

Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast in het strafproces*

Mr. M.J. Borgers en mr. F.G.H. Kristen**

Rode draad 'Bewijs en Bewijsrecht'



Civielrechtelijke begrippen als bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast kunnen, anders dan wel wordt gesteld, het debat over bewijs in het strafproces duiden. In dit artikel wordt een alternatieve visie gepresenteerd van de betekenis van deze begrippen voor het strafproces.

1 Inleiding

Een stelling blijft een stelling, tenzij zij wordt be-
wezen. In het recht is bewijzen aan de orde bij
het verbinden van rechtsgevolgen aan bepaalde
feiten. Deze feiten moeten worden vastgesteld,
wil men verantwoord kunnen beslissen over
rechtsgevolgen. Komen de feiten niet vast te
staan, dan ontbreekt de feitelijke grondslag om
recht te doen. Wie derhalve in een procedure het
intreden van een bepaald rechtsgevolg vordert,
loopt het risico dat de rechter dit aan hem ont-
zegt omdat de relevante feiten niet zijn komen
vast te staan. De wijze waarop die vaststelling
plaatsvindt, is onderworpen aan regels van be-
wijsrecht. Het bewijsrecht behelst namelijk regels
ten aanzien van de presentatie, de deugdelijkheid
en de bewijskracht van bewijsmateriaal alsmede
de bewijswaardering. Het bewijsrecht vormt
daarmee een belangrijke verbindingsschakel tus-
sen feit en recht. Aldus draagt het bewijsrecht bij
aan het operationaliseren van rechtsregels in het
concrete geval. In het strafrecht gaat het dan om
een bewezenverklaring van een bepaald tenlaste-
gelegd feit, de eerste en cruciale voorwaarde voor
een veroordeling en het opleggen van een sanc-
tie. Het sanctioneren van bepaald gedrag ge-
schiedt met het oog op handhaving van het recht

van een gemeenschap. Het bewijsrecht heeft hier
een belangrijke, tweeledige functie. Enerzijds het
bevorderen dat de werkelijk schuldige wordt ver-
oordeeld. Anderzijds het beschermen van een on-
schuldige tegen een onterechte veroordeling.¹

De maatschappelijke betekenis van het be-
wijsrecht is hiermee onmiskenbaar. Desalniet-
min wordt in strafrechtelijke literatuur weinig
aandacht besteed aan de risico's die procespar-
tij, verdachte en openbaar ministerie (OM),² in
het strafproces lopen ten aanzien van het bewijs
van feiten. Er wordt enkel gesteld dat in het
strafproces geen 'bewijslast' bestaat (zie § 3). De-
ze stelling en aanverwante onderwerpen zijn te-
rug te voeren op een misvatting van het civiel-
rechtelijk bewijsrecht zoals dat geldt in de civie-
le dagvaardingsprocedure. Om deze misvatting
bloot te leggen, schetsen wij hieronder eerst en-
kele hoofdlijnen van dit bewijsrecht (§ 2). Ver-
volgens analyseren wij de opvattingen van enke-
le strafrechtjuristen over het civielrechtelijk be-
wijsrecht en de consequenties die daaraan wor-
den verbonden voor de bewijsrechtelijke positie
van partijen in het strafproces (§ 3). Uit deze
analyse blijkt dat er geen barrière bestaat om
aansluiting te zoeken bij de civielrechtelijke op-
vatting. Op basis hiervan doen wij een voorstel
tot het eenduidig benoemen van de taak en de

* Met dank aan mr. I. Giesen, prof. mr. M.S. Groenhuij-
sen, dr. B.M.J. van Klink en prof. mr. R.D. Vriesendorp
voor hun kritische kanttekeningen bij een eerdere versie
van dit artikel.

** Matthias Borgers en François Kristen zijn als onder-
zoekers verbonden aan het Schoondijk Instituut, KU
Brabant.

1 Zie W. Modderman, *De wettelijke bewijsleer in strafza-
ken*, Utrecht 1867, pp. 12, 14; *BHTK* 1913-1914, 286, nr.
3, p. 55 (MvT); G.E. Langemeijer, *Beweringslast en be-
wijsrisico in het strafproces*, *Tijdschrift voor Strafrecht*
1931, p. 93; J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet*

en praktijk, Arnhem 1980, pp. 9-10; J.F. Nijboer, *Straf-
rechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen 1997, pp. 42-44, 342.

2 Aangezien het OM en de verdachte in het onderzoek ter
terecht zitting in ieder geval formeel een gelijkwaardige
positie hebben, beschouwen wij hen als procespartijen.
Zo ook: *BHTK* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 56 (MvT);
Reijntjes, *a.w.*, pp. 81-82; Th.A. de Roos, *Herziening*
van het strafproces: de verdediging uitgespeeld?, *Pread-
viezen NJV* 1994, pp. 126-129; Nijboer, *a.w.*, p. 189.
Enigszins anders: C.P.M. Cleiren, *Een grensoverschrij-
dende verdachte?*, in: J.L.M. Boek e.a., *Grensoverschrij-
dend strafrecht*, Arnhem 1990, pp. 147-153.

verantwoordelijkheid van partijen in het strafproces bij het vaststellen van feiten. Daarmee kunnen tevens ontwikkelingen in het straf(proces)recht worden gekwalificeerd (§ 4).

2 Hoofdpijnen van het civielrechtelijk bewijsrecht

Partijen met een geschil over subjectieve rechten kunnen hun geschil aan de civiele rechter voorleggen. Voor toewijzing van de vordering van de eiser is noodzakelijk dat de relevante feiten komen vast te staan. Mocht de gedaagde daartegen een verweer voeren, dan dienen de daartoe relevante feiten evenzeer vast komen te staan. Zowel eiser als gedaagde lopen het risico dat zulks niet gebeurt, waarbij het gevolg zal zijn het verlies van de procedure op dat punt. Dit risico, dat in iedere procedure bestaat, heet het *bewijsrisico*.³ Het niet vaststaan van de gestelde feiten doet zich voor indien de rechter het twijfelachtig vindt of de feiten zich hebben voorgedaan – dit heet ook wel een *non liquet* – dan wel indien het tegendeel van de beweerde feiten blijkt.⁴

In een dagvaardingsprocedure bepalen partijen de materiële inhoud van het geschil. Partijen zijn in dit opzicht *domini litis*. Dit is de zogenaamde partij-autonomie.⁵ De procedure is gericht op het beslechten van het geschil door het bepalen van rechten en plichten van partijen. Deze bepaling dient niet alleen voor partijen maar ook voor de samenleving aanvaardbaar te zijn. Daarvoor is vereist dat de feiten zoveel mogelijk overeenkomstig de werkelijkheid, de materiële waarheid, worden vastgesteld. Hoewel enerzijds het civiele bewijsrecht ertoe strekt zulks te realiseren, werpt het anderzijds een drempel op. De partij-autonomie zoals die aan het civiele bewijsrecht ten grondslag ligt, brengt met zich mee dat de rechter zich lijde-

lijk dient op te stellen ten aanzien van de opzet en omvang van het geding. De rechter dient zijn onderzoek naar de materiële waarheid in beginsel te beperken tot de gestelde en betwiste feiten. En die liggen in handen van partijen. Dit betekent dat soms genoeg moet worden genomen met de zogenaamde formele waarheid.⁶

In het huidige civiele bewijsrecht wordt uitgegaan van grofweg het volgende stramien. In een dagvaardingsprocedure stelt een partij bepaalde feiten ter staving van haar stelling waarop een vordering of verweer stoelt; de feiten zijn in het geding gebracht. Uitgangspunt is dat feiten die niet of niet voldoende worden betwist door de wederpartij, door de rechter als vaststaand worden aangenomen (artikel 176 lid 1 Rv). Deze feiten kan de rechter aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Zowel eiser als gedaagde moeten bij het stellen respectievelijk betwisten van feiten bepaalde motiveringseisen in acht nemen, willen zij aan hun stelplicht voldoen. Artikelen 140 en 141 Rv spreken in dit verband over 'met redenen omkleed'. Kortom, partijen moeten aan de rechter en aan elkaar duidelijk maken *wat* en *waarom*. Acht de rechter een stelling (een vordering of een verweer) onvoldoende gemotiveerd, dan kan hij deze stelling buiten beschouwing laten. Voor de eiser zal zulks leiden tot een afwijzing van zijn vordering. Bij de gedaagde moet men nu twee situaties onderscheiden. Indien zijn (ongemotiveerde) stelling inhoudt een in twijfel trekken van de feiten die de eiser ten grondslag legt aan zijn vordering, staan daarmee die feiten vast. Komt zijn stelling neer op een zelfstandig verweer, dan leidt dat tot een afwijzing van dat verweer. Uiteraard kan de rechter, alvorens hij partijen opknoopt aan het niet voldoen aan deze motiveringsplicht, gelegenheid bieden alsnog hun stellingen te motiveren.⁷

3 Zie m.n. A. Grünebaum, *Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding*, Amsterdam 1904, pp. 25-27; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Monografieën Nieuw BW A24, Deventer 1992, nr. 11; E. Gras, De vraag naar het bewijsrisico, *WPNR* 1992, p. 655; I. Giesen, Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling, *NJB* 1998, p. 1630.

