

Wat is ‘aannemelijk’?

Over het belang van een helder sanctierechtelijk bewijs criterium

Johannes Bijlsma & Gerben Meynen¹

De aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden en de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voor de oplegging van sancties hoeven niet ‘wettig en overtuigend’ vast te staan. Vereist is dat de strafuitsluitende omstandigheid of de sanctievoorwaarde op enige wijze ‘aannemelijk’ is geworden. Maar wanneer is iets ‘aannemelijk’? In tegenstelling tot andere rechtssystemen is dit in Nederland open gelaten. In deze bijdrage bepleiten de auteurs meer invulling te geven aan het sanctierechtelijk bewijs criterium, vooral ook in het licht van recente ontwikkelingen. Zo kan de rechter sinds begin dit jaar aan onder meer zedendelinquenten een maatregel tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opleggen die op vordering van de officier van justitie ten uitvoer kan worden gelegd na afloop van tbs of gevangenisstraf, waardoor toezicht bij ‘aannemelijk’ recidiverisico in theorie levenslang kan duren.

Inleiding

De rechter mag volgens artikel 338 Sv een strafbaar feit slechts bewezen verklaren als hij op grond van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft gekregen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft gepleegd. Volgens het concept van artikel 4.3.2.1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering moet ‘buiten redelijke twijfel’ vaststaan dat de verdachte het feit heeft begaan.² Materieel is met het nieuwe criterium geen wijziging beoogd. De lat om een verdachte te veroordelen ligt in beide gevallen even hoog.³ Het uitgangspunt is dat de kans dat een onschuldige voor schuldig gehouden wordt (zeer) klein is.⁴ Niet voor niets geldt bewijs buiten redelijke twijfel (*beyond a reasonable doubt*) in het Anglo-Amerikaanse strafrecht als zwaarste bewijs criterium.⁵

Echter, de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden en de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voor de oplegging van sancties hoeven niet ‘buiten redelijke twijfel’ of ‘wettig en overtuigend’ vast te staan. Vereist is dat de strafuitsluitende omstandigheid of de sanctievoorwaarde op enige wijze ‘aannemelijk’ is geworden.⁶

Zo kan de rechter aannemelijk achten dat een verdachte onder invloed van een geestesstoornis gehandeld heeft en een feit daarom niet toerekenen. Zoals in een zaak waarin het hof oordeelt dat aan een 34-jarige man, die de moeder van zijn toenmalige vriendin doodstak, de daad niet kan worden toegerekend. In deze casus kwam het hof op basis van hetgeen bekend is geworden over

de psychische situatie van verdachte kort vóór en kort na het delict tot de conclusie dat *aannemelijk* is geworden dat verdachtes handelen werd bepaald door zijn psychotische vertekening van de realiteit en wel dusdanig, dat het feit hem niet kan worden toegerekend.⁷ De rechter kan ontoerekeningsvatbaarheid ook juist *niet aannemelijk* achten, zoals in een zaak waarbij het beroep op ontoerekeningsvatbaarheid werd verworpen. Er is volgens de rechtbank immers ‘geen omstandigheid *aannemelijk* geworden die de strafbaarheid van verdachte uitsluit. Verdachte is derhalve strafbaar’.⁸ Het is duidelijk, in beide gevallen gaat het bij de toerekeningsvatbaarheid om de mate waarin de strafuitsluitingsgrond aannemelijk is geworden.⁹

Ook ten aanzien van bijvoorbeeld de stoornis als vereiste voor de oplegging van tbs en voor het risico op recidive gaat het om aannemelijkheid. Zo kan de rechter aannemelijk achten dat het risico op recidive zo groot is dat de verdachte een gevaar voor de veiligheid van anderen of de algemene veiligheid van personen of goederen vormt en mag hij op grond van die vaststellingen tbs met dwangverpleging opleggen (artikel 37a jo. 37b Sr). Wettig en overtuigend bewijs van het recidiverisico is niet nodig.¹⁰

