

gebruikt, getuigt – in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen – niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

2.6. Het middel faalt.

NOOT

In het bovenstaande arrest stond de vraag centraal of het hof ambtshalve verplicht was de getuigen ter terechtzitting te horen in het licht van het recht op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag door te verwijzen naar art. 6 EVRM en zijn uitleg daarvan in een eerder overzichtsarrest over het oproepen en horen van getuigen (HR 4 juli 2017, *NbSr* 2017/267, m.nt. Boksem), waarbij voor hem het toepasselijke criterium bij het ondervragingsrecht is: “the overall fairness of the trial”. Dit criterium wordt ingevuld door een toetsingsschema bestaande uit meerdere samenhangende subvragen (zie: EHRM 15 december 2015, *NJ* 2017/294, m.nt. Myer (*Schatschaschwili/Duitsland*), § 107; en hierover: B. de Wilde, ‘Het recht getuigen te horen anno 2017’, *AA* 2017, p. 777-788). Wat dat betreft heeft de Hoge Raad de volgende overpeinzing gegeven. De balans over een eventuele schending van het ondervragingsrecht kan door het Straatsburgse hof slechts achteraf worden opgemaakt. De nationale rechter dient echter al tijdens de behandeling van de strafzaak beslissingen te nemen omtrent het oproepen en horen van getuigen. In ieder geval dient hij voordat uitpraak wordt gedaan, zich ervan te vergewissen dat de procedure in zijn geheel voldoet aan de eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM. Indien dit in de optiek van de rechter niet het geval is dan dient hij alsnog ambtshalve over te gaan tot het oproepen van eventuele getuigen om ter terechtzitting gehoord te kunnen worden, dan wel bepaalde gevolgen verbinden aan het vastgestelde gebrek.

Met betrekking tot het onderhavige geval lijkt de redenering van het hof voornamelijk te zien op de kwaliteit en kwantiteit van het bewijs, nu daarop verweer is gevoerd door de verdediging. De relevante overwegingen hierbij zijn dat de verklaringen tegenover de politie en de R-C zijn afgelegd, dat de beide getuigen consistent zijn gebleven in hun lezing, dat er voldoende ondersteunend bewijs is, en de onderbouwing van de onaannemelijkheid van het door de verdachte

geschetste alternatieve scenario. Daarnaast blijkt uit niets dat de verdediging de wens had om de getuigen in hoger beroep (ten overstaan van het hof) te horen en dat het hof daartoe kennelijk ook niet ambtshalve de behoefte had. Anders dan het cassatiemiddel wil, bestond daar ook volgens de Hoge Raad geen reden voor, ondanks de vrijpraak in eerste aanleg. Het gebruik van de verklaringen van beide aangeefsters getuigt volgens de Hoge Raad zodoende niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

De vraag blijft open wanneer een rechter dan wél verplicht is tot het ambtshalve oproepen van getuigen. Een eerste aanknopingspunt biedt de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad, waarnaar ook Advocaat-Generaal Vellinga verwijst. Zo werd in het Grenzen getuigenbewijs-arrest een voorbeeld gegeven van een situatie die er toe zou leiden dat ambtshalve horen van getuigen geboden is (HR 1 februari 1994, *NJ* 1994/427, m.nt. Corstens, r.o. 6.3.3; bevestigd in HR 6 juni 2006, *NbSr* 2006/177; genuanceerd voor het hoger beroep in HR 23 september 2014, *NbSr* 2014/249, m.nt. Nan). Het betreft het geval dat een eerdere belastende getuigenverklaring opgenomen in een proces-verbaal, van doorslaggevende betekenis, later ten overstaan van een rechter door de getuige niet wordt herhaald (de getuige verklaart niet meer, of verklaart dan wezenlijk anders). Van zo’n situatie was in casu geen sprake. Een punt van aandacht is echter wel dat de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken. In dat soort gevallen dient de rechter van het EHRM extra voorzichtig te zijn met het veroordelen op basis van getuigenverklaringen die niet ter terechtzitting in hoger beroep zijn geproduceerd (zie hiervoor met name de conclusie van A-G Spronken bij HR 5 januari 2016, *NbSr* 2016/60, m.nt. Dreisen; waarin zij verwijst naar EHRM 15 september 2015, 16903/12 (*Moinescu/Roemenië*); EHRM 16 september 2014, 50224/07 (*Mischie/Roemenië*); en EHRM 6 oktober 2015, 21528/09 (*Marius Dragomir/Roemenië*)). Indien – met andere woorden – de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken kan het hof niet zonder meer tot een andere bewijsbeslissing komen zonder zelf de getuigen dienaangaande te horen (zo ook J.F. Nijboer/P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aquis Libri 2017, p. 260; en 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, p. 182-185). Deze Straatsburgse invalshoek wordt ook door A-G Vellinga meegenomen in zijn conclusie. Hij citeert onder meer uit *Manoli t. Moldavië* en *Lorefice t. Italië*. Zo wordt in 'Manoli' het feit dat in eerste aanleg is vrijgesproken expliciet meegenomen in de overwegingen. Hierdoor is het noodzakelijk dat het hof in hoger beroep de betrouwbaarheid van getuigen en de verdachte in persoon kan onderzoeken, en niet volstaan kan worden met "... merely reading a record of their words" (EHRM 28 mei 2017, 56875/11 (*Manoli/Moldavië*), § 32). In 'Lorifice' is de getuige in eerste aanleg wel gehoord door de rechter, maar deze oordeelde dat de getuigenverklaring onbetrouwbaar was. Dat het hof in hoger beroep vervolgens oordeelde dat de verklaring wel betrouwbaar was, zonder deze getuige zelf opnieuw ter terechtzitting te horen ging het EHRM in het licht van het recht op een eerlijk proces te ver (EHRM 29 juni 2017, 63446/13 (*Lorefice/Italië*), § 43 en 45).

