

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:123, SR 2019-0014.

prof. mr. J.S. Nan

Annotatie bij Hoge Raad, 29-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:123 (SR-2019-0014)

Inmiddels heeft de Hoge Raad, mede in verband met de verplichtingen voortvloeiende uit het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM, de kaders voor de onderbouwing en beoordeling van getuigenverzoeken uitgebreid uiteengezet.[1] Het EHRM heeft op zijn beurt zijn stappenplan om een beweerdelijke schending van het ondervragingsrecht na te lopen (zie in het bijzonder art. 6 lid 3 sub d EVRM), ingevuld in *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk* en *Schatschaschwili/Duitsland* (beide Grote Kamer).[2] Het EHRM beoordeelt:

‘(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.’

Het EHRM heeft in *Schatschaschwili/Duitsland* in aanvulling op *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk* voorts onder meer aangegeven dat uiteindelijk wordt beoordeeld of de verdachte een eerlijk proces heeft gekregen en daarom ook compensatie moet worden geboden voor het niet kunnen ondervragen van een getuige die belastend heeft verklaard en wiens verklaring tegen de verdachte wordt gebruikt, in de situatie dat het EHRM ‘following its

assessment of the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence (...) finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence'. Het EHRM laat het daarbij in beginsel aan de nationale rechter om in te schatten of de tegen de verdachte gebruikte verklaring van een niet-bevraagde getuige 'sole or decisive' is. Het ziet zichzelf ook in deze kwestie niet als vierde instantie. Het EHRM treedt pas in de beoordeling van de doorslaggevendheid van de gewraakte verklaring als voor het EHRM onduidelijk is wat de waarde daarvan voor de nationale rechter is geweest. Het EHRM verlangt compenserende maatregelen hetzij als voor het EHRM het oordeel van de nationale rechter dat de bewezenverklaring niet in beslissende mate is gebaseerd op de verklaring van de niet-ondervraagde getuige, onacceptabel of arbitrair is, hetzij laatstgenoemde zijn positie niet (voldoende) duidelijk heeft gemaakt. Hoe belangrijker de verklaring is geweest, des te meer compensatie aan de verdediging voor het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht geboden is.[3]

Het EHRM-stappenplan inzake het ondervragingsrecht wordt door de Hoge Raad zo ingestoken dat het gebruik van de verklaring van een niet door de verdediging adequaat ondervraagde getuige (om wiens ondervraging wel voldoende indringend en onderbouwd is verzocht), in het bijzonder geen strijd met het recht op een eerlijk proces oplevert als de bewezenverklaring niet in beslissende mate op die verklaring steunt, dan wel het ontbreken van een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om de desbetreffende getuige te ondervragen in voldoende mate wordt gecompenseerd. De (eerste) vraag naar de goede reden waarom het niet tot een ondervraging is gekomen, gaat in Nederland dus in beginsel op in de beoordeling van de door de feitenrechter (uiteindelijk) gegeven afwijzende beslissing op het getuigenverzoek. Of de bewezenverklaring vervolgens in beslissende mate steunt op de verklaring van de niet door de verdediging ondervraagde getuige, hangt af van het aanwezige steunbewijs, dat betrekking moet hebben op die onderdelen van de hem belastende verklaring die de verdachte betwist. De vraag of het benodigde steunbewijs voorhanden is, en de verklaring dus niet het enige of het doorslaggevende bewijs is ('sole or decisive'), wordt volgens de Hoge Raad mede bepaald door het gewicht van de verklaring van deze getuige in het licht van de bewijsvoering als geheel. Een nadere motivering kan voor de Hoge Raad de beslissing van de feitenrechter inzichtelijk (lees: niet onbegrijpelijk) maken, waarbij laatstgenoemde niet kan volstaan met een relaas over de betrouwbaarheid van de verklaring van de desbetreffende getuige.

