning van de rechtsstrijd. In het civiele recht worden de grenzen van de te construeren waarheid bepaald door datgene wat de partijen als de kaders van de rechtsstrijd voor de rechter hebben omlijnd. De partijen bepalen de omvang van het geschil en daarmee de feiten waarover de beslissende instantie heeft te oordelen. Voor het strafrecht wordt de grens van de te construeren waarheid bepaald door de grenzen van het door het Openbaar Ministerie ten laste gelegde feit. In het bestuursrecht wordt de omvang van de rechtsstrijd en dus van de te construeren waarheid in beginsel bepaald door datgene wat de procespartijen als object van geschil aanvoeren.

Echter, de omlijning van de rechtsstrijd wordt daarenboven bepaald door de ruimte die de rechter heeft of neemt om andere feiten dan de door partijen aangedragen feiten mede in zijn beoordeling en beslissing te laten meewegen. In zoverre is waarheidsvinding uitdrukkelijk verbonden met de stijl van procederen en daarmee onder meer met het inquisitoire en accusatoire processtype. In het navolgende zal op de stijl van procederen nader worden ingegaan.

De aanduidingen materiële waarheid voor het strafrecht en het bestuursrecht, en formele en relatieve waarheid in het civiele recht zijn vanuit dit oogpunt bepaald niet verhelderend.⁴ Het onderscheid wordt veelal gebruikt om aan te duiden dat de waarheid in het civiele recht wordt

⁴ Zie over die begrippen in het burgerlijk procesrecht onder meer S Gerbrandy, *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht* (preadvies voor de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht), Zwolle Tjeenk Willink 1961 en W D H Asser, *a w*, § 1, J F Nijboer, 'De deskundige en het deskundigenbewijs', in *Het hart van de zaak, Psychologie van het recht*, red P J van Koppen, D J Hessing en H F M Crombag, Deventer Gouda Quint 1997 Voor het strafrecht A L Melai, *a w*, J F Nijboer, 'Het streven naar de materiele waarheid in het strafproces', in *En afzonderlijke procedure voor een bekende verdachte?*, Arnhem Gouda Quint 1993, p 11-22, idem, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 4^e druk, Nijmegen Ars Aequi Libri 2000 Toegepast op bestuurs(straf)recht A R Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, Deventer Gouda Quint 1998, hoofdstuk 4 3

begrensd door een tussen partijen overeengekomen positie, terwijl in het strafrecht de waarheid wordt gezocht op basis van een door één partij, te weten het Openbaar Ministerie, verondersteld gepleegd feit(encomplex).

6. Met het onderscheid en de terminologie wordt de suggestie gewekt dat de geconstrueerde vastgestelde waarheid in het strafrecht meer correspondeert met de werkelijkheid dan de civielrechtelijke waarheid. Dit is evenwel niet noodzakelijk het geval. Uit het voorgaande blijkt immers dat het onderscheid niet zozeer verwijst naar de aard van de waarheid, maar naar de wijze waarop en de kaders waarbinnen de juridische waarheid kan worden geconstrueerd. Die terminologie zegt dus meer over de omvang van de ‘geconstrueerde’ waarheid dan over de correspondentie met enige werkelijkheid. Daar komt nog bij dat ook de strafrechtelijke waarheid niet vrij is van formele aspecten zoals in het civiel en het bestuursrecht: namelijk betrokken op formaliteiten en beperkt door de omvang van de tenlastelegging.⁵ Vanuit deze optiek is de terminologie versluisend en ik prefereer dan ook om deze niet te gebruiken.⁶

IV Waarheidsvinding en vormen van proces

7. Als aanknopingspunt voor het denken over waarheidsvinding zal men – zo goed als noodzakelijk – terecht komen bij de functies van bepaalde procedures en de juridische normering van die procedures. Dit geldt gelijkelijk voor het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht. Onderscheid valt pas te maken en moet worden gemaakt als men de invulling van die functies en de normering daarvan bekijkt. Hoewel het vanzelfsprekendheden lijken voor de breed geïnteresseerde jurist is het toch van belang deze posities hier kort te schetsen, omdat zij van wezenlijk belang zijn om de positie van waarheidsvinding in het strafrecht goed te belichten. De beknoptheid brengt onvermijdelijk mee dat niet volledig wordt recht gedaan aan de specifieke karakteristieken van de onderscheiden rechtsgebieden. Het zij zo. De geschetste posities zijn ook van belang om de ‘schuivende panelen’ van de procesposities en daarmee van de waarheidsvinding in de diverse fasen van de strafprocedure helder in beeld te brengen.

IV 1 De betekenis van een rechterlijke procedure in de drie rechtsgebieden

8. Bezien vanuit het perspectief van de waarheidsvinding is een van de belangrijkste verschillen tussen strafrecht enerzijds en civiel- en bestuursrecht anderzijds dat de verhouding tussen materieel en formeel recht

⁵ Zie voor een tamelijk verwante opvatting J F Nijboer, *aw*, p 27

⁶ Het onderscheid staat bovendien ver af van ontwikkelingen in de rechtspleging waar de lijdelijke burgerlijke rechter actiever wordt en de actieve strafrechter op bepaalde punten steeds lijdelijker

in het strafrecht veel intrinsieker is dan in het civiel recht en het bestuursrecht. Strafrecht zonder strafproces(recht) is in ons stelsel ondenkbaar omdat de overheid in beginsel zonder proces geen strafrechtelijke aanspraken kan realiseren.⁷ Deze benadering van strafrecht is direct gelieerd aan het volledig publieke karakter van het Nederlandse strafrecht, waar de overheid door middel van het Openbaar Ministerie bepaalt of een strafprocedure wordt gestart. Daar komt bij dat – in ieder geval voor de strafbepalingen uit het commune strafrecht – geldt dat de materiële norm niet in het Wetboek van Strafrecht wordt omschreven, maar de bepalingen slechts een sanctienorm formuleren voor overtreding van ongeschreven normen en bijvoorbeeld rechtsverhoudingen uit ons burgerlijk recht.⁸ Ook vanuit dat perspectief kan worden gesteld dat strafrecht slechts kan bestaan bij gratie van strafprocesrecht.

Civielrechtelijke normen bestaan en reguleren de verhouding tussen burgers los van een procedure. In het civiele recht nemen partijen pas hun toevlucht tot een procedure als overleg tussen de partijen niet tot overeenstemming leidt, of als vrijwilligheid ontbreekt. Het civiele recht wordt dan ook in belangrijke mate vorm gegeven buiten het proces. Ook voor het bestuursrecht geldt dat de meeste materieelrechtelijke aanspraken buiten een proces worden vastgesteld.⁹

(Te) Grof gezegd zijn is een procedure voor de rechter – en daarmee beoordeling en toepassing van normen van het materiële recht in een rechterlijke procedure – in het civiele en het bestuursrechtelijke proces uitzondering, in het strafproces regel.¹⁰ Deze uitgangspositie werkt sterk door op de rol van de rechter in de onderscheiden procedures. Zij verklaart onder meer de actieve rol van de strafrechter, in tegenstelling tot die in het civiele recht en de marginale toetsingsrol van de rechter in het bestuursrecht.¹¹ Maar dat niet alleen. Het verklaart ook in belangrijke mate het verschil in positie tussen de procesdeelnemers in respectievelijk het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht. Een verschil dat grote invloed heeft op de functie van waarheidsvinding in het licht van de betekenis van de rechtsgebieden, op het belang van feiten, op de rol van

⁷ J F Nijboer duidt dit beginsel aan als de procesverplichting. Zie *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen Wolters Noordhoff 1987, p 81. Dit beginsel, dat in oorsprong aan ons Wetboek van Strafvordering ten grondslag werd gelegd is inmiddels op diverse punten verlaten. Dit geldt bijvoorbeeld voor de enorme uitbreiding van transigabele feiten.

