

Het ondervragingsrecht ten aanzien van belastende deskundigen in strafzaken

Over post-Keskin, Thijs H. en de Rosmalense ‘flatmoord’

Sjors Ligthart, Joeri Bemelmans & Johannes Bijlsma¹

Indien een getuige een verklaring met een belastende strekking heeft afgelegd, moet op basis van de post-Keskin rechtspraak van de Hoge Raad het belang bij het oproepen en horen van die getuige worden voorondersteld. Van de verdediging mag geen nadere onderbouwing van dit belang worden verlangd.

Op 13 september 2022 besliste de Hoge Raad dat deze uitgangspunten niet onverkort van toepassing zijn op de beoordeling van verzoeken tot het horen van belastende deskundigen. Dergelijke verzoeken moeten in de regel door de verdediging worden gemotiveerd. In deze bijdrage wordt het toetsingskader voor een verzoek tot het oproepen en horen van deskundigen in kaart gebracht en worden enkele vragen opgeworpen die richting kunnen geven aan de verdere ontwikkeling en mogelijke aanscherping van dit kader.

1. Inleiding

In zijn arrest van 20 april 2021 oordeelde de Hoge Raad, naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Keskin tegen Nederland*,² dat indien een getuige een verklaring met een belastende strekking heeft afgelegd, het belang bij het oproepen en horen van die getuige moet worden voorondersteld, zodat van de verdediging geen nadere onderbouwing van dit belang mag worden verlangd.³ Op 13 september 2022 besliste de Hoge Raad dat de uitgangspunten uit deze ‘post-Keskin’-rechtspraak over het oproepen en ondervragen van belastende getuigen, niet onverkort van toepassing zijn op de beoordeling van verzoeken tot het horen van deskundigen die een verklaring hebben afgelegd of een rapport hebben opgesteld met een voor de verdachte belastende strekking.⁴ Anders dan ten aanzien van belastende getuigen, moet een verzoek tot het oproepen en het horen van een belastende deskundige in de regel door de verdediging worden gemotiveerd. De verdediging dient daarbij toe te lichten welke onderdelen van het verrichte onderzoek en/of van de

afgelegde verklaring zij wil (laten) toetsen door middel van het horen van de deskundige. Daarbij kan van belang zijn dat de verdediging motiveert waarom daarvoor het oproepen en horen van de deskundige noodzakelijk is en niet een andere wijze van toetsing in aanmerking komt, zoals het laten uitvoeren van aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige of het (zo mogelijk) opnieuw laten uitvoeren van onderzoek door een andere deskundige.⁵

De uitspraak van de Hoge Raad komt op een moment waarop relatief veel aandacht bestaat voor de betrouwbaarheid van en omgang met deskundigenbewijs in strafzaken. Aanleiding daarvoor zijn onder meer de herziening in de zaak van de Rosmalense ‘flatmoord’⁶ en de uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch in de strafzaak tegen Thijs H.⁷ Zoals Hoving in zijn proefschrift schetst, werd de discussie over deskundigenbewijs in het strafproces aan het begin van de 21^e eeuw onder meer aangewakkerd door een aantal gerechtelijke dwalingen die mede werden veroorzaakt door een onjuiste omgang met (belastend) deskundigenbewijs, zoals in de Puttense moordzaak,

de Schiedammer parkmoord en de zaak tegen Lucia de B.⁸ Met de recente herziening en vrijspraak in de Rosmalense zaak, waar eveneens sprake bleek van gebrekkig deskundigenbewijs, is discussie over dit thema nog steeds actueel. In de strafzaak tegen Thijs H. vormen elkaar tegensprekende rapportages over de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte het hete hangijzer.⁹

Deze beide zaken illustreren opnieuw het belang van deskundigenrapportages voor de door de rechter op grond van de artikelen 348 en 350 Sv te nemen beslissingen en de complicaties die de beoordeling daarvan met zich kan brengen. Die complicaties kunnen zijn gelegen in de wijze waarop elk individueel deskundigenrapport en elke individuele rapporteur kan worden getoetst op betrouwbaarheid en onafhankelijkheid door de rechter als leek in de betreffende materie (Rosmalen), of in de wijze waarop de rechter een afweging moet maken in het geval van elkaar tegensprekende deskundigenrapportages (Thijs H.).

Een middel dat de rechter hierbij kan helpen, is het (doen) horen van de betreffende deskundige. De Hoge Raad stelt evenwel relatief hoge eisen aan het (doen) oproepen en ondervragen van belastende deskundigen. In ieder geval zijn de uitgangspunten van de post-Keskin-rechtspraak niet onverkort van toepassing in dit verband. Een verzoek door de verdediging tot oproeping van een deskundige moet in de regel worden gemotiveerd. In deze bijdrage brengen wij het toetsingskader voor een verzoek tot het oproepen en horen van deskundigen in kaart en werpen we enkele vragen op die richting kunnen geven aan de verdere ontwikkeling en mogelijke aanscherping van dit kader.

