



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bedreigde getuige: een vervolghverhaal

Hoorn, A.M. van; Posthumus, F.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Hoorn, A. M. van, & Posthumus, F. (2021). De bedreigde getuige: een vervolghverhaal. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 739-760). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464153>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464153>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DE BEDREIGDE GETUIGE: EEN VERVOLGVERHAAL

*Anne Marie van Hoorn en Frits Posthumus**

1 INLEIDING

De bekendste onbekende getuige in de Nederlandse strafrechtsgeschiedenis is wellicht Q5. Hij verklaarde over gesprekken die hij in de Rotterdamse Baja Beachclub had opgevangen tussen Willem Holleeder en een aantal verdachten uit het liquidatieproces Passage. Zij hadden het over vier mannen, met wie een hooglopend conflict was. Q5 hoorde hen zeggen: ‘we pakken ze’ en ‘ze gaan eraan’. Een paar weken later vernam hij in de media dat drie van die vier mannen waren geliquideerd. Q5 werd als bedreigde getuige aangemerkt in het Passageproces en zijn verklaring is door de rechtbank en later ook door het hof voor het bewijs gebruikt. Ook in de strafzaak tegen Holleeder legde deze getuige als Q5 verklaringen af, die door de rechtbank voor het bewijs van uitlokking van moord werden gebruikt.

De regeling voor de volledig anonieme, bedreigde getuige werd in 1994 ingevoerd als onderdeel van de Wet getuigenbescherming. Als er sprake is van een ernstige bedreiging en de getuige om die reden geen verklaring wil afleggen, kan de rechter-commissaris¹ hem de status van bedreigde getuige verlenen. Dat betekent dat de getuige onder volledige anonimiteit zijn verklaring kan afleggen en dat hij later niet meer op de zitting hoeft te verschijnen. De procedure is met waarborgen omgeven, die de beperkingen op het ondervragingsrecht moeten compenseren. Zo is er appel mogelijk tegen de beslissing van de rechter-commissaris en heeft de verklaring van de bedreigde getuige een beperkte bewijswaarde.

De uitvoering van de regeling moet met de grootst mogelijke zorgvuldigheid gebeuren om de anonimiteit van de getuige ook daadwerkelijk te waarborgen. Los daarvan doen zich in de praktijk allerlei juridische problemen voor waar de wet en de totstandkomingsgeschiedenis geen pasklaar antwoord op bieden. Uit de eerste evaluatie van de wet, een jaar na de invoering, kwam naast het feit dat het negen van de tien keer onmogelijk is de anonimiteit te waarborgen omdat evident is wie de getuige is, vooral naar voren dat onduidelijk was hoe de beroepsprocedure moest worden vormgegeven. Ging het om een

* Met dank aan mr. Serge Lukowski en mr. drs. Juriaan Simonis.

1 Ook de raadsheer-commissaris kan worden geconfronteerd met de bedreigde getuige. Omwille van de leesbaarheid hebben we het hierna alleen over de rechter-commissaris.

volledige of een marginale toetsing van de beslissing van de rechter-commissaris? Door de jaren heen kwamen er andere vraagstukken aan de orde. Hoe concreet moet de dreiging zijn, wie mogen er bij het verhoor aanwezig zijn, kan de verdediging een bedreigde getuige aandragen, wat moet je doen als een al erkende bedreigde getuige in een andere zaak moet worden gehoord, kan de rechter-commissaris worden gewraakt om de beslissing die hij in deze procedure neemt en door wie, en hoe zit het met de bewijsregeling in Europees-rechtelijk perspectief? Deze en andere aspecten worden uitgewerkt in deze bijdrage. Daarbij kijken we terug op de afgelopen decennia, zoals het bij een behoorlijk afscheid betaamt.

2 DE PROCEDURE BIJ DE RECHTER-COMMISSARIS

2.1 *De wettelijke regeling*

De artikelen 226a tot en met 226f Sv hebben betrekking op de procedure die gevolgd moet worden voor het met volledige anonimiteit horen van bedreigde getuigen. De rechter-commissaris kan tot een dergelijk verhoor overgaan, indien voldaan is aan de twee voorwaarden die in artikel 226a, eerste lid, Sv worden genoemd. De eerste voorwaarde houdt kort gezegd in dat de getuige, met het oog op de door hem af te leggen verklaring, zich zodanig bedreigd kan achten dat naar redelijkerwijze moet worden aangenomen voor het leven of de gezondheid van de getuige moet worden gevreesd. De tweede voorwaarde luidt dat de getuige te kennen heeft gegeven wegens deze bedreiging geen verklaring te willen afleggen.

In het geval niet aan de twee wettelijke voorwaarden is voldaan, wijst de rechter-commissaris de vordering of het verzoek af. Voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over de statusverlening stelt hij de officier van justitie, de verdachte en de getuige in de gelegenheid daaromtrent te worden gehoord. De getuige heeft recht op rechtsbijstand (artikel 226a lid 2 Sv). Tegen de beschikking van de rechter-commissaris om ter gelegenheid van het verhoor van de getuige diens identiteit verborgen te houden, staat hoger beroep open (artikel 226b Sv). De rechter-commissaris gaat niet over tot het verhoor van de getuige zolang zijn beschikking nog niet onherroepelijk is, tenzij het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft. Hij moet het proces-verbaal van het verhoor dan onder zich houden tot op het hoger beroep is beslist (artikel 226a lid 3 Sv).

2.2 *Wat als de anonimiteit niet kan worden gewaarborgd?*

Uit de evaluatie van de Wet getuigenbescherming in 1996 kwam naar voren dat de regeling in de praktijk nauwelijks werd toegepast. De belangrijkste reden was dat in veel gevallen de anonimiteit van de getuige niet kan worden gewaarborgd. De getuige zal door de inhoud van zijn verklaring vaak herkenbaar zijn voor de verdachte. Een andere reden was dat door het noodgedwongen achterwege laten van inhoudelijke details en de redenen van wetenschap in het proces-verbaal van verhoor – nog afgezien van de bewijsminimumregel van artikel 344a, eerste lid, Sv – de bewijswaarde van de verklaring in aanzienlijke mate vermindert. Uit de evaluatie kwam ook naar voren dat onduidelijk is welke beslissing de rechter-commissaris moet nemen als blijkt dat, hoewel aan de voorwaarden van artikel 226a, eerste lid, Sv is voldaan, de anonimiteit van de getuige niet kan worden gegarandeerd. De vraag is of de rechter-commissaris in dat geval moet overgaan tot het verlenen van de status van bedreigde getuige of niet. Het afwijzen van de vordering of het verzoek zal ertoe leiden dat de getuige op naam zijn verklaring zal moeten afleggen. Maar het toewijzen van de vordering zal niet meer dan een schijnveiligheid bieden.²

Deze kwestie deed zich voor in de grote liquidatiezaak Passage. In deze zaak werd niet alleen aan de in de inleiding genoemde Q5 de status van bedreigde getuige verleend, maar ook aan twee getuigen die door de verdediging werden aangedragen. Deze getuigen, aangeduid als F1 en F3, beschikten over informatie die voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van kroongetuige La Serpe en zijn verklaringen van zeer groot belang zou zijn. Zij wilden echter alleen verklaringen afleggen als aan hen de status van bedreigde getuige zou worden verleend. De advocaten van drie verdachten deden daarom bij de rechter-commissaris een verzoek tot het horen van deze getuigen op de voet van artikel 226a e.v. Sv. Beide verzoeken werden door de rechter-commissaris afgewezen, omdat naar zijn oordeel de anonimiteit van deze getuigen niet voldoende kon worden gewaarborgd. Omdat de anonimiteit niet kon worden gewaarborgd, verviel daarmee – volgens de rechter-commissaris – de relevantie van een onderzoek naar de dreiging die F1 en F3 mogelijk te duchten had. De rechtbank die oordeelde op het appel dat tegen deze beslissingen was ingesteld, was kritisch. Artikel 226a Sv stelt twee voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om aan een getuige de status van bedreigde getuige te verlenen en het door de rechter-commissaris aangelegde en als zodanig aangeduide ‘waarborg-criterium’ is er daar niet een van. De rechter-commissaris had een onjuist criterium aangelegd. De rechtbank vernietigde de beschikkingen van de rechter-commissaris en wees de zaak naar hem terug met de opdracht om alsnog een beslissing te nemen over de vraag of F1 en F3 of een andere

2 A.M. van Hoorn, *De Wet getuigenbescherming. Een uitzonderlijke regeling*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1996, p. 117.

persoon zich met het oog op de door deze getuigen af te leggen verklaring bedreigd konden achten als omschreven in artikel 226a, eerste lid onder a, Sv.³

Lang verhaal kort: de rechter-commissaris (een andere dan de eerste) was na het horen van de getuigen van oordeel dat er geen sprake was van een reële en concrete dreiging. Uiteindelijk heeft de rechtbank, oordelend op het ingestelde appel tegen de tweede afwijzende beslissing van de rechter-commissaris, zelf aan de getuigen de status van bedreigde getuige verleend.⁴ Later is de identiteit van F3 alsnog bekend geworden, zij was de ex-vriendin van La Serpe, en heeft zij alsnog een getuigenverklaring op naam afgelegd.