⁸ Dit uitgangspunt wordt overigens niet door eenieder in al zijn consequenties gedeeld. Desalniettemin verwoord ik deze positie hier om het onderscheid met het civiele recht zo helder mogelijk te schetsen. De geformuleerde positie is met name verwoord door Ch J Enschedé en terug te vinden in Ch J Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, bewerkt door M Bosch en E Ph R Sutorius, 9^e druk, Deventer 2000, § 3.

⁹ Voor het bestuursrecht geldt wel dat dat onderdeel veel sterker aan procedures is gebonden dan in het civiele recht.

¹⁰ Hierbij moet natuurlijk wel worden aangetekend dat het strafrecht er in eerste instantie natuurlijk ook op is gericht strafbare feiten te voorkomen.

¹¹ Het gaat me hier om een grove schets. Daarbij doe ik noodzakelijkerwijs onvoldoende recht aan alle discussies over een meer actieve rechter in het civiele recht en de roep om een mogelijkheid tot meer inhoudelijke toetsing door de bestuursrechter.

partijen bij het vinden of aandragen van de waarheid en op het belang van de normering van methoden voor waarheidsvinding en op de toetsing van zowel het aangedragen bewijsmateriaal als de wijze van verkrijging daarvan.

IV 2 Rol van waarheidsvinding in de drie te onderscheiden procedures en de daarmee verbonden normering

9. Ter introductie op de rol van de waarheidsvinding en de daaraan verbonden normering in de drie rechtsgebieden moet worden gewezen op het feit dat deze aspecten mede worden bepaald door het al dan niet publieke of private karakter van het rechtsgebied. Strafrecht onderscheidt zich vanuit deze optiek minder sterk van het bestuursrecht dan van het civiele recht. Het onderscheid met het bestuursrecht ligt er met name in dat het strafrecht een verdergaande sanctie mogelijk maakt – namelijk vrijheidsberoving – hetgeen nog hogere eisen stelt aan de waarborgen rondom de procedure van waarheidsvinding. Juist omdat het strafprocesrecht inbreuken op de rechten van burgers enzovoort mogelijk maakt – publiek recht is – is waarheidsvinding slechts mogelijk binnen de kaders van dat publieke procesrecht. Voorzover er daarbuiten aan feitevinding wordt gedaan kan dat alleen op de bij wet gereguleerde wijze in het proces worden binnengebracht.
10. Een *civiele procedure* is erop gericht om een bindende uitspraak van de rechter te krijgen over een tussen partijen bestaand geschil. Daarbinnen, zo zou men kunnen stellen, is waarheidsvinding van betekenis indien partijen ten behoeve van de oplossing van het geschil belang hechten aan het vaststellen van een waarheid.¹² Is dat het geval, dan is het evenals in het bestuurs- of strafrecht van belang dat die waarheid zoveel als mogelijk correspondeert met de werkelijkheid. De normering van de procedure van waarheidsvinding buiten het proces is niet erg 'streng', hetgeen overigens niet meebrengt dat bewijsmateriaal niet onrechtmatig verkregen kan worden geacht en aan dat oordeel consequenties kunnen worden verbonden.¹³ Binnen het proces kent de wet een aantal waarborgen voor de bewijslevering en gelden ook ongeschreven beginselen. Bij schending kan de rechter onrechtmatige bewijslevering, misbruik van procesrecht of misbruik van processuele bevoegdheden aanwezig oordelen.¹⁴ Bij aanvaarding van Wetsvoorstel 26 855 voor de Burgerlijke Rechtsvordering zullen de eisen ten behoeve van waarheidsvinding worden aangescherpt.¹⁵

¹² Het is immers niet uitgesloten dat het geschil berust op een rechtsvindings- of rechtstoepassingskweste

¹³ De consequenties zijn niet altijd duidelijk. In ieder geval kan worden gezegd dat de rechtmatigheidseisen die aan bewijsgaring worden gesteld minder streng zijn dan in bijvoorbeeld het strafrecht. Zie M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

¹⁴ Zie hierover W. D. H. Asser, *a.w.*, § 24, 25 en 26.

¹⁵ Het voorgestelde art. 133 bevat een verplichting voor partijen om feiten die voor de beslissing van belang zijn volledig en naar waarheid in te brengen.

Het *strafproces* is gericht op het vinden van de waarheid teneinde de daaraan schuldige te kunnen straffen. Verificatie van het ten laste gelegde feit vormt daarom primair de inzet van het strafgeding. De waarheidsvinding is daarmee min of meer een ‘ultiem doel’ van het strafproces. De normering van de procedures van waarheidsvinding in ons strafrecht vloeit voort uit het publieke karakter daarvan en is dientengevolge ‘strenger’ dan bijvoorbeeld in het civiele recht. Zij biedt waarborgen voor zowel de betrouwbaarheid van de te construeren waarheid als voor de behoorlijkheid van de procedure waarlangs die constructie tot stand komt. Waar dat proces inbreuk maakt op grondrechten en vrijheden van de burger kan dat slechts plaatsvinden op een – bij de wet – gereguleerde wijze.¹⁶ En ook de resultaten daarvan kunnen slechts op een gereguleerde wijze in het proces worden ingebracht. De normering vindt plaats door regelingen in het Wetboek van Strafvordering, deels aangevuld door bevoegdheden in Bijzondere Wetten, door het EVRM en door de ongeschreven beginselen van een goede procesorde.

In het *bestuursrecht* lijkt de rol van waarheidsvinding minder sterk ontwikkeld dan in de beide andere rechtsgebieden. Deze marginale betekenis heeft diverse achtergronden die onder meer zijn te herleiden tot de verhouding tussen bestuursorgaan en belanghebbende en het ontbreken van cassatie.¹⁷ Daarnaast kan worden gewezen op het gegeven dat – anders dan in het civiele- en het strafrecht – niet de rechter steeds de beslissende instantie is die de juistheid van de feiten vaststelt en daaraan rechtsgevolgen verbindt. Als gevolg van de bestuursrechtelijke structuur van voorzieningen worden op diverse momenten door verschillende instanties beslissingen genomen ten dienste waarvan de juistheid van feiten wordt vastgesteld. Het construeren van de waarheid is dientengevolge meer verspreid over de gehele procedure en niet slechts aan de bestuursrechter.¹⁸ De normering van de bewijsgeving vindt plaats door de regelingen in hoofdstukken 2 en 3 van de Algemene Wet Bestuursrecht en de interpretatie daarvan in de rechtspraak.

V Waarheidsvinding in ons stelsel van strafprocesrecht

11. Ons strafproces wordt regelmatig aangeduid als een gematigd inquisitoir of wel gematigd accusatoir stelsel. Hoewel deze aanduiding door velen niet meer adequaat wordt geacht ter aanduiding van ons huidig strafprocesrecht

¹⁶ Dit vereiste – dat rechtstreeks samenhangt met de eisen van onze democratische rechtsstaat en onze Grondwet – wordt in het WvSv extra ingescherpt door de legaliteits eis die in art. 1 Sv wordt verwoord. Zie hierover uitvoerig C. P. M. Cleiren, commentaar op art. 1 Wetboek van Strafvordering in A. L. Melai (red.), *Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint.

