

Het de auditu-arrest

HR 20 december 1926, NJ 1927, 85

Matthias Borgers*



Het *de auditu*-arrest verdient een vermelding in de Canon van het Recht alleen al vanwege de mate

waarin het arrest de strafrechtelijke gemoederen sinds 1926 heeft weten bezig te houden. Het *de auditu*-arrest staat ook symbool voor de wijze van procesvoering in strafzaken, waarin veelvuldig gebruik wordt gemaakt van niet ter zitting afgelegde getuigenverklaringen. Of de inhoud van het arrest ook zodanig revolutionair van aard is dat reeds om die reden opname in de Canon is gerechtvaardigd, mag echter worden betwijfeld. Ik kom daar nog op terug.

Het *de auditu*-arrest verdient een vermelding in de Canon van het Recht alleen al vanwege de mate waarin het arrest de strafrechtelijke gemoederen sinds 1926 heeft weten bezig te houden

Waar draait het om bij een *de auditu*-verklaring? Letterlijk gaat het om een verklaring 'van horen (zeggen)', dat wil zeggen een verklaring van persoon A die overbrengt wat hij een ander, persoon B, heeft horen verklaren. Deze constructie kan problematisch worden geacht omdat het feit dat de verklaring waar het om draait – de verklaring van B – door een ander wordt overgebracht, belemmerend werkt ten aanzien van de controleerbaarheid. Indien A tegenover de zittingsrechter vertelt wat hij B heeft horen zeggen, kan de rechter A wel kritisch aan de tand voelen, maar daarmee is nog niet de betrouwbaarheid van de verklaring van B getest. Het is overigens voor discussie vatbaar hoe men de *de auditu*-ver-

klaring precies moet afbakenen. Wat te denken van een door een verdachte of een getuige op schrift gezette verklaring waarin verslag wordt gedaan van eigen waarnemingen of bevindingen? Of van de verklaring die bij de rechter-commissaris wordt afgelegd, waarbij weliswaar de rechter-commissaris het procesverbaal van verhoor doet opmaken maar waarbij de verdachte of de getuige dat procesverbaal tekent als zijn verklaring (aldus art. 174 lid 1 Sv)? Strikt genomen zijn dit geen verklaringen waarmee de verklaring van een ander wordt overgebracht.¹ Niettemin worden dergelijke verklaringen wel vaak in één adem genoemd met *de auditu*-verklaringen omdat ook voor al deze verklaringen geldt dat deze niet rechtstreeks tegenover de zittingsrechter worden afgelegd.

In het Wetboek van Strafvordering van 1926 komt men geen expliciete uitsluiting of aanvaarding van de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen tegen

Onder het Wetboek van Strafvordering van 1838 gold op grond van artikel 398 een 'strengere uitsluiting van getuigenissen van hooren zeggen',² al werden daar in de loop der tijd wel enkele uitzonderingen op aanvaard.³ In het Wetboek van Strafvordering van 1926 komt men geen expliciete uitsluiting of aanvaarding van de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen tegen, terwijl in de parlementaire stukken waarin een toelichting op dit wetboek wordt gegeven, eveneens een eenduidige lijn ontbreekt.⁴ Uit onder andere het feit dat in artikel 342 lid 1 Sv wordt gesteld dat verklaringen van getuigen 'op de terechtzitting' worden afgelegd, terwijl die verklaringen betrekking hebben op feiten en omstan-

* Prof. mr. M.J. Borgers is hoogleraar straf(proces)-recht aan de VU Amsterdam.

1 Al geldt voor de verklaring die bij de rechter-commissaris wordt afgelegd, dat de formulering van de verklaring geschiedt door de rechter-commissaris.

2 A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering*, Tweede Deel, Zwolle: Tjeenk Willink 1888, p. 541.

3 Zie daarover A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1925, p. 146-148.

4 De wetsgeschiedenis wordt in diverse bronnen meer of minder uitvoerig besproken. Een gedetailleerde bespreking treft men aan bij K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 111-126.

digheden die de getuige ‘zelf waargenomen of ondervonden heeft’, wordt nogal eens afgeleid dat het Wetboek van Strafvordering van 1926 *de auditu*-verklaringen heeft willen uitsluiten. Daar staan tegenover dat toentertijd ook diverse voorschriften zijn ingevoerd die het juist mogelijk maken dat verklaringen die bij de rechter-commissaris (en dus niet tegenover de zittingsrechter) worden afgelegd voor het bewijs worden gebruikt, of waarin is bepaald dat sommige verklaringen van horen zeggen toelaatbaar zijn.⁵ Voorts lijkt artikel 344 lid 1 Sv, dat ziet op diverse soorten geschriften, het mogelijk te maken dat schriftelijke verklaringen als bewijsmiddel worden gebezigd.

