

DE WARE TOEDRACHT VAN BLACKSTONE

Peter van Koppen

1 INLEIDING

Het moet voor menig verdachte een geruststellende gedachte zijn dat hij pas zal worden veroordeeld als de rechter ervan overtuigd is dat hij het misdrijf ook pleegde zoals de officier van justitie hem ten laste heeft gelegd. De verdachte hoeft immers slechts een beetje te knabbelen aan de kwalitatieve waardering van het bewijs of met overtuiging een onschuldig scenario te presenteren om de overtuiging van de rechter te laten wankelen. Alleen als de ware toedracht van het misdrijf goed is gevangen in de tenlastelegging word ik veroordeeld, zal menig verdachte denken. De verdachte die op de hoogte is van de literatuur op het gebied van die overtuiging zal misschien wat minder gerustgesteld zijn.

Recente rechterlijke dwalingen en de modernisering van het strafrecht hebben de rechterlijke overtuiging tot een minder gerust bezit gemaakt.¹ De rechterlijke overtuiging is niet een waarborg gebleken tegen onterechte veroordelingen. En evenmin tegen onterechte vrijspraken.² Ook de kritische reflecties van experts die een rol spelen in het strafproces leidden tot hernieuwde aandacht voor de rechterlijke overtuiging.³ Zo is er aandacht gekomen voor wat die overtuiging nu precies is. Dan bedoel ik niet het karikaturale beeld dat Harald Merckelbach schetste van die overtuiging door haar in dezelfde categorie te plaatsen als de overtuiging van mensen die hun kinderen niet laten vaccineren en de overtuiging van klimaatsceptici.⁴

Serieuzer pakken Tineke Cleiren en Marieke Dubelaar het probleem aan in een artikel in *Themis*.⁵ Zij signaleren dat in de nieuwe regeling van strafvordering ‘wordt voorgesteld om het thans geldende bewijscriterium plaats te laten maken voor een meer objectief bewijscriterium, namelijk ‘buiten redelijke twijfel’.’ De term buiten redelijke twijfel is evident gebaseerd op de gebruikelijke term in de Angelsaksische rechtstelsel *beyond a reasonable*

1 Zie C.P.M. Cleiren & M.J. Dubelaar, ‘Modernisering van het strafrechtelijk bewijsrecht’, *RMThemis* 2018(5), p. 191-203. Zie bijvoorbeeld ook P.J. van Koppen, ‘Rechterlijke dwalingen’, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Routes van het recht: Over de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 883-916.

2 Zie bijvoorbeeld P.J. van Koppen, *Gerede twijfel: Over bewijs in strafzaken*, Amsterdam: De Kring 2013, hoofdstuk 14 en ook P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs: Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2011, p. 271 e.v.

3 Cleiren & Dubelaar 2018.

4 H. Merckelbach, ‘Liever rechters zonder overtuiging’, *NRC Handelsblad* 5 januari 2018.

5 Cleiren & Dubelaar 2018 (cursivering PjvK).

doubt.⁶ Cleiren en Dubelaar stellen de verandering als een nogal drastische voor. Zij zijn vrij negatief over de huidige standaard van de rechterlijke overtuiging:

‘Hoe de functie van de “overtuiging” ook wordt ingevuld, het blijft problematisch. Wanneer de “overtuiging” wordt ingepast in het waarschijnlijkheidsdenken en wordt gezien als bewijsstandaard, dan is het in feite een lege huls. Immers, de vraag blijft staan bij welke mate van waarschijnlijkheid de rechter zich overtuigd mag achten. De overtuiging duiden als een extra “bewijscriterium” of toets bovenop het beschikbare bewijs is ook problematisch, omdat dan het probleem kan optreden wat rechtspsychologen aanduiden als “dissociatie van overtuiging en bewijs”. Die dissociatie kan twee vormen aannemen, namelijk dat er ondanks overvloedig en kwalitatief goed bewijs toch wordt vrijgesproken omdat de rechter zich persoonlijk niet overtuigd acht (of wellicht: durft te achten). De tegenovergestelde situatie is dat de overtuiging wordt gebruikt om – in lektaal – “een uiterst magere bewijsconstructie over de streep te trekken”. De overtuiging wordt dan als het ware gebruikt als “een plusje”.⁷

