

Artikel

Het horen van getuigen à charge na *Keskin*: een overzicht

D.A.G. (Dave) van Toor PhD LLM BSc en R.L.M. (Roos) Klomberg LLM*

NTS 2022/54

222

1. Inleiding

Het arrest *Keskin/Nederland*¹ krijgt (nog steeds) veel aandacht van Nederlandse strafrechtjuristen en leidt tot reuring in de strafrechtspraktijk. Binnen enkele weken na het arrest verschenen drie conclusies – van de advocaten-generaal Paridaens,² Frielink³ en Bleichrodt⁴ – waarin de gevolgen van *Keskin* voor de Nederlandse praktijk worden toegelicht. Inmiddels zijn vele wetenschappelijke bijdragen,⁵ alsmede tientallen arresten van

de Hoge Raad gepubliceerd.⁶ Gezien de tekst van het *Keskin*-arrest is het niet verrassend dat de zaak zo veel aandacht krijgt en ook als baanbrekend is bestempeld.⁷ Het arrest legt namelijk een bom onder de motivering van verzoeken tot het horen van getuigen à charge (onafhankelijk of de toetsing daarvan naar Nederlands recht onder het verdedigingsbelang of het noodzakelijkheids criterium valt). Een ‘simpele’ afwijzing van het horen van getuigen à charge op basis van een ontoereikende motivering van dat verzoek is verleden tijd. Dit terwijl in eerdere wetenschappelijke bijdragen⁸ en in de rechtspraak van de Hoge Raad⁹ beargumenteerd werd dat zowel verzoeken tot het horen van een getuige à charge als verzoeken tot het horen van een getuige à décharge moesten worden gemotiveerd (en anders vanwege ontoereikende motivering kunnen worden afgewezen).

Toch was er al eerder aandacht voor de vraag of het motiveringsvereiste ook onverkort geldt voor verzoeken om getuigen à charge te horen. Spronken rapporteerde in 2017 – voorafgaand aan het bekende overzichtsarrest over het oproepen van getuigen – uitgebreid over *Keskin* (kort nadat de Nederlandse regering een poging waagde

* D.A.G. (Dave) van Toor PhD LLM BSc is als universitair docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. R.L.M. (Roos) Klomberg LLM is als junior docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

1 EHRM 19 januari 2021, zaaknr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 (*Keskin/Nederland*).

2 Conclusie A-G Paridaens 2 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:91.

3 Conclusie A-G Frielink 2 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:86.

4 Conclusie A-G Bleichrodt 9 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:234.

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

6 O.a. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173 m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.

7 www.bijzonderstrafrecht.nl/home/ehrm-doet-baanbrekende-uitspraak-over-het-horen-van-belastende-getuigen-keskn-t-nederland, laatst geraadpleegd op 2 februari 2021.

8 Zie bijv. B. de Wilde, *Stille getuigen: Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 153 e.v. en T. Kooijmans, annotatie bij EHRM 1 juni 2017, zaaknrs. 24705/16, 24818/16 en 33893/16, NJ 2017/432 (*Berardi e.a./San Marino*), rn. 3.

9 Zie bijv. HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:72, NJ 2019/205, r.o. 2.5.1-2.6; zie ook G. Pesselse & J.H.B. Bemelmans, ‘De geldigheid van getuigenverzoeken’, DD 2017/61, par. 4.2.

de zaak van de rol te laten schrappen).¹⁰ Kooijmans stelde (ook in 2017) uitdrukkelijk de vraag in zijn annotatie bij *Berardi e.a.* of voor beide soorten getuigen hetzelfde regime van motiveringsvereisten geldt.¹¹ Het arrest van de Grote Kamer in *Murtazaliyeva* – dat in Nederland nauwelijks aandacht kreeg (terwijl het een *key case* is, in tegenstelling tot *Keskin (level 2)*) – had voor de Nederlandse strafrechtspraak al een vingerduiding kunnen vormen dat alles wat uit het EVRM volgt met betrekking tot *ontlastende* getuigen niet zonder meer van toepassing is op *belastende* getuigen.¹²

