M.J. Borgers[1]

Editorial

De toepassing van de bewijsminimumregel[2]

82

1 Inleiding

Wat stelt de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv eigenlijk nog voor?[3] Met de bekende arresten van 30 juni 2009 lijkt – of: leek? – de Hoge Raad een subtiele, maar belangrijke koerswijziging te hebben ingezet, door de regel te stellen dat naast de verklaring van de getuige nog een tweede bewijsgrond moet worden gebezigd die *voldoende steun* geeft aan die verklaring.[4] Dat lijkt – of: leek? – te betekenen dat niet langer volstaat dat de tweede bewijsgrond slechts ziet op een ondergeschikt onderdeel van de bewezenverklaring, maar dat thans wordt vereist dat de rechter in het concrete geval feiten en omstandigheden benoemt die in een relevant verband staan met de inhoud van de verklaring van de getuige. Maar is het nu: 'lijkt' of 'leek'? Heeft de Hoge Raad werkelijk een koerswijziging ingezet? Zijn er aanwijzingen dat de Hoge Raad thans daadwerkelijk hogere eisen stelt? Of bedient de Hoge Raad zich slechts van andere bewoordingen dan voorheen zonder dat de bakens zijn verplaatst? Een duidelijk antwoord op deze vragen treft men niet aan in de rechtspraak van de Hoge Raad. Sinds 26 januari 2010 bedient de Hoge Raad zich van een standaardoverweging, waarin onder andere wordt gesteld: 'De vraag of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval.'[5] Dat de Hoge Raad het belang van casuïstiek benadrukt, is begrijpelijk, maar richtinggevend is deze volzin – en ook de algemene overweging waarin deze volzin voorkomt – bepaald niet. Opmerkelijk is ook dat raadsheer Loth in een tweetal publicaties ingaat op de bewijsminimumregel, maar daarbij zorgvuldig in het midden laat hoe de rechtspraak van de Hoge Raad moet worden geduid.[6] Natuurlijk, een raadsheer die op persoonlijke titel een artikel publiceert, kan niet voor de Hoge Raad spreken – al was het maar vanwege het raadkamergeheim. Maar zelfs een subtiele vingerwijzing ontbreekt.
Kortom, de 'afnemers' van de rechtspraak van de Hoge Raad zullen het – teneinde de bewijsminimumregel te doorgronden – moeten doen met de casuïstiek en de wijze waarop de

1. *Hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.*
2. Citeerwijze: M.J. Borgers, 'De toepassing van de bewijsminimumregel', *DD* 2012, 82.
3. Op de bewijsminimumregel van artikel 341 lid 4 Sv ga ik in de hoofdtekst niet afzonderlijk in, omdat in de rechtspraak van de Hoge Raad vooral artikel 342 lid 2 Sv aan bod komt. De inhoud en de strekking van beide regels is vrijwel gelijk.
4. HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 495 en HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 496 m.nt. M.J. Borgers. De Hoge Raad formuleert diezelfde regel ook anders, door te overwegen dat tussen de bewijsgronden niet 'een te ver verwijderd verband' mag bestaan (HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512). Het komt mij voor dat dit geen ander criterium betreft dan dat van voldoende steun. Zie nader onderdeel 2 van de noot onder HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515.
5. HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512.
6. Zie M.A. Loth, 'De taak van de strafrechter in een punitieve rechtsorde', *NJB* 2010, p. 1037: 'Annotator Borgers bespeurt beweging in de eisen die aan het bewijsminimum van art. 342 lid 2 Sv worden gesteld. Als hij daarin gelijk heeft, zal dat mogelijk het risico van onterechte veroordelingen terugdringen.' En voorts M.A. Loth, 'Waarachtige rechtspraak', *RM Themis* 2010, p. 255, waar hij het houdt op: 'Het is duidelijk dat deze rechtsontwikkeling nog niet is uitgekristalliseerd.' Vgl. ook A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2012, p. 251, waar hij stelt dat het voor de feitenrechter bijna steeds wel mogelijk zal zijn om de bewijsminimumregel te 'omzeilen', maar daar tegelijkertijd aan toevoegt dat de feitenrechter moet blijven binnen het jurisprudentiële kader. Welke beperkingen uit dat kader voortvloeien, wordt niet anders geconcretiseerd dan met een citaat uit de rechtspraak van de Hoge Raad (en wel uit HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515 m.nt. M.J. Borgers).

Hoge Raad daarover oordeelt. Op grond van met name enkele arresten van de Hoge Raad die op 6 maart 2012 zijn gewezen, toont Schalken zich somber: indien de eerste bewijsgrond maar voldoende overtuigende kracht heeft, worden aan de tweede bewijsgrond nog maar weinig eisen gesteld. Schalken verzucht: 'Inderdaad, een zwaluw maakt nog geen lente. En als er al een zwaluw was, dan heeft die zich in elk geval goed verborgen gehouden.'[7] Zilver is iets optimistischer wanneer hij naar aanleiding van diezelfde rechtspraak stelt dat de Hoge Raad niet is teruggekomen van de eerder – dat wil zeggen: met de arresten van 30 juni 2009 – ingeslagen weg, maar tegelijkertijd merkt hij op dat de arresten van 6 maart 2012 'weinig nieuws onder de zon' brengen en ook dat de achterliggende motieven van de rechtspraak sinds 30 juni 2009 moeilijk zijn te doorgronden.[8]

De opmerkingen van Schalken en Zilver zijn prikkelend en ook aansprekend. Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad er nog niet in is geslaagd het criterium van voldoende steun helder af te bakenen of duidelijk handen en voeten te geven. Ook lijkt de Hoge Raad tamelijk snel akkoord te gaan met het oordeel van de feitenrechter dat de tweede bewijsgrond voldoende steun biedt, ook al is het inhoudelijke verband tussen de bewijsgronden betrekkelijk minimaal. Toch zou ik niet direct de conclusie willen trekken dat de bewijsminimumregel terug bij af is en dat dus – om in de beeldspraak van Schalken te blijven – er nooit een zwaluw is geweest dan wel dat die weer is gevlogen. Voordat die conclusie kan worden getrokken, moet eerst de mogelijkheid worden uitgesloten dat er toch (nog) een zwaluw aanwezig is, ook al is dat dan misschien een zwaluw die met een vergrootglas moet worden gevonden.

Bij de zoektocht naar de zwaluw dient te worden bedacht dat de bewijsvraag bij uitstek een vraag van feitelijke aard is. De Hoge Raad houdt, zo zou men kunnen zeggen, de feiten op afstand. De Hoge Raad waagt zich hooguit aan het oordeel dat een feitelijke vaststelling in het licht van de gebezigde bewijsmiddelen onbegrijpelijk is.[9] Weliswaar kan en moet de Hoge Raad 'vol' controleren of de rechtsregels ter zake van het bewijsoordeel – waaronder de bewijsminimumregel – door de feitenrechter zijn nageleefd. Maar tegelijkertijd stuit de Hoge Raad bij die controle al snel op de beperking dat de vraag of in een concreet geval sprake is van voldoende steun, in hoge mate feitelijk van aard is.[10] Dat lijkt ook de reden te zijn waarom de Hoge Raad zich er niet aan wil wagen om in algemene zin uiteen te zetten wanneer aan de bewijsminimumregel wordt voldaan.

Als gevolg van deze distantie tot de feiten zou de rechtspraak van de Hoge Raad over de bewijsminimumregel het zicht op de werkelijkheid wel eens kunnen vertroebelen. Ik bedoel daarmee dat het is niet is uitgesloten dat – hoe zuinig de overwegingen van de Hoge Raad ook mogen overkomen – de feitenrechters in de zaken waarover de Hoge Raad heeft moeten oordelen, bepaalde gezichtspunten of invalshoeken bezigen die nader (kunnen) verklaren waarom in die gevallen artikel 342 lid 2 Sv al dan niet zou zijn gerespecteerd. Het is daarbij niet gezegd dat die gezichtspunten en invalshoeken zich altijd even eenvoudig laten ontwaren in de uitspraken van de feitenrechters. Dat heeft er wellicht weer mee van doen dat de Hoge Raad, waar het gaat om de naleving van artikel 342 lid 2 Sv, geen strenge

7. Zie de noot van T.M. Schalken onder HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 252. De andere, hier relevante arresten van 6 maart 2012 zijn gepubliceerd in *NJ* 2012, 250 en *NJ* 2012, 251.
8. Zie de noot van R. Zilver onder HR 6 maart 2012, *NbSr* 2012, 176 (opgenomen in *Nieuwsbrief Strafrecht Geannoteerd*). In vergelijkbare zin J. Spijkerman, 'Eén getuige is géén getuige. Toch?', *Advocatenblad* 5 april 2012, p. 34. Ik wijs voorts op de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes, waarin hij op basis van een uitvoerig rechtspraakonderzoek tot drie mogelijke duidingen komt van de koers van de Hoge Raad.
9. Van Dorst 2012, p. 260.
10. Daarop wijst T. Kooijmans, 'Bewijzen door de strafrechter', *Ars Aequi* 2010, p. 461.

motiveringseisen pleegt te stellen. Weliswaar kan het voor het oordeel omtrent het al dan niet nageleefd zijn van de bewijsminimumregel van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel nader heeft toegelicht, zo overweegt de Hoge Raad,[11] maar dat betekent niet dat het ontbreken van een dergelijk motivering zonder meer tot cassatie leidt. Ook getroost de Hoge Raad zich niet veel moeite om de argumentatie die – kennelijk – aan het oordeel van de feitenrechter ten grondslag ligt, (nader) te duiden.
Bij de bestudering van de rechtspraak van de Hoge Raad is het verstandig om het zojuist geschetste kader in het achterhoofd te houden. De 'afstandelijke' beoordeling van de Hoge Raad kan in combinatie met een summiere toelichting van de feitenrechter al snel de indruk wekken dat de gevergde voldoende steun zonder slag of stoot is aangenomen, terwijl daar in werkelijkheid toch specifieke argumenten voor aanwezig zijn geweest. Bedacht dient ook te worden dat de Hoge Raad, anders dan de lezer van zijn rechtspraak, telkens de beschikking heeft over het dossier en op grond daarvan reeds een bepaalde indruk verkrijgt van de zaak. De beoordeling van de in cassatie aangevoerde klacht omtrent de schending van de bewijsminimumregel geschiedt niet in een vacuüm.
Bij deze stand van zaken is het interessant om niet zozeer de aandacht te richten op de – veelal weinig zeggende – toelichting van de Hoge Raad op zijn oordeel, maar veeleer in de uitspraak van de feitenrechter en/of de conclusie van de advocaat-generaal te speuren naar aanwijzingen die (mogelijk) verklaren waarom in de desbetreffende zaak het bewijsminimum al dan niet wordt aangenomen. Ik geef onmiddellijk toe dat dit een tamelijk speculatieve onderneming is. Maar vermoedelijk krijgt men zodoende (nader) zicht op relevante gezichtspunten of invalshoeken. Dan kan ook de vraag onder ogen worden gezien of een andere benadering door de Hoge Raad van klachten betreffende de naleving van de bewijsminimumregel mogelijk en ook wenselijk is. Hieraan voorafgaand sta ik kort stil bij de (waarborg)functie van de bewijsminimumregel, omdat – zoals nog zal blijken – aan de hand van die functie de navolgende rechtspraakanalyse zich laat ordenen.