2.3 *De ernst en aannemelijkheid van de dreiging*

Van de rechter-commissaris wordt gevergd dat hij een onderzoek instelt naar de aard van de dreiging en de aannemelijkheid daarvan. Daarbij moet ook worden beoordeeld of het redelijk is dat de getuige op grond van die bedreiging een beroep op anonimiteit doet. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de enkele vrees van de getuige dat er iets onaangenaams zal voorvallen, in de regel niet voldoende zal zijn.⁵ De bedreiging hoeft echter niet noodzakelijk uit concrete handelingen of uitingen van de verdachte te bestaan. Wel is het volgens de Kamerstukken denkbaar dat de dreiging uitgaat van de persoonlijkheid of de reputatie van de verdachte of het criminele milieu waarin de verdachte zich bevindt.⁶ Hoewel in de rechtsliteratuur onder verwijzing naar het arrest Visser tegen Nederland⁷ wel de vraag wordt gesteld of dit in overeenstemming is met artikel 6 EVRM,⁸ spelen deze factoren wel degelijk een rol in de beschikkingen van de rechters-commissarissen, meestal in combinatie met de ernst van de feiten waarvan de verdachte wordt verdacht.⁹ Dat is met name het geval in strafzaken die betrekking hebben op liquidaties in het criminele milieu.¹⁰ De rechtbank in de Passagezaak, oordelend in appel op de afwijzende beslissing van de rechter-commissaris, overwoog dat het in die zaak ging om een verdenking van betrokkenheid bij liquidaties. Dit zijn op zichzelf al buitengewoon ernstige feiten waarop de zwaarste strafbedreiging staat die het Nederlandse strafrecht kent, te weten een levenslange gevangenis-

3 Rb. Amsterdam 20 mei 2010, parketnr. 13/529144-06 (niet gepubl.). Zie hierover ook S.L.J. Janssen, Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk, *Strafblad* 2012(5) 9, p. 385-386.

4 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, parketnr. 13/529144-06 (niet gepubl.).

5 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 483, nr. 6, p. 11.

6 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 19.

7 EHRM 14 februari 2002, NJ 2002/378, m.nt. Schalken.

8 W. Dreissen & O. Nauta, *Anonimiteit in het strafproces. De praktijk van de regeling beperkt anonieme getuige en bedreigd anonieme getuige in het strafproces*, Amsterdam: DSP-groep 2012, p. 49 en Van der Meij, in: *T&C Strafvordering*, art. 226a, aant. 4c.

9 Ook de ernst van de feiten mag de rechter-commissaris volgens de Memorie van Toelichting laten meewegen, *Kamerstukken II* 1992/93, 22483, nr. 6, p. 8.

10 Bijv. Rb. Amsterdam 17 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:192.

straf, aldus de rechtbank. De rechtbank overwoog verder dat de verklaringen van F1 en F3 zodanig raakten aan de kern van de tegen de kroongetuige La Serpe en de andere verdachten gerezen verdenking dat de vrees voor het leven, de gezondheid of de veiligheid dan wel de ontwrichting van het gezinsleven of het sociaaleconomisch bestaan van de getuigen of een andere personen reeds in het licht van de buitengewone ernst van die verdenkingen gegrond kon worden geacht. Onder deze omstandigheden hoefde van de getuige niet te worden gevergd dat hij die dreiging of vrees nader concretiseerde.¹¹ Dit lijkt in lijn te zijn met de uitspraak van het EHRM in de zaak Breijer.¹² In die zaak ging het niet om een anonieme getuige, maar om een getuige op naam, die weigerde te verklaren. Er was geen sprake van een directe of indirecte bedreiging van de getuige door de verdachte. Het feit dat de getuige lid was van een criminele organisatie die zich niet alleen bezighield met de grootschalige internationale handel in harddrugs maar ook met vuurwapens vormde naar het oordeel van het EHRM een goede reden voor de weigering om te verklaren alsmede voor de acceptatie dat pogingen om hem te verklaren te bewegen op niets zouden uitlopen. De eerder afgelegde verklaring mocht daarom voor het bewijs worden gebruikt.¹³

In de gepubliceerde rechtspraak troffen we een zaak aan, waarin de rechter-commissaris de opdracht had gegeven tot het maken van een dreigingsanalyse door het Team getuigenbescherming.¹⁴ In beginsel is het aan het College van procureurs-generaal voorbehouden om tot het maken van zo'n analyse opdracht te geven.¹⁵ Het College geeft echter in de regel geen opdracht om een dreigingsanalyse te maken ten behoeve van een artikel 226a-procedure, omdat het wezenskenmerk van deze procedure is dat de verklaring van de bedreigde getuige op zodanige wijze wordt ingebracht dat niet te herleiden is om wie het gaat en er dus geen getuigenbeschermingsmaatregelen nodig zijn (anders dan de afscherming rond het verhoor van deze getuige). Gelet op de beslissing die de rechter-commissaris moet nemen, kunnen wij ons echter voorstellen dat een dreigingsanalyse daarbij behulpzaam kan zijn.

Het is volgens de Kamerstukken ook denkbaar dat bedreigingen waar de verdachte part noch deel aan heeft en waarvoor hem geen enkel verwijt kan worden gemaakt, zullen kunnen leiden tot het garanderen van de anonimiteit van getuigen.¹⁶ In de MH17-zaak werd bij de vorderingen van de officier van justitie tot het verlenen van de status van

11 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, parketnr. 13/529144-06 (niet gepubl.).

12 EHRM 3 juli 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0703DEC004159613 (Breijer t. Nederland), par. 33.

13 Vgl. ook de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak Dzelili t. Duitsland, EHRM 29 september 2009, nr. 15065/05, waarin bij de beslissing om de identiteit van de getuige niet te onthullen met name ook een rol speelde het risico van wraak dat de getuige zou lopen als hij in het criminele milieu bekend zou komen te staan als een verrader.

14 Concl. A-G Hofstee, ECLI:NL:PHR:2015:909.

15 Besluit getuigenbescherming, *Stb.* 2006, 21. i.w.tr. op 1 april 2006, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 246.

16 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 19.

bedreigde getuigen (het ging om veertien¹⁷ getuigen) een rapport over de veiligheidsrisico's voor getuigen gevoegd. Daarin werd onder verwijzing naar rapportages van internationale organisaties en NGO's vermeld dat in Oekraïne sprake is van grootschalige mensenrechtenschendingen en dat er risico's bestaan voor personen die zich uitspreken over politiek gevoelige onderwerpen in Oekraïne en in de Russische Federatie. Dit betreft weliswaar algemene informatie, die niet direct betrekking heeft op de getuigen in deze zaak, maar daarmee niet irrelevant is voor de beoordeling van de aannemelijkheid van de door hen gestelde dreiging, aldus de rechtbank in appel. De rechter-commissaris mocht deze informatie in haar oordeel betrekken. Daarnaast speelde onder meer ook de ernst van de feiten die aan de verdachte ten laste worden gelegd een rol in de beoordeling van de dreiging.¹⁸

2.4 Vooraf horen van de procespartijen

Het voorschrift dat strekt tot het vooraf horen van de procespartijen is een ander knelpunt dat al in 1996 werd geconstateerd. In de praktijk komt het om uiteenlopende redenen voor dat dit voorschrift niet wordt nageleefd. Uit de jurisprudentie blijkt dat daarmee tekort wordt gedaan aan de rechten van de verdediging, maar ook dat deze inbreuk soms te rechtvaardigen is en dat er mogelijkheden zijn om die inbreuk te compenseren.