Een overgang naar het criterium van buiten redelijke twijfel zou, naar het oordeel van Cleiren en Dubelaar, een objectiever criterium kunnen opleveren. Overigens is het voorstel in de concept-Memorie van Toelichting om dat alleen te laten gelden voor een veroordeling.⁸ Voor een vrijspraak zou de rechterlijke overtuiging nog leidend moeten blijven. Dat is een vreemde combinatie, zo signaleren Cleiren en Dubelaar ook. Het maakt naar hun oordeel van de rechterlijke overtuiging iets subjectiefs tegenover het meer objectieve criterium van buiten redelijke twijfel. Beter zou het zijn de rechterlijke overtuiging geheel te verlaten en voor vrijspraak en voor veroordeling uitsluitend het buiten-redelijke-twijfel-criterium te hanteren. Dat lost niet alle problemen op, maar geeft aan de praktijk het signaal ‘dat de bewijskracht van het beschikbare bewijsmateriaal leidend moet zijn.’⁹ De keuze voor boven redelijke twijfel dan wel *beyond a reasonable doubt* lost niet alle problemen op, maar maakt het, in de woorden van Cleiren en Dubelaar, ‘wel glashelder dat het streven is om die beslissing zo rationeel mogelijk te laten zijn.’¹⁰

6 Zie bijvoorbeeld J.O. Newman, ‘Beyond reasonable doubt’, *New York University Law Review* 1993, p. 979-1023; J.Q. Whitman, *The origins of reasonable doubt: Theological roots of the criminal trial*, New Haven: Yale University Press 2008.

7 Cleiren & Dubelaar 2018, p. 196.

8 Concept-Memorie van Toelichting Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

9 Cleiren & Dubelaar 2018, p. 198.

10 Cleiren & Dubelaar 2018, p. 197.

Het streven naar een zo rationeel mogelijke beslissing heeft verschillende kanten. De ene is dat zo goed mogelijk gebruik wordt gemaakt van de betekenis van bewijs en dat daarmee in zo veel mogelijk gevallen de onschuldigen worden vrijgesproken en de schuldigen worden veroordeeld. Een tweede is dat een zo rationeel mogelijke beslissing gemakkelijker kan worden uitgelegd aan de justitiabelen en dat daarmee de beslissing beter zal worden aanvaard.¹¹ Een derde is dat rationeler beslissen het gemakkelijker maakt om verschillen te minimaliseren tussen rechters, tussen rechtbanken en gerechtshoven en tussen het oordeel van het Openbaar Ministerie en de rechterlijke beslissing.

Deze bijdrage strekt ertoe om wat wij weten over het buiten-redelijke-twijfel-criterium te verkennen.

2 BRON VAN BUITEN REDELIJKE TWIJFEL

De rechterlijke beslissing in het strafrecht is – overigens anders dan in het civiele en het bestuursrecht – een asymmetrische. Als de rechter de onschuld en de schuld van de verdachte aan hetgeen ten laste is gelegd beide even waarschijnlijk acht, moet evident de conclusie vrijspraak volgen. Dat moet ook als schuld waarschijnlijker wordt geacht dan onschuld. Pas als de rechter de schuld van de verdachte zodanig vaststaand acht dat er nauwelijks meer ruimte is om onschuld serieus te nemen, dan mag een veroordeling volgen.

De geschetste manier van werken heeft, in vele varianten, een lange traditie in westerse en andere rechtsstelsels.¹² In de westerse traditie wordt de regel vooral gezien als een uitdrukking van de zogenaamde Blackstone ratio:¹³ ‘It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.’¹⁴ Het verhoudingsgetal dat Blackstone voorstelde, strekt ertoe om onterechte veroordelingen zoveel mogelijk uit te sluiten. De Blackstone ratio kan getalsmatig worden omgezet in eisen die aan bewijsmiddelen moeten worden gesteld voordat een veroordeling kan volgen. Wij deden in het verleden een poging daartoe, en berekenden op grond van de Blackstone ratio de waarde die het gezamenlijke bewijs ten minste zou moeten hebben om tot een veroordeling te komen.¹⁵ Ik laat die exercitie onbesproken, omdat aan bewijs toch nooit enig precies getal kan worden gehangen.¹⁶

11 H.F.M. Crombag & P.J. van Koppen, ‘Rechtvaardigheid’, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Routes van het recht: Over de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 809-820.

