

Zwijgen als bewijs?

De rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte in de bewijsconstructie van diefstal

Tessa van der Rijst*

* Mr. T.J. van der Rijst is promovenda strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en het Nederlands Studiecentrum voor Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR). Met veel dank aan promotoren Prof.dr. L. Stevens & dr.mr. B. Hola voor hun commentaren op verschillende versies van dit artikel.

- 1 Ik gebruik in dit artikel 'rechter' waar ook raadsheer wordt bedoeld, evenals de meervoudige kamer.
- 2 Zie bijv. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, 19187/91, BNB 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders / Verenigd Koninkrijk*), § 69 en meer recent EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, 4378/02, *RudW* 2009/1135 (*Bykov / Rusland*), § 92.
- 3 Zie bijv. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, 18731/91, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray / Verenigd Koninkrijk*), § 45 en meer recent EHRM 2 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0502DEC002357207, 23572/07 (*Zschüschen / België*), § 21.
- 4 Het EHRM staat bijvoorbeeld het bestraffen met een boete van het niet willen geven van informatie over de chauffeur bij snelheidsovertredingen geregistreerd op kenteken in meerdere uitspraken toe, zie

Het zwijgrecht is een fundamenteel onderdeel van het recht op een eerlijk proces, maar is desondanks niet absoluut. In dit artikel wordt aan de hand van systematische feitenrechtspraakonderzoek wat de rol is van het zwijgen van de verdachte in de bewijsbeslissing bij diefstal, of dit verschilt tussen de delicten diefstal en witwassen en zo ja, welke factoren daarbij relevant zijn.

1 Inleiding¹

De verdachte in een strafproces is vrij om te kiezen een verklaring af te leggen of te zwijgen en een verhorend ambtenaar mag de verdachte niet onder ongeoorloofde druk zetten om alsnog te antwoorden. Dat blijkt uit artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Dit zwijgrecht is niet alleen een fundamenteel recht binnen het Nederlandse strafrecht, maar ook onderdeel van het recht op een eerlijk proces van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).² De verdachte mag immers niet worden gehouden om tegen zichzelf te verklaren, dat houdt het nemo-teneturbeginsel in. Het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel hangen nauw samen en liggen beide 'at the heart of the notion of a fair procedure'.³ Toch zijn zij niet absoluut: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) staat het verbinden van consequenties aan – en in sommige gevallen zelfs het bestraffen van⁴ – het zwijgen van de verdachte onder bepaalde voorwaarden toe.⁵

De aanklager moet ten minste voldoende bewijs hebben aangedragen, opdat kan worden gesproken van een 'prima facie case', voordat gevolgen mogen worden verbonden aan het zwijgen van de verdachte

Of het verbinden van consequenties aan het zwijgen van de verdachte een ongerechtvaardigde inbreuk van artikel 6 EVRM oplevert, moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van de zaak, bijvoorbeeld de mate van dwang en het gewicht dat aan het zwijgen van de verdachte wordt verbonden.⁶ De aanklager (het Openbaar Ministerie in Nederland, hierna: OM) moet ten minste voldoende bewijs hebben aangedragen, opdat kan worden gesproken van een 'prima facie case', voor-

dat gevolgen mogen worden verbonden aan het zwijgen van de verdachte. In het Engelse recht houdt dit in: ‘a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved’.⁷ In rechtsstelsels waarin de rechter vrij is in de selectie en waardering van bewijs, zoals in Nederland, wordt de nadruk gelegd op de eis dat dat de enige ‘common sense’ uitleg van het zwijgen van de verdachte moet zijn dat er geen uitleg mogelijk is en dat de verdachte dus schuldig is.⁸

Ook de Hoge Raad acht het zwijgrecht niet absoluut. Zwijgen mag volgens de Hoge Raad niet als bewijsmiddel worden gebruikt en kan dus niet bijdragen aan het behalen van het bewijsminimum.⁹ Het zwijgen van de verdachte mag wel in de bewijsoverwegingen worden betrokken – als ‘de verdachte voor een omstandigheid, die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redenevend moet worden geacht voor het bewijs [...], geen redelijke, die redenevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven’.¹⁰ In de witwas- en de *Meer en Vaart*-rechtspraak wordt als standaard gebruikt dat de verklaring *aannemelijk* moet zijn geworden.¹¹ Zodoende worden zwijgen en het geven van een verklaring die niet aannemelijk is geworden aan elkaar gelijkgesteld door de Hoge Raad.

In mijn promotieonderzoek analyseer ik de rol van het zwijgen in de bewijsconstructie van verschillende delicten. In deze bijdrage richt ik mij op diefstal en in een eerder artikel heb ik witwassen onderzocht

De bewoordingen van het EHRM en van de Hoge Raad lijken erop te wijzen dat het bewijs op zichzelf – zonder het uitblijven van een aannemelijk geworden verklaring van de verdachte –

voldoende zou moeten zijn voor een bewezenverklaring. Dat zou betekenen dat een bewijsconstructie waarin een redenering is opgenomen die expliciet een rol toekent aan het zwijgen of verklaren van de verdachte, ook zonder die redenering overeind moet kunnen blijven. Het normatieve kader uit de rechtspraak is noodgedwongen algemeen geformuleerd en laat ruimte voor invulling in de lagere rechtspraak. Volgens sommige auteurs wordt de laatste jaren steeds meer ruimte gegeven (door de Hoge Raad en het EHRM) en genomen (door de feitenrechter) om consequenties te verbinden aan het zwijgen van de verdachte.¹²

In mijn promotieonderzoek analyseer ik de rol van het zwijgen in de bewijsconstructie van verschillende delicten. In deze bijdrage richt ik mij op diefstal en in een eerder artikel heb ik witwassen onderzocht.¹³ De achtergrond van de keuze voor witwassen is de kritiek die vaak wordt gegeven op de rol van het zwijgen in de bewijsconstructie van dat delict.¹⁴ Volgens sommigen wordt zoveel nadruk gelegd op de verklaring van de verdachte, of het uitblijven daarvan, dat het aanwezige bewijs ermee wordt aangevuld om tot bewezenverklaring te kunnen komen. Zodoende zou het zwijgen van de verdachte bij dit delict een ‘bewijsgat’ vullen.¹⁵

Ik vraag mij af wat de rol van het zwijgen van de verdachte is in de bewijsconstructie van diefstal, of dit verschilt met witwassen en zo ja, welke factoren dit verschil kunnen verklaren

Diefstal is een vele malen ouder delict en kent niet, zoals witwassen, een in de rechtspraak geformuleerd bewijs- of redeneerschema waarin de verklaring van de verdachte of het uitblijven daarvan een expliciete rol speelt. Toch wordt ook ten aanzien van diefstal geschreven dat een ‘bewijsgat’ wordt gevuld met behulp van het zwijgen van de verdachte.¹⁶ Tegen deze achtergrond vraag ik mij af wat de rol van het zwijgen van de verdachte

- EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh / Oostenrijk*); EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, 15809/02 & 25624/02 (*O'Halloran & Francis / Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 januari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0110JUD005845200, 58452/00 & 61920/00 (*Lückhoff en Spanner / Oostenrijk*). Het bestraffen van een verdachte voor diens zwijgen is ongerechtvaardigde dwang als daarmee de essentie van het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel teniet worden gedaan, vlg. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, 34720/97 (*Heaney en McGuinness / Ierland*), § 47-58.
- 5 Zie bijv. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, 18731/91, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray / Verenigd Koninkrijk*), § 47; EHRM 18 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0318JUD001320105, 13201/05 (*Krumpholz / Oostenrijk*), § 28.
- 6 EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996/725, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, 18731/91, m.nt. G. Knigge (*Murray / Verenigd Koninkrijk*), § 47.
- 7 EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996/725, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, 18731/91, m.nt. G. Knigge (*Murray / Verenigd Koninkrijk*), § 51.
- 8 EHRM 20 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0320JUD003350196, 33501/96 (*Telfener / Oostenrijk*), § 17-18.
- 9 HR 10 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC9312, *NJ* 1999/139, r.o. 5.2; HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, *NJ* 1997/584; HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1315, *NJ* 2016/413, m.nt. N. Rozemond onder *NJ* 2016/412 en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412, m.nt. N. Rozemond, r.o. 4.2.1-4.2.2.
- 10 Zie bijv. HR 3 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0196, *NJ* 1996/109; HR 12 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0404, *NJ* 1996/539; HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, *NJ* 1997/584, m.nt. A.J. Machielse, r.o. 6.2. Zie later: HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412 en 413, m.nt. N. Rozemond onder 2016/420; HR 12 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, *NJ* 2017/278, m.nt. T. Kooijmans.
- 11 Motiveringseisen voor het verwerven van een alternatief scenario op basis van de *Meer en Vaart*-rechtspraak: HR 16 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3359, *NJ* 2010/314. Zie ten aanzien van witwassen: HR 29 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2628, *NJ* 2011/159; HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6933, *NJ* 2012/189.
- 12 J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, ‘Erosion of the right to silence in Dutch criminal justice?’, in: L. Eidam, M. Lindemann & A. Ransiek (red.), *Interrogation, Confession, and Truth: Comparative Studies in Criminal Procedure*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 143; G.H. Meijer & R. ter Haar, ‘Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing’, *TPWS* 2018/23, afl. 27, p. 46-63; Y. Daly, A. Pivaty, D. Marchesi & P. ter Vrugt, ‘Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects’ Silence’, *Human Rights Law Review* (21) 2021, afl. 3, p. 696-723, 708,



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

met verwijzing naar HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1381, *RvdW* 2016/848.

