

# ‘Nee heb je, ja kun je krijgen’

## *De beoordeling en motivering van getuigenverzoeken in het licht van de eisen van de Hoge Raad en het EHRM*

I. RATERMAN & M.M.R. SLAGHEKKE<sup>1</sup>

### 1. Inleidende opmerkingen

In deze bijdrage wordt ingegaan op de eisen die door de rechtspraak aan de motivering van getuigenverzoeken worden gesteld. In dit verband worden de overzichtsarresten van de Hoge Raad uit 2014 en 2017 besproken. Tevens wordt ingegaan op de Europeesrechtelijke jurisprudentie. Hoe verhouden de eisen van de Hoge Raad zich tot het recht van de verdachte op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM? Aan de hand van de zaak *Keskin/Nederland* wordt de Nederlandse praktijk besproken, waarbij de conclusie wordt getrokken dat deze, gelet op de vereisten van het EHRM, onder de maat is. Deze conclusie zal geenszins verbazen, gelet op hetgeen in de jurisprudentie (conclusies, annotaties) en literatuur is opgemerkt over het Nederlandse toetsingskader en de toepassing daarvan. Bijstelling dient plaats te vinden. Niet enkel in het belang van de verdachte – wiens rechtsbescherming ernstig in het geding komt door het aanstonds afwijzen van getuigenverzoeken-, maar tevens is het maatschappelijk belang gemoeid. Rechtsvinding is immers waarheidsvinding, indien een adequate mogelijkheid ontbreekt om getuige à charge c.q. decharge te ondervragen, doet dit de waarheidsvinding ernstig tekort. Valt een bijstelling van de Nederlandse rechtspraktijk te verwachten, en zo ja, hoe? En hoe moet de strafrechtadvocaat tot die tijd omgaan met getuigenverzoeken?

### 2. Het eerste overzichtsarrest

In 2014 heeft de Hoge Raad door middel van haar overzichtsarrest getracht duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de wettelijke maatstaven aan de hand waarvan een door of namens een verdachte gedaan verzoek tot oproeping van getuigen of deskundigen dient te worden beoordeeld.<sup>2</sup> In dit arrest werd een uiteenzetting gegeven van de wettelijke regels per procesfase inzake het al dan niet oproepen dan wel horen van daartoe door de verdediging opgegeven getuigen. In deze bijdrage beperken wij ons tot een bespreking van de in dit arrest uitgewerkte begrippen ‘verdedigingsbelang’ en ‘noodzakelijkheidscriterium’. Aan de hand van deze criteria dient immers het getuigenverzoek van de verdediging in de diverse fasen van het strafproces te worden toegelicht.

#### 2.1 Verdedigingsbelang

De Hoge Raad omschrijft het verdedigingsbelang in haar arrest als volgt:

“2.4. In beginsel heeft de verdachte het recht om ter terechtzitting alle getuigen te doen horen wier verhoor hij in het belang van zijn verdediging acht. Volgens het tegenwoordige Nederlandse stelsel van strafvordering kan de verdachte dat recht effectueren door zelf getuigen mee te brengen naar de terechtzitting. Voor het overige is hij aangewezen op het openbaar ministerie tot wiens taak het behoort getuigen op te roepen. Het openbaar ministerie kan weigeren te

<sup>1</sup> Inge Raterman en Melissa Slaghekke zijn strafrechtadvocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

<sup>2</sup> HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

voldoen aan een door of namens de verdachte gedaan verzoek tot oproeping van getuigen. Door of namens de verdachte kan vervolgens ter terechtzitting het oordeel van de rechter over die weigering worden ingeroepen. Het openbaar ministerie – en in geval van diens weigering of verzuim de opgegeven getuigen op te roepen: de rechter – kan die oproeping weigeren op onder meer de grond dat de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad (hierna ook aan te duiden als ‘verdedigingsbelang’).

2.5. In de rechtspraak en de doctrine wordt aangenomen dat die maatstaf het openbaar ministerie onderscheidenlijk de rechter ertoe noopt een verzoek tot oproeping van getuigen te beoordelen vanuit de gezichtshoek van de verdediging en met het oog op het belang van de verdediging bij de inwilliging van het verzoek. Dit brengt mee dat alleen dan kan worden gezegd dat de verdachte door afwijzing van het verzoek redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad, indien de punten waarover de getuige kan verklaren, in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuige iets over bedoelde punten zou kunnen verklaren.”

En daaropvolgend benoemt de Hoge Raad de implicaties voor de verdediging:

“2.6. Enerzijds impliceert deze regeling een terughoudend gebruik door het openbaar ministerie onderscheidenlijk de rechter van zijn bevoegdheid tot afwijzing van het verzoek, doch anderzijds veronderstelt zij dat het verzoek door de verdediging naar behoren wordt gemotiveerd. Zo is afwijzing van het verzoek goed denkbaar als het verzoek niet dan wel zo summier is onderbouwd dat de rechter buiten staat is het verzoek te toetsen aan de maatstaf van het verdedigingsbelang. Van de verdediging mag worden verlangd dat zij ten aanzien van iedere van de door haar opgegeven getuigen motiveert waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing. Te denken valt in dit verband aan het opgeven van de redenen voor het doen horen van de zogenoemde getuigen à décharge wier verklaringen kunnen strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde, of het doen horen van getuigen à charge die in het vooronderzoek zijn gehoord, teneinde deze personen of hun afgelegde verklaringen op geloofwaardigheid en betrouwbaarheid te toetsen (NB: onderstreping auteurs).”

Samengevat impliceert volgens de Hoge Raad het verdedigingsbelang, indien van toepassing, dat het openbaar ministerie en de rechter terughoudend moeten zijn in de bevoegdheid tot afwijzen van een getuigenverzoek. Van de verdediging mag echter verwacht worden dat zij haar verzoek goed motiveert. Als voorbeeld wordt genoemd dat afwijzing denkbaar is als het verzoek niet of zo summier is onderbouwd dat de rechter niet in staat is het verzoek te toetsen aan het verdedigingsbelang. In de praktijk zien we dat de feitenrechter niet altijd die terughoudendheid in zijn bevoegdheid tot afwijzing van een dergelijk getuigenverzoek betracht, maar dat de Hoge Raad in aangewezen gevallen wel bereid is te casseren.

Als voorbeeld noemen wij het arrest HR 4 juli 2017,<sup>3</sup> dat samenhangend met het tweede overzichtsarrest werd gewezen.<sup>4</sup> In onderhavige strafzaak was bij (tijdig ingediende) appelschriftuur om een aantal getuigen verzocht. Het verdedigingsbelang was derhalve van toepassing. In de appelschriftuur was het verzoek tot het horen van de getuigen als volgt gemotiveerd:

---

3 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1208.