Over de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen – en in het verlengde daarvan ook over het gebruik voor het bewijs van andere niet tegenover de zittingsrechter afgelegde verklaringen – woedt bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering van 1926 een stevig debat

Over de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen – en in het verlengde daarvan ook over het gebruik voor het bewijs van andere niet tegenover de zittingsrechter afgelegde verklaringen – woedt bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering van 1926 een stevig debat. Het gaat om een discussie met een ‘legistische’ toonzetting, waarin de betekenis van de tekst van de wet, de wetsystematiek en de wetsgeschiedenis centraal staat.⁶ Zo komt de vraag aan de orde of de bepalingen die sommige *de auditu*-verklaringen bruikbaar maken, specifieke uitzonderingen behelzen op de regel dat dergelijke verklaringen niet toelaatbaar zijn, of juist verduidelijken dat van ontoelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen in het algemeen geen sprake is. Dit debat in de literatuur wordt voortgezet bij de Hoge Raad in de zaak die leidt tot het *de auditu*-arrest. De advocaat-generaal in deze zaak – Besier – is tevens de (mede-)auteur van een gezaghebbend handboek waarin het standpunt wordt ingenomen dat *de auditu*-verklaringen in principe ontoelaatbaar zijn. Het tegengestelde standpunt is bij herhaling uiteengezet door Taverne, één van de raadsheren die het *de auditu*-arrest heeft meegewezen.⁷

Waar draait het om in de zaak die tot het *de auditu*-arrest heeft geleid? Ter discussie staat de vraag in hoeverre de volgende twee verklaringen voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Allereerst gaat het om een bij de rechter-commissaris afgelegde verklaring van getuige E. Es. waarin zij volhardt in een eerder bij de politie afgelegde verklaring over hetgeen zij de verdachte zelf heeft horen zeggen. Daarbij maakt het door de opsporingsambtenaar opgemaakte proces-verbaal van verhoor onderdeel uit van de bewijsmiddelen. Voorts gaat het om de (kennelijk ter terechtzitting afgelegde) verklaring van de getuige J.M. Eis., die verklaart over hetgeen zij een andere getuige – F., het slachtoffer in deze zaak – heeft horen zeggen. A-G Besier verzet zich er in zijn conclusie tegen dat de aldus overgebrachte verklaringen van de verdachte en van getuige F. voor het bewijs worden gebruikt. Die overgebrachte verklaringen kunnen naar zijn mening niet worden gekwalificeerd als getuigenverklaring in de zin van artikel 342 lid 1 Sv. Een andersluidende opvatting zou volgens Besier in strijd met de wet zijn: ‘Staat men dit toe, dan machtigt men den rechter om juist te doen wat de wet met de woorden “welke hij zelf heeft waargenomen of ondervonden heeft” verbiedt, en niet onnoodig verbiedt (...)’. De Hoge Raad volgt de conclusie van zijn A-G niet. Kort samengevat oordeelt de Hoge Raad dat *i.* de *overbrengende* verklaring van getuige J.M. Eis. op de voet van artikel 342 lid 1 Sv als bewijsmiddel kan worden gebruikt, omdat een dergelijke verklaring ‘den gehoorsindruk van de getuige weergeeft’, *ii.* de *overbrengende* verklaring van E. Es. toegelaten is omdat deze is vervat in een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar,⁸ en *iii.* de tekst van de wet, het systeem van de wet noch de wetsgeschiedenis in de weg staat aan het gebruik van de aldus *overgebrachte* verklaringen van de verdachte en van getuige F. De Hoge Raad wijst er daarbij nog op dat ‘de uitsluiting van het testimonium *de auditu* ook zou zijn tegen den geest van het nieuwe wetboek, waaraan ten grondslag ligt om eenerzijds den rechter tot een deugdelijke motiveering van zijn vonnis te verplichten en anderzijds geen enkele bron gesloten te houden, waaruit de rechter licht zou kunnen putten (...)’. Daarmee lijkt de Hoge Raad te willen aangeven dat men de rechter in een lastig parket zou brengen wanneer hij wel kennis neemt van verklaringen van horen zeggen (waardoor die verklaringen onvermijdelijk ook invloed zullen hebben op zijn overtuiging omtrent het al dan niet

⁵ Zie art. 174 lid 1, 298 lid 1 (oud) en 341 lid 2 Sv.

⁶ Deze kwalificatie is ontleend aan D. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 91-92. Garé wijst erop dat er nauwelijks aandacht heeft bestaan voor de ratio van een verbod op het gebruik op *de auditu*-verklaringen. Hieraan kan worden toegevoegd dat de gedachtevisie in de parlementaire stukken verweven is met een overwegend semantische discussie over het onderscheid tussen bewijsmiddel en bewijsgrond.

