

ANNOTATIE

Kikabidze t. Georgië (EHRM, 57642/12) – Beoordeling van verzoeken tot het horen van getuigen bij overschrijden van een procedurele termijn

D.A.G. van Toor en I.N. de Wit

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 16-11-2021,
ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212 (EHRC-2021-0309)*

1. Een opsporingsonderzoek dat werd gesloten omdat sprake zou zijn van zelfmoord (2004) – een gedetineerde zou zich in detentie van zijn leven hebben beroofd – wordt toch nog als moord onderzocht vanaf het moment dat een celgenoot van klager met nieuwe informatie tegen hem komt (maart 2011; inmiddels zijn dus zeven jaar verstreken). Daarna gaat het snel: klager wordt in oktober 2011 – zo'n zeven maanden na de melding – gearresteerd voor betrokkenheid bij de moord; een maand later, in november 2011 vinden regiezittingen plaats; en, nog eens een maand later, in december 2011 wordt klager veroordeeld voor de moord op een medegedetineerde. Een uitzonderlijk procesverloop: tussen aanhouding en veroordeling liggen zo'n twee maanden, terwijl in de zeven jaren daarvoor geen onderzoek is verricht.

2. Natuurlijk kan het zo zijn dat een strafbaar feit snel wordt opgelost nadat de juiste informatie ter beschikking van de autoriteiten is gekomen en/of dat een zelfmoord toch een moord blijkt te zijn. Toch is het procesverloop zoals plaatsvond in de onderhavige zaak bijzonder gezien de ernst van het feit en door de doorslaggevendheid voor de veroordeling van een getuigenverklaring zoveel jaar na dato. Kikabidze dient dan ook verschillende procedurele bezwaren tegen het procesverloop in, al treft hemzelf ook enige blaam. Zo krijgt hij na zijn arrestatie een raadsman toegewezen, maar al snel neemt hij zelf een (gekozen) raadsman in de arm. Hierover communiceert hij niet duidelijk: op een raadkamerzitting over de voorlopige

hechtenis laat hij na expliciet aan de officier van justitie en de rechter te vermelden dat de gekozen raadsman hem vanaf nu vertegenwoordigt (en dat alle communicatie, inclusief het dossier, naar de nieuwe raadsman moet worden gestuurd). En juist op dat laatste punt gaat het mis: de gekozen raadsman krijgt heel laat het dossier, namelijk negen dagen voor de regiezitting, terwijl de termijn voor het indienen van onderzoekswensen vijf dagen voor de regiezitting is. Dat betekent dat de verdediging vier dagen de tijd heeft om het dossier te doorgronden en tijdig onderzoekswensen in te dienen. Dat blijkt in deze zaak kort dag te zijn.

3. De zaak wordt vooral benaderd vanuit het *equality of arms*-principe en de verdedigingstijd. Dat is ook logisch gezien de bovenstaande feiten. Door de ietwat onhandige “strategie” van de klager heeft zijn gekozen raadsman weinig tijd het dossier door te nemen en onderzoekswensen te presenteren. Het Hof legt daarbij ook de gedeeltelijke verantwoordelijkheid bij de klager, maar dat ontslaat de Staat niet van zijn verplichting om tijdig te reageren op veranderde omstandigheden. Het is daarom zonneklaar dat de verdedigingsrechten zijn geschonden, en het Hof wijst daarbij subtiel op het feit dat de omstandigheden van het onderzoek (een decennia oude “moord”) voldoende aanleiding geven om de verdedigingsrechten serieus te nemen.

4. Voor Nederland is de bovenstaande casuspositie niet zo van belang: daar bestaat een vangnetconstructie voor de situatie wanneer de verdediging te laat kennis kan nemen van de processtukken om tijdig onderzoekswensen in te dienen. Normaalgesproken is van tijdige beschikking over het relevante materiaal sprake en kunnen verzoeken tot het horen van getuigen onder art. 263 Sv worden ingediend, die dan worden beoordeeld onder het regime van het verdedigingsbelang. Als verzoeken toch niet tijdig worden ingediend, dan vallen de verzoeken onder het strengere noodzakelijkheids criterium. Dit criterium wordt echter in zijn strengheid genuanceerd wanneer het niet-tijdige indienen van een verzoek niet aan de verdediging te wijten is. Dit is volgens de Hoge Raad het geval wanneer de verdediging niet tijdig de beschikking had over het dossier.[1] Met andere woorden, in Nederland geldt voor de situatie die in *Kikabidze* is ontstaan een uitzonderingsregel.