12 Zie bijvoorbeeld R. Jacob, ‘The judge and the sacred: Notes for a comparative history of Western and Chinese judicial cultures’, *Asian Journal of Law and Society* 2014(1), p. 17-30 en Whitman 2008.

13 D.D. Vecchi, ‘Laudan’s error: Reasonable doubt and acquittals of guilty people’, *International Journal of Evidence and Proof* 2020(3), p. 211-232.

14 W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Oxford: Clarendon Press 1765-1769.

15 H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken: De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Contact 1992, hoofdstuk 5.

16 Van Koppen 2011.

Bovendien zijn er argumenten aangevoerd voor andere verhoudingen, zoals 1 op 50, 1 op 100 en zelfs 1 op 1000, elk met ten minste honorabele argumenten.¹⁷

De kern is echter dat enige vorm van een Blackstone ratio om de onschuldige verdachte te beschermen onderdeel uitmaakt van de juridische doctrine in alle westerse rechtsstelsels.¹⁸ Blackstone is een verstandige leidraad bij het afwegen van een veroordeling tegen een vrijspraak.¹⁹ Er is immers een directe relatie tussen de gehanteerde ratio en het aantal onjuiste en juiste beslissingen.²⁰ Ik zal de situatie waarin de rechter verkeert nader omschrijven.

3 HET RECHTERLIJKE DILEMMA

Het dilemma van de strafrechter bestaat eruit dat een niet-willekeurige selectie van burgers voor het hekje verschijnt. Dat zijn mensen die op grond van onderzoek van de politie door het Openbaar Ministerie worden vervolgd. Sommigen van hen zien er nogal schuldig uit, maar zijn in werkelijkheid onschuldig. Anderen zien er weer onschuldig uit, maar zijn gewoon schuldig. De overgrote meerderheid van de verdachten is schuldig en ziet er ook zo uit. Er is dan nog een kleine minderheid die onschuldig is en er ook nogal onschuldig uitziet. Het bewijs tegen de verdachten kan worden afgezet tegen een dimensie van zwak bewijs tegen hen tot sterk bewijs tegen hen (zoals in figuur 1).

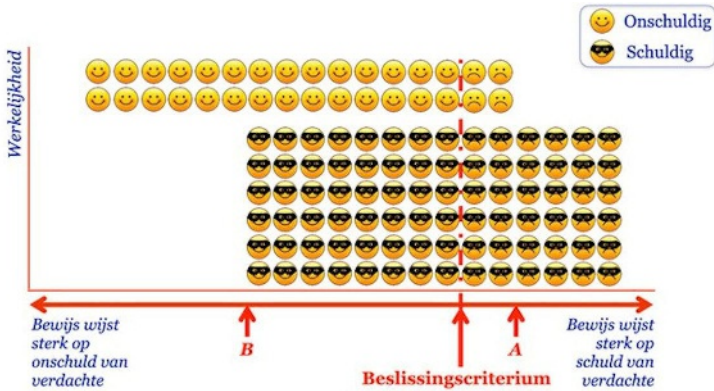
17 De leidende Amerikaan jurist Wigmore wilde bijvoorbeeld twintig schuldigen laten lopen om één onschuldige vrij te spreken. Zie J.H. Wigmore/J.H. Chadbourn, *Evidence*, Boston: Little Brown 1974. Anderen stelden weer allerlei andere criteria voor. Zie over de historie van die discussie A. Volokh, 'N Guilty men', *University of Pennsylvania Law Review* 1997(2), p. 173-211.