In de zaak die leidde tot een uitspraak van de rechtbank Maastricht in 2009, was er sprake van een gerechtelijk vooronderzoek tegen een NN-verdachte, waardoor het niet mogelijk was de verdachte te horen over de verlening van de status van bedreigde getuige. Wat er volgens de Memorie van Toelichting dan ten minste moet gebeuren is dat de verdediging, indien de verdachte later bekend is geworden, alsnog in de gelegenheid wordt gesteld de bedreigde getuige te ondervragen.¹⁹ De rechtbank oordelend in de hoofdzaak meende dat er in dit geval geen gerechtelijk vooronderzoek tegen een onbekende verdachte geopend had mogen worden, omdat er voldoende verdenking was tegen een met naam bekende verdachte. Door een gerechtelijk vooronderzoek tegen een NN-verdachte te vorderen, was aan de verdachte de mogelijkheid ontnomen om te worden gehoord over de statusverlening, om tegen die statusverlening hoger beroep in te stellen en was hij niet zo spoedig mogelijk in kennis gesteld van de inhoud van het verhoor van de bedreigde getuige. De rechtbank overwoog dat sprake was van schending van de artikelen 226a, 226b en 226d Sv en daarmee van artikel 6 EVRM. De rechtbank besloot tot bewijsuitsluiting van de verklaring van de bedreigde getuige.²⁰

17 De vordering ten aanzien van één getuige werd afgewezen.

18 Rb. Den Haag 23 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3699.

19 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 25.

20 Rb. Maastricht 23 april 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI8675.

In de zaak Ebetsu (Staatsliedenbuurt) zag de rechter-commissaris om een andere reden af van het voorafgaand horen van de verdachte en van de officier van justitie – in dit geval: de advocaat-generaal – omtrent de statusverlening. Hij deed dit enerzijds met een beroep op het belang van een spoedige voortgang van het traject en anderzijds omdat hij het in de omstandigheden van het geval ondenkbaar achtte dat het inwinnen van een zienswijze hem tot een ander oordeel zou kunnen brengen. Dat is een opmerkelijk openhartige overweging van de rechter-commissaris, die bovendien getuigt van realisme. Een klacht van de advocatuur is immers dat zij doorgaans de statusverlening niet gemotiveerd kan betwisten, omdat zij de identiteit van de getuige niet kent en niet op de hoogte is van de aard en ernst van de bedreiging.²¹ De raadkamer van het hof kon er echter geen begrip voor opbrengen en vernietigde de beschikking van de rechter-commissaris waarin hij de vordering van het Openbaar Ministerie om de getuige als bedreigde getuige te horen toeweest. Het hof overwoog dat gelet op de verstrekkende gevolgen die het verlenen van de status van bedreigde getuige ex artikel 226a Sv voor de procesposities in een strafzaak kan hebben, het in de gelegenheid stellen van zowel de advocaat-generaal als de verdachte en zijn advocaat om zich hierover uit te laten, een essentieel onderdeel is van de procedure als geheel. Dat het nalaten hiervan niet met nietigheid wordt bedreigd, maakt dat niet anders. Het hof oordeelde dat het geconstateerde verzuim niet kon worden hersteld door in het hoger beroep de verdediging en het Openbaar Ministerie alsnog te horen. De afweging is immers voorbehouden aan de rechter-commissaris die de betrokken persoon heeft gehoord. Het hof gaat ervan uit dat dit verzuim wel door de rechter-commissaris zelf kan worden hersteld, indien het Openbaar Ministerie de vordering handhaaft. In dat geval zal de rechter-commissaris hierop opnieuw dienen te beslissen met inachtneming van de overwegingen van het hof.²² In paragraaf 3 komt deze zaak nog een keer ter sprake, dan in verband met de wraking van de rechter-commissaris.

Ook in de MH17-zaak zag de rechter-commissaris af van het vooraf horen van de verdachte omtrent de statusverlening. Zij wijdde daar in haar beschikking een uitgebreide overweging aan, waarin zij aangeeft zich te realiseren dat door het negeren van het voorschrift van artikel 226a, tweede lid, Sv de verdachte mogelijk in zijn belangen is geschaad. De verdachte wordt immers de mogelijkheid ontnomen de vordering te bestrijden en gezichtspunten mee te delen voordat de rechter-commissaris daarop beslist. Dat is een inbreuk op een processueel recht van de verdachte. Tegelijkertijd had zij oog voor de belangen die door de officier van justitie werden aangedragen, namelijk dat de getuige van belang was voor het onderzoek naar zeer ernstige feiten en voor de waarheidsvinding. Verder was gebleken dat de getuige afkomstig was uit dan wel met grote regelmaat aanwezig was in een conflict- en/of oorlogsgebied, waaraan aanzienlijke risico's voor de getuige

21 Van Hoorn 1996, p. 117.

22 Hof Amsterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:945 en 946.

waren verbonden. Naar het oordeel van rechter-commissaris waren de belangen dat het onderzoek niet werd beïnvloed of tegengewerkt en dat de getuige meteen werd gehoord dermate groot dat de geschetste inbreuken op de rechten van de verdachte in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd waren. De rechter-commissaris overwoog in haar beschikking ook nog dat zij alles in het werk zou stellen de verdachte te compenseren voor gemaakte inbreuken. De mogelijkheid om de verdachte alsnog te horen op de vordering werd daarbij uitdrukkelijk vermeld. De rechter-commissaris heeft inderdaad op een later moment, dus na de beschikking, de verdachte per brief in de gelegenheid gesteld zijn standpunt op de vordering schriftelijk bekend te maken. Zij schreef dat zij dat standpunt vervolgens zou opnemen in een proces-verbaal van bevindingen dat bij de processtukken zou worden gevoegd. Toen de verdediging te kennen gaf dat zij van deze gelegenheid geen gebruik wilde maken, schreef de rechter-commissaris in haar proces-verbaal van bevindingen dat dit ertoe leidde dat zij geen aanleiding zag voor een nadere overweging met betrekking tot de verleende status bij de gegeven beschikkingen ex artikel 226a Sv. Naar het oordeel van de rechtbank is door de handswijze van de rechter-commissaris alsnog verwezenlijkt wat artikel 226a, tweede lid, Sv beoogt te waarborgen, namelijk alle betrokkene partijen in staat stellen zich uit te laten over de vraag of een getuige als bedreigde getuige moet worden aangemerkt, zodat de rechter-commissaris de zienswijzen van alle betrokken partijen bij de beantwoording van die vraag kan betrekken.²³ De rechter-commissaris heeft dus eigenlijk een voorlopige beschikking gegeven, die later nog aangevuld of herzien zou kunnen worden als de verdediging in de gelegenheid was gesteld zich daarover uit te spreken. Dat is inderdaad niet overeenkomstig de letter van de wet, maar wel in de geest van de wet, zoals de rechtbank volgens ons terecht opmerkt.

2.5 *Vaker dan één keer een statusbepaling bij dezelfde getuige?*

Hiervoor viel al herhaaldelijk de ‘naam’ van Q5. Eind 2009 had het Openbaar Ministerie de vordering gedaan aan Q5 de status van artikel 226a Sv te geven. Op dat moment stonden in de Passagezaak elf verdachten terecht. De vordering was gedaan in de zaken van vijf van hen. De rechter-commissaris wees de vordering in alle vijf zaken toe. Drie van de vijf verdachten stelden hoger beroep in. Het beroep werd ongegrond verklaard. Daarmee was de statusverlening onherroepelijk. In de periode februari-mei 2010 werd Q5 in een aantal rondes uitgebreid gehoord. Vervolgens werd in augustus 2010 een twaalfde verdachte aangehouden: Dino Soerel. Ook in zijn zaak waren de verklaringen van Q5 van belang. Q5 was niet verhoord in de zaak van Soerel, omdat diens zaak toen niet aanhangig was. De statusverlening had dus evenmin in die zaak plaatsgevonden. Op vordering van het