Het is evident dat aannemelijkheidsoordelen over strafuitsluitingsgronden en sanctievoorwaarden evenzeer van belang kunnen zijn voor een verdachte als de bewezenverklaring van het feit. Maar wanneer is het nu

‘aannemelijk’ dat een verdachte ontoerekeningsvatbaar is of dat het recidiverisico van een verdachte hoog is (in verband waarmee bijvoorbeeld vervolgens tbs wordt opgelegd)? Dit aannemelijkheids criterium is in het Nederlands strafrecht opengelaten. In dit artikel betogen we dat aan een niet nader genormeerd aannemelijkheidsoordeel risico’s kleven. We pleiten ervoor om meer invulling aan dit criterium te geven.

We zullen ons primair richten op de rapportage *pro Justitia*, meer precies op de componenten toerekeningsvatbaarheid enerzijds en recidiverisico voor de oplegging van tbs anderzijds. De relevantie van het onderwerp strekt zich echter ook uit tot andere aannemelijkheidsoordelen over de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond – bijvoorbeeld over noodweer en overmacht – en over voorwaarden die gelden voor de oplegging van andere sancties – bijvoorbeeld de ISD-maatregel en de maatregel van artikel 38z Sr. Aan het slot van dit artikel komen we op dat laatste aspect terug.

Bewijscriteria

Om de kwestie te verduidelijken kijken we allereerst naar het vaststellen van de toerekeningsvatbaarheid in het buitenland, meer precies de Verenigde Staten. Waar in Nederland de verschillende bewijsstandaarden niet zo precies zijn uitgewerkt,¹¹ is dat in de VS wel het geval. In Amerikaanse staten wordt ten aanzien van de toerekeningsvatbaarheid vaak heel precies de zogenaamde *burden of proof* vastgesteld, waarbij twee vragen worden beantwoord: *wie* dient het bewijs van de ontoerekeningsvatbaarheid te leveren (de verdachte of het Openbaar Ministerie) en hoe *sterk* moet het bewijs zijn?¹²

Stel nu dat de verdachte *beyond a reasonable doubt* aan moet tonen dat hij ontoerekeningsvatbaar is. Dat is een zodanig zware bewijslast op de schouders van die verdachte, dat je eigenlijk bij voorbaat al kunt zeggen: dat lukt niet, er zijn immers al gauw redelijke twijfels moge-

lijk over de vaststelling van een stoornis en de impact daarvan op het gedrag. De ontoerekeningsvatbaarheid is dan eigenlijk geen reële, hooguit een theoretische optie binnen dat rechtssysteem. Het omgekeerde is ook denkbaar. Als de aanklager bij twijfel aan de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte buiten redelijke twijfel moet aantonen dat de verdachte toerekeningsvatbaar is, zal hij daar zelden in slagen.¹³ In veel staten echter hoeft de ontoerekeningsvatbaarheid slechts bewezen te worden met een *preponderance of the evidence*. Dan dient het waarschijnlijker te zijn dat de verdachte *ontoerekeningsvatbaar* is dan dat hij dat niet is. Dat is een veel lichtere

Aannemelijkheidsoordelen over strafuitsluitingsgronden en sanctievoorwaarden kunnen evenzeer van belang zijn voor een verdachte als de bewezenverklaring van het feit

bewijslast, die veel makkelijker gehaald kan worden. Er is ook nog een bewijslast die tussen *preponderance of the evidence* en *beyond reasonable doubt* in ligt: *clear and convincing evidence*. Die kan bijvoorbeeld van toepassing zijn in voogdijzaken.¹⁴

In het Nederlandse strafprocesrecht kennen we geen formele bewijslastverdeling. De officier van justitie kan opdracht geven tot een rapportage *pro Justitia*, maar de

Auteurs

1. Mr. dr. J. Bijlsma is universitair docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. dr. G. Meynen is hoogleraar forensische psychiatrie, Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht, en bijzonder hoogleraar ethiek en psychiatrie, Geesteswetenschappen VU. Tevens is hij als psychiater werkzaam bij GGZ inGeest. De auteurs danken mr. dr. K. Rozemond voor zijn adviezen.