- 13 T.J. van der Rijst, L. Stevens & B. Hola, 'Zwijgen als bewijs in witzwzaken. De rol van het zwijgen van de verdachte in de bewijsconstructie van witwassen', *DD* 2022/2, afl. 1, p. 14-40.
- 14 Zie bijv. Crijns & Dubelaar 2020; Meijer & Ter Haar 2018, p. 46-63.
- 15 J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 386.
- 16 Zie bijv. concl. A-G E.J. Hofstee, ECLI:NL:PHR:2010:BK2880, bij HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, m.nt. J.M. Reijntjes; J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, punt 9. Zie eerder: Th.W. van Veen, annotatie bij HR 12 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4591, *NJ* 1975/41, punt 1; Concl. A-G T. Koopmans, ECLI:NL:PHR:1993:AC0416, bij HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC0416, *NJ* 1993/514. Zie ook J. Naeyé, 'Het zwijgrecht als waarborgnorm', in: M.F. Attinger, P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Handboek Strafwzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 20.5.4, waarin hij verwijst naar HR 19 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5274, *NJ* 1974/241; Bemelmans 2018, p. 388-391.
- 17 Voor uitleg over de gebruikte symbolen, zie www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Paginas/Hulp-bij-zoeken.aspx onder 'Zoekfuncties gebruiken'.

is in de bewijsconstructie van diefstal, of dit verschilt met witwassen en zo ja, welke factoren dit verschil kunnen verklaren.

Om deze vraag te beantwoorden onderzoek ik de rol van het zwijgen en verklaren van de verdachte bij het delict diefstal en vergelijk ik dit uiteindelijk met mijn eerdere bevindingen ten aanzien van witwassen. Hiertoe heb ik 96 op rechtspraak.nl gepubliceerde strafrechtelijke uitspraken van de Nederlandse feitenrechter systematisch geanalyseerd. Na een beschrijving van de gebruikte methode in paragraaf 2, bespreek ik in paragraaf 3 hoe de rechter bewijst in de geanalyseerde feitenrechtspraak inzake diefstal. Uit de bestudeerde feitenrechtspraak zijn grofweg twee ervaringsregels af te leiden, waaruit de rechter bepaalde conclusies trekt, die worden ingevuld met aanvullend bewijs (par. 3.1). Deze ervaringsregels, de invulling daarvan en de conclusies die eruit worden getrokken bepalen de ruimte voor een verklaring (par. 3.2). In paragraaf 4 vergelijk ik het redeneermodel van diefstal met dat van

witwassen en bezie ik of er verschil is in de rol die wordt toegedicht aan het zwijgen en verklaren van de verdachte in beide delicten. In paragraaf 5 sluit ik af met een conclusie.

2 Methode feitenrechtspraak-analyse

Voor dit artikel heb ik 96 uitspraken geanalyseerd van Nederlandse rechtbanken en gerechtshoven waarin diefstal ten laste was gelegd. Hiertoe heb ik op rechtspraak.nl gezocht met de zoektermen 'diefstal ~zwijg* ~verklaring *aannemelijk'; gerechtshoven & rechtbanken; strafrecht'.¹⁷ Ik heb gezocht tussen 19 januari 2010 en 20 september 2021, hetgeen een vergelijkbaar tijds kader oplevert als het gebruikte kader bij witwassen.¹⁸

Gezien het grote aantal resultaten dat dit opleverde (15.453 zaken) heb ik willekeurig 100 zaken per jaar geselecteerd, resulterend in 1.200 zaken. Deze zaken heb ik vervolgens gescand op relevantie. Ten eerste keek ik of diefstal daadwer-

Tabel 1 Descriptieve gegevens van de geselecteerde diefstalzaken

Recht-bank	Locatie	Volledige vrijspraak ^a (geen verklaring) ^b		Gedeeltelijke vrijspraak (geen verklaring)		Volledige bewezenverklaring (geen verklaring)		Totaal (geen verklaring)	
		Diefstal	Witwassen	Diefstal	Witwassen	Diefstal	Witwassen	Diefstal	Witwassen
	Amsterdam	1 ^c (0)	4 (0)	2 (0)	2 (0)	5 (4 ^d)	7 (4)	8 (4)	13 (4)
	Den Haag	1 ^e (0)	1 (0)	3 (0)	1 (0)	2 (2 ^f)	1 (0)	6 (2)	3 (0)
	Gelderland	0 (0)	2 (0)	3 (1 ^g)	0 (0)	5 (4 ^h)	3 (1)	8 (5)	5 (1)
	Limburg	1 ⁱ (0)	0 (0)	3 (0)	3 (0)	3 (2 ^j)	1 (0)	7 (2)	4 (0)
	Midden-Nederland	3 ^k (0)	1 (0)	4 (0)	0 (0)	11 (2 ^l)	2 (0)	18 (2)	3 (0)
	Noord-Holland	0 (0)	0 (0)	1 (0)	1 (0)	2 (0)	4 (1)	3 (0)	5 (1)
	Noord-Nederland	0 (0)	0 (0)	2 (0)	0 (0)	4 (2 ^m)	4 (1)	6 (2)	4 (1)
	Oost-Brabant	1 ⁿ (0)	1 (0)	0 (0)	1 (0)	1 (1 ^o)	6 (4)	2 (1)	8 (4)
	Overijssel	0 (0)	1 (0)	0 (0)	0 (0)	4 (1 ^p)	4 (1)	4 (1)	5 (1)
	Rotterdam	1 ^q (0)	3 (0)	2 (2 ^r)	6 (0)	2 (2 ^s)	5 (3)	5 (4)	14 (3)
	Zeeland-West-Brabant	0 (0)	1 (0)	1 (0)	1 (0)	1 (0)	3 (1)	2 (0)	5 (1)
	Totaal rechtbank	8 (0)	14 (0)	21 (3)	15 (0)	40 (20)	40 (16)	69 (23)	69 (16)
Hof	Locatie								
	Amsterdam	2 ^t (0)	4 (0)	3 (0)	2 (0)	10 (4 ^u)	5 (1)	15 (4)	11 (1)
	Arnhem-Leeuwarden	0 (0)	4 (0)	2 (0)	1 (0)	5 (1 ^v)	2 (0)	7 (1)	7 (0)
	Den Bosch	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	2 (0)	2 (0)	2 (0)	5 (0)
	Den Haag	0 (0)	3 (0)	1 (0)	0 (0)	2 (1 ^w)	6 (1)	3 (1)	6 (1)
	Totaal hof	2 (0)	11 (0)	6 (0)	3 (0)	19 (6)	15 (2)	27 (6)	29 (2)
Totaal		10 (0)	25 (0)	27 (3)	18 (0)	59 (26)	55 (18)	96 (29)	98 (18)

a De tenlasteleggingen bij dit type feiten zijn bijna altijd meervoudig en/of samengesteld. Onder volledige vrijspraak versta ik vrijspraak van alle tenlastegelegde diefstalfeiten, maar mogelijk wel bewezenverklaring van andere feiten.

b Hieronder versta ik alle zaken waarin een alternatieve verklaring uitbleef. 'Zwijgen' houdt in dat expliciet wordt aangegeven dat de verdachte zich bij de politie en ter terechtzitting op diens zwijgrecht beriep; 'ontkennen' houdt in dat verdachte het tenlastegelegde ontkende zonder verdere uitleg; 'niks herinneren' houdt in dat verdachte stelde zich niks te kunnen herinneren; 'geen verklaring' houdt in dat de rechter overwoog dat de verdachte voor redengevende omstandigheden geen (aannemelijke) verklaring heeft afgelegd, zonder dat wordt overwogen of de verdachte een verklaring heeft afgelegd en waar die verklaring op zag. In sommige gevallen zweeg de verdachte dan niet volledig maar alleen ten aanzien van bepaalde omstandigheden/bewijs, in andere gevallen blijkt niet duidelijk of verdachte zich consequent op diens zwijgrecht heeft beroepen of alleen ten

aanzien van bepaalde feiten geen verklaring aflegde.

c D40 (volledige vrijspraak van de gehele tenlastelegging).
d D41 (ontkennen & niks herinneren); D32, D35 & D36 (geen verklaring).
e D108 (vrijspraak van diefstal, bewezenverklaring voor bezit van kinderporno).
f D43 (geen verklaring & ontkennen); D106 ('geen plausible verklaring', zonder uitleg wat die verklaring was en waarom zij niet plausibel was).
g D124 (geen verklaring).
h D42 & D50 (geen verklaring); D125 (geen verklaring & niks herinneren); D126 (ontkennen).
i D60 (volledige vrijspraak).
j D55 (ontkennen en verder zwijgen); D63 (ontkennen).
k D111, D118, D122 (allemaal vrijspraak diefstal maar bewezenverklaring heling).
l D119 & D141 (zwijgen).
m D52 & D81 (zwijgen).
n D88 (vrijspraak voor diefstal/heling, bewezenverklaring voor het veroorzaken van een ongeval).

o D87 (verdachte kan het zich niet herinneren. De rechtbank acht het van belang dat de verdachte de feiten niet uitdrukkelijk heeft ontkend).

p D92 (antwoordt op één vraag, verder zwijgen).

q D105 (vrijspraak diefstal, wel bewezenverklaring voor heling en witwassen).

r D98 (zwijgen. De rechtbank overweegt ten aanzien van één diefstal, van een bromfiets, dat er wel sterke aanwijzingen zijn dat de verdachte de bromfiets heeft gestolen, maar toch onvoldoende bewijs) & D102 (ontkennen. De verdachte bekend een aantal diefstallen, maar ontkent een aantal boeken en een zonnebril te hebben gestolen, waarop verdachte van die feiten wordt vrijgesproken).

s D96 & D104 (geen verklaring).

t D132 (volledig vrijspraak), D133 (vrijspraak voor diefstal, bewezenverklaring voor heling).

u D7, D12, D14, D131.

v D24 (ontkennen).

w D21 (geen verklaring).