23 Rb. Den Haag 23 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3699.

Openbaar Ministerie verleende de rechter-commissaris, na een statusverhoor, ook in de zaak van Soerel aan Q5 de status van bedreigde getuige en is hij in die zaak inhoudelijk verhoord. Vier jaar later, in december 2014, werd Willem Holleeder aangehouden. Enkele misdrijven waarvoor hij werd vervolgd, waren ook in Passage aan de orde. Holleeder was niet ‘meegenomen’ in Passage; zijn vervolging was ondergebracht in een apart onderzoek, met de naam Vandros. De verklaringen van Q5 waren ook, of beter: juist in de zaak van Holleeder van belang. Q5 moest opnieuw gehoord worden. De vraag rees of een nieuw, inhoudelijk statusverhoor van Q5 noodzakelijk was of dat de eerder in Passage verleende status in Vandros kon worden overgenomen. Het Openbaar Ministerie stelde zich op het standpunt dat de statusverlening van Q5 in Passage onherroepelijk was en dat het niet denkbaar was dat Q5 in Passage de status van bedreigde getuige wel had en in Vandros niet, en dat een nieuw statusverhoor overbodig was. De raadsman van Holleeder stelde daar tegenover dat de rechter-commissaris de statusbeslissing uit Passage niet kon overnemen en dat door het tijdsverloop en door de veranderde omstandigheden – een van degenen over wie Q5 verklaarde was inmiddels overleden, twee anderen zaten vast – het geen vanzelfsprekendheid was dat Q5 opnieuw de status van bedreigde getuige toekwam. De rechter-commissaris volgde het standpunt van de raadsman. Zij ging over tot een nieuw statusverhoor en beoordeelde de situatie zoals die toen, in september 2015 was, waarna zij tot het oordeel kwam dat aan Q5 de status van artikel 226a Sv toekwam. Wij menen dat de beslissing om tot een nieuw statusverhoor over te gaan als de getuige ook in een ander onderzoek gehoord moet worden, onvermijdelijk is. Als de ‘erkende’ bedreigde getuige ook in een ander onderzoek moet worden gehoord, moet opnieuw de voorgeschreven procedure worden gevolgd en moet ook de verdediging in de nieuwe zaak de gelegenheid hebben een standpunt kenbaar te maken en te appelleren.²⁴

2.6 *Het inhoudelijk verhoor van de bedreigde getuige*

Op grond van artikel 226d Sv zal de rechter-commissaris die de bedreigde getuige inhoudelijk hoort achtereenvolgens moeten onderzoeken 1) of het belang van het verborgen houden van de identiteit van de getuige vordert dat de verdediging het verhoor niet mag bijwonen²⁵ en 2) of dit belang ook vordert dat de verdediging niet in de gelegenheid wordt gesteld door middel van telecommunicatie aan de getuigen vragen te stellen. Als de verdediging vanwege dit belang geen van beide mogelijkheden wordt geboden, dient de verdediging in ieder geval in de gelegenheid te worden gesteld aan de getuige schriftelijk vragen te stellen.²⁶ De rechter-commissaris kan beletten dat een antwoord van de bedreigde getuige

24 In die zin Rb. Maastricht 23 april 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI8675, r.o. 3.5.1.9.

25 In dat geval mag de officier van justitie het verhoor evenmin bijwonen (art. 226d lid 1 Sv).

26 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 9.

ter kennis van de officier van justitie en de verdachte of diens raadsman komt. Hij neemt dan wel in het proces-verbaal van verhoor op dat de vraag beantwoord is (artikel 226d Sv). De rechter-commissaris neemt ook verder alle maatregelen die nodig zijn om de identiteit van de bedreigde getuige verborgen te houden (artikel 226f Sv).

Als de rechter-commissaris bepaalt dat de verdachte en diens raadsman het verhoor niet mogen bijwonen, mag de officier van justitie daar ook niet bij aanwezig zijn. Blijkens de Memorie van Toelichting dienen de mogelijkheden om op het verhoor controle uit te oefenen voor beide partijen gelijk te zijn.²⁷ De Hoge Raad heeft in 1998 overwogen dat, hoewel de wet daarover niets bepaalt, aangenomen moet worden dat als de verdachte, de raadsman en de officier van justitie het verhoor niet mogen bijwonen, dat ook niet is toegestaan aan politiefunctionarissen, tenzij ten behoeve van eventueel noodzakelijke technische ondersteuning.²⁸ In die zaak moest de politieambtenaar de telecommunicatieapparatuur bedienen. Er zijn andere gevallen bekend waarin politieambtenaren of een officier van justitie aanwezig waren bij het verhoor en/of een rol hadden bij de verbalisering van het verhoor van de bedreigde getuige en waar de rol minder technisch was. In de gepubliceerde rechtspraak treffen we twee van zulke zaken aan. De ene zaak is een arrest van het gerechtshof Den Bosch uit 2001,²⁹ de andere een vonnis van de rechtbank Rotterdam uit 2019.³⁰ In de eerste zaak ging het om een analist die deel had uitgemaakt van het onderzoeksteam en die een totaalbeeld had van het onderzoek. Zijn taak was de rechter-commissaris te adviseren over de vraag of een door de getuige gegeven antwoord in het proces-verbaal van het verhoor kon worden weergegeven zonder dat daardoor onthulling van diens identiteit dreigde. Hij lette niet alleen op de bescherming van de identiteit van de bedreigde getuigen, maar nam ook in ogenschouw dat er van de verklaringen van de bedreigde getuigen iets moest overblijven om tot een veroordeling te kunnen komen. Het hof kwam tot de conclusie dat de betrokkenheid van deze functionaris bij de verhoren niet uitsluitend de noodzakelijke technische ondersteuning betrof zoals de Hoge Raad dat bedoeld had. Zijn bemoeienissen hadden van invloed kunnen zijn geweest op het verloop van de verhoren. Het Openbaar Ministerie oefende door deze taakvervulling van de aan de officier van justitie ondergeschikte politie-analist meer controle uit over het verhoor van de bedreigde getuigen dan de verdachte en zijn raadsman konden doen. Het beginsel

27 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 483, nr. 3, p. 23. Een mooi voorbeeld is te vinden in de MH17-zaak, waarin de rechter-commissaris besloot dat de officier van justitie niet aanwezig mocht zijn bij het verhoor en deze evenmin in de gelegenheid werd gesteld vragen in te dienen of onderwerpen voor het verhoor aan te dragen die naar zijn oordeel van belang zouden zijn. De verdediging was niet op de hoogte van het feit dat deze procedure liep. Rb. Den Haag ECLI:NL:RBDHA:2020:3699.

28 HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1214, NJ 1999/88, m.nt. Reijntjes.

29 Hof Den Bosch 29 november 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AD9978. In deze zaak waren twee bedreigde getuigen.

30 Rb. Rotterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8958 (Kofferbakmoord Oostvoorne).

van *equality of arms* was geschonden, een vormverzuim dat niet kon worden hersteld en dat leidde tot bewijsuitsluiting.

In de Rotterdamse zaak waren twee rechercheurs van het Team bijzondere getuigen, dus niet van het onderzoeksteam, aanwezig bij het verhoor van de bedreigde getuige. Hun rol was de rechter-commissaris gevraagd en ongevraagd te adviseren over de afscherming van de identiteit van de getuige. Met het oog daarop had de rechter-commissaris het concept van zijn proces-verbaal van het verhoor van de getuige ter advisering aan de rechercheurs voorgelegd. Er was geen reden te veronderstellen dat hun bemoeienis verder was gegaan of dat hun aanwezigheid bij het verhoor van invloed was geweest op het verloop van het verhoor. De rechtbank was van oordeel dat er geen strijd was met de *equality of arms*. In deze zaak had ook de officier van justitie die met bijzondere getuigentrajecten was belast na het getuigenverhoor de gelegenheid gekregen het concept proces-verbaal door te lezen. Ook dat vond de rechtbank toelaatbaar, omdat de rol van die officier van justitie uitsluitend de afscherming van de identiteit van de getuige tot doel had. De rechtbank verwees daarbij naar de door het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht (LOVS) op 2 juni 2017 vastgestelde ‘Werkafspraken over de bijzondere getuige in strafzaken’.