4 Het tweede overzichtsarrest komt in deze bijdrage nog aan bod.

“Ter toelichting strekt het volgende. De verdediging hecht belang aan het horen van de hiervoor vermelde getuige in verband met de waarheidsvinding. Dit onder andere in verband met de omstandigheid dat deze getuigen nog nimmer zijn gehoord, doch wel kennis en wetenschap hebben over aangeefster en de verdenking jegens cliënt. Cliënt is van mening dat deze getuigen een voor cliënt ontlastende verklaring zouden kunnen afleggen. De verdediging wenst de getuigen te horen om zodoende de juistheid van de verklaring van aangeefster te toetsen.

De verdediging wenst de getuigen te bevragen over de contacten met/tussen aangeefster en de getuige. Voorts wenst de verdediging de getuige te bevragen over wat aangeefster precies, op welk moment, aan de getuige heeft verteld. De verdediging wenst deze getuigen te horen met betrekking tot de gesprekken die zij met [betrokkene 1] hebben gevoerd aangaande het vermeende seksuele misbruik.

Met name is in dit kader van belang dat genoemde getuigen belangrijke personen waren in het leven van aangeefster en van cliënt, doch door de politie in dit geheel niet zijn gehoord. Aangeefster geeft in haar verklaring bij de politie aan dat zij met [betrokkene 7], [betrokkene 9] en met [betrokkene 6] van Pro Persona heeft gesproken. In het verhoor bij de rechter-commissaris geeft zij ook aan ten tijde van de aangifte met een aantal mensen te hebben gesproken, te weten vriendin [betrokkene 10], vriendje [betrokkene 11], [betrokkene 12] en met [betrokkene 7]. Van deze mensen door aangeefster opgenoemd, is door de politie enkel van [betrokkene 12] een getuigenverklaring afgenomen.

In het dossier speelt [betrokkene 7] een – toch wel prominente – rol, doch is hij nimmer als getuige gehoord. Hierbij is van belang dat [betrokkene 7] met aangeefster mee ging naar therapie en naar verhoren bij de politie. De verdediging wenst de getuige hierover nader te bevragen.

In het dossier komt naar voren dat de pleegzorgmedewerkster in kwestie ten tijde van de tenlastegelegde periode [betrokkene 4] en [betrokkene 5], beiden van Pactum, een prominente rol in het gezin hebben gespeeld. Immers, zij kwamen bij het gezin over de vloer, hadden gesprekken met cliënt en [betrokkene 13] en hadden gesprekken met aangeefster. Geen van beide is eerder als getuige gehoord. Ook komt [betrokkene 8] als begeleider naar voren. Echter, zij is nimmer eerder als getuige gehoord.”<sup>5</sup>

Het hof achtte in deze strafzaak het belang bij het horen van de getuigen ontoereikend gemotiveerd. De getuigen waren niet aanwezig geweest bij hetgeen verdachte ten laste werd gelegd. Om die reden heeft het hof het verzoek tot het horen van deze getuigen afgewezen. Naar onze mening gaat het hof hier voorbij aan een juiste toepassing van het verdedigingsbelang en wordt aan de motivering van de raadvrouw in de appelschriftuur tekortgedaan. Immers, alleen dan kan worden gezegd dat een verdachte door afwijzing van een verzoek redelijkerwijs niet in zijn verdediging geschaad wordt, als de punten waarover een getuige kan verklaren in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing. Hoewel in deze zaak de getuigen niet bij het tenlastegelegde aanwezig waren geweest, wil dit niet zeggen dat zij niet een relevante verklaring kunnen geven over het tenlastegelegde of dat hun verklaring anderzijds niet van invloed kan zijn op enige in de strafzaak te nemen beslissing. De Hoge Raad casseert ook in deze strafzaak en overweegt dat de enkele omstandigheid dat de in de appelschriftuur genoemde personen niet aanwezig zijn geweest bij het tenlastegelegde, niet zonder meer met zich meebrengt dat de verklaringen van deze personen niet kunnen strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde.

---

5 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1208.

Voor de verdediging is de conclusie van A-G Knigge bij dit arrest noemenswaardig.<sup>6</sup> Knigge benoemt dat een ‘ja-tenzij’-benadering als uitgangspunt dient te worden genomen bij de beoordeling van getuigenverzoeken op basis van het verdedigingsbelang. Hij sluit daarbij aan bij zijn ambtgenoot Spronken. Zij heeft in een voor de verdediging zeer belangrijke conclusie<sup>7</sup> over een afwijzing van een getuigenverzoek benoemd dat de afwijzingsgrond op basis van het verdedigingsbelang ooit is ingevoerd om getuigen te weigeren die bij voorbaat als overbodig of nutteloos moeten worden aangemerkt. Een begrenzing was enkel ingegeven om misbruik van het strafprocesrecht te voorkomen. Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan verzoeken tot het horen van een enorme hoeveelheid getuigen, waardoor de goede procesorde werd verstoord. Een ander voorbeeld zijn getuigen waarvan de oproeping enkel werd verzocht om publieke aandacht voor het proces te trekken of politieke propaganda te bedrijven. Zolang niet van een dergelijk geval sprake is kan dus worden gesteld dat de gedachte van de wetgever is geweest dat een dergelijke getuige dient te worden opgeroepen, ongeacht de motivering van het verzoek tot het horen van die getuige. Op basis hiervan menen wij dat eigenlijk sprake is van een omgekeerde motiveringsplicht: het is aan de officier van justitie en de rechter te motiveren waarom de verdediging door het niet oproepen van een getuige niet redelijkerwijs in zijn verdediging wordt geschaad.

De Hoge Raad legt daarentegen een motiveringsplicht bij de verdediging neer. Door de verdediging moet worden gesteld waarom de horen van de betreffende getuige relevant kan zijn voor de oordeelsvorming van de rechter. Indien de verdediging dit niet voldoende kan beargumenteren, dan valt volgens de redenering van de Hoge Raad aan te nemen dat het horen van de getuige niet relevant is. Knigge benoemt in zijn conclusie<sup>8</sup> dat de Hoge Raad mogelijk niet zo ver gaat dat hij het ontbreken van een voldoende onderbouwing als een zelfstandige grond ziet voor de afwijzing van het verzoek. Onder omstandigheden kan de Hoge Raad het ontbreken van een voldoende motivering echter wel zien als voldoende ondersteuning voor het oordeel dat er geen verdedigingsbelang is. Knigge stipt aan dat de jurisprudentie op dat punt niet helemaal duidelijk is, nu de Hoge Raad uiteindelijk doorslaggevend acht of de beslissing begrijpelijk is. Als het hof de verkeerde maatstaf hanteert of deze in het geheel niet vermeldt, hoeft dit dus niet direct tot cassatie te leiden. Knigge stelt dat in de rechtspraak van de Hoge Raad niet altijd duidelijk wordt of sprake is van een toereikende motivering, dan wel van een motiveringsgebrek dat met de mantel der liefde wordt bedekt.