4 Asser (1992), a.w., nr. 11; I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer 1999, p. 5.

5 G.R. Rutgers & R.J.C. Flach (red.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer 1988, pp. 64-66, 68-69 (hierna: PG Bewijsrecht); J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, Deventer 1991, pp. 227-231; H.J. Sniijders & M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 1997, nrs. 42-44; W. Hugenholtz & W.H. Heemskerck, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage 1998, nr. 5.

6 Zie in dit verband *PG Bewijsrecht*, pp. 59, 61-67, 69, 78, 80; Bosch-Boesjes, a.w., pp. 144, 160, 225-226, 236 en in kritische zin W.D.H. Asser, *Da mihi facta* — zorg voor feiten in het civiele proces, *NJB* 1999, pp. 1251, 1254.

7 Dit past bij een actieve opstelling van de rechter en zal resulteren in verhoging van de kwaliteit van het debat. Zie voor het (gemotiveerd) stellen: Gras (1992), *t.a.p.*, pp. 654, 657-660; E. Gras, Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstruictieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding?, in: P. Abas e.a., *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer 1997, pp. 117-121; W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, Deventer 1997, nrs. 4-5, 8-9, 31; Sniijders & Ynzonides & Meijer, a.w., nrs. 145, 205-208; Hugenholtz & Heemskerck, a.w., nr. 68; HR 18 maart 1994, *NJ* 1994, 407. Aan de zogenaamde verzwaarde stelplicht of uitgebreide motiveringsplicht wordt hier voorbij gegaan.

Het gestelde feit dat kan leiden tot beslissing van de zaak, moet worden bewezen zodra het afdoende is weersproken. Door het verdelen van de bewijslast bepaalt de rechter op welke partij de — rechtens niet afdwingbare — verplichting rust om bewijs van het feit te leveren. Volgens de hoofdregel van artikel 177 Rv draagt iedere partij de bewijslast van de door hem gestelde feiten (kortweg 'wie stelt, bewijst'). Artikel 177 Rv opent de mogelijkheid om een uitzondering te maken op deze hoofdregel: '(...) tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van bewijslast voortvloeit.' Krachtens deze regel kan de bewijslast bij de wederpartij worden gelegd van degene op wie de bewijslast volgens de hoofdregel zou rusten. De bewijslast heet in zo een geval te zijn omgekeerd.

De verplichting of last tot het leveren van bewijs houdt praktisch gezien in het verzamelen en aanvoeren van materiaal waaruit de rechter in het kader van de bewijswaardering tot de overtuiging kan komen dat een feit vaststaat (de bewijsvoering). De partij die de bewijslast draagt, is verantwoordelijk voor deze bewijsvoering. De rechter waardeert het geleverde bewijs en moet zich er door laten overtuigen (artikel 179 lid 2 Rv). Hij neemt in dat geval aan dat het feit vaststaat en daarmee is het feit bewezen. Het niet of niet voldoende aandragen van bewijsmateriaal dan wel het ontzenuwen van dat materiaal door tegenbewijs leidt ertoe dat het feit niet komt vast te staan. De vordering of het verweer mist dan feitelijke grondslag en wordt afgewezen. Kortom, het bewijsrisico realiseert zich als gevolg van het niet nakomen van de bewijslast. Duidelijk is dat bewijsrisico en bewijslast meestal samenvallen. In de praktijk plegen bewijsrisico en bewijslast dan ook te worden vereenzelvigd.⁸ Het is evenwel denkbaar dat beide moeten worden onderscheiden. Dat is het geval indien een ander dan degene voor wie de feiten van belang zijn met het oog op het door hem gewenste rechtsge-

volg (en derhalve het bewijsrisico draagt), bewijsmateriaal aandraagt op grond waarvan de rechter die feiten kan vaststellen.⁹ In dat geval lopen bewijsrisico en bewijslast niet parallel. Dat doet zich in wezen voor als de rechter zelfstandig onderzoek instelt naar (de juistheid van) feiten door bijvoorbeeld een deskundigenbericht (artikel 221 en volgende Rv) in te winnen. Het bewijsrisico ligt bij één van de procespartijen terwijl er praktisch gesproken geen bewijslast op haar rust.¹⁰

Het is geen uitzondering dat de civiele rechter actief op zoek gaat naar de (juistheid van de) feiten. Naast het al genoemde deskundigenbericht staan hem daartoe verschillende instrumenten ten dienste. De belangrijkste daarvan zijn de inlichtingencomparitie (artikel 19a Rv), de comparitie na antwoord (artikel 141a Rv), het ambts-halve geven van een bewijsopdracht aan een procespartij en een plaatsopneming en bezichtiging (artikel 226 Rv). Van een lijdelijke opstelling van de civiele rechter hoeft met andere woorden geen sprake te zijn. De actieve opstelling van de rechter mag — enige uitzonderingen daargelaten¹¹ — echter niet leiden tot het doen van onderzoek naar feiten die procespartijen niet aan de rechter wensen voor te leggen. In dit opzicht spreekt men van lijdelijkheid van de civiele rechter.¹²

3 Analyse van de huidige opvatting inzake bewijslast(verdeling) in het strafprocesrecht

3.1 Inleiding

In strafrechtelijke literatuur wordt al geruime tijd het standpunt verkondigd dat het strafproces geen bewijslast kent. Dit betekent dat op het OM of de verdachte geen plicht rust tot het leveren van bewijs(materiaal) voor hun stellingen, althans niet met een daaraan gekoppeld bewijsrisico. Het is, uiteindelijk, de rechter die zich zoveel mogelijk moet inspannen om alle relevante informatie boven water te krijgen, ook al doen

8 Zie voor het voorgaande o.m. Asser (1992), *a.w.*, nrs. 10-11; Gras (1997), *t.a.p.*, pp. 115-117, 125-127; Snijders & Ynzonides & Meijer, *a.w.*, nrs. 202-203, 211-212; Giesen (1998), *t.a.p.*, p. 1630; Hugenholtz & Heemskerk, *a.w.*, nr. 122; Giesen (1999), *a.w.*, pp. 5-6.

9 Zie Grünebaum, *a.w.*, pp. 50, 56, 65; H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, Deventer 1998, p. 23.

10 Vgl. Grünebaum, *a.w.*, pp. 50-51, 56; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, r.o. 2.3.2.

11 Zie voor enige uitzonderingen Bosch Boesjes, *a.w.*, pp.

126-129, 145-146, 160; Snijders & Ynzonides & Meijer, *a.w.*, nr. 45.