¹⁷ S. V. Hoogendijk-Deutsch, ‘Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak’, *RMThemis* 1992, p. 308-323.

¹⁸ Zie voor een overzicht in deze lijn A. R. Hartmann, *o.w.*

meer adequaat wordt geacht ter aanduiding van ons huidig strafprocesrecht en op zeer veel punten genuanceerd dient te worden, biedt ze voor het doel van dit betoog goede aanknopingspunten.¹⁹ Een van de belangrijkste kenmerken van de inquisitoire procesvorm is dat er een ambtshalve onderzoek plaatsvindt dat is gericht op het vaststellen van de waarheid. De verdachte is object van onderzoek en wordt geacht aan de waarheidsvinding mee te werken of in ieder geval te dulden. De bekentenis van de verdachte vormt een essentieel bewijsmiddel. Het afdwingen van een bekentenis met behulp van lichamelijke pijniging in vroeger tijden getuigt zelfs in meest extreme vorm van deze inquisitoire procesvorm. Het onderzoek voor de rechter geschiedt op basis van schriftelijke – in het vooronderzoek vastgelegde – stukken, zonder dat de verdachte door de rechter wordt gehoord. De rechter beslist op basis van dat schriftelijk bewijsmateriaal. Het uitgangspunt van de accusatoire procesvorm is dat het proces is geconstrueerd als een procedure tussen twee – in theorie – gelijkwaardige partijen. De partijen zijn verantwoordelijk voor het aandragen van bewijsmateriaal ten faveure van hun positie. De waarheidsvinding wordt daarmee ook in belangrijke mate bepaald door het uitgangspunt van tegenspraak tussen de partijen. De rechter bewaakt daarbij de regels van het proces. De gelijkenis met ons civiel proces ligt voor de hand.²⁰

12. Gedurende de strafrechtelijke procedure verschuift het accent van overheersend inquisitoire trekken naar meer accusatoire. Bij de aanvang van het vooronderzoek is de verdacht in belangrijke mate object van onderzoek, het eindonderzoek bij de rechter heeft daarentegen meer accusatoire elementen in zich en de verdachte is meer dan in het vooronderzoek ook subject in de procedure.²¹

Maar daarnaast vindt men in de te onderscheiden fasen kenmerken van beide processtypen. Als voorbeeld kan dienen het uitgangspunt dat verdachte voor onschuldig wordt gehouden en in vervolg daarop niet wordt verplicht tot medewerking.²² Hij krijgt ook in het vooronderzoek de cautie.²³ Aan de andere kant moet hij inbreuken op rechten en vrijheden dulden in het belang van het onderzoek en heeft hij bijvoorbeeld bij het politieverhoor nog geen recht op bijstand van een raadsman.²⁴

¹⁹ Zie voor de ontwikkeling van deze vormen J H Drenth, *Bijdragen tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam 1939, A C 't Hart, *De meerwaarde van het Strafrecht*, deel III, 15 Inquisitor of accusator, Den Haag 1997

²⁰ Voor het strafproces ligt de oorsprong van de accusatoire procesvorm in het private karakter van de vervolging in het Romeinse recht

²¹ Bij de kenmerken van ons huidige stelsel acht ik het dan ook versluisend om de verdachte als volwaardige procespartij aan te duiden. Zie hierover C P M Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem Gouda Quint 1990

²² Hierbij moet worden aangetekend dat met name in gevallen van bijzondere strafwetgeving regelmatig een inbreuk op dit uitgangspunt wordt gemaakt

²³ Zie art 29 Sv

²⁴ Dit punt is reeds jaren voorwerp van discussie. In 1987 verscheen een lijvig rapport van Fijnaut dat

Ook in het eindonderzoek zijn er mogelijkheden om de verdachte niet alle openheid te geven die hem – in geval hij een gelijkwaardige procespartij was – steeds zouden toekomen. In het belang van onderzoek of de veiligheid van personen kan hem inzage in delen van het dossier of kennisname van de identiteit van getuigen worden onthouden. De rechter is de functionaris die expliciet tot taak heeft een eventuele achterstandspositie van de verdachte te compenseren.

13. Onze strafrechtelijke processtructuur kenmerkt zich door een dubbelzijdig karakter, ook waar het de waarheidsvinding betreft. Dit karakter wordt in onze rechtsstaat in balans gehouden door de wijze waarop zowel de instrumentaliteit als het rechtsbeschermende karakter van het strafrecht in ons strafprocessuele stelsel vorm hebben gekregen. De functie van het strafrecht wordt in het licht daarvan ook steeds dubbelzijdig geformuleerd: aan de ene kant het vinden van de waarheid teneinde overtreders van het materieel strafrecht te kunnen bestraffen en aan de andere kant de bescherming van de burgers daarbij tegen een vergaande overheidsinmenging en inbreuken op grondrechten, waaronder begrepen het voorkomen dat onschuldigen worden gestraft.

Anders gezegd, in het strafrecht draait het om waarheid en het vinden daarvan, maar niet tot elke prijs.

Deze centrale positie van waarheidsvinding in het strafrecht blijkt onder meer heel duidelijk uit de essentiële fase van de strafrechtelijke procedure: de opsporing, een fase speciaal ingericht ten behoeve van de waarheidsvinding; Wetboek van Strafvordering, Tweede Boek, Titel I. Het belang dat wordt gehecht aan de rechtsbescherming ligt onder meer besloten in de Grondwet en de aldaar geformuleerde rechten, die onder meer in en op grond van het strafvorderlijk en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel nader worden uitgewerkt en vormgegeven.²⁵

14. Samenvattend kan worden gesteld dat waarheidsvinding, georiënteerd op de beide genoemde functies van het strafrecht – rechtsbescherming en instrumentaliteit – elementen in zich heeft van betrouwbaarheid, maar ook van wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid.²⁶ Deze gedachte vloeit voort uit de – niet van elkaar los te denken – functies van het strafproces. De te vinden waarheid wordt niet slechts bepaald door feitenvaststelling volgens logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen, maar ook door eisen van behoorlijkheid. Een conclusie die naadloos aansluit op de eerder in deze bijdrage verdedigde opvatting dat juridische waarheids-

invoering bepleitte C Fijnaut, *De toelating van raadsleden tot het politieke verdachtenverhoor*, Antwerpen/Arnhem Kluwer rechtswetenschappen/Gouda Quint 1987. In het tweede interim-rapport van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 neemt hij een terughoudender standpunt in. M S Groenhuijsen en G Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken* (onderzoeksproject Strafvordering 2001), Deventer 2001.

²⁵ Zie noot 16.

²⁶ In het navolgende zal ik deze aspecten tezamen veelal aanduiden als behoorlijkheid.

vinding altijd plaatsvindt binnen volgens formeelrechtelijke regels over feitenonderzoek en overige processuele kaders.²⁷ Dat de invloed van die strafprocessuele kaders en normering sterker is dan in het civiele- en het bestuursrecht is een logisch vervolg op de hiervoor beschreven verschillen in de functies van de onderscheiden procedures en in normering daarvan.

