

Een dichotomie in de benadering van de ongehoorde getuige

De Hoge Raad en het EHRM als Achilles en de Schildpad

*P.P.J. van der Meij*¹

1 Inleiding: De benadering van het ondervragingsrecht

De stelling dat de Nederlandse strafrechtspleging trendgevoelig is, kan worden geschraagd aan de hand van het veelvuldig gebruik van de eerste *Vidgen*-zaak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).² Veel strafrechtadvocaten wezen op deze reprimande aan het adres van de Hoge Raad in hun poging het ondervragingsrecht ten aanzien van een belangrijke belastende getuige af te dwingen. Een stok achter de deur was het verkapte dreigement dat de feitenrechter niet tot een bewezenverklaring zou kunnen komen als de verdediging de getuige niet effectief kon ondervragen. Omdat de feitenrechter doorgaans niet voor één gat te vangen is, kwam een stroom aan jurisprudentie op gang waarin het ondervragingsrecht door tal van oorzaken ‘helaas’ niet kon worden geëffectueerd, maar de getuigenverklaring toch niet ‘sole and decisive’ was voor de bewezenverklaring. De waarde die in dergelijke zaken werd toegedicht aan het steunbewijs, overtuigde niet altijd. De eerste *Vidgen*-zaak raakte allengs op de achtergrond omdat de situaties waarin een beroep op die zaak echt tot resultaat leidde, zich steeds minder voordeden. Dat zegt overigens niet zozeer iets over het belang van een effectief en behoorlijk ondervragingsrecht, maar meer over de terughoudendheid waarmee in de Nederlandse rechtspraak consequenties worden verbonden aan een gebrekkig ondervragingsrecht en hoe snel de strafrechtadvocatuur dan interesse verliest bij het ontbreken van het vooruitzicht op een geslaagd verweer. De *Vidgen*-zaak kreeg in de zomer van 2017 overigens weer wat aandacht, omdat de Hoge Raad na

1 Patrick van der Meij is advocaat bij Cleerdin en Hamer advocaten te Amsterdam.

2 EHRM 10 juli 2012 (*Vidgen tegen Nederland*), ECLI:NL:XX:2012:BX3071, NJ 2012/649.

een nieuw veroordelend arrest, ditmaal door Hof Den Bosch,³ het cassatieberoep afwees.⁴ In tegenstelling tot de eerste *Vidgen*-zaak kon de enige rechtstreeks belastende getuige zich weliswaar niet meer op zijn verschoningsrecht beroepen, maar kon hij zich anderszins vijftien jaar na dato ook niets meer herinneren van wat hij eerder tegenover een Duitse politieambtenaar zou hebben verklaard ten laste van Vidgen. Een uiterst onbevredigende uitkomst van de opeenvolgende arresten van Hof Den Bosch en de Hoge Raad, waarbij ik me eigenlijk niet eens afvraag of het EHRM Nederland niet opnieuw zal veroordelen voor een schending van het ondervragingsrecht in artikel 6 EVRM.

Van een dichotomie, letterlijk te vertalen als ‘tweedeling’, is sprake als een bepaald onderwerp wordt opgedeeld in twee niet-overlappende structuren. De term lijkt van toepassing op de wijze waarop de Hoge Raad en het EHRM het ondervragingsrecht benaderen. Waar de Hoge Raad op de lijn zit dat de verdediging vooral de mogelijkheid dient te worden geboden een getuige te ondervragen, ongeacht het resultaat, stelt het EHRM voorop dat de verdediging ook in de gelegenheid is gesteld effectief en behoorlijk te ondervragen. De laatste benadering veronderstelt een inhoudelijke toets van de oorspronkelijke verklaring. Het EHRM benadert het ondervragingsrecht principiëler dan de Hoge Raad. De verankering van het ondervragingsrecht in artikel 6 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM zorgen voor een meer materiële benadering met de nadruk op een inhoudelijke toets van de gewraakte verklaring. De Hoge Raad maakt het de feitenrechter iets makkelijker met een formele benadering, in die zin dat indien de verdediging een kans is geboden, zij niet meer mag mopperen en de oorspronkelijke, onge-toetste verklaring gewoon kan worden gebruikt voor het bewijs. Dit verschil in benadering komt zoals gezegd in het vervolg van de *Vidgen*-zaak weer aan de oppervlakte. Hoe onzeker het toetsingskader van de Hoge Raad is ten opzichte van de fundamentele benadering door het EHRM, volgt uit de wijze waarop een andere, actuele bij het EHRM ingediende klacht tegen Nederland preventief wordt opgepakt, de zogeheten *Kes-*

3 De Hoge Raad casseerde de eerste zaak na het arrest van het EHRM op 4 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA1782) alsnog en Hof Den Bosch veroordeelde Vidgen op 28 oktober 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:4354) opnieuw.

