



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht

Dubelaar, M.J.; Pitcher, K.M.

Citation

Dubelaar, M. J., & Pitcher, K. M. (2021). Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht. *Boom Strafblad*, 2(4), 139-147. doi:10.5553/BSb/266669012021002004006

Version: Publisher's Version

License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3242846>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikel

Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht

Mr. dr. M.J. (Marieke) Dubelaar en dr. K.M. (Kelly) Pitcher*

1. Inleiding

Op 20 april 2021 heeft de Hoge Raad naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak Keskin¹ zijn jurisprudentie bijgesteld ten aanzien van de eisen die worden gesteld aan verzoeken tot het horen van getuigen (hierna: post-Keskin-arrest).² Een verzoek tot het horen van een belastende getuige kan niet langer worden afgewezen louter op de grond dat het niet of ontoereikend is onderbouwd; bij dergelijke getuigen wordt het belang tot ondervraging verondersteld. Volgens de Hoge Raad betekent dit dat ‘indringender dan voorheen de vraag onder ogen [zal] moeten worden gezien of een ondervragingsgelegenheid kan en moet worden gerealiseerd’.³ Daarmee wordt de ruimte ingeperkt om aan verzoeken tot het ondervragen van belastende getuigen voorbij te gaan, hetgeen een goede stap vormt in de richting van een verdragsconforme invulling van het ondervragingsrecht. De Hoge Raad grijpt het post-Keskin arrest bovendien aan om enkele andere aspecten ten aanzien van het oproepen van getuigen en gebruik van verklaringen van niet-ondervraagde getuigen voor het bewijs te adresseren in het licht van de EHRM-

rechtspraak, waardoor een aantal sluimerende misverstanden in de praktijk wordt opgehelderd. Het arrest laat echter ook een aantal vragen onbeantwoord die vanuit het perspectief van verdragsconformiteit van belang zijn. Dit artikel behelst dan ook een nadere reflectie op de lijn van de Hoge Raad zoals uiteengezet in het post-Keskin arrest, waarin getracht wordt zaken op te helderen en in breder perspectief te plaatsen. Wij stellen voorts de vraag of het arrest wel ver genoeg gaat in de zin dat het feitenrechtters voldoende aanspoort om het ondervragingsrecht serieus te nemen en zich over de verwezenlijking daarvan te bekommeren.

In het vervolg van dit artikel zetten we eerst de uitspraak van het EHRM in de zaak Keskin uiteen (par. 2), waarna we nader op overwegingen van de Hoge Raad in het post-Keskin-arrest ingaan en op enkele onderscheidingen die de Hoge Raad daarin hanteert (par. 3). Vervolgens besteden wij nader aandacht aan de wijze waarop de Hoge Raad het EHRM-kader inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht in het post-Keskin-arrest en de nadien gevolgde jurisprudentie vertaalt naar de Nederlandse praktijk en in welke gevallen/onder welke omstandigheden de compenserende factoren in de afweging betrokken dienen te worden (par. 4), waarna we ingaan op de implicaties van de concentratie van de ondervragingsmogelijkheden van de verdediging in het vooronderzoek, die in het arrest uitdrukkelijk wordt gehandhaafd (par. 5), om vervolgens tot een afsluiting te komen (par. 6).

139

* Marieke Dubelaar is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit. Kelly Pitcher is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1. EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, NJ 2021/93, m.nt. Vellinga (*Keskin t. Nederland*).

2. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, m.nt. Reijntjes.

3. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.13.