De vraag die blijft hangen is of het feit dat er in eerste aanleg is vrijgesproken maakt dat het hof alsnog over had moeten gaan tot het ambtshalve oproepen van de getuigen. Deze vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden. Als eerste kan opgemerkt worden dat onderhavige casus niet een-op-een overeenkomt met de situaties uit 'Grenzen getuigenbewijs', 'Manoli', of 'Lorifice'. Zo is er geen sprake van een 'draaiende getuige', noch is de getuige in eerste aanleg gehoord door de zittingsrechter waarna in appel van diens conclusie wordt afgeweken. Zeker met betrekking tot de Straatsburgse jurisprudentie moet men onthouden dat deze een sterk casuïstisch karakter heeft, en voorzichtig zijn met generaliserende gevolgtrekkingen.

Volgens A-G Vellinga kan met betrekking tot een van de twee zaken niet gezegd worden dat de rechter in eerste aanleg een oordeel uitgesproken heeft over de betrouwbaarheid van de verklaringen, maar slechts heeft geconcludeerd dat zij op zichzelfstaand niet een veroordeling kunnen dragen (ex art. 342 lid 2 Sv). Wordt er inhoudelijk op de (betrouwbaarheid) van de verklaring ingegaan door de vrijspreekende rechter in eerste aanleg, ligt het (ambtshalve) horen van die getuige in hoger beroep bij een afwijkende conclusie dus eerder voor de hand. In deze zaak kan echter

– doordat door de rechtbank ook ingegaan wordt op de aannemelijkheid van het aangedragen alternatieve scenario – geredeneerd worden dat de rechtbank op zijn minst (deels) niet voldoende overtuigd was door de verklaringen van de getuigen. Zo bekeken ligt het ambtshalve horen van de getuigen weer meer in de lijn der verwachtingen. Doorslaggevend in de ogen van de A-G en – voor zover dit in te schatten is – de Hoge Raad is de uitgebreide motivering van het hof. De redenen waarom de getuigenissen betrouwbaar worden geacht en de overige bewijsmiddelen die dit ondersteunen worden uitgebreid uiteengezet. In de woorden van Vellinga "voerde het hof een zo indringende toets uit op de geloofwaardigheid van de verklaringen van de getuigen (...) dat de door het EHRM bedoelde zorgvuldigheid op andere wijze dan door het horen van de getuigen voldoende tot haar recht is gekomen". Men kan zich afvragen of het EHRM er ook zo over zou denken. Het hof lijkt in 'Manoli' duidelijk te stellen dat in hoger beroep na vrijspraak de getuigen in persoon gehoord moeten worden om hun betrouwbaarheid te kunnen toetsen. Het zou echter kunnen meespelen dat in die zaak de getuigen onsamenhangend en tegenstrijdig hadden verklaard, en de motivering van de selectie en waardering van de gebruikte getuigenverklaringen door het Moldavische hof te kort schoot. In die omstandigheden kan een ambtshalve verplichting getuigen ter terechtzitting te horen mogelijk eerder aangenomen worden dan in de Nederlandse casus.