12 Zie art. 176 lid 1 Rv en de negatieve opdracht aan de rechter zoals die voortvloeit uit art. 48 Rv. Zie ook *PG Bewijsrecht*, pp. 63-67, 78, 80; D.J. Veegens & R.J.C. Flach, *Inleiding nieuw bewijsrecht*, in: *PG Bewijsrecht*, pp. 16, 18; Bosch-Boesjes, *a.w.*, pp. 7-9, 124-126, 131-132, 147-148, 160, 225-226, 228-232, 234-236; Asser-Vranken, nrs. 36-37, 41; Snijders & Ynzonides & Meijer, *a.w.*, nrs. 42, 44-45, 48, 205; Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, pp. 4-6; Hugenholtz & Heemskerk, *a.w.*, nr. 5, 93.

het OM en de verdachte daartoe geen of weinig moeite.¹³

Vertegenwoordigers van deze opvatting zetten hun stelling veelal af tegen het civiele recht, waar begrippen als bewijsrisico en bewijslast wel worden gehanteerd. De verschillen die zouden bestaan tussen het strafproces en het civiele proces, leiden ertoe, zo wordt betoogd, dat er in het strafproces geen plaats *kan* zijn voor een bewijslast. Hieronder geven wij weer hoe deze verschillen worden geschetst en welke consequenties daaruit volgens deze strafrechtjuristen voortvloeien ten aanzien van onder meer de bewijslast. Daarbij plaatsen wij kritische kanttekeningen.

3.2 *Het algemeen belang en het proces*

In het strafproces staan (wederrechtelijke) gedragingen centraal die niet alleen de belangen van één of meer bepaalde rechtsgenoten raken, maar ook de belangen van de gemeenschap. Het strafproces is gericht op het aan de orde stellen van inbreuken op deze belangen en te komen tot een bindend oordeel daarover. Indien de rechter tot een veroordeling komt, volgt in principe de oplegging van passende doch veelal ingrijpende vrijheids- en/of vermogensbepenkende sancties. Aldus strekt het straf(proces)recht tot het herstellen van de rechtsvrede door het kanalisieren van maatschappelijke onrust, tot speciale en generale preventie en tot conflictoplossing. Realisatie van deze doelstellingen wordt belemmerd indien aan het rechterlijk oordeel niet de materiële waarheid ten grondslag ligt. Dit rechtssta-

telijk belang komt tot uiting in het adagium 'Beter honderd schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld'.¹⁴ De veroordeling van een onschuldige moet tot het uiterste worden vermeden.¹⁵ De bewijsrechtelijke consequentie daarvan is dat een veroordeling alleen mag plaatsvinden indien het begaan van het strafbare feit wettig en overtuigend is bewezen. Uit de regel *in dubio pro reo*, een kenmerk van de onschuldpresumptie, volgt dat bij redelijke twijfel de verdachte vrijuit gaat.¹⁶

Volgens enkele aanhangers van de genoemde opvatting staan in het civiele proces alleen de belangen van de betrokken partijen op het spel; dientengevolge bepalen deze de inrichting en het verloop van de procedure. Belangen van algemene aard spelen kennelijk geen rol.¹⁷ Naar onze mening wordt het civiele proces hiermee tekort gedaan. Immers, ook met het civiele proces zijn algemene belangen gemoeid, met name het voorkomen van eigenrichting.¹⁸ Indien partijen het onderling niet eens kunnen worden, zijn zij genoodzaakt zich tot de rechter te wenden om een bindend oordeel te verkrijgen. Binnen het kader van het geschil doet de rechter zijn uitspraak in beginsel op grond van de materiële waarheid (zie § 2). Evenals het strafproces verliest ook het civiele proces zijn geloofwaardigheid en functie indien de rechterlijke beslissing niet zo veel mogelijk in overeenstemming is met de werkelijkheid.¹⁹ Echter, anders dan in het strafproces wordt het civiele bewijsrecht niet beheerst door de *in dubio pro reo*-regel.

13 De grondlegger van de huidige opvatting is Lange-meijer, *t.a.p.*, pp. 73-102. Zij bestaat echter al langer. Zie bijvoorbeeld Modderman, *a.w.*, pp. 58-59, als ook Grünebaum, *a.w.*, pp. 29-37, die een overzicht geeft van de (toentertijd) bestaande strafrechtelijke opvattingen. Meer recente aanhangers zijn: Ch.J. Enschedé, *Bewijzen in het strafrecht*, *RM Themis* 1966, pp. 505-506; A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem 1968, pp. 91-95; C. Bronkhorst, Iets over bewijs en rechtsvinding in de strafrechtspraak, in: *Rechtsvinding* (Pieters-bundel), Deventer 1970, p. 43; Nijboer, *a.w.*, pp. 22, 197-206. Zie ook Reijntjes, *a.w.*, pp. 78-79.

14 Zie voor het voorgaande Modderman, *a.w.*, pp. 12-13, 18-19; Langemeijer, *t.a.p.*, p. 93; Enschedé, *t.a.p.*, p. 498; Reijntjes, *a.w.*, p. 5; J.W. Fokkens, *Bewijzen in het strafprocesrecht*, Zwolle 1984, p. 17, 26; Cleiren, *t.a.p.*, p. 151; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem 1995, pp. 1-2, 4, 9-11; Nijboer, *a.w.*, pp. 18, 24, 43.

15 De veroordeling van een onschuldige is niet alleen onrechtvaardig ten aanzien van deze persoon, maar ondermijnt ook het algemene uitgangspunt – en daarmee het gezag – van het Wetboek van Strafvordering dat alleen bestrafning van de werkelijk schuldige beoogt; zie

BHTK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 55 (MvT).

16 Modderman, *a.w.*, pp. 59-60, 62-63; Langemeijer, *t.a.p.*, pp. 93-94; Enschedé, *t.a.p.*, p. 513; Melai, *a.w.*, p. 90; Reijntjes, *a.w.*, p. 66-67, 103; Fokkens, *a.w.*, p. 22-24; N. Keijzer, Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmeling-bundel), Arnhem 1987, pp. 243-244; Corstens (1995), *a.w.*, pp. 53, 656-657; Nijboer, *a.w.*, pp. 32-33, 85-86, 203.

17 Zie Melai, *a.w.*, pp. 81-85, 93. Vgl. ook Nijboer, *a.w.*, p. 197.

18 Zie W.D.H. Asser, Doelstellingen van het burgerlijk procesrecht, in: J.G.A. Linssen & J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer 1997, pp. 5-20; Hugenholtz & Heemskerck, *a.w.*, nr. 1; Snijders & Ynzonides & Meijer, *a.w.*, nrs. 10-14.

19 Zie met name Asser-Vranken, nrs. 7-9, 43. De wenselijkheid van materiële waarheidsvinding in het civiele proces is reeds te vinden bij Modderman, *a.w.*, p. 35: 'Moge dan het vrije onderzoek der waarheid ook in het civiele proces, zooveel mogelijk het regt meer in overeenstemming brengen met de behoefte van het werkelijk leven, den jurist verzoenen met den mensch!'

3.3 De rol van de rechter en gevolgen voor de bewijslast

De vormgeving van het strafrechtelijk bewijsrecht is bepaald door bovengenoemde belangen en doelstellingen. De taak van de strafrechter is het vinden van de materiële waarheid. Daartoe laat de rechter zich bewijsmateriaal aandragen door het OM en de verdachte. Hij onderzoekt dit materiaal kritisch en draagt zorg voor nader onderzoek indien daartoe aanleiding is. De rechter is namelijk niet gebonden aan hetgeen het OM en de verdachte naar voren brengen.²⁰ Uit zijn taak alsmede uit de onschuldpresumptie volgt dat de strafrechter een eigen verantwoordelijkheid heeft terzake van zowel belastende als bevrijdende feiten en omstandigheden. Deze verantwoordelijkheid houdt allereerst in dat hij zichzelf zodanig moet opstellen en zijn onderzoek zo moet inrichten dat die feiten en omstandigheden zich kunnen aandienen. Ten tweede dient de rechter, zodra een belastend dan wel een bevrijdend feit of omstandigheid zich aan hem opdringt, zelfstandig te onderzoeken of een dergelijk feit of omstandigheid zich inderdaad heeft voorgedaan en wat de rechtsgevolgen zijn die daaraan moeten worden verbonden.²¹ Zo heeft een bekentenis van de verdachte niet als consequentie dat de rechter mogelijke ontlastende feiten en omstandigheden niet mag onderzoeken.²² Vervolgens dient hij al het aanwezige bewijsmateriaal te waardenen en zich erdoor te laten overtuigen op de wijze zoals voorgeschreven in artikel 338 Sv, wil hij de verdachte kunnen veroordelen.