2. Een veeg uit de pan in de zaak Keskin en de reactie van de Hoge Raad

Het ondervragen van getuigen is al lang een achilleshiel van de Nederlandse strafrechtspleging, waarbij de Nederlandse overheid bij herhaling op de vingers is getikt als gevolg van het excessieve formalisme dat van oudsher in de jurisprudentie op dit thema doorschemert. We roepen in herinnering het Kostovski-arrest,⁴ waarin opsporingsambtenaren die in het vooronderzoek anoniem een belastende verklaring hadden afgelegd, niet als getuige werden aangemerkt⁵ en langs die weg het ondervragingsrecht buiten spel werd gezet. En vervolgens de Vidgen-saga, waarin de Hoge Raad lange tijd – ondanks indicaties van het tegendeel – volhield dat ook als een getuige met een beroep op het verschoningsrecht weigert een verklaring af te leggen, het ondervragingsrecht niettemin is uitgeoefend. In beide zaken bleek de onjuiste rechtsopvatting. Datzelfde formalisme klinkt ook door in de kwestie die in het Keskin-arrest aan de orde is, namelijk de vraag of een ontbrekende dan wel gebrekkige onderbouwing een toereikende grond is voor afwijzing ongeacht het type getuige en het gewicht van de verklaring voor het bewijs. De Hoge Raad heeft lange tijd gemeend van wel, ondanks de kritische reflecties van ‘EVRM-kenners’ die de Hoge Raad hebben trachten te overtuigen van het tegendeel.⁶ Pas als de spreekwoordelijke tik op de vingers van het EHRM zelf komt, is de Hoge Raad bereid de koers bij te stellen. De overwegingen van het EHRM in de zaak Keskin zijn onverbiddelijk en richten zich rechtstreeks op de lijn van de Hoge Raad. Vanwege die onverbiddelijke toon en de potentieel verstrekkende consequenties van dit arrest heeft het in korte tijd veel pennen in beweging gebracht.⁷

Het ging in de zaak Keskin om het verzoek tot het horen van zeven belastende getuigen in hoger beroep, nadat de verdachte in eerste aanleg bij verstek op basis van die verklaringen was veroordeeld. Dat verzoek werd door het hof als onvoldoende onderbouwd terzijde geschoven, welk oordeel ook in cassatie in stand bleef. Het cassatieberoep werd afgedaan met een beroep op artikel 80a RO, gelet op de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad waarbij als uitgangspunt wordt genomen dat artikel 6 lid 3 sub d EVRM zich niet verzet tegen het stellen van eisen aan de onderbouwing van verzoeken tot het horen van getuigen.⁸ Weliswaar betreft het zeven belastende getuigen en bieden zij onderling steun, de veroordeling is wel uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de verklaringen van personen die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen. Een schending had in deze zaak echter waarschijnlijk eenvoudig kunnen worden afgewend door enkele getuigenverzoeken toe te staan, nu daarmee de verklaringen van de overige, niet-gehoorde getuigen niet langer beslissend zijn. In de zaak is echter geen enkel verzoek toegestaan en zijn de verzoeken bovendien op louter formele gronden verworpen. Dat een dergelijke gang van zaken niet door de beugel kan, erkent ook de Nederlandse Staat die door het uitgeven van een zogeheten ‘Unilateral Declaration’ nog tevergeefs probeerde het naderend onheil af te wenden.⁹ Het EHRM neemt een schending aan van artikel 6 lid 3 sub d jo. Lid 1 EVRM en wijst in dit verband expliciet op het onderscheid tussen *prosecution witnesses* en *defence witnesses*, waarbij de kaders verschillend zijn. Bij *defence witnesses* (oftewel getuigen à *decharge*) kunnen wel nadere eisen worden gesteld aan de motivering van het verzoek, bij *prosecution witnesses* (getuigen à *charge*) moet het belang van de getuigenverklaring en daarmee het horen van de desbetreffende persoon worden verondersteld. De achtergrond van dit onderscheid is dat bij *prosecution witnesses* zich in de regel reeds een (belastende) verklaring in het dossier zal bevinden, terwijl bij *defence witnesses* dit in de regel niet het geval zal zijn en het derhalve niet onredelijk is om van de verdediging te verlangen dat zij dit verzoek nader onderbouwt. Als bij *prosecution witnesses* het belang wordt verondersteld, kan een gebrek aan onderbouwing in ieder geval geen *zelfstandige* grond vormen voor afwijzing van het verzoek. De vraag die evenwel de eerdergenoemde pennen in beweging heeft gebracht, is of het arrest impliceert dat aan de motivering van verzoeken tot het horen van belastende getuigen helemaal geen eisen mogen worden gesteld en dergelijke verzoeken wellicht standaard moeten worden toegewezen in het geval een goede reden ontbreekt om van het oproepen en horen van deze getuige af te zien.¹⁰ Zoals hierna zal blijken schept de Hoge Raad op dit