2. Deskundigen als ‘belastende getuige’?

De uitgangspunten uit de post-Keskin-rechtspraak van de Hoge Raad gelden voor getuigen die een verklaring heb-

ben afgelegd met een belastende strekking. Die beperking sluit aan bij het toetsingskader van het EHRM dat ziet op *prosecution witnesses*. Transplantatie van dit autonome EVRM-begrip naar het Nederlandse strafprocesrecht is echter niet probleemloos.¹⁰ In deze paragraaf gaan we daarom eerst in op wie volgens de Hoge Raad precies kwalificeert als *belastende* getuige en bespreken we het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen *getuigen* en *deskundigen*.

2.1 Belastende en ontlastende getuigen en rechtmatigheidsgetuigen

Het toepassingsbereik van de post-Keskin-rechtspraak is beperkt tot de oproeping van *belastende* getuigen.¹¹ Voor de oproeping van ontlastende en zogeheten rechtmatigheidsgetuigen¹² geldt het ‘reguliere’ getuigenregime, waarbij de verdediging haar belang bij het horen van de getuige dient te motiveren.¹³ Van een belastende getuige in de hier bedoelde zin – de Hoge Raad spreekt van een getuige die een verklaring met een belastende strekking heeft afgelegd – is volgens de post-Keskin-rechtspraak sprake in geval van:

‘een verklaring die door de rechter voor het bewijs van het tenlastegelegde feit zou kunnen worden gebruikt of al is gebruikt. Daarvan is in ieder geval sprake als de rechter in eerste aanleg een verklaring van een getuige voor het bewijs heeft gebruikt, en de verdediging in hoger beroep het verzoek doet deze getuige op te roepen en te (doen) horen.’¹⁴

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het voor het kwalificeren van een getuige als een *belastende* getuige van groot belang is met welk doel de verdediging de betreffende getuige wenst te ondervragen.

Transplantatie van het autonome EVRM-begrip *prosecution witnesses* naar het Nederlandse strafprocesrecht is niet probleemloos

Auteurs

1. Mr. dr. S.L.T.J. Ligthart en mr. J.H.B. Bemelmans zijn verbonden aan Tilburg University, Department of Criminal Law, respectievelijk als universitair docent en universitair hoofddocent. Prof. mr. dr. J. Bijlsma en Ligthart zijn verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht, respectievelijk als universitair hoofddocent en postdoc. Bijlsma is tevens als bijzonder hoogleraar strafrechtsfilosofie (leerstool Leo Polak) verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. EHRM 19 januari 2021, 2205/16 (*Keskin/Nederland*).
3. HR 20 april 2021, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes.
4. HR 13 september 2022, *NJ* 2023/57, m.nt. Reijntjes.
5. Idem, r.o.2.4.2-2.4.3.
6. Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7605; HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1604 Zie ook *NRC Vandaag*, ‘De invloed van forensisch echtpaar Eikelenboom op de “Rosmalense flatmoord”’, (podcast) 12 september 2022.

7. Hof Den Bosch 17 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:868; ‘Rechtens zetten onze deskundigheid weg als een mening’, *NRC* 17 oktober 2022.
8. R.A. Hoving, *Deskundigenbewijs in het strafproces* (diss. Groningen), Oisterwijk: WLP 2017, p. 15.
9. Zie ook J. Bijlsma, S. Ligthart & E. Nauta, ‘Gaat de Hoge Raad klare wijn schenken over ontoerekenbaarheid?’, *NJB* 2022/1135, afl. 18.
10. Vgl. toenmalig A-G Bleichrodt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:234) voor HR 20 april 2021, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes, onder 24-25; en F.C.W. de Graaf, ‘Belasten-

de en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM’, *DD* 2022/3.
11. Zie daarover uitvoerig De Graaf 2022.
12. Het gaat daarbij in de regel om getuigen die de verdediging beoogt te (doen) horen ter onderbouwing van een beroep op een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv. Vgl. A-G Aben in zijn conclusie van 11 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:123, onder 10; Y. Buruma, ‘De rechtmatigheidsgetuige’, *DD* 2000, afl. 9, p. 859-874.
13. Zie o.a. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015.
14. HR 20 april 2021, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.9.2.



© Shutterstock

Een getuige wiens verklaring in eerste aanleg voor het bewijs is gebruikt, geldt bijvoorbeeld niet zonder meer als belastende getuige wanneer het getuigenverzoek niet strekt tot het toetsen van de eerder afgelegde belastende verklaring op haar betrouwbaarheid. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de verdediging een getuige die eerder een voor het bewijs bruikbare verklaring heeft afgelegd, wenst te horen omtrent een vermeende onrechtmatigheid in het vooronderzoek (rechtmatigheidsgetuige),¹⁵ of omtrent hetgeen de getuige juist *niet* heeft verklaard.¹⁶ Voor de beoordeling van een verzoek tot oproepen en horen van dit soort getuigen, geldt in principe het reguliere getuigenregime: de verdediging dient het belang van het horen van de getuige te onderbouwen.