18 Zie Volokh 1997; R.J. Allen & L. Laudan, 'Deadly dilemmas', *Texas Tech Law Review* 2008(1), p. 65-92; K.A. Findley, 'Toward a new paradigm of criminal justice: How the innocence movement merges crime control and due process', *Texas Tech Law Review* 2008(1), p. 133-173; S.E. Clark, 'Blackstone and the balance of eyewitness identification evidence', *Albany Law Review* 2011(3), p. 1105-1156.

19 Hoewel in de maatschappij daarover verschillend wordt gedacht en de publieke steun voor een voorzichtige rechtspraak waarin hoge eisen aan het bewijs wordt gesteld niet altijd even groot is. Zie bijvoorbeeld: M. Xiong, R.G. Greenleaf & J. Goldschmidt, 'Citizen attitudes toward errors in criminal justice: Implications of the declining acceptance of Blackstone's ratio', *International Journal of Law, Crime and Justice* 2017, p. 14-26.

20 Vecchi 2020.

Figuur 1



We zijn het er, met Blackstone, over eens dat voordat wordt veroordeeld er stevig bewijs tegen de verdachte moet zijn, zo stevig dat er weinig ruimte meer is voor twijfel over diens schuld. De rechter moet derhalve hoge eisen stellen aan het bewijs. In termen van de bewijsdimensie in figuur 1 moeten er dusdanig hoge eisen aan het bewijs worden gesteld dat het beslissingscriterium vrij ver naar rechts ligt. Het beslissingscriterium is de hoeveelheid bewijs – de kracht van het gezamenlijke tegen de verdachte – dat de rechter wil zien voordat hij gaat veroordelen. Is er meer bewijs dan het criterium, dan wordt veroordeeld, is er minder, dan wordt er vrijgesproken. Het beslissingscriterium levert, zo laat de figuur zien, niet een perfecte scheiding op tussen schuldigen en onschuldigen. Sommige onschuldigen zien er nu eenmaal nogal schuldig uit en vice versa.

Wat de rechter vervolgens kan doen is een kwestie van rechtspolitek, bij voorkeur in de traditie van Blackstone. Verplaatst hij zijn beslissingscriterium naar rechts – bijvoorbeeld naar A in figuur 1 – en eist hij zodoende meer bewijs, dan zullen minder onschuldigen worden veroordeeld maar ook minder schuldigen. Gaat het beslissingscriterium de andere kant op – bijvoorbeeld naar B – dan levert dat meer vrijgesproken onschuldigen op, maar ook meer vrijgesproken schuldigen.

Wat de rechter ook doet en hoe er ook wordt geschoven met het beslissingscriterium, de rechter heeft altijd te maken met een *trade-off* tussen de fout van een onschuldige veroordelen en de fout van een schuldige vrijspreken. Er is niet een beslissingscriterium mogelijk dat een perfecte en ondubbelzinnige scheiding tussen schuldigen en onschuldigen mogelijk maakt. Over die *trade-off* gaat de Blackstone ratio. En die *trade-off* moet de rechter maken. De enige manier om fouten te voorkomen is om geen beslissing te nemen. En een beslissing moet de rechter wel nemen. Het is zijn droeve lot dat bij het beslissen onvermijdelijk fouten worden gemaakt. Dat is niet omdat rechtspraak mensenwerk is,

maar omdat de wereld nu eenmaal zodanig in elkaar steekt dat zij niet perfect gekend kan worden.

Die trade-off tussen schuldigen vrijspreken en onschuldigen veroordelen heeft nog een belangrijk kenmerk. Door het voorwerk van politie en Openbaar Ministerie is het overgrote deel van vervolgte verdachten schuldig (zie de overmaat van schuldigen in figuur 1). Strengere eisen aan het bewijs – en zodoende het beslissingscriterium naar rechts verplaatsen – om een enkele onschuldige vrij te spreken zorgt er automatisch voor dat excessief veel schuldigen ook vrij worden gesproken. In die zin is de Blackstone ratio een natuurgegeven van het strafrecht.

