

# De verklaring van horen zeggen

R. VAN LEUSDEN & B.J. POLMAN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

“De behandeling van de strafzaak Hendriks tegen het openbaar ministerie, met mr. Hamer”, roept de bode door de gang van het oude gerechtsgebouw aan de Parnassusweg in Amsterdam. Gerard Hamer geeft Hendriks nog snel de laatste uitleg, staat op, knoopt zijn bef voor, zijn toga dicht en volgt zijn cliënt de zittingszaal in. Zijn zware tas met dossiers, pennen en peuken – waarvan de uitgedrukte restanten de afgelopen maanden her en der tussen de dossiers belandden – zet hij in de zittingszaal naast zich neer. Het omvangrijke dossier van zijn cliënt, die wij hier voor het gemak Hendriks noemen, wordt opengeslagen en de stukken nog snel even geordend. De voorzitter van de meervoudige strafkamer heet de heer Hendriks en mr. Hamer welkom en vangt de behandeling van de zaak aan. “Zo, eerst even uw gegevens controleren, meneer Hendriks, want het is belangrijk dat we hier wel de juiste persoon voor ons hebben. Bent u: Hans Hendriks, geboren op 1 juli 1980 in (...)” Als een springveer die te lang onder spanning heeft gestaan en van de spanning plots wordt verlost, veert Gerard Hamer overeind uit zijn stoel. Hij buigt voorover naar de microfoon en zegt: “Edelachtbare, ik moet u echt onderbreken.” De voorzitter kijkt Hamer verbouwereerd aan. Amper 10 seconden begonnen en nu al hommeles. Hij vermoedde overigens al zoiets toen hij “mr. Hamer” op de zittingslijst van de dag zag staan. Je leest dan een dossier voor de zekerheid tweemaal en let er vooral op of alle formele punten zijn getackeld. De dagvaarding is juist uitgereikt, dat had de voorzitter vlak voor aanvang van de zitting nog bekeken. “Ja”, verzucht de voorzitter, “waarom moet u mij onderbreken, mr. Hamer?” “Mijn cliënt kan uw vraag naar zijn geboortedatum onmogelijk beantwoorden, omdat hij van dat moment geen levendige herinnering koestert”, antwoordt Hamer.

Het moet ergens in de zomer van 2007 zijn geweest. Gerard Hamer zit achter zijn overvolle bureau. Stapels uitgeprinte processtukken, mokken met oude restanten koffie en asbakken maken werken bijna onmogelijk. De twee grote ramen naar buiten staan wagenwijd open. Zijn werkkamer grens direct aan het trottoir. Een weifelende zomerbries vult zijn kamer met zoete geuren. Achter het bureau wordt gewerkt. Hard gewerkt, getelefoneerd en soms een e-mail verstuurd. Zo'n e-mail bevat vaak niet meer tekst dan: “Beste heer, ik heb geprobeerd u telefonisch te bereiken. Dat is niet gelukt. Met vriendelijke groet, mr. Hamer”. De buurman van twee huizen verderop loopt voorbij en groet Gerard. “Hard aan het werk, buurman?” Natuurlijk onderbreekt Gerard zijn dagelijkse routine om uitgebreid verslag te doen van het reilen en zeilen binnen de kantoormuren van Cleerdin & Hamer Advocaten aan het Van der Helstplein in Amsterdam. De overbuurvrouw zet haar fiets in het fietsenrek voor de kamer van Gerard en voegt zich bij de buurman. “He, Gerard, haar geknipt?”, vraagt de buurvrouw. Gerard vertelt over de zaak van de kapper op de Albert Cuypstraat, die hij, net als in 2001, met succes bijstond. “De kapper verdedigde zichzelf tegen een dronken man die hem aanviel en had daarbij in zijn paniek niet in de gaten dat hij zijn schaar nog in de hand had”, aldus Gerard. Net als in 2001 volgde de rechtbank ook in 2007 zijn verweer: de kapper handelde wederom uit noodweer. Justitie had in die zaak vier jaar cel geëist, maar zag na het vonnis af van hoger beroep.