De motiveringsplicht die de Hoge Raad bij de verdediging neerlegt leidt ertoe dat de verdediging vaak in een moeilijke positie terechtkomt, waarbij een zware motivering geëist wordt bij het verzoek tot het horen van een getuige en de verdediging op de regiezitting bevraagd wordt over mogelijke uitkomsten van het verhoor. Dit zijn vragen waar de verdediging – juist omdat deze getuige nog niet is bevraagd – het antwoord vaak nog niet op weet. In veel gevallen zal het, gezien de tenlastelegging en het dossier, zonder meer duidelijk zijn waarin het verdedigingsbelang is gelegen. Dit is met name het geval indien deze getuige reeds eerder in het onderzoek door de opsporende instanties is gehoord en een voor de verdachte belastende verklaring heeft afgelegd of als de rechtbank in het vonnis een getuigenverklaring heeft gebezigd als bewijsmiddel. A-G Knigge stelt dat het de rechter in dergelijke gevallen, gezien artikel 6 lid 3 sub d, EVRM, ook zonder toelichting van de zijde van de verdediging duidelijk zal zijn dat het belang van de verdediging gelegen is in het ‘testen’ van de betrouwbaarheid van de bij de politie afgelegde getuigenverklaring. Als de rechter des-

---

6 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569.

7 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172

8 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569, r.o. 3.8

ondanks meent dat het verdedigingsbelang ontbreekt, zal hij daarvoor steekhoudende argumenten moeten aandragen. Afwijzing van het verzoek op de enkele grond dat het onvoldoende is onderbouwd, is dan de omgekeerde wereld, aldus Knigge.<sup>9</sup> Deze omgekeerde wereld is onzes inziens echter wel de praktijk waar de Nederlandse strafrechtadvocatuur frequent mee te maken heeft.

## 2.2 *Noodzakelijkheids criterium*

Naast het verdedigingsbelang onderscheidt de Hoge Raad het noodzakelijkheids criterium. In het overzichtsarrest van de HR 1 juli 2014 wordt eveneens tekst en uitleg gegeven bij het noodzakelijkheids criterium. Het noodzakelijkheids criterium wordt door de Hoge Raad als volgt omschreven:

“2.8. Het noodzakelijkheids criterium [...] houdt verband met de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter voor de volledigheid van het onderzoek van de zaak. Met het oog daarop is hem de bevoegdheid toegekend om ambtshalve onder meer de oproeping van getuigen te bevelen voor het geval hem de noodzakelijkheid blijkt van dat verhoor, ongeacht wat de procespartijen daarvan vinden. Vanuit deze gezichtshoek bezien is bij de beoordeling van een gemotiveerd, duidelijk en stellig verzoek van de verdediging aan de rechter om ambtshalve gebruik te maken van zijn bevoegdheid om zelf getuigen op te roepen, slechts van belang of hij het horen van die getuigen noodzakelijk acht met het oog op de volledigheid van het onderzoek. Dit betekent dat zo een verzoek kan worden afgewezen op de grond dat de rechter zich door het verhandelde ter terechtzitting voldoende ingelicht acht en hem dus de noodzakelijkheid van het gevraagde verhoor niet is gebleken. Van een aldus gemotiveerde afwijzing kan niet worden gezegd dat die ervan blijkt geeft dat de rechter op ontoelaatbare wijze is vooruitgelopen op hetgeen de getuigen zouden kunnen verklaren.

2.9. Omtrent de gevallen en de mate waarin een afwijzing nader dient te worden gemotiveerd, zijn wegens de vele, uiteenlopende situaties die zich kunnen voordoen, geen algemene regels te geven, ook niet omtrent de vraag of onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij onvoorziene ontwikkelingen, eisen van een eerlijke procesvoering zich verzetten tegen een afwijzing. Wel zijn daarbij de aard van het onderwerp waarover de getuige zou kunnen verklaren van belang alsmede de indringendheid van de door de verdediging aangevoerde argumenten om hem te horen.”<sup>10</sup>

Van de verdediging wordt met name indien het noodzakelijkheids criterium van toepassing is behoorlijk wat verwacht. Illustratief in dit verband is een arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2016 waarbij de Hoge Raad een afwijzing van een getuigenverzoek van het Hof beoordeelde. In onderhavige strafzaak was door de verdediging – bij niet tijdig ingediende appelschriftuur – verzocht om twee getuigen te mogen horen. Om die reden was het noodzakelijkheids criterium van toepassing. Ter terechtzitting in hoger beroep werd het verzoek om deze twee getuigen te horen herhaald. In de appelschriftuur was het verzoek tot het horen van de getuigen als volgt omschreven:

“Cliënt heeft eerder bij de politie gesteld de ten laste gelegde feiten niet te hebben gepleegd. Hij stelt dat de getuigen niet de waarheid hebben gesproken bij de politie en dat nader verhoor zal uitwijzen dat hij de ten laste gelegde feiten niet heeft gepleegd.

---

9 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569.

10 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

Er zijn door de politie 3 ‘gebruikers/kopers’ gehoord. Twee daarvan belasten cliënt.

Getuige [getuige 1] verklaart dat hij zijn drugsdealer genaamd ‘Snor’ had gebeld om cocaïne te kopen pagina 104. De Snor is een Marokkaanse man van ongeveer 40 jaar oud en draagt een snor. Later verklaart hij dat hij ook van [betrokkene 1] koopt. Het telefoonnummer wat Sander zou gebruiken komt niet overeen met het nummer van [verdachte].

Volgens de observanten pagina 111 heeft getuige [getuige 1] de uiterlijke kenmerken van een harddrugsverslaafde. Volgens [getuige 1] zelf gebruikt hij slechts een half jaar en koopt het dat gehele half jaar bij de Snor & [betrokkene 1]. Blijkens de uiteindelijke dagvaarding is de periode door het OM teruggeschroefd naar 4 dagen. Tevens stelt [getuige 1] dat hij 2 gram zou hebben gekocht voor € 80,- pagina 104. Volgens verbalisant [verbalisant 9] was het slechts 1.3 gram pagina 118. Een ervaren gebruiker zou het verschil wel merken.