Ik ben geenszins een voorstander van kwantitatief denken over het bewijs. Het bovenstaande is slechts bedoeld om het mechanisme te demonstreren. Het gaat natuurlijk wel om waarschijnlijkheden, maar die kunnen niet worden gekwantificeerd.²¹ De rechter weet prima vista natuurlijk niet welke verdachte schuldig en welke onschuldig is. Hij kan alleen afgaan op de sterkte van het bewijs pro en contra de verdachte. Maar dat is per definitie een imperfecte maatstaf om schuld en onschuld aan af te meten.²² Dat maakt het rechterlijk werk risicovol in de zin dat er twee fouten kunnen worden gemaakt: een onschuldige veroordelen en een schuldige vrijspreken. Die fouten wil de rechter natuurlijk vermijden. De consequenties van elk van die fouten kunnen echter samenhangen met kenmerken van de strafzaak. Het is uiteraard ernstiger om iemand die wordt vervolgd voor serieverkrachtingen vrij te spreken als hij werkelijk schuldig is dan bijvoorbeeld iemand die wordt vervolgd voor winkeldiefstal.²³ Als de rechter vooral ernstige fouten wil vermijden, kan worden verwacht dat in een zaak van serieverkrachtingen juist lagere eisen worden gesteld aan het bewijs dan in een zaak van winkeldiefstal.²⁴ Dat maakt de kans kleiner dat de mogelijke serieverkrachter zijn werk kan voortzetten. Dat mechanisme noemden wij de overtuigingsparadox.²⁵

21 In die zin ook Cleiren en Dubelaar: 'De criteria die in verschillende rechtstradities gelden hebben zeer oude wortels, maar kunnen ook – al zijn ze verschillend – worden gezien vanuit het hedendaagse waarschijnlijkheidsdenken.' Cleiren & Dubelaar 2018, p. 196.

22 Over hoe dat precies gebeurt, is uitgebreide literatuur die past onder de samenvattende term signaal-detectie-theorie. Ik laat het hier verder onbesproken. Zie daarover N.A. MacMillan & C.D. Creelman, *Detection theory: A user's guide*, Cambridge: Cambridge University Press 1991; S.K. Lynn & L.F. Barrett, 'Utilizing signal detection theory', *Psychological Science* 2014(9), p. 1663-1673; H.V. Poor, *An introduction to signal detection and estimation*, New York: Springer-Verlag 1994; T.D. Wickens, *Elementary signal detection theory*, New York: Oxford University Press 2002.

23 Het is uiteraard ook erger om een onschuldige voor 10 jaar op te sluiten dan een kleine taakstraf op te leggen, maar dat lijkt minder een rol te spelen bij de besproken afweging.

24 Dat mensen zich bij dergelijke beslissingen laten leiden door de gevolgen van hun beslissingen laat onderzoek zien dat is gebaseerd op de signaal-detectie-theorie (genoemd in voetnoot 22).

25 J.W. de Keijser & P.J. van Koppen, 'Paradoxes of proof and punishment: Psychological pitfalls in judicial decision making', *Legal and Criminological Psychology* 2007(2), p. 189-205.

Er speelt nog een derde element. Het gaat niet alleen om het afwegen van de toekomst van de verdachte en het afwegen van de kwaliteit van het bewijs, maar ook om de afweging tussen het recht van de verdachte op vrijheid tegenover het recht van de maatschappij en de overheid om zich te beschermen tegen misdrijven.²⁶

Het mechanisme van de overtuigingsparadox laat zien dat waar precies het beslissingscriterium wordt gelegd, hoe hoog de eisen zijn die de rechter stelt aan bewijs en de consequenties die dat heeft voor de trade-off kan verschillen van zaak tot zaak, van rechter tot rechter en van tijdsgewricht tot tijdsgewricht.

4 METEN VAN BEYOND A REASONABLE DOUBT

Er is merkwaardigerwijs weinig onderzoek gedaan naar hoe mensen de Blackstone ratio waarderen. Een gunstige uitzondering is het onderzoek van Jan de Keijser en zijn collega's.²⁷ Hun proefpersonen waren niet rechters, maar klanten van de Nederlandse Spoorwegen. Niettemin vonden de onderzoekers de overtuigingsparadox: bij een ernstiger misdrijf werden minder hoge eisen gesteld aan het bewijs.