4. EHRM 20 november 1989, NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema.
5. Want de verklaring was niet ter terechtzitting afgelegd en had derhalve niet te gelden als een verklaring van een getuige als bedoeld in art. 342 lid 1 Sv. Het EHRM hanteert echter een autonome interpretatie van het getuigenbegrip, zoals ook blijkt uit overweging 40 van dit arrest.
6. Zie onder meer de bespiegelingen van A-G Spronken bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, NJ 2017/440, onder 3. Zie in dit verband ook M. de Werd, ‘Turen op Keskin: over de meerwaarde van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet’, NJB 2021/717, p. 717-718.
7. Zie de conclusies van Frielink en Paridaens (PHR 2 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:86 en ECLI:NL:PHR:2021:91), de conclusie van Bleichrodt (PHR 9 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:234), de annotatie van D.A.G. van Toor bij Keskin t. Nederland in EHRC Updates en T. Spronken, ‘De zaak Keskin: het EHRM in dialoog met de Hoge Raad’, NJB 2021/494). En nadien: 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. de Werd, ‘Turen op Keskin: over de meerwaarde van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet’, NJB 2021/717; A.H.T. de Haas, ‘Vergezichten sinds Keskin: meer betekenis dan alleen afscheid van een ‘pre-criterium’?’, JutD 2021/3; Redactie NTS, ‘Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang’, NTS 2021/2; en C.P.J. Scheele, ‘Over Keskin en de betekenis van de uitspraak van het EHRM voor de strafrechtspraktijk’, TS&O 2021/1/2.

8. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, NJ 2017/440, m.nt. Kooijmans, r.o. 3.6.
9. Het EHRM had de zaak naar aanleiding van het standpunt van de Nederlandse regering van de rol kunnen schrappen maar heeft dat dus niet gedaan en in plaats daarvan een tamelijk vernietigend arrest gewezen.
10. Zie onder meer de annotatie van D.A.G. van Toor bij Keskin t. Nederland in EHRC Updates; Redactie NTS 2021; Scheele 2021.

punt meer duidelijkheid, maar roept het arrest ook weer nieuwe vragen op, mede in het licht van de bedoelingen van het EHRM.

3. Post-Keskin-arrest

De schending in het Keskin-arrest en de niet mis te verstane bewoordingen van het EHRM zijn ingeslagen als een bom en de reactie van de Hoge Raad heeft niet lang op zich laten wachten. In zijn arrest van 20 april jl. wijdt de Hoge Raad een uitvoerige beschouwing aan de betekenis van het Keskin-arrest voor het oproepen van getuigen én het bewijsgebruik in de gevallen waarin het ondervragingsrecht niet (ten volle) is uitgeoefend. Deze twee momenten van beslissen worden in het post-Keskin-arrest duidelijker dan voorheen van elkaar onderscheiden, waarbij direct opvalt dat de Hoge Raad alleen bij de vraag naar het bewijsgebruik expliciet verwijst naar het beoordelingsmodel zoals ontwikkeld en nader verfijnd in de zaken *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk* en *Schatschatschwili t. Duitsland*.¹¹ We zoomen nader op beide beslismomenten in.