2 De (waarborg)functie van de bewijsminimumregel

Artikel 342 lid 2 Sv strekt, zo overweegt de Hoge Raad, 'ter waarborging van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing, in die zin dat zij de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal.'[12] Deze duiding van de functie van de bewijsminimumregel sluit aan bij de wetsgeschiedenis van het Wetboek van Strafvordering van 1926, waarin de bewijsminimumregel wordt beschouwd als een waarborg tegen de veroordeling van onschuldigen.[13]
Hoe kan de bewijsminimumregel concreet deze waarborgfunctie vervullen? Op de keper beschouwd zegt de tekst van de wet alleen wat de rechter *niet* mag doen, namelijk het aannemen van de bewezenverklaring op basis van uitsluitend de verklaring van één getuige. Daarmee is evenwel niet gezegd dat zodra er een tweede bewijsgrond – van welke strekking dan ook – beschikbaar is, er geen vuiltje aan de lucht meer zou zijn. Nuttige aanknopingspunten voor een nadere duiding van de waarborgfunctie van de bewijsminimumregel kunnen worden gevonden in 'De wettelijke bewijsleer in strafzaken' van W. Modder-

11. Zie in het bijzonder HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515 m.nt. M.J. Borgers.
12. HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512.
13. *Kamerstukken II* 1917-18, 77, nr. 1, p. 61. Daaruit blijkt overigens ook dat aan de bewijsminimumregel van artikel 341 lid 4 Sv eenzelfde functie toekomt.

man. Deze studie is verschenen in 1867, maar is nog opmerkelijk actueel. Modderman schrijft het volgende:

> "Heeft de regter op deze wijze *elk* bewijsmiddel, zoo voor als tegen, *afzonderlijk* gewogen, dan moet hij (...) alle bewijsmiddelen naast elkander plaatsen, vergelijken en zamenvoegen, onderzoeken of de overeenstemming ook toevallig is en het verschil kan worden verklaard. Zoo kan hij het eene middel door het andere controleren; het verschil zal tot twijfel leiden, terwijl integendeel harmonie tusschen de verschillende uitkomsten een waarborg voor een juist oordeel zal zijn; want de verstandsleer toont ons aan dat in tegenstrijdigheid geene waarheid kan bestaan, terwijl het beginsel van overeenstemming een der eerste kenmerken der waarheid is. Van daar dat alle wetgevingen groot gewigt hechten aan de onderlinge overeenstemming der verschillende getuigenissen en aanwijzingen, en aan derzelver overeenstemming met hetgeen van elders bekend is. Van hier ook de regel: "unus testis nullus testis;" niet omdat twee juist altijd meer geloof verdienen dan een; het is niet gelegen in het numerieke aantal, maar omdat de mogelijkheid van controle vervalt; daarom mist die regel hare toepassing, zoodra er aanwijzingen, bekentenis of zoo iets bijkomt."[14]

Modderman presenteert hier in zekere zin de basis van de theorie van verhaal en verankering, die door een aantal bekende rechtspsychologen 125 jaar later krachtig onder de aandacht van (strafrecht)juristen is gebracht.[15] Deze theorie komt erop neer dat het verhaal van de bewezenverklaring moet zijn verankerd in bewijsmiddelen. Die verankering moet ook veilig zijn, dat wil zeggen: er moet geen twijfel bestaan over de reputatie van de bron dan wel de inhoud van het bewijsmiddel moet bevestiging vinden in algemeen gedeelde kennis van de wereld.[16] Wanneer het verhaal van de bewezenverklaring in essentie berust op de verklaring van één getuige, kan de bewijsminimumregel eraan bijdragen dat een veilige verankering plaatsvindt. Let wel, het gaat hier – zoals Modderman ook aangeeft – om een controlemiddel. De enkele aanwezigheid van een tweede bewijsgrond vormt geen garantie voor veilige verankering.[17] Waar het om gaat, is dat er zonder tweede bewijsgrond geen controle mogelijk is. Wanneer er wel een tweede bewijsgrond aanwezig is, zal het van de inhoud daarvan afhangen of die tweede bewijsgrond bijdraagt aan veilige verankering.
Het betoog van Modderman klinkt ook door in het recente werk van rechtspsychologen. Zo stelt Van Koppen in zijn boek *Overtuigend bewijs*:

> "Het is van belang om maatregelen te treffen om te voorkomen dat (...) door de toevallige omstandigheden van het bewijs een verkeerd scenario wordt ondersteund. Een van die maatregelen is het

14. W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, Utrecht: Van der Post 1867, p. 50-51.
15. H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken*, Amsterdam: Olympus 2011. De eerste druk van dit boek verscheen in 1992.
16. Aldus P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs*, Amsterdam: Nieuwe Amsterdam Uitgevers 2011, p. 282. Zie ook H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, 'De waarde van bewijs', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 338-340.
17. Wagenaar suggereert dat de strekking van artikel 342 lid 2 Sv is dat voor het aannemen van de bewezenverklaring twee bewijsmiddelen volstaan. Zie W.A. Wagenaar, 'Het denken van de strafrechter', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 353. Vgl. ook Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2010, p. 337. Dit is echter geen adequate weergave van artikel 342 lid 2 Sv. Het gaat bij deze bepaling om een verbod om de bewezenverklaring op grond van één getuigenverklaring aan te nemen, niet om het geven van een indicatie wanneer de bewezenverklaring wel zou mogen worden aangenomen.

> *unus testis*-principe, dat is bedoeld om ten minste met een tweede bewijsmiddel uit een andere bron controle uit te oefenen op de conclusies die aan het eerste bewijsmiddel worden verbonden. Het handhaven van dat principe is belangrijk om rechterlijke dwalingen te voorkomen."[18]

Bij de controle die de rechter uitoefent, moet volgens Modderman vooral worden gekeken naar de 'harmonie' en de 'onderlinge overeenstemming' tussen de bewijsgronden. Daarbij wordt een beroep gedaan op de zogeheten verstandsleer, oftewel: de logica. Men zou het ook anders kunnen formuleren: het gaat er niet alleen om dat (het verhaal van) de bewezenverklaring overeenkomt – correspondeert – met de gebezigde bewijsgronden, maar vooral dat die bewijsgronden onderling met elkaar samenhangen en dus coherent zijn. Het is vanwege die coherentie dat de bewezenverklaring voor waar mag worden gehouden.[19]
Het gaat echter niet uitsluitend om verificatie – volgt de bewezenverklaring uit de bewijsmiddelen? – maar ook om falsificatie. Wie meent dat het denken in termen van alternatieve scenario's iets is van de laatste jaren, vergist zich. Want Modderman refereerde daar in 1867 al aan, zij het zonder de term 'alternatief scenario' in de mond te nemen. Het hierboven geciteerde betoog gaat als volgt verder:

> "Uit dezelfde logische grondwaarheid volgt dat er slechts dan zekerheid (volkomen bewijs) bestaat, wanneer de gronden van het tegendeel geheel *onaannemelijk* zijn. Waar strijd is, kan geen zekerheid bestaan. Intusschen zij opgemerkt dat die overeenstemming bedrieglijk kan zijn, omdat zij een gevolg kan wezen van afspraak of vooraf beraamd plan."[20]

Dat de bewijsgronden onderling coherent zijn, volstaat dus niet. Althans, die coherentie is nog geen garantie dat ook de materiële waarheid wordt gevonden. Het gaat er tevens om dat andere, ontlastende verklaringen, die ertoe strekken dat er geen strafbaar feit heeft plaatsgevonden of dat dit feit door een ander dan de verdachte is begaan, worden ontzenuwd. In de moderne terminologie heet het dan dat – binnen redelijke grenzen – alternatieve scenario's moeten worden onderzocht en dat de gebezigde bewijsgronden moeten discrimineren tussen het belastende scenario – het scenario van de tenlastelegging – en het ontlastende scenario (of eventueel: de ontlastende scenario's).[21] Het gaat dan om gevallen waarin er een redelijk alternatief scenario voorhanden is.[22] In elk geval dient de rechter ermee rekening te houden, zo houdt Modderman ons voor, dat elke getuige – moedwillig of onbewust – in strijd met de materiële waarheid kan verklaren. Wellicht koestert een getuige wrok jegens de verdachte. Misschien heeft de getuige iets niet goed waargenomen of maakt hij anderszins een vergissing. De rechter dient steeds op dergelijke mogelijkheden bedacht te zijn.
Een leidraad die uit het vorenstaande kan worden gedestilleerd, is dat bij de vraag of de tweede bewijsgrond voldoende steun oplevert, ernaar moet worden gekeken of die tweede bewijsgrond geschikt is als controlemiddel, ter verificatie van de eerste bewijsgrond en/of

18. Van Koppen 2011, p. 274. Dit citaat is ontleend aan een passage waarin Van Koppen ingaat op de situatie dat op basis van het door de politie verzamelde bewijsmateriaal een belastend scenario kan worden geformuleerd, maar 'er daarna niets meer en niets anders [is] om het scenario te toetsen dan hetzelfde bewijsmateriaal dat de politie verzamelde'.
19. Vgl. A.R. Mackor, '"Wat is waarheid?" De rol van deskundigen bij waarheidsvinding in de strafrechtspraak', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2010, p. 64-65.
20. W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, Utrecht: C. van der Post 1867, p. 50-51.
21. Zie onder andere Van Koppen 2011, met op p. 282-283 een puntsgewijze samenvatting van de eisen die (zijns inziens) aan een bewijsconstructie worden gesteld.
22. Van Koppen 2011, p. 283: 'Redelijke scenario's zijn scenario's waarvoor in het dossier of in andere gegevens over de strafzaak een serieus aanknopingspunt kan worden gevonden.'

ter falsificatie van het eventuele alternatieve scenario. Een gedetailleerd normatief kader verschaft de wet daarbij niet. Het gaat veeleer om de opdracht aan de rechter om de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van de belastende verklaring van de getuige vast te stellen. Een opdracht die nauw aansluit bij het belangrijkste uitgangspunt van het strafrechtelijk bewijsrecht, te weten het streven naar materiële waarheidsvinding. Hoe die toetsing nader vorm krijgt, is evenwel aan de rechter om te bepalen.