4 HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017.

kin-zaak,⁵ en het recente overzichtsarrest van de Hoge Raad waarin het ondervragingsrecht door middel van een beslisboom vooral praktisch en toch ook formeel wordt benaderd.⁶

De situatie van het verschil in benadering door de Hoge Raad en het EHRM doet op een bepaalde manier denken aan de Paradox van Zeno van Alea, beter bekend als de fabel van Achilles en de Schildpad. De strekking van deze fabel is dat hoewel de razendsnelle Achilles probeert de Schildpad voorbij te rennen, hij de voorsprong van de Schildpad nooit kan inlopen omdat ook die zich steeds zal verplaatsen. Achilles heeft steeds opnieuw een afstand te overbruggen en de Schildpad, hoe langzaam ook, blijft zich steeds verplaatsen. De metafoor gaat uiteraard niet helemaal op, omdat eenieder zich zal afvragen of de Hoge Raad net als Achilles wel razendsnel kan worden genoemd, en omdat onzeker is of de Hoge Raad echt de wens koestert om het EHRM in te halen. Ik zou het EHRM ook niet langzaam willen noemen, eerder bestendig, net als de Schildpad, en bovendien vermoed ik dat het EHRM zich juist graag zou laten inhalen in deze fundamentele kwestie. De vergelijking gaat wel op voor zover de gedachte zou bestaan dat de Hoge Raad nooit voorbij het EHRM zou kunnen komen ten aanzien van deze kwestie. De fabel van Zeno is niet voor niets een paradox, want we weten allen dat in het echte leven Achilles de Schildpad binnen de kortst mogelijke tijd zou hebben ingehaald. De paradox schuilt erin dat één en hetzelfde onderwerp (snelheid versus afstand) in tweeën wordt gedeeld (die van Achilles en die van de Schildpad) en beide delen op zichzelf worden beschouwd om vervolgens weer tegen elkaar te worden afgezet. Die dichotomie lijkt zich ook voor te doen ten aanzien van het onderwerp ondervragingsrecht en de opdeling tussen enerzijds de benadering door Hoge Raad en anderzijds die door het EHRM. De les die uit de Paradox van Zeno kan worden getrokken, is dat het opdelen van een probleem in steeds kleinere deelproblemen niet altijd leidt tot een resultaat dat overeenkomt met het gezond verstand, en mijns inziens is die les van toepassing op het probleem van het ondervragingsrecht.

5 Aanhangig bij het EHRM onder nummer 2205/16 (Keskin tegen Nederland) en besproken door A-G Spronken in haar conclusie van 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

6 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015.

In deze bijdrage wordt nader stilgestaan bij de zaken *Vidgen* en *Keskin*, alsmede bij de analyse van het ondervragingsrecht volgens het EHRM door De Wilde en A-G Spronken. Tegen die achtergrond zal ik vervolgens het nieuwe overzichtsarrest van de Hoge Raad over het ondervragingsrecht bespreken en daarbij enkele voorbeelden aanhalen uit recente jurisprudentie. Het mooiste voorbeeld van het niet willen ondervragen wordt besproken aan de hand van de gedeeltelijk afwijzende beslissing van getuigenverzoeken door de Gelderse rechter-commissaris en de beslissing van de Raadkamer van de Rechtbank op die afwijzing. De beschikking van de rechter-commissaris illustreert wat mij betreft dat het opbreken van het onderwerp in veel kleinere deelonderwerpen (zoals het werken met een vijftal archetypen van getuigen) meer problemen met zich brengt dan dat het bijdraagt aan een effectieve en behoorlijke mogelijkheid om getuigen te kunnen ondervragen. In de uitleiding kom ik terug aan het begin van deze bijdrage, oftewel bij Achilles en de Schildpad.

2 Vidgen, Keskin en het beoordelingskader van het EHRM

Nicholas Otto Vidgen, een handelaar en transporteur in auto-onderdelen en motorblokken, werd schuldig bevonden aan het samen met anderen smokkelen van 104 kilo XTC-pillen vanuit Nederland naar Duitsland met het doel de pillen per schip verder te transporteren naar Australië. Met een beroep op artikel 6, lid 1, EVRM (het recht op een eerlijk proces) en artikel 6, lid 3, EVRM (recht op bijstand en ondervraging van getuigen) klaagde Vidgen bij het EHRM dat zijn strafrechtelijke veroordeling door Hof Amsterdam uitsluitend of in doorslaggevende mate was gebaseerd op de verklaringen van een getuige die hij niet had kunnen ondervragen. Het enige rechtstreekse bewijs op basis waarvan Vidgen was veroordeeld, bestond namelijk uit verklaringen afgelegd door een persoon 'M' tegenover een Duitse politiefunctionaris.

Die medeverdachte 'M' verschool zich achter zijn recht om zichzelf niet te incrimineren en weigerde daarna om de vragen van Vidgens verdediging over zijn eerder afgelegde belastende verklaringen te beantwoorden. De andere bewijsmiddelen die rechtstreeks betrekking hadden op Vidgen, waren afkomstig van een getuige uit Australië, die slechts verklaarde over Vidgens handel in motorblokken, en de verkla-

ring van Vidgen zelf dat hij een medeverdachte uit Australië kende. Uiteindelijk stond wel vast dat Vidgen van plan was de motorblokken naar Australië te verscheppen, *‘an act which, in itself, was not unlawful’*, maar hij gaf aan *‘that he was unaware of the plans of those later found to have been his co-conspirators to use those engines to smuggle XTC, and that the only evidence of his criminal intent consisted of the statements of M.’*⁷ Er waren nog zeventien bewijsmiddelen, waaronder getuigenverklaringen van personen die zelf betrokken waren bij de XTC-smokkel in de motorblokken, maar geen van die verklaringen wees naar Vidgen.

Het EHRM oordeelde onder verwijzing naar de bestendige lijn in zijn jurisprudentie ten aanzien van het ondervragingsrecht⁸ dat de verklaringen van ‘M’ daadwerkelijk *‘the sole evidence’* vormden dat *‘the criminal intent’* van Vidgen kon schragen en dat die verklaringen zodoende ook *‘decisive’* waren. Het EHRM oordeelde voorts dat, hoewel door de Nederlandse justitiële autoriteiten redelijke pogingen waren gedaan om Vidgen in staat te stellen antwoorden te verkrijgen van ‘M’, diens volharding om te blijven zwijgen het ondervragen zinloos maakte. De hindernissen die de verdediging had ondervonden, waren daardoor niet gecompenseerd door effectieve procedurele maatregelen.