Hoe dan ook, in Nederland is lange tijd onopgemerkt gebleven dat voor verzoeken om getuigen à charge te horen in de rechtspraak van het EHRM duidelijk afwijkende kaders gelden dan voor verzoeken om getuigen à décharge te horen. Het is in ieder geval zonneklaar dat de Nederlandse strafrechtspleging moet reageren op *Keskin* en de Hoge Raad heeft dat inmiddels in tientallen arresten gedaan. In deze bijdrage worden die arresten besproken, waardoor een antwoord kan worden geformuleerd op welke wijze het *Keskin*-arrest door de Hoge Raad is geïnterpreteerd. Daarbij worden twee lijnen besproken die uit de *post-Keskin*-jurisprudentie van de Hoge Raad te distilleren zijn. De eerste lijn (par. 2) is dat de Hoge Raad inmiddels streng toeziet op de *motivering van de afwijzing* van het verzoek tot het horen van getuigen à charge. Die motivering moet namelijk in het teken van de *Al-Khawaja & Tahery*-criteria¹⁵ worden gezet, waarmee vervolgens kan worden beoordeeld of het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. De tweede lijn (par. 3) is dat het begrip *belastende getuige* nader wordt gepreciseerd. Niet alle getuigen die een voor de verdachte gunstige verklaring kunnen afleggen, vallen volgens de Hoge Raad onder de *Keskin*-jurisprudentie.

2. Strikte handhaving van de driestappentoets

Gezien het aantal publicaties en cursussen is duidelijk dat Nederlandse strafrechtjuristen in rep en roer waren na het *Keskin*-arrest. Toch moet de impact van het arrest niet worden overschat: het arrest is in de kern een vingerwijzing dat de Nederlandse rechtspraak in lijn met de rechtspraak van het EHRM moet worden gebracht (en niet dat in de Nederlandse strafrechtspleging fundamentele veranderingen noodzakelijk zijn). Dat heeft te maken met de formulering die het EHRM kiest in het arrest. Daarin stelt het namelijk het beoordelingskader

voor het *gebruiken* van verklaringen afgelegd door getuigen à charge centraal. Feitenrechters kunnen het verzoek om getuigen à charge te horen opvatten als een verweer tegen het gebruiken van de eerder door die getuige afgelegde verklaring. Het gaat dan om de beoordeling van de mogelijkheid om de getuigenverklaring (*de auditu*) toch te gebruiken, dus zonder dat de verdediging de mogelijkheid heeft gehad de getuige te ondervragen.

In principe is dat namelijk de dichotome mogelijkheid die feitenrechters hebben: (i) de verdediging krijgt de gelegenheid de getuige te ondervragen óf (ii) de verklaring mag ook zonder deze gelegenheid tegen de verdachte worden gebruikt. Hiervoor moet de feitenrechter het volledige beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili*¹⁴ toepassen, aldus het EHRM in *Keskin*. Juist dat is in de Nederlandse feitenrechtspraak meestal niet het geval.

2.1 De driestappentoets

Sinds zijn arrest van december 2011 in *Al-Khawaja & Tahery*, waarin het EHRM zijn eigen rechtspraak op dit gebied stroomlijnt, is het duidelijk dat een proces toch eerlijk kan zijn wanneer gebruik wordt gemaakt van een niet door de verdediging ondervraagde getuige.¹⁵ Deze beoordeling is sindsdien afhankelijk van een drietal stappen – te weten, of er een goede reden voor afwezigheid ter zitting van de getuige bestaat, of die verklaring beslissende of doorslaggevende betekenis toekomt voor de bewezenverklaring en, als dat zo is, of voldoende compensatie voor het niet horen is aangeboden – die in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Die factoren, zoals vertaald door de Hoge Raad, zijn:

‘(i) de *reden* dat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend met betrekking tot een getuige van wie de verklaring voor het bewijs wordt gebruikt, (ii) het *gewicht* van de verklaring van de getuige, binnen het geheel van de resultaten van het strafvorderlijke onderzoek, voor de bewezenverklaring van het feit, en (iii) het bestaan van *compenserende factoren*, waaronder ook procedurele waarborgen, die compensatie bieden voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid.’¹⁶

10 Conclusie A-G Spronken 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, NJ 2017/440 m.nt. Kooijmans.

11 T. Kooijmans, annotatie bij EHRM 1 juni 2017, zaaknr. 24705/16, 24818/16 en 33893/16, NJ 2017/432 (*Berardi e.a./San Marino*).

12 EHRM (GK) 18 december 2018, 18 december 2018, zaaknr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, EHRC 2019, 70 m.nt. Van Toor (*Murtazaliyeva/Rusland*).

13 EHRM (GK) 15 december 2011, EHRC 2012/56 m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

14 EHRM (GK) 15 december 2011, zaaknr. 26766/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, EHRC 2012/56 m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dube-laar (*Schatschaschwili/Duitsland*): (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige à charge ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige à charge niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

15 EHRM (GK) 15 december 2011, zaaknr. 26766/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, EHRC 2012/56 m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dube-laar (*Schatschaschwili/Duitsland*).