3.1 De beoordeling van het getuigenverzoek

Wanneer we kijken naar het beoordelen van getuigenverzoeken en de eisen die mogen worden gesteld aan de onderbouwing van verzoeken van de verdediging, stelt de Hoge Raad duidelijk zijn koers bij. Weliswaar kennen we in Nederland niet het onderscheid tussen *prosecution witnesses* en *defence witnesses*¹² en wil de Hoge Raad dat onderscheid blijkbaar ook niet als zodanig gaan hantieren, de strekking van de verklaring zal wel degelijk een rol spelen bij beslissingen over het horen van getuigen.¹³ Bij verklaringen met een belastende strekking moet het belang van het oproepen en horen van de getuige worden verondersteld en mag van de verdediging geen nadere onderbouwing worden verlangd. Volgens de Hoge Raad heeft een verklaring een belastende strekking indien deze ‘door de rechter voor het bewijs van het ten laste gelegde feit zou kunnen worden gebruikt of al is gebruikt’.¹⁴

Dat het belang moet worden verondersteld, betekent volgens de Hoge Raad niet dat elk verzoek automatisch moet worden toegewezen. Er kan immers nog steeds goede reden zijn gelegen in de persoon van de getuige om deze niet te doen horen. Ook als het horen van de getuige evident overbodig of irrelevant is, kan het verzoek worden afgewezen. Daaronder vallen situaties waarin ‘het (opnieuw) horen van de getuige voor de bewijsvoering van geen enkel belang zal zijn of geen toegevoegde waarde zal hebben’.¹⁵ Bijvoorbeeld omdat de

feiten en omstandigheden waarover de getuige verklaart niet worden betwist¹⁶ of ‘als die feiten en omstandigheden door andere resultaten van het strafrechtelijk onderzoek al buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan’. Dat laatste raakt aan het gewicht van de getuigenverklaring in de bewijsvoering. De rechter mag in zijn beoordeling van het getuigenverzoek wel degelijk vooruitlopen op het vermoedelijke of mogelijke gewicht.¹⁷ Daarin schuilt ook een zekere logica omdat in het beoordelingsmodel van het EHRM de vragen naar de reden (en de daarmee verbonden inspanningsverplichting voor de overheid¹⁸) en naar het gewicht in onderlinge samenhang moeten worden gezien. De mate waarin de overheid zich moet inspannen om een getuige te doen horen, zal mede afhangen van het belang van de afgelegde verklaring. Bij de vraag naar het gewicht gaat het om een voorlopig oordeel, er kan in een later stadium van de procedure aanleiding bestaan om ambtshalve alsnog te bevelen dat de getuige wordt gehoord. Dat het gewicht mag worden meegenomen biedt voor de praktijk als voordeel dat niet alle getuigenverzoeken hoeven te worden gehonoreerd in gevallen waarin de verdediging om het horen van veel getuigen tegelijk vraagt. De rechter kan dan beginnen met het toewijzen van enkele getuigen in plaats van alle, zo stelt ook de Hoge Raad.¹⁹ Bovendien geldt dat hoewel een verzoek niet louter op basis van een ontbrekende of gebrekkige motivering mag worden afgewezen, de motivering wel van belang kan zijn. De verdediging kan er wel degelijk ‘baat bij hebben’ om haar verzoeken nader toe te lichten, zo benadrukt de Hoge Raad.²⁰

In zijn arrest van 25 mei 2021 geeft de Hoge Raad nader invulling aan de afweging die in dit verband van de feitenrechter wordt verlangd.²¹ In die zaak betrof het een (voorwaardelijk) verzoek tot het horen van een zesjarig slachtoffer, waarbij het hof had geoordeeld dat het horen niet noodzakelijk was, terwijl de in een studioverhoor afgelegde belastende verklaring door de rechtbank voor het bewijs was gebruikt. In die gevallen moet het

11. EHRM 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, NJ 2012/283, m.nt. T.M. Schalken en A.E. Alkema (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10, NJ 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschatschwili t. Duitsland*).

12. Getuigenverzoeken worden altijd via dezelfde criteria beoordeeld.

13. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.7.1.

14. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.2.

15. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.3.