VI Het perspectief van de strafrechter bij de waarheidsvinding

15. In de navolgende beschouwing wordt het proces van waarheidsvinding besproken vanuit het perspectief van de rechter. Deze keuze is gebaseerd op de rol die de rechter speelt in de vaststelling van de juridische waarheid. Zijn rol is voor het proces van waarheidsvinding en de te construeren waarheid essentieel omdat hij daarbij zowel de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal, als de wet- en rechtmatigheid van het vergaren daarvan in ogenschouw neemt.²⁸ Maar dat niet alleen. De uitspraak van de rechter over de beide aspecten is doorslaggevend voor de vraag of het strafrecht aan een van zijn primaire functies heeft voldaan: kan de verdachte al of niet worden veroordeeld en gestraft voor hetgeen hem ten laste werd gelegd? Op hem rust bovendien de plicht actief een eventueel ongelijkwaardige positie van de verdachte te compenseren.

De (formeelrechtelijke) regeling van het bewijsrecht richt zich dan ook met name op de rechter.²⁹ De rechter is vrij in zijn waardering van de bewijzende betekenis van het bewijsmateriaal, met inachtneming van de in de art. 338-344a gestelde voorwaarden. De overtuiging van de rechter is volgens art. 338 Sv essentieel voor het bewijs van het ten laste gelegde.

16. Waarheidsvinding omvat vanuit het perspectief van de strafrechter diverse aspecten:

I

Het vormgeven aan een betrouwbaar feitencomplex op basis van ingebracht feitenmateriaal. Het vooronderzoek is in belangrijke mate georiënteerd op het vergaren van feiten die bij de rechter worden ingebracht. Het eindonderzoek door de rechter heeft bovendien een eigen functie waar het vinden van de feiten betreft. Een veroordeling zal zo veel als mogelijk moeten zijn gebaseerd op een juridische waarheid die correspondeert met een 'feitelijke werkelijkheid'. In dit verband wordt vaak gesteld dat de rechter zoekt naar de materiële waarheid als basis voor een veroordeling.³⁰

²⁷ Zie hiervoor de drie beschreven componenten van juridische waarheidsvinding in paragraaf II Recht en werkelijkheid

²⁸ Een ander perspectief, zoals bijvoorbeeld dat van de verdediging, zal waarschijnlijk tot andere aandachtspunten leiden

²⁹ Dit betekent overigens niet dat anderen daar geen boodschap aan hebben. Integendeel. Zowel de politie en het OM, als de verdediging zullen zich daarop oriënteren

³⁰ Hiervoor, in paragraaf III Waarheden in civiel-, bestuurs- en strafrecht is reeds betoogd dat deze

De rechter is in beginsel vrij in de waardering van het bewijs. Dat wil zeggen: het is aan hem om het bewijsmateriaal te waarderen op de mate van betrouwbaarheid. Daarbij legt de wet hem wel enkele beperkingen op, die zijn te vinden in de limitatieve opsomming van de wettige bewijsmiddelen (art. 339 Sv). Hij kan daarbij onder meer gebruik maken van de inzichten over de feiten en de werkelijkheid uit andere wetenschappen zoals de natuurwetenschappen, de psychologie of de psychiatrie.

2.

De vormgeving van het feitencomplex door de rechter dient te geschieden volgens procedures en waarborgen die de wetgever heeft bepaald. Daarbij is de omvang van het te beoordelen conglomeraat aan feiten reeds beperkt door het OM bij de keuze van het ten laste te leggen feit. De geconstrueerde juridische waarheid kan slechts tot een veroordeling leiden als die voldoet aan alle elementen en bestanddelen van een wettelijke delictsomschrijving. Dankzij dit vereiste blijft de samenhang tussen het strafprocesrecht en het materiële strafrecht gewaarborgd.

3.

De vormgeving van het feitencomplex door de rechter dient in overeenstemming te zijn met de wettelijke vereisten en te geschieden volgens wettelijke (en verdragsrechtelijke) procedureregels. De eisen voor het vergaren van bewijsmateriaal liggen besloten in de wettelijke voorwaarden waaronder het vooronderzoek en voor het onderzoek ter terechtzitting dienen plaats te vinden (bijvoorbeeld de cautie, het beëdiggen van getuigen, een last tot binnentreden, het 'functionele niveau' van de autoriteit). Daarnaast dient het vergaren van bewijsmateriaal, alsmede alle overige elementen van het proces van waarheidsvinding, te voldoen aan ongeschreven beginselen van behoorlijkheid (beginselen van een goede procesorde). De rol van de strafrechter in deze strekt zich niet alleen uit tot het naleven van procedures en waarborgen door de rechter zelf, maar evengoed tot het toetsen van de behoorlijkheid van de vergaring van feitenmateriaal in het vooronderzoek.

17. Ook de waarheidsvinding en de constructie van de juridische waarheid door de strafrechter wordt dus gereguleerd door waarheidsoordelen uit andere wetenschappen (sociale, natuurkundige enzovoort) alsmede door de reglementeringen of normeringen die voortvloeien uit de betekenis van waarheid in het strafproces en uit de rol van de betreffende partijen ten behoeve daarvan. Dit is niet wezenlijk anders dan in andere rechtsgebieden.³¹

terminologie bepaald niet steeds verhelderend is.

³¹ Zie in dit verband de drie beschreven componenten van juridische waarheidsvinding onder paragraaf II Recht en werkelijkheid.

Een illustratie (met een tamelijk kritische lading) van de stand van zaken in het civiele recht vindt men in de conclusie van Vranken in zijn Algemeen Deel: 'Het komt nog steeds en te vaak voor dat de rechter uitspraak doet (moet doen) op basis van een feitensubstraat dat lacuneus of onjuist is. Anders gezegd en meer toegespitst op het onderwerp van dit Hoofdstuk (II): het systeem van feitengaring zoals dat in ons procesrecht functioneert, kent drempels en grenzen, die het onvermijdelijk maken dat een aanzienlijk deel van de rechterlijke uitspraken mede en soms diepgaand processueel bepaald is.'³²

Men zou dan ook kunnen zeggen dat er sprake is van feitevinding en rechtsvinding en van een stevige verstrengeling van beide activiteiten.

De strafrechter heeft een strafprocessuele rechtsvindingsrol in die zin dat hij de naleving van de normering in het vooronderzoek tot deel maakt van het waarheidsoordeel en een materieelrechtelijke rechtvindingsrol door de door hem als waarheid aanvaarde feiten te toetsen aan de materieelrechtelijke strafbepaling.

Deze rechtsvindingsactiviteiten worden processueel genormeerd door wettelijke (en verdragsrechtelijke) procedureregels, de grenzen van de tenlastelegging, de elementen en bestanddelen van de delictsomschrijving (legaliteit), alsmede door ongeschreven beginselen van een goede procesorde. De materiële rechtsvindingsactiviteiten krijgen hun invulling op basis van de materiële strafrechtsdogmatiek.

In de uitwerking laat zich wel een verschil zien tussen bijvoorbeeld strafrecht en het civiele- en het bestuursrecht. Het belang van de toetsende rol van de rechter ten aanzien van de wijze van bewijsgaring in het vooronderzoek is in het strafrecht – vanuit de rechtsbeschermende functie van het strafrecht – van doorslaggevend belang. De actieve rol van de strafrechter kan in die zin niet worden gemist. Dat geldt zeker niet, of althans in mindere mate, voor de andere twee rechtsgebieden.