3 Waarop moet de tweede bewijsgrond betrekking hebben?

Kunnen er, tegen de achtergrond van deze beschouwing over de waarborgfunctie van de bewijsminimumregel, op enigerlei wijze patronen en invalshoeken in de rechtspraak worden ontwaard met betrekking tot de wijze waarop en de mate waarin controle – in de vorm van verificatie en/of falsificatie – plaatsvindt? Teneinde hierop een antwoord te kunnen geven bespreek ik in deze paragraaf de vraag waarop de voldoende steun betrekking moet hebben. In de hierna volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de relevantie van het ondervragingsrecht, het belang van scenario's en de volledigheid van het rechercheonderzoek.

Artikel 342 lid 2 Sv verzet zich ertegen dat 'de door één getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal'.[23] Daarmee is nog niet gezegd wat de tweede bewijsgrond moet behelzen, wil deze voldoende steun (kunnen) bieden. Wanneer de vereiste tweede bewijsgrond wordt beschouwd als controlemiddel, zouden er *grosso modo* twee wijzen van controleren van elkaar kunnen worden onderscheiden. Allereerst kan men de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring onderzoeken door *de bron – de getuige – zelf* aan nader onderzoek te onderwerpen, bijvoorbeeld door het inschakelen van een deskundige. Voorts kan men de controle uitvoeren door te kijken of er een *tweede, onafhankelijke* kenbron voorhanden is, en vervolgens te onderzoeken in hoeverre er sprake is van overeenstemming tussen de uit de beide bronnen afkomstige informatie. Het komt mij voor dat beide benaderingen niet bij voorbaat ongeschikt zijn als controlemiddel, al komt het *in concreto* natuurlijk aan op de methode waarmee de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring wordt onderzocht, respectievelijk de mate van overeenstemming. De vraag is evenwel of naar het oordeel de Hoge Raad beide vormen van controle ook in aanmerking komen om de vereiste voldoende steun te verschaffen.

De Hoge Raad benadrukt dat de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv 'de tenlastelegging in haar geheel betreft en niet een onderdeel daarvan'. Met deze ietwat cryptische formulering wordt tot uitdrukking gebracht dat de tweede bewijsgrond niet op een specifiek onderdeel van de tenlastelegging, of beter gezegd: van de bewezenverklaring, behoeft te zien. Zo wordt niet als eis gesteld dat de tweede bewijsgrond betrekking moet hebben op de delictsgedraging of op betrokkenheid van de verdachte bij die delictsgedraging.[24] Overziet men de rechtspraak, dan blijkt ook dat niet, althans niet expliciet, de eis wordt gesteld dat de tweede bewijsgrond betrekking moet hebben op de delictsgedraging. De tweede bewijsgrond moet voldoende steun bieden aan de getuigenverklaring, maar dan mag het ook om een betrekkelijk ondergeschikt onderdeel van die verklaring gaan. Voorts geldt, zoals

23. HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512.
24. Zie in het bijzonder HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 250. Advocaat-generaal Silvis betoogt in zijn conclusie voor dit arrest dat het aannemen van het daderschap van de verdachte op basis van (slechts) één bewijsmiddel, als een te vergaande relativering van de bewijsminimumregel moet worden aangemerkt. De Hoge Raad gaat daarin niet mee. Vergelijk ook HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512 en HR 5 oktober 2010, *NJ* 2010, 612 m.nt. M.J. Borgers.

voor elk bewijsmiddel dat onderdeel uitmaakt van de bewijsconstructie, dat de tweede bewijsgrond redengevend moet zijn voor de bewezenverklaring. Of die redengevendheid reeds is gelegen in de voldoende steun die aan de getuigenverklaring wordt geboden, dan wel als min of meer zelfstandig, aanvullend vereiste nog geldt dat die tweede bewijsgrond ook rechtstreeks betrekking dient te hebben op enig onderdeel van de bewezenverklaring, blijkt niet expliciet uit de rechtspraak van de Hoge Raad.[25] Deze vraag is vooral relevant indien de rechter materiaal zou willen bezigen dat wel iets zegt over de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige, zonder dat dit materiaal – rechtstreeks – informatie bevat over het bewezen verklaarde feit.

In verschillende arresten komt naar voren dat de Hoge Raad van oordeel is dat de vereiste voldoende steun niet, althans niet uitsluitend, kan worden gevonden in een onderbouwing van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring.[26] Een uiteenzetting van de specifieke redenen waarom de verklaring geloofwaardig wordt bevonden, volstaat niet.[27] Ook met het bezigen van verklaringen van personen ten overstaan van wie de getuige zijn of haar relaas heeft gedaan, of van verklaringen waaruit blijkt dat er bepaalde gedragsveranderingen zijn opgetreden of bij de confrontatie met de verdachte emoties zijn waargenomen, wordt niet aan de bewijsminimumregel voldaan.[28] De gemeenschappelijke noemer in deze gevallen is dat men uiteindelijk toch van doen heeft met één informatiebron. Dat duidt erop dat als controlemiddel alleen in aanmerking komt het naast elkaar leggen van de informatie uit de verklaring van de getuige en de feiten en omstandigheden zoals die worden aangedragen door een tweede, onafhankelijke kenbron. Maar enige voorzichtigheid is hier wel geboden. Dat uitsluitend een onderzoek van de betrouwbaarheid van de getuige niet de vereiste voldoende steun kan bieden, zou van doen kunnen hebben met het feit dat de garanties die de daartoe ingezette middelen (het horen van personen aan wie de getuige zijn relaas heeft gedaan, het waarnemen van emoties) bieden, bepaald niet stevig zijn. Het is niet op voorhand uitgesloten dat de Hoge Raad anders zou oordelen in een zaak waarin de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring uitvoerig is onderzocht, bijvoorbeeld met behulp van deskundigen. Evenmin kan niet worden uitgesloten dat overwegingen met betrekking tot de betrouwbaarheid tot op zekere hoogte een rol spelen – en van de Hoge Raad ook mogen spelen – bij de beoordeling van het inhoudelijke verband tussen de getuigenverklaring en een tweede, onafhankelijke kenbron. Aan de hand van enige casuïstiek kan dat worden verduidelijkt.

Een voorbeeld van een ogenschijnlijk minimale, maar bij nadere beschouwing mogelijk toch meeromvattende invulling van de bewijsminimumregel treft men aan in één van de arresten die op 6 maart 2012 zijn gewezen.[29] Het draait hierin om het medeplegen van een diefstal van een scooter. De bewezenverklaring berust in hoofdzaak op de verklaring van de medeverdachte, die aangeeft dat hij de scooter samen met de verdachte uit een voortuin

25. B. de Wilde, 'Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?', in: J.H. Crijns e.a. (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: BJu 2008, p. 276 leidt uit HR 13 september 2005, *LJN* AT5271 af dat de tweede bewijsgrond rechtstreeks een onderdeel van de bewezenverklaring dient te ondersteunen. Daarmee is natuurlijk niet uitgesloten dat sinds de arresten van 30 juni 2009 dit vereiste niet meer geldt.
26. Zie ook F.W. Bleichrodt, 'Bewijsminima: een nieuwe invulling?', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht* (liber amicorum Y. Buruma), Deventer: Kluwer 2011, p. 20.
27. HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515 m.nt. M.J. Borgers: 'Aangezien de nadere motivering van het Hof betrekking heeft op de betrouwbaarheid van de verklaring van D., draagt die motivering niet bij aan het kennelijke oordeel van het Hof dat hetgeen zij heeft verklaard, voldoende steun vindt in de overige bewijsmiddelen.'
28. Zie HR 13 september 2005, *LJN* AT5721, HR 20 mei 2008, *LJN* BC7413 en HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515 m.nt. M.J. Borgers.
29. HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 252 m.nt. T.M. Schalken.

heeft weggenomen. De tweede bewijsgrond betreft de aangifte van de eigenaar van de scooter. Uit die aangifte volgt dat de scooter is gestolen en op dat punt biedt de aangifte steun aan de verklaring van de medeverdachte. Maar dat die diefstal ook mede door de verdachte is begaan, volgt uitsluitend uit de verklaring van de medeverdachte. Advocaat-generaal Vellinga concludeert om die reden zonder veel omhaal van woorden dat artikel 342 lid 2 Sv is geschonden, maar de Hoge Raad oordeelt anders:

> "In het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat de tot het bewijs gebezigde verklaring van [medeverdachte] onvoldoende steun vindt in het overige bewijsmateriaal, in aanmerking genomen dat dit inhoudt dat de scooter die [medeverdachte] na de confrontatie met de politie had achtergelaten en waarover hij in zijn verklaring spreekt, bij navraag bij de Rijksdienst voor het wegverkeer op naam bleek te zijn gesteld van degene die aangifte had gedaan van de diefstal van haar scooter, en dat zij deze scooter ook als de hare heeft herkend. Anders dan in het middel wordt betoogd, is dus geen sprake van schending van art. 342, tweede lid, Sv."

Wanneer men kijkt naar de overwegingen van het gerechtshof in deze zaak, springt in het oog dat het gerechtshof vrij uitvoerig uiteenzet waarom de verklaringen van de medeverdachte in deze zaak – juist ook met betrekking tot andere ten laste gelegde feiten dan de scooterdiefstal – betrouwbaar worden bevonden. Het gerechtshof wijst daarbij op de gedetailleerdheid van die verklaringen, op het gegeven dat verschillende verklaringen worden ondersteund door andere bewijsmiddelen en ook op het feit dat de medeverdachte in relatie tot verschillende strafbare feiten belastend heeft verklaard over zijn eigen rol. Het gerechtshof gaat aldus expliciet in op de betrouwbaarheid van de verklaringen van de medeverdachte, maar niet op het door de verdediging gevoerde verweer ter zake van artikel 342 lid 2 Sv.[30] Daardoor blijft in het midden wat het gerechtshof nu precies heeft beschouwd als de bewijsgronden waaraan de voldoende steun kon worden ontleend: alleen de door de Hoge Raad genoemde aangifte (die rechtstreeks ziet op de diefstal van die scooter) of ook alle bewijsmiddelen waarop het gerechtshof het oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de verklaringen van de medeverdachte heeft gegrond (maar die niet rechtstreeks betrekking hebben op de diefstal van de scooter). De Hoge Raad refereert in de hierboven geciteerde overweging niet aan dit betrouwbaarheidsoordeel. Naar het oordeel van de Hoge Raad biedt het bewijsmateriaal waaruit blijkt dat het om een gestolen scooter gaat, (reeds) voldoende steun. Het komt mij niettemin voor dat de overwegingen van het gerechtshof omtrent de betrouwbaarheid van de verklaring van de medeverdachte – indirect – van belang zijn voor de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv. Deze overwegingen maken duidelijk waarom het verantwoord kan worden geacht het daderschap van de verdachte aan te nemen op grond van (uitsluitend) die verklaring. Mogelijk heeft dit – hoewel dat dan niet blijkt uit de geciteerde overweging – toch enig gewicht in de schaal gelegd bij de beoordeling van het cassatiemiddel.
Eenzelfde patroon is zichtbaar in een ander arrest dat op 6 maart 2012 is gewezen, dat betrekking heeft op seksueel misbruik van een kind.[31] De bewezenverklaring berust in hoofdzaak op het studioverhoor van het kind, waarin zij vertelt hoe opa haar heeft misbruikt wanneer zij bij haar opa en oma logeerde. Het gerechtshof vindt voldoende steun voor deze verklaring in verklaringen van de moeder van het meisje en van opa, de verdachte, 'voor