16. Zie bijvoorbeeld HR 13 juli 2017, ECLI:NL:HR:2021:1090, waarin de getuigenverklaring wel voor het bewijs was gebruikt, maar het verzoek was gedaan met het oog op het onderbouwen van het beroep op noodtoestand en (psychische) overmacht en de inhoud van de getuigenverklaring zelf (namelijk dat het verdachte was geweest die het nest konijnen had weggenomen) niet was betwist. Volgens de Hoge Raad was de afwijzing niet in strijd met art. 6 EVRM.

17. Zo blijkt uit HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.4.

18. Als de overheid zich voldoende heeft ingespannen om verwezenlijking mogelijk te maken, levert dat een goede reden op. Immers, tot het onmogelijke is niemand gehouden. Zie *Gani t. Spanje*, EHRM 19 februari 2013, 61800/08, par. 39 en voor meer jurisprudentie de *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb) Updated on 30 April 2021*, p. 93, punt 499.

19. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.3.

20. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.5. Zie in dit verband ook HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:765, waarin het hof de verdediging had tegengeworpen dat zij het verzoek pas op de dag van de inhoudelijke behandeling in hoger beroep had gedaan. De Hoge Raad overweegt in r.o. 2.5.2 dat de rechter ook moet kijken naar het procesverloop en ‘de vraag of daarin eerdere mogelijkheden openstonden voor de verdediging om te komen tot een effectieve en behoorlijke ondervraging van de getuige, heeft betrokken.’

21. HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:768, NJ 2021/212.

belang worden verondersteld, zo stelt de Hoge Raad, ‘tenzij er gronden zijn om aan te nemen dat dit belang ontbreekt’.²² Het hof had nog wel een overweging gewijd aan de leeftijd en de psychische gesteldheid van het minderjarige slachtoffer, maar koppelde deze niet nadrukkelijk aan de weigeringsgrond van artikel 288 lid 1 onder b Sv, inhoudende dat door het (opnieuw) horen de gezondheid van de getuige in gevaar zou worden gebracht. De Hoge Raad acht het oordeel inzake de afwijzing van het verzoek niet begrijpelijk. Bij de beoordeling of er nu goede reden is geweest, stelt de Hoge Raad ‘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’.²³ Dat zal de feitenrechter in de toekomst dus moeten doen.

3.2 Bewijsgebruik

Voor wat betreft het gebruik van de verklaringen van niet gehoorde getuigen voor het bewijs, verandert er op het eerste gezicht niet veel. Indien de verdediging de getuige niet heeft kunnen ondervragen, moet worden beoordeeld of het gebruik van de betwiste verklaring in strijd zou zijn met het recht op een eerlijk proces. Daarbij heeft de rechter zich te buigen over de drie stappen in het beoordelingsmodel zoals tot dat uitdrukking komt in *Schatschatschwili t. Duitsland*. Dat betreft kort gezegd de vraag naar de reden van het niet horen van de getuige en daarmee het toelaten van de eerder afgelegde verklaring, de vraag naar het gewicht dat de getuigenverklaring in de schaal legt en de vraag naar compenserende factoren. Daarbij geeft de Hoge Raad duidelijker dan voorheen aan dat als er geen goede reden is om de getuige niet te horen terwijl de verklaring wel beslissend (dan wel belangrijk; geheel duidelijk is het arrest op dit punt niet) is, de rechter zich alsnog moet inspannen om dat horen mogelijk te maken.²⁴ De Hoge Raad zet hier als het ware ‘een knip’ tussen de tweede en derde vraag. Compensatie is in beginsel alleen aan de orde als er een goede reden is om die getuige niet te horen (welke reden ook kan zijn dat de overheid alles heeft gedaan wat redelijkerwijs binnen haar vermogen ligt). Dit kon overigens ook wel worden afgeleid uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad waarin in een dergelijk geval (geen goede reden, wel beslissend) een terugwijzing volgde opdat de getuige alsnog kon worden gehoord, zonder dat de Hoge Raad in dat geval over compensatie repte.²⁵ Blijkt een goede reden om van het horen van de getuige af te zien te hebben ontbroken terwijl de verklaring van de getuige wel het nodige gewicht in de schaal legt, dan wordt de feitenrechter geacht alsnog zelf tot het horen over te gaan of de verdediging in de gelegenheid te stellen het ondervragingsrecht uit te oefenen, maar uitsluitend in die gevallen waarin de verdediging zelf ook voldoende