De verdediging wenst de getuige [getuige 1] vragen te stellen omtrent de enkelvoudige fotoconfrontatie. Het feit dat hij eerst de Snor aanduidt als zijn drugsdealer en later [betrokkene 1] erbij betreft. Ook over de gestelde periode van een half jaar wenst de verdediging nader vragen te stellen.

Getuige [getuige 2] stelt bij de politie dat hij drugs gekocht heeft van [betrokkene 1] en hij hem gebeld zou hebben op [003]. Vervolgens stelt hij dat zijn dealer een nieuw nummer heeft, [002] genaamd [betrokkene 4]. Beide nummers kunnen niet aan [verdachte] gelinkt worden.

De verdediging heeft vragen aan getuige [getuige 2] omtrent de enkelvoudige fotoconfrontatie en het signalement van zijn dealer. Ook wenst de verdediging hem vragen te stellen over zijn gebruik, hij stelt immers dat hij de drugs voor zijn vriendin [betrokkene 5] zou hebben gekocht. Kent deze [betrokkene 5] de dealer? Daarnaast stelt hij dat hij voordat hij ging pinnen al de bestelling zou hebben gedaan, zonder te weten of er geld op zijn rekening zou staan. Om die reden verzoek ik voornoemde getuigen nader op te roepen als getuigen.”<sup>11</sup>

Het hof heeft dit verzoek – getoetst aan het noodzakelijkheids criterium – afgewezen, nu “het verzoek onvoldoende gemotiveerd is en ook overigens de noodzaak daartoe niet is gebleken.”<sup>12</sup> Deze afwijzing is kenmerkend voor de wijze waarop de feitenrechter dergelijke getuigenverzoeken benadert. Indien het noodzakelijkheids criterium van toepassing is, moet de verdediging van goeden huize komen wil een dergelijk verzoek worden ingewilligd.

In dit geval kan echter de vraag worden opgeworpen of een dergelijk getuigenverzoek, dat relatief uitgebreid is gemotiveerd, met slechts een enkele (standaard)zin mag worden afgewezen. Immers heeft de verdediging in onderhavige zaak een duidelijk verband gelegd tussen het tenlastegelegde en het verzoek tot het horen van de getuige. Verdachte ontkende het aan hem tenlastegelegde. Uit de getuigenverklaringen zou volgens de verdediging volgen dat de verdachte het tenlastegelegde inderdaad niet had gepleegd. De belastende getuigen hadden al een verklaring afgelegd bij de politie, maar de verdediging was nog op geen enkel moment in de gelegenheid geweest om deze getuigen te ondervragen. A-G Spronken merkte in haar conclusie op dat de relevantie van het verzoek tot het horen van de getuigen weliswaar niet uit alle onderdelen van de motivering bleek, maar dat deze ook niet te ontkennen was. Zij meende dat ten opzichte van deze onderbouwing de afwijzing van het

11 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 2.2.4.

12 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 2.2.3.

verzoek – hoewel aan de juiste maatstaf getoetst – uiterst summier was en daarom niet zonder meer begrijpelijk gemotiveerd.<sup>13</sup>

De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof echter niet onbegrijpelijk, “mede in aanmerking genomen hetgeen door de verdediging aan dat verzoek ten grondslag was gelegd.” In het kader van de begrijpelijkheid van de cassatie was een nadere toelichting op dit oordeel van de Hoge Raad wenselijk geweest. Nu kunnen we slechts gissen naar de tekortkoming in de motivering van het verzoek. Het eerste dat ons in het oog springt is het feit dat in de appelschriftuur geen koppeling wordt gemaakt met het noodzakelijkheids criterium, met andere woorden: dat niet nader wordt ingegaan op de vraag waarom het voor het hof noodzakelijk zou moeten zijn dat de verzochte getuigen, in het kader van de volledigheid van het onderzoek, worden gehoord. Het Hof moet zich geroepen voelen – op basis van de door de verdediging aangegeven getuigen en onderwerpen – om de getuigen op te roepen, opdat enkel dan adequaat oordeel kan worden gegeven. Het verdient aanbeveling voor de verdediging om een getuigenverzoek dat op basis van het noodzakelijkheids criterium moet worden beoordeeld, te motiveren vanuit het perspectief van de rechter en zo goed mogelijk inzichtelijk te maken waarom het noodzakelijk is voor het rechterlijk oordeel dat een getuige wordt gehoord.

Het overzichtsarrest van de Hoge Raad uit 2014 scheidt – kort en goed – duidelijkheid over de toe te passen criteria en de uitleg daarvan in de diverse fasen van het strafproces. De Hoge Raad had reeds in 2007 geoordeeld dat naar de bewoordingen van de wettelijke maatstaven en conform de hieraan gelieerde jurisprudentie, het noodzakelijkheids criterium de rechter, in ieder geval in abstracto, een ruimere marge biedt om een verzoek niet te honoreren dan het criterium van het verdedigingsbelang.<sup>14</sup> Dat onderscheid wordt in hetzelfde arrest reeds direct door de Hoge Raad gerelativeerd in die zin dat in geval de verdediging niet tijdig kon beschikken over de relevante stukken, de eis van een eerlijke procesvoering – tegen de achtergrond van hetgeen met het oog op een behoorlijke verdediging is vereist – meebrengt dat het Openbaar Ministerie onderscheidenlijk de rechter die omstandigheid in hun afweging dient te betrekken bij gebruikmaking van de wettelijk voorgeschreven toepassing van het noodzakelijkheids criterium. Dat kan volgens de Hoge Raad betekenen dat de concrete toepassing van het noodzakelijkheids criterium niet wezenlijk verschilt van wat met de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang zal worden bereikt.<sup>15</sup>

In het overzichtsarrest van de Hoge Raad uit 2014 gaat de Hoge Raad echter niet nader in op de ontwikkelingen die spelen op het niveau van het EHRM en hoe deze zich verhouden tot de Nederlandse rechtspraktijk. In het tweede overzichtsarrest worden de ontwikkelingen vanuit het EHRM specifiek meegenomen door de Hoge Raad. Deze ontwikkelingen en het daaruit voortvloeiende toetsingskader zullen allereerst worden besproken alvorens we nader in zullen gaan op het tweede overzichtsarrest.

### 3. Artikel 6 EVRM en rechtspraak van het EHRM

In artikel 6 lid 3 aanhef en onder d, EVRM is het ondervragingsrecht van de verdachte neergelegd. Het ondervragingsrecht maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces als neergelegd in artikel 6, lid 1 EVRM. Ten aanzien van het opgeven en kunnen ondervragen van getuigen staat in artikel 6, lid 3 sub d EVRM dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld het recht heeft “de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het

---

<sup>13</sup> PHR 22 december 2015, ECLI:NL:PHR: 2015:2654.