In onderhavige zaak herhaalt de Hoge Raad eerst zijn regels (r.o. 3.3). In die zaak werd betoogd dat ook in compenserende maatregelen moet worden voorzien als een verklaring als voormeld, weliswaar niet de bewezenverklaring in beslissende mate onderbouwt, maar aan

deze in ieder geval wel ‘significant weight’ toekomt. Dat ziet Hoge Raad anders (r.o. 3.6.3). De rechtspraak van het EHRM noopt niet ‘tot een vergelijkbare, specifieke motiveringsverplichting met betrekking tot de genoemde compensatie in het geval dat de verklaring van een getuige niet in de hiervoor bedoelde zin “beslissend” is voor de bewezenverklaring, maar daaraan wel “significant weight” toekomt.’[4] Het komt er uiteindelijk op aan of de procedure in haar geheel overziende, eerlijk is geweest voor de verdachte. Dat overwoog de Hoge Raad al eerder in zijn standaardarresten. Hij voegt daaraan nu toe dat hierbij mede betekenis toekomt aan de wettelijke bewijsregels (denk aan de bewijsminima en de (aanvullende) bewijsmotiveringsvoorschriften) en aan ‘de wettelijke en jurisprudentiële motiveringsregels met betrekking tot de beoordeling en beslissing van verweren die de bewijsvraag raken, waaronder begrepen de bewijswaardering’. De Nederlandse strafrechter doet er dus goed aan zijn oordeel behoorlijk te motiveren, zo lijkt de boodschap van ons hoogste rechtsprekende college.[5]

Op zich heeft de Hoge Raad gelijk dat de vraag naar compensatie voor het niet kunnen ondervragen van een getuige, volgens het EHRM alleen aan de orde is als over de importantie van diens verklaring onduidelijkheid bestaat (niet duidelijk is of de verklaring het enige of het doorslaggevende tegen de verdachte gebruikte bewijs is, of het oordeel dat dit niet het geval is, is onacceptabel of arbitrair). Maar in de toepassing werkt dat niet zelden heel anders uit in de rechtspraak van het EHRM. Dan blijkt het EHRM namelijk niet altijd zo strikt in de leer. Er zijn inmiddels meerdere zaken te vinden waarin het EHRM eerst aangeeft dat voor het EHRM wél duidelijk is dat de verklaring van de niet-ondervraagde getuige *niet* beslissend is geweest in de procedure voor de nationale rechter, maar dat het niettemin moet bezien of dat bewijs van significant belang is geweest en of voldoende compensatie moest worden en is geboden. Een goed voorbeeld is de belangrijke zaak *Seton/Verenigd Koninkrijk*. [6] Naar deze zaak wordt vaak verwezen. [7] Het EHRM oordeelt in die zaak dat het bewijs van een niet-ondervraagde getuige niet beslissend was, waarbij het opmerkt dat volgens de Engelse hogerberoepsrechter het overige bewijs onder meer ‘overwhelming’ was. Maar het bewijs was door de Engelse rechter in eerste aanleg wel als belangrijk gekarakteriseerd, alsmede door de hogerberoepsrechter bij het toestaan van het appel. De uitleg van de regel zoals geformuleerd in *Schatschaswili/Duitsland* is dan als volgt:

‘Consequently, as was explained in *Schatschaswili v. Germany* (...), even though this absent-witness evidence was not the sole or decisive basis for the applicant’s conviction, given the need under Article 6 to assess the fairness of the proceedings taken as a whole, the Court still needs to determine whether there existed sufficient factors counterbalancing any handicaps that the admission of that evidence might have entailed for the defence.’ [8]

Gewezen kan onder meer ook worden op *Asani/FYROM*, waar het ging om een getuige die

verklaarde over het motief en geen direct bewijs opleverde. Niettemin was compensatie toch nodig.[9] Natuurlijk gaat het ook inzake dit leerstuk om een holistische beoordeling per geval.[10] In *Dimovic en anderen/Servië* paste het EHRM gewoon de hoofdregel toe.[11] En het is de vraag of de Grote Kamer van het EHRM dezelfde uitleg geeft aan zijn regel inzake *Schatschaschwili/Duitsland*, zoals dat in onder andere in *Seton/Verenigd Koninkrijk* geschiedde. Bas de Wilde is daar in ieder geval geen voorstander van.[12] Egbert Myer annoteerde al onder *Schatschaschwili/Duitsland* in de richting van een ruimere uitleg:[13]