- 18 Dit startpunt is een uitspraak van de Hoge Raad waarin Hofstee en Reijntjes expliciet de rol van het zwijgen van de verdachte in de bewijsconstructie van diefstal benoemen: concl. A-G E.J. Hofstee, ECLI:NL:PHR:2010:BK2880, bij HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, m.nt. J.M. Reijntjes; J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475.
- 19 J.A. Maxwell, 'Designing a Qualitative Study', in: L. Bickman & D.J. Rog (red.), *The SAGE Handbook of Applied Social Research Methods*, Thousand Oaks: SAGE Publishing 2009, p. 235.
- 20 Zie bijv. HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC0416, *NJ* 1993/514, r.o. 5.1; HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.3.
- 21 Th.W. van Veen, annotatie bij HR 12 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4591, *NJ* 1975/41, punt 1.
- 22 HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, m.nt. J.M. Reijntjes.
- 23 J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, *NJ* 2010/475, punt 9. Zie ook Naeyé die dezelfde ervaringsregel expliciteert: Naeyé 2017, par. 20.5.4.

kelijk ten laste was gelegd en of het geen jeugdzaak betrof. Daarnaast heb ik zaken waarin de bewijsmotivering niet gepubliceerd of te mager was, niet geselecteerd. Vervolgens heb ik de geschikte en interessante zaken doelgericht geselecteerd (*purposeful sampling*).¹⁹ Het zwijgen of verklaren van de verdachte is vooral relevant in lastigere zaken, waarin het bewijs niet zonder meer overduidelijk de richting van de verdachte op wijst. Ik heb daarom gevallen van heterdaad en zaken waarin veel direct bewijs van ouderschap was buiten beschouwing gelaten en gezocht naar situaties waarin een gestolen voorwerp bij de verdachte werd aangetroffen zonder dat er verder veel aanvullend bewijs was. Aan het enkele voorhanden hebben van gestolen goederen mag volgens de Hoge Raad echter 'niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat de betrokkene die goederen ook heeft gestolen'.²⁰ Er is dan ook altijd wel enig aanvullend bewijs of er zijn anderszins verdachte omstandigheden. De sterkte hiervan wisselt per zaak – hetgeen interessant is voor mijn analyse. Deze strategie leverde uiteindelijk 96 zaken op met de verdeling zoals hiernaast in Tabel 1 is weergegeven.

3 Bewijzen bij diefstal

3.1 Een grote bandbreedte binnen twee ervaringsregels: het belang van tijd en plaats

Diefstal is, volgens artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht (Sr), het wegemen van een goed dat aan een ander toebehoort, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen. Al in 1974 stelde Van Veen in een noot dat het gangbaar was 'dat degene, die in het bezit van gestolen goed wordt aangetroffen, en niet wil zeggen van wie hij dat goed heeft gekregen, wegens diefstal van dat goed veroordeeld kan (niet moet) worden'.²¹ Bij een uitspraak van de Hoge Raad gedaan op 19 januari 2010 plaatste Reijntjes een opmerking met eenzelfde strekking.²² Volgens Reijntjes mag de rechter aannemen dat iemand die kort na de diefstal daarvan een gestolen goed bezit, dat goed zelf heeft ontvreemd.²³

Reijntjes en Van Veen gebruiken hier een *ervaringsregel*: een situatie waaruit, blijkens ervaring, de conclusie kan worden getrokken dat de verdachte het betrokken voorwerp heeft gestolen. Of die conclusie in een concreet geval ook daadwerke-

Tabel 2 Omzettafel ECLIs

D1	ECLI:NL:GHAMS:2010:BL7347	D42	ECLI:NL:RBARN:2012:BW1419	D90	ECLI:NL:RBOVE:2015:3590
D2	ECLI:NL:GHAMS:2010:BY4201	D43	ECLI:NL:RBDHA:2015:15076	D91	ECLI:NL:RBOVE:2015:5281
D4	ECLI:NL:GHAMS:2014:2241	D45	ECLI:NL:RBDHA:2016:7393	D92	ECLI:NL:RBOVE:2019:576
D5	ECLI:NL:GHAMS:2014:2936	D47	ECLI:NL:RBGEL:2013:2597	D93	ECLI:NL:RBOVE:2019:1386
D7	ECLI:NL:GHAMS:2016:932	D49	ECLI:NL:RBGEL:2016:3763	D96	ECLI:NL:RBROT:2017:8646
D8	ECLI:NL:GHAMS:2016:2989	D50	ECLI:NL:RBGEL:2019:4170	D98	ECLI:NL:RBROT:2018:4613
D9	ECLI:NL:GHAMS:2016:4207	D51	ECLI:NL:RBGEL:2020:5656	D102	ECLI:NL:RBROT:2020:2397
D10	ECLI:NL:GHAMS:2016:5412	D52	ECLI:NL:RBGRO:2010:BN5491	D104	ECLI:NL:RBROT:2020:12207
D11	ECLI:NL:GHAMS:2016:5641	D54	ECLI:NL:RBHAA:2011:BP6985	D105	ECLI:NL:RBROT:2021:1167
D12	ECLI:NL:GHAMS:2017:32	D55	ECLI:NL:RBLIM:2013:BY9126	D106	ECLI:NL:RBGR:2011:BR1136
D13	ECLI:NL:GHAMS:2017:1904	D56	ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ5079	D107	ECLI:NL:RBGR:2012:BX0088
D14	ECLI:NL:GHAMS:2018:2475	D57	ECLI:NL:RBLIM:2015:2008	D108	ECLI:NL:RBGR:2012:BX8578
D17	ECLI:NL:GHARL:2014:8031	D59	ECLI:NL:RBLIM:2020:4253	D109	ECLI:NL:RBGR:2012:BY6415
D18	ECLI:NL:GHARL:2015:4304	D60	ECLI:NL:RBLIM:2020:4493	D110	ECLI:NL:RBUTR:2010:BN6325
D19	ECLI:NL:GHARL:2020:6364	D61	ECLI:NL:RBLIM:2021:994	D111	ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9763
D20	ECLI:NL:GHARL:2020:7366	D63	ECLI:NL:RBMAA:2012:BW8507	D112	ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7550
D21	ECLI:NL:GHDHA:2013:2901	D64	ECLI:NL:RBMID:2012:BY5344	D114	ECLI:NL:RBUTR:2011:BT1948
D22	ECLI:NL:GHDHA:2015:1384	D66	ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7249	D115	ECLI:NL:RBUTR:2011:BT2920
D23	ECLI:NL:GHDHA:2018:1232	D69	ECLI:NL:RBMNE:2014:2075	D116	ECLI:NL:RBUTR:2011:BT9232
D24	ECLI:NL:GHLEE:2010:BL7558	D70	ECLI:NL:RBMNE:2013:3373	D117	ECLI:NL:RBUTR:2012:BU9739
D25	ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3835	D71	ECLI:NL:RBMNE:2014:5373	D118	ECLI:NL:RBUTR:2011:BU9745
D26	ECLI:NL:GHLEE:2011:BP4980	D72	ECLI:NL:RBMNE:2015:3376	D119	ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3003
D27	ECLI:NL:GHSHE:2017:5920	D73	ECLI:NL:RBMNE:2018:543	D121	ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3116
D28	ECLI:NL:GHSHE:2021:1656	D75	ECLI:NL:RBNHO:2013:13918	D122	ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6660
D31	ECLI:NL:RBAMS:2016:9790	D79	ECLI:NL:RBNHO:2020:4636	D124	ECLI:NL:RBZUT:2010:BM6487
D32	ECLI:NL:RBAMS:2017:6329	D81	ECLI:NL:RBNNE:2016:433	D125	ECLI:NL:RBZUT:2010:BO8077
D33	ECLI:NL:RBAMS:2018:1069	D83	ECLI:NL:RBNNE:2017:913	D126	ECLI:NL:RBZUT:2011:BP9109
D34	ECLI:NL:RBAMS:2018:4820	D84	ECLI:NL:RBNNE:2017:1822	D128	ECLI:NL:RBZWB:2019:786
D35	ECLI:NL:RBAMS:2018:6601	D85	ECLI:NL:RBNNE:2017:2516	D131	ECLI:NL:GHAMS:2021:1103
D36	ECLI:NL:RBAMS:2019:2178	D86	ECLI:NL:RBNNE:2021:2949	D132	ECLI:NL:GHAMS:2015:334
D40	ECLI:NL:RBAMS:2021:826	D87	ECLI:NL:RBOBR:2017:3643	D133	ECLI:NL:GHAMS:2017:5374
D41	ECLI:NL:RBAMS:2021:3194	D88	ECLI:NL:RBOBR:2021:118	D141	ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3001

lijk kan worden getrokken en hoe sterk die conclusie is, hangt af van de omstandigheden van het geval waarmee de ervaringsregel wordt ingevuld: aanvullend bewijs, verdachte omstandigheden, en uiteindelijk ook de verklaring van de verdachte – of het uitblijven daarvan. Op basis van al deze gegevens tezamen wordt door de rechter een verhaal gereconstrueerd over wat er moet zijn gebeurd.