<sup>14</sup> HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702.

<sup>15</sup> HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702.

oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge.” In het (tweede) overzichtsarrest van de HR 4 juli 2017 wordt in dit verband opgemerkt:

“Een door enig persoon in verband met een strafzaak afgelegde en de verdachte belastende of ontlastende verklaring, zoals die onder meer kan zijn vervat in een ambtsedig proces-verbaal, wordt ingevolge de autonome betekenis welke toekomt aan de term ‘witnesses/témoins’ in art. 6, derde lid aanhef en onder d, EVRM, in het perspectief van het EVRM aangemerkt als verklaring van een getuige als aldaar bedoeld. Op grond van deze verdragsbepaling heeft de verdediging aanspraak op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding te (doen) ondervragen. Art. 6 EVRM biedt een verdachte evenwel niet een onbeperkt recht om getuigen te doen horen.<sup>16</sup>

Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan om een getuige te (doen) ondervragen, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring in strijd komen met art. 6 EVRM.<sup>17</sup>

Het ondervragingsrecht is niet absoluut. Uitgangspunt van het EHRM is dat voor inbreuken op het ondervragingsrecht een goede reden moet bestaan en dat het nadeel dat de verdediging ondervindt door deze inbreuk dient te worden gecompenseerd indien de verklaring een beslissende rol heeft gespeeld in de bewezenverklaring.

De rechtspraak van het EHRM verschaft inzicht wanneer het ontbreken van een behoorlijke en effectieve mogelijkheid voor de verdediging om de getuige te ondervragen in strijd kan komen met artikel 6 EVRM. De rechtspraak van het EHRM over het ondervragingsrecht als vervat in artikel 6, lid 1 en lid 3, aanhef en onder d, EVRM is omvangrijk en wordt in deze bijdrage op hoofdlijnen geschetst waarmee de meest invloedrijke uitspraken van het EHRM aan bod zullen komen.

Allereerst verdient in dit verband de zaak *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* vermelding.<sup>18</sup> Het EHRM heeft met deze uitspraak een nieuwe lijn ingezet. Het in dit arrest gehanteerde beoordelingsmodel is thans leidend en in opvolgende rechtspraak heeft het EHRM getracht verduidelijking aan te brengen in dit beslissingsmodel. Ook dit beslissingsmodel is nog niet uitgekristalliseerd en aan ontwikkeling onderhevig.

### 3.1 **Beoordelingsmodel EHRM**

Het beoordelingsmodel van het EHRM komt – samengevat – op het navolgende neer.

Het gebruik van getuigenverklaringen die zijn vergaard gedurende het politieonderzoek en/of een gerechtelijk vooronderzoek hoeft op zichzelf geen strijd op te leveren met artikel 6, lid 1 en lid 3, aanhef en onder d, EVRM indien de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Als regel vereisen de rechten van de verdediging dat de verdachte een passende en deugdelijke mogelijkheid heeft gehad een getuige à charge te ondervragen en de betrouwbaarheid van de getuige te toetsen, ofwel op het moment dat de getuige zijn verklaring aflegt, dan wel in een later stadium van de gerechtelijke procedure.

<sup>16</sup> Hoge Raad 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, r.o. 3.3.1.

<sup>17</sup> HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, r.o. 3.3.2.

<sup>18</sup> EHRM 15 december 2011, applicatienummer 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).



Op het moment dat de verdediging geen effectieve mogelijkheid heeft gehad tot het ondervragen van een belastende getuige kijkt het EHRM naar een drietal aspecten, welke in *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* als beoordelingsmodel zijn geïntroduceerd:

- i. Bestond er een goede reden voor het onthouden of beperken van het ondervragingsrecht?
- ii. Berustte de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate op verklaringen die niet (in volle omvang) via het ondervragingsrecht konden worden getoetst?
- iii. Waren er voldoende compenserende factoren, waaronder sterke procedurele waarborgen, om de eerlijkheid van het proces als geheel te kunnen waarborgen?

Er wordt door het EHRM niet strikt vastgehouden aan bovenvermelde volgorde. In de jurisprudentie die is gevolgd op *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* wordt ook wel een andere volgorde gehanteerd. Zo ging in de zaken *Damir Sibgatullin/Rusland*<sup>19</sup>, *Sarkizov e.a./Bulgarije*<sup>20</sup> en *Gani/Spanje*<sup>21</sup> de vraag naar het gewicht van de verklaring vooraf aan de vraag of de inperking op het ondervragingsrecht noodzakelijk was. Wel wordt door het EHRM opgemerkt in de zaak *Schatschaschwili* tegen Duitsland<sup>22</sup>:

“113 (...) the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness’s absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 § 1 and 3 (d).” (NB: onderstreping auteurs).

Het beoordelingsmodel van het EHRM als opgenomen in *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* en latere jurisprudentie wordt niet alleen toegepast in de gevallen waarin de verdediging de getuige niet op enig moment in de procedure heeft kunnen ondervragen, maar ook in die gevallen waarin de verdediging weliswaar de gelegenheid is geboden tot het stellen van vragen, maar waarin het ondervragingsrecht niet in volle omvang kon worden uitgeoefend. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de verdediging niet op de hoogte is van de identiteit van de getuige of de getuige een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht.<sup>23</sup>

De opstelling van de verdediging is wel van belang voor de beoordeling of het recht op een eerlijk proces is geschonden. In de zaak *Perna/Italië*<sup>24</sup> overwoog het EHRM in dit verband:

“Consequently, is it not sufficient for an accused to complain that he was not permitted to examine certain witnesses; he must also support his request to call witnesses by explaining the importance of doing so and it must be necessary for the court to take evidence from the witnesses concerned in order to be able to establish the true facts.”

De Hoge Raad stelde in dit verband dat artikel 6 lid 3 onder d, EVRM zich niet verzet dat bepaalde eisen worden gesteld aan de onderbouwing van verzoeken tot het horen van getui-

19 EHRM 24 april 2012, applicatienummer 1413/05 (*Damir Sibgatullin/Rusland*).

20 EHRM 17 april 2012, applicatienummers 37981/09, 38022/06, 39122/06 en 44278 (*Sarkizov e.a./Bulgarije*).

21 EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08 (*Gani/Spanje*).

22 EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

23 EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06, 46699/06, 46699/06 (*Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (*Vidgen/Nederland*).