Noten

2. Concept-vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting).
3. Volgens de concept-memorie van toelichting Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting) (p. 52-62) is het belangrijkste verschil erin gelegen dat het nieuwe criterium expliciet bepaalt dat het moet gaan om bewijs dat in objectieve zin overtuigend is. Het criterium van art.

338 Sv zou suggereren dat het om de subjectieve overtuiging van de rechter gaat. Kritisch over deze wijziging: J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht* (bewerkt door P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 84-86.
4. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2014, p. 754-756; Nijboer/Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 81.
5. C.S. Fishman & A.T. McKenna, ‘Jones on evidence’, *westlaw.com* (update december 2017), 2017/5.2.
6. Nijboer/Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 54.
7. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11128 (cursivering toegevoegd).
8. Rb. Noord-Holland 18 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4203 (cursivering toegevoegd).
9. Zie ook HR 10 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7135, r.o. 3.3; HR 3

juli 2012, ECLI:NL:HR:2012, r.o. 2.4; HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.1.2.
10. HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, r.o. 4.6; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9407, r.o. 5.4. Een sanctie mag niet gebaseerd worden op feiten die speculatief zijn. (Corstens/Borgers 2017, p. 868-869.)
11. Zie over de beslissing over toerekeningsvatbaarheid (en risico) ook G. Meynen, ‘Toerekeningsvatbaarheid. Over zekerheid en neurowetenschap’, in: P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Omzwervingen tussen psychiatrie en recht. Liber amicorum Prof. dr. H.J.C. Van Marle*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 287-298. Feitelijke is één bewijsstandaard wel uitgewerkt (wettig en overtuigend bewijs), maar kennen we geen uitgewerkte lichtere bewijsstandaarden.
12. De *burden of proof* wordt onderscheiden in een *burden of production* en de *burden of persuasion*. (Fishman &

McKenna 2017/3.4.)

13. In het District of Columbia heeft enige tijd een dergelijke bewijslastverdeling gegolden, waardoor op de aanklager de – bijna onmogelijke – last rustte om buiten redelijke twijfel te bewijzen dat het feit *niet* het gevolg was van de stoornis van de verdachte. (J. Bijlsma, *Stoornis en strafuitsluiting. Op zoek naar een toetsingskader voor ontoerekeningsvatbaarheid* (diss. Amsterdam VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 124-129.)
14. Bijlsma 2016, p. 75-80; G. Meynen, *Legal insanity. Explorations in psychiatry, law, and ethics*, Springer 2016, p. 151-155; R.J. Simon & H. Ahn-Redding, *The insanity defense, the world over*, Lanham: Lexington Books 2006. Zie over verschillende bewijsstandaarden en het gebruik ervan in verschillende contexten: Fishman & McKenna 2017/3.7-3.9, 5.2-5.26.



verdachte kan dat eveneens en ook de rechter kan ambtshalve tot het laten uitvoeren van gedragskundig onderzoek besluiten. Het 'bewijs' voor ontoerekeningsvatbaarheid of recidiverisico kan zo gezien door alle partijen worden aangedragen.¹⁵ De rechter is uiteindelijk verantwoordelijk voor een juiste bewijsbeslissing.¹⁶ Dat is een verschil met het Amerikaanse strafrecht, waarin altijd een van de partijen *verplicht* is bewijs te produceren en de rechter geen actieve rol vervult bij de bewijsgaring.

In Nederland kennen we – zoals aan het begin van dit artikel uiteen is gezet – de bewijsstandaard van 'wettig en overtuigend bewijs' voor een bewezenverklaring. Deze lijkt samen te vallen met het criterium van *beyond a reasonable doubt* in het Amerikaanse strafrecht.¹⁷ Bij strafuitsluitingsgronden en het sanctierecht gaat het in Nederland om een aannemelijkheidsoordeel, waarbij we niet zo precies gedefinieerd hebben wat dat oordeel nu precies behelst; het lijkt daarmee een open en rekbaar begrip. 'Aannemelijkheid' is in ieder geval een lichtere standaard dan *beyond a reasonable doubt* of 'wettig en overtuigend bewijs', maar eist het bijvoorbeeld een *preponderance of the evidence* of gaat het eigenlijk meer richting *clear and convincing evidence*?¹⁸ In ons strafrecht is dit opengelaten.