---

<sup>1</sup> Rick van Leusden en Ben Polman zijn strafrechtadvocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

Met gemak zou dit boek met soortgelijke anekdotes over Gerard Hamer kunnen worden gevuld. De ene anekdote nog mooier, vindingrijker en met meer humor dan de ander. Al die anekdotes hebben één gemene deler: het zijn voor ons, ondergetekenden, zogenoemde ‘verklaringen van horen zeggen’, oftewel: ‘de auditu-verklaringen’. Het zijn anekdotes die wij (helaas) niet uit eerste hand hebben, maar door anderen aan ons zijn doorverteld. Wij wensen te geloven dat ze op waarheid berusten, maar kunnen wij daarvan ‘zomaar’ uitgaan? De neiging om die vraag snel met “ja” te beantwoorden, is vooral ingegeven door eigenbelang. Immers, deze smaakvolle anekdotes over Gerard Hamer willen wij vooral nog lange tijd, wekelijks aan de lunch- en borreltafel horen vertellen. Zetten wij dat belang overboord, dan valt ons op dat de anekdotes gedetailleerd zijn, de details consistent worden herhaald en dat zij bevestiging vinden in, bijvoorbeeld, beeldmateriaal van Gerard aan een enorm en overvol bureau. Al met al voor ons ruim voldoende om deze anekdote als ‘echt’ te bestempelen en voor de inhoud van dit boek te gebruiken.

De titel van dit artikel, *De verklaring van horen zeggen*, vormt het bruggetje van de anekdotes over Gerard naar de jurisprudentie. De Hoge Raad bevestigde (al) in 1926 in het arrest dat de toepasselijke titel het ‘*De-auditu-arrest*’ heeft meegekregen, dat aan ‘verklaringen van horen zeggen’ bewijs mag worden ontleend.<sup>2</sup> Het wordt de rechter toegestaan uit wat een getuige anderen heeft horen zeggen een vermoeden te ontleenen voor de waarheid van de inhoud van die mededeling. Het arrest is voor de Nederlandse praktijk van het strafrecht van groot belang.<sup>3</sup> Dergelijke verklaringen komen veel. Denk bijvoorbeeld aan de verklaring van een moeder die haar kind tegen haar heeft horen zeggen wat hem is aangedaan. Zo’n (getuigen)verklaring van de ouder is in beginsel door de rechter voor het bewijs (tegen bijvoorbeeld een verdachte van (kinder)mishandeling) te gebruiken zonder dat de rechter de ouder als getuige zelf ter terechtzitting heeft gehoord en die verklaring in het proces-verbaal van de terechtzitting is vastgelegd. Wil de rechter die verklaring voor het bewijs gebruiken, dan is het wel zaak dat hij de inhoud van de verklaring ter terechtzitting naar voren brengt, zodat bijvoorbeeld ook de procespartijen zich daarover zouden kunnen uitlaten. Dat bevordert bovendien een ordentelijke rechterlijke besluitvorming.

De zittingsrechter doet derhalve recht op basis van materiaal dat (via een derde of een proces-verbaal) ter zitting door hemzelf of ten overstaan van hem naar voren is gebracht.<sup>4</sup> Dit uitgangspunt wordt ook wel geduid als het onmiddellijkheidsbeginsel. Het onmiddellijkheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 338 Sv en houdt in dat het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan door de rechter slechts mag worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. Dit beginsel wordt te strikt uitgelegd als daaronder wordt verstaan dat alleen bewijs dat op het onderzoek op de terechtzitting als bewijsmiddel (bijvoorbeeld in het proces-verbaal van die zitting) wordt opgenomen voor het bewijs mag worden gebezigd. Wordt het onmiddellijkheidsbeginsel zo geïnterpreteerd, dan zouden ‘verklaringen van horen zeggen’ die buiten de terechtzitting niet door de zittingsrechter zijn verkregen door hem niet voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Zoals gezegd is dat een onjuiste en te strikte uitleg van dat beginsel. Wel is het *De-auditu* arrest voor de interpretatie van het onmiddellijkheidsbeginsel van een zeker belang. Hiervoor is al aangegeven dat het de zittingsrechter vrij staat om getuigen zelf ter terechtzitting te horen en hij hun verklarin-