16 HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

Ondanks dat in de rechtspraak van het EHRM de stappen in de zojuist beschreven volgorde worden beoordeeld, is de uitkomst van de tweede stap van groot belang voor de invulling van de andere stappen. Als een verklaring namelijk geen, een marginale of ondersteunende rol speelt voor de bewezenverklaring ligt het voor de hand dat nog steeds sprake is van een eerlijk proces in zijn geheel, zelfs als geen goede reden voor afwezigheid bestaat en er geen compensatie is geboden. Daar staat tegenover dat '[n]aarmate het gewicht van de verklaring groter is, is het – wil de verklaring voor het bewijs kunnen worden gebruikt – des te meer van belang dat een goede reden bestaat voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid en dat compenserende factoren bestaan.'¹⁷

Betreffende het gewicht van de verklaring voor de bewezenverklaring gaat het volgens vaste rechtspraak van het EHRM om de vraag of die verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring is, de zogenoemde *sole or decisive rule*.¹⁸ Uit *Vidgen* is af te leiden dat het hierbij gaat om de bron waarmee de *betrokkenheid* van de verdachte aan het strafbare feit kan worden vastgesteld.¹⁹ Ondanks dat in *Vidgen* meer dan twintig bewijsmiddelen zijn gebruikt, oordeelt het EHRM in die zaak dat de betrokkenheid van *Vidgen* bij de feiten alleen volgt uit de verklaring van getuige M. Valt of staat de bewezenverklaring derhalve met de verklaring van de getuige, dan is zijn verklaring beslissend of doorslaggevend. Ondanks dat het onmogelijk is om eenmaal waargenomen informatie uit het geheugen te schrappen, kan het toch een goed gedachte-experiment zijn om te beoordelen of de bewezenverklaring ook 'rond' te krijgen is zonder de verklaring. Als dat niet het geval is, bijvoorbeeld omdat door de verklaring essentiële onderdelen van de tenlastelegging bewezen kunnen worden verklaard, dan is het antwoord op de vraag naar de *probative value* van de verklaring gegeven.

Dat betekent echter niet dat de getuige *moet* worden opgeroepen. In principe is het uitgangspunt dat het EHRM vooropstelt dat belastend bewijs op de zitting moet worden geproduceerd, in het bijzijn van de verdachte zodat van een *adversarial argument* sprake kan zijn.²⁰ Hoe dan ook, aanwezigheid van een getuige is niet altijd mogelijk, maar de afwezigheid is in beginsel alleen gerechtvaardigd als daarvoor een goede reden bestaat, zoals de dood van de getuige.²¹ In *Solakov* accepteert het EHRM dat de onvindbaarheid een goede reden voor afwezig-

heid is: twee getuigen wonen in het buitenland en de adressen zijn onbekend.²² In *Trampevski* wordt de Staat verweten geen enkele activiteit te hebben ontplooid om de getuigen op de zitting te krijgen.²³ Ook de Hoge Raad beoordeelt de activiteit van de Staat op dit aspect: zo is een rechtshulpverzoek in Zuid-Afrika, ondanks herhaald rappel, niet uitgevoerd en het oordeel van het hof dat dit een goede reden voor afwezigheid oplevert, is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk.²⁴

Als is vastgesteld dat de verklaring van voldoende gewicht is en er wel (of geen²⁵) goede reden voor afwezigheid bestaat waardoor de verdediging de getuige niet direct kan ondervragen, moet worden nagegaan hoe die nadelige positie kan worden gecompenseerd. Door middel van een alternatieve mogelijkheid voor directe ondervraging kan de *betrouwbaarheid* ook worden getoetst. Dat – het toetsen van de betrouwbaarheid van de verklaring zonder mogelijkheid het ondervragingsrecht direct te effectueren – is de sleutel waarin de compensatie moet worden gezien. Een voorbeeld hiervan is het laten zien van een video van het getuigenverhoor, waardoor kan worden beoordeeld of open vragen zijn gesteld, niet sturend is verhoord en geen druk is uitgeoefend.