Is het een probleem dat het een 'open' criterium is?

Het is natuurlijk de vraag of het een probleem is dat een bewijscriterium open geformuleerd is, en dus rekkelijk kan worden toegepast. Laten we eens aannemen dat de aannemelijkheidsmaatstaf ruim wordt geïnterpreteerd en deze dus een lage drempel kent: iets wordt gauw aannemelijk geacht. Op grond van relatief 'mager' bewijs mag een strafuitsluitingsgrond of sanctievoorwaarde worden aangenomen.

Bij het beoordelen van een strafuitsluitingsgrond zoals de ontoerekeningsvatbaarheid, is dit wellicht geen groot probleem. Een lage 'aannemelijkheidsdrempel' leidt er dan toe dat een burger een grotere kans heeft om geëxecuteerd te worden voor zijn gedrag. Dat is in lijn met het uitgangspunt dat bij twijfel in het voordeel van de verdachte wordt beslist.¹⁹ Tegelijkertijd, het kan ook zo zijn dat daardoor een schuldige onder zijn straf uitkomt, wat tot maatschappelijke onrust kan leiden, of tot onbegrip bij slachtoffers. Anderzijds, stel nu dat de lat voor aannemelijkheid juist hoog wordt gelegd, dan kan het moeilijk zijn voor een verdachte om een strafuitsluitingsgrond aan te tonen, en kan veroordeling volgen waar dit niet gebeurd zou zijn bij een rekkelijker interpretatie van de aannemelijkheid.

Stel nu dat het niet gaat om een strafuitsluitingsgrond maar om het oordeel of aan de voorwaarden voor de oplegging van tbs met dwangverpleging is voldaan. Voor opleggen van tbs is wettig en overtuigend bewijs van een strafbaar feit niet voldoende, maar moet voldaan zijn aan aanvullende voorwaarden, zoals recidiverisico. Voor deze aanvullende voorwaarden geldt het aannemelijk-

Er is een significante bandbreedte bij oordelen die over ingrijpende zaken gaan, zoals de vaststelling van het recidiverisico

heidscriterium. Nu gaat het er echter niet om een burger te excuseren, maar om diens vrijheid – mogelijk zeer langdurig – te benemen. In dit geval zou een lage drempel voor aannemelijkheid wel eens problematisch kunnen zijn, omdat het de drempel tot een ingrijpende inbreuk op iemands leven verlaagt.

Onomstreden is dat een streng criterium voor het bewijs van een strafbaar feit noodzakelijk is om zoveel mogelijk te voorkomen dat onschuldigen gestraft worden. Voor de oplegging van tbs is het gevaar dat de verdachte mogelijk vormt een niet minder belangrijke voorwaarde dan een wettig en overtuigend bewezen strafbaar feit. Gesteld zou zelfs kunnen worden dat de tbs primair zijn grondslag vindt in het gevaar dat van de verdachte uitgaat en dat het dus vooral het recidiverisico is dat de oplegging van tbs legitimeert.²⁰ Het zou vanuit dit perspectief eigenlijk vreemd zijn om aan het bewijs van het recidiverisico veel lagere eisen te stellen dan aan het bewijs van het strafbare feit. Een 'zwaar' bewijscriterium kan er echter toe leiden dat tbs niet wordt opgelegd in gevallen waarin dat wel nodig is en de maatschappij daardoor risico's loopt.

Hoe het ook zij: de toepassing (interpretatie) van het aannemelijkheids criterium in een strafzaak heeft belang-

rijke consequenties, zowel voor verdachten als de maatschappij. Immers, er is een significante bandbreedte bij oordelen die over ingrijpende zaken gaan, zoals de vaststelling van het recidiverisico. Als voorbeeld gaan we kort op de inschatting van dit risico in.