Een ervaringsregel is een situatie waaruit, blijkens ervaring, de conclusie kan worden getrokken dat de verdachte het betrokken voorwerp heeft gestolen

Naast de al door Van Veen en Reijntjes genoemde ervaringsregel, vond ik in de geselecteerde zaken een tweede ervaringsregel: het voorhanden hebben van voorwerpen die kunnen zijn gebruikt bij het plegen van de diefstal. De feitenrechtspraak met betrekking tot diefstal laat binnen deze twee ervaringsregels een breed spectrum van situaties zien. In deze paragraaf behandel ik deze situaties. Ik begin hierbij aan de ene kant van het spectrum, bij situaties waarin de link tussen de verdachte en de diefstal het sterkst is en de conclusie dat de verdachte zelf het voorwerp heeft gestolen makkelijk kan worden getrokken. Vervolgens behandel ik de minder eenduidige situaties, waarin meer ruimte is voor scenario's waarin de verdachte *niet* de dief is. Deze ruimte bepaalt de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte. Om die reden ga ik in deze paragraaf nog niet in op de verklaring of het zwijgen, maar onderzoek ik eerst hoe concreet de ervaringsregels in de feitenrechtspraak worden ingevuld voor een verklaring wordt verwacht van de verdachte.

3.1.1 Ervaringsregel I: voorhanden hebben (gehad) van gestolen voorwerpen

Situatie: de verdachte draagt gestolen voorwerpen bij zich

Een eerste type dat ik onderscheid (65 zaken) is de situatie waarin de verdachte bij diens aanhouding, in een auto, lopend, rennend of, in één zaak, op de fiets,²⁴ gestolen voorwerpen bij zich heeft, in diens zakken, rugzak, auto of handen.²⁵ De verdachte wordt dan binnen een betrekkelijk korte tijd na de diefstal aangehouden. Het tijdsverloop bij de bewezenverklaringen is binnen deze situatie niet meer

dan een dag. Meestal wordt de verdachte ook dichtbij de plaats delict aangetroffen. Het gevolg, namelijk het aantreffen van de verdachte (meestal) met het gestolen voorwerp voorhanden, zit binnen deze situatie dus vaak dicht op de handeling van het stelen. Doordat de verdachte immers doorgaans kort na en dichtbij de diefstal met het gestolen voorwerp wordt aangetroffen, is er weinig tijd en ruimte waarin gebeurtenissen plaats hebben kunnen vinden waardoor degene bij wie de gestolen voorwerpen zijn aangetroffen *niet* de dief is.

Wanneer het tijdsverloop heel kort is en de verdachte bijna op heterdaad wordt aangehouden,²⁶ is er dan ook weinig aanvullend bewijs nodig voor bewezenverklaring. Zo werd de verdachte in D35 veroordeeld voor inbraak op grond van '[h]et feit dat verdachte rond 03.26 uur in een boom zat verstopt, in een tuin [...] waar hij niets te zoeken had, terwijl kort daarvoor een inbraak is gepleegd in de woning ernaast'. Dit wekte volgens de rechtbank immers 'de uiterlijke schijn' dat verdachte betrokken was geweest bij de inbraak. Dat vermoeden van betrokkenheid zag de rechtbank versterkt in 'de omstandigheid dat verdachte op de vlucht is geslagen toen de politie hem probeerde aan te houden'. Gelet op deze 'zeer verdachte omstandigheden waaronder verdachte is aangehouden en het feit dat hij geen verklaring heeft willen geven voor zijn aanwezigheid aldaar', concludeerde de rechtbank tot bewezenverklaring van het medeplegen van diefstal van de sleutels door middel van braak. In deze zaak is al bijna het hele verhaal zichtbaar en is dus weinig aanvullend bewijs nodig om dit bloot te leggen.

Wanneer het tijdsverloop heel kort is en de verdachte bijna op heterdaad wordt aangehouden, is er weinig aanvullend bewijs nodig voor bewezenverklaring

Bij een langer tijdsverloop is aanvullend bewijs wel nodig om de ontbrekende onderdelen van het verhaal te kunnen invullen.²⁷ In D8 waren bijvoorbeeld rond 02.30 uur 's nachts een Audi en kentekenplaten gestolen. Zo'n acht uur later, werden deze goederen 10 kilometer verder gevonden – zonder de verdachte. Aan de hand van een eerder geplaatst peilbaken, camerabeelden en een

²⁴ D122.

²⁵ D1, D4, D5, D7, D8, D10, D11 (deels vrijspraak), D12, D13, D14, D18, D19, D21, D23, D25, D32, D33, D34, D35, D36, D40 (vrijspraak), D41, D43, D51, D54, D55, D56, D59 (verdachte rijdt in gestolen auto, vrijspraak), D66, D69, D70, D71, D72, D73, D81, D83, D85, D86, D87, D88, D90, D91, D92, D96, D98, D102, D106, D108, D109 (vrijspraak), D115, D116, D117, D118 (vrijspraak), D121, D122, D124, D125, D126, D128, D131, D132, D133, D141.

²⁶ D4, D5, D10, D11, D13, D14, D18, D19, D23, D34, D35, D36, D43, D55, D56, D70, D71, D73, D86, D90, D91, D92, D102, D106, D115, D116, D122, D124, D125, D126, D131.

²⁷ D1, D7, D8, D12, D21, D25, D32, D40 (vrijspraak), D41, D51, D69, D81, D83, D88, D98, D108, D109, D117, D118, D121, D133, D141.

politieobservatie, kon worden gereconstrueerd wat er in de verlopen tijd was gebeurd en kon de verdachte achteraf toch nog aan de diefstal worden verbonden. Dit aanvullende bewijs vulde de ontbrekende onderdelen van het verhaal voldoende in om de verdachte alsnog te kunnen veroordelen voor diefstal.

Andersom werkt het ook zo dat als het aanvullende bewijs direct genoeg is, het niet nodig is dat het gestolen voorwerp daadwerkelijk wordt gevonden en ook een langer tijdsverloop geen beletsel hoeft te zijn voor bewezenverklaring.²⁸ In D66 werd de gestolen laptop bijvoorbeeld niet bij de verdachte gevonden, maar bleek uit camerabeelden dat de verdachte het voorwerp kort na de diefstal had overgedragen aan anderen. Dit was voldoende voor een bewezenverklaring.

Het enkele aantreffen van een gestolen voorwerp in het bezit van verdachte buiten (bijna-)heterdaadsituaties zal doorgaans onvoldoende zijn om tot een bewezenverklaring te komen. Dit soort situaties laat te veel ruimte voor een alternatieve gang van zaken waarin de verdachte niet de dief was

Deze wisselwerking tussen het tijdsverloop en andere verdachte omstandigheden en aanvullend bewijs leidt ertoe dat het enkele aantreffen van een gestolen voorwerp in het bezit van verdachte buiten (bijna-)heterdaadsituaties doorgaans onvoldoende zal zijn om tot een bewezenverklaring te komen.²⁹ Dit soort situaties laat te veel ruimte voor een alternatieve gang van zaken waarin de verdachte niet de dief was. Zo had de verdachte in D11 producten gekocht bij een supermarkt. Enige tijd later kwam hij terug in die winkel en liet zijn tassen achter bij de klantenservice. In die tassen werden goederen gevonden waarvan de winkel dacht dat die gestolen waren. Het hof overwoog echter dat uit de camerabeelden niet bleek dat de verdachte deze goederen inderdaad had gestolen – afgezien van een pakje boter. De verdachte was tussendoor in andere winkels geweest en had deze goederen dus daar kunnen kopen. Zodoende werd de verdachte enkel veroordeeld voor diefstal van het pakje boter.³⁰

Situatie: de verdachte gebruikt een gestolen telefoon

De situatie waarin de verdachte een gestolen telefoon gebruikte is ook het voorhanden hebben van een gestolen voorwerp, maar verdient toch een aparte vermelding.³¹ In de negen zaken waarin dit het geval was, werd de verdachte namelijk niet in de buurt van en kort na de diefstal aangehouden, maar vaak veel later. Door de traceerbaarheid van een telefoon is de tijd en afstand tussen het aantreffen van de gestolen telefoon en de diefstal minder van belang en is die vaak ook langer.³² Het enkele voorhanden hebben van een gestolen telefoon kan dus, anders dan in de hierboven benoemde situatie, ook buiten een (bijna-)heterdaadsituatie voldoende zijn voor bewezenverklaring. Wat er in de verstreken tijd is gebeurd en de betrokkenheid van de verdachte hierbij, kan immers makkelijker achteraf worden gereconstrueerd. Zo legt de officier van justitie in D52, een straatroof, uit dat uit het onderzoek naar de telefoon van de aangever is gebleken dat de simkaart van de verdachte ‘twee uur na de beroving in het toestel van aangever heeft gezeten en met deze telefoon vervolgens een telefoonmast is aangestruald in de nabijheid van de woning van verdachte’. Hieruit blijkt de nabijheid en betrokkenheid van de verdachte zelf bij de diefstal van de telefoon – ondanks dat de diefstal op 11 januari was gepleegd en de verdachte pas op de daaropvolgende 16 maart was aangehouden.