initiatief heeft getoond. Is die goede reden er wel of valt de uitoefening van het ondervragingsrecht niet meer te realiseren, dan dient de feitenrechter te bezien of voldoende compenserende factoren aanwezig zijn.

4. Compensatie en overall fairness

De Hoge Raad zet de beoordeling van het bewijsgebruik duidelijk in de sleutel van de *overall fairness*, maar refereert daaraan niet expliciet in de passages die zien op de beoordeling van getuigenverzoeken. Op het eerste gezicht lijkt het alsof het beoordelingsmodel uit *Schatschatschwili t. Duitsland* helemaal in de beoordeling is weggefallen, hetgeen de vraag oproept of de rechter zich daarop al dan niet dient te oriënteren bij de beslissing om getuigenverzoeken te honoreren. Echter, bij zorgvuldige lezing zien we de eerste twee stappen van het beoordelingsmodel (die van de reden en het gewicht) wel degelijk terugkomen in de instructies van de Hoge Raad.²⁶ De derde stap lijkt evenwel te ontbreken. Daaruit leiden wij af dat de vraag naar de compensatie pas beantwoord hoeft te worden aan het einde van de procedure, als de vraag voorligt of de verklaring van de getuige die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen, kan worden gebruikt voor het bewijs. De gedachte dat de rechter bij de vraag of een getuige moet worden gehoord nog niet vooruitloopt op mogelijke compensatie voor het niet horen, is wat ons betreft volstrekt logisch; compensatie voor het nadeel is pas aan de orde op het moment dat het nadeel zich ook daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Niet alleen zou de toetsing aan de compenserende factoren in dit stadium nogal prematuur zijn (de rechter kan immers nog niet voorspellen hoe de procedure zal verlopen), het zou ook een uitholling van het ondervragingsrecht betekenen; omdat ook in die gevallen waarin de verklaring beslissend is, een inhoudelijke grond zou bestaan tot afwijzing, gelegen in de (nog te creëren) compensatie.²⁷ Met andere woorden, de vraag naar de compenserende factoren is alleen relevant bij het bewijsgebruik. Geheel duidelijk is het arrest op dit punt echter niet, in die zin dat niet expliciet wordt uitgesloten dat de vraag naar compensatie naar voren wordt gehaald als reden om niet tot ondervraging over te gaan.

Uit het eerder aangehaalde arrest van 25 mei 2021 met betrekking tot het zesjarige slachtoffer valt evenwel af te leiden dat dit (het vooruitlopen op mogelijke compensatie) niet de bedoeling is.²⁸ In de hiervoor genoemde belangenafweging die moet plaatsvinden bij de beoorde-

22. Vermoedelijk denkt de Hoge Raad hier aan de situaties waarin ruimschoots ander bewijsmateriaal aanwezig is.

23. HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:768, NJ 2021/212, r.o. 2.6.

24. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.12.2.

25. Zie bijvoorbeeld HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1709.

26. De Hoge Raad stelt ook in r.o. 2.7.2 dat zowel de beslissingen van de feitenrechter over het oproepen en horen van getuigen als de beslissingen over de vraag of tot een bewezenverklaring kan worden gekomen ‘moeten plaatsvinden op een wijze die de overall fairness of the trial waarborgt’.

27. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.9.3. Zie in dit verband ook de annotatie van Reijntjes onder dit arrest, onder 4 en HR 25 mei 2021, NJ 2021/212.