Annotator Schalken trapte in zijn beschouwingen omtrent *‘Vidgen I’* af met de retorische vraag of de Hoge Raad naar aanleiding van dit arrest dan toch echt ‘om’ diende te gaan, of dat er nog een alternatief kon worden bedacht om de jarenlange tegendraadse opstelling ten aanzien van het ondervragingsrecht volgens het EHRM nog langer voort te zetten.

‘Ondanks kritische commentaren van wetenschappers, advocaten en annotatoren, ook van zijn eigen advocaten-generaal, bleef de Hoge Raad gedurende achttien jaar vasthouden aan zijn eenmaal ingenomen standpunt (...). Dat deze zienswijze in strijd was met de jurisprudentie van het (EHRM), ver-

7 EHRM 10 juli 2012 (Vidgen tegen Nederland), NJ 2012/649, nr. 44.

8 EHRM 26 maart 1996 (Doorson tegen Nederland, NJ 1996/741), EHRM 27 februari 2001 (Lucà tegen Italië), NJ 2002/101 en EHRM 15 december 2011 (Al-Khawaja & Tahery tegen Verenigd Koninkrijk), NJ 2012/283

mocht de Hoge Raad niet over de brug te trekken, hoewel de lijn in de Straatsburgse rechtspraak al sedert (Unterpertinger en Luca) duidelijk was. Maar nu het EHRM zich expliciet in deze kwestie, de lijn in zijn eigen rechtspraak volgend, heeft uitgelaten in een Nederlandse strafzaak en Nederland vanwege het standpunt van de Hoge Raad heeft veroordeeld (...) is er geen ontkomen meer aan. Van Straatsburgproof is in elk geval geen sprake meer.⁹

Waarschijnlijk had Schalken niet verwacht dat de zaak *Vidgen* opnieuw bij de Hoge Raad zou komen, ditmaal vanwege de veroordeling door Hof Den Bosch op grond van dezelfde bewijsmiddelen. De getuige 'M' kon zich tijdens de nieuwe ondervraging weliswaar niet meer verschuilen achter het verschoningsrecht, maar hij stelde zich vijftien jaar na zijn oorspronkelijke verklaring niets meer te kunnen herinneren. Volgens Hof Den Bosch was daarmee de belofte aan de verdediging van een effectieve ondervragingsmogelijkheid ingelost, ondanks het feit dat het resultaat hetzelfde was als de vorige keer toen 'M' geen antwoord gaf.

De Hoge Raad staat alvorens de middelen te beoordelen stil bij het recht van de verdediging op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding daadwerkelijk te (doen) ondervragen, zoals is bedoeld in artikel 6, lid 3, onderdeel d, EVRM. In het bijzonder wordt ingegaan op de casus van een belastende getuige, die als de verdediging hem ondervraagt 'onvoldoende herinneringen heeft aan wat hij met betrekking tot wat aan de verdachte ten laste is gelegd, heeft waargenomen of ondervonden'¹⁰ en die van een belastende getuige die zich van 'het geven van een getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen verschoont en dientengevolge weigert antwoord te geven op vragen.'¹¹ Beide aangehaalde voorbeelden hebben evenmin geleid tot cassatie, omdat in die eerste zaak nu eenmaal formeel de mogelijkheid was geboden van ondervraging en omdat in die tweede zaak volgens de Hoge Raad terecht voldoende steunbewijs aanwezig werd geacht door het Hof. In lijn met het eerste arrest dat als voorbeeld is

9 EHRM 10 juli 2012 (*Vidgen* tegen Nederland), *NJ* 2012/649, noot Schalken, nr. 1.

10 Onder verwijzing naar HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:679.

11 Onder verwijzing naar HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539.

genoemd, oordeelt de Hoge Raad ook ten aanzien van het vervolg van de *Vidgen*-zaak.

‘Het Hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat (M) “op veel van de vragen heeft geantwoord dat hij zich niets meer daarover kan herinneren”, niet eraan afdoet dat (M) als beëdigde getuige in aanwezigheid van de verdediging is gehoord en dat de verdediging daarbij een behoorlijke en effectieve gelegenheid heeft gekregen om vragen te stellen, en dat “ook de omstandigheid dat deze getuige eerst na 15 jaar door de verdediging kon worden bevraagd” geen inbreuk meebrengt op het ondervragingsrecht van de verdediging.’¹²

De vraag dringt zich op of dan geen situatie denkbaar is waarin de Hoge Raad een veroordeling door een gerechtshof zou casseren waarbij het belangrijkste of zelfs het enige bewijs bestaat in een betwiste verklaring van een getuige die later niet effectief en behoorlijk is verhoord door de verdediging. De uitzondering tot nu toe kan worden gevonden in de eerder genoemde *Keskin*-zaak, door A-G Spronken besproken in haar conclusie bij een andere, qua casus soortgelijke zaak. De *Keskin*-zaak is bijzonder, omdat de Hoge Raad het cassatieberoep tegen de veroordeling door Hof Arnhem-Leeuwarden aanvankelijk met artikel 80a Wet RO had afgedaan. Nadat evenwel een klacht was ingediend bij het EHRM,¹³ haastte de Nederlandse regering zich door middel van een zogenoemde *Unilateral Declaration* op grond van artikel 37, lid 1, onderdeel c, EVRM alsnog te erkennen dat wel degelijk sprake was van een schending van het ondervragingsrecht.¹⁴ In die zaak gold ten tijde van de gedane getuigenverzoeken het verdedigingsbelang als criterium bij de beoordeling, en het gerechtshof had de verzoeken afgewezen omdat de verdediging die onvoldoende had onderbouwd.¹⁵

12 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.5.