Risicotaxatie

De laatste jaren is er toenemende aandacht voor de risicotaxatie van recidive, onder meer ook voor risicotaxatie-instrumenten. Tegelijkertijd is er ook discussie over de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van die instrumenten. In het algemeen kan worden gesteld dat deze betrouwbaarheid lager is dan je eigenlijk voor dit type oordelen (omtrent ingrijpende maatregelen) zou willen.²¹ Ze voorspellen beter dan 'kans', maar het zijn in het algemeen oordelen waarbij een belangrijke mate van onzekerheid geldt. Hoe verhouden zich nu de uitkomsten van de risicotaxatie tot het aannemelijkheidsoordeel van de rechter?

Het oordeel van de rapporteur kan hierin enige richting verschaffen. Echter, de rechter kan in Nederland (in de praktijk bij weigerende observandi) ook zonder dat een gedragskundige volgens de regelen der kunst een stoornis vaststelt en een risicotaxatie uitvoert, tbs opleggen.²² Wanneer geldt in zulke gevallen dat de drempel van 'aannemelijkheid' behaald is? Daarnaast zou het goed kunnen dat, hoewel momenteel deskundigen de rechter over het risico voorlichten, binnenkort risicotaxatie-instrumenten beschikbaar komen die de rechter zelf kan toepassen, zoals Harte recentelijk betoogde: 'Het is te verwachten dat de Nederlandse rechtspraak binnen afzienbare tijd wordt geconfronteerd met modellen die officieren van justitie en rechters zelf kunnen toepassen. Dit betekent dat de impact van deze modellen op de strafrechtelijke beslissingen aanzienlijk zal toenemen.'²³

Kort daarvoor verwees Harte evenwel naar een inventarisatie van de voorspellende waarde van tien in Nederland gebruikte risicotaxatieinstrumenten voor recidive. De resultaten waren zodanig dat geconcludeerd werd dat 'het onwaarschijnlijk is dat de instrumenten in individuele zaken tot betere beslissingen leiden'. Het bleek niet alleen voor in Nederland gebruikte instrumenten te gelden. Een internationale meta-analyse²⁴ in het *British Medical Journal* liet, aldus Harte, zien 'dat wanneer instrumenten personen aanwijzen als hebbende een lage kans op

15. Over het aannemelijk maken van strafuitsluitende omstandigheden overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de last daartoe niet uitsluitend op de verdachte mag worden gelegd. (HR 10 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7135, r.o. 3.3; HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012, r.o. 2.4; HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.1.2.)

16. Zie voor een genuanceerde bespreking van het Nederlandse stelsel Nijboer/Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 24-33.

17. Aldus ook Nijboer/Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 81 (voetnoot 55).

18. In het Nederlandse civiele bewijsrecht

wordt aangenomen dat een 'aannemelijkheidsmaatstaf' geldt. Ook daarvan is niet duidelijk of deze dichter bij *a preponderance of the evidence of clear and convincing evidence* ligt. (R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 201-206.)

19. Nijboer/Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 86.

20. J. Bijlsma & G. Meynen, 'Heeft ons strafrecht de 'verminderde' toerekeningsvatbaarheid wel nodig?', *NJB* 2017/262, afl. 5, p. 309-310.

21. G. Szmukler, B. Everitt, & M. Leese, 'Risk assessment and receiver operating

characteristic curves', *Psychological Medicine* 2012, p. 895-898; T. Douglas e.a., 'Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry: The need for better data', *European Psychiatry* 2017, p. 134-137; J.P. Singh e.a., 'Rates of violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments', *British Journal of Psychiatry* 2014, p. 180-187.