24 EHRM, 6 mei 2003, EHRC 2003/56 (*Perna/Italië*).

gen.<sup>25</sup> Daarbij is het van belang om vast te stellen of een getuige als belastende of als een ontlastende getuige moet worden aangemerkt. In dit verband wordt doorverwezen naar de hierboven aangehaalde rechtsoverweging uit de zaak Schatschaschwili tegen Duitsland waarbij wordt gesproken over een ‘prosecution witness’. De kwalificatie van de getuige bepaalt zo op welke wijze moet worden beoordeeld of de getuige had moeten worden opgeroepen. Ten aanzien van een getuige à décharge zal het EHRM minder snel aannemen dat deze had moeten worden opgeroepen. Sterker nog, in de zaak *Dorokhov/Rusland* oordeelde het EHRM dat het in het kader van een behoorlijke procesorde het recht tot het oproepen van dergelijke getuigen aan banden kan worden gelegd:

“The Court further reiterates that the right to call witnesses for the defense is not absolute and can be limited in the interests of the proper administration of justice. As a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce. More specifically, Article 6 § 3 (d) leaves it primarily to them to assess whether it is appropriate to call witnesses; it does not require the attendance and examination of every witness on the accused’s behalf: its essential aim, as it is indicated by the words “under the same conditions”, is full equality of arms in the matter (see, for example, *Vidal v. Belgium*, judgment of 25 March 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33). In respect of witnesses on behalf of the accused, only exceptional circumstances could lead the Court to conclude that a refusal to hear such witnesses violated Article 6 of the Convention (see *Bricmont v. Belgium*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 158, § 89)”.<sup>26</sup>

Met het oog op de Europeesrechtelijke jurisprudentie kan dan ook gesteld worden dat aan verzoeken tot het horen van getuigen a décharge (witness for the defence) zwaardere motiveringseisen gesteld worden dan bij verzoeken tot het horen van belastende getuigen. Bij de beoordeling van deze getuigenverzoeken a décharge mag zowel de ‘sole and decisive’-regel als ook de ‘proper administration of justice’ een rol spelen.<sup>27</sup> In het licht van deze Europeesrechtelijke jurisprudentie kan ter discussie worden gesteld of het enkele expliciete verzoek tot het horen van een getuige à charge voldoende is.

### 3.2 *Verskil in toetsingskader tussen het EHRM en HR*

De vraag die voorligt is hoe de eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van getuigen à charge in het Nederlandse strafproces zich verhouden tot de jurisprudentie van het EHRM. Voor de verdediging is dit van belang, nu zij enerzijds gebonden is aan de vereisten van de Hoge Raad om haar getuigenverzoek te motiveren, maar anderzijds een brug dient te maken naar Europeesrechtelijke jurisprudentie om te bewerkstelligen dat een eventueel afgewezen getuigenverzoek ‘Straatsburg-proof’ wordt gemaakt – teneinde haar recht te kunnen behalen in een EHRM-procedure.

In zijn proefschrift *Stille Getuigen* heeft Bas de Wilde in een uitgebreide analyse de vraag beantwoord hoe de Nederlandse eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van een getuige à charge zich verhouden tot de Straatsburgse jurisprudentie.<sup>28</sup>

25 HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2523.

26 EHRM 14 februari 2008, appl.no. 66802/01 (*Dorokhov/Rusland*), § 65.

27 Rb. Gelderland, 23 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1646, r.o. 1.2.

28 B. de Wilde, *Stille getuigen, het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (art. 6 lid 3 sub d EVRM)*, Deventer: Kluwer 2015.

Eenvoudigweg onderscheidt het EHRM volgens de Wilde de navolgende vier beoordelingsfactoren:

1. Heeft de verdediging een adequate ondervragingsmogelijkheid gekregen?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: ga naar vraag 2
2. Bestond er een goede reden voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid?
  - a. Ja: ga naar vraag 3
  - b. Nee: schending
3. Is veroordeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de niet behoorlijk door de verdediging gehoorde getuige?
  - a. Ja: ga naar vraag 4
  - b. Nee: schending
4. Is voldoende compensatie geboden bij ontbreken van een dergelijke mogelijkheid?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: schending

Zoals we reeds bespraken heeft het EHRM inzake Schatschaschwili geconcludeerd dat de volgorde van bovenstaande stappen kan worden gerelativeerd naar de specifieke omstandigheden van het geval. Echter, vooropgesteld blijft dat vraag 1, of er een goede reden is voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid, in beginsel als preliminaire vraag kan worden gezien, die aan de volgende stappen vooraf moet gaan.<sup>29</sup> A-G Spronken noemt in haar conclusie van 17 januari 2017 dat, in de situatie dat al bij voorbaat duidelijk is dat de betreffende getuigenverklaring irrelevant is, als bijzondere omstandigheid een andere volgorde van de vragen aangenomen kan worden.<sup>30</sup> Zij leidt daaruit a contrario af dat, indien een getuigenverklaring voor het bewijs wordt gebruikt, de relevantie hiervan verondersteld wordt en er dus getoetst moet worden of er een goede reden is niet aan een verzoek tot het horen van de betrokken getuige door de verdediging tegemoet te komen.<sup>31</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat dergelijke goede redenen gerelateerd zijn aan de persoonlijke omstandigheden van de getuigen en niet aan de vraag of de getuigenverklaring betrouwbaar kan worden geacht, bijvoorbeeld gelet op het overige bewijs dat in de zaak voorhanden is.<sup>32</sup>

De Wilde zet tegenover voorgaand beslismodel van het EHRM het beslismodel van de Hoge Raad. Het beslismodel van de Hoge Raad is gebaseerd op de gevallen waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat er geen sprake is van onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM. In dit beslismodel worden de navolgende vier vragen door de Hoge Raad beantwoord:

1. Heeft de verdediging voldoende initiatief getoond?
  - a. Nee: geen schending
  - b. Ja: ga naar vraag 2
2. Is aan de verdediging een ondervragingsmogelijkheid geboden?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: ga naar vraag 3
3. Is er voldoende steunbewijs voor de door de verdachte betwist onderdelen van de getuigenverklaring?

---

<sup>29</sup> Zie ook A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

<sup>30</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.18.

<sup>31</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.19.

<sup>32</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.19.