‘Gelet op de noodzaak naar de “overall fairness” van een proces te kijken, is het niet alleen noodzakelijk dat er voldoende “counterbalancing factors” zijn in de situatie dat de getuigenverklaring waarover de getuige niet kan worden ondervraagd het enige of beslissende bewijsmiddel is, maar ook als de rechter ervan overtuigd is dat een bewijsmiddel een “significant weight” heeft en de toelating/het gebruik van dat bewijsmiddel een handicap oplevert voor de verdediging. Naarmate de verklaring meer gewicht voor de bewijsvoering heeft, zullen de “counterbalancing factors” ook meer gewicht moeten hebben’.

Een klacht hoeft dus in Straatsburg niet zonder meer af te stuiten op het gegeven dat duidelijk is dat de nationale rechter zich voor de bewezenverklaring niet in beslissende mate heeft verlaten op een verklaring van een getuige die door de verdediging niet behoorlijk is ondervraagd en dat oordeel niet kwestieus is. Als die verklaring namelijk niettemin van voldoende importantie is geweest, kan het onder omstandigheden kennelijk toch zo zijn dat aan de verdediging compensatie moet worden geboden voor het feit dat zij van haar ondervragingsrecht geen gebruik heeft kunnen maken en daarvan hinder heeft kunnen ondervinden. De Straatsburgse praktijk is dus weerbarstig. De Hoge Raad zal naar alle waarschijnlijkheid proberen een rechte lijn aan te houden en niet zo willen zwalken als het EHRM. Niets hoeft de Nederlandse feitenrechter overigens tegen te houden bij getuigenbewijs van ‘significant weight’, uit oogpunt van behoorlijkheid of zekerheid de verdediging toch tegemoet te komen. Uit Straatsburg komen immers *minimum rights*.

[1] Zie vooral HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, *NJ* 2014/441, m.nt. M.J. Borgers; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. T. Kooijmans en HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016, *NJ* 2017/447, m.nt. T. Kooijmans.

[2] EHRM 15 december 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, *NJ* 2012/283, m.nt. T.M. Schalken en A.E. Alkema (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*).

[3] EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, par. 116, 123-124, *NJ*

2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*). In dat verband B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', AA 2017, afl. 10, p. 777-788 en algemeen over het ondervragingsrecht B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

[4] Zo ook A-G D.J.M.W. Paridaens in haar conclusie even rechtlijnig, zie ECLI:NL:PHR:2018:1072.

[5] Zo vat ook annotator J.C. Dekkers dit arrest op, zie haar noot onder *NbSr* 2019/66.

[6] EHRM 12 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710, par. 59 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

[7] Zie recent nog EHRM 6 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0906JUD001407812, par. 42 en 53 (*Dadayan/Armenië*) en EHRM 10 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2016:1110JUD001347911, par. 49 (*Avetisyan/Armenie*).

[8] EHRM 12 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710, par. 63-64 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

[9] EHRM 1 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0201JUD002796210, par. 47-48 (*Asani/De voormalige Joegoslavische republiek Macedonië*). Zie ook EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD005414609, par. 50 (*Batek e.a./Tsjechië*); EHRM 3 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912, par. 59 (*N.K./Duitsland*) en EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD003670512, par. 64-67 (*Stulir/Tsjechië*). In EHRM 14 december 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD006507810 (*Gryb/Ukraine*) overwoog het EHRM (par. 56): 'In view of the above, the Court, therefore, does not find it necessary to make a definitive finding as to whether the evidence provided by I. was "decisive" as in any case it is satisfied that his statements carried significant weight and their admission as evidence may have handicapped the applicant's defence'

[10] Zie ook nog EHRM (Grote Kamer) 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

[11] EHRM 11 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1211JUD000720312, par. 59 en 64 (*Dimovic e.a./Servië*).

[12] Zie al B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', AA 2017, afl. 10, p. 788.

[13] EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*), onder 7 van de noot.