22. A.R. Mackor, 'The autonomy of criminal judges in determining the disorder and the risk of recidivism. Some reflection on the Hoogerheide case', in: T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen (red.), *Progression in Forensic Psychiatry. About Boundaries*, Deventer:

Kluwer 2012, p. 617-628; T. Kooijmans & G. Meynen, 'Who establishes the presence of a mental disorder in defendants? Medico-legal considerations on a European Court of Human Rights Case', *Front Psychiatry* 2017/199.

23. J.M. Harte, 'Recidive inschatten met behulp van een empirisch model. Kansen voor de strafrechtspraak?', *NJB* 2017/1799, afl. 33, p. 2389.

24. S. Fazel e.a., 'Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24.827 people: Systematic review and meta-analysis', *British Medical Journal* 2012/345.

Een bewijs criterium dat de verdachte ‘buiten redelijke twijfel’ recidivegevaarlijk is, maakt dat deze instrumenten vermoedelijk niet of nauwelijks voor het bewijs gebruikt kunnen worden

recidive, dit meestal klopt’. Dat is het goede nieuws. Maar de verontrustende kant is dat personen die als ‘recidivegevaarlijk waren aangewezen’ in meerderheid *niet* recidiveerden (Harte).²⁵ Stel nu dat over een individuele verdachte op basis van een risicotaxatie-instrument gesteld wordt dat deze recidivegevaarlijk is, is het dan ‘aannemelijk’ dat die verdachte dat ook is? Is het vervolgens ‘aannemelijk’ dat een maatregel – zoals tbs – noodzakelijk is? Er is in elk geval discussie over de waarde en betekenis van risicotaxatie-instrumenten in de forensische gedragswetenschappen.

Sanctierechtelijke bewijscriteria en recente (wets)ontwikkelingen

In het voorgaande hebben we geen standpunt ingenomen over het bewijs criterium dat zou moeten worden aangelegd om een strafuitsluitingsgrond of een sanctievoorwaarde aan te nemen. Gezien de regel dat bij twijfel in het voordeel van de verdachte wordt beslist, vinden we goed verdedigbaar dat aan het ‘bewijs’ van een strafuitsluitingsgrond lagere eisen worden gesteld dan aan het bewijs van een strafbaar feit. Waar het gaat om voorwaarden die in aanvulling op een bewezenverklaard strafbaar feit aan de oplegging van een sanctie worden gesteld, ontstaat echter een spanning als de kloof tussen het voor een bewezenverklaring benodigde bewijs buiten redelijke twijfel en het bewijs criterium voor de aanvullende sanctievoorwaarden (te) groot is.

De relatief geringe betrouwbaarheid van bestaande risicotaxatieinstrumenten om recidivegevaarlijke personen aan te wijzen, laat dit dilemma goed zien. Een bewijs criterium dat de verdachte ‘buiten redelijke twijfel’ recidivegevaarlijk is, maakt dat deze instrumenten vermoedelijk niet of nauwelijks voor het bewijs gebruikt kunnen worden. Feitelijk leidt een dergelijk criterium, als het naar de letter wordt toegepast, er vermoedelijk toe dat zelden tbs opgelegd kan worden. Een ‘licht’ bewijs criterium dat vergelijkbaar is met het Amerikaanse *by a preponderance of the evidence* – de verdachte is waarschijnlijk wel dan niet voldoende recidivegevaarlijk – past beter bij de mate van betrouwbaarheid van bestaande risicotaxatieinstrumenten, die beter dan kans voorspellen maar nog steeds een forse mate van onzekerheid laten bestaan. Een dergelijk criterium heeft echter als gevolg dat een aanzienlijk deel van de personen bij wie bewijs van gevaarlijkheid wordt aangenomen feitelijk niet voldoende gevaarlijk is om tbs te legitimeren.