Doet de verdediging haar getuigenverzoek in het kader van een beroep op een strafuitsluitingsgrond, dan lijkt beslissend of de eerder door de betreffende getuige afgelegde verklaring (1) zou kunnen bijdragen aan het oordeel dat het feit wederrechtelijk en/of verwijtbaar is en

deze verklaring wordt betwist, of (2) een verklaring zou kunnen afleggen die het verweer van de verdachte ondersteunt. In het eerste geval wordt de getuige aangemerkt als een belastende getuige, in het tweede geval niet.¹⁷ Gezien de autonome uitleg van *prosecution witnesses* in de rechtspraak van het EHRM, is het aansprekend als het nationaalrechtelijke onderscheid van artikel 350 Sv tussen het bewijs van het tenlastegelegde enerzijds en de strafbaarheid van het feit en dader anderzijds, niet beslissend wordt geacht voor het antwoord op de vraag of sprake is van een *belastende* getuige.¹⁸

Ook deskundigen kunnen in hun rapportage verklaringen afleggen met een belastende strekking, welke verklaringen voorts voor het bewijs kunnen worden gebruikt (te denken valt aan de Rosmalense zaak). De verdediging kan een dergelijke belastende deskundige wensen te horen omdat zij de inhoud van de afgelegde verklaring of het opgestelde rapport betwist en/of de betrouwbaarheid ervan wenst te toetsen. Daarnaast kan een rapportage ver-

klaringen bevatten die kunnen bijdragen aan het oordeel dat het feit wederrechtelijk of verwijtbaar is. Dat komt vooral naar voren in de praktijk van de pro Justitia-rapportages door forensisch gedragsdeskundigen. Het is immers de gewoonte dat rapporteurs pro Justitia adviseren over de vraag of een feit aan de verdachte kan worden toegerekend. In de zaak tegen Thijs H. steunde de verwerping van het beroep op ontoerekenbaarheid door het Gerechtshof Den Bosch bijvoorbeeld vrijwel geheel op door de verdediging betwiste deskundigenrapporten. Die rapporten droegen bij aan het oordeel dat de bewezen feiten verwijtbaar waren en hadden zo gezien een belastende strekking.¹⁹ Ten slotte kunnen rapportages pro Justitia van belang zijn voor de beantwoording van de laatste materiële vraag van artikel 350 Sv: de vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd. Verklaringen daarover lijken niet als belastend te worden aangemerkt, nu deze geen betrekking hebben op de vraag of het feit kan worden bewezen of op de wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid ervan.²⁰ In ieder geval waar het gedragskundige rapportages pro Justitia betreft, kan daarover ook anders worden gedacht. De verklaring van de deskundigen dat Thijs H. aan een stoornis leed en dat sprake is van gevaar voor recidive, waren bijvoorbeeld aanleiding om aan hem de ingrijpende tbs-maatregel met dwangverpleging op te leggen.²¹ De vraag rijst of verklaringen over de aanwezigheid van sanctievoorwaarden – gelet op de veelal verstrekkende gevolgen daarvan – soms niet even ‘belastend’ kunnen zijn als verklaringen over de eerste drie vragen van artikel 350 Sv.²²

2.2 Getuigen en deskundigen

Het *Keskin*-arrest en de post-*Keskin*-rechtspraak hebben betrekking op getuigen. Naar Nederlands recht worden getuigen en deskundigen van elkaar onderscheiden, al is dat onderscheid niet haarscherp. Het verschil zit hem vooral in de bron waaraan zij hun wetenschap omtrent het verklaarde ontlenen. Getuigen verklaren over feiten en omstandigheden die zij zelf – zintuiglijk – hebben waargenomen of ondervonden, terwijl deskundigen verklaren over hetgeen hun specifieke kennis en wetenschap op een bepaald terrein hun leert. De overgang tussen beide typen verklaring is evenwel vloeiend. Een bepaalde deskundigheid stelt een getuige in staat waarnemingen te doen die

bij een leek als een ontoelaatbare gissing zouden worden opgevat.²³ Ook juist daarom worden deskundigen ingeschakeld om in een concrete strafzaak bepaalde waarnemingen te doen, bijvoorbeeld ten aanzien van sporen op een plaats delict of de geestesgesteldheid van de verdachte. Anders gezegd: er zijn niet alleen getuigen en deskundigen, maar ook deskundige getuigen en getuige-deskundigen.

Een scherp onderscheid tussen getuigen en deskundigen blijkt evenmin uit de rechtspraak van het EHRM, dat onder *witnesses* in de zin van artikel 6 lid 3 onder d EVRM tevens de zogenoemde *expert witness* begrijpt. Dat onderkent ook de Hoge Raad in het reeds genoemde arrest van 13 september 2022.²⁴ Hij voegt daaraan toe dat zulks evenwel niet betekent dat getuigen en deskundigen steeds volledig op één lijn kunnen of moeten worden gesteld als het gaat om de beoordeling van een verzoek tot het oproepen en horen van deskundigen en om het gebruik van een deskundigenverklaring voor het bewijs in overeenstemming met artikel 6 EVRM.²⁵ De Hoge Raad citeert in dit verband een overweging van het EHRM uit het arrest *Danilov tegen Rusland*:

‘the role of expert witnesses can be distinguished from that of an eye-witness who must give to the court his personal recollection of a particular event. In analysing whether the appearance in person of an expert at the trial was necessary, the Court will therefore be primarily guided by the principles enshrined in the concept of a “fair trial” under Article 6 § 1 of the Convention, and in particular by the guarantees of “adversarial proceedings” and “equality of arms”. That being said, some of the Court’s approaches to the examination in person of “witnesses” under Article 6 § 3 (d) are no doubt relevant in the context of the examination of expert evidence, and may be applied, *mutatis mutandis*, with due regard to the difference in their status and role.’²⁶

Hierbij benadrukt de Hoge Raad dat:

‘de verklaring of het schriftelijke verslag van een deskundige – anders dan de verklaring van een getuige – in de regel niet betrekking heeft op de waarneming van gebeurtenissen die verband houden met

15. Zie HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1279; HR 15 november 2022, NJ 2023/58, m.nt. Reijntjes. Een grensgeval was in onze ogen HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2022:997, waarin aan het verzoek zowel een onrechtmatigheidsthese als – summier – betrouwbaarheidsperikelen ten grondslag waren gelegd. De Hoge Raad achtte het *Keskin*-kader van toepassing en vernietigde het bestreden arrest.