2 HR 20 december 1926, NJ 1927/85.

3 Zie voor meer over de de auditu verklaring: P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek. Een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden). Deventer: Kluwer 2010, p. 93.

4 G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2014, p. 49.

gen ook voor het bewijs mag bezigen als die ter terechtzitting in andere vorm (bijvoorbeeld in een proces-verbaal van een politieverhoor van die getuigen) tot hem komen. Deels door de gevolgen van het *De auditu*-arrest werd het onmiddellijkheidsbeginsel gemodificeerd, nu ook aan ‘verklaringen van horen zeggen’ bewijs mag worden ontleend.<sup>5</sup>

Het is opmerkelijk dat deze belangrijke (De-auditu) jurisprudentie niet is gecodificeerd. Echter, daar komt met het nieuwe Wetboek van Strafvordering mogelijk verandering in.

## 2. **Boek 4 Berechting, het nieuwe Wetboek van Strafvordering**

Het uit 1926 daterende *De-auditu*-arrest heeft flink wat stof doen opwaaien. Zo beweren critici dat alleen getuigenverklaringen die getuigen zelf waarnemen of ondervinden voor het bewijs bruikbaar zijn en dat een andere uitleg niet past bij de tekst van artikel 342 lid 1 Sv. De tekst van die wet gebiedt, zo menen zij, dat verklaringen van getuigen ‘op de terechtzitting’ worden afgelegd, terwijl die verklaringen betrekking hebben op feiten en omstandigheden die de getuige ‘zelf waargenomen of ondervonden heeft’. Wat daarvan ook zij, niet kan worden ontkent dat de Hoge Raad met het *De-auditu*-arrest een voor de (straf) rechtspraak zeer belangrijke uitleg heeft gegeven over de verklaring van horen zeggen. In dat kader schrijft Borgers: “Weliswaar heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden over de toelaatbaarheid van de auditu-verklaringen en andere niet rechtstreeks tegenover de zittingsrechter afgelegde verklaringen, maar dat is de Hoge Raad wel op het verwijt komen te staan dat aldus een beslissing is genomen die nogal drastische consequenties heeft voor de wijze van procederen in strafzaken.”<sup>6</sup> Had het niet meer op de weg van de wetgever, dan de Hoge Raad, gelegen over de bruikbaarheid van dergelijke verklaringen duidelijkheid te verschaffen? Bijna 100 jaar na het *De-auditu*-arrest lijkt de wetgever die duidelijkheid in het te moderniseren Wetboek van Strafvordering alsnog te willen brengen.

Het uit 1926 daterende Wetboek van Strafvordering voelt verouderd, is sinds de invoering vaak gewijzigd en vraagt om een modern jasje. Corstens verwoordde dat op 19 juni 2014 in zijn toespraak op het eerste congres Modernisering Wetboek van Strafvordering treffend: “Telde het wetboek bij zijn inwerkingtreding in 1926 592 artikelen, nu kom ik tot 970 artikelen. Daar komt bij dat alle uitbreidingen, invoegingen en wijzigingen die het wetboek sinds 1926 heeft ondergaan, hebben geleid tot een wetboek dat niet zo overzichtelijk is als het zou moeten zijn. Het lijkt een beetje op een fietsband met twintig plakkers. Zo’n band wordt zwaar en rijdt niet lekker; het hobbelt erover. Een wetboek als een kasseienstrook: dat leidt te gemakkelijk tot valpartijen.” De contouren van het gemoderniseerde wetboek beginnen duidelijk zichtbaar te worden. Eind 2017 is door de wetgever het conceptwetsvoorstel *Vaststellingswet Boek 4* van het nieuwe Wetboek van Strafvordering naar onder meer de advocatuur, het openbaar ministerie, de politie en de Raad voor de rechtspraak gestuurd. Zij hebben gelegenheid gekregen op het wetsvoorstel reageren.