Kan men, het bovenstaande in ogenschouw nemende, nu zeggen dat de verdachte een eerlijk proces heeft gehad? Relevant voor de beantwoording van die vraag is de opvallend passieve houding van de verdediging. Zo wijst de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie naar "het nodige initiatief" dat de verdediging moet hebben met betrekking tot het horen van getuigen (HR 4 juli 2017, *NbSr* 2017/267, r.o. 3.9). In de huidige casus wordt het gegeven dat de verdediging alle mogelijkheden heeft gehad het gepresenteerde bewijs te bestrijden meegewogen. Wanneer het een bewuste keuze van de verdediging is om af te zien van een verzoek tot het ter terechtzitting horen van de getuigen, in hoeverre valt dan te verdedigen dat juist die omstandigheid leidt tot de conclusie dat geen sprake is van een eerlijk proces? In casu kan een rol spelen dat de verde-

diging wellicht uit strategisch oogpunt – met de hiervoor genoemde Straatsburgse jurisprudentie in het achterhoofd – bewust heeft afgezien van een verzoek tot het horen van de aangeefsters (omdat hun belastende verklaringen onbruikbaar werden geacht). Toch, ongeacht de reden voor de passiviteit van de verdediging, ontslaat deze omstandigheid de strafrechter niet van zijn (positieve) verplichtingen om te waken voor een eerlijk proces ex art 6 EVRM en desnoods amts-halve stappen te nemen om dit recht te garanderen.

Tot slot zij nog verwezen naar de in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde aanknopingspunten met betrekking tot het horen van getuigen (zie EHRM 15 december 2011, *NJ* 2012/283, m.nt. Schalken en Alkema (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*); hierover uitgebreid: De Wilde 2015, t.a.p.; up-to-date gebracht in: De Wilde 2017, t.a.p., p. 777-788). Uit ‘Al-Khawaja en Tahery’ en ‘Schatschaschwili’ blijkt dat onder andere ‘initiatief van de verdediging’, de ‘beslissende betekenis van de verklaring’ en ‘compenserende factoren’ meegewogen moeten worden door de rechter. Deze punten ziet men ook goed terug in de motivering van het hof. Zo zorgt steunbewijs er voor dat niet enkel de verklaring doorslaggevend is en ziet de uitgebreide weerlegging van het alternatieve scenario en de onderbouwing van de betrouwbaarheid van de verklaringen erop toe dat het hof (ogenschijnlijk) voldoende verantwoording heeft afgelegd voor het gebruik van de verklaringen. Dat zo een uitgebreide motivering ook voor het EHRM meeweegt als compenserende factor voor het gebruik van mogelijk onbetrouwbare getuigenverklaringen blijkt onder andere uit EHRM 25 april 2013, 51198/08 (*Erkapić/Kroatië*), § 75. Al deze factoren beschouwend lijkt de conclusie dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces niet is geschonden te rechtvaardigen, maar dat de Nederlandse gang van zaken op dit punt op gespannen voet staat met de door het EHRM gekozen lijn lijkt evenmin te ontkennen (in die zin ook de conclusie van A-G Spronken bij HR 5 januari 2016, *NbSr* 2016/60, § 35).

Juist in dat kader zou het aanbevelenswaardig zijn als er ook wat meer expliciet rekenschap afgelegd zou worden van de verantwoordelijkheid die de rechter heeft bij het gebruik van verklaringen van getuigen die niet ter terechtzitting zijn

gehoord. En dan meer in het bijzonder van de relevante omstandigheden, zoals in casu, dat er in eerste aanleg op basis van dezelfde verklaringen is vrijgesproken. Dit blijkt nu niet uit de overwegingen van het hof en in het verlengde daarvan de Hoge Raad.

D.G.J. Grimmelikhuijzen
wetenschappelijk docent strafrecht aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam

291

Hoge Raad
4 september 2018, nr. 5593.16,
ECLI:NL:HR:2018:1422
(Mrs. De Hullu, Van de Griend, Röttgering)
[Cassatie van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
(zittingsplaats Arnhem)]

Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte de in de bewezenverklaring vermelde laptop, sieraden en oplader van een mobiele telefoon heeft gepakt en deze in een tas heeft gestopt en dat voormelde goederen in die tas klaarlag om mee naar buiten te worden genomen. Mede op basis van deze vaststellingen heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat de verdachte zich aldus een zodanige feitelijke heerschappij over de goederen heeft verschafte dat de wegname daarvan – in de zin van art. 310 Sr – was voltooid. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

[Sr art. 310, 311 lid 1 aanhef en onder 5°]

2. Beoordeling van het tweede middel

2.1. Het middel klaagt over het oordeel van het Hof dat de aan de verdachte onder 1 verweten gedragingen kunnen worden aangemerkt als een voltooid “wegnemen” in de zin van art. 310 Sr.

2.2.1. Aan de verdachte is onder 1 tenlastegelegd dat:

“primair:
hij op of omstreeks 26 juli 2015 te Nijmegen,