16. Bijvoorbeeld HR 19 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:498. Vgl. hierover ook D.A.G. van Toor & R.L.M. Klomberg, ‘Het horen van getuigen à charge na *Keskin*: een overzicht’, NTS 2022/54, § 3, die erop

wijzen dat dientengevolge de verdediging soms beter lijkt te kunnen volstaan met een niet nader onderbouwd verzoek.

17. Vgl. en contrasteer HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1280 met HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1090.

18. In HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1280 stelde de Hoge Raad wel voorop dat de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden bestanddeel is van mishandeling. In hoeverre hij dat zelf beslissend achtte, kan op basis van deze uitspraak niet met zekerheid worden gezegd.

19. Zie in dit verband ook M.M. Dolman, *De deskundige in het strafproces*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 75-76, die

onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2006/07, 31116, 3, p. 24 benadrukt dat voor het horen van de deskundige volgens de wetgever met name aanleiding bestaat indien het schriftelijk verslag op zichzelf beschouwd of in relatie tot verslagen van andere deskundigen vragen oproept, zoals in de situatie dat deskundigen tot verschillende bevindingen komen omtrent de toerekenbaarheid.

20. Reijntjes in zijn noot HR 13 september 2022, NJ 2023/57, onder 3.

21. Hof Den Bosch 17 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:868.

22. Vgl. J. Bijlsma, ‘Het is tijd voor een ongevaarlijkepresumptie. Beschouwing

naar aanleiding van J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen*, RM Themis 2021, p. 81-92.

23. Zie G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 824-825 en de daar aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad.

24. HR 13 september 2022, NJ 2023/57, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.1.

25. HR 13 september 2022, NJ 2023/57, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.1.

26. EHRM 1 december 2020, 88/05 (*Danilov/Rusland*), § 109.

De relevantie van het onderscheid tussen enerzijds de bevindingen van deskundigen en anderzijds die van getuigen voor de beoordeling van de vraag of zij moeten worden opgeroepen en gehoord, is voor ons niet evident

het begaan zijn van het strafbare feit waarvan de verdachte wordt beschuldigd. De verklaring of het verslag van een deskundige is veeleer gericht op het geven van voor de strafzaak relevante informatie over of het ten behoeve van de strafzaak doen van onderzoek op een terrein waarvan die persoon specifieke of bijzondere kennis bezit.²⁷

De relevantie van dit onderscheid tussen enerzijds de bevindingen van deskundigen en anderzijds die van getuigen voor de beoordeling van de vraag of zij moeten worden opgeroepen en gehoord, is voor ons niet evident. Zowel het EHRM als de Hoge Raad wijzen op een descriptief verschil tussen de verklaring van getuigen en deskundigen, en de Hoge Raad licht nog iets nader toe waarin dat verschil volgens hem precies is gelegen. Een antwoord op de vraag waarom dat verschil vanuit normatief oogpunt een andere benadering rechtvaardigt ten aanzien van het ondervragingsrecht, is daarmee evenwel nog niet gegeven.²⁸ Het moge inderdaad zo zijn dat – anders dan een getuige – een deskundige in de regel niet zal verklaren over de *eigen* waarneming van het tenlastegelegde feit, maar dat hoeft niets af te doen aan het beslissende effect van een deskundigenverklaring op de beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 Sv.²⁹ Het verschil brengt ook niet mee dat een dergelijke verklaring naar haar aard steeds minder vatbaar is voor discussie over de betrouwbaarheid ervan.³⁰ En evenmin is evident dat ondervraging in het geval van een deskundige een niet of minder geschikt instrument zou zijn om de betrouwbaarheid van de verklaring van een deskundige te toetsen dan bij een getuige het geval is. De hiervoor genoemde Rosmalense zaak en de zaak tegen Thijs H. illustreren dat goed. De bevindingen van deskundigen speelden in deze zaken een cruciale rol in de rechterlijke oordeelsvorming, terwijl daarbij telkens een of meer vraagtekens konden worden gezet.