2.2 Het gebruik van de driestappentoets in de Nederlandse rechtspraak pre- en post-Keskin

In de Nederlandse feitenrechtspraak werden deze criteria echter na het wijzen van *Al-Khawaya & Tahery* in 2011²⁶ en *Schatschaschwili* in 2015²⁷ nauwelijks op die manier gebruikt.²⁸ Zo casseerde de Hoge Raad niet nadat het hof enkel overwoog dat ook zonder het horen van de getuige voldoende duidelijk was hoe een herkenning tot stand is gekomen.²⁹ Ook casseerde hij niet wanneer het hof overwoog dat de getuigenverklaringen steun vinden

17 HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

18 EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dubelaar (*Schatschaschwili/Duitsland*), par. 106.

19 EHRM 10 juli 2012, zaaknr. 29353/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306 (*Vidgen/Nederland*), par. 46.

20 EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dubelaar (*Schatschaschwili/Duitsland*), par. 103.

21 EHRM (GK) 15 december 2011, zaaknr. 26766/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, EHRC 2012/56 m.nt. Spronken (*Al-Khawaya & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 121.

22 EHRM 31 oktober 2001, zaaknr. 47023/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1031JUD004702399 (*Solakov/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), par. 66.

23 EHRM 10 juli 2012, zaaknr. 4570/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD000457007 (*Trampevski/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), par. 45.

24 HR 13 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1197, r.o. 2.5.1.

25 Het enkele feit dat geen goede reden voor afwezigheid kan worden aangenomen, leidt niet *ipso facto* tot schending van het ondervragingsrecht. EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dubelaar (*Schatschaschwili/Duitsland*), par. 111.

26 EHRM (GK) 15 december 2011, zaaknr. 26766/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, EHRC 2012/56 m.nt. Spronken (*Al-Khawaya & Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

27 EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, EHRC 2016/89 m.nt. Dubelaar (*Schatschaschwili/Duitsland*).

28 Ook omdat de Hoge Raad de motivering van de afwijzing van zo'n verzoek op andere criteria beoordeelde. 'Omtrent deze motiveringsverplichting zijn wegens de vele, uiteenlopende situaties die zich kunnen voordoen, geen nadere algemene regels te geven. De mate waarin een afwijzing van een verzoek tot horen van getuigen dient te worden gemotiveerd, wordt mede bepaald door de aard van het onderwerp waarover de getuige zou kunnen verklaren alsmede de aard en de indringendheid van de door de verdediging aangevoerde argumenten om hem te horen, terwijl tevens betekenis toekomt aan het procesverloop, waaronder ook het stadium waarin het verzoek is gedaan.' HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, r.o. 2.3.2.

29 HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2497, r.o. 3.5.

in andere bewijsmiddelen.³⁰ Als het *Keskin*-arrest één punt heeft veranderd dat *casu quo* gaat veranderen in de Nederlandse strafrechtspleging, dan is het wel dat gerechtshoven de afwijzing van een verzoek anders moet motiveren, omdat de Hoge Raad streng toeziet op die motivering. Tot op heden heeft de Hoge Raad namelijk veel arresten van gerechtshoven (gewezen voor *Keskin*) vernietigd, maar wel ‘slechts’ omdat de afwijzing van het verzoek tot het horen van getuigen à charge ontoereikend of onbegrijpelijk is.³¹

Zo oordeelt de Hoge Raad dat de motivering dat het bewijs slechts als steunbewijs is gebruikt – hetgeen de Hoge Raad enkele jaren eerder dus niet in strijd met het recht achtte – een ontoereikende motivering van de afwijzing van het verzoek is.³² Ook het feit dat het hof zich voldoende ingelicht voelt om een oordeel over de inhoud en betrouwbaarheid van een verklaring te vormen, is ontoereikend.³³ Het is inmiddels waarschijnlijk geen verrassing dat het motiveren van de afwijzing van het verzoek omdat enige compensatie is geboden ook niet voldoet.³⁴ Zelfs als het hof de motivering in het teken

van steunbewijs en compenserende factoren zet, is dat ontoereikend omdat een *overall fairness*-toets op basis van alle drie de stappen ontbreekt.³⁵

Uit de hierboven besproken rechtspraak valt slechts één conclusie te trekken: de Hoge Raad handhaaft streng de toepasselijke criteria, zoals die door het EHRM in *Al-Khawaya & Tahery* zijn ontwikkeld. Hij verlangt van gerechtshoven, wanneer een verzoek tot het horen van getuigen à charge wordt afgewezen, een motivering waarin de drie factoren worden beoordeeld om vervolgens te overwegen of het proces in zijn geheel eerlijk is geweest. Bijna alle *Keskin*-middelen slagen³⁶ en daardoor kan het als een baanbrekend arrest worden bestempeld. Inhoudelijk verandert echter weinig: slechts de *motivering* van de afwijzing van verzoeken moet worden aangepast, maar dat betekent geenszins dat het systeem van het oproepen van getuigen fundamenteel veranderd is door het *Keskin*-arrest.