Waar de Hoge Raad in de uitspraak van 1998 het oog had op daadwerkelijke technische ondersteuning, heeft de praktijk zich inmiddels zo ontwikkeld dat politieambtenaren en/of de officier van justitie die belast zijn met bijzondere getuigentrajecten bij het getuigenverhoor aanwezig zijn en/of het proces-verbaal bekijken voordat de rechter-commissaris het vaststelt. Voor de goede orde: dit is zowel bij bedreigde getuigen van het Openbaar Ministerie als bij bedreigde getuigen van de verdediging gangbaar. Daarover zijn zoals gezegd in het kader van het LOVS zelfs werkafspraken gemaakt. Is die verdergaande betrokkenheid in strijd met de *equality of arms*? Wij menen van niet. Met ‘de officier van justitie’ in artikel 226d, eerste lid, laatste volzin, Sv wordt de zaaksofficier bedoeld. De officier van justitie die belast is met bijzondere getuigentrajecten, veelal de CI-officier, is geen zaaksofficier. Tussen die twee ‘soorten’ officieren van justitie staat in de praktijk wel degelijk een hoge muur. Zolang de werkzaamheden uitsluitend plaatsvinden in het belang van de afscherming van de identiteit van de getuige past dat bij de zorgplicht die de Staat jegens de getuige heeft. In het geval van de bedreigde getuige komt de zorgplicht er in concreto primair op neer dat de identiteit blijvend afgeschermd is en bij zo weinig mogelijk personen bekend is.^{31,32} Hun bemoeienis betekent geen schending van de *equality of arms*,

31 Zie voor de betekenis en invulling van de zorgplicht van de Staat jegens burgers die meewerken aan de opsporing het proefschrift van M.C.P. Korten, *Getuigenbescherming in Nederland* (diss. Rotterdam), z.p. 2015, p. 41 e.v.

32 Bij een bedreigde getuige die door de verdediging naar voren wordt gebracht, kan het Openbaar Ministerie in principe geen bijdrage leveren aan de afschermingsmaatregelen, omdat de verdediging de identiteit van die getuige verborgen houdt voor het Openbaar Ministerie, ook voor de CI-officier laat de praktijk zien. De invulling van de zorgplicht van de Staat komt dan in feite op de schouders van de rechter-commissaris

omdat er geen invloed of controle op de inhoud van het verhoor wordt uitgeoefend, maar alleen op de verslaglegging daarvan. Zij maken geen deel uit van het onderzoeksteam en hun aanwezigheid plaatst het Openbaar Ministerie niet op voorsprong in de vervolging. Het is aan de rechter-commissaris om de grenzen van een eerlijke procedure te bewaken. Het verdient aanbeveling dat de rechter-commissaris in zijn proces-verbaal de rol van de aanwezige politieambtenaren en officier van justitie uitgebreider beschrijft dan nu gebruikelijk is, omdat daardoor de transparantie en daarmee de controleerbaarheid wordt vergroot.

2.7 *Oordeel over de betrouwbaarheid*

Artikel 226e Sv verplicht de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige te onderzoeken en daarover verantwoording af te leggen in het proces-verbaal. Volgens de Memorie van Toelichting kan de rechter-commissaris daarin bijvoorbeeld vermelden dat hij achtereenvolgens heeft onderzocht: de antecedenten van de getuige, de relatie van de getuige met de verdachte, de eventuele betrokkenheid van de getuige bij het strafbare feit en de reputatie van de getuige. In het proces-verbaal kan niet méér worden opgenomen dan dat hij dat onderzoek heeft gedaan. Inhoudelijke mededelingen kunnen immers leiden tot de onthulling van de identiteit van de getuige. Hij kan verder in zijn proces-verbaal mededelingen doen over de indruk die de getuige op hem heeft gemaakt. De verplichting van artikel 226e Sv brengt mee dat de rechter-commissaris zich tijdens het verhoor van de bedreigde getuige in dezelfde ruimte bevindt als de getuige om te voorkomen dat een groot deel van de non-verbale communicatie ook voor hem verloren gaat.³³

In de regel onderzoekt de rechter-commissaris ook of er zich in het dossier al een verklaring op naam van de getuige bevindt. Dat doet hij om dubbeltelling te voorkomen, zodat niet ten onrechte de indruk ontstaat dat de verklaringen door verschillende getuigen zijn afgelegd en er méér bewijs voorhanden is dan in werkelijkheid het geval is. Als de rechter-commissaris vaststelt dat er inderdaad al een getuigenverklaring op naam bij de processtukken zit, kan hij niet méér vermelden dan dat hij deze constatering heeft gedaan, omdat anders de identiteit van de getuige wordt onthuld. En zelfs die kale mededeling kan al gevaarlijk zijn. De rechter-commissaris hijst met de mededeling dat er sprake is van een dubbeltelling een grote rode vlag voor de zittingsrechter, die hem waarschuwt nog behoedzamer dan anders met de verklaring van de bedreigde getuige om te gaan.³⁴

te rusten. Daarnaast heeft de verdediging een (grote) verantwoordelijkheid voor (blijvende) afscherming. De wetgever heeft deze complicaties niet voorzien.

33 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 26.

34 Bijv. Hof Amsterdam 15 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7689, NJ 2009/370, m.nt. Y. Buruma.

3 WRAKINGSPERIKELEN

Ook in een 226a-procedure kan wraking aan de orde komen. Van een daadwerkelijk wraking van de rechter-commissaris kwam het in de eerdergenoemde strafzaak Ebetsu (Staatsliedenbuurt), waarin de rechter-commissaris openhartig had vermeld dat hij het ondenkbaar achtte dat de zienswijze van het Openbaar Ministerie of de verdediging hem tot een ander oordeel kon leiden en hij daarom afzag van het voorafgaand horen van de verdediging over de statusverlening.³⁵ Die combinatie, het negeren van de waarborg van artikel 226a, tweede lid, Sv en het ‘ondenkbaar’ achten dat etc., maakte dat de rechter-commissaris de schijn van vooringenomenheid jegens verzoekers op zich had geladen, waardoor de objectief gerechtvaardigde vrees was ontstaan dat hij zich hoe dan ook niet zou laten overtuigen door een door de verdediging naar voren te brengen standpunt. In wezen heeft de rechter immers de wettelijke hoorplicht geschonden op grond van het argument dat het voldoen daaraan hem toch niet op andere gedachten had kunnen brengen, concludeerde de wrakingskamer.

In een andere zaak deed een opgeroepen getuige die aanspraak wilde maken op de status van artikel 226a Sv een wrakingsverzoek.³⁶ De getuige, die was opgeroepen door de raadsheer-commissaris, meldde via zijn raadsman dat hij zich zodanig bedreigd voelde dat, naar redelijkerwijze moest worden aangenomen, voor zijn leven, gezondheid of veiligheid dan wel de ontwrichting van zijn gezinsleven of zijn sociaaleconomisch bestaan moest worden gevreesd. De raadsman verzocht af te zien van het verhoor dan wel om toepassing van artikel 226a Sv. De raadsheer-commissaris kwam de getuige niet tegemoet. De getuige wraakte daarop de raadsheer-commissaris. De wrakingskamer verklaarde de getuige niet-ontvankelijk in het verzoek. Zij was van oordeel dat noch de wet, noch de in de jurisprudentie uitgezette lijn ten aanzien van de ontvankelijkheid van wrakingsverzoeken ingediend in strafzaken door anderen dan de verdachte of het Openbaar Ministerie, ruimte bood om de getuige in het wrakingsverzoek te kunnen ontvangen.

4 HET OORDEEL VAN DE RAADKAMER IN APPEL: VOLLE TOETS OF MARGINALE TOETS?

Het appel tegen de beslissing van de rechter-commissaris om de status van artikel 226a Sv aan een getuige te verlenen of niet te verlenen, wordt behandeld door de raadkamer. In de meeste gevallen zal dat de raadkamer van de rechtbank zijn, maar ook de raadkamer

³⁵ Rb. Amsterdam 4 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3181 en 3183.

³⁶ Hof Den Haag 17 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3183. Uit de gepubliceerde uitspraak wordt niet duidelijk of afscherming van de identiteit van de getuige nog mogelijk was.

van het gerechtshof kan te maken krijgen met een dergelijk appel. Op dit onderdeel van de procedure zijn de gewone regels van de raadkamerprocedure van toepassing (artikel 21 e.v. Sv). Artikel 448, eerste lid, Sv geeft aan welke beslissing de raadkamer dient te nemen. Ingeval het hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris, waarin is bepaald dat de identiteit van de getuige verborgen wordt gehouden, gegrond wordt geoordeeld en de rechter-commissaris de getuige al anoniem heeft gehoord, dient de rechter-commissaris er op grond van artikel 226b, derde lid, Sv veiligheidshalve voor zorg te dragen dat het proces-verbaal van verhoor wordt vernietigd.

In eerdere evaluatierapporten van de Wet getuigenbescherming werd opgemerkt dat niet duidelijk is of de wetgever een volle toets of een marginale toets bij dit appel voor ogen stond en dat de weinige rechtspraak geen duidelijkheid leverde.³⁷ Het aantal gepubliceerde uitspraken is nog steeds beperkt, maar daar is inmiddels toch wel een bestendige lijn in te ontdekken.