Strafrechtjuristen leggen er de nadruk op dat in het civiele proces het onderwerp en de omvang van het geschil door de partijen worden bepaald. De rechter mag vanwege zijn lijdelijke positie daar niet buiten treden. Daarnaast zouden alleen

de partijen in het civiele proces de verantwoordelijkheid voor het aandragen van het bewijsmateriaal hebben. De rechter zou dientengevolge niet bevoegd zijn zelfstandig onderzoek te doen naar de juistheid van bepaalde stellingen.²³

Tegen de achtergrond van deze benadering van het civiele proces leidt men af dat er in het strafproces geen sprake is van het bestaan van een bewijslast voor het OM of voor de verdachte.²⁴ De strafrechter is verantwoordelijk voor (het vinden van) de materiële waarheid. Het OM noch de verdachte hebben de *plicht* om een bijdrage aan de bewijsvoering te leveren, al zijn zij uiteraard daartoe wel bevoegd. Het civiele recht kent een dergelijke last wel, omdat daar de partijen verantwoordelijk zijn voor het leveren van het bewijs, terwijl de rechter een lijdelijke positie inneemt.²⁵ Desalniettemin zien verschillende auteurs een plicht voor het OM om na het uitbrengen van de dagvaarding, waarmee het OM voldoet aan zijn beweringslast dan wel stelplicht,²⁶ een deugdelijke fundering te geven van het tenlastegelegde feit. Deze plicht vindt zijn grondslag in de publiekrechtelijke positie van het OM, maar hieraan zijn geen bewijsrechtelijke consequenties verbonden in die zin dat het achterwege laten van een dergelijke fundering een beslissende betekenis heeft voor de afloop van het strafrechtelijk geding.²⁷

3.3.1 Lijdelijkheid en activiteit

Wij zijn er van overtuigd dat de verschillen tussen de 'lijdelijke' civiele rechter en de 'actieve' strafrechter minder groot zijn dan ze lijken. In § 2 is al aan de orde gekomen dat de lijdelijkheid van de civiele rechter zich beperkt tot de omvang en het onderwerp van het geschil. Daarbinnen heeft de civiele rechter steeds meer mogelijkheden gekregen om feitelijk onderzoek naar de ma-

20 Zie Melai, *a.w.*, pp. 86-87, 92; Reijntjes, *a.w.*, pp. 77-78; Fokkens, *a.w.*, p. 18; Nijboer, *a.w.*, p. 197.

21 Modderman, *a.w.*, p. 58; Langemeijer, *t.a.p.*, pp. 88-89, 97; Enschedé, *t.a.p.*, p. 507; Melai, *a.w.*, pp. 86, 91-92; Reijntjes, *a.w.*, pp. 9, 78-80; Cleiren, *t.a.p.*, p. 150; Nijboer, *a.w.*, pp. 189-191, 197, 203, 205.

22 Hetzelfde geldt ook indien de officier van justitie ter zitting tot vrijspraak zou requireren; ook dan kan de rechter de verdachte veroordelen, mits hij op grond van het voorhanden zijnde (wettige) bewijsmateriaal er van overtuigd is dat de verdachte het feit heeft begaan.

23 Zie expliciet Melai, *a.w.*, pp. 81-85.

24 Enschedé, *t.a.p.*, p. 506; Melai, *a.w.*, pp. 91-92; Bronkhorst, *t.a.p.*, p. 43; Nijboer, *a.w.*, pp. 190, 199, 203. Modderman, *a.w.*, p. 58 spreekt overigens wel van bewijslast, maar die rust zijns inziens op de rechter.

25 In de literatuur wordt dit verschil tussen het strafrecht en het civiele recht wel tot uitdrukking gebracht met de stelling dat de strafrechter bewijst, terwijl in het civiele recht het bewijzen door partijen geschiedt. Zie Enschedé, *t.a.p.*, p. 506 en Nijboer, *a.w.*, pp. 32, 197. Vgl. ook Reijntjes, *a.w.*, pp. 78-79.

26 Zie Langemeijer, *t.a.p.*, (met name) p. 87 resp. Enschedé, *t.a.p.*, p. 504; Nijboer, *a.w.*, p. 198.

27 Melai, *a.w.*, pp. 94-95; Nijboer, *a.w.*, p. 32, 199-200. Uit de publiekrechtelijke positie wordt eveneens afgeleid dat het OM niet alleen belastend materiaal moet presenteren, maar ook ontlastend materiaal voor zover dat in een concreet geval aanwezig is. Zie A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel II, Haarlem 1925, p. 122; Melai, *a.w.*, p. 95. Ook hieraan zijn geen bewijsrechtelijke consequenties verbonden.

teriële waarheid te (doen) verrichten, waarvan de inlichtingencomparitie de belangrijkste mag heten.²⁸ Er is een tendens waarneembaar dat de civiele rechter actief gebruik maakt van die mogelijkheden. Deze tendens wordt gestuurd door velerlei factoren, waaronder de wens de rechter zo min mogelijk te belemmeren bij het vinden van de materiële waarheid en het streven naar een informele en efficiënte procesvoering.²⁹

De 'actieve' strafrechter vertoont daarentegen in zekere zin ook karaktertrekken van lijdelijkheid. Uit de grondslaggever volgt dat het OM met de tenlastelegging het onderwerp van het strafgeding bepaalt en dat de rechter binnen dit kader beaardslaat en uitspraak doet (artikel 350 Sv). De gelijkenis met het civiele proces is groot (zie § 2). De strafrechtspraktijk laat zien dat de strafrechter ook binnen het genoemde kader zich lijdelijk opstelt. In de Nederlandse traditie vindt het grootste, en veelal belangrijkste, deel van het strafrechtelijk onderzoek naar het tenlastegelegde feit plaats in de fase voorafgaande aan de terechtzitting.³⁰ De rechter pleegt daardoor niet snel tot een ruim opgezet onderzoek te komen, maar verricht in belangrijke mate zijn werkzaamheden op basis van het dossier. Dit dossier, samengesteld onder verantwoordelijkheid van het OM, draagt bij aan de beeldvorming van de rechter over het tenlastegelegde feit. Het 'officiële perspectief van het OM'³¹ staat daarmee bij de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting voorop. Indien de verdachte bovendien het begaan van het strafbare feit niet weerspreekt, of zelfs heeft bekend, blijft het onderzoek ter terechtzitting in de praktijk veelal beperkt tot de voor de strafmaat relevante feiten en omstandigheden.³² De rechter is weliswaar verplicht om alert te zijn op en rekening te houden met belastende en bevrijdende feiten en omstandighe-

den, maar dat vindt zijn begrenzing in de mate waarin deze zich aan hem voordoen. Voor zover de bevrijdende feiten en omstandigheden niet onmiddellijk in het oog springen, komt de rechter pas tot een nader onderzoek indien de verdachte hem daarop attendeert (zie nader § 4). Van de strafrechter kan immers – mede gelet op de beschikbare tijd en middelen – niet het onmogelijke worden gevegd.³³ Zo hoeft hij geen rekening te houden met zogenaamde onwaarschijnlijke mogelijkheden.³⁴

Een strafrechter verschilt al met al niet veel van een actieve civiele rechter die zijn onderzoeksmogelijkheden ten volle benut. Eén verschil tussen het civiele recht en het strafproces blijft uitdrukkelijk wel overeind: in het civiele proces komen door het niet-betwisten of erkennen van stellingen van de wederpartij feiten vast te staan. De civiele rechter is daaraan gebonden. In het strafproces hoeft de verdachte de stellingen van het OM niet te betwisten om te voorkomen dat de feiten komen vast te staan. De strafrechter is namelijk niet gebonden aan de stellingen van OM en verdachte.