13 EHRM *Keskin* tegen Nederland, nr. 2205/16.

14 Zie de conclusie van A-G Spronken van 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.7-3.8.12 waarin zij uitlegt wat de implicaties zijn van deze *unilateral declaration*.

15 Zie de conclusie van A-G Spronken, a.w., 3.1.

‘De vraag is dan ook of de door de rechter aan te leggen maatstaven aangaande het oproepen en horen van getuigen, zoals door de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest van 1 juli 2014 zijn uiteengezet en de daarop gebaseerde vervolguitspraken een blinde vlek vertonen daar waar het gaat om de eisen die in de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot art. 6 lid 1 en lid 3d EVRM worden gesteld.’¹⁶

De *Keskin*-zaak is inhoudelijk echter niet zo bijzonder, aldus Spronken, als de casus wordt afgezet tegen andere zaken waarin een gerechtshof een verdachte heeft veroordeeld op basis van niet gehoorde getuigen. De verdenking jegens Keskin bestond in het feitelijk leidinggeven aan oplichting in de context van een rechtspersoon. Rechtbank Overijssel had voor de verstekveroordeling de beschikking over zeven bij de politie afgelegde belastende getuigenverklaringen. Bij het instellen van het appel had de verdediging het verhoor van de zeven belastende getuigen als onderzoekswens opgegeven. Hoewel de advocaat-generaal instemde met die verzoeken, wees het gerechtshof de verzoeken af om de enkele reden dat de verdediging die onvoldoende had onderbouwd. Keskin werd veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf. De omstandigheid dat de casus op zichzelf niet zo bijzonder is, is de reden waarom Spronken verwachtingen koestert ten aanzien van de uitkomst.

‘Het is gissen waarom de Nederlandse regering tot een eenzijdige verklaring is overgegaan dat art. 6 EVRM is geschonden. Het feitencomplex dat aan de Keskin-zaak ten grondslag ligt, is niet uitzonderlijk en doet zich bij wijze van spreken dagelijks in de rechtspraak voor. Mogelijk wil de Nederlandse regering, juist vanwege de implicaties voor de Nederlandse strafrechtpraktijk, het niet op een veroordeling door het EHRM laten aankomen. Aan de andere kant worden door het EHRM steeds nadere inhoudelijke voorwaarden gesteld, voordat het na een dergelijke eenzijdige verklaring de zaak van de rol schrapt.’¹⁷

16 Idem.

17 Zie de conclusie van A-G Spronken, a.w., 3.8.8.

De *Keskin*-zaak hangt op dit moment ergens tussen een mogelijk herstel of compensatie namens de Nederlandse regering en de beslissing van het EHRM om de zaak alsnog te behandelen. De vroegtijdige erkenning van de schending heeft nog niet geleid tot een vervolg. Ironisch genoeg heeft de zaak waarin Spronken haar conclusie schreef en die volgens haar zo lijkt op de *Keskin*-zaak, inmiddels geleid tot een overzichtsarrest van de Hoge Raad waarin het ondervragingsrecht bijna traditioneel beperkt wordt uitgelegd.

3 Een Straatsburgproof overzichtsarrest?

Spronken schetst in haar conclusie het verschil in de benadering van het ondervragingsrecht door het EHRM enerzijds en de Hoge Raad anderzijds. Zij gebruikt daarvoor het onderzoek van De Wilde die zowel de jurisprudentie van het EHRM en als die van de Hoge Raad ten aanzien van niet gehoorde maar wel verzochte belastende getuigen heeft ontleed.¹⁸ Uit de schets volgt dat het beslismodel op grond van de al aangehaalde *Al-Khawaja & Tahery*-zaak fundamenteel anders in elkaar steekt dan het beslismodel van de Hoge Raad tot dan toe. Als verzachtende omstandigheid voert De Wilde overigens wel aan dat de Hoge Raad dichter bij het EHRM is gekomen, mede omdat het EHRM zelf de *sole or decisive rule* in het arrest *Al-Khawaja & Tahery* enigszins heeft gerelativeerd.¹⁹

	Ondervragingsrecht EVRM	Ondervragingsrecht Hoge Raad
Vraag 1	Heeft de verdediging een adequate ondervragingsmogelijkheid gekregen?	Heeft de verdediging voldoende initiatief getoond ten aanzien van de ondervraging?
	Zo ja, geen schending – Zo nee: naar vraag 2	Zo nee, geen schending – Zo ja, naar vraag 2

18 Zie B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen* (dissertatie VU), 2015, p. 66 (Hoge Raad) en p. 124 (EVRM).

