

commentaar op	Hoge Raad 17-10-2017, ECLI:NL:HR:2017:2639
datum	08-12-2017
auteur	J.H.J. Verbaan

Hoge Raad 17-10-2017, ECLI:NL:HR:2017:2639

Eigen waarneming in raadkamer gedaan. Annotatie bij Hoge Raad 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639, SR 2017-0437.

Het hof heeft in deze zaak van 17 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2639) de bewezenverklaring van het bezitten van afbeeldingen van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, betrokken is of schijnbaar betrokken is, mede doen steunen op een eigen waarneming van de rechter in raadkamer gedaan. De verdediging is in cassatie gegaan met een klacht over het gebruik van die eigen waarneming voor het bewijs. De verdediging stelt zich op het standpunt dat de waarneming niet op het onderzoek ter terechtzitting is gedaan en ook niet op het onderzoek ter terechtzitting ter sprake is gebracht. De Hoge Raad laat de uitspraak in stand en acht het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.

In de onderhavige zaak ging aan het gebruik van de eigen waarneming voor het bewijs vooraf dat het hof de zaak op 3 november 2014, ondanks zijn gewijzigde samenstelling, met instemming van de advocaat-generaal en de verdachte heeft hervat in de stand waarin het zich op het moment van de schorsing bevond. Het onderzoek ter terechtzitting werd op 7 oktober 2014 geschorst en bij tussenarrest van 21 oktober 2014 heropend. Bij dat tussenarrest, zo blijkt uit de mededeling van de voorzitter, heeft het hof het noodzakelijk geacht om in de gelegenheid te worden gesteld ter zitting kennis te nemen van de in eerste aanleg ter zitting getoonde stukken van overtuiging. Op het onderzoek ter terechtzitting van 3 november heeft de advocaat-generaal bij het hof de stukken van overtuiging, te weten: een fotomap met afbeeldingen, ter inzage aan het hof overlegd. Het hof besluit dat het de bewuste fotomap met afbeeldingen in de raadkamer zal bekijken en vervolgens de map zal teruggeven aan de advocaat-generaal bij het hof. Desgevraagd deelt de raadsman namens de verdediging mee dat hij de bewuste afbeeldingen bij een eerdere gelegenheid op het politiebureau heeft bekeken.

De vraag of een eigen waarneming voor het bewijs mag worden gebruikt, hangt af van de constructie en de voorwaarden waaronder de waarneming wordt gedaan. Vanzelfsprekend is de rechter gebonden aan het onderzoek ter terechtzitting. De Hoge Raad heeft bepaald dat de eigen waarneming om als bewijs bij te kunnen dragen aan de bewezenverklaring tijdens het onderzoek, ter terechtzitting moet zijn gedaan (HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6416, *NJ* 2007/134). De gebondenheid aan het onderzoek ter terechtzitting is er met name op gericht om partijen de gelegenheid te bieden zich over (mogelijke) waarnemingen van de rechter te kunnen uitlaten. Die gebondenheid dwingt de rechter overigens niet zich over al zijn waarnemingen uit te spreken. De rechter moet zich evenwel eerder gedrongen voelen een waarneming ter sprake te brengen op het moment dat de verwachting sterker wordt dat een van de procespartijen verrast zou kunnen worden door het gebruik van die waarneming als bewijsmiddel, doordat zij daarmee geen rekening hadden kunnen houden.

De vraag of sprake is van een zodanige verrassing lijkt zich niet te laten verwoorden in algemene regels. Het antwoord op die vraag is onder meer afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals het procesverloop, het karakter van de waarneming en de mate waarin die waarneming een bijdrage levert aan de bewezenverklaring.

Daarnaast wordt algemeen de eis aanvaard dat de rechterlijke waarneming in de ambtelijke hoedanigheid moet zijn gedaan. Een van de redenen daarvoor is dat waarnemingen die door de rechter als privépersoon zijn gedaan door de procespartijen niet op het onderzoek ter terechtzitting ter discussie kunnen worden gesteld.

De Hoge Raad leest in het besluit van het hof om de overlegde stukken van overtuiging in de raadkamer te bestuderen, dat het de afbeeldingen daarin klaarblijkelijk redelijkerwijs van belang heeft geacht voor zijn beslissingen. De Hoge Raad overweegt dat uit het proces-verbaal van zitting blijkt dat noch de verdediging noch het Openbaar Ministerie bezwaren heeft geuit tegen deze gang van zaken. De Hoge Raad gaat er dan ook van uit dat geen bezwaren zijn gemaakt tegen het bekijken van de afbeeldingen in de raadkamer. De raadsman heeft op het onderzoek ter zitting opgemerkt dat hij de afbeeldingen bij een eerdere gelegenheid op het politiebureau heeft bekeken en op zitting verder geen opmerkingen meer gemaakt over de bewuste afbeeldingen. Dat brengt de Hoge Raad tot het oordeel dat aan het enkele feit dat de waarneming niet op de terechtzitting gedaan is, niet het gevolg kan worden verbonden dat dientengevolge de betwiste waarneming niet voor het bewijs zou mogen worden gebezigd. Voor zover de klacht van de verdediging zou inhouden dat de waarneming door het hof ter zitting ter sprake zou moeten zijn gebracht, overweegt de Hoge Raad dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat dit niet nodig was en dat de procespartijen niet zouden worden verrast door het gebruik van de waarneming voor het bewijs. Zij hadden daarmee blijkbaar rekening kunnen houden. Gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, acht de Hoge Raad het oordeel van hof als niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad heeft het belang van het verrassingscriterium in de onderhavige zaak blijkbaar zwaarder laten wegen dan het belang van de openbaarheid. Het formele criterium dat de eigen waarneming van de rechter op het onderzoek ter terechtzitting moet zijn gedaan, betekent volgens deze uitspraak klaarblijkelijk niet dat deze waarneming in de zittingszaal moet zijn gedaan. Waarnemingen gedaan na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting moeten worden uitgesloten voor het bewijs, zo is al bepaald in het hierboven genoemde arrest (ECLI:NL:HR:2006:AX6416). Over waarnemingen gedaan gedurende het onderzoek ter terechtzitting, maar buiten de aanwezigheid van procespartijen was nog geen uitspraak gedaan. Waarnemingen die worden gedaan in de raadkamer buiten de aanwezigheid van de procespartijen tijdens het onderzoek ter terechtzitting kunnen, blijkens dit arrest, voor het bewijs worden gebezigd. Dan moet echter wel voldaan zijn aan de voorwaarde dat de verdediging niet verrast wordt door de aldaar gedane en voor het bewijs gebezigde waarnemingen. Dat betekent dat de rechter de procespartijen op de hoogte moet brengen van het feit dat hij processtukken zal bekijken en bovendien ook nauwkeurig dient aan te geven welke processtukken voor die waarnemingen in de raadkamer in aanmerking komen. Bij de procespartijen mag geen misverstand bestaan over datgene wat door de rechters in de raadkamer zal worden onderzocht. Indien geen misverstand meer kan bestaan over hetgeen in de raadkamer zal worden bekeken, moet aan de procespartijen ook nog de gelegenheid worden geboden zich uit te laten over de eventuele waarnemingen die de rechter in die raadkamer zal kunnen doen.