3. Het ondervragen van belastende deskundigen: de relevantie van alternatieven

Volgens de Hoge Raad geldt dat de verdachte op grond van artikel 6 EVRM het recht heeft de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van een door een deskundige afgelegde verklaring of opgesteld rapport te onderzoeken indien de verklaring of het rapport een voor de verdachte belastende strekking heeft. Van belang daarbij acht hij echter dat een ondervraging van een deskundige in aanwezigheid van de verdediging niet de enige mogelijkheid is om diens bevindingen en conclusies aan een (nader) onderzoek te onderwerpen. Andere potentieel effectieve mogelijkheden om deskundigenbewijs te betwisten betreffen volgens de Hoge Raad onder meer: het laten opstellen van

een nader rapport door de deskundige waarin vragen van de verdediging worden beantwoord; het laten uitvoeren van aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige; het laten beoordelen van de resultaten van het onderzoek van de deskundige door een andere deskundige; en het (zo mogelijk) opnieuw laten uitvoeren van onderzoek door een andere deskundige. Welke mogelijkheid van onderzoek en betwisting precies aan de verdediging moet worden geboden met het oog op het waarborgen van de eerlijkheid van het proces, hangt af van de aard en de inhoud van de bevindingen en de conclusies van de deskundige alsmede van de concrete omstandigheden van het geval.³¹ Dat is een andere benadering dan ten aanzien van getuigen, in welk kader het recht tot ondervraging nadrukkelijk vooropstaat en eventuele alternatieven om de betrouwbaarheid te toetsen moeten worden beschouwd als een vorm van compensatie voor het niet kunnen uitoefenen van dat recht.

Een verzoek tot het oproepen en horen van een deskundige moet in principe door de verdediging worden gemotiveerd, waarbij mag worden verlangd dat de verdediging toelicht welke onderdelen van het deskundigenonderzoek en/of van de opgestelde of afgelegde verklaring zij wil (doen) toetsen door middel van het horen van de deskundige. Daarbij kan volgens de Hoge Raad van belang zijn dat de verdediging ook motiveert waarom daarvoor het oproepen en horen van de deskundige nodig is en niet een andere wijze van toetsing in aanmerking komt.³² Een en ander geldt ook wat betreft het oproepen en horen van een opsporingsambtenaar die technisch opsporingsonderzoek heeft verricht, ofwel: opsporingsonderzoek waarvoor een zekere mate van specifieke of bijzondere kennis is vereist, zoals het veiligstellen van DNA-materiaal.³³

Wat opvalt aan deze benadering van de Hoge Raad, is dat het gewicht of het belang van de bevindingen en conclusies van de deskundige voor de door de rechter te nemen beslissingen niet expliciet wordt beschouwd als afzonderlijke relevante factor, terwijl de rechtspraak van het EHRM hiertoe wel aanleiding lijkt te geven. Volgens Hoving is het *specifieke belang* van bepaald deskundigenbewijs voor het uiteindelijke oordeel van de rechter bijvoorbeeld een belangrijke factor in de rechtspraak van het EHRM over het horen van deskundigen:

‘Met betrekking tot het horen van deskundigen gebruikt het Hof weliswaar regelmatig andere begrippen, maar ook hierbij geldt dat des te belangrijker de beweringen van de deskundige zijn voor het oordeel van de rechter des te eerder het recht op een *fair hearing* is geschonden als de deskundige niet wordt gehoord. In plaats van ‘solely or decisive degree’ spreekt het Hof over ‘the dominant role’ van de des-

kundige. Een overkoepelend begrip is of de getuige of de deskundige ‘a key role in the proceedings’ inneemt. In beginsel is het recht op een eerlijk proces geschonden als de verdachte niet in de gelegenheid is gesteld de deskundige à charge te horen als die deskundige een dominante rol heeft gespeeld in het strafproces.³⁴

In vergelijkbare zin merkt De Graaf op dat het EHRM bij de beoordeling van klachten over een schending van het ondervragingsrecht met betrekking tot belastende deskundigen hetzelfde toetsingskader hanteert als voor belastende getuigen. Daarbij geldt dat het gewicht van de deskundigenverklaring voor het bewijs een belangrijke beoordelingsfactor is. Hoe groter de betekenis van het deskundigenbewijs, des te eerder een schending van artikel 6 EVRM, zo constateert zij.³⁵ Ook Dolman stelt dat het EHRM het horen van deskundigen à charge op een vergelijkbare wijze behandelt als het horen van getuigen à charge; indien de deskundige een ‘key place in de proceedings’ inneemt en de verdediging niet in de gelegenheid is gesteld de deskundige te horen, kan in beginsel geen sprake zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM wanneer de verklaring van die getuige voor het bewijs wordt gebruikt.³⁶

Een mogelijke reden waarom de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2022, net zoals de A-G, niet refereert aan het gewicht, belang of de dominante rol van de bevindingen van de deskundige als relevante factor voor de beoordeling van verzoeken tot het horen van die deskundige, is dat de rechter strikt genomen het belang en gewicht van die verklaring pas achteraf in de raadkamer vaststelt en dus pas dan tot de conclusie kan komen dat de verdediging de gelegenheid tot ondervraging had moeten worden geboden en alsnog moet worden geboden. De vraag of door het niet-horen het ondervragingsrecht wordt geschonden, komt dan pas aan de orde bij de beoordeling of de verklaring of rapportage voor het bewijs kan worden gebruikt. Dezelfde gedachtegang is ten aanzien van getuigen steeds gevolgd, maar kon niet verhinderen dat het EHRM in *Keskin* oordeelde dat de rechtspraak inzake het ondervragingsrecht tevens meebrengt dat het belang van de verdediging bij het ondervragen van een belastende getuige moet worden verondersteld.³⁷ Het is de vraag of het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM niet op vergelijkbare wijze de schaduw vooruitwerpt bij de beoordeling van verzoeken tot het ondervragen van deskundigen. De rechtspraak van het EHRM lijkt daarvoor aanwijzingen te bevatten.