19 Zie B. de Wilde, *a.w.*, p. 598 e.v.

	Ondervragingsrecht EVRM	Ondervragingsrecht Hoge Raad
Vraag 2	Bestond er een goede reden voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid?	Is aan de verdediging een ondervragingsmogelijkheid geboden?
	Zo nee, <u>schending</u> – Zo ja: naar vraag 3	Zo ja, geen schending – Zo nee, naar vraag 3
Vraag 3	Is de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de niet door de verdediging gehoorde getuige?	Is er voldoende steunbewijs voor de door de verdachte betwiste onderdelen van de getuigenverklaring?
	Zo nee, geen schending – Zo ja: naar vraag 4	Zo ja, geen schending – Zo nee, naar vraag 4
Vraag 4	Is het ontbreken van de mogelijkheid tot effectieve ondervraging gecompenseerd?	Is het ontbreken van de mogelijkheid tot effectieve ondervraging gecompenseerd?
	Zo nee, <u>schending</u> – Zo ja: geen schending	Zo ja, geen schending – Zo nee, meestal schending

Een van de verschillen in de benadering ten opzichte van het EHRM is dat bij de Hoge Raad de vraag of er goede gronden zijn een getuige niet op te roepen niet als eerste aan de orde komt en zelfs als zodanig wordt overgeslagen. De Hoge Raad toetst bij de afwijzing van het verzoek de getuige te mogen horen of de juiste maatstaf is toegepast (het verdedigingsbelang of het noodzakelijkheids criterium), of de onderbouwing van het verzoek adequaat is en of de verdediging tijdig het initiatief heeft genomen.²⁰ Dit staat in contrast met de jurisprudentie van het EHRM, waarin wordt verondersteld dat het enkele gebruik van een belastende verklaring al voldoende is om het ondervragingsrecht op grond van artikel 6 EVRM te doen ontstaan. Er is in geval van een belastende getuige geen nadere motivering vereist waarom het ondervragen door de verdediging in haar belang zou zijn. Dat is doorgaans alleen in het

20 De Wilde geeft aan dat die vraag overigens wel is ingebed in de beoordeling door het EHRM, namelijk bij een vraag die veel eerder wordt gesteld: of de nationale rechtsmiddelen in feitelijke aanleg zijn uitgeput. Zie B. de Wilde, *a.w.*, p. 600 e.v.

geval van een verzoek dat strekt tot het horen vaneen *witness for the defence*. Voorts valt op dat in de jurisprudentie van het EHRM al bij de tweede vraag tot een schending kan worden geconcludeerd, namelijk alleen al vanwege het ontbreken van een goede reden de getuige niet op te roepen.²¹ Hoe verschillend de beide beoordelingsschema's ook in essentie lijken, De Wilde geeft aan dat de Nederlandse feitenrechters met juiste toepassing van het schema van de Hoge Raad, niet zo snel tegen de Straatsburgse stroom zullen inzwemmen.²² Oftewel: het is mogelijk binnen het beslismodel van de Hoge Raad Straatsburgproof te beslissen, maar dat hangt wel af van de feitenrechter.

De vraag is nu hoe de *Keskin*-zaak moet worden geduid. Het overzichtsarrest van de Hoge Raad in de zaak waarin Spronken ook over *Keskin* schreef,²³ stemt eerlijk gezegd weinig opbeurend. Met *Keskin* in het achterhoofd had Spronken nog geconcludeerd tot vernietiging, maar de Hoge Raad laat de veroordeling gewoon in stand. Voorafgaand aan de beoordeling van de cassatiemiddelen gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de stand van het ondervragingsrecht en op de vraag hoe de eisen die in de rechtspraak van de Hoge Raad worden gesteld aan de motivering van verzoeken, zich verhouden tot het in artikel 6 EVRM bedoelde recht op een eerlijk proces. De Hoge Raad trapt af met de stelling dat artikel 6 EVRM weliswaar de verdediging een aanspraak op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid verschaft om getuigen in enig stadium van het geding te (doen) ondervragen, maar daarentegen ook weer niet een *onbeperkt* recht om getuigen te doen horen.²⁴ Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring evenwel in strijd komen met artikel 6 EVRM.²⁵ De toetssteen is wel de 'overall fairness of the trial' en dat is een toets die pas achteraf goed kan worden gemaakt. Het is mede daarom dat de Hoge Raad aangeeft dat

21 Spronken geeft overigens aan dat het EHRM dit uitgangspunt in het arrest *Schaschwili tegen Duitsland* enigszins heeft genuanceerd, bijvoorbeeld voor het geval dat het gaat om een *witness for the defence* die werkelijk niets relevant kan verklaren. Zie EHRM 15 december 2015, NJ 2017/294.

22 Zie B. de Wilde, a.w., p. 600 e.v.

23 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015.

24 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.3.1.

25 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.3.2.

het beoordelingskader van EHRM zeker wordt gekleurd door de uitleg van (nationale) regels inzake het oproepen dan wel horen van door de verdediging opgegeven getuigen. De feitenrechter dient namelijk al tijdens de behandeling van de strafzaak beslissingen te nemen omtrent het oproepen en het horen van getuigen en dat verhoudt zich lastig tot een beoordeling van de ‘*overall fairness*’.²⁶

De Hoge Raad zet in het overzichtsarrest uiteen dat het niet uit den boze is van de verdediging te vergen dat verzoeken tot het horen van getuigen worden gemotiveerd.²⁷ Dit kan bijvoorbeeld de feitenrechter in staat stellen de relevantie van een verzoek in het licht van de toepasselijke wettelijke voorschriften te beoordelen. Die motiveringsplicht draagt voorts eraan bij dat de rechter zo vroegtijdig mogelijk het recht op eerlijk proces kan betrekken bij beoordeling van het verzoek. De gevraagde motivering is feitelijk een toelichting waarom het horen van de getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van artikel 348 en 350 Wetboek van Strafvordering (Sv) te nemen beslissing. De Hoge Raad neemt vervolgens als uitgangspunt dat artikel 6 EVRM zich niet verzet tegen die eis van onderbouwing. En met die eis is niets mis, sterker nog, die hoeft niet in het voordeel van de verdediging naar beneden te worden bijgesteld, aldus de Hoge Raad. In een aantal zaken, zo verwijst de Hoge Raad naar EHRM-jurisprudentie,²⁸ is juist erkend dat van de verdediging mag worden gevraagd ‘*why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth*’. Het komt mij voor dat dit met name ziet op het verzoeken van getuigen *à décharge* die nog niet eerder zijn gehoord, maar een dergelijke nuance wordt in dit arrest van de Hoge Raad niet gemaakt anders dan de erkenning dat er twee categorieën getuigen (*à charge* en *à décharge*) zijn waarvoor *grosso modo* hetzelfde geldt.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op een aantal situaties waarin getuigen gemotiveerd dienen te worden gezocht, althans waarin, anders dan

26 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.5.