- a. Ja: geen schending
- b. Nee: ga naar vraag 4
- 4. Is er voldoende compensatie geboden?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: in de meeste gevallen schending

Wanneer men deze twee beslismodellen naast elkaar afzet valt direct op dat de Hoge Raad bij de beoordeling van een getuigenverzoek niet toetst of er een goede reden is om de getuige niet te laten ondervragen door de verdediging. Deze vraag wordt overgeslagen, terwijl het EHRM deze vraag als het ware preliminair onderstreept.<sup>33</sup> De Hoge Raad gaat – als aan de verdediging geen adequate ondervragingsmogelijkheid is geboden – direct door naar het belang van de verklaring voor de bewijsconstructie, waarbij wordt bezien of er voldoende ander bewijs beschikbaar is en of hierin ook elementen kunnen worden gevonden om de betwiste onderdelen van de getuigenverklaring te weerleggen.<sup>34</sup>

Het verschil in benadering tussen de Hoge Raad en het EHRM is opvallend en tegelijkertijd zorgwekkend. Het feit dat de Hoge Raad in haar beslissingsschema niet meeneemt of er een goede reden is de getuige niet te horen, impliceert dat de Hoge Raad niet veronderstelt dat de verdediging in principe het recht heeft een getuige à charge te ondervragen. Dit terwijl het EHRM een dergelijk recht wel veronderstelt. Het is een verschil in uitgangspositie met cruciale gevolgen voor de positie van de verdediging. Het EHRM gaat uit van een ‘Ja, tenzij’-benadering, terwijl de Hoge Raad meer en meer neigt naar een ‘nee, tenzij’-benadering, waarbij ernstig tekort kan worden gedaan aan de rechten van de verdediging ex artikel 6 lid 3 sub d, EVRM.

De verdediging moet bij de Hoge Raad allereerst voldoende initiatief nemen. Waar dit initiatief uit bestaat is in ieder geval een behoorlijke motivering van een getuigenverzoek op de daartoe aangewezen momenten in het strafproces. De Hoge Raad is zich ten zeerste bewust van het toetsingskader van het EHRM, zoals ook blijkt uit het tweede overzichtsarrest wat hierna zal worden besproken. Dit overzichtsarrest onderstreept onzes inziens maar weer eens de discrepantie tussen het beoordelingsmodel van het EHRM en de HR, echter wel op een opvallende manier.

#### 4. **Het tweede overzichtsarrest**

Het tweede overzichtsarrest van de Hoge Raad begint goed door de benadering en het toetsingsmodel van het EHRM uiteen te zetten.<sup>35</sup> Waar de strafrechtadvocaat zo meent hoopvol toe te lezen naar een ‘ja, tenzij’-benadering komt zij bedrogen uit. Nadere rechtsoverwegingen ten aanzien van de motiveringsplicht is juist wat zij aantreft.

De Hoge Raad stelt voorop dat bij het betrekken van EHRM-rechtspraak bij de uitleg van nationale regels in ogenschouw moet worden genomen dat de rechter al tijdens de behandeling van de strafzaak beslissingen moet nemen over het al dan niet oproepen van getuigen. Mede om deze reden meent de Hoge Raad dat de verdediging een verzoek om het oproepen

<sup>33</sup> Zie over de uiteenlopende toetsingskaders tussen de HR en het EHRM ook P.P.J. van der Meij, ‘Een dichotomie in de benadering van de ongehoorde getuige’, in: J.L. Baar, J.L.F. Groenhuijsen en E.M. Steller (red.), *Verstoord evenwicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 119-138.

<sup>34</sup> Zie A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172. Zij verwijst naar B. de Wilde, *Stille getuigen, het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d, EVRM)*, Deventer: Kluwer 2015.

<sup>35</sup> HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015.

en horen van een getuige dient te motiveren, om zo de rechter in staat te stellen de relevantie van het verzoek te beoordelen. Op deze manier kan de rechter het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een eerlijk proces al zo vroeg mogelijk in de procedure betrekken bij de beoordeling van het verzoek. De verdediging moet, aldus de Hoge Raad, per op te roepen getuige toelichten waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige uit hoofde van artikelen 348 Sv en 350 Sv te nemen beslissing. Deze eis aan de onderbouwing is niet in strijd met artikel 6 lid 3 onder d, EVRM, noch vloeit uit de rechtspraak van het EHRM voort dat deze eisen aan de motivering van verzoek tot oproepen en horen van een getuige te zwaar zouden zijn.

De Hoge Raad bouwt dit standpunt als volgt verder uit:

“3.7.2. Voor de eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van een getuige, maakt het in beginsel geen verschil of zo een verzoek een getuige “à charge” dan wel “à décharge” betreft. Wel zal in de regel gelden dat een in het vooronderzoek afgelegde verklaring van een getuige door de officier van justitie reeds bij de processtukken zal zijn gevoegd, zodat daaruit in het licht van art. 149a, tweede lid, Sv kan worden afgeleid dat, naar het oordeel van de officier van justitie, de inhoud van die door de getuige afgelegde verklaring redelijkerwijs van belang kan zijn voor de door de rechter te nemen beslissingen. Dat betekent echter niet zonder meer dat ook het horen van die getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing. Derhalve kan voor de onderbouwing van het verzoek tot het horen van een getuige niet worden volstaan met de enkele stelling dat bij de processtukken een verklaring van die getuige is gevoegd en – met het oog op de procedure in hoger beroep – evenmin met de enkele stelling dat die verklaring door de rechter in eerste aanleg voor het bewijs is gebezigd, maar dient te worden gemotiveerd waarin, gegeven de voeging van de reeds afgelegde verklaring bij de processtukken, de relevantie van het horen van de getuige is gelegen.

3.7.3. Ingeval het verzoek tot het horen een persoon betreft die in het vooronderzoek nog geen verklaring heeft afgelegd, dient de motivering van het verzoek betrekking te hebben op het belang van het afleggen van een verklaring door het horen van deze getuige voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing, en dienen in het bijzonder de redenen te worden opgegeven waarom de verklaring kan strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde dan wel ter onderbouwing van een verweer of standpunt dat betrekking heeft op een van de andere door de rechter uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissingen.

3.8.1. Of een verzoek tot het horen van getuigen naar behoren is onderbouwd alsook of het dient te worden toegewezen, zal de rechter in het licht van alle omstandigheden van het geval – en met inachtneming van het toepasselijke criterium – moeten beoordelen. De rechter dient, indien hij een verzoek afwijst, de feitelijke en/of juridische gronden waarop die afwijzing berust, in het proces-verbaal van de terechtzitting dan wel de uitspraak op te nemen. Die rechterlijke motiveringsplicht steunt mede op art. 6 EVRM.

3.8.2. In cassatie gaat het bij de beoordeling van de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen in de kern om de vraag of de beslissing begrijpelijk is in het licht van – als waren het communicerende vaten – enerzijds hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd en anderzijds de gronden waarop het is afgewezen.”