28. HR 25 mei 2021, NJ 2021/212.

ling van getuigenverzoeken als blijkt dat er redenen kunnen zijn om een getuige niet te horen, wordt namelijk niet gerefereerd aan mogelijke compensatie. Ten aanzien van het bewijsgebruik stelt de Hoge Raad voorts expliciet: ‘Nu het hof [...] 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’. In de zaak die leidde tot het arrest van 13 juli 2021 komt de Hoge Raad tot een vergelijkbare overweging.²⁹ Hier betrof het de herkenning van de verdachte door vier verbalisanten aan de hand van camera-beelden en videostills van een woninginbraak. Het hof ziet geen noodzaak tot het horen van die verbalisanten nu het naar eigen zeggen geen reden heeft om te twijfelen aan de juistheid van die door hen opgemaakte processen-verbaal. Het hof had een eigen beoordeling gemaakt van de (beeld)kwaliteit van het audiovisuele materiaal getoond ter terechtzitting en daarmee de kwaliteit van de afgelegde verklaringen. Dit kan volgens de Hoge Raad evenwel niet het oordeel dragen dat de beslissing om die verklaringen voor het bewijs te gebruiken in overeenstemming is met artikel 6 EVRM.³⁰ De Hoge Raad betreft daarbij dat het verzoek tot het horen van de verbalisanten op ontoereikende gronden was afgewezen terwijl het bewijs in hoofdzaak op die verklaringen berust.³¹

Deze arresten laten zien dat als een verzoek niet op de juiste gronden is afgewezen, dit doorwerkt in het bewijsgebruik en de vraag naar de goede reden. De aanwezigheid van mogelijk sterke compenserende factoren kan een eerder gebrek in de afwijzing niet helen. Tegelijkertijd gaat de Hoge Raad wel over tot toetsing van het bewijsgebruik aan het beoordelingsmodel uit *Schatschaschwili t. Duitsland*, terwijl in beide zaken in de afwijzing van het getuigenverzoek reeds een zelfstandige grond voor cassatie wordt gevonden.³² De gedachtegang van de Hoge Raad hierbij is dat een verdachte in beginsel alleen belang heeft bij een cassatieklacht ten aanzien van het niet oproepen en horen van een belastende getuigen indien daarmee het recht op eerlijk proces wordt geschonden.³³ Dat past ook in de lijn van het EHRM, waarin het ontbreken van een goede reden voor het niet horen van de getuige geen onoverkomelijk obstakel hoeft te zijn, maar compliceert de zaken wel weer ernstig doordat de beoordelingskaders van de ver-

schillende beslismomenten in de arresten van de Hoge Raad toch weer door elkaar heen lijken gaan lopen. Uit het feit dat in cassatie beide toetsingen op elkaar worden betrokken valt echter wat ons betreft – gelet op de eerder aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad daaromtrent – niet af te leiden dat de feitenrechter bij de beoordeling van het getuigenverzoek reeds op die compenserende factoren moet/mag vooruitlopen. Heeft een getuigenverklaring een belastende strekking, dan is horen het uitgangspunt tenzij daarvoor serieuze beletsen zijn³⁴ of er overvloedig ander bewijsmateriaal aanwezig is.