Het enkele voorhanden hebben van een gestolen telefoon kan ook buiten een (bijna-)heterdaadsituatie voldoende zijn voor bewezenverklaring

Als de verdachte niet diens eigen simkaart in de gestolen telefoon heeft gedaan, zoals in dit voorbeeld, moet er natuurlijk wel enig bewijs zijn dat de verdachte die gestolen telefoon inderdaad gebruikte.³³ De eisen die aan dit bewijs worden gesteld lijken niet al te hoog: zo was de gestolen telefoon in D2 op de avond van de diefstal gebruikt om een berichtje te sturen naar de vriendin van de verdachte met de tekst ‘ik ben het Greg’, terwijl de verdachte Gregory heette en waren er camerabeelden waarop de dader een donkere jas aanhad die leek op de jas die bij de verdachte thuis was aangetroffen. De telefoon moet dus wel voldoende informatie bieden om de verdachte

28 D33, D59, D66. Zo geldt ook dat als het gestolen voorwerp een auto is (D1, D34, D42, D55, D59) het tijdsverloop ook minder van belang is omdat die, als het kenteken bekend is, makkelijker te volgen is. Daardoor kan makkelijker worden gereconstrueerd wat heeft plaatsgevonden in dat tijdsverloop.

29 D11 (een paar uur), D59 (drie dagen), D109 feit 1 (9-15 dagen, medeplegen), D118 (9 uur, medeplegen).

30 Een duur pakje boter: de verdachte kreeg een week gevangenisstraf, maar wel met aftrek van de al in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd.

31 D2, D42, D52, D64, D75, D79, D84, D110, D118.

32 D2 (2 dagen), D42 (+/- 123 dagen), D52 (61 dagen), D64 (80 dagen), D75 (zelfde avond), D79 (tijdsverloop onduidelijk), D84 (vrijspraak, zelfde dag maar niet bekend hoe laat), D110 (1 dag), D118 (vrijspraak, 9,5 uur).

33 D2, D42 (getuigen, bankafschriften), D64 (ook de helm en pruik die de verdachte had gebruikt volgens de getuige waren gevonden in de woning van de verdachte), D75 (gestuurde berichten met eigen telefoon), D79 (gestolen ID-kaart in woning van der verdachte + schakelbewijs), D110 (100% herkenning aangever).

aan de diefstal te kunnen verbinden – en moet voldoende zijn onderzocht. In de twee vrijspraken binnen deze situatie bleek dat onvoldoende volgens de rechtbank.³⁴ In deze beide zaken was medeplegen van diefstal tenlastegelegd, waarover meer in paragraaf 4.1.

Situatie: gestolen voorwerpen worden gevonden in de woning van verdachte

Het komt ook voor dat gestolen voorwerpen worden gevonden in de woning van de verdachte. Dit kwam voor in achttien zaken,³⁵ waarvan in vier in combinatie met één van de andere situaties die in deze paragraaf worden beschreven.³⁶ Als dit niet het geval is, is voor bewezenverklaring altijd aanvullend bewijs nodig.³⁷ Bij dit type situatie is het tijdsverloop – en de geografische afstand – immers vaak langer dan bij bijvoorbeeld de eerste situatie en is dit, zonder aanvullend bewijs, dus een vrij zwakke indicator voor diefstal.³⁸ Dit blijkt bijvoorbeeld uit deze overweging van het hof:³⁹

‘Uit het dossier volgt dat de bij de inbraak weggenomen laptop kort (ongeveer 24 uur) na de inbraak in de kamer van verdachte op het vakantiepark is aangetroffen. In het dossier bevinden zich geen andere bewijsmiddelen die duiden op betrokkenheid van verdachte bij de woninginbraak. Het enkele feit dat de weggenomen laptop in de kamer van verdachte is aangetroffen, is onvoldoende voor een bewezenverklaring [...]. Het hof beschouwt de door de advocaat-generaal aangevoerde omstandigheden [het korte tijdsverloop en de korte afstand, TvDR] niet als zodanig dat zij in voldoende mate bijdragen aan het oordeel dat het aan verdachte is om te bewijzen dat hij niet betrokken was bij de tenlastegelegde woninginbraak. Het door de advocaat-generaal genoemde bewijsvermoeden acht het hof derhalve niet aanwezig.’

In deze situatie is een tijdsverloop van 24 uur – zonder aanvullend bewijs – blijkbaar al te lang voor een bewijsvermoeden van diefstal op grond waarvan een verklaring kan worden verwacht van de verdachte. Bij gebrek aan aanvullend bewijs of een combinatie van situaties, komt (gedeeltelijke) vrijspraak van diefstal dan ook in relatief veel zaken voor.⁴⁰

Situatie: de verdachte biedt gestolen voorwerpen te koop aan

Ook als de verdachte gestolen voorwerpen te koop aanbood, kan hieruit de conclusie volgen dat de verdachte die spullen zelf heeft gestolen.⁴¹ De afstand – en soms ook het tijdsverloop – van deze situatie tot het delict is hier echter inherent groter dan bij de voorgaande situatie: de verdachte zal diens gestolen waar niet op een kleedje voor het huis van de aangever aan de man proberen te brengen. Hier-

door is er veel ruimte voor andere scenario's waarin de verdachte niet de dief is, zeker als de gestolen voorwerpen niet (bij de verdachte) worden gevonden.⁴² Deze situatie komt in zes zaken dan ook voor in combinatie met het aantreffen van het gestolen voorwerp bij de verdachte.⁴³ In twee zaken waarin dat niet zo was, werd het delict bewezenverklaard door aanvullend bewijs.⁴⁴ Zo was er in D27 volgens het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) een match tussen glas in de schoenzool van de verdachte en het glas van de juwelier waar de tenlastegelegde inbraak was gepleegd. In een zaak waarin geen sprake was van een combinatie met een ervaringsregel *en* geen aanvullend bewijs was, volgde dan ook vrijspraak.⁴⁵

Tot slot was er één zaak waarin bewezen werd verklaard ondanks de afwezigheid van aanvullend bewijs *en/of* een combinatie van situaties – althans voor zover blijkt uit de uitspraak.⁴⁶ In deze zaak was de aangever niet thuis toen er bij hem werd ingebroken en (onder meer) zijn spelcomputer en drie bijbehorende spellen werden gestolen, maar werd hij hiervan op 30 juli 2014 rond 16.00 uur op de hoogte gesteld. Op 30 juli 2014 om 13.46 uur werd de Playstation van aangever door de verdachte te koop aangeboden bij de Cash Converters, inclusief dezelfde spellen. Hierop overwoog het hof dat, ‘gelet op het korte tijdsverloop tussen de inbraak en het verkopen van Playstation [...] *het niet anders [kon] zijn dan dat de verdachte deze inbraak [had] gepleegd*’. Dit is mijns inziens een wankeleroordeling aangezien het tijdstip van de inbraak onbekend blijft en het precieze tijdsverloop, wat de kern is van de overweging van het hof, onbekend blijft. Deze zaak lijkt echter een uitzondering.

Situatie: de verdachte bezit foto's van gestolen voorwerpen

Tot slot bezat de verdachte in twee zaken, waarin diefstal in beide gevallen bewezen werd verklaard, niet de gestolen voorwerpen zelf, maar foto's ervan.⁴⁷ Deze ervaringsregel is het minst concreet: er zijn verschillende scenario's mogelijk waarin de foto's bij de verdachte terecht zijn gekomen *zonder* dat de verdachte de diefstal ook daadwerkelijk zelf heeft gepleegd. Aanvullend bewijs en het tijdsverloop zijn dan ook juist in deze situatie van belang. Daar staat tegenover dat telefoons een enorme bron van data zijn, en dus ook van mogelijk aanvullend bewijs. In deze twee zaken was er, naast een kort tijdsverloop tussen het versturen of vinden van de foto's en de diefstal, ook aanvullend bewijs. Zo werd

34 D84, D118.

35 D9, D17, D20 (vrijspraak), D26, D42, D45 (vrijspraak), D49, D57, D60 (vrijspraak), D61 (aantal vrijspraken), D63 (in de woning van de vader van de verdachte), D64 (de verdachte heeft spullen waarmee de inbraak is gepleegd *in huis*), D79, D87, D105 (vrijspraak), D107, D109 (vrijspraak diefstal voor één feit), D119.

36 D9 (biedt ook gestolen voorwerpen te koop aan), D42 (gebruikt gestolen telefoon), D79 (gebruikt gestolen telefoon), D87 (rijdt in auto waarmee de diefstal is gepleegd).

37 D9 (getuigenverklaring), D49, D57, D63, D64, D109, D119.

38 Overigens wordt bij vrijspraak van diefstal – juist binnen deze en de volgende ervaringsregel – heling vaak *wel* bewezenverklaard: D20, D45, D61, D105. In één zaak, D60, werd de verdachte ook van heling vrijgesproken.

39 D20.

40 D20, D45, D60, D61, D105, D109.

41 D9, D22, D24, D27, D28, D63, D98, D110, D111 (vrijspraak), D128.

42 D22, D28.

43 D9, D24, D63, D98, D110, D128.

44 D27, D28.

45 D111.

46 D22.

47 D50, D128.

de verdachte in D128 onder meer veroordeeld voor het stelen van laptops op 27 maart tussen 00.30 en 9.30 uur. Met zijn telefoon waren foto's verstuurd van laptops die leken op de gestolen laptops. Daarnaast was op 27 maart rond 5.40 uur ook gezocht naar laptops van precies hetzelfde merk als die gestolen waren.⁴⁸ De rechtbank overwoog hierop:

'Gelet op het korte tijdsverloop tussen de diefstal van die goederen en het vervolgens door verdachte zoeken op zeer specifieke termen van en versturen van foto's van bij de inbraak weggenomen goederen, is de rechtbank van oordeel dat bewezen kan worden dat verdachte de bij die diefstal weggenomen goederen voorhanden heeft gehad.'