27 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.6.

28 EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99 (Perna tegen Italië) en EHRM 9 mei 2017, nr. 21668/12 (Poropat tegen Slovenië).

sommige strafadvocaten denken, wel degelijk motivering is vereist.²⁹ Want zelfs indien de officier van justitie een getuigenverklaring aan het dossier heeft toegevoegd, daarmee voorsortierend op de vraag of de verklaring van belang is in het licht van de vragen van artikel 348 en 350 Sv, betekent dat niet zonder meer dat ook het horen van die getuige door de verdediging van belang is. De onderbouwing van het verzoek tot het horen van een getuige kan niet enkel bestaan in de aanwezigheid van de verklaring van die getuige in het dossier. Hetzelfde geldt voor het feit dat de rechtbank de (belastende) getuigenverklaring heeft gebruikt in het vonnis. Uit een recent arrest van de Hoge Raad³⁰ volgt ook dat het opgeven van getuigen in een appelmemoirie van een duidelijke motivering dient te worden voorzien, anders dan de omschrijving ‘alle personen, onder wie degenen doch niet uitsluitend, wier verklaringen de rechtbank blijkens de nog uit te werken bewijsconstructie voor het bewijs heeft gebruikt’. Let wel, dit geldt ook indien het vonnis ten tijde van het schrijven van de appelmemoirie nog niet is uitgewerkt. Met een dergelijk algemene motivering is blijkens dat arrest van de Hoge Raad niet eens sprake van een appelmemoirie, zodat op verzoeken in een dergelijke schriftuur ook niet hoeft te worden beslist: het zijn geen onderzoekswensen omdat die niet voldoen aan de eisen van artikel 410 Sv. Hoewel de rechtbank de verklaringen blijkbaar heeft gebruikt om te veroordelen, en daarmee vanuit EHRM-perspectief een ondervragingsrecht creëert, mag het gerechtshof toch van de verdediging verlangen uit te leggen waarom het horen van die belastende getuige in het belang kan zijn van de verdediging. Een dergelijke opvatting van de Hoge Raad nodigt de feitenrechter op zijn minst uit om getuigenverzoeken van de verdediging formalistisch te benaderen.

De Hoge Raad gaat in het overzichtsarrest nog in op de twee criteria die gelden voor de beoordeling van de getuigenverzoeken (verdedigingsbelang en noodzaakscriterium), maar komt alvorens het beroep in cassatie van de hand wordt gewezen, met nog een vaag richtsnoer. ‘Of een verzoek tot het horen van getuigen naar behoren is onderbouwd alsook of het dient te worden toegewezen, zal de rechter in het licht van alle omstandigheden van het geval – en met inachtneming van het toepasselijke

29 Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.7-3.8.

30 Zie HR 12 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2324.

criterium – moeten beoordelen.’ Dit is op zichzelf eerder een bezwering dan een criterium en laat alle ruimte aan de feitenrechter. Wat mijns inziens nog het meest opvalt aan het overzichtsarrest is dat het ondervragingsrecht – hoewel een fundamenteel recht – wordt opgedeeld in allerlei kleine deelbeslissingen met bijbehorende criteria. En dergelijke criteria zijn er nu eenmaal niet op gericht om ruimhartiger met getuigenverzoeken om te springen; het zijn doorgaans redenen om te rechtvaardigen dat een verzoek kan worden afgewezen. Het komt neer op een samenhangend geheel van nationale regelgeving en rechtspraak waarbij de beoordeling in het concrete geval zich vaak net aan of soms gewoon net niet kan verhouden tot dat ondervragingsrecht uit het EVRM, maar waarmee wel in de meeste gevallen een schending van dat recht kan worden afgewend. Het is eigenlijk precies de reden waarom Achilles uit de Paradox van Zeno er niet in slaagt voorbij de Schildpad te komen: het opbreken van het af te leggen pad in oneindig veel, steeds kleinere stappen, miskent dat het verschil in afstand in werkelijkheid zo kan worden overbrugd. Oftewel: het denken in kleine deelproblemen (tijdigheid, belang versus noodzaak, motivering) faciliteert een formele benadering van het ondervragingsrecht, terwijl uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het ondervragingsrecht vooral materieel dient te worden ingevuld: heeft de verdediging daadwerkelijk een effectieve en behoorlijke mogelijkheid gekregen om de getuige te ondervragen?

4 De Gelderse rechter-commissaris en de vijf archetypen van getuigen

Het denken in deelproblemen heeft recentelijk nog een extra dimensie gekregen op het meest concrete niveau in de Nederlandse strafrechtpleging waar de kwestie van het ondervragingsrecht van de verdediging zich kan voordoen: de beoordeling van verzoeken door de rechter-commissaris. Een Gelderse rechter-commissaris zag zich in een strafzaak met meerdere verdachten en advocaten geconfronteerd met het verzoek om meer dan zestig getuigen te mogen horen.³¹ De verdenking in die strafzaak draaide om onder andere een (faillissement)fraude met het gebruik van rechtspersonen om zo fictieve dienstverbanden te creëren. Veel verzoeken zagen op het horen van getuigen die feitelijk in dienst

31 Zie Rechtbank Gelderland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1646.

zijn geweest van die rechtspersonen en die daaromtrent zouden kunnen verklaren. De rechter-commissaris haakte aan bij de hoofdlijnen van een eerder overzichtsarrest ten aanzien van de criteria die gelden voor de beoordeling van getuigenverzoeken.³² Het drong door de bespreking van de rechter-commissaris van dat arrest weer eens tot me door dat het voor de verdediging soepel geachte criterium van het verdedigingsbelang feitelijk gewoon een afwijzingscriterium is.