De rechter in appel moet twee vragen beantwoorden. De eerste vraag is of de beslissing op de juiste wijze tot stand gekomen is. Bij de beantwoording van die vraag stelt de raadkamer zich niet terughoudend op, het gaat hier om een volle toets. Dat ligt ook voor de hand. Immers, de rechter-commissaris beschikt over informatie waarover verder niemand beschikt. Daardoor staan verdediging en Openbaar Ministerie op achterstand. Juist omdat het onvermijdelijk is dat de rechter-commissaris meer weet dan de andere partijen, moet de procedure die de wet voorschrijft worden nageleefd. Een vormverzuim kan niet worden hersteld door de raadkamer. In de eerder aangehaalde uitspraken van de raadkamer van het Amsterdamse hof in de zaak waarin de rechter-commissaris partijen geen gelegenheid had gegeven hun standpunt te geven, overwoog de raadkamer:

‘Dat het nalaten hiervan niet door de wet met nietigheid wordt bedreigd, maakt dat niet anders. In hoger beroep is daarom aan de orde geweest in hoeverre het hiervoor genoemde verzuim kan worden hersteld door het alsnog horen van appelland en de verdediging en het Openbaar Ministerie in hoger beroep. Het hof kan (...) slechts in zeer beperkte mate kennis nemen van de informatie die de rechter-commissaris heeft verkregen uit het horen van de betrokken persoon. Het hof kan, anders dan de rechter-commissaris die met de betrokken persoon gesproken heeft, daarom ook niet toetsen of en in hoeverre de door de verdediging en het Openbaar Ministerie ingebrachte (of in te brengen) standpunten van invloed moeten zijn op de beslissing om de status van bedreigde getuige al dan niet toe te kennen. Het geconstateerde verzuim kan dan ook niet in hoger

37 Van Hoorn 1996, p. 91 e.v. en Dreissen & Nauta 2012, p. 28.

beroep worden hersteld; die afweging is immers voorbehouden aan de rechter-commissaris die de betrokken persoon heeft gehoord.³⁸

De tweede vraag waar de raadkamer een antwoord op moet geven is of de beslissing op de juiste gronden is genomen. Het maakt dan niet uit of de rechter-commissaris de status van bedreigde getuige heeft verleend of heeft afgewezen. Uit de beginfase van de Wet getuigenbescherming zijn enkele gevallen bekend waarin de raadkamer de potentiële bedreigde getuige zelf hoorde.³⁹ Voor zover ons bekend is dat in de laatste tien jaar niet meer gebeurt. De tendens in de rechtspraak is dat als de rechter-commissaris de status heeft verleend, de raadkamer op basis van de stukken beoordeelt of de rechter-commissaris in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Het duidelijkst en meest uitgebreid onderbouwd is dat te zien in de beslissing van de rechtbank Den Haag van 23 april 2020 in de MH17-zaak.⁴⁰ Met verwijzing naar de Memorie van Toelichting en de positie van de rechter-commissaris in destijds het gerechtelijk vooronderzoek en thans het opsporingsonderzoek, komt de rechtbank tot de volgende conclusie:

‘Dit brengt met zich dat de toets die de rechtbank heeft aan te leggen met betrekking tot de inhoud van de beslissing van de rechter-commissaris, een terughoudende is. Een volle toetsing zou van de raadkamer immers vergen eenzelfde beoordeling te verrichten van een vordering of verzoek tot het verborgen houden van de identiteit van een getuige als de rechter-commissaris heeft verricht, terwijl de (raadkamer van de) rechtbank daartoe niet geëquipeerd is. Dat betekent dat de rechtbank dient te onderzoeken of de rechter-commissaris in redelijkheid heeft kunnen beslissen de desbetreffende getuige de status van bedreigde getuige te verlenen.’

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de raadkamer de zaak op basis van de stukken afdoet.⁴¹ In een niet gepubliceerde uitspraak van de raadkamer van het gerechtshof Amsterdam van 15 augustus 2019 wordt expliciet overwogen dat de toets in hoger beroep beperkt van aard is en dat het oordeel van het hof slechts gebaseerd kan worden op de door de rechter-commissaris in de door hem gegeven beschikking vermelde feiten en omstandigheden; het hof heeft slechts te beoordelen of de rechter-commissaris in redelijkheid tot de conclusie

38 Hof Amsterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:945 en 946.

39 Van Hoorn 1996, p. 92-93.

40 Rb. Den Haag 23 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3699.

41 Hof Den Haag 15 september 2010, ECLI:NL:GHDHA:2010:BN7133; Hof Den Bosch 24 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4176; impliciet uit Hof Den Bosch 2 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:943; Rb. Rotterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8958.

heeft kunnen komen dat de veiligheid van de getuige zodanig in het geding is dat diens anonimiteit gewaarborgd moet zijn.⁴²

De raadkamer van de rechtbank of het gerechtshof verricht zowel een toetsing *ex tunc* als *ex nunc*. Meestal zal er niet veel tijd zitten tussen de beslissing van de rechter-commissaris en de raadkamerprocedure en zal de situatie niet veranderd zijn. In de MH17-zaak was er wel tijdsverloop tussen de toetsmomenten. In een dergelijk geval zouden nieuwe ontwikkelingen tot het oordeel kunnen leiden dat de rechter-commissaris niet in redelijkheid tot zijn oordeel zou zijn gekomen als hij die nieuwe omstandigheden had gekend.

5 DE ROL VAN DE ZITTINGSRECHTER

De rol van de zittingsrechter bij de bedreigde getuige is beperkt. De beslissing van de rechter-commissaris om de getuige de status van bedreigde getuige te verlenen is onaan- tastbaar voor de zittingsrechter. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mag de zittingsrechter geen oordeel vellen over de vraag of de getuige terecht als bedreigde getuige is aangemerkt, tenzij er zodanige fundamentele gebreken kleven aan het bevel van de rechter-commissaris dat gebruikmaking van de verklaringen van de bedreigde getuige zou indruisen tegen het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door onder meer artikel 6 EVRM.⁴³

De bedreigde getuige zal niet ter terechtzitting verschijnen. Het verhoor van de bedreigde getuige is exclusief voorbehouden aan de rechter-commissaris. De zittingsrechter mag de getuige niet zelf horen, ook niet als hij dat verhoor buiten aanwezigheid van het Openbaar Ministerie en de verdediging zou willen afnemen. Op grond van artikel 264, derde lid, Sv mag de officier van justitie weigeren de bedreigde getuige op te roepen, ook als de rechtbank daartoe een bevel heeft gegeven. Alleen in het uitzonderlijke geval dat de getuige zelf afstand doet van de status van bedreigde getuige, is een verhoor door de zittingsrechter een mogelijkheid. Dat is ook gebeurd in het geval van F3 in het Passageproces; zij werd door de zittingsrechter gehoord achter gesloten deuren, waardoor haar identiteit, die bekend was bij de procespartijen, voor de buitenwereld verborgen bleef.

Ook de wijze waarop de rechter-commissaris het verhoor van de bedreigde getuige inricht, onttrekt zich aan de invloed van de zittingsrechter. Veelal zal de bedreigde getuige worden gehoord voor aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Maar ook wanneer de zittingsrechter de zaak verwijst naar de rechter-commissaris, kan hij naar onze mening niet voorschrijven hoe het verhoor moet worden ingericht en welke beperkende maatregelen

42 Zie ook de beschikkingen van Hof Amsterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2470 en 2471/2472/2473 en Hof Den Haag 6 augustus 2020, ECLI:NL:GHDA:2020:1410 en 1412.

43 HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5471, NJ 2007/38, m.nt. T.M. Schalken (Jailplant II) en HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:666, NJ 2018/262, m.nt. J.M. Reijntjes.

daarbij geoorloofd zijn. Evenmin kan de zittingsrechter de rechter-commissaris voorschrijven hoe hij het verhoor moet verwoorden in zijn proces-verbaal. Alleen de rechter-commissaris is in staat te beoordelen welke beperkingen noodzakelijk zijn ter afscherming van de identiteit van de getuige en wat verantwoord is op te nemen in het proces-verbaal van verhoor. In een enkele zaak is de rechter-commissaris die de bedreigde getuige had gehoord, als getuige gehoord door de zittingsrechter. Dat was het geval in de hierboven genoemde zaak die leidde tot HR 30 juni 1998, waarin een politieambtenaar technische ondersteuning had verleend. Bij haar verhoor door het gerechtshof deed de rechter-commissaris een beroep op het haar op grond van artikel 219a Sv toekomende verschoningrecht. In andere zaken is het verzoek om de bij de statusverlening of het verhoor betrokken rechter-commissaris als getuige te horen afgewezen.⁴⁴

De zittingsrechter beslist wel over de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige en de bruikbaarheid van diens verklaring. Artikel 344a Sv bevat bewijsvoorschriften en een bewijsminimumregel. Artikel 360, eerste lid, Sv bevat een bijzondere motiveringsplicht voor de rechter. In de volgende paragraaf komen we hierop terug.