3.1.2 Ervaringsregel II: voorhanden hebben van spullen die gebruikt (kunnen) zijn voor de diefstal

Daarnaast komt het voor dat de verdachte niet (alleen) met de gestolen voorwerpen in verband kan worden gebracht, maar (ook) met voorwerpen die mogelijk zijn gebruikt om de diefstal mee te plegen. In negentien zaken werden bij de verdachte voorwerpen gevonden die geschikt of gebruikt waren om een inbraak mee te plegen.⁴⁹ Op zichzelf is deze ervaringsregel niet erg sterk omdat op basis van deze ervaringsregel nog andere scenario's denkbaar zijn: iemand anders heeft het voorwerp gebruikt voor de inbraak of het voorwerp is niet gebruikt voor de tenlastegelegde inbraak. Deze ervaringsregel moet dan ook concreter worden ingevuld of aangevuld voor het specifieke geval. Dit blijkt mede uit het gegeven dat dit type situatie in twaalf zaken als extra omstandigheid bij de eerstgenoemde ervaringsregel komt: het voorhanden hebben van gestolen voorwerpen.⁵⁰ In elf van die twaalf zaken was bovendien ook sprake van een kort tijdsverloop en/of aanvullend bewijs.⁵¹ De twee vrijspraken binnen deze situatie zijn dan ook te verklaren door een relatief lang tijdsverloop en de afwezigheid van (voldoende betrouwbaar) aanvullend bewijs of een combinatie van ervaringsregels.⁵²

In zeven andere zaken is geen sprake van een combinatie van situaties en staat deze ervaringsregel op zichzelf, maar werd diefstal toch bewezen verklaard.⁵³ In deze zaken is ofwel het tijdsverloop heel kort,⁵⁴ of kan het gereedschap heel concreet aan de diefstal worden verbonden door middel van aanvullend bewijs.⁵⁵ Zo werd er in D47 een bacosleutel aangetroffen, waarvan uit sporenonderzoek bleek dat dit inderdaad waarschijnlijk de sleutel was waarmee het cilinderslot van de woning waar de inbraak was gepleegd mee

was afgebroken. Verder was er in deze zaak geen aanvullend bewijs en was het tijdsverloop zeven dagen. Doordat deze sleutel zo duidelijk aan de inbraak kon worden verbonden was dit kennelijk toch voldoende voor bewezenverklaring van diefstal.⁵⁶ De verdachte verklaarde nog dat meer mensen toegang hadden tot zijn auto, waar de sleutel was gevonden, maar dat zette geen zoden aan de dijk omdat hij eerder uitdrukkelijk had verklaard dat dat niet zo was.

In twee andere zaken kon het gevonden gereedschap weliswaar niet concreet aan de specifieke diefstal worden verbonden, maar was het tijdsverloop tussen de diefstal en de aanhouding van de verdachte zo kort, en de link tussen de verdachte en de diefstal zo duidelijk, dat bijna van heterdaad kan worden gesproken.⁵⁷

Het bewijs van diefstal is gebaseerd op ervaringsregels die nader worden ingevuld en concreet gemaakt aan de hand van omstandigheden van het specifieke geval

3.2 De rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte

3.2.1 De ruimte voor een verklaring: geen bewijsgat

Het voorgaande laat zien dat het bewijs van diefstal gebaseerd is op ervaringsregels die nader worden ingevuld en concreet gemaakt aan de hand van omstandigheden van het specifieke geval. Bij diefstal zien deze omstandigheden op de aanwezigheid van een link tussen de verdachte en de diefstal waardoor de ruimte voor andere scenario's, waarin de verdachte onschuldig is, kleiner wordt. Relevante omstandigheden zijn een korte tijd en afstand tussen het delict en de aangetroffen situatie, maar ook combinaties van de hierboven beschreven situaties en aanvullend bewijs zoals DNA, getuigenverklaringen, camerabeelden, etc. Hoe meer ruimte er is in plaats en tijd tussen het aantreffen van de verdachte en de diefstal van het tenlastegelegde voorwerp, hoe belangrijker dit aanvullende bewijs is.

Bijna altijd is wel enig aanvullend bewijs aanwezig in de zaken waarin diefstal bewezen wordt verklaard. Volgens de Hoge Raad kan immers 'aan het enkele voorhanden hebben van gestolen goederen niet zonder

48 D50.

49 D8 (auto), D14, D18, D24 (auto), D36 (auto), D47, D63, D73 (gedeeltelijk vrijspraak), D81, D87 (auto), D93, D104, D106, D112 (auto), D114, D115, D116, D131, D133 (vrijspraak bewijsminimum).

50 D8, D14, D18, D36, D73, D81, D87, D106, D112, D115, D116, D131.

51 In D73 was dat niet het geval, maar kon diefstal toch bewezen worden verklaard aan de hand van de bekentenis van de verdachte van een aantal diefstallen en schakelbewijs voor de overige diefstallen.

52 D73 (één maand en 16 dagen; herkenning getuige 'te algemeen'), D133 (7 à 8 dagen; valse bekentenis verdachte waardoor niet aan het bewijsminimum was voldaan).

53 D24, D47, D63 (de gestolen voorwerpen van een andere inbraak op de tenlastegelegde worden wel in de woning van de vader van de verdachte aangetroffen), D93, D104, D114.

54 D104, D114.

55 D24 (de verdachte had twee maanden voor de diefstal in de auto gereden waarmee de diefstal was gepleegd), D47, D63, D93.

56 Zie ook bijv. D63.

57 D104, D114.

meer de conclusie worden verbonden dat de betrokkene die goederen ook heeft gestolen'.⁵⁸ Aan deze standaard wordt in de praktijk vastgehouden: alleen in situaties waarin de verdachte bijna op heterdaad wordt aangetroffen, en het tijdsverloop dus heel kort is, is aanvullend bewijs niet nodig.⁵⁹ Denk bijvoorbeeld aan de hierboven genoemde zaak waarin de verdachte in een boom bij de plaats delict werd gevonden.

De ervaringsregels, waaruit bepaalde conclusies worden getrokken, en het aanvullende bewijs tezamen bepalen de ruimte die blijft bestaan voor een alternatieve uitleg van het bewijs – en daarmee de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte

Deze ervaringsregels, waaruit bepaalde conclusies worden getrokken, en het aanvullende bewijs tezamen bepalen de ruimte die blijft bestaan voor een alternatieve uitleg van het bewijs – en daarmee de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte. Een 'bewijsgat' is in relatie tot het gebruik van het zwijgen door de rechter bij diefstal dan ook niet het juiste woord. Bij het bewijzen van een delict is er vrijwel altijd wel een bepaald 'gat', waardoor de rechter zelf bepaalde gevolgtrekkingen moet maken. De vraag is hoe groot dit gat is en hoe het wordt ingevuld met de procespositie van de verdachte.

3.2.2 De rol van zwijgen of verklaren

Uit het voorgaande volgt dat de ruimte voor een alternatieve verklaring bij diefstal doorgaans vrij beperkt is. In de meeste zaken is dan ook *nauwelijks* een alternatief verhaal van de verdachte denkbaar en is het risico van zwijgen vrij beperkt. De onaannemelijke verklaring van de verdachte of diens zwijgen wordt soms (niet altijd) genoemd, maar dan wel in een context van behoorlijk sterk bewijs, waarin het lastig is voor te stellen dat de verdachte nog iets had kunnen zeggen wat de beslissing zou hebben veranderd (wat is een goede reden om midden in de nacht in de sloot te liggen vlakbij een huis waar net een inbraak is gepleegd?).⁶⁰ Ook lijken de vrijspraken niet vaak te danken aan de alternatieve

verklaring van de verdachte: slechts in zeven van de 37 (gedeeltelijke) vrijspraken lijkt, op basis van de motivering, de verklaring van de verdachte enigszins een – voor de verdachte positieve – rol te hebben gespeeld.⁶¹ In deze zaken is het gebrek aan bewijs doorslaggevend. Zwijgen of verklaren lijkt in de bestudeerde diefstalzaken dus hetzelfde effect te hebben, namelijk geen, of hooguit een bevestiging van de al bestaande overtuiging van de rechter.