Natuurlijk, de officier van justitie dient het verzoek te beoordelen vanuit ‘de gezichtshoek van de verdediging’ en dient terughoudend te zijn met afwijzen, maar uiteindelijk draait het om de vraag of de verdediging het verzoek voldoende heeft gemotiveerd en of die afwijzing door de feitenrechter kan worden gelegitimeerd. De rechter-commissaris citeerde de overwegingen van de Hoge Raad dat de verdachte in beginsel het recht heeft alle getuigen te horen van wie hij de verklaring in het belang van zijn verdediging acht, maar dat dit belang wel degelijk kan worden getoetst.³³ Die toets lijkt in beginsel ruimhartig, omdat alleen dan kan worden afgewezen zonder schending van het verdedigingsbelang, ‘indien de punten waarover de getuige kan verklaren, in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuige iets over bedoelde punten zou kunnen verklaren.’ Dat die ruimhartigheid wel eens schijn zou kunnen zijn, afhankelijk van wie de beslissing neemt, kan volgen uit de overwegingen van de rechter-commissaris:

‘Gemotiveerd zal moeten worden aangegeven waartoe een bepaalde verklaring zou kunnen leiden. Dat is een in hoge mate juridische duiding. Bij verzochte getuigen die niet de rechtmatigheid van het onderzoek raken maar de feitelijke gang van zaken rond de verdenking betreffen, lijken sommige raadslieden de conclusie te trekken dat het blote feit dat een getuige een verklaring af kán leggen, van belang voor enig ter in de strafzaak te nemen beslissing, in zichzelf een voldoende motivering is. Voor getuigen die kunnen worden

32 Zie HR 1 juli 2014, NJ 2014/441, ECLI:NL:HR:2014:1496.

33 Zie Rechtbank Gelderland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1646, r.o. 1.1.

aangemerkt als “witness for the defence” is die conclusie (...) onjuist.³⁴

In de visie van deze rechter-commissaris spelen blijkbaar ook de belangen van de verzochte getuigen een rol in de weging van het verdedigingsbelang. Het lijkt erop dat daarmee nog een criterium of ‘invalshoek’ voor een afwijzing van het verdedigingsbelang wordt gecreëerd.

‘Het getuigen in een strafzaak is een wettelijke plicht, maar is ook belastend. Er moet gereisd worden en vrij genomen (of gegeven) worden. Bovendien kunnen toegewezen getuigen zo nodig met een bevel medebrenging worden opgehaald. Dit alles brengt met zich mee dat de rechter-commissaris er voor moet waken dat verzoeken niet lichtvaardig worden toegewezen en is ook dat een reden om aan te nemen dat aan de motiveringsplicht bij een verzoek niet wordt voldaan door enkele sacrale formuleringen.’³⁵

Deze opmerkelijke nieuwe dimensie in de afweging van het verdedigingsbelang om te kunnen komen tot een afwijzing (nog een kleine stap erbij op het pad van het ondervragingsrecht) is niet het enige. De rechter-commissaris introduceert op zijn weg naar de afwijzing een vijftal archetypen getuigen, waarbij voor elk archetype weer een kleine beslissboom wordt gegeven.³⁶ ‘De met zoveel woorden belastende getuigen’ (type 1) dienen zonder meer te worden toegewezen. ‘De zwijgende getuige’ (type 2) die tegenover de politie weigert te verklaren, mag niet zonder meer worden toegewezen, maar vergt van de verdediging een feitelijke onderbouwing die verder gaat dan de constatering ‘dat zijn verklaring redelijkerwijze van belang kan zijn voor enig in de strafzaak te nemen beslissing’. Ook ‘de ontlastende getuige’ (type 3) hoeft niet zomaar te worden toegewezen, omdat ook deze getuige een feitelijke onderbouwing van de verdediging vereist die verder gaat dan de constatering van het verdedigingsbelang. ‘De getuige met de niet betwiste waarneming’ (type 4), bijvoorbeeld een getuige die de verdachte

34 Idem, r.o. 1.2.

35 Idem, r.o. 1.3.

36 Idem, r.o. 1.4.

op een foto meent te herkennen, dient pas te worden toegekend indien de verdachte de waarneming expliciet ontkent, maar ook in dat geval dient de verdediging haar verzoek wel voldoende te motiveren. Tot slot onderscheidt de rechter-commissaris als type 5 'de getuigen om het niet uitgesproken verhaal van verdachte te vertellen', oftewel de ontlastende getuigen die een alternatieve lezing van het feit kunnen geven of schragen; deze getuigen mogen alleen worden toegewezen als de verdachte eerst zelf met het alternatieve scenario komt.