3.3.2 Gevolgen voor de bewijslast

Vervolgens rijst de vraag hoe, gelet op bovenstaande kanttekeningen, de stelling dat het strafproces geen bewijslast kent, moet worden beoordeeld. Het is daarbij van belang te constateren dat binnen de strafrechtelijke opvatting bewijslast doorgaans wordt opgevat als *de plicht* van een procespartij een bepaald feit te bewijzen. Het blijft in het midden of het om een rechtens afdwingbare plicht gaat.³⁵

In het civiele recht wordt de bewijslast in ieder geval niet als een rechtens afdwingbare plicht gezien. Het gaat erom of de rechter na de bewijswaar-

28 Daarmee is niet gezegd dat de waarheidsvinding geen enkele belemmering meer ondervindt. Met name de informatieverplichtingen van partijen behoeven nadere ontwikkeling. Zie Asser-Vranken, nrs. 19, 21-29, 51; Van den Reek, *a.w.*, nrs. 1, 111-114, 119-121, 125-126; Asser (1999), *t.a.p.*, p. 1253.

29 Zie voor een beschrijving van deze en andere factoren Bosch-Boesjes, *a.w.*, pp. 1-7; Asser-Vranken, nrs. 9, 19-29, 36-42 en Asser (1999), *t.a.p.*, pp. 1251-1256. Vgl. Reijntjes, *a.w.*, p. 79, die eveneens een afnemende mate van lijdelijkheid van de civiele rechter constateert.

30 Zie daarover met name het klassieke opstel van W.P.J. Pompe, Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?, in: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle 1975, pp. 55-64.

31 Nijboer, *a.w.*, p. 347.

32 Zie daarover – in kritische zin – D. Garé, De enkele be-

kentenis van de verdachte als uitsluitend bewijs in strafzaken, *NJB* 1992, pp. 631-633; J.L.M. Boek & J.F. Nijboer, De bekentenis als koningin van het bewijs, *DD* 1994, pp. 41-58.

33 Nijboer, *a.w.*, p. 204.

34 Reijntjes, *a.w.*, pp. 24-25; Nijboer, *a.w.*, pp. 84, 160-161, 204. Aan de door deze auteurs genoemde jurisprudentie kan worden toegevoegd: HR 3 december 1974, *NJ* 1975, 192; HR 1 november 1994, *NJ* 1995, 200; HR 21 januari 1997, *NJ* 1997, 388; HR 1 december 1998, *NJ* 1999, 273. Zie ook de noot van Th.W. van Veen onder HR 30 januari 1979, *NJ* 1979, 255.

35 Zo laten Langemeijer, *t.a.p.*, p. 89; Enschedé, *t.a.p.*, pp. 505-506; Bronkhorst, *t.a.p.*, p. 43 en Nijboer, *a.w.*, p. 32 de status van de plicht in het midden. Melai, *a.w.*, p. 84 spreekt van een niet rechtens afdwingbare plicht.

dering in voldoende mate overtuigd is van de waarheid van een beweerd feit. Wie niet het (bewijs)risico wil lopen dat de rechter zijn stelling niet bewezen acht, zal het als een praktische noodzakelijkheid ervaren om zo veel mogelijk materiaal ter onderbouwing daarvan aan te dragen. De rechter kan hem daartoe echter niet dwingen.³⁶ In het strafrecht is het niet anders: indien het OM veroordeling van de verdachte wenst, zal hij ter vermijding van de kans dat de rechter de verdachte vrij zal spreken, voldoende wettig bewijsmateriaal moeten aandragen teneinde de rechter de overtuiging te doen bekomen dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. Het maakt geen verschil of de rechter ook zelfstandig onderzoek kan doen naar de toedracht van het feit. Zijn inspanningen leiden er immers niet per definitie toe dat eventuele onduidelijkheden over de feitelijke gang van zaken worden weggelaten. De kans dat er een *non liquet* ontstaat,³⁷ wordt wellicht door de rechterlijke inspanningen kleiner, maar blijft aanwezig.³⁸

4 Een andere opvatting

4.1 Inleiding

In de voorgaande paragraaf hebben wij getracht aan te tonen dat de (veronderstelde) verschillen tussen het civiele proces en het strafproces niet zodanig zijn dat aansluiting bij het civielrechtelijke begrippenapparaat inzake het bewijsrecht niet mogelijk zou zijn. De activiteiten van het OM en de verdachte als procespartijen alsmede die van de rechter kunnen daardoor aan de hand van dezelfde begrippen – bewijsrisico en bewijslast – op een eenduidige wijze worden benoemd. Dit draagt niet alleen bij aan het structureren van het wetenschappelijke debat, maar geeft ook een beter inzicht in het debat ter zitting, waardoor het voor partijen voorshands duidelijk is wat van hen in het strafproces wordt verwacht.³⁹

Hieronder geven wij aan welke plaats de genoemde begrippen in het strafproces toekomen. Op deze plaats wijzen wij er nog op dat alleen het *bewijs* van het tenlastegelegde feit door het OM onderworpen is aan het bewijsregime van de artikelen 338-344a Sv.⁴⁰ Andere stellingen en beweringen, zoals die van de verdachte en die met betrekking tot de strafmaat, vallen hierbuiten. De rechter is bij de vaststelling van deze feiten niet gebonden aan wettige bewijsmiddelen, noch aan de eis van overtuiging. Waar wij hieronder over bewijs spreken, doelen wij op bewijs van het tenlastegelegde feit.

4.2 Bewijsrisico en bewijslast voor het OM

Over het begrip *bewijsrisico* kunnen we betrekkelijk kort zijn. Wij pleiten voor het gebruik van dit begrip, omdat het bewijsrisico onvermijdelijk in elke procedure een rol speelt, ongeacht de aard van die procedure (zie § 3.3.2). De term maakt duidelijk waar het om draait in een gerechtelijke procedure: het verkrijgen van een beslissing met het oog op een bepaald rechtsgevolg (zie § 1). Door het entameren van een strafrechtelijke procedure wenst het OM een rechterlijk oordeel over bepaald gedrag te verkrijgen: meestal een veroordeling met de oplegging van sancties. Indien de rechter het tenlastegelegde niet wettig en overtuigend bewezen acht (artikel 338 Sv), ligt het bewijsrisico bij het OM: er vindt geen veroordeling plaats.⁴¹

Evenals in het civiele bewijsrecht kunnen bewijsrisico en *bewijslast* in het strafproces in belangrijke mate aan elkaar worden gekoppeld. Met het uitbrengen van een tenlastelegging poneert het OM de stelling dat een verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het begaan van een strafbaar feit en voert het daartoe feiten en omstandigheden aan. Het is in eerste instantie aan het OM om bewijs van de bestanddelen van de delictomschrijving te leveren. Gesteld mag worden dat het OM de bewijslast hiervan draagt.⁴² Dit vloeit in de eer-

36 Grünebaum, *a.w.*, pp. 60-61.

37 De term *non liquet* vindt geen brede toepassing in het strafrecht, maar is ook niet geheel onbekend. Zie bijvoorbeeld W.P.J. Pompe, *Het bewijs in strafzaken, in: Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle 1975, p. 52.

38 Grünebaum, *a.w.*, pp. 49, 53-54. Vgl. P. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, Gent 1992, nrs. 260, 280.

39 Het op 7 oktober jl. gepresenteerde tussenrapport van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 naar een nieuw Wetboek van Strafvordering gaat uit van een contradictoire gedingstructuur met autonomie van en verantwoordelijkheden voor verdachte en OM. Onze opvatting sluit aan bij deze posities van partijen.

40 In de strafrechtelijke literatuur wordt het begrip bewijs

hoofdzakelijk in dit opzicht gehanteerd. Zie bijvoorbeeld Reijntjes, *a.w.*, p. 9, 51; Fokkens, *a.w.*, p. 13; Nijboer, *a.w.*, p. 19. Zie ook reeds *BHTK* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 134 (MvT).