In zijn voor de Nederlandse praktijk zo ingrijpende rechtsoverweging 45 van *Keskin*, noemt het EHRM als precedent voor die belangrijke overweging de zaak *Khodorkovskiy en Lebedev tegen Rusland*. Daarin was al eerder overwogen dat het belang van de verdediging bij ondervraging moet worden voorondersteld. In die zaak ging het om door de vervolgende instantie ingebrachte verklaringen van *experts*, die de verdediging niet had kunnen ondervragen. Het belang van de verdediging bij het horen van die deskundigen moest worden verondersteld.³⁸ Dat zou betekenen dat een deskundige die belastend heeft verklaard of gerapporteerd, ongeacht of deze deskundige een dominante of cruciale rol heeft in het strafproces, in beginsel zonder onderbouwing van het verzoek mag worden gehoord. In de literatuur is onder verwijzing naar deze uitspraak eerder al gesuggereerd dat dit inderdaad het geval is.³⁹

In het door de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2022 geciteerde arrest *Danilov tegen Rusland*, verwijst het EHRM bij de bespreking van de algemene uitgangspunten met betrekking tot het ondervragingsrecht ten aanzien van deskundigen naar die zaak *Khodorkovskiy en Lebedev tegen Rusland*. Het ging in de zaak *Danilov* om een natuurkundige die werd veroordeeld wegens hoogverraad, omdat hij informatie over een bepaald ruimtesimulatiesysteem van de universiteit had gedeeld met Chinese collega's, welke informatie volgens acht rapporten van tien deskundigen moest worden aangemerkt als staatsgeheim. Danilov beklagt zich erover dat hij niet in staat is gesteld de *prosecution's experts* te ondervragen noch zelf deskundigen heeft kunnen oproepen. De rechtbank had bepaald dat het horen van de deskundigen niet noodzakelijk was. De rapporten waren duidelijk en de rechtbank verlangde in dat verband geen aanvullende informatie. Het verzoek van Danilov was – in de woorden van het EHRM – bovendien ‘not particularly detailed, and only referred to his rights under Article 6 § 3 (d) of the Convention’. In hoger beroep werd aangevoerd dat ondervraging noodzakelijk was om te laten zien dat de deskundigen de vereiste expertise misten, maar de appelrechter benadrukte dat de deskundigen *proper expertise* hadden met betrekking tot de door hen te beantwoorden vraag over staatsgeheimen.

Bij de uiteenzetting van de algemene uitgangspunten overweegt het EHRM, zoals de Hoge Raad citeert, onder meer dat getuigen en deskundigen in bepaalde opzichten van elkaar verschillen, maar dat sommige onderdelen van de Straatsburgse rechtspraak over het horen van getuigen *mutatis mutandis* ook van toepassing zijn op het horen van deskundigen. Vervolgens stelt het

27. HR 13 september 2022, *NJ* 2023/57, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.1.

28. Vgl. A-G Aben in zijn conclusie voor HR 15 november 2022, *NJ* 2023/58, m.nt. Reijntjes, onder 16, die het onderscheid tussen getuigen en deskundigen in die zaak niet cruciaal achtte “aangezien het in deze rechtspraak ten aanzien van de oproeping (en het horen) van zowel getuigen als deskundigen gaat om het waarborgen van de aanspraak op het uitoefenen van verdedi-

gingsrechten aangaande de vraagpunten van de artikelen 348 en 350 Sv.”

29. Vgl. Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 155, die een onderscheid maken tussen bewijsdeskundigen en gedragsdeskundigen en tegelijkertijd erkennen dat het hierbij niet gaat om een scherp onderscheid.

30. Vgl. Reijntjes in zijn noot bij *NJ* 2023/57, onder 2-3.

31. HR 13 september 2022, *NJ* 2023/57, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.2.

32. *Idem*, r.o. 2.4.3.

33. *Idem*, r.o. 2.4.4. Zie bijvoorbeeld HR 15 november 2022, *NJ* 2023/58, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.3 (zie ook de noot bij dit arrest, waarin Reijntjes het onderscheid tussen ‘gewone’ verbalisanten en verbalisanten die technisch onderzoek verrichten, niet overtuigend acht).

34. Hoving 2017, p. 339.

35. F.C.W. de Graaf, ‘Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het

EHRM’, *DD* 2022/3, p. 52.