Er is veel onderzoek gedaan naar wat mensen boven gerede twijfel vinden. Dat is vooral gedaan in de Verenigde Staten. Dat komt niet alleen door de grootte van het land maar vooral omdat het model van de strafrechtspraak daar is gebaseerd op het juryproces.²⁸ Amerikanen hebben een rare verhouding tot de jury. Enerzijds vindt men het een van de belangrijkste democratische rechten om als jurylid te kunnen dienen en voor de verdachte

26 M.K. Dhimi, 'On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt', *Journal of Experimental Psychology: Applied* 2008(4), p. 353-363.

27 J.W. de Keijser, E.G.M. de Lange & J.A. van Wilsem, 'Wrongful convictions and the Blackstone ratio: An empirical analysis of public attitudes', *Punishment & Society* 2014(1), p. 32-49.

28 Zie N.J. Vidmar & V.P. Hans, *American juries. The verdict*, Amherst, New York: Prometheus 2007. Ondertussen vindt maar een klein deel van de strafzaken plaats met een jury. Verreweg de meeste zaken worden afgedaan met plea-bargaining, het handjeclap tussen *prosecution* en *defense*. De verhouding tussen de aantallen varieert van staat tot staat. Het nettoresultaat is dat in de gehele VS van de liefst 2,3 miljoen mensen in de gevangenis (W. Sawyer & P. Wagner, 'Mass incarceration: The whole pie 2020', *prisonpolicy.org* 24 maart 2020) 95% daar is gekomen door *plea bargaining* (A.J. Davis, 'Federal Prosecutors have way too much power', *The New York Times* 14 januari 2015) en niet door een openbaar juryproces. *Plea-bargaining* vindt in het geheim plaats, tussen twee bijzonder ongelijke partijen en wordt slechts marginaal getoetst door de rechter. Zie bijvoorbeeld het schokkende relaas van M. Teurlings, 'Uitleveren aan de VS staat gelijk aan veroordelen: Een kritische nooit ten aanzien van het vertrouwen in het Amerikaanse rechtssysteem', *NJB* 2003(8), p. 371-376; M. McConville & C.L. Mirsky, *Jury trials and plea bargaining. A true history*, Oxford: Hart Publishing 2005. Zie ook L.E. Dervan & V.A. Edigns, 'The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem', *Journal of Criminal Law and Criminology* 2013(1), p. 1-48.

om door een jury te worden berecht.²⁹ Anderzijds heerst er een wantrouwen tegenover die leken die met weinig kennis van zaken soms over knap ingewikkelde kwesties moeten oordelen.³⁰ Het blijkt daarbij ook lastig voor de rechter om de jury's te instrueren over de *beyond-a-reasonable-doubt*-regel.³¹ De precieze formulering is nogal van belang, zodat de gegeven instructie bij de veroordeling soms doorslaggevend is.

Het veelal Amerikaanse onderzoek kent wel een probleem doordat de afweging tussen de fouten die gemaakt kunnen worden en de juiste beslissingen die kunnen worden genomen niet in het onderzoek worden betrokken. Men vroeg de proefpersonen in dat soort onderzoek – meestal mensen die als jurylid zouden kunnen dienen – vrijwel altijd hoe zeker men wilde zijn voordat iemand veroordeeld mag worden. Hastie en collega's vonden een gemiddelde van 92% zekerheid.³² Maar rond dat gemiddelde is de spreiding groot. De student-proefpersonen van Martin en Schum noemden percentages tussen 91 en 99%.³³ Er werden in studies zelf getallen onder de 90% gevonden, ook bij rechters.³⁴ Er zijn derhalve nogal grote verschillen. Daarbij moet wel worden aangetekend dat het onderzoek veelal ver van de rechtspraak van alledag stond en niet de goede metingen had die wel door De Keijser en collega's werden toegepast. Het lijkt er bijvoorbeeld op dat mensen die menen dat 90% een goed *beyond-a-reasonable-doubt*-criterium zou zijn, zich kennelijk niet realiseren welk risico op een rechterlijke dwaling een rechter of een jury met een dergelijk criterium accepteert. We weten echter dat mensen nogal slecht zijn in het betekenis geven aan getallen. Iemand kan misschien met 90% een hoog niveau van zekerheid bedoelen. Iemand anders bedoelt misschien dat hij er geen been in ziet om in 10% van de