Het EHRM maakt (nogmaals) duidelijk dat het onderwerpen van getuigen à charge en het ondervragen van getuigen à décharge twee verschillende eerlijkprocedures zijn, die beide een eigen beoordelingskader kennen. In ieder geval is het afwijzen van verzoeken getuigen à charge te horen enkel op basis van een ontoereikende motivering verleden tijd. Een eventuele afwij-

30 HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1055, r.o. 2.5; HR 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:123, r.o. 3.5.

31 Zie bijv. HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:693, r.o. 2.5; HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:765, r.o. 2.5.2; HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1088, r.o. 2.5.3.

32 HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:693, r.o. 2.5: ‘Voor zover het hof in dat verband heeft overwogen dat de verklaringen van [getuige 1] en [getuige 2] slechts als steunbewijs dienen voor de in het proces-verbaal opgenomen foto, wordt miskend dat de voor het bewijs gebruikte verklaringen van [getuige 1] en [getuige 2] zich niet beperken tot de waarneming van spuw op het voorhoofd en de bril van [getuige 1], maar tevens betrekking hebben op gedragingen van de verdachte. Het voorgaande brengt tevens met zich dat het hof onvoldoende blijkt ervan heeft gegeven te hebben nagegaan, op de hiervoor onder 2.4 weergegeven wijze, of door het tot bewijs gebruiken van de door de verdachte betwiste verklaringen van [getuige 1] en [getuige 2] zonder dat de verdediging deze getuigen heeft kunnen ondervragen, de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.’

33 HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:765, r.o. 2.5.2: ‘De Hoge Raad neemt verder in aanmerking dat het hof de bewezenverklaring heeft aangegomen op grond van onder meer de door de verdachte betwiste verklaringen van [betrokkene 1] zonder dat de verdediging een behoorlijke en effectieve mogelijkheid tot ondervraging van deze getuige heeft gehad, terwijl het hof onvoldoende blijkt ervan heeft gegeven te hebben nagegaan, op de hiervoor onder 2.4 weergegeven wijze, of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Daarvoor volstaat niet, zoals het hof in de motivering van de afwijzing van het verzoek tot het horen van [betrokkene 1] tot uitdrukking heeft gebracht, dat het hof de betrouwbaarheid van de door [betrokkene 1] afgelegde verklaringen heeft onderzocht.’

34 HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1088, r.o. 2.5.3: ‘Bovendien heeft het hof er niet blijkt van gegeven te hebben nagegaan, op de hiervoor onder 2.4 weergegeven wijze, of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Dat het hof mede op grond van de (beeld)kwaliteit van de op de terechtzitting getoonde camerabeelden en videostills de betrouwbaarheid van de door de verbalisanten afgelegde verklaringen heeft beoordeeld, leidt niet tot een ander resultaat. Zo’n onderzoek naar beschikbaar beeldmateriaal kan op zichzelf van belang zijn voor het bieden van compensatie voor de door de verdediging ondervonden beperkingen bij het onderzoek naar de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige, maar kan in dit geval niet het oordeel dragen dat de beslissing om mede op basis van de verklaringen van de niet-ondervraagde getuigen het tenlastegelegde bewezen te verklaren in overeenstemming is met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Daarbij is van belang dat de door het hof bij de afwijzing van het verzoek in aanmerking genomen gronden ontoe-

reikend zijn voor het oordeel dat er een goede reden bestond voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid, terwijl de voor het bewijs gebruikte verklaringen van de niet-ondervraagde getuigen niet worden ondersteund door andere bewijsmiddelen, bijvoorbeeld de eigen waarneming door het hof aan de hand van de tijdens het onderzoek ter terechtzitting vertoonde camerabeelden en videostills.’