Boek 4 ziet op berechting van verdachten. Er is voorgesteld in Boek 4 onder (veel) meer op te nemen dat verdachten van zware gewelds- en zedenmisdrijven die in voorlopige hechtenis zitten verplicht zijn ter terechtzitting te verschijnen. De voorstanders van een strikte uitleg van het onmiddellijkheidsbeginsel (zoals hiervoor besproken) zullen dat voorstel ongetwijfeld toejuichen. Net als in het huidige wetboek worden in de moderne versie de toegelaten bewijsmiddelen in de wet opgesomd. Voorts zal, in verband met het gebruik van de

5 C.P.M. Cleiren, ‘Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: Kansen zijn niet altijd vrijblijvend’, *Strafblad* 13(4), 2015, 267-276.

6 M.J. Borgers, ‘Het De auditu-arrest (HR 20 december 1926, NJ 1927, 85)’, *Ars Aequi*, december 2009, p. 840.

auditu-verklaringen, de wettelijke regeling in overeenstemming worden gebracht met de (vaste) jurisprudentie en de wijze waarop deze regeling in het geldende recht wordt toegepast.<sup>7</sup> De De-auditu-jurisprudentie is neergelegd in het nieuwe artikel 4.3.2.3 lid 4 Sv en luidt:<sup>8</sup>

“Een mededeling van de verdachte, een getuige of een deskundige als in de vorige leden bedoeld die elders dan op de terechtzitting is gedaan, kan tot het bewijs meewerken indien daarvan uit een wettig bewijsmiddel blijkt.”

De voorgestelde codificatie van de De-auditu-jurisprudentie zal de tot nu toe gevoerde discussie over de bruikbaarheid van de verklaring van horen zeggen smoren. In zoverre zal de codificatie bijdragen aan duidelijkheid. Echter, zal de codificatie van die jurisprudentie ook bijdrage aan een verbetering van kwaliteit van de bestaande strafrechtspleging? Dat is immers een van de doelen die de wetgever met de modernisering van het wetboek voor ogen heeft.<sup>9</sup> Mogelijk moet die vraag met “nee” worden beantwoord. Voor de kwaliteit van de rechtspleging hoeven ontwikkelingen in de jurisprudentie niet perse in de wet zijn gereflecteerd. Het zou de leesbaarheid van het Wetboek van Strafvordering niet ten goede komen als alle in de jurisprudentie vervatte rechtsregels worden vertaald naar wetten. Daarentegen zullen bepaalde *jurisprudentiële ontwikkelingen* voor het recht zó belangrijk zijn, en niet langer aan de rechter worden gelaten, dat zij tot wet verwoorden. De wetgever heeft de De-auditu-jurisprudentie kennelijk in dat rijtje geschaard en reden gezien de De-auditu-jurisprudentie te codificeren.

Een tweede codificatie van een voor het recht belangrijke *jurisprudentiële ontwikkeling – die in meer of mindere mate samenhangt met de* codificatie van de De-auditu-jurisprudentie – vindt men in het nieuwe artikel 4.3.2.5, dat luidt:

“Het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan, kan niet in beslissende mate steunen op mededelingen van een persoon die de verdachte niet heeft kunnen ondervragen, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden.”