30. De vindplaats van de volledige tekst van het arrest van het gerechtshof (van 24 augustus 2010) is *LJN* BO6903. Het gerechtshof noemt als relevante bewijsmiddelen: de verklaring van de medeverdachte omtrent de diefstal, de aangifte van de eigenaar van de scooter alsmede de herkenning door een opsporingsambtenaar van de medeverdachte als één van de twee personen die op de scooter reed.
31. HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 251.

zover daarin wordt bevestigd dat de bewuste logeerpartijen hebben plaatsgevonden'. De Hoge Raad laat het arrest van het gerechtshof in stand: 'In het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat de tot het bewijs gebezigde verklaringen van [slachtoffer] onvoldoende steun vinden in het overige gebezigde bewijsmateriaal.' Van belang is nu dat het gerechtshof veel waarde hecht aan het feit dat het misbruik aan het licht is gekomen doordat de moeder van het meisje bij toeval een dagboekaantekening vond, waaruit bleek dat er iets loos was. Eerst na deze vondst heeft het meisje verklaard over het seksuele misbruik. Advocaat-generaal Silvis acht juist dit onderdeel van de overwegingen van het gerechtshof problematisch:

> "Voor de beoordeling of aan het bewijsminimum is voldaan, is een toevallig gevonden dagboekaantekening van een getuige niet afkomstig van een andere bron dan de door dezelfde getuige later afgelegde verklaring. De vraag of, daarvan uitgaande, het hof ook overigens voldoende steun aanwezig acht (of zou achten) voor het van het slachtoffer afkomstige bewijs, is niet beantwoord."

De Hoge Raad ziet daarin kennelijk – gegeven de uitkomst waartoe de Hoge Raad komt – geen reden voor cassatie. Verrassend is dat niet. Met de overweging omtrent de dagboekaantekening lijkt het gerechtshof te hebben willen aangeven de verklaring van het meisje betrouwbaar te achten, zonder dat daarmee de vereiste voldoende steun ook aan die dagboekaantekening wordt ontleend.
Dit betrouwbaarheidsoordeel lijkt echter ook weer niet geheel los te staan van de beoordeling van de aanwezigheid van voldoende steun. Het gerechtshof hecht niet alleen waarde aan de toevallige vondst van de dagboekaantekening. Tevens wordt uiteengezet waarom met betrekking tot de verklaring van het meisje – anders door de verdediging is betoogd – geen bronbesmetting heeft plaatsgevonden (dat wil zeggen: het seksuele misbruik haar niet door anderen is aangepraat). Tegelijkertijd geldt dat de bewijsgronden die met het oog op de voldoende steun worden aangeduid, weinig om het lijf hebben. Het plaatsvinden van logeerpartijen bij opa en oma is op zich geen opzienbarend gegeven. Een mogelijke duiding van deze zaak zou nu kunnen zijn – een andere, of beter gezegd: aanvullende, duiding komt in paragraaf 5 aan de orde – dat het oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de verklaring van het meisje enig gewicht in de schaal heeft gelegd bij de beslissing dat de verklaringen omtrent de logeerpartijen de vereiste voldoende steun bieden, in die zin dat het oordeel omtrent de betrouwbaarheid rechtvaardigt dat genoegen wordt genomen met het aannemen van voldoende steun ter zake van (slechts) de logeerpartijen.
Hierboven is aangegeven dat de rechtspraak van de Hoge Raad zo lijkt te moeten worden geduid dat uitsluitend een onderzoek van de betrouwbaarheid van de getuige niet de vereiste voldoende steun kan bieden. Maar in het licht van de hiervoor besproken arresten zou de conclusie kunnen worden getrokken dat overwegingen omtrent de betrouwbaarheid niet geheel zonder belang zijn in de context van de bewijsminimumregel. Ik kan mij in elk geval niet aan de indruk onttrekken dat er in de rechtspraktijk een zekere relatie – en wel een omgekeerd evenredig verband – wordt gelegd tussen enerzijds de mate waarin een getuigenverklaring betrouwbaar en dus overtuigend wordt bevonden en de anderzijds de eisen

die worden gesteld aan de voldoende steun die de tweede bewijsgrond biedt.[32] Nieuw is dat inzicht niet. Kooijmans schreef al in 2010 dat de bewijsminimumregel niet los kan worden gezien van de rechterlijke overtuiging.[33] Maar deze relatie lijkt zich wel steeds duidelijker af te tekenen in de rechtspraak. Ook Schalken neemt deze ontwikkeling waar en hij uit daarover kritiek. Schalken stelt dat het stelsel uit evenwicht raakt wanneer het tekort aan voldoende steun dat de tweede bewijsgrond biedt, wordt gecompenseerd door de overtuiging ter zake van de verklaring van de getuige.[34] Ik ben het met Schalken eens dat deze ontwikkeling niet goed past bij het uitgangspunt dat de Hoge Raad lijkt te willen hanteren dat de bewijsminimumregel juist vergt dat de voldoende steun moet worden geleverd door een tweede, onafhankelijke bewijsgrond. Ook moet erop worden gewezen dat, strikt genomen, de bewijsminimumregel pas in beeld komt op het moment dat de verklaring van de getuige geloofwaardig (en dus betrouwbaar) wordt bevonden. Is dat niet het geval, dan is er ook geen reden om die verklaring voor het bewijs te bezigen.[35]
Tegelijkertijd is het aannemen van een zekere relatie tussen de rechterlijke overtuiging en de eisen ter zake van de voldoende steun misschien ook weer niet zo vreemd. Wanneer men een getuigenverklaring in het licht van de feiten en omstandigheden zoals deze uit het dossier blijken, robuust mag achten, zal de behoefte aan nadere controle – aan de hand van een tweede, onafhankelijke kenbron, waaraan men onafhankelijk van de verklaring van de getuige informatie kan ontlenen omtrent het ten laste gelegde feit – minder groot zijn dan wanneer men enige reserves heeft met betrekking tot de verklaring van die getuige.[36] De waarde van een getuigenverklaring blijkt eerst in samenhang met de overige informatie die het strafdossier verschaft en de bevindingen die het onderzoek ter terechtzitting oplevert. Waar het uiteindelijk op aankomt, is of er op enigerlei wijze controle mogelijk is ten aanzien van de belastende verklaring van de getuige en voorts of het daartoe gebezigde controlemiddel deugdelijk is en ook op deugdelijke wijze wordt toegepast.

4 De relevantie van het ondervragingsrecht

Het belang van het onderzoeken van de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige, in de situatie waarin die verklaring het belangrijkste bewijsmiddel lijkt te vormen, staat ook op de voorgrond bij het ondervragingsrecht waarop de verdachte aanspraak maakt. Op grond van artikel 6 lid 3, onder d, EVRM heeft de verdachte het recht om (onder andere) getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen: 'the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings'. Dit recht maakt onderdeel uit van het meeromvattende recht op een eerlijk proces. De ratio van het ondervragingsrecht is erin gelegen dat de verdachte in staat wordt gesteld 'to test the truthfulness and reliability of their evidence, by having them orally examined in his presence'. Het

32. Het opnemen van passages uit bewijsmiddelen waarin melding wordt gemaakt van de emoties die een getuige heeft getoond (vgl. bijvoorbeeld de bewijsconstructie in HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512), moet mogelijk ook in deze sleutel worden bezien. Het vermelden van die emoties lijkt te worden gehanteerd als argument waarom de verklaring van die getuige betrouwbaar kan worden geacht. In onderdeel 16 van zijn conclusie voor HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 496 m.nt. M.J. Borgers noemt advocaat-generaal Knigge 'de emoties van het slachtoffer direct na het gebeuren' als een objectief gegeven waarmee de betrouwbaarheid kan worden onderbouwd.
33. Kooijmans 2010, p. 462. Vgl. ook De Wilde 2008, p. 294.
34. Zie onderdeel 3 van zijn noot onder HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 252.
35. Vgl. Van Koppen 2011, p. 248-249.
36. Vergelijk in dit verband (het slot van) onderdeel 4.4.11 van de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512.

niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht kan onder omstandigheden een schending van artikel 6 EVRM opleveren. Het voert te ver het beslissingsschema van het EHRM – en de wijze waarop dat wordt toegepast – hier ten gronde te bespreken. In de kern komt het erop neer dat artikel 6 EVRM wordt geschonden indien de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate wordt gebaseerd op de verklaring van de niet door de verdediging ondervraagde getuige, terwijl de verdediging aanspraak heeft gemaakt op ondervraging en het uitblijven van een ondervragingsmogelijkheid in onvoldoende mate is gecompenseerd.[37]
Het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM en de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv kunnen niet zonder meer op één lijn worden gesteld.[38] Bij het ondervragingsrecht gaat het om een – procedureel – verdedigingsrecht, terwijl de bewijsminimumregel zich tot de rechter richt en een waarborg betreft ter zake van de deugdelijkheid van zijn bewijsoordeel. Tegelijkertijd is – juist gelet op die waarborgfunctie – het verschil ook niet heel groot. Het gaat in de kern om de mogelijkheid om controle uit te oefenen op de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige.
Spronken heeft recent betoogd dat uit de uitspraak in de zaak-*Adjarić* zou volgen dat het EHRM van een op artikel 342 lid 2 Sv gelijkende bewijsminimumregel uitgaat.[39] Die conclusie zou ik niet durven te trekken op basis van de overwegingen van het EHRM in deze zaak en ook niet meer in het algemeen op basis de rechtspraak van het EHRM. Wanneer het ondervragingsrecht onbelemmerd kan worden uitgeoefend, levert een veroordeling die 'solely or to a decisive degree' berust op de verklaring van één getuige geen strijd op met artikel 6 EVRM. Maar de uitspraak van het EHRM in de zaak-*Adjarić* is wel om een andere reden interessant. Adjarić is op basis van de verklaringen van één getuige, S.Š., veroordeeld wegens een drievoudige moord. Op de verklaringen van deze getuige bleek nogal wat af te dingen te zijn. Niet alleen waren er de nodige twijfels omtrent de emotionele stabiliteit van S.Š. en was gebleken dat hij aan een persoonlijkheidsstoornis leed, onderdelen van zijn verklaringen werden ook tegengesproken door andere personen, S.Š. had zich eerder laatdunkend over Adjarić uitgelaten, in een later stadium kon S.Š. cruciale onderdelen van zijn verklaringen niet reproduceren en zijn verklaringen vertoonden ook tal van tegenstrijdigheden. Na deze opsomming overweegt het EHRM: 'All these discrepancies called for an increasingly careful assessment by the domestic courts.' Vervolgens constateert het EHRM dat de nationale rechters niet op een behoorlijke wijze zijn ingegaan op alle bezwaren die door de verdediging zijn opgeworpen tegen het bezigen van de verklaring van S.Š., hetgeen in dit geval een schending van artikel 6 lid 1 EVRM oplevert:

> "the Court finds that in the present case the decisions reached by the domestic courts were not adequately reasoned. Thus, obvious discrepancies in the statements of witnesses as well as the medical condition of S.Š. were not at all or not sufficiently addressed. In such circumstances it can

37. Zie in het bijzonder EHRM 15 december 2011, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), en daarover B. de Wilde, 'Het arrest Al-Khawaja & Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleed?', *DD* 2012, p. 274-289. Eén van de mogelijke compenserende factoren betreft het beschikbare bewijsmateriaal, zij het dat niet glashelder is hoe deze compenserende factor zich verhoudt tot de (voorafgaande) vraag of de getuigenverklaring van beslissende betekenis is geweest. De Wilde wijst erop dat hier mogelijk een rol speelt in hoeverre het beschikbare steunbewijs – ook wanneer dat zo gering is dat de getuigenverklaring van beslissende betekenis is geweest – op betrouwbaarheid kan worden onderzocht. Zo heeft in de zaak *Al-Khawaja* een ondervraging plaatsgevonden van de vrienden van het slachtoffer, aan wie het slachtoffer haar relaas had gedaan direct nadat het delict zou zijn begaan. Zie De Wilde 2012, p. 281.
38. Zie ook Bleichrodt 2011, p. 24.
39. Zie onderdeel 12 van de noot van Spronken onder EHRM 15 december 2011, *EHRC* 2012, 56. De zaak-*Adjarić* betreft EHRM 13 december 2011, appl.no. 20883/09, *EHRC* 2012, 55.

be said that the decisions of the national courts did not observe the basic requirement of criminal justice that the prosecution has to prove its case beyond reasonable doubt and were not in accordance with one of the fundamental principles of criminal law, namely, *in dubio pro reo*."

Uit deze zaak blijkt – overigens niet echt verrassend – dat indien een veroordeling wordt gebaseerd op de verklaringen van één getuige, dat de rechter is gehouden de betrouwbaarheid van die verklaring zorgvuldig te onderzoeken, met name indien daaromtrent van de zijde van de verdediging verweer wordt gevoerd of er anderszins twijfels rijzen omtrent de geloofwaardigheid van de getuige. Geschiedt dat niet, dan is het EHRM bereid – in excessieve gevallen – om een schending van artikel 6 EVRM aan te nemen.
Uit het vorenstaande volgt dat in de rechtspraak van het EHRM, waar het gaat om de controle op de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige, niet zonder meer het vereiste geldt dat die verklaring voldoende steun moet vinden in andere bewijsgronden. Een dergelijk vereiste komt eigenlijk pas om de hoek kijken wanneer het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend (terwijl de verdediging daar wel aanspraak op maakt). Eerst dan moet worden onderzocht of de bewezenverklaring 'solely or to a decisive degree' op de verklaring van de getuige berust. Indien het ondervragingsrecht wel kan worden uitgeoefend, is het aannemen van een bewezenverklaring op basis van die ene getuigenverklaring niet problematisch, mits ook dan de betrouwbaarheid van die verklaring in aanmerking wordt genomen en – zo daartoe aanleiding bestaat – aan een kritisch onderzoek wordt onderworpen.
Uiteraard is hiermee niet gezegd dat er op nationaal niveau geen ruimte zou bestaan voor het stellen van het vereiste dat de verklaring van de getuige voldoende steun moet vinden in een tweede, onafhankelijke bewijsgrond. Echter, de rechtspraak van het EHRM laat in zekere zin een alternatief zien, namelijk het onderwerpen van de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring aan een nader onderzoek, waarbij het controlemiddel het (doen) ondervragen van de getuige betreft. Het komt mij voor dat wanneer dit controlemiddel wordt ingezet, dat ook consequenties kan en mag hebben voor de eisen die worden gesteld aan de voldoende steun die aan de tweede bewijsgrond worden gesteld. Ook nu gaat het weer om een omgekeerd evenredig verband. Ik wijs in dit verband op een conclusie van advocaat-generaal Knigge, waarin hij het volgende noteert:

"Het door art. 342 lid 2 Sv geëiste bewijsminimum is niet de enige waarborg ter voorkoming van rechterlijke dwalingen. Andere waarborgen kunnen gevonden worden in het ondervragingsrecht en in de (althans in bepaalde gevallen bestaande plicht) om te motiveren waarom de getuigenverklaring betrouwbaar wordt geacht. Deze waarborgen kunnen gezien worden als communicerende vaten. Als het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend, is compensatie nodig in de vorm van stevig steunbewijs. Omgekeerd geldt dat een veroordeling in gevallen waarin het steunbewijs mager is, niet onverantwoord hoeft te zijn als de verdachte de getuige heeft kunnen ondervragen en als de rechter beargumenteert waarom de verklaring voor betrouwbaar kan worden gehouden."[40]

In de rechtspraak van de Hoge Raad heb ik geen uitspraak aangetroffen waarin het hier geschetste omgekeerd evenredige verband expliciet wordt aanvaard. Dat doet er evenwel niet aan af dat juist in gevallen waarin de verklaring van één getuige het belangrijkste bewijsmateriaal is en andere bewijsmiddelen *prima vista* nauwelijks steun lijken te bieden, de rechter ernstig in overweging zou moeten nemen om die getuige te doen oproepen. Het horen van de getuige komt immers niet slechts tegemoet aan de rechten van de verdedi-

40. Zie de conclusie voor HR 7 september 2010, *LJN* BM9859.

ging, maar is juist ook voor de rechter een manier om er achter te komen hoeveel waarde hij kan hechten aan de verklaring van die getuige.
Interessant in dit verband is een zaak die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad van 29 maart 2011,[41] waarin het draait om diefstal met bedreiging met geweld jegens een taxichauffeur. Het bewijs berust in hoofdzaak op twee verklaringen van de taxichauffeur. Deze verklaringen vinden naar het oordeel van het gerechtshof voldoende steun in de verklaring van de verdachte, waarin deze aangeeft op de bewuste datum een taxirit te hebben gemaakt en daarbij zijn naam heeft genoemd aan de taxichauffeur, alsmede de verklaring van een opsporingsambtenaar, waarin is opgenomen dat direct na de overval de taxichauffeur melding heeft gedaan aan de politie. Veel om het lijf hebben deze bewijsgronden op zich niet.[42] Maar het gerechtshof wijst er ook op dat de taxichauffeur in hoger beroep ter terechtzitting als getuige is gehoord, dat hij daarbij in de kern is gebleven bij zijn eerder, bij de politie afgelegde verklaring en dat het gerechtshof geen reden heeft om aan de betrouwbaarheid van de verklaringen van de taxichauffeur te twijfelen. Het cassatiemiddel dat erover klaagt dat aldus artikel 342 lid 2 Sv zou zijn geschonden, slaagt naar het oordeel van de Hoge Raad niet. Het valt niet met zekerheid te zeggen, maar in deze zaak zou de rechter wel eens de door advocaat-generaal Knigge geschetste benadering kunnen hebben gevolgd.

5 Het belang van (het denken in) scenario's

Tot nu toe is vooral gekeken naar de mogelijkheden van verificatie van de verklaring van de getuige. Bij de bespreking van de waarborgfunctie van de bewijsminimumregel is echter ook gewezen op de mogelijkheid en de noodzaak van falsificatie van alternatieve scenario's. De rechter dient – binnen redelijke grenzen – ook ontlastende scenario's in ogenschouw te nemen en te verwerpen, indien hij tot een veroordeling wil kunnen komen. In een zeer lezenswaardige conclusie betoogt advocaat-generaal Aben dat juist hierin de kern van de bewijsminimumregel is gelegen:

> "Naar mijn mening dient het door artikel 342, tweede lid Sv voorgeschreven bijkomende bewijsmateriaal zich te kenmerken door zijn vermogen om te discrimineren tussen enerzijds het scenario waarop de tenlastelegging is gestoeld en anderzijds het door de verdediging voorgestane scenario, dan wel (bij gebreke daarvan) het meest redelijke, alternatieve scenario. De mate van steun waarin het bijkomende bewijsmateriaal voorziet is gelijk aan de mate waarin de waarschijnlijkheid van het eerste scenario ten opzichte van het door de verdachte verdedigde scenario toeneemt als gevolg van de introductie van het bijkomende bewijsmateriaal."[43]

Het komt dus, iets anders geformuleerd, erop aan of uit de beschikbare bewijsmiddelen zodanige feiten en omstandigheden blijken dat het ene scenario (meer) aannemelijk én het andere scenario (veeleer) onaannemelijk kan worden bevonden. Aan de hand van een uitvoerige rechtspraakanalyse laat Aben zien dat de door hem voorgestane benadering in sommige zaken kan worden ontwaard,[44] maar in andere weer niet. Aben presenteert die bevin-

41. HR 29 maart 2011, *NJ* 2011, 170.
42. Vergelijk ook onderdeel 5.18 van de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes.
43. Onderdeel 5.15.1 van de conclusie voor HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes. Zie ook de conclusies van advocaat-generaal Aben voor HR 22 juni 2010, *LJN* BN0517 en HR 23 maart 2012, *LJN* BV5577.
44. Zie bijvoorbeeld HR 5 oktober 2010, *NJ* 2010, 612 m.nt. M.J. Borgers.

ding als een 'tussenbalans', waarbij hij aangeeft dat het vooralsnog onduidelijk is in welke richting de rechtspraak van de Hoge Raad tendeert.
Bij de bestudering van die rechtspraak is het (ook) mij opgevallen dat het redeneren in scenario's en het blootleggen van 'discriminerende' factoren, met enige regelmaat voorkomt, maar vaak tamelijk impliciet geschiedt. Een voorbeeld kan worden ontleend aan een arrest van de Hoge Raad van 4 januari 2011, waarin het draait om een bewezenverklaring van een bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht.[45] Deze bedreiging zou hebben plaatsgevonden tijdens een telefoongesprek tussen de verdachte en de medewerkster van een gemeentelijke instelling, waarbij de bedreiging zich richtte op een collega van deze medewerkster. Het bewijs wordt hoofdzakelijk ontleend aan de verklaring van de medewerkster. Nadat aangifte is gedaan, wordt de verdachte gehoord. De verdachte ontkent dat hij een bedreiging heeft geuit. Hij geeft wel aan dat er tijdens het telefoongesprek een woordenwisseling heeft plaatsgevonden, waarbij hij 'heel kwaad en boos' is geworden – overigens zonder aan te willen geven wat hij daarbij precies heeft gezegd – en ook dat hij een gesprek zou willen aangaan met deze medewerkster (en haar leidinggevende) om zaken uit te spreken. Voorts heeft de verdachte aan de collega van de medewerkster zijn excuses aangeboden. In reactie op de ontkenning van de bedreiging overweegt het gerechtshof als volgt:

> "Het hof heeft, gelet op het proces-verbaal van de wijkagent waaruit blijkt dat verdachte heel kwaad en boos was geworden en waarin het hof een bevestiging vindt van de aard en inhoud van het telefoongesprek zoals dat blijkt uit de verklaring van [de medewerkster], geen reden om aan de betrouwbaarheid en juistheid van de verklaring van [de medewerkster] te twijfelen. De verklaring van verdachte dat hij [de collega van de medewerkster] niet heeft bedreigd, acht het hof, gelet op het voorgaande en op de omstandigheid dat verdachte wel zijn excuses heeft aangeboden, niet aannemelijk."