⁷ Zie voor een overzicht, met nadere verwijzingen, J.F. Nijboer/W.L. Borst, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuisen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 13 op art. 338.

⁸ Dat proces-verbaal is een bewijsmiddel in de zin van art. 344 lid 1, sub 2, Sv.

begaan zijn van het strafbare feit), maar hij daarvan geen gebruik zou *mogen* maken in de bewijsmotivering.⁹ Daarmee is evenwel niet gezegd dat de rechter te pas en te onpas van *de auditu*-verklaringen gebruik zou *moeten* maken. De Hoge Raad overweegt dat ‘niet te ontkennen valt, dat verklaringen van hooren zeggen in vele gevallen slechts van zeer betrekkelijke waarde zullen zijn en dus met de uiterste behoedzaamheid moeten worden beschouwd’. Dat betekent niet dat dergelijke verklaringen per definitie onbruikbaar zijn, maar ‘de rechter [heeft] doorlopend tot taak de waarde van het hem voorgelegde bewijsmateriaal niet anders dan met de uiterste zorg en nauwkeurigheid na te gaan’.

Het *de auditu*-arrest heeft de gemoederen niet tot bedaren kunnen brengen

Het *de auditu*-arrest heeft de gemoederen niet tot bedaren kunnen brengen. Weliswaar heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden over de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen en andere niet rechtstreeks tegenover de zittingsrechter afgelegde verklaringen, maar dat is de Hoge Raad wel op het verwijt komen te staan dat aldus een beslissing is genomen die nogal drastische consequenties heeft voor de wijze van procederen in strafzaken. Pompe vat de kritiek treffend samen: ‘Men zou kunnen zeggen, dat dit arrest voor het strafprocesrecht meer betekenis heeft dan het hele wetboek. Langs deze weg kan immers, wat de wet betreft, het hele onderzoek ter terechtzitting tot een loutere formaliteit vervallen.’¹⁰ Opmerkelijk is dat sommige auteurs daarbij stellen dat het *de auditu*-arrest breekt met de bedoeling van de wetgever om het strafproces een openbaar en mondeling karakter te geven.¹¹ Dat geluid is ook nog zeer recent geuit in dit tijdschrift, in de Canon-bijdrage van Marc Bosch over het Wetboek van Strafvordering.¹²

Het *de auditu*-arrest kan wel als symbool worden beschouwd van de Nederlandse wijze van procesvoering

Nog afgezien van de vraag waaruit het mondelinge en openbare karakter van de strafprocedure precies zou bestaan,¹³ is het in deze context problematisch om de bedoeling

van de wetgever tot uitgangspunt te nemen. Want het strijdpunt in de literatuur en in de zaak die tot het *de auditu*-arrest heeft geleid, is juist wat die bedoeling moet zijn geweest. Op grond van de tekst van de wet, het systeem van de wet en de wetsgeschiedenis zijn verschillende interpretaties mogelijk van de bedoeling van de wetgever, en binnen dat pallet heeft de Hoge Raad een gemotiveerde keuze gemaakt. Bovendien ligt er nog de (speculatieve) vraag hoe het zou zijn gelopen indien de Hoge Raad in het *de auditu*-arrest een andere beslissing zou hebben genomen, bijvoorbeeld in de lijn van de conclusie van A-G Besier. Zouden daarmee verklaringen van hooren zeggen volledig zijn uitgebannen? Of zouden er vervolgens – voortbouwend op de opening die reeds zichtbaar is in de rechtspraak over artikel 398 van het Wetboek van Strafvordering van 1838 – in toenemende mate uitzonderingen zijn toegelaten op de hoofdregel dat verklaringen van hooren zeggen niet zijn toegelaten? Wat daar ook van zij, de vraag is alleszins gerechtvaardigd of het *de auditu*-arrest werkelijk een schokkende en revolutionaire beslissing behelst, of dat het gaat om een ‘gewone’ beslechting van een moeilijke rechtsvraag, zoals zo vaak voorkomt in de strafrechtelijke praktijk.¹⁴ Ik zou die vraag in laatstgenoemde zin willen beantwoorden.