36. Dolman 2022, p. 96.

37. Zie bijvoorbeeld HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.9 en HR 20 april 2021, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

38. EHRM 25 juli 2013, 11082/06 en 13772/05 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*), § 112.

39. De Graaf 2022, p. 52-53; Hoving 2017, p. 341-342.

Hof – en dat lezen we niet terug in het arrest van de Hoge Raad – dat:

‘One of the requirements of a fair trial is the possibility for the accused to confront the witnesses in the presence of the judge who must ultimately decide the case, because the judge’s observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused: the defence must have the right to study and challenge not only an expert report as such, but also the credibility of those who prepared it, by direct questioning.’⁴⁰

Bij de toepassing van deze algemene uitgangspunten op de klacht van Danilov, benadrukt het EHRM dat de acht rapporten van de tien deskundigen waren opgemaakt tijdens het opsporingsonderzoek op verzoek van de openbare aanklager.⁴¹ De conclusie uit die rapporten – dat de informatie die klager had gedeeld staatsgeheim was – vormde een belangrijk onderdeel van het aan klager ten laste gelegde delict hoogverraad, waarop de aanklager de verdenking en de rechter zijn veroordeling deels hebben gebaseerd. Volgens het Hof waren de bevindingen van de deskundigen ‘of crucial relevance’ voor de uitkomst van de strafzaak.⁴² Daarnaast overweegt het Hof dat zelfs indien de deskundigenverslagen geen ‘major inconsistencies’ (leken te) bevatten, het horen van de deskundigen mogelijk wel eventuele belangenconflicten, ontoereikend onderzoeksmateriaal of gebreken in de onderzoeksmethoden aan het licht had kunnen brengen.⁴³ Het EHRM stelt uiteindelijk een schending vast van artikel 6 EVRM:

‘To sum up, the applicant’s conviction for high treason by disclosure of a State secret was based on the opinions of experts who were neither cross-examined during the trial, nor during the investigation stage. Based on the above, the Court concludes that the refusal to allow the applicant to cross-examine the expert witnesses whose reports were later used against him was capable of substantially affecting his fair-trial rights, in particular the guarantees for “adversarial proceedings” and “equality of arms”. There has accordingly been a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.’⁴⁴

Niet (slechts) het gebruik van de verklaringen als bewijs, maar (ook) de afwijzing van het verzoek die deskundigen te mogen ondervragen over die later gebruikte verklaringen, leidde dus tot een verdragsschending.

De opvatting van de Hoge Raad dat een verzoek tot het oproepen en het horen van een deskundige *à charge* in de regel door de verdediging moet worden gemotiveerd en dus ook met een verwijzing naar het gebrek aan die motivering kan worden verworpen, lijkt met de genoemde EHRM-rechtspraak op gespannen voet te staan.⁴⁵ Door niet te verlangen dat de rechter bij de beoordeling van zo’n verzoek afzonderlijk aandacht besteedt aan het gewicht, belang of de dominante rol van bepaald deskundigenbewijs als relevante factor voor het al dan niet (doen) horen van deskundigen, maar in plaats daarvan de nadruk te leggen op andere ‘potentieel effectieve mogelijkheden’ om de bevindingen en conclusies van een deskundige te onderzoeken en te betwisten, rijst bovendien de vraag of zo voldoende recht kan worden gedaan aan het uitgangspunt in de rechtspraak van het EHRM dat indien een deskundigenverklaring een dominante rol in het strafproces speelt, de verdediging een recht moet hebben (*must have a right*) om de deskundige te ondervragen (*direct questioning*).

4. Afsluitende opmerkingen

De strafzaak tegen Thijs H. en de herziening in de Rosmalense zaak illustreren eens te meer hoe beslissend de inbreng van deskundigen kan zijn voor de door de strafrechter te nemen beslissingen uit hoofde van de artikelen 348 en 350 Sv. De omgang met en waardering van dat deskundigenbewijs raakt bovendien aan het recht van de verdachte op een eerlijk strafproces. Bij de bepaling van het toepassingsbereik van het ondervragingsrecht ten aanzien van deskundigen rijzen lastige afbakeningsvragen.

De door de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2022 vooropgestelde overweging dat de regels die zijn geformuleerd in de post-Keskin-rechtspraak niet ‘onverkort’ van toepassing zijn op het oproepen en horen van belastende deskundigen, zou kunnen doen vermoeden dat de Hoge Raad in dit verband uitgaat van een soort ‘Keskin-light-benadering’. Daarbij vormen dan de regels uit ‘post-Keskin’ het uitgangspunt, maar pakken zij in de toepassing iets minder strikt uit. Bij nadere bestudering van het arrest van 13 september 2022, lijkt echter eerder sprake te zijn van een ‘regulier-getuigenregime-plus-benadering’. Een verzoek tot het oproepen en horen van een belastende deskundige moet in de regel door de verdediging worden gemotiveerd, overeenkomstig het reguliere getuigenregime. Daar komt bovenop dat niet alleen wordt verlangd dat de verdediging (1) toelicht welke onderdelen van het deskundigenonderzoek en/of de verklaring zij wil toetsen, maar ook dat zij (2) motiveert waarom daarvoor het oproepen en horen van de deskundige noodzakelijk is