Al het door de rechter te gebruiken bewijs moet, al dan niet in aanwezigheid van de verdediging, ter zitting worden voorgehouden. De verdediging moet in de gelegenheid zijn gesteld het bewijs te onderzoeken en te betwisten, in ieder geval wanneer het gaat om een voor het bewijs beslissende getuigenverklaring. De belastende verklaring van een getuige (bijvoorbeeld een verklaring van horen zeggen) die de verdediging niet heeft gehoord, kan niet in doorslaggevende of beslissende mate aan het bewijs bijdragen. Dit uitgangspunt is een codificatie van de inmiddels bestendige jurisprudentie van het EHRM.<sup>10</sup> Echter, dit uitgangspunt is, wederom gelet op die jurisprudentie, niet absoluut. Indien het recht op een eerlijk proces niet is geschonden, kan de voor het bewijs beslissende verklaring van een getuige toch als bewijs dienen, ook al heeft de verdediging die getuige niet kunnen ondervragen. Een potentiële schending van het ondervragingsrecht moet worden gezien in het

7 Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 29.

8 Zie het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Berechting, p. 26.

9 Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 1. Voorts heeft hij ten doel gesteld met de modernisering te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.

10 EHRM 16 mei 2016, applicatienummers 26711/07, 32786/10 en 34278/10 (*Poletan en Azirovik/Madeconie*) ro. 81.

licht van de ‘overall fairness’ van de ‘proceedings as a whole’.<sup>11</sup> Daarvoor is onder meer van belang een antwoord op de vraag of aan de verdediging voldoende compensatie is toegekend voor het niet horen van deze beslissende getuige. Hierna volgt een korte toelichting op het bovenstaande.

### 3. De codificering in het licht van de EHRM-jurisprudentie

Het uitgangspunt van het EHRM is dat al het bewijs tegen een verdachte: “must normally be proceduced in his presence at a public hearing with a view to adversial argument”.<sup>12</sup> Volgens het EHRM is dit beginsel niet absoluut. Voorhouden van een eerder afgelegde getuigenverklaring ter zitting, ofwel: het rechtstreekse gebruik van de auditu-verklaring voor het bewijs, is in beginsel dan ook niet strijdig met artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.<sup>13</sup> De positie van de verdediging mag echter door het gebruik van de auditu-verklaring niet verslechteren. Met name waar het gaat om beslissende of doorslaggevend getuigen (‘sole or decisive’) zal aan de verdediging een mogelijk moeten worden geboden om ten tijde van het afleggen van een verklaring of op een later moment in de procedure de getuige kritisch te ondervragen. Aan het ontbreken van dit ondervragingsrecht kunnen consequenties worden verbonden wanneer achteraf blijkt dat de procedure in zijn geheel oneerlijk was in het licht van art. 6 EVRM.

Het EHRM heeft in het arrest *Al-Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*<sup>14</sup> een beslissingsschema geïntroduceerd. Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan om een getuige te (doen) ondervragen, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring in strijd zijn artikel 6 EVRM. Het gebruik van een *untested* getuigenverklaring levert evenwel geen automatische schending op van artikel 6 EVRM. Volgens het EHRM dient de rechter te beoordelen:

“(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness’s untested statements as evidence;  
(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant’s conviction; and  
(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair.”

Bij het toepassen van deze criteria dient door de rechter te worden gekeken naar de ‘overall fairness’ van het proces. De uiteindelijke balans in het kader van de beoordeling of er sprake is geweest van een eerlijk proces, kan eerst achteraf worden opgemaakt, maar de rechter dient al wel tijdens de behandeling van strafzaken beslissingen te nemen omtrent het oproepen en horen van getuigen. De motivering van het verzoek om getuigen op te roepen is daarbij van groot belang. In EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, heeft het Europese Hof overwogen dat, hoewel bovengenoemde driestappentoeets dient te worden uitgevoerd zoals neergelegd in het *Al-Khawaja*-arrest, het gelet op de onderlinge samen-

11 Vgl. dit uitgangspunt is terug te vinden in EHRM 28 september 2010, applicatienummer 40156/07 (*A.S./Finland*) ro.. 52 ; EHRM 24 oktober 2002, app. nr. 36732/97 (Pisano t. Italie), ro. 27, EHRM 15 december 2015, applicatienummer 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*) ro. 161.