Een bedenking tegen het gebruik van bewijscriteria zou kunnen zijn dat het gebruik van meerdere criteria slechts in schijn tot meer nauwkeurigheid leidt. In de praktijk – zo kan worden betoogd – is het niet goed mogelijk om een te fijnmazig onderscheid te maken tussen verschillende graden van waarschijnlijkheid. Wij pleiten daarom niet voor een groot aantal verschillende bewijscriteria,

maar voor een bezinning op de betekenis van het begrip ‘aannemelijk’. De vergelijking met het Amerikaanse strafrecht liet zien dat waar wij van ‘aannemelijkheid’ spreken ook twee gradaties gehanteerd kunnen worden. Het hanteren van verschillende graden van waarschijnlijkheid dat de verdachte een strafbaar feit heeft gepleegd is overigens niet vreemd aan het Nederlandse strafrecht. Terwijl voor de toepassing van de lichtere dwangmiddelen een ‘redelijk vermoeden van schuld’ voldoende is, moeten voor de toepassing van bijvoorbeeld voorlopige hechtenis ‘ernstige bezwaren’ tegen de verdachte bestaan. Ernstige bezwaren vereisen een steviger verdenking dan alleen een redelijk vermoeden van schuld. Het onderscheid tussen een redelijk vermoeden van schuld en ernstige bezwaren wordt in de conceptvoorstellen in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering gehandhaafd (artikel 2.5.4.1.4 Sv). Daarnaast laat het voorbeeld van de risicotaxatieinstrumenten zien dat het juist bij de vaststelling van het risico op recidive van belang is of het nu gaat om *clear and convincing evidence* of bewijs *by a preponderance of the evidence*.

Dat op de vraag welk bewijs criterium voor sanctievoorwaarden moet worden gehanteerd verschillende antwoorden kunnen worden gegeven, laten Amerikaanse jurisdicties zien. Voor elke verdachte geldt de constitutionele garantie dat een strafbaar feit *beyond a reasonable doubt* moet zijn bewezen om gestraft te kunnen worden.²⁶ Voor de oplegging van zogeheten *sexually violent person commitment* – een maatregel die vergelijkbaar is met tbs, maar dan toegespitst op zedendelinquenten – gebruikt ongeveer de helft van de jurisdicties met een dergelijke maatregel de *beyond a reasonable doubt standard*, maar de andere helft vereist (slechts) *clear and convincing evidence* van de voorwaarden voor oplegging.²⁷

De context van een aannemelijkheidsoordeel kan duidelijk verschillen. In het kader van de strafuitsluitingsgronden zal de rechter een beroep daarop verwerpen als de strafuitsluitende omstandigheden ‘niet aannemelijk’ zijn geworden. In veel gevallen kan dit beperkt gemotiveerd worden; vaak volstaat het (negatieve) oordeel dat de feiten waarop de verdachte zich beroept ‘niet aannemelijk’ zijn geworden. Voor een sanctievoorwaarde dient de rechter altijd positief vast te stellen dat deze aannemelijk is geworden. In de praktijk is dit een verschil; het kan het eenvoudiger maken een beroep op een strafuitsluitingsgrond te verwerpen dan een sanctie op te leggen. Hoewel de contexten verschillen, is het voor beide contexten van belang om na te gaan wat de inhoud van het begrip ‘aannemelijk’ is.

De noodzaak om over een sanctierechtelijk bewijsrecht na te denken, bestaat des te meer nu risicoinschatting toenemend van belang is. Niet alleen doordat binnenkort risicotaxatiemodellen beschikbaar zijn die de rechter en de officier van justitie zelf kunnen toepassen,

maar ook door de introductie van nieuwe maatregelen in het sanctierecht. In 2001 is bijvoorbeeld al de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders geïntroduceerd, waarvoor een vereiste is dat sprake is van recidivegevaar (artikel 38m lid 1 onder 2 Sr).²⁸ Sinds 1 januari 2018 kan de rechter aan onder meer zedendelinquenten een maatregel tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opleggen die op vordering van de officier van justitie ten uitvoer kan worden gelegd na afloop van tbs of gevangenisstraf (artikel 38z-38ag Sr).²⁹ Een grond voor tenuitvoerlegging is dat risico op recidive bestaat (artikel 38ab lid 1 onder a Sr). Deze maatregel maakt toezicht op de verdachte mogelijk zolang er recidivegevaar bestaat (artikel 38ac Sr) en kan bij aanhoudend recidiverisico in theorie levenslang duren.