Het is overigens niet zo dat de verklaring van de verdachte *nooit* een verschil kan maken. In een aantal gevallen is een verklaring van de verdachte – of het uitblijven daarvan – wel degelijk relevant. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de bewijssituaties die verder af staan van de oorspronkelijke diefstal. Zo valt voor te stellen dat in de eerdergenoemde zaak waarin de bacosleutel waarmee de inbraak waarschijnlijk was gepleegd werd gevonden in de auto van de verdachte, de verklaring van de verdachte had kunnen leiden tot vrijspraak – ware het niet dat de verdachte zichzelf tegensprak.⁶² Daarnaast kan verklaren, logischerwijs, juist negatief uitpakken voor verdachten die liegen,⁶³ of bekennen.⁶⁴ Dit kan immers als bewijs worden gebruikt (art. 339 lid 1 sub 2 Sv).⁶⁵

Ook medepleegsituaties kunnen een uitzondering vormen. Drie van deze zeven zaken waarin de verklaring van de verdachte wel lijkt bij te dragen aan de vrijspraak, waren zaken met meerdere (mede)verdachten.⁶⁶ Dergelijke zaken bieden ruimte voor een alternatief scenario waarbinnen iemand anders dan de verdachte, te weten diens medeverdachte, de dief is, waar de verdachte gebruik van kan maken in diens verklaring. In D141 was bijvoorbeeld de diefstal van een bus en een auto tenlastegelegd. Een paar uur na de diefstal werd de gestolen auto teruggevonden met een opgerookte sigaret erin, waarop DNA werd aangetroffen waarvan het profiel overeenkwam met dat van de verdachte. De verdachte verklaarde dat hij na de diefstal bij vrienden in de auto was gestapt en niet wist dat die auto gestolen was. De rechtbank sprak hem hierop van deze diefstal volledig vrij. De rechtbank overwoog dat

'de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen de mogelijkheid openhouden dat verdachte – zoals hij zelf als mogelijke verklaring heeft geopperd – in de auto's [sic] is gestapt bij criminele vrienden. Hoewel verdachte op dit punt uiterst vaag is gebleven zal de rechtbank hem dit niet tegenwerpen, gelet op het grote tijdsverloop tussen de diefstal van de auto's en de uitslag van het DNA-onderzoek in beide zaken.'⁶⁷

58 Zie bijv. HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC0416, NJ 1993/514, r.o. 5.1; HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, NJ 2010/475, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.3.

59 Geen aanvullend bewijs of combinatie van ervaringsregels: D4 (9 minuten), D13 feit 3 (27 minuten), D19 (tijdsverloop wordt niet vermeld maar kan niet al te lang zijn, gaat om dieseldiefstal), D90 feit 2 (enkele minuten), D102 (tijdsverloop wordt niet vermeld maar kan niet al te lang zijn, gaat om winkeldiefstal), D126 ('kort na de diefstal').

60 D104, zie ook D96.

61 D40, D84, D85, D111, D118, D132, D141.

62 D47.

63 D1, D24, D75. Dit waren ook de enige zaken waarin de verklaring van de verdachte als leugenachtig werd aangemerkt.

64 D7, D11, D13, D17, D34, D47, D79, D83, D87, D102, D133 (vrijspraak).

65 Dat een leugenachtige verklaring als bewijs mag worden gebruikt is vaste rechtspraak sinds HR 29 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6349, NJ 1971/417 (*Postwissel-arrest*). Bij een bekentenis hoeft de bewezenverklaring bovendien niet meer te worden gemotiveerd en kan worden volstaan met een opsomming van de bewijsmiddelen, blijkt uit lid 3 van art. 359 Sv (zie hierover W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 4.4.3, zie vooral 4.4.3.2 over de motivering bij een gedeeltelijke bekentenis, waarbij zij diefstal als voorbeeld neemt). Dit is ook terug te zien in de feitenrechtspraak: bij een bekentenis wordt bijna altijd bewezenverklaard, waarbij steeds louter de bewijsmiddelen worden opgesomd zonder motivering. Hierbij wordt regelmatig genoeg genomen met twee bewijsmiddelen en niet zelden zijn dat dan alleen het bekennen van de verdachte en de verklaring van de aangever.

66 D84, D118, D141. Zie ook D109.

67 De verdachte werd overigens ook vrijgesproken van de subsidiair tenlastege-

Toch gaat het ook bij medeplegen vooral om het aanwezige bewijs. Het aanwezige bewijs liet in deze en vergelijkbare zaken redelijk veel ruimte over voor een verklaring waarin iemand anders dan de verdachte de dader was. Een verklaring leidt dan ook zeker niet altijd tot een (partiële) vrijspraak of een beperking van de rol die aan de verdachte wordt toegeschreven, door aanvullend bewijs,⁶⁸ of een heel kort tijdsverloop waardoor het geven van een geloofwaardige verklaring (bijna) onmogelijk is.⁶⁹ Andersom geldt natuurlijk ook dat als de verdachte geen verklaring geeft maar het bewijs en/of de overtuiging mist, vrijspraak volgt ondanks het zwijgen van de verdachte.⁷⁰

4 Bewijzen bij diefstal in vergelijking met witwassen

De daadwerkelijke betekenis van het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht wordt (mede) bepaald door de consequenties die in de praktijk worden verbonden aan het zwijgen – en daarmee ook die aan het verklaren – van de verdachte. Kritiek op de uitwerking van het zwijgrecht in het strafrecht is van alle tijden: te absoluut, te weinig absoluut, een te grote of juist kleine reikwijdte, etc.⁷¹ In mijn promotieonderzoek analyseer ik de rol van het zwijgen in de bewijsconstructie van verschillende delicten in de feitenrechtspraak. Eerder onderzocht ik dit ten aanzien van witwaszaken waar geen rechtstreeks verband kon worden gelegd met een gronddelict.⁷² Het explicietere gebruik van het zwijgen of verklaren van de verdachte in de bewijsconstructie van dat, relatief nieuwe, delict heeft namelijk veel kritiek opgeleverd.⁷³

Witwassen is volgens artikel 420bis Sr het voorhanden hebben (of een andere witwas-handeling) van een voorwerp (een geld of een goed) uit enig misdrijf afkomstig. Om de criminele herkomst te bewijzen hoeft niet te kunnen worden vastgesteld welk misdrijf is gepleegd waar het voorwerp uit voortvloeit, door wie en wanneer.⁷⁴ In dit soort gevallen wordt gewerkt met ervaringsregels/presumpties. Als op grond daarvan een vermoeden van witwassen rijst, wordt van de verdachte een verklaring verwacht. Als die verklaring niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk, concreet en verifieerbaar is, moet het OM hier nader onderzoek naar doen. Zwijgt de verdachte, dan kan bewezenverklaring volgen op grond van het vermoeden van witwassen.⁷⁵ Volgens Bemelmans lijkt het hiermee alsof het zwijgen van de verdachte een ‘gat’ dicht in de

bewijsconstructie.⁷⁶ In voornoemd artikel stel ik dat bij dit type witwassen geen sprake is van een ‘bewijsgat’: het bewijs – het vermoeden in combinatie met extra omstandigheden die bijna altijd aanwezig zijn – lijkt bij witwassen leidend voor de bewijsbeslissing.⁷⁷ Wel worden de ervaringsregels in sommige gevallen onvoldoende concreet gemaakt aan de hand van de omstandigheden van het geval. In die gevallen kan, als de rechter niet ingrijpt, te veel verantwoordelijkheid komen te liggen bij de verdachte. Als de verdachte dan zwijgt, kan bewezenverklaring volgen terwijl een concrete, onderbouwde verklaring van de verdachte wellicht tot vrijspraak had kunnen leiden. In deze paragraaf zal ik deze eerdere bevindingen bij witwassen vergelijken met mijn hierboven beschreven bevindingen ten aanzien van de bestudeerde diefstalzaken.

Bij zowel diefstal als witwassen spelen ervaringsregels een belangrijke rol. De ervaringsregels bij diefstal zijn echter concreter dan bij witwassen

4.1 Ervaringsregels en hun invulling

Bij zowel diefstal als witwassen spelen ervaringsregels een belangrijke rol. Bij witwassen waren dit er vier: het vervoeren van veel contant geld; het in huis hebben van veel contant geld; het bancaire ontvangen en/of versturen van grote geldbedragen; en een luxueuze levensstijl.

De ervaringsregels bij diefstal zijn echter concreter dan bij witwassen. Waar bij witwassen niet bewezen hoeft te worden uit welk specifiek misdrijf het tenlastegelegde voorwerp – meestal geld – afkomstig is, wanneer dat is gepleegd en door wie, moet dat bij diefstal wel. Bij de eerste ervaringsregel bij diefstal, het voorhanden hebben van gestolen voorwerpen, is al duidelijk dat het voorwerp is gestolen. Dit kan meestal eenvoudig worden bewezen door bijvoorbeeld een aangifte en de identificeerbaarheid van het voorwerp – meestal geen geld maar een goed met herkenbare uiterlijke kenmerken.

Vervolgens is met name de tijd, maar ook de afstand tot het oorspronkelijke delict, diefstal, van groot belang. Concreet aanvullend bewijs, zoals DNA, getuigen, camerabeelden, en anderszins verdachte omstandigheden, zoals dat de verdachte in de sloot ligt, spelen hierbij ook een rol. Dit maakt het verhaal immers concre-

legde heling van deze auto.

68 D51 (camerabeelden en WhatsAppberichten), D72 (bekennende verklaring medeverdachte).

69 D19, D121.

70 D109, D118.

71 Zie o.a. Crijns & Dubelaar 2020, p. 143; Meijer & Ter Haar 2018, p. 46-63; Daly e.a. 2021, p. 696-723, 708, met verwijzing naar HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1381, *RvdW* 2016/848.

72 Van der Rijst, Stevens & Hola 2022, p. 14-40.

73 Zie bijv. Crijns & Dubelaar 2020; Meijer & Ter Haar, p. 46-63.

74 HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124, *NJ* 2007/278 (*Cambio*), r.o. 3.5; HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094, *NJ* 2006/473 (*Geldkoerier II*), r.o. 3.4. Dit was overigens in navolging van de bedoeling van de wetgever, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 16 (MvT).