In cassatie wordt erover geklaagd dat artikel 342 lid 2 Sv is geschonden. Deze klacht wordt verworpen door de Hoge Raad. Het gerechtshof heeft gemotiveerd uiteengezet dat en waarom het van oordeel is dat de verklaring van de medewerkster voldoende steun vindt in het overig gebezigde bewijsmateriaal. Dat oordeel geeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk van miskenning van artikel 342 lid 2 Sv, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.
Interessant is nu dat, wanneer men kritisch kijkt naar de weergave van de bewijsmiddelen door het gerechtshof, de enige overeenkomst tussen de (overgebrachte) verklaring van de medewerkster en die van de verdachte in niet meer schuilt dan het plaats hebben gevonden van het telefoongesprek. Van de woedeaanval van de verdachte wordt door de medewerkster geen melding gemaakt. Natuurlijk zou men kunnen zeggen dat een woedeaanval en het uiten van bedreigingen gemakkelijk samen gaan, maar men kan bedreigingen uiten zonder daarbij woedend te zijn en men kan ook woedend zijn zonder daarbij bedreigingen te uiten. Het gerechtshof gaat in dit opzicht nogal kort door de bocht wanneer het overweegt dat in de verklaring van de verdachte bevestiging kan worden gevonden van 'de aard en de inhoud van het telefoongesprek'. Tegelijkertijd wekt het nauwelijks verbazing dat het gerechtshof betekenis toekent aan de woedeaanval van de verdachte, zijn onwil om nader toe te lichten wat hij daarbij wel heeft gezegd, zijn bereidheid om in gesprek te gaan met de medewerkster en het aanbieden van excuses. Maar wanneer men hierin voldoende steun voor de verklaring van de medewerkster wil vinden, gaat het in de kern niet om het vaststellen van overeenkomsten tussen die verklaringen. De redenering lijkt veeleer te zijn dat,

45. HR 4 januari 2011, *NJ* 2011, 37.

gegeven de zojuist genoemde omstandigheden, de ontkenning van het strafbare feit door de verdachte terzijde mag worden geschoven, omdat de belastende verklaring van de medewerkster aanmerkelijk beter is te verenigen met die omstandigheden dan de ontkenning van de verdachte.[46] Een dergelijke redenering is in de kern niet (zozeer) gericht op de eigenlijke overeenstemming tussen de verschillende bewijsgronden gerichte redenering, maar veeleer op de beoordeling van de verschillende verklaringen in onderling verband.[47] In de wijze waarop aldus de geloofwaardigheid van enerzijds de verklaring van die medewerkster en anderzijds het standpunt van de verdachte wordt beoordeeld, zou men dan ook een – al dan niet geslaagde – redenering in termen van verificatie en falsificatie van twee verschillende scenario's kunnen zien.

Ook het in paragraaf 3 besproken arrest over het seksueel misbruik door de opa van een jong meisje kan in deze sleutel worden bezien. Het gerechtshof heeft, zoals eerder is vermeld, in deze zaak de vereiste voldoende steun gevonden in verklaringen van de moeder van het meisje en van opa, de verdachte, voor zover daarin wordt bevestigd dat bepaalde logeerpartijen hebben plaatsgevonden. Wanneer men evenwel de door het gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen naloopt, lijkt de bewezenverklaring ook op andere manieren te zijn verankerd. Ten eerste, de (misbruikte) kleindochter geeft in haar verklaring aan dat zij met opa bij de schuur is geweest waar opa werkt, dat opa daar meerdere seks-DVD's heeft gevonden en dat opa haar ook bij die schuur heeft misbruikt. De aanwezigheid van die pornobanden wordt bevestigd door een getuige die eveneens regelmatig in dezelfde schuur komt, en ook door de verdachte. Ten tweede, het gerechtshof bezigt een verklaring van een meisje – als ik het goed begrijp, gaat het om een buurmeisje van de verdachte – aan wie de kleindochter zou hebben verteld over het misbruik door opa. Vervolgens zou dit meisje tegen haar moeder hebben verteld dat de kleindochter hetzelfde had meegemaakt als zij. Dat duidt erop dat ook dit meisje zou zijn misbruikt door opa. Wanneer men de volledige tekst van het arrest van het gerechtshof erbij pakt,[48] blijkt dat ook het geval te zijn. De verdachte is veroordeeld wegens ontucht jegens dit meisje. Tegen die veroordeling is de verdachte in cassatie niet opgekomen. Ten derde, in zijn conclusie bespreekt advocaat-generaal Silvis de ontkennende verklaring van de verdachte. Silvis wijst op enkele onduidelijkheden die daarin voorkomen:

> "Hij [de verdachte; MJB] stelt niet te begrijpen waarom zijn dochter aangifte tegen hem heeft gedaan wegens misbruik van [slachtoffer]. Volgens hem hingen zijn kinderen altijd aan hem. Voor zover met dat verhaal een harmonisch gezinsleven wordt geschetst, staat het in contrast met het

46. Of dat ook in alle opzichten een sterke redenering is, is voor discussie vatbaar. Een woedeaanval kan, ook indien geen bedreigingen worden geuit, een goede reden zijn om bereidheid tot een gesprek te tonen en om excuses aan te bieden. Betekenis lijkt dan vooral toe te komen aan de onwil van de verdachte om zijn woedeaanval nader toe te lichten. Vergelijk ook onderdeel 5.18 van de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes.
47. Een min of meer vergelijkbare benadering zou men kunnen herkennen in HR 25 januari 2011, *NJ* 2011, 64, over ontucht door een tandarts jegens zijn assistente. Ook in deze zaak lijken de verschillende bewijsgronden door het gerechtshof hoofdzakelijk te zijn gehanteerd om de betrouwbaarheid van de verklaring van de assistente te onderbouwen, terwijl de verklaring van de verdachte slechts op een ondergeschikt punt een onderdeel van de bewezenverklaring dekt. Advocaat-generaal Machielse acht dit ontoereikend om te voldoen aan artikel 342 lid 2 Sv, maar de Hoge Raad oordeelt dat niet kan worden gezegd dat de verklaring van de assistente onvoldoende steun vindt in het overige gebezigde bewijsmateriaal. Van belang is dat de tandarts, per sms en aan de telefoon, jegens de assistente zich van 'ongewenste koosnamen' heeft bediend. Daarin lijkt voor het gerechtshof een (belangrijke) reden te zijn gelegen om voorbij te gaan aan de ontkenning door de verdachte.
48. Hof Den Bosch 23 juni 2010, *LJN* BM9153. Ten aanzien van een weer ander ten laste gelegd zedendelict is de verdachte vrijgesproken.

door verdachte ter zitting wel erkende gegeven dat hij een langdurige agressieve periode heeft gekend in samenhang met alcoholmisbruik en veel criminele activiteiten. Ook is in dat verband niet goed te begrijpen dat de verdachte verklaart op de hoogte te zijn geweest van seksueel misbruik van zijn dochters, onder wie de moeder van [slachtoffer], door zijn broers, terwijl hij daarvan geen aangifte deed."[49]

Het gerechtshof heeft deze omstandigheden niet, althans niet expliciet, aangemerkt als relevant voor de toepassing van de bewijsminimumregel.[50] Het kan evenwel moeilijk worden ontkend dat deze omstandigheden kleur geven aan de zaak. Feitelijk wordt de rechter hier geconfronteerd met twee scenario's, die er – grof geschetst – op neerkomen dat a) de verdachte zijn handen niet heeft kunnen afhouden van zijn kleindochter, of b) de verdachte aan het hoofd stond van een harmonisch gezin, waarbij geen seksueel misbruik van de kleindochter heeft plaatsgevonden. Of het gerechtshof de zaak ook zo heeft benaderd en de genoemde omstandigheden dus ook echt heeft willen gebruiken om te discrimineren tussen die scenario's, blijkt niet (expliciet) uit de bewijsmotivering. Maar het arrest zou wel zou gelezen kunnen worden. Dat zou dan betekenen dat de in paragraaf 3 reeds genoemde overwegingen omtrent de betrouwbaarheid van de verklaring van het meisje tezamen met de beoordeling van de voorliggende scenario's, van invloed zijn geweest op het oordeel omtrent de aanwezigheid van voldoende steun in andere bewijsgronden.
Het expliciet of impliciet redeneren aan de hand van scenario's – en dan met name het falsificeren van het aangedragen ontlastende scenario – is zeker niet herkenbaar in elke uitspraak waarin discussie bestaat of aan de bewijsminimumregel wordt voldaan. Dat hangt er ongetwijfeld mee samen dat ook niet in elke zaak tegenover het belastende scenario zoals dat in de tenlastelegging tot uitdrukking komt, een alternatief, ontlastend scenario wordt gesteld door de verdachte. Wanneer de verdachte zwijgt of 'kaal' ontkent, ontbreekt een duidelijk ontlastend scenario.[51] Alsdan mag van de rechter worden verwacht dat hij zelf oog heeft voor alternatieve, ontlastende scenario's. In het dossier zullen overigens niet altijd bruikbare aanknopingspunten worden gevonden voor het formuleren van een (redelijk) alternatief scenario.[52] Maar de constatering dat – na een serieuze poging daartoe – een dergelijk scenario zich niet laat formuleren, heeft dan zelfstandig waarde.[53]

49. Onderdeel 12 van de conclusie voor HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 251.
50. Men zou, vanwege de veroordeling ter zake van de ontucht van het buurmeisje, een schakelbewijsconstructie kunnen 'inlezen' in het arrest van het gerechtshof. Daarbij geldt dat schakelbewijs ook kan dienen als bewijsgrond die voldoende steun kan bieden aan de verklaring van een getuige. Vgl. HR 26 april 2011, *LJN* BP9336 alsmede HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes en zie voorts De Wilde 2008, p. 277-278, B. de Wilde, 'Schakelconstructies in bewijsmotiveringen', *DD* 2009, p. 580-581, en onderdelen 5.3.1-5.3.4 en 5.19 van de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes. Vergelijk ook (de conclusies voor) HR 28 juni 2011, *LJN* BQ4175 en HR 20 maart 2012, *LJN* BV9339. De overwegingen van het gerechtshof geven er geen blijk van dat het gerechtshof daadwerkelijk een schakelbewijsconstructie heeft willen toepassen.
51. Van belang in dat verband is ook in hoeverre de verdachte zijn ontkennende verklaring nader toelicht. Vgl. de conclusie van advocaat-generaal Vellinga voor HR 2 oktober 2012, *LJN* BX8086.
52. Van Koppen stelt dat het schuldige scenario slechts behoeft te worden getoetst tegen redelijke alternatieve onschuldige scenario's. Tegelijkertijd geeft hij aan dat 'geen enkel scenario (...) mag worden geaccepteerd zonder dat een alternatief scenario in de overwegingen is betrokken'. Zie Van Koppen 2011, p. 283. Ik begrijp dit zo dat 'in de overwegingen betrekken' ook kan inhouden dat de rechter, na zich daarover te hebben beraden, vaststelt dat een redelijk alternatief, ontlastend scenario zich niet laat aanwijzen.
53. Ter volledigheid: dat betekent niet dat om reeds om die reden het belastende scenario dient te worden gevolgd. Onderzocht zal uiteraard moeten worden of dat scenario deugdelijk kan worden verankerd. In feite gaat die stap vooraf aan het naast elkaar van de verschillende (mogelijke) scenario's.