Wanneer binnen ons strafrecht de sanctiemogelijkheden uitgebreider worden en niet hoofdzakelijk beperkt zijn tot de bestraffing van een wettig en overtuigend bewezen strafbaar feit, winnen de voorwaarden om deze sancties op te leggen aan gewicht. Zoals het criterium van wettig en overtuigend bewijs de burger beschermt tegen onterechte bestraffing, zo beschermt een sanctierechtelijk bewijscriterium de burger tegen onterechte oplegging van strafrechtelijke maatregelen gebaseerd op recidivegevaar of andere aanvullende voorwaarden. Over de mate waarin dit moet gebeuren, dient te worden nagedacht.

Derhalve zou een bezinning op de openheid van het bestaande 'aannemelijkheidcriterium' op zijn plaats zijn.³⁰ Naar ons idee verdient het aanbeveling tot meer invulling van dit begrip te komen, waarbij men zich goed reken-schap dient te geven van de potentiële consequenties

Wanneer binnen ons strafrecht de sanctiemogelijkheden uitgebreider worden en niet hoofdzakelijk beperkt zijn tot de bestraffing van een wettig en overtuigend bewezen strafbaar feit, winnen de voorwaarden om deze sancties op te leggen aan gewicht

voor verdachten, veroordeelden en de maatschappij.³¹ Vanzelfsprekend kunnen belangen hierbij diametraal tegenover elkaar staan.

Daarbij is denkbaar dat het bewijscriterium afhankelijk van de context verschilt. Zo geldt in sommige Amerikaanse jurisdicties een hoge standaard voor oplegging van *sexual violent person commitment*, maar een lagere of zelfs de laagste voor de omstandigheden waaraan voldaan moet zijn voor *release*.³² Ook kan worden overwogen voor relatief lichte – bijvoorbeeld vrijheidsbeperkende – maatregelen een lichtere bewijsstandaard te hanteren dan voor de meer ingrijpende maatregelen, zoals tbs met dwangverpleging. •

25. Zie ook recentelijk onderzoekers uit Oxford: 'Existing data suggest that most risk assessment tools have poor to moderate accuracy in most applications. Typically, more than half of individuals judged by tools as high risk are incorrectly classified – they will not go on to offend. These persons may be detained unnecessarily. False positives may be especially common in minority ethnic groups.' T. Douglas e.a. 2017, p. 134-137.

26. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970),

364.

27. D. DeMatteo e.a., 'A national survey of United States sexually violent person legislation: Policy, procedures, and practice', *International Journal of forensic mental health* 2015, p. 251-252.

28. *Stb.* 2001, 158.

29. *Stb.* 2015, 460.

30. In dit artikel hebben we ons uitsluitend gericht op de te hanteren bewijsstandaard. Relevant is ook hoe groot het recidiverisico materieel moet zijn. Voor een SVP-maatre-

gel is vereist dat de verdachte *likely* zal recidiveren. Deze *likelihood* wordt in verschillende jurisdicties op verschillende wijzen omschreven. (D. DeMatteo e.a. 2015, p. 251.) Andere materiële criteria zijn ook denkbaar.

31. Daarbij is het ook nog eens zo dat het niet altijd eenvoudig is om te preciseren wat onder een bepaald bewijscriterium moet worden verstaan. *Beyond a reasonable doubt* is bijvoorbeeld in instructies aan de jury wel nader omschreven als de twijfel die

bij het nemen van een belangrijke levensbeslissing doet aarzelen om te handelen, in andere instructies wordt benadrukt dat het moet gaan om twijfel die gebaseerd is op de rede of het gezond verstand, terwijl ook vaak van een nadere definitie wordt afgezien. (C.S. Fishman & A.T. McKenna 2017/5.2-5.7.)

32. D. DeMatteo e.a. 2015, p. 251-253. De bewijslast voor de voorwaarden voor *release* kan in dat geval overigens bij de verdachte rusten.