VII Ons stelsel van strafvordering onder druk

18. Voor een inzicht in waarheidsvinding in ons strafproces dat recht doet aan de rechtsontwikkelingen van de laatste decennia is van groot belang te onderkennen dat de karakteristieke uitgangspunten van ons strafproces behoorlijk onder druk zijn komen te staan.

Daarnaast valt te constateren dat ten aanzien van de drie genoemde componenten waar de rechter activiteiten ten behoeve van de waarheidsvinding ontplooit, grote ontwikkelingen hebben plaatsgevonden. Een korte uitwerking van enkele van deze ontwikkelingen is hier op zijn plaats.

³² J B M Vranken, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht, Algemeen Deel***, Zwolle Tjeenk Willink 1995, p 26

19. Allereerst kan worden gewezen op 'schuivende panelen' waar het ons processtype en de rol van de procesdeelnemers daarin betreft. Steeds duidelijker is geworden dat de belangen van de samenleving en de belangen van de verdachte niet steeds parallel lopen. In de jaren zestig en zeventig neemt de erkenning van het belang van rechtsbescherming van de verdachte toe. Nu, aan het begin van de 21^e eeuw lijkt (in ieder geval het politieke) tij gekeerd. Zelfs de rechtsbescherming van onschuldige en niet betrokkenen burgers lijkt te mogen worden opgeofferd aan het belang van de bestrijding van criminaliteit. Daarnaast worden de belangen van het Openbaar Ministerie en het slachtoffer niet steeds als in elkaars verlengde liggend geaccepteerd.

Maar met name de invloed van de rechtspraak van het Europese Hof met betrekking tot art. 6 EVRM leidt tot druk op onze strafprocedure. In art. 6 wordt onder meer het recht van de verdachte op een contradictoire procedure benadrukt. Dit vereiste komt in ons strafprocessuele stelsel niet zozeer tot uitdrukking in gelijkwaardige onderzoeksbevoegdheden, maar in het toepassen van hoor en wederhoor over het door het Openbaar Ministerie in het vooronderzoek verzamelde en tijdens de terechtzitting gepresenteerd bewijsmateriaal. De Europese rechtspraak heeft weliswaar niet tot gevolg gehad dat de verdachte inmiddels tot een volledig gelijkwaardige procespartij is geworden, wél kan men stellen dat de invloed daarvan – in samenhang met de eerder genoemde tendens tot versterking van de rechtsbescherming van de verdachte – heeft geleid tot een nog essentiëlere actieve rol voor de strafrechter.

Daarnaast kan men verdedigen dat de positie van de verdachte als procespartij in zekere zin ook – noodzakelijkerwijs en soms in weerwil van hemzelf – groter is geworden als gevolg van de erkenning van de positie van het slachtoffer. Zowel de maatschappelijke druk, als de rechtspraak van het Europese Hof nopen de rechter om bij de behandeling van de zaak en in zijn beslissing de belangen van het slachtoffer mee te wegen. De verdachte krijgt er als het ware 'een procespartij' bij.

20. Ook vanuit een geheel andere achtergrond is een grote druk op ons stelsel van strafvordering ontstaan. Het belang van efficiency, snelheid en doelmatigheid domineert in toenemende mate de wijze van denken over strafrecht en het strafvorderlijk beleid. Zowel wetgeving als strafvorderlijk beleid worden mede door deze belangen 'gekleurd' en ook de strafrechter ontkomt niet aan een zekere druk op een efficiënte taakvervulling. De grote maatschappelijke onvrede met het sanctioneren van vormverzuimen enkele jaren geleden is daarvan een goed voorbeeld. De wetgever heeft daarvoor in 1995 een oplossing gezocht met de Wet vormverzuimen van 14 september 1995, Stb. 441. Ook de strafrechter zoekt naar wegen om deze druk op te vangen. Zo is er – waarschijnlijk mede onder invloed van druk – in de rechtspraak een tendens ontstaan om eisen te stellen aan de proceshouding van de verdachte in geval deze niet of tardief activiteit ontplooit. Een niet-

actieve proceshouding wordt vervolgens gesanctioneerd in het spoor van 'rechtsverwerking'.

21. Waar het de drie genoemde componenten van de rechterlijke activiteit rondom waarheidsvinding betreft, hebben zich eveneens grote ontwikkelingen voorgedaan, ten dele als een logisch vervolg op de zojuist geschetste 'schuivende panelen'.³³

Allereerst moet worden gewezen op het feit dat realisering van het materiële strafrecht – anders dan de procesverplichting die aan de basis van ons Wetboek van Strafvordering ligt doet vermoeden – in de huidige rechtspraktijk niet voornamelijk plaatsvindt door middel van behandeling van een zaak door de rechter. Er is een praktijk van afdoening buiten geding die deels is gebaseerd op wettelijke regelingen, deels op invulling van discretionaire bevoegdheden van politie, Openbaar Ministerie en bijzondere opsporingsdiensten. Het gaat daarbij om transactie, schikkingen, voorwaardelijk sepot, Halt-trajecten, mediation, dading enzovoort.³⁴ In zo goed als al die gevallen is er geen sprake van waarheidsvinding in de hier bedoelde betekenis. Veelal volstaat een bekentenis, een instemming met de afdoening of een erkenning van het 'veronderstelde gebeuren'. De betekenis van waarheidsvinding voor het strafrecht heeft vanuit deze optiek sterk aan betekenis ingeboet.

22. Anderzijds kan worden vastgesteld dat de rol van waarheidsvinding in strafprocedures voor de rechter het laatste decennium krachtige ontwikkelingen heeft doorgemaakt. Zo zijn er brede technische ontwikkelingen die nieuwe vormen en soorten van bewijsmateriaal (kunnen) opleveren. Deze ontwikkelingen doen naast juridische vragen ook vragen rijzen over de betrouwbaarheid. Daarnaast zijn zowel geschreven als ongeschreven eisen voor behoorlijkheid van het vergaren van bewijsmateriaal in de rechtspraak verhelderd, aangescherpt, genuanceerd, soms uitgebreid en soms gerelativeerd. Deze ontwikkelingen hebben onder meer geleid tot een krachtige aanscherping en ontwikkeling van de wijze waarop de rechter zijn 'omgang' met bewijsmateriaal en bewijsverweren dient te motiveren en welke sanctie hij aan niet-naleving van die normen kan en mag verbinden.

³³ Ik doel hier wederom op de drie componenten van juridische waarheidsvinding zoals beschreven in paragraaf II Recht en werkelijkheid

³⁴ Deze vormen van afdoening buiten geding worden wel aangeduid als vormen van consensualiteit in het strafrecht. Corstens introduceerde deze term in Nederland in 1994. G. J. M. Corstens, 'Consensualiteit', *DD* januari 1994, p. 4-8. Waar het de waarheidsvinding betreft, valt vanuit rechtsstatelijk perspectief op deze ontwikkeling wel een en ander aan te merken. Allereerst rijst de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de presumptie van onschuld. Daarnaast kunnen vragen rijzen over de vrijwilligheid van verdachten bij de overeenkomsten die worden aangegaan.

23. Enkele voorbeelden, toegespitst op de drie eerder onderscheiden componenten van strafrechtelijke waarheidsvinding kunnen de zojuist weergegeven ontwikkelingen illustreren:

1

Vormgeving van het feitencomplex teneinde een betrouwbare ‘waarheid’ te construeren;

Het opsporingsonderzoek – dat is gericht op het vinden van relevant feiten ten behoeve van een vervolging – ondergaat (overigens evenals de criminaliteit zelf) vele invloeden van uit andere disciplines. Zo hebben de natuurwetenschappen het benutten van DNA-materiaal mogelijk gemaakt, de wiskunde, informatietechnologie, telecommunicatieontwikkelingen en satellieten de interceptie en incryptie van gecodeerde gegevens en de handschriftkunde zelfs de vergelijking van e-mailhandschriften.