41 Zie ook Traest (1992), *a.w.*, nr. 333.

42 EHRM 6 december 1988, Series A-146, § 77 (Barberà c.s.): '(...) the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused'; Traest (1992), *a.w.*, nrs. 333, 400; D.R. Doorenbos, *Voorkenniszaken en 'circumstantial evidence'*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 133 (noot 2), 141. Vgl. Melai, *a.w.*, pp. 93-94 en ook Reijntjes, *a.w.*, pp. 63, 79, 81, volgens wie het de taak van het OM is te bewijzen ('belast met de bewijsvoering').

ste plaats voort uit de taak en de positie van het OM: het handhaven van de rechtsorde (artikel 4 RO). Onder leiding van het OM worden strafbare feiten opgespoord en wordt bewijsmateriaal verzameld. Het OM selecteert vervolgens de zaken die voor de rechter moeten worden gebracht (het opportuniteitsbeginsel ex artikel 167 lid 1 Sv). Bij deze selectie moet het OM telkens nagaan of, gelet op het beschikbare bewijsmateriaal, een veroordeling redelijkerwijs haalbaar is. Dit vloeit voort uit het uitgangspunt van het Wetboek van Strafvordering dat alleen werkelijk schuldigen mogen worden gestraft.⁴³ In dit verband moet het OM ook rekening houden met een veelal defamerende werking van het betrekken van een persoon in een strafprocedure. Het is dan ook in overeenstemming met de (civielrechtelijke) hoofdregel 'wie stelt, bewijst', dat het OM de beschuldiging waarmaakt. Het belasten van het OM met het aandraagen van bewijsmateriaal sluit bovendien aan bij de taakverdeling tussen de strafrechter en het OM in een accusatoir proces. Ook al is de strafrechter bevoegd zelfstandig onderzoek te verrichten, deze taak ligt meer op de weg van het OM. Wij beschouwen de taakstelling van de strafrechter primair als een correctiemechanisme. Daar waar het perspectief van het OM onvoldoende licht werpt op de materiële waarheid, kan de rechter zelf ingrijpen door zelfstandig onderzoek te (laten) verrichten naar belastende (en ontlastende) omstandigheden.⁴⁴ Gaat de rechter hierin verder en neemt hij de leiding over, dan kan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid in gevaar komen, zeker gezien vanuit de positie van de verdachte. Tot slot mag men van het OM als staatsorgaan dat met rechtshandhaving is belast, en voorzien van de daartoe vereiste (financiële) middelen, ook verwachten dat het voldoende bewijsmateriaal aandraagt. Gelet op de op het spel staande maatschappelijke belangen (zie § 3.2) kan men het tot de publieke verantwoordelijkheid van het OM rekenen dat het zich inspant om realisatie van het bewijsrisico te vermijden. Let wel, evenals een partij in een civiele

dagvaardingsprocedure op wie de bewijslast van een bepaald feit rust (§ 2), is het OM niet rechtens afdwingbaar verplicht aan zijn bewijslast te voldoen. Het OM neemt dan wel op de koop toe dat, indien de strafrechter niet zelfstandig onderzoek doet naar de belastende feiten en omstandigheden, het bewijsrisico zich realiseert en de verdachte vrijuit gaat.

4.3 Geen bewijsrisico en bewijslast voor de verdachte

Op grond van de onschuldpresumptie mag van de verdachte niet worden verlangd dat hij zijn onschuld bewijst.⁴⁵ Daarmee is niet gezegd dat het zonder risico's is indien de verdachte zich volledig passief opstelt. De rechter – en ook het OM – kan niet met alle denkbare feiten en omstandigheden rekening houden en deze onderzoeken. Bovendien ligt het voor de hand dat de verdachte wordt geacht de bevrijdende feiten en omstandigheden die meestal in zijn sfeer liggen en niet zonder meer voor derden zoals het OM en de rechter kenbaar zijn, zelf naar voren te brengen. Hij heeft daarbij een groot belang.⁴⁶ Immers, de rechter mag niet tot de vereiste overtuiging van artikel 338 Sv komen, indien er twijfel bestaat omtrent het begaan van het strafbaar feit door de verdachte. Dit vloeit voort uit de *in dubio pro reo*-regel.

Kiest de verdachte ervoor een voor hem gunstige omstandigheid naar voren te brengen, dan kan dat op twee manieren geschieden. Allereerst kan de verdachte in de bewijsvoering van het OM interfereren door ter zake van één of meer delictsbestanddelen voor hem gunstige of bevrijdende omstandigheden naar voren te brengen. Hij voert dan een bewijsverweer waarmee hij twijfel tracht te zaaien omtrent het wettig en overtuigend bewezen zijn van deze delictsbestanddelen. Ten tweede kan de verdachte buiten de bewijslevering door het OM om een beroep doen op feiten en omstandigheden die een vervolgings- of strafuitsluitingsgrond vormen.⁴⁷ In

43 Zie o.m. *BHTK* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 55 (MvT). Zie voorts § 3.2, A.L. Melai, *Het strafproces geen zuiveringsproces*, *DD* 1973, pp. 457-460; G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden 1974, p. 23; Corstens (1995), *a.w.*, p. 461; J.M. Reijntjes, in: A.L. Melai e.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer (losbl.), aant. 1a op art. 167 (suppl. 107).

44 Vgl. § 3.3 en Reijntjes, *a.w.*, pp. 80-81: de rechter stuurt de bewijsvoering mee. Het bewijsrisico blijft bij het OM.

45 Art. 6 lid 2 EVRM; Keijzer, *t.a.p.*, pp. 247-250; Corstens (1995), *a.w.*, p. 53; Nijboer, *a.w.*, pp. 32-33, 203; F.G.H. Kristen & M.J. Borgers & I.M. Koopmans, *Schuld in*

het strafrecht, in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen 1998, pp. 22-23.

46 Zie *Handelingen I*, 1920-1921, p. 64 (MvA): 'Voor de ontlastende gegevens en gezichtspunten heeft niemand zóó fijn gevoel en opmerkingsvermogen als de vervolgende partij zelve.' Voorts Modderman, *a.w.*, pp. 58-59; Langemeijer, *t.a.p.*, pp. 88-89, 96-97; Nijboer, *a.w.*, pp. 86, 204-205. Zie ook Melai, *a.w.*, p. 95.

47 Niet aanvaard is de stelling dat het OM de afwezigheid van strafuitsluitingsgronden moet aantonen. Melai, *a.w.*, p. 90; Nijboer, *a.w.*, p. 198.

beide gevallen mag van de verdachte worden verwacht dat hij het niet bij het enkel stellen van de gunstige omstandigheid laat. De verdachte zal op zijn minst die omstandigheden zodanig moeten toelichten dat de rechter redelijkerwijs in staat is daar nader onderzoek naar te doen. De stellingen van de verdachte mogen niet van alle geloofwaardigheid ontbloot blijven. Pas indien de aangevoerde omstandigheden aannemelijk zijn geworden, is er zoveel twijfel dat de verdachte niet mag worden veroordeeld. Dit betekent niet dat de verdachte geheel wordt belast met het aannemelijk maken van de aanwezigheid van ontlastende omstandigheden.⁴⁸ De rechter moet ook ambtshalve bedacht zijn op de mogelijke aanwezigheid daarvan (§ 3.3). Maar de verdachte die enkel de aandacht vraagt voor ontlastende omstandigheden doch zich voor het overige geheel passief opstelt, moet er rekening mee houden dat de rechter zijn stellingen tamelijk eenvoudig kan passeren.⁴⁹

Uit het voorafgaande vloeit voort dat de term bewijsrisico niet functioneel is om het risico dat de verdachte loopt bij het niet of onvoldoende gemotiveerd stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden aan te duiden. Anders dan op de partij in de civiele procedure wiens stelling afdoende wordt weersproken, rust op de verdachte in het strafproces immers geen bewijslast in de zin van het – wettig en overtuigend – bewijzen van de aanwezigheid van bevrijdende feiten en omstandigheden. De verdachte loopt derhalve geen bewijsrisico.⁵⁰ Ten aanzien van deze feiten en omstandigheden loopt hij wel het risico dat zijn stellingen door de rechter niet worden overgenomen. Hij heeft in dat geval zijn standpunt op zodanig magere wijze geponeerd dat zelfs de rechter geen aanleiding ziet er zelfstandig onderzoek naar te verrichten.