Uiteraard is veel af te dingen op deze indeling in archetypen. De indeling vormt in elk geval weer een nieuwe stap op de weg naar het toekennen van het ondervragingsrecht, ook al is een onderscheid in 'witness for the prosecution' (type 1) en 'witness for the defence' (type 3) een vaak gebruikte. Het uitgangspunt van 'de zwijgende getuige' is vreemd, omdat de politie blijkbaar die getuige wel mocht proberen te horen. Het is ook niet gezegd dat die getuige blijft zwijgen bij een rechter-commissaris, die bovendien meer mogelijkheden heeft een verklaring af te dwingen. Het motiveren waarom die getuige zou moeten worden gehoord is ook nog eens feitelijk heel lastig, omdat je niet weet of kunt inschatten wat die wel heeft gezien. 'De getuige met de niet betwiste waarneming' is indien de verklaring wordt gebruikt niets anders dan een belastende getuige en voor een belastende getuige geldt dat diens verklaring moet kunnen worden getoetst. De reden dat 'de getuige met een verhaal' alleen zou mogen worden gehoord indien de verdachte eerst dat verhaal vertelt, is vreemd omdat dat voor de inhoud van de verklaring niet van betekenis is. De verdachte kan ook allerlei redenen hebben om niet zelf het verhaal te kunnen of willen vertellen, en dat recht heeft hij nu eenmaal. Het is ook voor te stellen dat dit type getuige slechts op een heel klein onderdeel van het dossier verklaart, bijvoorbeeld de duiding van de context van een tapgesprek. Het lijkt me te veel gevraagd om van de verdachte omwille van een dergelijk detail te eisen dat hij zijn gehele proceshouding verandert. De indeling in archetypen leidt al met al opnieuw de aandacht af van de daadwerkelijke betekenis van het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM.

Inmiddels is ook het bezwaar dat is aangetekend tegen de beschikking van de rechter-commissaris in Raadkamer behandeld.³⁷ De Raadkamer schaarft zich weliswaar achter de rechtspraakanalyse van de rechter-commissaris, maar voegt daar wel aan toe dat het EHRM als uitgangspunt ‘*the fairness of the procedure as a whole*’ neemt en dat die toets een beoordeling achteraf betreft. ‘De vraag of een bepaalde getuigenverklaring moet gelden als “*sole or decisive*” laat zich in de fase van het voorbereidend onderzoek nauwelijks beantwoorden, alleen al omdat doorgaans niet duidelijk zal zijn wat het onderzoek verder nog zal opleveren in belastende of ontlastende zin.’³⁸ Deze overweging zou zo kunnen worden uitgelegd dat de ‘*fairness as a whole*’-beoordeling weliswaar pas achteraf kan worden gemaakt, maar dat die omstandigheid juist aanleiding vormt in het voorbereidend onderzoek daar niet al te zeer op vooruit te lopen.

Naast dergelijke kanttekeningen bij de rechtspraakanalyse, is de Raadkamer ook kritisch op de toets die de rechter-commissaris heeft uitgevoerd. Zo biedt een indeling in archetypen lang niet altijd soelaas (sommige getuigen zijn niet gemakkelijk in te delen), mag een eenvoudige controle in het GBA waarin de getuige ontbreekt niet zomaar leiden tot een afwijzing van het verzoek en kan de proceshouding van de verdachte misschien wel een rol spelen in de beoordeling van de verzoeken, maar kan van de verdachte niet worden geveerd dat hij meewerkt aan zijn eigen vervolging. De Raadkamer toetst de verzoeken nogmaals en van de ongeveer 30 afgewezen getuigen die zijn voorgelegd aan de Raadkamer, worden alsnog 24 getuigen toegewezen. Voor die beslissing geldt dat enerzijds genoeg is genomen met een beperkte motivering van de verzoeken door de verdediging en dat anderzijds het belang van de verdediging eerder wordt erkend. Oftewel: er worden wat grotere stappen gezet om te komen tot een meer materiële invulling van het ondervragingsrecht.

37 Zie Rechtbank Gelderland 14 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3230.

38 Zie Rechtbank Gelderland 14 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3230, r.o. 3.

5 Uitleiding: Zeno's paradox en de verkeerde vooronderstellingen

De Paradox van Zeno bouwt voort op een verkeerde vooronderstelling, namelijk dat de som van oneindig veel kleine stappen die Achilles zet in zichzelf ook oneindig is. Zowel de af te leggen afstand als de snelheid waarmee die afstand wordt afgelegd, convergeren uiteindelijk naar nul en zijn daarmee eindig. Die eindigheid valt samen op het punt dat Achilles bij de Schildpad aankomt en hem voorbij kan rennen. Indien die metafoor wordt doorgetrokken naar de dichotomie in de benadering van het ondervragingsrecht tussen het EHRM en de Hoge Raad, zou je kunnen bepleiten dat al die kleine stappen in de beoordeling door de feitenrechter zoals opgetuigd door de Hoge Raad, uiteindelijk uitkomen bij hetzelfde fundamentele uitgangspunt als dat van het EHRM. Het vergt een andere, daadwerkelijk meer ruimhartige benadering van verzoeken van de verdediging, om een effectieve en behoorlijke ondervragingsmogelijkheid te creëren. Zo wordt voorkomen dat beoordelingscriteria vooral zijn ingericht om een afwijzing van een op zich vanzelfsprekend verzoek te legitimeren. In die situatie hebben we 'geen archetypen van getuigen' nodig, maar een materiële benadering van de vraag of de getuigenverklaring belastend is voor de verdachte en of de verdediging heeft aangegeven dat zij die getuige wenst te horen. Dat betekent ook dat indien de ondervraging wordt verwezenlijkt het resultaat vooropstaat: heeft de verdediging daadwerkelijk antwoord gekregen? Met deze benadering is Achilles de Schilpad op de kortst mogelijk afstand voorbijgerend en loopt hij niet het risico te worden teruggefloten.