In de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt het voorstel gedaan om het huidige artikel 349, derde lid, te schrappen. In die bepaling wordt voorgeschreven dat de rechtbank de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie uitspreekt, indien de officier van justitie (kort gezegd) weigert een getuige op te roepen aan wie door hem is toegezegd dat hij op geen andere wijze zal worden gehoord dan als bedreigde getuige, terwijl die getuige ingevolge een onherroepelijke rechterlijke beslissing geen bedreigde getuige is wiens identiteit verborgen wordt gehouden. Het niet oproepen van een getuige die ingevolge een onherroepelijke rechterlijke beslissing geen bedreigde getuige is, hoeft op zichzelf genomen het recht van de verdachte op een eerlijk proces niet in gevaar te brengen; het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht kan ook tot vrijspraak leiden. Het niet oproepen van deze getuige zal wel snel in strijd komen met een goede procesorde. De officier van justitie is gehouden een opdracht van de rechter om een getuige op te roepen uit te voeren. Dat kan rechtvaardigen dat het Openbaar Ministerie op grond van het eerste lid niet-ontvankelijk wordt verklaard. Maar het voert – volgens de conceptversie van de Memorie van Toelichting en ook volgens ons – te ver aan het niet uitvoeren van deze opdracht via een wettelijk automatisme het rechtsgevolg van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie te verbinden. Het is immers denkbaar dat de rechter, eventueel in het licht van nieuwe informatie of ontwikkelingen, bij nader inzien toch van een verhoor van de betreffende getuige wil afzien, dan wel een vrijspraak meer gepast vindt. Tegen deze achtergrond wordt het aan de rechter overgelaten om in het uitzonderlijke geval waarin het Openbaar Ministerie een opdracht van de rechter weigert uit te voeren, te beslissen of

44 De Memorie van Toelichting beschrijft dit uitdrukkelijk als een mogelijkheid, *Kamerstukken II 1991/92*, 22483, nr. 3, p. 10.

daar het rechtsgevolg van niet-ontvankelijkheid in de vervolging aan verbonden dient te worden. In het geval dat de rechter de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaart in de vervolging omdat hij bevelen van de rechter weigert uit te voeren, staat dat in beginsel niet in de weg aan een nieuwe vervolging.⁴⁵

6 DE BEWIJSREGELING

De bewijsregeling voor het gebruik van de verklaringen van bedreigde getuigen is neergelegd in de artikel 344a Sv. Het eerste lid van dat artikel luidt dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, door de rechter niet uitsluitend of in beslissende mate kan worden gegrond op schriftelijke bescheiden houdende verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt. Deze bewijsminimumregel is van toepassing op de verklaringen van bedreigde getuigen, ook al worden die verklaringen niet met zoveel woorden genoemd in die bepaling. Daarnaast gelden nog de vereisten van artikel 344a, tweede lid, Sv, waarin wordt bepaald dat de verklaring van een bedreigde getuige alleen voor het bewijs kan meewerken als het gaat om bepaalde ernstige misdrijven. Ook geldt de motiveringsplicht van artikel 360, eerste lid, Sv. De rechter zal er blijk van moeten geven dat aan de voorwaarden van artikel 344a, tweede lid, Sv is voldaan. Bovendien geldt volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat uit de motivering moet blijken waarom de identiteit van de getuige geheim is gehouden en bovendien dat dit geen afbreuk heeft gedaan aan het aan de verdediging toekomende ondervragingsrecht.⁴⁶

In de oorspronkelijke versie van artikel 344a (thans: eerste lid) in de Wet getuigenbescherming werden naast de schriftelijke bescheiden houdende de verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt, ook expliciet de verklaringen van bedreigde getuigen genoemd. Dat hing samen met een andere wettelijke bepaling die voorschreef dat de verklaringen van bedreigde getuigen, mits ter terechtzitting voorgelezen, werden aangemerkt als aldaar te zijn afgelegd.⁴⁷ Met de invoering van de Wet raadsheer-commissaris⁴⁸ werd deze wettelijke fictie verlaten. Sindsdien wordt ervan uitgegaan dat een verklaring die door een bedreigde getuige bij de rechter-commissaris wordt afgelegd, via het proces-verbaal dat daarvan wordt opgemaakt tot het bewijs kan meewerken. Om die reden werd de afzonderlijke vermelding van de verklaringen van bedreigde getuigen in artikel 344a, eerste lid, Sv

45 Cleiren, in: *T&C Strafvordering*, art. 349 Sv, aant. 3. Vgl. concl. A-G Fokkens, ECLI:NL:PHR:2002:AD8843, NJ 2002/518, m.nt. T.M. Schalken; Memorie van Toelichting bij het conceptwetsvoorstel voor Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 96.

46 HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:666, NJ 2018/262 m.nt. J.M. Reijntjes.

47 Art. 295 (oud) Sv luidde: 'Indien een getuige (...) met inachtneming van de artikelen 226c-226f is verhoord, zal zijn vroegere verklaring, mits ter terechtzitting voorgelegd, als aldaar afgelegd worden aangemerkt.'

48 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 143, i.w.tr. op 1 juli 2003.

overbodig. Het proces-verbaal van verhoor van de rechter-commissaris valt immers onder de schriftelijke bescheiden houdende de verklaring van een persoon wiens identiteit niet blijkt.⁴⁹

Deze bewijsminimumregel is gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM en luidde aanvankelijk dat het bewijs dat de verdachte het ten last gelegde feit heeft begaan *niet uitsluitend* gebaseerd kon worden aangenomen op grond van verklaringen van bedreigde getuigen.⁵⁰ Later is de bepaling aangepast aan nieuwe, vaste rechtspraak van het EHRM en werd de *sole or decisive-rule* opgenomen in het wetboek: een bewezenverklaring mag *niet uitsluitend of in beslissende mate* worden gebaseerd op schriftelijk anoniem bewijs.⁵¹

Vervolgens heeft het EHRM in 2011 arrest gewezen in de zaken Al-Khawaja en Tahery tegen het Verenigd Koninkrijk.⁵² Daarin relativeert het EHRM de rechtsregel dat het bewijs niet uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd mag worden op verklaringen van getuigen die niet door de verdediging ondervraagd kunnen worden. De bewezenverklaring mag wel uitsluitend of in beslissende mate op dergelijke getuigenverklaringen berusten, mits er *sufficient counterbalancing factors* zijn. Dan is geen sprake van schending van artikel 6 EVRM. In het arrest Ellis, Simms & Martin⁵³ past het EHRM dit toetsingskader toe op de verklaringen van anonieme getuigen. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat een veroordeling die in beslissende mate is gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen, niet tot schending van artikel 6 EVRM hoeft te leiden, indien er een goede reden bestond om de identiteit van de getuige geheim te houden en het nadeel van de verdediging in voldoende mate is gecompenseerd.⁵⁴ Uit het arrest Schatschaschwili volgt bovendien dat het onderzoek naar compenserende maatregelen niet alleen moet plaatsvinden als de verklaring van de getuige het *sole or decisive evidence* voor een veroordeling vormt, maar ook als er sprake is van een getuigenverklaring van *significant weight*. Hoe belangrijker de verklaring voor de veroordeling is, des te meer compensatie geboden moet worden voor de beperkingen in het ondervragingsrecht.⁵⁵ Deze lijn is ook te zien in de recente uitspraak van het EHRM

49 *Kamerstukken II* 2001/02, 28477, nr. 3, p. 14. De schriftelijke bescheiden worden opgesomd in art. 344 Sv.

50 *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3, p. 7-13. Het gaat hier om de implementatie van de EHRM-arresten Kostovski van 20 november 1989, ECLI:NL:XX:1989:AD0949, *NJ* 1990/245, m.nt. E.A. Alkema en Windisch van 27 september 1990, ECLI:NL:XX:1990:AD1238, *NJ* 1993/799.