12 Guide on article 6, Right to a fair trial (criminal limb), p. 47, par. 302.

13 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 februari 2001, applicatienummer 33354/96 (*Luca/Italië*) ro. 40.

14 EHRM 15 december 2011, applicatienummers 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

hang van de stappen in voorkomende gevallen wenselijker kan zijn een andere volgorde te hanteren.<sup>15</sup> Van een dwingende volgorde van het driestappenplan is dan ook geen sprake.

Het zou voor het bereik van dit artikel te ver voeren om alle hiervoor genoemde stappen tot in detail te bespreken.<sup>16</sup> Om die reden wordt ermee volstaan te benadrukken dat het ontbreken van een ondervragingsrecht op zichzelf onvoldoende is om een schending van artikel 6 EVRM aan te nemen. Het gebruik van een De auditu-verklaring zonder de mogelijkheid om als verdediging de getuige te horen leidt derhalve niet per definitie tot een schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>17</sup> Wel brengt het gebruik van een verklaring van een niet onderzochte getuige de weegschaal van vrouw justitia uit balans. Om de weegschaal weer in balans te brengen dienen afdoende ‘counterbalancing factors’ aanwezig te zijn, waaronder voldoende rechtswaarborgen voor de verdediging.

#### 4. Bereikt codificatie het gewenste effect?

De wetswijziging in de contourennota van het nieuwe Wetboek van Strafvordering codificeert het middellijkheidsbeginsel. De mogelijkheid om een mededeling van de verdachte, van een getuige of van een deskundige die elders dan op de terechtzitting is gedaan tot bewijs te laten dienen, heeft daarmee een wettelijke basis gekregen. De codificering komt voort uit een streven naar efficiëntie. Het middellijkheidsbeginsel leidt er onder meer toe dat de zittingscapaciteit van rechtbanken en hoven minder wordt belast. De vraag is echter of de huidige codificatie het gewenste doel bereikt.

Na de wetswijziging kan een verklaring van een beslissende getuige enkel worden gebruikt als het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Een toets die enkel achteraf kan plaatsvinden. Voor het EHRM is achteraftoetsing mogelijk. Een klager heeft immers dan al alle nationale rechtsmiddelen uitgeput.<sup>18</sup> Een zittingsrechter daarentegen dient te beslissen in de stand van het geding. Volgens de Hoge Raad ligt de oplossing in het motiveren van de beslissing omtrent het horen van getuigen. De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 4 juli 2017: “Deze motiveringsplicht draagt voorts eraan bij dat de rechter zo vroegtijdig mogelijk het recht op een eerlijk proces in de hiervoor bedoelde zin kan betrekken bij de beoordeling van het verzoek.”<sup>19</sup>

Het motiveren van een beslissing zorgt ervoor dat actief over onder meer het eerlijk proces wordt nagedacht. De oplossing van de Hoge Raad bevat ook een tegenstrijdigheid. Zo vroeg mogelijk het recht op een eerlijk proces *in zijn geheel* betrekken bij een beslissing oogt onmogelijk.<sup>20</sup> De rechter kan enkel de omstandigheden tot dus ver betrekken. Het zal dus geen oordeel zijn over het recht op een eerlijk proces in zijn geheel, maar in de stand van het geding. Toekomstige omstandigheden die leiden tot een schending kunnen niet worden meegenomen.

15 EHRM 15 december 2015, applicatienummer 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

16 Zie voor een uitvoerige bespreking B. de Wilde, *Stille getuigen, Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss) Amsterdam VU, Deventer: Kluwer, p. 123 e.v. Zie ook HR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

17 EHRM 3 maart 2016, applicatienummer 26230/11 (*Kapustyak/Oekraïne*) ro. 89. Het horen van een doorslaggevende of beslissende getuige is geen absoluut recht. Het recht kan volgens het EHRM zelfs worden beperkt: “in the interests of the proper administration of justice”.

18 Zie artikel 35 lid 1 EVRM.

19 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219.