Een andere – bepaald niet onbelangrijke – ontwikkeling is zichtbaar in de theorievorming rondom de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal. Bijdragen daartoe zijn onder meer afkomstig vanuit de rechtspsychologie en de forensische wetenschappen.³⁵

Het opsporingsonderzoek is daarenboven steeds meer gericht geraakt op gecompliceerde vormen van criminaliteit en in het verlengde daarvan niet meer slechts op een individu, maar ook op groepen en andere collectiviteiten. Daar komt nog bij dat de opsporing door opsporingsautoriteiten steeds meer verweven raakt met andere vormen van overheidsoptreden zoals controle op naleving van bijzondere wetgeving, alsook met vormen van internationale opsporing.

Het opsporingsonderzoek begeeft zich – in het spoor van deze ontwikkelingen en de veranderende criminaliteit – steeds sterker in het spanningsveld tussen waarheidsvinding en inbreuken op grondrechten van burgers.

Voor de rechter brengt dit mee dat het ingebrachte feitenmateriaal niet alleen gecompliceerder is, maar ook dat de behoorlijkheidstoets die de rechter daarop moet uitvoeren niet steeds of niet volledig door de wetgever is voorzien. De normering moet dan in de rechtspraak tot stand komen.

2

Zoals eerder betoogd staat juridische waarheidsvinding in processuele zin niet los van materieelrechtelijke kaders. Voor het strafproces speelt het feit waarvan de betrokkene(n) wordt verdacht vanaf het allereerst moment van een verdenking een rol. In geval het Openbaar Ministerie besluit tot het aanbrengen van de zaak bij de rechter ter terechtzitting vormt de tenlastelegging de basis voor de procedure. Sinds de invoering van de Wet

³⁵ Zie onder meer P J van Koppen, D J Hessing en H F M Crombag (red.), *aw*, K Boonen, A C 't Hart en Th A de Roos (red.), *Criminalistiek forensische deskundigen en strafrechtspleging*, Deventer 2000

vormverzuimen in 1996 is het Openbaar Ministerie in de gelegenheid gesteld om de tenlastelegging te wijzigen, mits deze gericht blijft op hetzelfde werkelijk gebeurde feit dat aanleiding gaf tot het opstellen van de tenlastelegging.³⁶ Wijziging is ook in hoger beroep mogelijk. Met deze wetwijziging is een van de belangrijke processuele beperkingen voor toepassing van het materiële strafrecht opgeheven.

Aan de andere kant moet er hier nogmaals op worden gewezen dat door de enorme groei van vormen afdoening buiten geding de betekenis van de waarheidsvinding in het strafrecht sterk moet worden gerelativeerd. Niet alleen de rol van het materiële strafrecht verliest daarmee aan betekenis, ook de rol van de juridische waarheid en de daarbij behorende waarborgen voor verdachte en samenleving dreigen – wellicht ten faveure van een ander belangrijk goed – verloren te gaan.

3.

De procedures en waarborgen waaraan de rechter zich heeft te houden bij de waardering van feiten. Deze eisen betreffen zowel wetmatigheidseisen als rechtmatigheidseisen.

De eisen die worden gesteld door het Europese Hof hebben een sterke invloed gehad op de waarborgen waarlangs de rechter tot het vaststellen van de waarheid komt. Zo is onder meer de eis dat er sprake moet zijn van een rechtstreekse confrontatie tussen belastende getuigen en de verdediging een consequentie van deze Europese rechtspraak. De mogelijkheden tot het ondervragen van getuigen ter zitting zijn daarmee sterk toegenomen. Daarnaast zijn er eisen tot stand gekomen voor geoorloofd gebruik van anonieme getuigenverklaringen. De waarborgen tegen vooringenomenheid van de rechter zijn aangescherpt zodat er – meer dan vroeger – mogelijkheid bestaat dat de rechter wordt gewraakt. Ook de mogelijkheid tot tegenonderzoek door de verdachte die hierom tijdig verzoekt zijn (mede op grond van art. 6 EVRM) toegenomen. Bepaalde verweren gevoerd door de verdachte waar het de bewijsgaring of de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal betreft, mag de rechter niet zomaar naast zich neerleggen. Zij vereisen bij verwerping veelal een extra motivering.³⁷

24. Ook de toetsing van de wijze(n) van waarheidsvinding in het vooronderzoek op wetmatigheid en rechtmatigheid/behoorlijkheid heeft een enorme ontwikkeling ondergaan.

Allereerst is daar sinds het begin van de jaren zeventig de toets aan beginselen van een goede procesorde die de rechter aanlegt. Deze toets werkt natuurlijk ook door op de wijze waarop in het opsporingsonderzoek bewijsmateriaal is vergaard. Dat in die fase de normering niet of althans onvoldoende toereikend was of onvoldoende werd nageleefd is met name

³⁶ Wet Vormverzuimen van 14 september 1995, Stb 441, in werking getreden op 2 november 1996 en voor dit aspect slechts geldig vanaf dat moment

³⁷ Zie hierover uitvoerig en in diverse hoofdstukken J F Nijboer, *a w*

gebleken in de parlementaire enquête naar de opsporingsmethoden.³⁸ De zittende magistratuur heeft vanuit een actieve rol – en op eigen wijze – een normering ontwikkeld ten aanzien van onrechtmatig of anderszins onbehoorlijk geachte bewijsgaring en daaraan sancties verbonden. Een van die sancties werkt rechtstreeks door op de waarheidsvinding zelf: de bewijsuitsluitingsregel. De wetgever heeft inmiddels mogelijkheden voor sanctionering – waaronder de bewijsuitsluitingsregel – ook in de wet opgenomen (art. 359a lid 1 WvSv).

VIII Enkele punten ter concretisering van waarheidsvinding in de fasen van het strafproces

25. Het vervolg van dit betoog zal de specifieke elementen van waarheidsvinding in de te onderscheiden procesfasen zeer beknopt concretiseren. De selectie van relevante elementen wordt met het oog op de vergelijking tussen de drie rechtsgebieden toegespitst op die elementen die in meer dan een van deze rechtsgebieden tot discussie aanleiding geven. Bovendien wordt de aandacht gevestigd op de gevolgen van de – in de vorige paragraaf besproken – druk op het strafprocessuele stelsel.

Waarheidsvinding in de te onderscheiden procesfasen:

1. Het vooronderzoek en de ingang tot de rechterlijke procedure;
2. De procedure ter terechtzitting;
3. Hoger beroep, verzet, cassatie en herziening.

VIII.1 *Het vooronderzoek en de ingang tot de rechterlijke procedure*

26. In het vooronderzoek is de verdachte en zijn vermoedelijk gepleegde gedrag object van onderzoek. De verdachte wordt voor onschuldig gehouden totdat de rechter een uitspraak heeft gedaan over zijn schuld of onschuld aan het ten laste gelegde feit. Hij heeft een zwijgrecht, waarvan het belang wordt benadrukt door de verplichting tot het geven van de cautie. Het vooronderzoek is erop gericht materiaal te verzamelen om de zaak op te helderen en zo tot een verantwoorde beslissing over een (verdere) vervolging mogelijk te maken. De verdachte is nog object van onderzoek. Het opsporingsonderzoek is erop gericht de waarheidsvinding mogelijk te maken. Het is dan ook niet vreemd dat in het licht daarvan diverse inbreuken kunnen worden gemaakt op grondrechten. Daarnaast kunnen aan een verdachte in het belang van de waarheidsvinding enkele – in beginsel wel toegekende procesrechten – worden onzegd.