75 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, *NJ* 2010/456 (*Cambio*); HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471, *NJ* 2010/460 (*Geldkoerier III*). Naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad heeft het hof Amsterdam een ‘stappenplan’ geformuleerd, zie hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481. Zie recent: HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352, *NJ* 2019/298, m.nt. N. Rozemond; HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:668, *NJ* 2019/299, m.nt. N. Rozemond; HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1137, *NJ* 2019/350, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 14 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:36, *RvdW* 2020/161; HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:156, *NJB* 2021/512.

76 Bemelmans 2018, p. 386.

77 Van der Rijst, Stevens & Hola 2022, p. 14-40.

ter en verkleint de ruimte voor alternatieve scenario's. Om tot bewezenverklaring van diefstal te kunnen komen, mag het bewijs niet te veel ruimte bieden voor andere conclusies dan dat degene bij wie het gestolen voorwerp uiteindelijk is aangetroffen ook daadwerkelijk de dief is. De tweede ervaringsregel bij diefstal, het voorhanden hebben van inbraakwerktuig, biedt weliswaar meer ruimte voor een alternatief scenario, maar wordt dan ook bijna altijd aangevuld met aanvullend bewijs of omstandigheden, zoals een kort tijdsverloop.

Ook bij witwassen zijn aanvullende omstandigheden van belang en ook die zijn blijkens de rechtspraak meestal aanwezig. Deze omstandigheden zijn echter van een andere aard dan die bij diefstal. Bij witwassen ligt de nadruk meer op de afwezigheid van een legale bron van het voorwerp dat de verdachte voorhanden had – dus op de aanname dat een alternatief scenario zich niet voordoet – dan op de aanwezigheid van een illegale bron, zoals bij diefstal. De redenering lijkt te zijn: we zien geen legale herkomst, dus dan zal het wel een illegale herkomst hebben. Omstandigheden die duiden op de aanwezigheid van een criminele context spelen zeker ook een rol, maar een concreet misdrijf hoeft niet in beeld te komen. Signalen die wijzen op criminele betrokkenheid van de verdachte en verhulling van de tenlastegelegde voorwerpen zijn voldoende. Waar bij diefstal de aanwezigheid van een link tussen de verdachte en de diefstal concreet moet worden aangetoond, wordt bij witwassen aldus meer onzekerheid en daarmee meer ruimte voor andere conclusies geaccepteerd – zolang de verdachte geen gebruik maakt van die ruimte door een verklaring te geven.

4.2 *Vershil in de ruimte voor een verklaring*

Bij diefstal lijkt eenzelfde redeneermodel te worden gebruikt als bij witwassen: op basis van ervaringsregels ontstaat een vermoeden. Vervolgens wordt (meestal) aanvullend bewijs verzameld. Tussen dit vermoeden en het aanvullende bewijs is een zekere wisselwerking: hoe concreter het vermoeden, hoe minder aanvullend bewijs nodig is voor een bewezenverklaring. Hierop wordt aan de verdachte de kans geboden om te reageren op het belastende bewijs. Uiteindelijk redeneert de rechter van het bewijs naar een eventuele bewezenverklaring van het tenlastegelegde, waarbij de verklaring of het zwijgen van de verdachte, als ontbreken van een geloofwaardig alternatief scenario, mede een rol speelt.

Bij witwassen is die ruimte voor en de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte wat groter omdat minder wordt gevraagd van het bewijs. Er is dus geen bewijsgat; de delictomschrijving van witwassen staat toe dat voor bewezenverklaring een vrij groot deel van het verhaal onbekend kan blijven en het bewijs tamelijk ver van het delict af staat. Hierdoor laat het bewijs vaak meer ruimte voor een alternatieve verklaring, waardoor het geven van een onderbouwde verklaring bij witwassen wel kan lonen en zwijgen voor de verdachte soms nadelig kan uitpakken. Deze ruimte zorgt wel voor een risico dat met te weinig genoeg wordt genomen en brengt dan ook een verantwoordelijkheid voor alle procespartijen mee. De bewijsstandaard van witwassen is weliswaar lager dan bij diefstal, maar daaraan moet wel zijn voldaan voor uitleg van de verdachte mag worden verwacht. Het OM heeft dan ook de verantwoordelijkheid om niet al te snel de bal bij de verdachte te leggen, en als dit misgaat grijpt de rechter als het goed is in. Dit gebeurt meestal – maar niet altijd. Vervolgens heeft de verdachte de verantwoordelijkheid, of mogelijkheid, om een alternatief scenario aan te dragen, waar het bewijs soms zeker ruimte voor geeft.

Het risico dat een te grote last bij de verdachte komt te liggen is bij diefstal kleiner dan bij witwassen omdat de bewijsstandaard bij diefstal hoger is

Ook bij diefstal krijgt de verdachte de kans om een ander licht op de zaak te schijnen. Het risico dat een te grote last bij de verdachte komt te liggen is daar echter kleiner omdat de bewijsstandaard bij diefstal hoger is. De concrete wijze waarop diefstal is omschreven in de wet, vereist dat. Er moet – anders dan bij witwassen – namelijk een duidelijke, concrete, rechtstreekse link kunnen worden gelegd tussen de verdachte en de diefstal. Dit levert sterker, rechtstreekser en concreter bewijs op dan bij witwassen. Het verhaal moet al zo duidelijk zijn, dat de ruimte voor een alternatieve uitleg een stuk beperkter is. Er is bij diefstal doorgaans dan ook erg weinig wat de verdachte kan verklaren dat de rechter op andere ideeën kan brengen, terwijl die ruimte er bij witwassen meer is. Is deze ruimte er wel, dan volgt bij diefstal, vaker dan bij witwassen, toch al vrijspraak

vanwege een tekort aan bewijs. De verklaring of het zwijgen van de verdachte speelt daarin doorgaans geen sleutelrol. Voor diefstal heeft dit tot gevolg dat verklaren voor de verdachte soms nadeliger kan uitpakken dan zwijgen. Liegen of bekennen kan immers als bewijs worden gebruikt en zwijgen niet. Uitzonderingen hierop zijn gevallen van medeplegen. Medepleegsituaties bieden meer ruimte voor een alternatieve verklaring van de verdachte, omdat er dan een alternatief scenario mogelijk is waarin een medeverdachte de (hoofd)dader was.

Concluderend lijkt de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte niet alleen af te hangen van de invulling van de rechter maar ook – of misschien zelfs vooral – van de wijze waarop een delict is omschreven in de wet

5 Tot slot

De bevindingen in dit artikel laten zien dat een opener omschreven delict, dat niet vereist dat het volledige verhaal bloot komt te liggen, ertoe leidt dat voor bewezenverklaring indirecter bewijs wordt geaccepteerd door zowel het OM als de rechter. Dit laat meer ruimte voor alternatieve scenario's waarin de verdachte onschuldig is en maakt de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte dan ook groter. Zwijgen kan dan in sommige gevallen leiden tot bewezenverklaring, waar een vrijspraak wellicht mogelijk was geweest

als de verdachte met een verklaring was gekomen. Het is dan ook juist bij delicten zoals witwassen belangrijk dat rechters goed logisch kunnen redeneren. Zij moeten inzicht hebben in de ervaringsregels die zij bewust of onbewust, impliciet of expliciet hanteren, en in de conclusies die zij trekken en kunnen trekken uit de informatie die voorhanden is en de stappen die zij daarbij zelf invullen.

Afhankelijk van de beschikbare informatie hebben het OM en de rechter de verdachte soms ook nodig. Het doel van witwassen is nu eenmaal het verhullen van de herkomst van een voorwerp; zonder hulp van de verdachte is die herkomst dan ook lastig te achterhalen. Dit is opgelost door dat voor bewezenverklaring niet te eisen: als een bewijsvermoeden tot stand is gekomen, is het aan de verdachte zelf om een eventuele legale herkomst te schetsen. Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat het verklaren of zwijgen van de verdachte zo relatief belangrijk kan zijn en wat er onder welke voorwaarden van de verdachte mag worden verwacht voor ongerechtvaardigd aan het zwijgrecht wordt getornd.

Concluderend lijkt de rol van het zwijgen of verklaren van de verdachte niet alleen af te hangen van de invulling van de rechter maar ook – of misschien zelfs vooral – van de wijze waarop een delict is omschreven in de wet. Een op het oog materieelrechtelijk vraagstuk wordt zo ook een formeelrechtelijk vraagstuk en niet (alleen) een individuele afweging door een rechter, maar een politiek en maatschappelijk thema waar de wetgever invloed op heeft. Deze theorie, waarmee ik in dit artikel een begin maak, is nog zeker niet af. Ik heb enkel gekeken naar diefstal en witwassen; houdt deze theorie ook stand als andere delicten onder de loep worden genomen?



Strafrechtelijk bewijsrecht

J.F. Nijboer bewerkt door P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan

Dit boek biedt een systematische behandeling van het Nederlandse strafrechtelijk bewijsrecht. Het is te gebruiken als studieboek in de rechtenstudie en als handboek in de rechtspraktijk en in de parajuridische sfeer, met name in de praktijk van forensische deskundigen.

Bijzondere aandacht wordt geschonken aan spanningen die de rechtsontwikkeling te zien geeft, bijvoorbeeld ten aanzien van enerzijds de vooronderstellingen waar vanuit de ontwerpers van het Wetboek van Strafvordering (1926) de wettelijke bewijsregeling hebben vormgegeven en anderzijds de praktijk van de rechtspraak, met name zoals deze reilt en zeilt binnen de door de Hoge Raad der Nederlanden en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitgezette kaders.

ISBN: 978-90-6916-847-0 | Druk: 7e druk 2017 | Pagina's: 310 | Prijs: € 43,50