20 Overigens staat in de voorgestelde wetswijziging niet dat het ziet op het strafproces in zijn geheel, maar gelet op het feit dat de wijziging is ontleend aan EHRM-jurisprudentie moet de bepaling zo worden geïnterpreteerd. Bovendien is een gedeeltelijk eerlijk proces geen eerlijk proces.

Bij de motivering kan de zittingsrechter dus niet betrekken of de ‘proceeding as a whole’ voor de verdachte ‘fair’ was en – indien de ‘fairnes’ in het geding is – of voldoende ‘counterbalancing factors’ aanwezig waren.

In een later fase van hetzelfde strafproces kunnen andere rechters zich genoodzaakt voelen beslissende getuigen ambtshalve op te roepen of compenserende maatregelen toekennen met als doel voorkomen dat de verdediging geen behoorlijk en effectief ondervragingsrecht heeft gehad. De verklaring kan anders niet worden gebruikt. Dat is een begrijpelijk maar onwenselijk gevolg van de wetwijziging. Het vroegtijdig horen van de beslissende getuige had wellicht noodgrepen voorkomen.

Tot slot is bij het garanderen van een eerlijk proces ook een belang weggelegd voor de verdediging. Het vereist een actief optreden. Vroegtijdig een processtrategie bepalen helpt om te onderbouwen waarom een getuige beslissend is. Bovendien geldt dat naar mate de verdediging langer wacht met het verzoeken om bepaalde getuige de beoordeling strenger wordt.<sup>21</sup> Van de verdediging mag dan worden verlangd dat uitvoeriger wordt gemotiveerd waarom de getuige in een later stadium nog dient te worden gehoord. Ook op grond van de EHRM-jurisprudentie mag van de verdediging immers worden verwacht dat een verzoek tot het oproepen van getuigen wordt onderbouwd door in ieder geval aan te geven “*why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth*”.<sup>22</sup>

## 5. Conclusie

De contouren van het vernieuwde Wetboek van Strafvordering worden inmiddels zichtbaar. Door het voorgestelde Boek 4 kan na ruim 100 jaar (eindelijk) een einde komen aan de discussie omtrent het gebruik van een de auditu-verklaring. Een dergelijke verklaring kan wel worden gebruikt. Als die verklaring voor de verdachte belastend is en in overwegende mate voor het bewijs wordt gebruikt, moet de verdediging in beginsel in de gelegenheid worden gesteld die getuige aan de tand te voelen. In beginsel, nu dat recht niet absoluut is. Er kan, gelet op bestendige nationale en Europese jurisprudentie, van worden afgeweken. De rechter dient in dat geval te beoordelen of de strafprocedure in zijn geheel eerlijk is. Daar wringt de schoen. Het moment waarop de rechter zijn oordeel omtrent het al dan niet horen van een getuige moet geven, belet mogelijk dat hij de gehele procedure volledig kan overzien. Een (te) vroeg moment in de strafprocedure maakt van de te codificeren jurisprudentie een lege huls. Er wordt immers niet gewaakt voor een eerlijk strafproces in zijn geheel. Daardoor wordt alsnog niet tegemoetgekomen aan de jurisprudentiële vereisten van het EHRM.

De anekdotes over Gerard Hamer zijn niet vastgelegd. Ze worden aan advocaten doorverteld tijdens de lunch of bij een borrel. Dat is misschien maar goed ook. Wanneer verhalen worden vastgelegd nemen die een vaste en definitieve vorm aan. Het wordt als het ware gecodificeerd en verliest daarmee de flexibiliteit om aan te passen naar de omstandigheden van het geval. Wij – de nieuwe lichter Cleerdin & Hamer advocaten – vertellen de anekdotes door alsof wij erbij waren. Een *testimonium de auditu*.

---

21 Zie HR 1 juli 2014, NJ 2014/441, ro. 2.76.

22 EHRM 6 mei 2003, applicatienummer 48898/99 (*Perna/Italië*) ro. 29.