³⁸ Zie het eindrapport van de Parlementaire Enquête Opsporingsmethoden, *Inzake opsporing*, 's-Gravenhage: SDU 1996.

Het belang van waarheidsvinding komt daarenboven specifiek naar voren in de regeling van aanhouding bij ontdekking op heterdaad. In een dergelijk geval is een ieder bevoegd de verdachte aan te houden (art. 53 Sv). De kans dat de aangehoudene niet de dader is van het vermoedelijk gepleegde strafbaar feit is zo goed als nihil. De gebruikelijke bescherming van de verdachte door middel van beschermende proceduregels tegen een mogelijk onrechtmatige aanhouding wordt dan ook niet noodzakelijk geacht.

De verdachte of verdediging heeft in deze fase weinig in te brengen op het gebied van de waarheidsvinding. Volgens art. 208 kan hij tijdens een gerechtelijk vooronderzoek getuigen, deskundigen en feiten van onderzoek opgeven. Sinds 1 februari 2000 is de mini-instructie op verzoek van de verdachte mogelijk, vanaf het moment van een criminal charge (art. 36a). Dit geschiedt mede als tegenwicht tegen de drastische uitbreiding van de bevoegdheden van politie en Openbaar Ministerie.

Het Openbaar Ministerie is uiteindelijk de partij die bepaald of vervolging zal plaatshebben en op welke gedraging(en) het geding betrekking zal hebben.

VIII 2 *De procedure ter terechtzitting*

27. Het voorafgaande maakt duidelijk dat voor het vergaren van bewijsmateriaal de nadruk ligt op het vooronderzoek. Het eindonderzoek voor de rechter is in z'n voornamelijk verifcatoir.

De *rechter* kan evenwel – op grond van zijn niet-lijdelijke positie – materiaal uit het vooronderzoek laten aanvullen of zelfs geheel terzijde stellen. De actieve rol van de rechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting vormt een essentieel gegeven om de verhouding tussen de officier van justitie en de verdachte te kunnen begrijpen. Hij is het die uiteindelijk ‘bewijst’, in die zin dat het zijn oordeelsvorming is die resulteert in een bewezenverklaring of een vrijspraak.

Het strafproces kent geen verdeling van bewijslast in strikte zin.³⁹ Immers, er is geen echt partijenproces.

Het *Openbaar Ministerie* heeft wel een stelplicht of beweringslast, tot uitdrukking komend in de tenlastelegging. Het is evenwel niet verplicht daarin melding te maken van het afwezig zijn van omstandigheden die een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond kunnen opleveren. Vanaf de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting is de officier van justitie geen dominus litis meer. Dat maakt begrijpelijk dat men niet kan spreken van een officier van justitie die bewijst. En, hoewel hij geen strikte stelplicht heeft, wordt wel van hem verwacht dat hij voldoende belastend materiaal aanvoert om het ten laste gelegde feit te kunnen bewijzen.

Over de vraag of hij ook ontlastend materiaal aan moet voeren en hoever deze verantwoordelijkheid reikt, werd wel getwist. Uitgaande van de

³⁹ Zie voor een overzicht van deze problematiek J F Nijboer, *aw*, Hoofdstuk 4

gedachte dat het Openbaar Ministerie niet alleen een instrumentele rol, maar ook een rechtsbeschermende functie heeft, kan men stellen dat de officier van justitie uit dien hoofde dergelijke informatie niet achterwege mag laten.⁴⁰ De beoordeling daarvan is aan de rechter.

De *verdachte* heeft een zwijgrecht en volledige verklaringsvrijheid en anderzijds een aantal bevoegdheden. Overigens hoeft hij alleen te dulden. Hij hoeft zijn onschuld ook niet te bewijzen. Evenwel kunnen aan zijn proceshouding wel bewijsrechtelijke consequenties worden verbonden, zoals ‘kennelijk leugenachtig’, enzovoort. Op de verdachte rust geen bewijslast. Ook als hij zelf nalaat ontlastend materiaal naar voren te brengen of verstek laat gaan, is er de rechter die vanuit zijn verantwoordelijkheid alert moet zijn op dergelijke feiten of informatie. De rechter kan dus niet – anders dan bijvoorbeeld in een civiele procedure – bepalen dat er geen nader onderzoek zal worden gedaan omdat de verdediging terzake geen verweer heeft gevoerd.⁴¹ Van hem wordt niet een lijdelijke, maar een actieve houding verwacht. Daar komt nog bij dat de raadsman de rechter – door het voeren van vele soorten verweren – in toenemende mate dwingt tot nog grotere activiteit.

Het *slachtoffer* speelt voor de waarheidsvinding slechts een rol als getuige. Als benadeelde partij is zijn rol beperkt tot het aandragen van materiaal ter ondersteuning van zijn vordering.

Wat zijn de consequenties van de druk op ons strafrechtelijk stelsel en de in vervolg daarop geschetste veranderingen voor de procesposities en daarmee voor de waarheidsvinding?

Zoals hiervoor betoogd omvat strafrechtelijke waarheidsvinding meer dan feitenvinding: ook strafprocessuele rechtsvinding op de grenzen van wetmatigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid maken daarvan deel uit. De actieve rechter is dan ook genoodzaakt zich onder omstandigheden sterk met de methoden van waarheidsvinding door politie of Openbaar Ministerie bezig te houden. Met andere woorden: niet slechts de waarheid rondom het aan de verdachte ten laste gelegde feit, maar ook de waarheid van de wijze van opsporing houdt hem bezig.

Die situatie dwingt zowel de rechter als de overige procesdeelnemers in een meer accusatoire proceshouding. Het Openbaar Ministerie en de wijze waarop hij de verantwoordelijkheid voor de opsporing heeft genomen komen als zelfstandig onderwerp van bespreking en beoordeling op de terechtzitting aan de orde. De verdachte ontleent zijn bescherming van rechten en vrijheden gedurende de opsporing en daarna in ieder geval aan de wettelijke strafprocessuele regels. Maar voor de sanctionering van niet naleving van die normen, alsmede voor een aanvullende bescherming

⁴⁰ Zie hierover onder meer H. de Doelder, *Het OM in positie* (inaugurale rede Rotterdam), Arnhem Gouda Quint 1988

⁴¹ In het civiele recht geldt immers, dat – als de ene partij iets stelt en de andere partij weerspreekt het niet – het gestelde als waarheid geldt, tenzij het wordt doorkruist door de openbare orde.

wegens schending van ongeschreven beginselen van een goede procesorde, is de verdachte aangewezen op de actieve rechter.

De druk op het stelsel van ons strafproces culmineert dus in zekere zin in de rol van de rechter. Diens actieve rol wordt bovendien sterk gestimuleerd door de wijze waarop het slachtoffer 'procespartij' tracht te worden. Ook deze situatie legt een grote druk op de rechter om te schuiven naar een steeds meer accusatoire procesvorm.