29 Zie over de achtergrond daarvan P.J. van Koppen & S.D. Penrod, 'The John Wayne and Judge Dee versions of justice', in: P.J. van Koppen & S.D. Penrod (red.), *Adversarial versus inquisitorial justice: Psychological perspectives on criminal justice systems*, New York: Plenum 2003, p. 347-368.

30 Zie voor nadere argumenten pro en contra de jury in het strafproces respectievelijk N.J. Vidmar, 'Jury trials: In favor', *E-Journal USA* 2009(7), p. 18-22; P.J. van Koppen, 'Jury trials: Oposed', *E-Journal USA* 2009(7), p. 23-24.

31 M.K. Dhani, S. Lundrigan & K. Mueller-Johnson, 'Instructions on reasonable doubt: Defining the standard of proof and the juror's task', *Psychology, Public Policy, and Law* 2015(2), p. 169-178; E. Stoffelmayr & S.S. Diamond, 'The conflict between precision and flexibility in explaining beyond a reasonable doubt', *Psychology, Public Policy, and Law* 2000(3), p. 769-787.

32 Ook te lezen als 92. R. Hastie, S.D. Penrod & N. Pennington, *Inside the jury*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1983.

33 A.W. Martin & D.A. Schum, 'Quantifying burdens of proof: A likelihood ratio approach', *Jurimetrics Journal* 1987(4), p. 383-402.

34 R.J. Simon, 'Judges' translations of burden of proof into statements of probability', *Trial Lawyer's Guide* 1969, p. 103-114; R.J. Simon & L. Mahan, 'Quantifying burdens of proof. A view from the bench, the jury, and the classroom', *Law & Society Review* 1971(3), p. 319-330. Zie ook I.A. Horowitz & L.C. Kirkpatrick, 'A concept in search of a definition: The effects of reasonable doubt instructions on certainty of guilt standards and jury verdicts', *Law and Human Behavior* 1996(6), p. 655-670; D.K. Kagehiro, 'Defining the standard of proof in jury instructions', *Psychological Science* 1990(3), p. 194-200; S.M. Kassir & L.S. Wrightsman, 'On the requirements of proof: The timing of judicial instruction and mock juror verdicts', *Journal of Personality and Social Psychology* 1979(10), p. 1877-1887; en S.S. Nagel & M.G. Neef, *Decision theory and the legal process*, Lexington, MA: Lexington Books 1979.

gevallen onterecht te veroordelen. We weten het niet. Het onderzoek mag dan geen harde cijfers opleveren, het leert ons wel dat de oordelen over een goed beslissingscriterium fors uiteen kunnen lopen. Wat aanvankelijk een min-of-meer objectief criterium leek, blijkt erg subjectief te zijn en veel minder houvast te bieden.³⁵

Het lijkt erop dat al dat gekwantificeer van de Blackstone ratio en de *beyond-a-reasonable-doubt*-regel in abstracto niet behulpzaam is en zeker geen richtlijnen voor de rechter in de praktijk zal opleveren.³⁶ Geen rechter zal een getal, in welke al dan niet abstracte vorm dan ook, in het hoofd hebben bij het beoordelen van de vraag wat de ware toedracht van de zaak is.

5 CONCLUSIE

Cleiren en Dubelaar komen in hun analyse van de voorgestelde verschuiving van het rechterlijke-overtuiging-criterium naar het boven-redelijke-twijfel-criterium tot een positieve conclusie.