De opvatting van de Hoge Raad dat een verzoek tot het oproepen en het horen van een deskundige *à charge* door de verdediging moet worden gemotiveerd en dus met een verwijzing naar het gebrek aan die motivering kan worden verworpen, lijkt met de genoemde EHRM-rechtspraak op gespannen voet te staan

en niet kan worden volstaan met een alternatieve wijze van toetsing. Daarmee lijkt de Hoge Raad aanvullende eisen te stellen aan een verzoek tot het oproepen en horen van belastende deskundigen ten opzichte van de algemene motiveringseisen die gelden voor verzoeken tot het horen van ontlastende getuigen en rechtmatigheidsgetuigen. Van het door het EHRM gehuldigde uitgangspunt dat recht bestaat op een directe confrontatie met de *expert witness* van de *prosecution*, staat dat tamelijk ver af. Een rechtvaardiging voor de aanvullende motiveringseisen ten aanzien van het horen van deskundigen, kan naar ons inzicht dan ook niet worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM, ook niet die waaraan de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2022 expliciet refereert. Daaruit vloeit immers voort dat indien een belastende deskundigenverklaring een dominante rol speelt in het strafproces, de verdediging een recht moet hebben om de deskundige te ondervragen. Dat en waarom de aard van de verklaring van een deskundige meebrengt dat ondervraging van een belastende deskundige in zijn algemeenheid minder van belang is, spreekt evenmin vanzelf en blijkt ook niet uit het arrest van de Hoge Raad.

Het moge duidelijk zijn dat de opvattingen van het EHRM over het ondervragingsrecht zich in hun algemeenheid moeizaam verhouden tot de Nederlandse praktijk, waarin getuigen en deskundigen veelal werden (en worden) gehoord in het vooronderzoek en zonder dat de verdediging daarbij aanwezig is. Door getuigen en deskundigen in dit kader van elkaar te onderscheiden, heeft de Hoge Raad de ingrijpende gevolgen van het *Keskin*-arrest vooralsnog tot die eerste categorie weten te beperken. Maar is dit onderscheid houdbaar?

Het ondervragingsrecht geldt weliswaar niet 'onverkort' voor *expert witnesses*, maar erkend moet tegelijker-

tijd worden dat het in artikel 6 lid 3 sub d EVRM vervatte ondervragingsrecht ook ten aanzien van deskundigen in principe van toepassing is. Wellicht zou een 'Keskin-light-benadering' ten aanzien van de deskundige dan ook meer aanspreken. De post-Keskin-rechtspraak van de Hoge Raad biedt al handvatten om licht- of onzinnige verzoeken af te wijzen, welke handvatten nog wat zouden kunnen worden aangescherpt waar het gaat om *expert witnesses*. Zo is afwijzing van een getuigenverzoek mogelijk op de grond dat het horen van die getuige onmiskenbaar irrelevant of overbodig is, hetgeen zich bijvoorbeeld voordoet als de verklaring betrekking heeft op feiten en omstandigheden die de verdachte niet betwist of die door andere resultaten van het onderzoek buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan.⁴⁶ Bij de beoordeling of daarvan sprake is, zou aan het onderscheid tussen getuigen en deskundigen een zeker gewicht kunnen toekomen. Vooral wat betreft routinematige waarnemingen van deskundigen ten aanzien waarvan de betrouwbaarheid in zijn algemeenheid niet ter discussie staat, lijkt ons goed verdedigbaar dat artikel 6 lid 3 onder d EVRM aan de afwijzing van een verzoek tot het horen van zo'n deskundige geen hoge eisen stelt, zodat niet elk ademonderzoek, forensisch onderzoek op de plaats delict, of gedragsdeskundigenonderzoek in het Pieter Baan Centrum telkens mondeling moet worden toegelicht en verdedigd ter terechtzitting of bij de rechter-commissaris.

Door echter van de verdediging te verlangen dat zij het verzoek tot het horen van een deskundige wiens rapport of verklaring is gebruikt 'to support a guilty verdict' nader onderbouwt en daarbij ook nog aangeeft waarom alternatieven niet volstaan, verwordt het ondervragingsrecht ten aanzien van deskundigen tot een *ultimum remedium*. Daarbij rijst bovendien de praktische vraag hoe de verdediging het ondervragingsrecht en de door de Hoge Raad genoemde alternatieven tegen elkaar zou kunnen afzetten zoals lijkt te worden verlangd.⁴⁷ Zinnvolle reflectie daarop lijkt moeilijk. De verdediging neemt het standpunt in dat een deskundige onjuist of onvolledig heeft verklaard, waarin het *belang* bij ondervraging is gelegen. Evenals de rechter kan de verdachte op voorhand veelal niet goed inschatten in hoeverre de door de Hoge Raad benoemde alternatieven geschikt zullen blijken om de bevindingen en conclusies van een belastende deskundige te toetsen.⁴⁸ ●

Wellicht zou een 'Keskin-light-benadering' ten aanzien van de deskundige meer aanspreken

40. *Danilov/Rusland*, § 111 (met verdere verwijzingen; zie i.h.b. *Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*, § 711).

41. Vgl. het deskundigenbewijs in HR 13 september 2022, *NJ* 2023/57, m.nt. Reijntjes (DNA-bemonstering van bivakmuts

door verbalisant).

42. *Danilov/Rusland*, § 113-114

43. *Danilov/Rusland*, § 116. Zie ook § 117; *Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*, § 714.

44. *Danilov/Rusland*, § 119-120.

45. Vgl. R.A. Hoving in zijn noot bij EHRM

21 juni 2022, 10425/19 (*P.W./Oostenrijk*), EHRM 2022-0196.

46. Bivv. HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1930.

47. Vgl. Reijntjes in zijn noot bij *NJ* 2023/57, onder 2.

48. Zie in dit verband bijv. ook Hof Den Bosch 29 juni 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA8359 (*Rosmalense zaak*).