35 HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:768, r.o. 2.6: ‘Het oordeel van het hof dat er voldoende steunbewijs bestaat voor de verklaring van [benadeelde 1] – waarmee het hof kennelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat de bewezenverklaring niet in beslissende mate steunt op de verklaring van [benadeelde 1] – is niet zonder meer begrijpelijk, gelet op het gewicht van de voor het bewijs gebruikte verklaring van deze getuige in het licht van de bewijsvoering als geheel. Daarnaast heeft het hof, mede gelet op wat onder 2.5.2 is overwogen, onvoldoende blijkt ervan gegeven te hebben beoordeeld of er een goede reden bestond voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid. Hierbij is nog van belang dat het hof weliswaar de belangen van de getuige heeft benoemd die zich verzetten tegen het horen als getuige, maar die belangen niet heeft afgewogen tegen de belangen die met de uitoefening van het ondervragingsrecht zijn gemoeid. Dat het hof compenserende factoren heeft benoemd en bij zijn oordeel heeft betrokken, leidt niet tot een ander resultaat. De door het hof in aanmerking genomen factoren – het kunnen kennisnemen door de verdediging en de rechter van een audiovisuele registratie van het al afgenomen verhoor van de getuige, het onderzoek door de deskundige van de wijze van afname van het verhoor, het bieden van gelegenheid tot het stellen van aanvullende schriftelijke vragen aan de deskundige en het horen van een andere getuige – kunnen op zichzelf van belang zijn voor het bieden van compensatie voor de door de verdediging ondervonden beperkingen bij het onderzoek naar de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige. Nu het hof daarbij echter niet heeft meegewogen in hoeverre sprake was van een goede reden voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid, kan uitsluitend het in aanmerking nemen van het bestaan van dergelijke compenserende factoren niet het oordeel dragen dat de beslissing om het tenlastegelegde mede op grond van een verklaring van een niet-ondervraagde getuige bewezen te verklaren in overeenstemming is met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.’

36 V.J.W. Peeters & D.T. Sterk, ‘Een nieuwe koers na *Keskin*. Een overzicht en analyse van Europese en Nederlandse rechtspraak met betrekking tot het recht om belastende getuigen te horen’, *DD* 2021/61, p. 785.

zing moet worden gebaseerd op de factoren uit het beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili*. Dit vergt enige aanpassing in de praktijk – namelijk het aanleggen van een andere maatstaf – maar zal niet leiden tot een exponentiele stijging van het aantal getuigen à charge dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting een verklaring komt afleggen. Het beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili* biedt voldoende ruimte om het ondervragen van getuigen à charge af te wijzen, en maakt ook duidelijk op welke factoren die beslissing moet plaatsvinden. De feitenrechter moet, als hij het verzoek afwijst, dit op *inhoudelijke* gronden doen aan de hand van de eerdergenoemde criteria, en niet langer op *formele* gronden. Dat betekent dat de in deze paragraaf besproken arresten van de Hoge Raad, net zoals het *Keskin*-arrest, vooral didactische waarde hebben.

3. De beperkte reikwijdte van Keskin en post-Keskin I: focus op de te verwachten inhoud

Ook op basis van de tweede lijn die in de rechtspraak van de Hoge Raad te ontwaren valt, moet worden geconcludeerd dat het *Keskin*-arrest minder verandering teweeg heeft gebracht dan menigeen direct na de publicatie van het arrest inschatte. Dat heeft te maken met de beperkte reikwijdte van het arrest gelet op het begrip *belastende getuige*. De Graaf analyseerde de rechtspraak van het EHRM over dit begrip.³⁷ Zij beschrijft dat in de rechtspraak van het Hof sprake is van een belastende getuige wanneer ‘de verklaring van de getuige bijdraagt of kan bijdragen aan een bewezenverklaring’.³⁸ Precies op dat laatste punt vindt de beperking in de reikwijdte plaats: is de verwachting dat de getuige geen inhoudelijke bijdrage levert of kan leveren aan de bewezenverklaring, dan wordt de getuige *niet* als een belastende getuige in de zin van het *Keskin*-arrest gecategoriseerd. Dat betekent dat slechts bij een beperkte groep getuigen het verdedigingsbelang wordt verondersteld aanwezig te zijn.

Dat geldt bijvoorbeeld niet voor een getuige waarmee een beroep op een strafuitsluitingsgrond kan worden onderbouwd³⁹ (mits het geen culpoos delict is of wederrechtelijkheid geen bestanddeel van de delictsomschrijving is als een beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan). In deze zaak wil de advocaat de aangeefster horen, omdat hij daarmee de beroepen op noodtoestand en (psychische) overmacht wil onderbouwen. De