‘Het is daarbij duidelijk dat de rechter zich voor zijn waardering van de bewijsmiddelen niet kan terugtrekken op een louter juridisch speelveld. Hij zal zich bij de selectie en waardering van het bewijs en de bewijsbeslissing zo veel mogelijk moeten laten leiden door rationele overwegingen. De keuze in de concept-Memorie van Toelichting over de noodzaak tot het optimaliseren van de rationaliteit van het beslisproces en de bewijsbeslissing, en in het verlengde daarvan een (meer) geobjectiveerde bewijsstandaard, in het voorstel benoemd als ‘beyond reasonable doubt’, sluit daar goed op aan en delen wij.’³⁷

Zij hebben gelijk als zij ervoor pleiten dat de rechter bij het waarderen van bewijs zich zoveel mogelijk moet laten leiden door rationele overwegingen. Velen in mijn vakgebied pleiten er bijvoorbeeld al jaren voor dat de rechter zich bij het waarderen van bewijs niet alleen moet laten leiden door een verificatie-model – past dit bewijsmiddel bij het ten laste gelegde? – maar daarnaast ook moet falsificeren – discrimineert dit bewijsmiddel tussen het ten laste gelegde en redelijke andere scenario’s?³⁸ Een dergelijke benadering verbetert

35 Zie in die zin ook Vecchi 2020.

36 In die zin ook K. Hawkins, ‘On legal decision-making’, *Washington and Lee Law Review* 1986(4), p. 1161-1242; Simon & Mahan 1971, p. 319-330; R. Seltzer e.a., ‘Legal standards by the numbers: Quantifying burdens of proof or a search for fool’s gold’, *Judicature* 2016(1), p. 56-66.

37 Cleiren & Dubelaar 2018.

38 Zie bijvoorbeeld daarover Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992; H.F.M. Crombag & W.A. Wagenaar, ‘Audite et alteram partem’, *Trema* 2000, p. 93-96; E. Rassin, ‘Het beoordelen van de validiteit van (getuigen-)verklaringen met de methode van alternatieve scenario’s; een update’, *E&R* 2014(4), p. 119-123.

de beslissing. Daarop richt de concept-Memorie van Toelichting zich ook als gewezen wordt op een verschuiving in de cassatierechtspraak van de vraag of de rechter zijn overtuiging heeft gebaseerd op informatie die daaraan ten grondslag mag worden gelegd naar de vraag of de bewezenverklaring toereikend is gemotiveerd. Dat zal tot een meer objectieve toets leiden, want het richt zich direct op de bewijsmiddelen en de waardering daarvan.

Maar of op grond van het bewijs de verdachte wordt veroordeeld of vrijgesproken, is een andere kwestie. Bewijs kan niet worden gekwantificeerd. Al het bewijs bij elkaar in een strafzaak kan derhalve ook niet in enig getal worden uitgedrukt. Praten over een getalsmatig criterium is dan ook niet erg behulpzaam.

Maar zelfs als er geen getallen worden gehanteerd, lijken mensen nogal dramatisch van elkaar te verschillen als hen wordt gevraagd om een waardering te geven van *beyond a reasonable doubt*. Weliswaar gaan die waarderingscijfers weer in getallen en in de verkeerde maat, maar ze beloven niet veel goeds voor de praktijk. Een rechter die meent dat 90% zekerheid van het bewijs genoeg is voor een veroordeling gaat wel erg losjes met het bewijs om.³⁹

Ik vrees dat er drie constateringingen moeten worden gedaan. Het hanteren van boven redelijke twijfel levert geen objectief criterium op. Het hanteren van boven redelijke twijfel zal, zo kan worden verwacht, ook geen consensus over het criterium onder rechters opleveren. Het hanteren van boven redelijke twijfel zal, gezien de onmogelijkheid om het bewijs kwantitatief te waarderen, in concrete zaken weinig richting kunnen geven aan het oordeel van de rechter. Er is dan ook geen reden om het niet bij het oude te laten en de rechter gewoon op zijn rechterlijke overtuiging af te laten gaan. Dat zegt zeker even veel over de ware toedracht in een strafzaak.

39 Vergelijk bijvoorbeeld de berekeningen door J. Bonnes, P. Vergeer & R. Stoel, 'Rationele beslistkunde in het strafrecht. De sprong van bewijs naar beslissing', *NJB* 2015(6), p. 364-371.