51 Wet afgeschermd getuigen, *Stb.* 2006, 460, i.w.tr. op 1 november 2006 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29743, nr. 3, p. 23. Daar wordt o.a. verwezen naar het Doorson-arrest, EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996/741 m.nt. G. Knigge en het Van Mechelen-arrest, EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997/635 m.nt. G. Knigge.

52 EHRM 15 december 2011, *NJ* 2012/283, m.nt. T.M. Schalken en A.E. Alkema.

53 EHRM 10 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX2665, *NJ* 2012/648 m.nt. T.M. Schalken.

54 In gelijke zin EHRM 1 februari 2018, nr. 27962/10 (Asani). Zie ook B. de Wilde, Nieuwe kansen voor anonieme getuigen in strafzaken, *NJB* 2012/1950.

55 EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer en EHRC 2016/89, m.nt. M.J. Dubelaar.

in de zaak Boshkoski tegen Noord-Macedonië.⁵⁶ Het EHRM overweegt in par. 38 dat *'while the problems raised by absent witnesses and anonymous witnesses are not identical, the two situations are not different in principle'*.

Deze ontwikkeling in de Europese rechtspraak heeft ertoe geleid dat in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering ervoor wordt gekozen om artikel 344a Sv niet ongewijzigd te laten terugkeren. Het voornemen bestaat om in het nieuwe wetboek een meer algemene regeling op te nemen. De voorgestelde bepaling, die het volledige huidige artikel 344a Sv vervangt, luidt als volgt:⁵⁷

'Artikel 4.3.2.5

1. 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.
2. (...) ⁵⁸,

We hebben dus Europese rechtspraak die soepeler wordt geacht dan het huidige artikel 344a Sv en een conceptwetsvoorstel dat bij die rechtspraak aansluit. Voor de huidige rechtspraak heeft dit echter weinig betekenis, omdat artikel 344a Sv op dit moment nog steeds geldt en die bepaling dus moet worden nageleefd.⁵⁹ Ook de Hoge Raad houdt vast aan de lijn dat een bewezenverklaring niet in beslissende mate mag berusten op de verklaringen van anonieme getuigen.⁶⁰

56 EHRM 4 juni 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0604JUD007103413. De zaak is atypisch in die zin dat onbegrijpelijk was waarom de getuige eigenlijk de status van anonieme getuige had gekregen. De verdachte en mensen uit zijn omgeving wisten namelijk om wie het ging. Het EHRM overweegt dan ook in par. 44: *'Considering these circumstances, it remains unclear how concealing the witness's identity from the defence alleviated any fear on the part of the witness, irrespective of whether the fear had been objectively justified or not.'* Bovendien had het OM voor het bewijs gebruik gemaakt van beeld- en geluidsmateriaal waarop de getuige en de verdachte te zien en te horen waren.

57 Conceptwetsvoorstel voor Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting). Het wetsvoorstel moet nog aan de Raad van State worden aangeboden.

58 Het tweede lid ziet op de bruikbaarheid van het bewijs ten aanzien waarvan voor de burger de verplichting bestaat het te verstrekken, bijvoorbeeld op grond van een controlebevoegdheid. Deze bepaling ziet op de implementatie van het Saunders-arrest, EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge.

59 Zie over de mogelijkheid om als rechter te anticiperen op nieuwe wetgeving M.J. Borgers en T. Kooijmans, *'Wettelijk overgangsrecht en rechterlijke anticipatie ter zake van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering'*. *Platform modernisering strafvordering*, 2019. Anticipatie door de rechter moet niet plaatsvinden indien dit in wezen leidt tot het aanvaarden van een regel die in strijd is of moeilijk verenigbaar is met het geldende recht. Dat zou hier het geval zijn.

60 HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:600, r.o. 3.16 (Passage). De combinatie van verklaringen van een bedreigde getuige en een kroongetuige is toegestaan.

In de gepubliceerde rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waarin de feitenrechter zich strikt aan deze bewijsminimumregel houdt.⁶¹ We noemen er twee. In de Stansbury-zaak was aan de verdachte onder meer het medeplegen van handel in harddrugs ten laste gelegd in de periode 1 juni 2017 tot en met 10 september 2018. De rechtbank overwoog dat er voor de eerste tien maanden van deze periode onvoldoende steunbewijs voorhanden was en een bewezenverklaring van dit deel van de ten laste gelegde pleegperiode daardoor in beslissende mate zou steunen op de verklaring van de bedreigde getuige. Daarmee zou een bewezenverklaring van deze pleegperiode in strijd komen met het vereiste van artikel 344a, eerste lid, Sv. Dit leidde ertoe dat de rechtbank de verdachte vrijspak van dit deel van de ten laste gelegde pleegperiode en alleen de betrokkenheid van de verdachte bij de handel in harddrugs in de laatste vijf maanden bewezen achtte.⁶² In een andere zaak speelde mee dat de bedreigde getuige niet uit eigen wetenschap verklaarde, maar dat het om een verklaring van horen zeggen ging. De verklaring van de bedreigde getuige vormde de kern van het bewijs, maar de bewijskracht van die verklaring was daardoor uiterst gering. De zwakke punten in de verklaring zouden gecompenseerd kunnen worden doordat de verklaring inhoudelijk solide steun vindt in andere bewijsmiddelen, maar die steun was volgens de rechtbank in dit geval onvoldoende aanwezig.⁶³

We noemen ook nog het arrest van Hof Den Bosch van 2 april 2014 (Huurmoord Son).⁶⁴ Voor het bewijs in die zaak werd gebruik gemaakt van de verklaring van een bedreigde getuige. Het hof verwierp de verweren van de verdediging strekkende tot bewijsuitsluiting. De Hoge Raad liet de veroordeling in stand.⁶⁵ De veroordeelde heeft in november 2015 een klacht ingediend bij het EHRM. Hij meent dat door het gebruik van de verklaring van de bedreigde getuige zijn recht op een eerlijk proces is geschonden. De klacht is op 16 juli 2020 gecommuniceerd aan de Nederlandse autoriteiten, met het verzoek de volgende vragen te beantwoorden. Was de berechting van de verdachte in overeenstemming met artikel 6, eerste en derde lid EVRM en in het bijzonder 1) was er een goede reden om de getuige de status van bedreigde getuige te verlenen, 2) vormde de verklaring van de getuige *the sole or decisive basis* voor de veroordeling en 3) waren er voldoende maatregelen, waaronder stevige procedurele waarborgen, om de beperkingen waarvoor de verdediging zich gesteld zag te compenseren en te verzekeren dat het proces, *as a whole*, eerlijk was?⁶⁶ Mocht deze klacht leiden tot een uitspraak van het EHRM, dan kan die belangrijk zijn voor de Nederlandse praktijk.

61 Dat is ook de inschatting die uit het evaluatieonderzoek uit 2012 naar voren kwam, Dreissen & Nauta 2012, p. 53.

62 Rb. Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:2749.

63 Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH3762.

64 Hof Den Bosch 2 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:943.

65 HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1664.

66 Snijders t. Nederland, nr. 56440/15.

7 SLOT

Met de regels over de bedreigde getuige werd beoogd een evenwicht te vinden tussen het belang van waarheidsvinding in het strafproces en een eerlijk proces. Ruim 25 jaar na de inwerkingtreding van de Wet getuigenbescherming kan naar onze mening vastgesteld worden dat dit evenwicht is bereikt. De regeling voorziet in een behoefte. Na een aarzelende start wordt tegenwoordig vaker gebruik gemaakt van de procedure, ook al zijn de aantallen – gelukkig – nog steeds niet erg groot. Niet alleen het Openbaar Ministerie, ook de verdediging maakt soms gebruik van de procedure. De ondervragingsmogelijkheden bij een bedreigde getuige zijn beperkt. Maar door een kritische beoordeling van de beslissing van de rechter-commissaris in de appelprocedure, maar vooral door een behoedzame en kritische benadering door de zittingsrechter komt het belang van een eerlijk proces niet in gevaar. In 1996 schreef Tineke Cleiren dat de voorlopige conclusie kon worden getrokken dat de Wet getuigenbescherming de toets aan artikel 6 EVRM kon doorstaan.⁶⁷ Een kwart eeuw later kunnen we vaststellen dat deze conclusie nog steeds geldt.

67 C.P.M. Cleiren, De anonieme getuige: een vervolghet verhaal. Annotatie bij EHRM 26 maart 1996 (Doorson t. Nederland), *Ars Aequi* 1996(45), p. 585-590.