Het *de auditu*-arrest staat aan de uitoefening van deze rechten geenszins in de weg. Integendeel, het *de auditu*-arrest levert een belangrijk argument op om, indien daartoe redelijkerwijs aanleiding bestaat, de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen kritisch te (doen) toetsen

Het vorenstaande neemt niet weg dat het *de auditu*-arrest wel als symbool kan worden beschouwd van de Nederlandse wijze van procesvoering. Het valt immers niet te ontkennen dat veel strafzaken hoofdzakelijk worden afgedaan op de schriftelijke verklaringen zoals deze zich in het dossier bevinden, zonder dat ter zitting andere personen dan de verdachte worden gehoord. In de rechtspraak is daartegen – noch in het *de auditu*-arrest, noch in enige andere uitspraak – geen structureel

- 9 Vgl. hierover Garé 1994, p. 93.
- 10 W.P.J. Pompe, ‘Het bewijs in strafzaken’, in: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 46.
- 11 Zie bijvoorbeeld Garé 1994, p. 107: ‘Ons strafproces kenmerkt zich dientengevolge in strijd met de bedoelingen van de wetgever door een vergaand schriftelijk karakter.’ J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 106 kwalificeert de beslissing van de Hoge Raad en de daarbij gegeven motivering als ‘een scholastieke (drog)redenering van de bovenste plank’. Niettemin erkennen Garé en Nijboer dat de wetsgeschiedenis geen eenduidig beeld van de toelaatbaarheid van *de auditu*-verklaringen schetst.
- 12 AA 2009, p. 782, AA20090782.
- 13 Van een algehele uitsluiting van het gebruik van schriftelijke stukken kan bezwaarlijk worden gesproken. Vgl. bijvoorbeeld art. 301 Sv, op grond waarvan ‘processen-verbaal, verslagen van deskundigen of andere stukken’ (kunnen) worden voorgelezen.
- 14 Rozemond spreekt in dit verband van de mythe van het *de auditu*-bewijs. Zie zijn gelijknamige bijdrage in AA 1999, p. 144-150, AA19990144, alsmede de reactie daarop van J.F. Nijboer in AA 1999, p. 256-259, AA19990256.
- 15 Zie over de rechtspraak die is gevolgd op het *de auditu*-arrest nader Nijboer 2008, p. 107-138. Na het *de auditu*-arrest heeft de wetgever geen actie ondernomen om verklaringen van hooren zeggen alsnog te weren. In *Kamerstukken II* 2001/02, 28 477, nr. 3, p. 3 (MvT) wordt volmondig erkend dat verklaringen van hooren zeggen toelaatbaar zijn.

16 Vgl. W.A. Wagenaar, 'Waar het ècht om gaat bij de *de auditu* discussie', *Ars Aequi* 1999, p. 254, AA19990254: 'Het bezwaar tegen het gebruik van processen-verbaal in plaats van werkelijk in de rechtszaal afgelegde verklaringen is niet dat de wet dit niet zou toestaan, of dat de wetgever dit niet zou hebben bedoeld, maar eenvoudig dat de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen die tot de rechter komen in de bewoordingen van een opsporingsambtenaar veel kleiner is dan wanneer de getuige zelf in de rechtszaal getuigt en door partijen kritisch wordt ondervraagd.'

beletsel opgeworpen, terwijl ook de wetgever de ontwikkeling van deze procespraktijk geen strobreed in de weg heeft gelegd.¹⁵ Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat in de literatuur zo weinig wordt gewezen op de waarschuwing van de Hoge Raad in het *de auditu*-arrest om verklaringen van horen zegen niet kritiekloos te gebruiken. In feite wijst de Hoge Raad daarbij – in algemene termen – op iets waar heden ten dage vooral rechtspsychologen aandacht voor vragen: de noodzaak om verklaringen waaromtrent twijfel bestaat, kritisch te toetsen door middel van ondervraging van de getuige in bijzijn van alle procesdeelnemers.¹⁶ In dat licht zijn vooral het ondervragingsrecht en daarmee samenhangend de mogelijkheden tot het oproepen en het horen van getuigen van cruciaal belang (zie kader). Het *de auditu*-arrest staat aan de uitoefening van deze rechten geenszins in de

Het EHRM toont zich kritisch over het gebruik van 'hearsay evidence' (vgl. EHRM 10 mei 2005, nr. 19354/02, Ian Thomas tegen Verenigd Koninkrijk). Daarmee is echter niet gezegd dat het gebruik van dergelijk bewijs zonder meer in strijd is met art. 6 EVRM (vgl. bijvoorbeeld EHRM 29 september 2009, nr. 15065/05, Dzelili tegen Duitsland). Het EHRM beoordeelt de eerlijkheid van de nationale procedure in zijn geheel, waarbij in het bijzonder van belang is in hoeverre de verdediging het ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen. Daarbij wordt mede acht geslagen op de opstelling van de verdediging. Vgl. daarover onder meer B. de Wilde, 'Terra incognita. Straatsburgse eisen aan getuigenverzoeken in strafzaken', *NJB* 2007, p. 1396-1403.

weg. Integendeel, het *de auditu*-arrest levert een belangrijk argument op om, indien daartoe redelijkerwijs aanleiding bestaat, de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen kritisch te (doen) toetsen. Wellicht is dat de beste reden om het *de auditu*-arrest een plaats toe te kennen in de Canon van het Recht.