6 De volledigheid van het rechercheonderzoek

Mogelijk kan er nog een gezichtspunt worden benoemd dat betekenis heeft voor de wijze waarop de bewijsminimumregel in de praktijk wordt toegepast. Dat gezichtspunt heb ik niet duidelijk kunnen ontwaren in de door mij bestudeerde rechtspraak, maar ontleen ik aan mijn bescheiden ervaring als raadsheer-plaatsvervanger. Het betreft de volledigheid van het rechercheonderzoek. Niet in elk onderzoek hebben de opsporingsinstanties zich alle moeite getroost om na te gaan of er ander bewijsmateriaal beschikbaar is dat (voldoende) steun biedt aan de verklaring van de getuige, dan wel materiaal dat juist die verklaring tegenspreekt. Bij lezing van het dossier bekruipt dan het gevoel dat er wel reële kansen beschikbaar waren om voor verificatie of falsificatie relevant materiaal te verzamelen, maar dat men deze kansen – om wat voor reden ook – heeft laten liggen. Tegelijkertijd zijn er ook onderzoeken waarin allerhande onderzoeksactiviteiten zijn ondernomen, maar waarin uiteindelijk niet veel meer op tafel komt te liggen dan de verklaring van de getuige.
Is het voor de toepassing van de bewijsminimumregel van belang welk beeld van de volledigheid van het opsporingsonderzoek rijst? Het zou uiteraard onjuist zijn om de eisen die aan de tweede bewijsgrond worden gesteld, omlaag te schroeven enkel en alleen omdat het opsporingsonderzoek, niettegenstaande al het speurwerk, weinig heeft opgeleverd. Maar het omgekeerde is wel verdedigbaar. Als er kansen zijn blijven liggen, moet eerst en vooral in overweging worden genomen om aanvullend onderzoek te (laten) verrichten. Zo dat – met name vanwege het tijdsverloop – niet meer mogelijk of zinvol is, acht ik het verdedigbaar om de teugels aan te halen en dus de vereiste voldoende steun niet aan te nemen mede op grond van het argument dat de zaak onvoldoende is uitgerechercheerd. Ik ben mij ervan bewust dat een dergelijke toepassing van de bewijsminimumregel iets oneigenlijks in zich draagt. Het gaat bij die toepassing immers om een beoordeling van het materiaal zoals dat in de zaak voorligt: valt aan dat materiaal al dan niet voldoende steun voor de getuigenverklaring te ontlenen? Tegelijkertijd is het wenselijk dat het signaal wordt gegeven dat opsporingsonderzoeken dusdanig moeten worden ingericht dat in een later stadium zo min mogelijk discussie zal ontstaan over de vraag of aan de bewijsminimumregel net wel of net niet wordt voldaan.

7 Conclusies en aanbevelingen

Wanneer men de resultaten van deze meanderende tocht door de rechtspraak omtrent de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv op een rij zet, ontstaat het volgende beeld. In het licht van de waarborgfunctie van de bewijsminimumregel moet bij de vraag of de tweede bewijsgrond voldoende steun oplevert, worden onderzocht of die tweede bewijsgrond geschikt is als controlemiddel, ter verificatie van de eerste bewijsgrond en – zo mogelijk en zo nodig – ter falsificatie van het eventuele alternatieve scenario. De Hoge Raad lijkt de bewijsminimumregel zo uit te leggen er een inhoudelijk verband moet bestaan tussen de verklaring van de getuige en het overige bewijsmateriaal, in die zin dat er steun wordt gegeven aan zekere details van die verklaring. De Hoge Raad vereist daarbij niet dat die details – rechtstreeks – betrekking hebben op de delictsgedraging en de betrokkenheid van de verdachte bij die gedraging. Neemt men alleen de rechtspraak van de Hoge Raad in ogenschouw, dan lijkt al snel te worden voldaan aan de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv. De waarborgfunctie van dat voorschrift komt in dat beperkte perspectief niet goed uit de verf. Betrekt men bij de bestudering van die rechtspraak echter ook de overwegingen van de gerechtshoven en de conclusies van de advocaat-generaal, dan lijkt de toepassing van de bewijsminimumregel toch meer om het lijf te hebben. Zo komt naar voren dat een omge-

keerd evenredig verband bestaat tussen enerzijds de mate waarin een getuigenverklaring betrouwbaar en dus overtuigend wordt bevonden en anderzijds de eisen die worden gesteld aan de tweede bewijsgrond. Een beschikbaar middel, dat overigens lang niet altijd wordt ingezet, om de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring na te gaan is het (doen) ondervragen van die getuige. In de gevallen die zich daartoe lenen, lijkt – zij het impliciet – de bewijsminimumregel mede invulling te krijgen door de uit het dossier blijkende feiten en omstandigheden te onderzoeken op het vermogen tot discriminatie tussen het belastende scenario en het ontlastende scenario.

Al met al kan dus worden geconstateerd dat de wijze waarop de bewijsminimumregel wordt toegepast zich niet eenvoudig laat vangen in één criterium of enkele criteria, maar dat bij de toepassing van de bewijsminimumregel tal van gezichtspunten een rol spelen. Deze constatering geeft geen aanleiding voor somberheid, maar stemt veeleer optimistisch: van een minimale invulling van de bewijsminimumregel is geen, althans niet altijd, sprake in de rechtspraktijk.[54] Tegelijkertijd laat de kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals deze in paragraaf 1 aan de orde is gekomen, zich wel goed begrijpen. Wanneer men uitsluitend naar de overwegingen van de Hoge Raad kijkt, oogt de invulling van de bewijsminimumregel veelal minimalistisch. Bij deze stand van zaken dringen twee vragen zich op. Allereerst: hoe zou kunnen worden verklaard dat de Hoge Raad zo weinig sturing geeft aan de invulling van de bewijsminimumregel? En voorts: is een andere benadering van de bewijsminimumregel gewenst, en zo ja, in welke zin?

Voor wat betreft het antwoord op de eerste vraag licht de Hoge Raad zelf een tipje van de sluiter op met de overweging: 'De vraag of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval.' Kennelijk staat het casuïstische karakter van de toepassing van de bewijsminimumregel in de weg aan het verschaffen van meer algemene gezichtspunten of vuistregels. Dat een beantwoording 'in algemene zin' zich lastig laat geven, wordt tot op zekere hoogte bevestigd door de bevindingen in deze bijdrage. Maar het is ingewikkelder om te verklaren dat de Hoge Raad, in gevallen waarin hij oordeelt dat de bewijsminimumregel in acht is genomen, niet of nauwelijks aangeeft wat de (kennelijke) redenering van het gerechtshof is en waarom die redenering verenigbaar is met artikel 342 lid 2 Sv. Juist op die wijze zou de Hoge Raad meer inzicht kunnen geven in zijn gedachtegang, zonder daarmee genoodzaakt te zijn om algemene gezichtspunten of vuistregels te formuleren. Er valt op dit punt naar mijn mening dan ook winst te behalen. Tegelijkertijd is het niet uitgesloten dat bij de Hoge Raad enige huiver bestaat dat met een nadere duiding van de voor de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv relevante redenering al snel – en ook te gemakkelijk – door de buitenwacht zal worden geconcludeerd dat de Hoge Raad impliciet toch zekere algemene gezichtspunten en vuistregels hanteert. Zo die huiver bestaat, is het de vraag of de Hoge

54. Dat behoeft geen verbazing te wekken. Met instemming citeer ik een passage uit het NJV-preadvies van Groenhuijsen, waarin hij – overigens niet specifiek in relatie tot de bewijsminimumregel – noteert: 'Rechters zijn in raadkamer vaak heel wel in staat om elkaar uit te leggen waarom zij de ene getuige wel geloven en de andere niet. Rechters hebben een vak (...) waarin zij professioneel zijn gehouden om onderscheid te kunnen maken tussen mensen die smoesjes debiteren, informanten die er omheen draaien, en zegslieden die zich stomweg vergissen. Dat is het dagelijkse werk.' Zie M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1, Deventer: Kluwer 2012, p. 274. Waar het nu op aankomt, is dat de argumentatie die in raadkamer wordt gebezigd, ook duidelijk weerslag vindt in de motivering van de uitspraak.

Raad zich daardoor zou moeten laten weerhouden. Door de buitenwacht wordt hoe dan ook nagedacht over de wijze waarop de rechtspraak van de Hoge Raad zou kunnen of moeten worden geduid. Deze bijdrage is een illustratie daarvan.[55] Met rechtspraakanalyses lijkt mij op zich weinig mis. En waar door de buitenwacht overhaaste of al te verstrekkende conclusies worden getrokken, draagt de Hoge Raad daar niet de verantwoordelijkheid voor.
Dan het – mogelijke – antwoord op de tweede vraag. Zoals in het vorenstaande reeds besloten ligt, heeft het mijns inziens weinig nut om te streven naar een strakke, eenduidige toepassing van de bewijsminimumregel. Ik zou in elk geval niet kunnen aangeven hoe een dergelijke toepassing eruit zou moeten zien. Het lijkt zinvoller, zoals ook in het slot van paragraaf 2 is aangestipt, om de bewijsminimumregel niet zozeer te zien als een concrete regel waaraan de rechter is gebonden, maar veeleer als een opdracht. Namelijk de opdracht aan de rechter om zich ervan bewust te zijn dat elke getuige, hoe betrouwbaar zijn verklaring op het eerste gezicht ook lijkt te zijn, er toch naast kan zitten, en om vanuit dat besef de bruikbaarheid van die verklaring te onderzoeken. Of anders gezegd: is het – gelet op het streven naar materiële waarheidsvinding – verantwoord om de bewezenverklaring in essentie aan te nemen op basis van deze verklaring? Het daartoe benodigde onderzoek kan verschillende vormen aannemen. Het kan gaan om een diepteonderzoek naar de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring of het natrekken van specifieke details uit verklaringen, maar ook – of wellicht beter gezegd: tevens – om een breder onderzoek naar de coherentie tussen alle feiten en omstandigheden zoals die uit het dossier naar voren komen.[56] In de kern sluit deze benadering aan bij de uitleg van de bewijsminimumregel die advocaat-generaal Knigge voorstaat in zijn conclusie voor één van de uitspraken van 30 juni 2009, en dus één van de arresten waarmee de Hoge Raad het criterium van de voldoende steun heeft geïntroduceerd:

> "De ratio van art. 342 lid 2 Sv brengt mijns inziens mee dat de rechter in gevallen waarin het bewijs praktisch gesproken uitsluitend berust op de verklaring van het slachtoffer, in zijn vonnis of arrest motiveert waarom het verantwoord moet worden geacht de bewezenverklaring op die ene verklaring te baseren. (...) Ik heb met opzet niet geschreven: dat de rechter uitlegt waarom hij die verklaring betrouwbaar acht. Daarmee zou het accent te veel worden gelegd op de wijze waarop de rechter subjectief overtuigd is geraakt van de betrouwbaarheid van de verklaring van het slachtoffer. Het accent zou moeten liggen op de vraag of er, bij gebreke aan direct steunbewijs, vervangende waarborgen zijn die maken dat de kans dat de rechter zich – in al zijn subjectieve overtuigdheid – vergist, tot aanvaardbare proporties is teruggebracht. Dat vraagt om een meer objectieve benadering. Van de rechter mag worden gevergd dat hij zijn oordeel dat de verklaring van het slachtoffer betrouwbaar is met objectieve gegevens onderbouwt. (...) Gezegd wil zijn dat er in gevallen waar alles om de verklaring van het slachtoffer draait, meer aan motivering nodig is dan de overweging dat de rechter geen reden ziet om aan de betrouwbaarheid van die verklaring te twijfelen."[57]

55. Zie ook onderdeel 9 van de noot van R. Zilver onder HR 6 maart 2012, *NbSr* 2012, 176, waarin hij opmerkt dat 'de verleiding groot [is] om aan deze uitspraken [de arresten van 6 maart 2012; MJB] conclusies van algemene aard te verbinden'. Hij voegt daaraan toe: 'De rechtspraktijk heeft daar ook behoefte aan.'
56. Vgl. Y. Buruma, 'Betrouwbaar bewijs', *DD* 2009, p. 307: 'De rechter verifieert (en falsifieert) de feiten, maar hij verleent er ook betekenis aan door ze in onderling verband te brengen, waardoor er een coherente schets van de gebeurtenissen ontstaat op grond waarvan hij de wet kan toepassen.'
57. Zie onderdelen 15 en 16 van de conclusie voor HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 496 m.nt. M.J. Borgers. Vergelijk ook onderdeel 19 van zijn conclusie voor HR 2 februari 2010, *NJ* 2010, 261 m.nt. J.M. Reijntjes.

Artikel 342 lid 2 Sv krijgt hierdoor de kenmerken van zowel een 'materieel' bewijsvoorschrift als van een motiveringsvoorschrift.[58] Enerzijds geldt als vereiste dat er tussen de verklaring van de getuige en de tweede bewijsgrond een inhoudelijk verband moet bestaan, echter zonder dat nauwkeurig wordt afgebakend wat dat verband moet behelzen.[59] Anderzijds wordt van de rechter verlangd om uiteen te zetten waarin dat inhoudelijke verband in de voorliggende zaak bestaat en waarom het, gelet op dat verband, verantwoord is om tot een bewezenverklaring te komen. Aldus wordt de rechter geprikkeld tot behoedzaamheid bij de waardering van het bewijsmateriaal, zonder dat er onnodige knellende bewijsvoorschriften bestaan, maar ook zonder dat elk normatief kader ontbreekt.[60]
De vraag kan nog worden opgeworpen of aldus niet (nog steeds) een te vrijblijvend kader bestaat. Zo wordt in de literatuur het ontbreken van een werkelijke bewijsleer – dat wil zeggen: een bewijsleer die veel meer omvat dan de veelal uitgeholde voorschriften van het huidige negatief-wettelijk bewijsstelsel – in het strafrecht nog wel eens gehekeld.[61] Maar is het ontbreken van een dergelijke leer nu echt een teken van zwakte? Een strakke normering van de bewijsbeslissing is – uiteraard – alleen wenselijk indien het mogelijk is om algemeen aanvaarde regels te formuleren die ook daadwerkelijk bijdragen aan een juiste bewijsbeslissing. Nu kunnen aan de rechtspsychologie veel nuttige inzichten worden ontleend, maar een waar fundament voor een stevige, veelomvattende bewijsleer ontbreekt.[62] Alsdan is het ontbreken van een bewijsleer veeleer een voordeel. Want omdat er geen stringente en mogelijk klemmende bewijsregels bestaan, heeft de rechter alle ruimte om zich te (laten) voeden met inzichten uit niet-juridische disciplines, en – stap voor stap, en wellicht zoekend en tastend – de juridische relevantie van die inzichten te exploreren. Het zal geen toeval zijn dat met de toegenomen aandacht voor (de mogelijkheden en de valkuilen van) het redeneren in scenario's,[63] dergelijke redeneerpatronen ook beter zichtbaar lijken te worden in rechterlijke uitspraken. Aan de verwerking van dergelijke inzichten kan de bewijsminimumregel een bijdrage leveren. Niet door middel van een strikte normering van de bewijsbeslissing, maar wel door de rechter aan te zetten zijn oordeel omtrent het bewijs – juist in het geval dat het daderschap van de verdachte eigenlijk slechts aan één bron valt te ontlenen – te verantwoorden.[64]

58. Ik bouw hier voort op onderdeel 8 van de noot onder HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 496.
59. Voor het stellen van de (afzonderlijke) eis dat de tweede bewijsgrond betrekking dient te hebben op enig onderdeel van de bewezenverklaring, zie ik daarbij geen aanleiding. Een dergelijke eis past niet bij de hier voorgestane invulling van de bewijsminimumregel.
60. Ter vergelijking kan worden gewezen op de voorloper van artikel 342 lid 2 Sv in het Wetboek van Strafvordering van 1838. In artikel 433 van dat wetboek werd bepaald dat 'de afzonderlijke getuigenis van eenen enkelen getuige niet als wettelijk bewijs [kan] gelden'. Hoge eisen aan de bijkomende bewijsgronden werden op zich niet gesteld. Bij de beoordeling van het bijkomende bewijs werd echter wel expliciet een beroep gedaan op 'de voorzigtigheid van den regter'. Zie nader J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering*, derde deel, Amsterdam: Johannes Müller 1840, p. 532-538.
61. Zie bijvoorbeeld A.R. Mackor, 'Grenzen aan de autonomie van strafrechters: wie bewijst de stoornis en het recidiverisico?', in: *Ontmoetingen. Voordrachten Lutje Psychiatrisch-Juridisch Genootschap*, Groningen 2012, p. 57.
62. Dat ligt overigens anders indien men onder een bewijsleer ook verstaat een stelsel van gedetailleerde motiveringsregels die de feitenrechter aanzetten tot een uitvoerige verantwoording van diens oordeel, als ook een diepgaande beoordeling van de bewijsmotivering door de cassatierechter mogelijk maken. Zie de schets van het Duitse recht in W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken*, Den Haag: BJu 2007. Het betoog in de hoofdtekst strekt ertoe dat ook in het Nederlandse recht meer gewicht toekomt aan het belang van rechterlijke motivering.
63. Zie onder andere Van Koppen 2011. Zie in bredere zin ook de artikelenreeks 'Bewijs en overtuiging' van C.E.H. Berger & D.J.C. Aben in *Expertise & Recht* 2010, p. 52-56, p. 86-90 en p. 159-165.
64. Van belang daarbij is dat verantwoorden meer behelst dan uitleggen. Zie daaromtrent G. Knigge, 'Niet uitleggen, maar verantwoorden', *RM Themis* 2008, p. 233-234.

Het komt mij voor dat de hier geschetste benadering betrekkelijk eenvoudig is te incorporeren in de huidige rechtspraak van de Hoge Raad. In die rechtspraak komt immers reeds naar voren dat 'het bij de in cassatie aan te leggen toets of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, van belang kan zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dat het geval is, nader heeft gemotiveerd.'[65] In verschillende arresten wijst de Hoge Raad er ook op dat het gerechtshof 'gemotiveerd [heeft] uiteengezet dat en waarom het van oordeel is dat de verklaring van de aangeefster voldoende steun vindt in het overige gebezigde bewijsmateriaal.'[66] Vaak wordt dan volstaan met het weergeven van (een deel van) de bewijsoverwegingen van het gerechtshof, zonder dat de Hoge Raad daarbij – de relevante onderdelen van – die overwegingen samenvat of nader duidt.[67] Ook wordt niet altijd een onderbouwing van het oordeel omtrent artikel 342 lid 2 Sv verlangd.[68] Vanuit deze positie zou de Hoge Raad ervoor kunnen kiezen om het belang van de motivering van de toepassing van de bewijsminimumregel scherper aan te zetten en dus ook strenger te gaan toetsen of die onderbouwing door de feitenrechter (in voldoende mate) is gegeven. Voor zover de Hoge Raad oordeelt dat die motivering besloten ligt in de gebezigde bewijsmiddelen of de nadere bewijsoverwegingen, zou de Hoge Raad duidelijker kunnen aangeven hoe het – kennelijke – oordeel van de feitenrechter moet worden begrepen. Het ligt daarbij voor de hand – nu artikel 342 lid 2 Sv rechtstreeks ziet op de bewijsbeslissing van de rechter en dus geen responsieplicht betreft – dat van de feitenrechter wordt verlangd dat hij, in het geval dat van een minimale bewijsconstructie gebruik wordt gemaakt, er telkens rekenschap van aflegt of aan de bewijsminimumregel wordt voldaan. Waar het gaat om de omvang van die motiveringsplicht, kan dan acht worden geslagen op de mate waarin en de wijze waarop door de verdachte op dit punt verweer is gevoerd.

65. HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 515 m.nt. M.J. Borgers.
66. Zie bijvoorbeeld HR 4 januari 2011, *NJ* 2011, 37 en HR 29 maart 2011, *NJ* 2011, 170.
67. Ter illustratie wijs ik op HR 5 oktober 2010, *NJ* 2010, 612 m.nt. M.J. Borgers. In de noot onder dit arrest heb ik uitgewerkt waarom het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak zich mijns inziens lastig laat duiden. Er zijn echter ook arresten waarin de Hoge Raad wel nader aangeeft waarom artikel 342 lid 2 Sv niet wordt geschonden. Zie onder andere HR 15 november 2011, *NJ* 2012, 279 m.nt. J.M. Reijntjes en HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 252 m.nt. T.M. Schalken.
68. Vergelijk bijvoorbeeld HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512 en HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 251.