5. Wat wel interessant is voor de Nederlandse rechtspraak is de afwijzing van het *materiële* verzoek op *formele* gronden. Dit gebeurde namelijk ook in de inmiddels veel becommentarieerde *Keskin*-zaak[2], [3] In de onderhavige zaak zijn onderzoekswensen om (naar de categorisatie van het Hof) ontlastende getuigen[4] te horen te laat ingediend. Toch lijken er algemenere conclusies te kunnen worden verbonden aan *Kikabidze*, in de zin van dat de redenering die het Hof toepast, geldt (of zou moeten gelden) voor zowel belastende getuigen als ontlastende getuigen.

6. De rechtspraak over het oproepen en horen van getuigen *à décharge* lijkt gericht te zijn op

de volledigheid van het onderzoek en de noodzaak van de bijdrage van de getuige aan de waarheidsvinding, terwijl bij het oproepen en horen van getuigen *à charge* het door de verdediging kunnen toetsen van de betrouwbaarheid centraal staat.[5] Dit maakt enerzijds duidelijk dat, gezien de verschillende doelstellingen, een *materieel* verschillende (drie-staps)toets gerechtvaardigd is. Maar er lijken geen gronden te bestaan om verschillend te denken over de invloed van *formalisme* met betrekking tot de afwijzing van verzoeken enkel op basis van termijnen. In die zin past het onderhavige arrest, ondanks dat het een verzoek tot het van een getuige *à discharge* betreft, in dezelfde lijn als ingezet met *Keskin* (reeds aangehaald). Daarin ging het namelijk ook om een *materieel* verzoek dat enkel op *formele* gronden werd afgewezen. Met het horen van de getuigen in de onderhavige zaak had de klager een inhoudelijke verdediging kunnen voeren – in een zaak waarin alleen getuigenbewijs beschikbaar is. De verzoeken zijn dus voor de inhoud van de zaak belangrijk, maar worden door de Georgische rechter puur op een formalistische en procedurele aard afgedaan: te laat is te laat. Dit gaat er bij het Hof, mede gezien de omstandigheden van de zaak, niet in.

7. Zowel in *Keskin* als in *Kikabidze* maakt het Hof dus korte metten met (puur) formalisme. Dat is ook niet verwonderlijk, want wanneer de afwijzing van verzoeken enkel op formele gronden plaatsvindt, kan ernstig worden getwijfeld aan het feit of de verdedigingsrechten wel *practical and effective* zijn. In *Keskin* ging het daarbij om het afwijzen van het verzoek tot het horen van getuigen op basis van de afwezigheid van een toereikende onderbouwing van het verzoek, waarbij het verzoek niet in materiële zin is beoordeeld. In de onderhavige zaak is de afwijzing van het verzoek enkel gebaseerd op het te laat indienen van het verzoek. Het Hof overweegt dan ook dat: ‘the above decision of the judge was the result of an excessively formalistic and restrictive application of the terms of domestic law’ (par. 56), en dat is voldoende om een schending van art. 6 EVRM vast te stellen. (Waarbij het opvalt dat het Hof zelf op puur formalistische gronden de schending vaststelt, zonder ook naar de door het Hof opgestelde materiële criteria te kijken.)

8. Het lijkt er aldus op dat de rigide en restrictieve benadering van verdedigingsrechten op grond van formalisme snel niet door de beugel kunnen. Het Hof acht in ieder geval het belang van de verdediging om getuigen te kunnen horen zwaarwegender dan inachtneming van de procedurele termijn (par. 57), waarbij moet worden opgemerkt dat dit mede zal afhangen van hoeveel blaam de verdediging treft. Ook speelt mee dat het bewijs in deze zaak uitsluitend op getuigenverklaringen berust, waardoor een rechter verder moet kijken dan de procedurele vereisten (par. 59).

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor

Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

I.N. (Iris) de Wit

Junior docente straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen,
Universiteit Utrecht

[1] HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, *NJ* 2014, 441, r.o. 2.59, m.nt. Borgers.

[2] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, zaaknr. 2205/16,
ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates februari 2021*, m.nt. Van Toor.

[3] O.a. Redactie NTS, 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS* 2021/2; P.A.M. Mevis, 'Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding van de zaak Keskin tegen Nederland', *DD* 2021/29; M.J. Dubelaar en K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *BSb* 2021, 4, p. 139-147; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.

[4] F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.

[5] *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM 18 december 2018, zaaknr. 36658/05,
ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, «EHRC» 2019/70, m.nt. Van Toor; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3, p. 44.