In het onderhavige geval lijkt bij de partijen geen misverstand te hebben bestaan over hetgeen door de raadsheren van het hof in de raadkamer zou worden waargenomen. Beide partijen hebben ook geen bezwaar gemaakt tegen het feit dat die waarnemingen niet in het openbaar op het onderzoek ter terechtzitting zouden worden gedaan. Sterker nog, de raadsman heeft op de zitting gemeld dat hij de afbeeldingen al bij de politie heeft bekeken. De verdediging geeft daarmee duidelijk te kennen dat zij op de hoogte is van wat er in de raadkamer zal worden bekeken. Die uitlating versterkt het vermoeden dat de verdediging niet verrast kan zijn door het gebruik van de waarneming voor het bewijs. Voor het Openbaar Ministerie geldt dat, ook indien de waarneming tot een andere uitkomst had geleid, in wezen ook. De advocaat-generaal heeft immers ook op zitting verklaard geen bezwaar te hebben tegen het feit dat de fotomap met afbeeldingen in de raadkamer zou worden bekeken.

De Hoge Raad hanteert daarmee in de beoordeling van de toelaatbaarheid van het gebruik van eigen waarneming van de rechter voor het bewijs een meer formele maatstaf. Indien de procespartijen bekend zijn met datgene wat door de rechter zal worden bekeken en geen van beide partijen bezwaar maakt tegen of opmerkingen maakt over hetgeen mogelijk wordt gebruikt als eigen waarneming, staat het de rechter vrij datgene wat hij waarneemt ook daadwerkelijk voor het bewijs te bezigen.

Die benadering is in de onderhavige zaak niet onbegrijpelijk: het gaat hier immers om afbeeldingen, waarvan het bezit op zichzelf al strafbaar is. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat het hof niet de behoefte voelde om die afbeeldingen op de terechtzitting, die openbaar is, te tonen. De Hoge Raad heeft in eerdere rechtspraak met betrekking tot grootschalig bezit van afbeeldingen van seksuele gedragingen waarbij minderjarigen betrokken zijn, het Openbaar Ministerie aanwijzingen gegeven over het aantal afbeeldingen van dien aard dat in de tenlastelegging en daarmee het procesdossier moet worden opgenomen (HR 24 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1497, *NJ* 2014/339, SR 2014-0273).

Die aanwijzingen betekenen vanzelfsprekend niet dat de rechter en de procespartijen ter beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde feit bewezen is, geen kennis dienen te nemen van de afbeeldingen die in de fotomap zijn opgenomen. Die afbeeldingen betreffen immers de kern van het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt en zullen dus op enig moment in het geding moeten worden bekeken. Desalniettemin dient men met deze, op zich begrijpelijke, beslissing om niet in het openbaar op het onderzoek ter terechtzitting kennis te nemen van de afbeeldingen voorzichtig om te springen. Die geboden voorzichtigheid vloeit met name voort uit het belang van de openbaarheid van het onderzoek ter terechtzitting. Ondanks het feit dat partijen geen bezwaar maken tegen het buiten de openbaarheid kennisnemen van de, mogelijk belastende, processtukken en derhalve formeel geen beletsel bestaat tegen deze wijze van handelen, kan het publiek de betwiste foto's en daarmee de grondslag voor de beschuldiging niet meer waarnemen. Nu is het niet gebruikelijk dat het publiek op het onderzoek ter terechtzitting wordt betrokken bij het tonen van een bewijsmiddel. Normaal gesproken ziet het publiek in het geval dergelijk bewijs wordt getoond ook slechts de in toga gehulde procespartijen gebogen over de tafel van de rechters staan. Bij het toelaten van de waarneming in de raadkamer als geen bezwaren door partijen worden gemaakt tegen het doen van waarnemingen in de raadkamer, kan het probleem van de controleerbaarheid door het publiek wel een rol gaan spelen en wekt in ieder geval de schijn dat het bewijsmiddel blijkbaar belastend materiaal bevat. Daarmee komt de openbaarheid in het geding, maar belangrijker nog: het kan leiden tot beperking daarvan en daarmee het maatschappelijk debat over wat wel en niet aanvaardbaar wordt geacht op het gebied van zeden, doen verstommen.