Hoge Raad overweegt dat ‘[g]ezien de strekking van dat verweer, zoals weergegeven onder 2.3, gaat het hierbij niet om een verzoek dat betrekking heeft op het uitoefenen van het ondervragingsrecht in verband met een door de getuige afgelegde belastende verklaring die voor het bewijs kan worden gebruikt of al is gebruikt.’⁴⁰ Overigens snijdt de advocaat hier zichzelf in de vingers: had hij het verzoek op een andere wijze onderbouwd of zelfs niet onderbouwd, dan ligt oproeping in de rede. De bewezenverklaring berust namelijk op de aangifte en een bekende verklaring. Dat betekent, in het licht van de bewijsminima, dat de aangifte van beslissend belang is voor een bewezenverklaring waardoor afwijzing van het verzoek om de getuige te horen lastig voorstelbaar is. Daarnaast hoeft de verdediging op grond van het veronderstelde verdedigingsbelang niet te onderbouwen waarom ondervraging wenselijk is.⁴¹ Dat betekent dat wanneer het verzoek zonder nadere onderbouwing was ingediend (i) de kans hoger was geweest dat de getuige daadwerkelijk was opgeroepen (en tijdens de ondervraging kunnen de beroepen op strafuitsluitingsgronden toch aan bod komen) en (ii) dat bij een afwijzing van het verzoek het toetsingskader voor belastende getuige moet worden toegepast in plaats van het toetsingskader voor ontlastende getuige.⁴² Het lijkt derhalve een tactische keuze te kunnen zijn om een verzoek *niet* te onderbouwen, waardoor de rechter het verdedigingsbelang moet veronderstellen (en dat bij onduidelijkheid ook geen nadere motivering mag worden verlangd, maar natuurlijk wel mag worden gevraagd). Dat het verhoor dan anders wordt ingestoken door de getuige te ondervragen met betrekking tot een strafuitsluitingsverweer behoort tot de strategische mogelijkheden van een raadsman.

Ook over het horen van getuigen ter onderbouwing van een rechtmatigheidsverweer oordeelt de Hoge Raad dat deze getuigen niet als belastende getuigen zijn te categoriseren.⁴³ In die zaak zou onjuist zijn geverbaliseerd. Ondanks dat dit verweer in de kern de bewijswaarde van de processen-verbaal kan aantasten, oordeelt de Hoge Raad dat dit verzoek niet het horen van een getuige betreft waarvan de afgelegde verklaring voor een bewezenverklaring is of wordt gebruikt.⁴⁴

Met betrekking tot ontnemingszaken heeft de Hoge Raad de reikwijdte van *Keskin* ook nader bepaald. Volgens hem geldt alleen het veronderstelde verdedigingsbelang ‘indien en voor zover het verzoek tot het horen van getuigen is gedaan in verband met een in de ontnemingsprocedure te nemen beslissing die ertoe strekt dat de betrokkene zelf een concreet aangeduid strafbaar feit

37 F.C.W. de Graaf, ‘Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM’, *DD* 2022/3.

38 F.C.W. de Graaf, ‘Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM’, *DD* 2022/3, p. 45.

39 HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1090.

40 HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1090, r.o. 2.4.3.

41 Vgl. F.C.W. de Graaf, ‘Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM’, *DD* 2022/3, p. 55.

42 Zie daarover nader EHRM (GK) 18 december 2018, 18 december 2018, zaaknr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, *EHRC* 2019, 70 m.nt. Van Toor.

43 HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1279.

44 HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1279, r.o. 2.4.3-2.5.

heeft begaan.⁴⁵ Als het verzoek wordt gedaan vanwege een andere in de ontnemingszaak te nemen beslissing, zoals in de onderhavige zaak over de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel doordat de getuigen zouden kunnen verklaren over de uitgaven van de verdachte, dan geldt onverkort dat het verzoek moet worden gemotiveerd⁴⁶ *casu quo* dat een ongemotiveerd verzoek op basis van een ontoereikende motivering kan worden afgewezen.

Ten slotte en voor de volledigheid nog twee andere, met een beroep op *Keskin*, ongemotiveerde verzoeken van advocaten om een getuige te horen die volgens de Hoge Raad niet onder de reikwijdte van het arrest vallen. Het gaat daarbij ten eerste om getuigen die nog geen belastende verklaring hebben afgelegd⁴⁷ en ten tweede om getuigen die geen nuttige bijdrage kunnen leveren.⁴⁸ In de eerste zaak wilde de advocaat een getuige horen, met de onderbouwing dat daarmee de verklaring van de aangeefster zou kunnen worden gecontroleerd.⁴⁹ Dit verzoek werd door het hof op grond van het noodzakelijkheids criterium afgewezen en de Hoge Raad oordeelt dat dit geen onjuiste rechtsopvatting is, alsmede dat het niet onbegrijpelijk is. In de tweede zaak wordt verzocht een getuige te horen over een situatie waarbij die getuige *niet* aanwezig is geweest.⁵⁰ De motivering van de afwijzing van dat verzoek berust op het feit dat 'niet valt in te zien dat het horen van [slachtoffer] van belang kan zijn voor enige in deze strafzaak te beantwoorden vraag'.⁵¹ Ook deze motivering getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dit verzoek en de andere in deze paragraaf besproken verzoeken kunnen nog steeds op grond van een ontoereikende motivering worden afgedaan.