4.4 Bewijsvoeringslast voor de verdachte

Het voorgaande brengt ons bij hetgeen van de verdachte ter zake mag worden verwacht. Wij zullen dit aanduiden met het aan de civielrechtelijke literatuur ontleende begrip *bewijsvoeringslast*. Hiermee wordt bedoeld op de activiteiten van een partij gericht op het zaaïen van twijfel omtrent hetgeen te zijnen nadele wordt vermoed. Deze activiteiten houden in het gemotiveerd stellen van feiten en omstandigheden die het vermoeden kunnen ontcrachten. Slaagt men daarin, dan vervalt het vermoeden en realiseert het bewijsrisico zich ten nadele van de wederpartij (tenzij deze alsnog de juistheid van het vermoeden weet te bewijzen). Het dragen van een bewijsvoeringslast betekent niet dat de betreffende partij het bewijsrisico krijgt toegeschoven.⁵¹ Het is niet noodzakelijk het vermoeden onomstotelijk te weerleggen (het leveren van bewijs van het tegendeel). Dit patroon komt overeen met de activiteiten van de verdachte inzake bevrijdende feiten en omstandigheden. De bewijsvoeringslast houdt derhalve in het gemotiveerd stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden opdat deze aannemelijk worden, hetzij op grond van het verweer van de verdediging, hetzij mede op grond van de onderzoeksactiviteiten die de rechter ontplooit naar aanleiding van dat verweer. Het laatste vloeit voort uit de taak van de rechter tot het vinden van de materiële waarheid.

De term bewijsvoeringslast behoeft nog nadere toelichting. De last valt uiteen in twee onderdelen: bewijs en voering. Het woord 'voering' ziet op de activiteit die van de verdachte en diens raadsman wordt verwacht: het gemotiveerd stellen van bevrijdende feiten en omstandigheden.⁵² Het woord 'bewijs' is problematisch. De verdachte hoeft niet de (hogere) lat van *overtuiging*

48 Het criterium dat het verweer aannemelijk moet zijn geworden is vaste jurisprudentie. De rechter mag een verweer niet afwijzen met de motivering dat de verdachte zijn stellingen niet aannemelijk heeft gemaakt. Zie onder andere: HR 20 juni 1967, *NJ* 1968, 49; HR 12 januari 1971, *NJ* 1971, 293; HR 10 juni 1975, *NJ* 1975, 465; HR 25 november 1980, *NJ* 1981, 127; HR 5 februari 1985, *NJ* 1985, 473; HR 30 januari 1990, *NJ* 1990, 445; HR 28 maart 1995, *NJ* 1995, 484. Zie over de last HR 3 juni 1997, *NJ* 1997, 657.

49 Wij wijzen in dit verband nog op het Poppenspel-arrest (HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 748). Voor het aannemen van een responsieplicht bij het verwerpen van het verweer inhoudende de onbetrouwbaarheid van een deskundigenrapport, speelde expliciet een rol dat de verdediging, naast het verwijzen naar meerdere wetenschappelijke publicaties, ook zelf op de propren kwam met een deskundige. Zie nader: M.J. Borgers, (On)rechtma-

tigheid en (on)betrouwbaarheid van daderidentificaties door ooggetuigen, *AA* 1995, p. 180; Nijboer, *a.w.*, pp. 172-173.

50 Vgl. Reijntjes, *a.w.*, pp. 63, 66. Ook indien er gebruik wordt gemaakt van wettelijke vermoedens, draagt de verdachte niet het bewijsrisico. Het zaaïen van twijfel volstaat. Zie ook EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991, 351 (Salabiaku) en EHRM 25 september 1982, *NJ* 1995, 593 (Pham Hoang); daarover F.G.H. Kristen, Schulleffecten in strafrechtelijk effectenrecht, in: Borgers e.a., *a.w.*, p. 49. Anders: Nijboer, *a.w.*, p. 205.

51 I. Giesen, Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht, *WPNR* 1997, pp. 244-245. Zie ook Giesen (1999), *a.w.*, pp. 5-6.

52 'Het woord van de officier behoeft een wederwoord', aldus Reijntjes, *a.w.*, p. 77. Zie ook Giesen (1999), *a.w.*, p. 5.

van artikel 338 Sv te halen, noch daarbij gebruik te maken van *wettige* bewijsmiddelen. Een gebrek aan een alternatief maakt dat wij toch opteren voor bewijsvoeringslast, waarbij wij de kanttekening plaatsen dat bewijs in deze context in de ruimere zin van argumentatie wordt gehanteerd.⁵³

Waaruit het gemotiveerd stellen door de verdachte precies moet bestaan, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Factoren als de inbedding in en de waarschijnlijkheid van de bevrijdende feiten en omstandigheden ten opzichte van de ter zitting beschikbare en vaststaande feiten en omstandigheden zijn hierop van invloed. Wij kunnen op deze plaats enkel enige grenzen schetsen. Aan de ene kant kan de verdachte niet met het enkel stellen van een bevrijdend feit of omstandigheid volstaan, wil hij het risico vermijden dat de strafrechter zelf geen aanleiding ziet er zelfstandig onderzoek naar te verrichten. Hij zal het betreffende feit of de omstandigheid moeten duiden en (globaal) moeten aangeven welke gevolgen eraan moeten worden verbonden.⁵⁴ In navolging van het civiele recht kan men stellen dat het wat en waarom duidelijk moet zijn. Alsdan blijkt in ieder geval de bedoeling van het verweer en wordt de rechter in staat gesteld omissies in gestelde feiten en omstandigheden zelf nader te onderzoeken. Onzes inziens doet de verdachte er verstandig aan daarnaast ook te beargumenteren op welke wijze het feit of de omstandigheid aannemelijk kan worden. De verdachte hoeft aan de andere kant niet het bewijs te leveren van het bevrijdende feit of omstandigheid. Er is immers geen sprake van een bewijslast.

Een voorbeeld kan dit illustreren. Op Schiphol worden regelmatig koffers aangetroffen waarin drugs zijn verstopt. Degene aan wie de betreffende koffer toebehoort, verweert zich veelal met de stelling dat hij geen weet heeft gehad van de aanwezigheid van drugs; de drugs moeten door iemand an-

ders in de koffer zijn gestopt. Voor het bewijs maakt de rechter in dergelijke gevallen soms gebruik van de ervaringsregel dat degene die zelf zijn koffer inpakt, weet wat zich in die koffer bevindt. In een recent arrest van de Hoge Raad staat een soortgelijke casus centraal.⁵⁵ Een Peruaan wordt op Schiphol aangehouden omdat er in zijn koffer 23 kilo cocaïne verborgen zit. In het strafproces, waarin hij wordt vervolgd voor de opzettelijke invoer van drugs, stelt de verdachte dat hij geen weet had van de aanwezigheid van de drugs in zijn koffer. Hij vermoedt dat de Peruaanse geheime dienst om politieke redenen de drugs in zijn koffer heeft gestopt. De rechter wordt verzocht nader onderzoek te (laten) doen naar de rol van de Peruaanse geheime dienst in deze.⁵⁶ Het Hof acht dit verhaal hoogst onwaarschijnlijk, te algemeen en niet toegespitst op de verdachte zelf, laat het verzochte onderzoek achterwege en veroordeelt de verdachte mede op basis van de genoemde ervaringsregel. De Hoge Raad acht dit oordeel 'niet onbegrijpelijk'. Naar het zich laat aanzien, heeft de verdachte hier niet aan zijn bewijsvoeringslast voldaan. Met het enkel stellen van een ander scenario – de Peruaanse geheime dienst heeft met de koffer gerommeld – kan de verdachte niet volstaan. Hij moet feiten en omstandigheden aanvoeren waaruit aannemelijk kan worden dat het alternatieve scenario *in zijn geval* van toepassing kan zijn geweest.⁵⁷ Alsdan ontstaat er gerede twijfel omtrent de houdbaarheid van de bewijsvoering en geldt het *in dubio pro reo*. Een andere mogelijkheid is dat de aangevoerde feiten en omstandigheden weliswaar niet aanstonds de aannemelijkheid van het andere scenario staven, maar de rechter wel de noodzaak doen inzien dat nader onderzoek moet worden gelast. Of de gerede twijfel zich ook dan voordoet, is afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek. Zou de verdachte kunnen volstaan met een enkel 'stellen' waarna de rechter genoodzaakt zou zijn de feitelijke grondslag te onderzoeken, dan zou dit in de praktijk tot vrijwel onmoge-

53 Immers, beweren in beweringslast is niet anders dan stellen (zie ook Reijntjes, *a.w.*, p. 66; Nijboer, *a.w.*, p. 13) en schiet op die grond te kort. Hetzelfde geldt voor aanvoeringslast; vgl. Traest (1992), *a.w.*, nr. 366. Aannemelijkheidslast omvat niet de activiteit.