De rechter wordt overigens ook bij de waarheidsvinding steeds meer in een lastig parket gedrongen vanwege de complexiteit van de zaken en de specialisaties van de leden van de advocatuur.

VIII.3 Hoger beroep/verzet/cassatie/herziening

28. De waarheidsvinding zoals die heeft plaatsgevonden tot en met het onderzoek in eerste aanleg kan in hoger beroep worden gecontroleerd door middel van de bewijsmotivering. Dat staat er evenwel niet aan in de weg dat in hoger beroep waarheidsvinding zelfstandig kan plaatsvinden en delen uit het voorafgaande kunnen worden overgedaan. Hetzelfde geldt voor de verzetsprocedure. Deze mogelijkheden betreffen zowel de waardering van de bewijsmiddelen op betrouwbaarheid, als op behoorlijkheid.

Cassatie behelst in beginsel natuurlijk geen feitelijke vragen, maar rechtsvragen of verzuim van vormen. Juist omdat waarheidsvinding in het strafproces in sterke mate een verstrengeling vormt van feitenvinding en strafprocessuele rechtsvinding is een strikte uitsluiting van waarheidsvindingsvragen bij de cassatie niet mogelijk. Alleen al de schending van de motiveringsverplichting van de rechter biedt veel ingangen.

Herziening biedt mogelijkheden om op een eerder geconstrueerde juridische waarheid terug te komen. Het vereiste van een novum maakt toegang tot dit rechtsmiddel niet eenvoudig.

Dat zelfs op dit punt het strafprocesrecht voortdurend in ontwikkeling is, moge blijken uit de opmerkelijke beslissingen van de Hoge Raad die heropening van de Puttense moordzaak hebben mogelijk gemaakt.⁴²

29. Geconstateerd kan worden dat zowel de feitenrechter als de cassatierechter waar het te de strafrechtelijke waarheidsvinding betreft, rechtsvinding bedrijft waarin feiten en recht sterk met elkaar verweven zijn.

De plaats en de taak van de strafrechter op het terrein van de waarheidsvinding is aan grote veranderingen onderhevig geweest. De afstand tot en de verhouding met de strafvorderlijke wetgeving is dientengevolge groter dan ooit. Dat een dergelijke verschuiving zowel in politieke, wetenschappelijke als praktijk-context tot vragen leidt en om een nieuwe balans vraagt, is niet verwonderlijk.

⁴² HR 26 juni 2001, nrs. 03256/00 H, 03257/00 H (ELRO-nr. AA9800).

IX Tot slot

30. Het voorafgaande geeft aanleiding om op twee punten in een meer concluderende zin de aandacht te vestigen.

Het overzicht van enkele recente ontwikkelingen die druk veroorzaken op ons stelsel van strafvordering geeft te denken. Vele van deze ontwikkelingen blijken niet op dezelfde grondgedachte gestoeld. Ze wijzen soms in een tegenstrijdige richting en nopen ieder voor zich de procesdeelnemers tot het kiezen van nieuwe posities. De vraag rijst of en in hoeverre deze ontwikkelingen het stelsel van strafvordering uit zijn voegen drukken of in zijn fundamenten raken. Precies waar het de waarheidsvinding betreft, is de procesvorm dominant voor betrouwbaarheid en behoorlijkheid. Zo hangt bijvoorbeeld de actieve rol van de strafrechter ten nauwste samen met het dubbelzijdig karakter van het strafrecht, de daarbij gekozen procesvorm (gematigd accusatoir/inquisitoir) en de onderscheiden rol van de 'procespartijen'. Bezien in dit perspectief zou het niet verantwoord zijn als de rechter 'eenzijdig' zijn actieve rol zou inwisselen voor een meer lijdelijke.

31. De schets van de posities en ontwikkelingen rondom waarheidsvinding maakt zichtbaar dat strafprocessuele waarheidsvinding verloopt volgens een zelfde proces als juridische waarheidsvinding in het algemeen. Het gaat om het vormgeven van een feitencomplex vanuit een juridisch perspectief. De eisen van betrouwbaarheid, die mede zijn georiënteerd op andere wetenschappelijke disciplines (1) maken een verantwoorde selectie van bewijsmateriaal mogelijk. Zowel de materieelrechtelijke (2) als de procesrechtelijke regels over feitenonderzoek (3) maken deel uit van het proces van waardering van de feiten door de rechter. Dat op alledrie van deze componenten ontwikkelingen en verschuivingen zichtbaar zijn, bevestigt dat het recht een boodschap heeft aan 'de werkelijkheid' en 'de werkelijkheid' aan het recht.

Vanuit de wetenschap is tot op heden weinig systematisch aandacht besteed aan de vraag of een evenwicht tussen de drie componenten van waarheidsvinding noodzakelijk of gewenst is. Deze vraag wordt actueel als men bijvoorbeeld de publieke reactie op het proces van waarheidsvinding in 'gevoelige' en media-aantrekkelijke zaken nader beschouwt. De legitimiteit van onze strafrechtspleging – en waarheidsvinding – komt daarin onder meer ter discussie als gevolg van het feit dat de rechter zich, in ieder geval in de beeldvorming van het publiek, meer bezighoudt met de rechtmatigheid van het optreden van politie en Openbaar Ministerie (3) dan met het strafbare gedrag van de verdachte (1 en 2).

Waar de legitimiteit van de strafrechtpleging ter discussie komt, doet het realiteitsgehalte van het beeld niet als enige terzake. In het licht van een mogelijk legitimiteitsdeficit is het in ieder geval wenselijk om vanuit

wetenschappelijk perspectief in de nabije toekomst te bezien of, en zo ja, welke veranderingen kunnen bijdragen aan een herstel van het belang van de drie onderscheiden componenten ten behoeve van het proces van waarheidsvinding.

32. Maar, voorzichtigheid is geboden. Juist als gevolg van de zo sterke samenhang tussen het materiële strafrecht en het strafprocessuele kader zullen ad hoc-oplossingen niet zonder meer een redelijk evenwicht kunnen scheppen. Eerder is gewenst de strafvorderlijke rechtsvinding van een consistent, deugdelijk en degelijke fundament te voorzien: een taak die de strafrechtswetenschappers zich zullen moeten aantrekken.

Naar mijn idee moet daarbij niet bij voorbaat de conclusie worden uitgesloten dat de rechter ter terechtzitting in de complexiteit van rollen en verantwoordelijkheden die hem toebehoren nimmer in staat zal zijn daarin een evenwicht te bewaren. Dit geldt temeer nu dat evenwicht ook door ‘van buiten komende elementen’ als EHRM, efficiencymaatregelen en doelmatigheidsinstrumenten wordt beïnvloed. Het op de een of andere wijze aanbrengen van een splitsing in ’s rechters beoordeling van de wijze van bewijsvergaring door politie en Openbaar Ministerie en de beoordeling van het vermoedelijk gepleegde feit door de verdachte, zou wellicht aan het evenwicht kunnen bijdragen.⁴³

⁴³ Ter oriëntatie zou men onder meer kunnen denken aan een rechtsingang-procedure of een andersoortige voorprocedure. Ik doe deze suggestie overigens in het besef dat er in het verleden op diverse momenten een discussie is gevoerd over een behoorlijkheidstoets voorafgaande aan de procedure ter terechtzitting. De veranderende druk op de strafrechtpleging maakt een hernieuwde discussie over mogelijkheden en modaliteiten mijns inziens evenwel weer zinvol.