Overigens maakt deze lijn duidelijk dat, naast het systeem van verzoeken die onder het verdedigingsbelang vallen versus verzoeken die onder het noodzakelijkheids criterium vallen, een tweeledig onderscheid tussen verzoeken op basis van de te verwachten *inhoud* van de getuigenverklaring moet worden gemaakt. Feitenrechters moeten afhankelijk van het feit of de getuige een belastende verklaring heeft afgelegd die voor de bewezenverklaring kan worden gebruikt het toetsingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* – waarbij het belang tot het horen wordt verondersteld aanwezig te zijn – toepassen. Wanneer de getuige een verklaring heeft afgelegd die een ander voor de verdachte gunstig effect kan sorteren – waarbij motivering van het verzoek wel vereist is en bij ontoereikende motivering op grond daarvan het verzoek kan worden afgewezen – moet de feitenrechter het toetsingskader uit *Murtazaliyeva* toepassen.

Deze dubbele tweedeling op basis van (i) het moment waarop het verzoek wordt ingediend en (ii) de te verwachten inhoud van de verklaring zorgt voor een complex systeem. Het is daarom jammer dat in de ambtelijke versie van het nieuwe Wetboek van Strafvordering de in de Contourennota voorgestelde samensmelting van criteria – die door de minister als nodeloos ingewikkeld wordt bestempeld⁵² – is teruggedraaid.⁵³

4. Afronding

Ondanks de verwachting dat *Keskin* verregaande effecten zou hebben op Nederlandse strafzaken, lijkt dit tot op heden niet het geval. Een relatief simpele tik op de vingers door het EHRM heeft, door de interpretatie van *Keskin* door de Hoge Raad, geleid tot een complex systeem van categorisatie van verzoeken tot het horen van getuigen afhankelijk van timing en inhoud van het verzoek. De differentiatie uit Straatsburg tussen belastende en ontlastende getuigen moet worden overgenomen, maar de Nederlandse dichotomie tussen verzoeken die vallen onder de reikwijdte van het verdedigingsbelang versus het noodzakelijkheids criterium blijft gehandhaafd. Hierdoor is vooral voor feitenrechters het een en ander veranderd. Zij moeten nog scherper zijn om het verzoek correct te classificeren en een eventuele afwijzing van het verzoek te motiveren vanuit de driestappentoets. Uiteindelijk leidt dit tot minder formalisme omdat verzoeken niet enkel op formele gronden kunnen worden afgewezen,⁵⁴ maar niet ook een verandering in het processysteem. Het arrest hoeft onzes inziens namelijk niet zo te worden geïnterpreteerd dat *alle* getuigen waarvan het verdedigingsbelang wordt verondersteld aanwezig te zijn, *moeten* worden opgeroepen.⁵⁵ Uiteindelijk is het, in het licht van de eerder geciteerde driestappentoets, noodzakelijk te beoordelen in hoeverre de verklaring van doorslaggevend⁵⁶ belang is voor de eventuele bewezenverklaring (en, als dat zo is, hoe het ondervragingsrecht dan kan worden geëffectueerd of de afwezigheid daarvan kan worden gecompenseerd in het licht van de *overall fairness*). De meeste getuigen verklaren nog steeds niet ten overstaan van de rechter, en de rechter vindt in de driestappentoets voldoende ruimte om verzoeken af te wijzen.

45 HR 30 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1749, r.o. 2.4.3.

46 HR 25 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8950.

47 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1931.

48 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1930.

49 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1931, r.o. 2.3.

50 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1930, r.o. 2.5.1.

51 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1930, r.o. 2.5.1.

52 Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278, p. 79-80.

53 Zie art. 4.2.19 en 4.2.49 Sv.

54 Zie ook EHRM 16 november 2021, zaaknr. 57642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC updates* 2022 m.nt. Van Toor & De Wit (*Kikabidze/Georgië*).

55 Zie Van Toors annotatie bij *Keskin*. Vgl. ook M.J. Dubelaar & K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *BSB* 2021, 4, p. 140, waarin zij stellen dat het oproepen van enkele getuigen een schending in *Keskin* had kunnen voorkomen.

56 Dit betekent dat niet elke getuige opgeroepen hoeft te worden waarvan de verklaring wordt gebruikt.