54 Vgl. ook A. Krikke, Strafvuitsluitingsgronden, *DD* 1975, pp. 417-422; M.J. Grapperhaus & H.J.I.M. de Rooij, Bewijsverweeren; een overzicht, in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken* (Bronkhorst-bundel), Arnhem 1989, pp. 117-118.

55 HR 3 november 1998, nr. 109.289. Zie voor een bespreking daarvan: D.H. de Jong & M. Kessler, Opzet in de Opiumwet: bewijs en inhoud, *NJB* 1999, pp. 385-388.

56 Daarnaast verzocht de verdachte ook om onderzoek te verrichten naar vingerafdrukken op de reeds vernietigde pakketten drugs. Wij laten dit aspect buiten beschouwing. Zie daarover De Jong & Kessler, *t.a.p.*, pp. 386-387.

57 De Jong & Kessler, *t.a.p.*, p. 387 stellen dat het 'extreem moeilijk [is] om aannemelijk te doen zijn, dat het vermoeden in zijn zaak niet opgaat'. De verdachte hoeft evenwel niet meer te doen dan een min of meer realistisch alternatief scenario te schetsen. Het standpunt van De Jong & Kessler lijkt eerder te zijn gebaseerd op een zwaardere (bewijs)last voor de verdachte dan op de bewijsvoeringslast.

lijke onderzoeksplichten leiden (onderzoek van de activiteiten van een *geheime* dienst door de Nederlandse rechter ligt niet voor de hand). Het aanvoeren van onwaarschijnlijke verweren werkt in dat geval het gevaar van obstructie van de procedure in de hand.⁵⁸

Niettegenstaande de bewijsvoeringslast moet de rechter scherp in de gaten houden of de eisen die hij stelt aan de hoeveelheid en de aard van het materiaal dat de verdachte ter onderbouwing van een verweer moet aanvoeren teneinde de vereiste mate van aannemelijkheid te kunnen bereiken, niet even zwaar zijn als de eisen die hij stelt in het kader van de bewijslast van het OM. Het stellen van te zware eisen kan niet op onze sympathie rekenen. Uit het verschil in de door de rechter te hanteren maatstaf volgt onzes inziens dat de strafrechter het materiaal aangevoerd door of namens de verdachte welwillender dient te beoordelen dan dat van het OM.⁵⁹ Gezien het adagium *in dubio pro reo* moet ten aanzien van de bevrijdende omstandigheden kunnen worden volstaan met een redelijke twijfel.⁶⁰

4.5 Omkering van de bewijslast

Uit het voorgaande blijkt dat de begrippen bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast zowel in het civiele recht als in het strafrecht vrijwel dezelfde betekenis hebben. Het verschil met het civiele recht is en blijft dat bewijslast en bewijsrisico niet kunnen worden toegedeeld aan de verdachte. De onschuld-

presumptie verhindert dat op de verdachte de bewijslast inzake bevrijdende feiten en omstandigheden wordt gelegd. Omkering van de bewijslast is in het strafprocesrecht dan ook niet denkbaar.⁶¹ De wetgever realiseert zich dit terdege en zoekt de oplossing voor bewijsproblemen voor het OM in de vormgeving van het materiële recht.⁶² Zo kunnen er één of meer delictsbestanddelen worden geschrapt,⁶³ of kan een moeilijk te bewijzen bestanddeel worden vervangen door een ander bestanddeel.⁶⁴ Het bewijsrisico van het OM wordt hierdoor verlicht,⁶⁵ zonder dat het bewijsrisico of de bewijslast naar de verdachte wordt toegeschoven.⁶⁶

5 Conclusie

Het OM draagt het bewijsrisico en de bewijslast ter zake van het tenlastegelegde feit. Een strafrechtelijke procedure waarin het OM na het uitbrengen van de dagvaarding het zwijgen ertoe doet, laat zich immers moeilijk voorstellen. Het OM dient derhalve in eerste instantie het wettig en overtuigend bewijs te leveren dat een verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit. Daartegenover staat de verdachte op wie de bewijsvoeringslast rust inzake bevrijdende feiten en omstandigheden. Op grond van zijn wettelijke taak kan de rechter zelfstandig onderzoek (laten) doen naar zowel belastende als bevrijdende feiten en omstandigheden. Hij is in dit

58 P. Traest, *Bewijslast in strafzaken*, in: A. De Nauw e.a. (red.), *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen/Arnhem 1988, p. 116.

59 Voor de ontkenning van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr) ligt dit enigszins anders. In dat kader geldt niet het criterium van het wettig en overtuigend bewijs, maar de criteria zijn 'voldoende aanwijzingen' (art. 36e lid 2 Sr) en 'aannemelijk' (art. 36e lid 3 Sr). Aangezien dit minder strenge criteria zijn dan het 'wettig en overtuigend' bewijs, kan de verdachte niet op dezelfde wijze volstaan met het zaaien van twijfel. Ook bij enige twijfel kan het door het OM geleverde bewijs 'voldoende aanwijzingen' bevatten dan wel 'aannemelijk' zijn.

60 Reijntjes, *a.w.*, pp. 66-67.

61 Vgl. ook Reijntjes, *a.w.*, p. 63; Melai, *a.w.*, p. 87; Nijboer, *a.w.*, p. 197, 328.

62 Zie Reijntjes, *a.w.*, pp. 95-106.

63 Zo zijn in de strafbaarstelling van misbruik van voorwetenschap (art. 46 Wte 1995) het voordeelscriterium en de schending van de geheimhoudingsplicht geschrapt om de 'bewijslast' van het OM te verlichten, zie o.m. *TK* 1996-1997, 25 095, nr. 3, pp. 2, 4, 6 (MvT) en nr. 5, pp. 2-4 (MvA). Ten onrechte wordt gesproken over het (materieel of feitelijk) omkeren van de bewijslast, *TK* 1996-1997, 25 095, nr. 4, p. 4; *Handelingen II*, 1997/1998, p. 1967; D.R. Doorenbos, De vederlichte bewijslast van

misbruik van voorwetenschap, *NJB* 1996, p. 1809.

64 Zie bijvoorbeeld de voorgestelde wijziging van art. 141 Sr, waarbij 'met verenigde krachten' wordt vervangen door 'in vereniging', mede omdat het laatste zich gemakkelijker laat bewijzen dan het eerste. Zie *TK* 1998-1999, 26 519, nr. 3, pp. 5-6 (MvT). De suggestie dat deze wijziging een omkering van de bewijslast tot gevolg heeft (*TK* 1998-1999, 26 519, nr. 5, p. 14 (Verslag)), is o.i. niet juist. Het OM moet nog steeds het wettig en overtuigend bewijs leveren dat de verdachte deel uitmaakt van de groep en een bijdrage aan het geweld heeft geleverd; zie MvT, pp. 7-8 en *TK* 1999-2000, 26 519, nr. 6, pp. 6, 29, 32-33 (NV).

65 Wij vragen ons dan ook soms af wie in de optiek van de wetgever eigenlijk de zwakke partij in het strafproces is.

66 Het voorontwerp strafbaarstelling van witwassen leidt evenmin tot een bewijslastomkering, doch lijkt de bewijsvoeringslast van de verdachte aanzienlijk te verzwaren doordat hij het vermoeden van de herkomst van het vermogen moet ontkrachten. Zie hierover T.M. Schalken, *Toekomstige wetgeving inzake witwassen: over oude en nieuwe bezwaren*, *DD* 1999, pp. 287-310, die overigens de bewijspositie van de verdachte steeds met 'bewijsrisico' aanduidt.

Rode draad 'Bewijs en Bewijsrecht'

opzicht niet gebonden aan hetgeen OM en verdachte naar voren brengen. De maatstaf waaraan hij het aanwezig zijn van belastende feiten en omstandigheden moet toetsen is evenwel een

zwaardere dan die bij bevrijdende feiten en omstandigheden. Voor de eerste geldt het wettig en overtuigend bewijs van artikel 338 Sv, voor de laatste de eis van aannemelijkheid.