De overkoepelende gedachte in dit arrest is dus dat de rechter zich, in de beoordeling van een verzoek om het horen van een getuige, ervan dient te vergewissen dat de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Van de verdediging mag echter een behoorlijke motivering worden verwacht. Ook wanneer het verdedigingsbelang als maatstaf geldt mag een motivering worden verwacht, waarbij feiten of omstandigheden moeten worden aangevoerd waarom de verklaring van de belastende getuige onjuist is.

Zoals wij reeds aan de orde stelden lijkt het echter niet dat de wetgever een dergelijk vergaande motiveringsplicht voor ogen stond.<sup>36</sup> Hoewel de Hoge Raad wel spreekt in haar eerste overzichtsarrest van een ‘ja-tenzij’ benadering lijkt de praktijk anders te zijn.

In haar conclusie van 17 januari 2017 gaat A-G Spronken uitgebreid in op de zaak Keskin v. Nederland, nr. 2205/16, die thans nog steeds aanhangig is bij het EHRM.<sup>37</sup> In deze zaak ging het om een man die vervolgd werd wegens het feitelijk leiding geven aan oplichting gepleegd door een rechtspersoon. Tot het bewijs behoorden onder andere belastende verklaringen die een zevental getuigen ten overstaan van de politie heeft afgelegd. Keskin heeft, na een verstekveroordeling in eerste aanleg, appel ingesteld en door zijn raadsman is bij appelschriftuur verzocht de zeven getuigen te horen. De AG bij het hof is van mening dat de getuigenverzoeken kunnen worden toegewezen, maar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst in zijn arrest de verzoeken als onvoldoende onderbouwd af. Keskin wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van 6 maanden. Het door Keskin ingestelde cassatieberoep wordt op voet van artikel 80a RO niet-ontvankelijk verklaard. Keskin klaagt vervolgens bij het EHRM. Deze klacht is op 28 juni 2016 door het EHRM gecommuniceerd naar de Nederlandse regering door middel van een Statement of Facts waarin de procedure voor de nationale instanties wordt samengevat en waarin aan partijen gevraagd wordt zich uit te laten over de volgende vraag:

“Was the applicant’s right to a fair trial, as guaranteed by Article 6 §§ 1 and 3(d) of the Convention, infringed by the fact that neither he nor counsel were given the opportunity at any stage of the proceedings to examine seven prosecution witnesses whose statements to police were used in evidence against him?”<sup>38</sup>

Deze vraag werd door de Nederlandse staat op 29 december 2016 beantwoord met de ‘unilateral declaration’, oftewel een eenzijdige verklaring van de Nederlandse regering:

“15. The Government, by means of a unilateral declaration, acknowledges that at no stage of the criminal proceedings against the applicant was either the applicant himself or his counsel granted an opportunity to examine the seven prosecution witnesses whose statements to the police were used in evidence against him. This course of events was not in conformity with the requirements of article 6, paragraph 1 in conjunction with paragraph 3 (d) and thus constituted a violation of the Convention.”

Spronken stelt dat, ook al is in de Keskin-zaak nog geen finale beslissing van het EHRM gegeven – hetzij door een schraping van de rol, hetzij door een arrest waarin over de klacht wordt beslist –, het bovenstaande aanleiding tot bezinning geeft over de verenigbaarheid

36 Zie in dit verband meer uitgebreid A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

37 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.1. e.v.

38 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.5.

van de Nederlandse praktijk met betrekking tot het oproepen van getuigen met de vereisten van artikel 6 EVRM. Zij meent dat het immers niet goed denkbaar is dat het EHRM – als het tenminste tot een arrest komt – niet tot een schending van artikel 6 zal concluderen, gelet op het standpunt van de Nederlandse regering.

Spronken stelt in haar conclusie dat Keskin een goed voorbeeld is van hoe het er in de dagelijkse Nederlandse strafpraktijk aan toe gaat. Dit kunnen wij onderschrijven. Het enkele feit dat getuigenverklaringen in eerste aanleg voor het bewijs tegen een verdachte zijn gebruikt is, volgens de Hoge Raad, niet voldoende om het verdedigingsbelang bij het horen van die getuige te ondersteunen. Spronken stelt dat door deze ontwikkeling de oorspronkelijke marginale toets bij de toepassing van het verdedigingsbelang meer en meer op de achtergrond geraakt. Vanuit Straatsburgse toetsingsmechanisme levert dit echter een probleem op, dat zich nu in de zaak Keskin lijkt te manifesteren.

## 5. Afsluitend

De zaak Keskin stemt voor de verdediging hoopvol, juist nu dit in principe geen bijzondere zaak betreft, maar een situatie die we vaak terugzien in de Nederlandse rechtspraktijk. Indien Nederland in de zaak Keskin op de vingers wordt getikt door het EHRM kan dit wellicht leiden naar een beslismodel van de Hoge Raad dat meer overeenstemt met dat van het EHRM.

Dat dit verregaande consequenties kan hebben voor de verdediging moge in elk geval duidelijk zijn. De vereisten die het EHRM stelt aan de beoordeling en motivering van een getuigenverzoek doen recht aan de positie van de verdediging en bieden haar wel de reële mogelijkheid het onderzoek tegenwicht te bieden. Het is echter maar de vraag of het EHRM hiertoe over zal gaan. Mocht het EHRM geen verdere stappen richting Nederland nemen naar aanleiding van de zaak Keskin, dan blijft het voor de strafrechtadvocaat van belang haar getuigenverzoeken uitgebreid te motiveren om zo te voldoen aan de (zwaardere) eisen die de Hoge Raad aan de beoordeling en motivering van getuigenverzoeken stelt.

Brengt het nieuwe Wetboek van Strafvordering de strafrechtadvocaat dan verlichting? Een korte blik stemt weinig hoopvol. In plaats van het verdedigingsbelang en het noodzakelijkheids criterium zal in het kader van de beoordeling van een getuigenverzoek in aangewezen gevallen worden getoetst aan het relevantiecriterium. Met dit criterium wordt vastgesteld of de getuige redelijkerwijs van belang is voor op de terechtzitting te nemen beslissingen. Dit criterium wordt in de praktijk nu ook al vaak toegepast in het kader van het verdedigingsbelang, waardoor er naar verwachting weinig zal veranderen in de dagelijkse rechtspraktijk.

Ons advies is dan ook: blijf motiveren. Motiveer op basis van het beslismodel van de Hoge Raad, maar eveneens op basis van het beslismodel van het EHRM. Laat de weg naar Straatsburg open en bewandel hem indien aangewezen. Het zal namelijk bijzonder lastig zijn voor de Nederlandse rechtspraktijk om een EHRM-toets te doorstaan.