Wat het bewijsgebruik betreft, is de vraag of de feitenrechter ook in alle gevallen moet toetsen aan die compenserende factoren en hoe de huidige lijn zich tot de eerdere *significant weight*-jurisprudentie verhoudt. In die jurisprudentie ging het om de vraag of de eis van voldoende compensatie ook geldt wanneer de bewezenverklaring niet in beslissende mate op de verklaring van een of meer niet gehoorde getuigen berust, maar aan de verklaring(en) voor de bewezenverklaring wel *significant weight* toekomt (lees: de verklaringen wel belangrijk maar niet beslissend zijn).³⁵ De Hoge Raad beantwoordde die vraag in lijn met eerdere jurisprudentie ontkennend. Als uitgangspunt had te gelden dat artikel 6 EVRM niet in de weg staat aan het gebruik van de verklaringen van niet gehoorde getuigen in het vooronderzoek indien ‘de betrokkenheid van de verdachte bij het hem ten laste gelegde feit in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen’.³⁶ Met andere woorden, als een veroordeling niet in beslissende mate op de betwiste verklaring(en) van de niet gehoorde getuige(n) berust, was een schending van artikel 6 EVRM niet aan de orde en hoefde ook niet naar compensatie te worden gekeken. De Hoge Raad lijkt thans een meer genuanceerde benadering te hanteren en stelt: ‘Naarmate 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.’ Betekent dit nu dat de Hoge Raad loslaat dat alleen bij verklaringen die beslissend zijn compensatie is vereist? Daar lijkt het wel op, maar helemaal glashelder zijn de overwegingen van de Hoge Raad op dit punt niet. Ook omdat de Hoge Raad de eerdergenoemde verplichting tot het alsnog horen van niet gehoorde getuigen, koppelt aan ‘met name’ de gevallen waarin de rechter zonder de verklaring van de niet gehoorde getuigen niet tot een bewezenverklaring kan komen. Daaruit volgt evenwel niet dat de toetsing aan de compenserende factoren bij een niet beslissende getuige geheel achterwege kan blijven, temeer daar de Hoge Raad ook zelf benadrukt dat de beoordelingsfacto-

29. HR 13 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1088.

30. Zie ook HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:993.

31. Het hof had de beelden wel bekeken maar geen eigen waarnemingen gedaan aan de hand van die beelden die als steunbewijs zouden kunnen worden gebruikt.

32. Ook in HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:993 acht de Hoge Raad de afwijzing van het getuigenverzoek niet begrijpelijk en neemt dan mee dat het hof er geen blijk van heeft gegeven of de procedure als geheel voldeed aan het recht op een eerlijk proces.

33. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.12.3.

34. En dat moet de Hoge Raad dan goed motiveren, zo volgt uit HR 25 mei 2021, NJ 2021/212, r.o. 2.5.2.

35. HR 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:123, NJ 2019/217 m.nt. W.H. Vellinga.

36. HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR: 2013:BX5539, NJ2013/145 m.nt. Schalken, r.o. 3.4 onder a.

ren in onderling verband moeten worden gezien en de *overall fairness* van de procedure centraal zet.

Aanknopingspunten voor de zienswijze dat de Hoge Raad inderdaad de lat wat lager is gaan leggen, zijn te vinden in het arrest van 22 juni 2021, waar het een openlijke geweldpleging betrof in het uitgaansleven waarbij meerdere getuigen (tevens: slachtoffers) waren.³⁷ In cassatie wordt onder meer geklaagd over het afwijzen van het verzoek tot het horen van een van de belastende getuigen (slachtoffer 4), die in eerste aanleg – anders dan de andere getuigen – nog niet was gehoord. A-G Hofstee stelt dat terecht wordt geklaagd over de afwijzing van het verzoek in het licht van de post-Keskin-jurisprudentie, maar dat dit niet tot cassatie hoeft te leiden nu de verklaring van slachtoffer 4 ook kan worden weggelaten (lees: niet beslissend is) en de verdachte derhalve geen belang heeft bij vernietiging van het arrest en een nieuwe behandeling. De Hoge Raad ziet dat belang wel, nu het in casu een belangrijke (of in de woorden van de verdediging: cruciale) getuige betrof om redenen in het arrest genoemd.³⁸ In deze zaak lijkt wel degelijk een zekere verruiming te zijn gelegen ten opzichte van de eerdere jurisprudentie, welke wij ook toejuichen vanuit het perspectief dat de verdachte zich adequaat moet kunnen verweren tegen de beschuldigingen van het Openbaar Ministerie.

5. Accent op het vooronderzoek

Zoals duidelijk wordt uit het voorgaande vraagt de nieuwe lijn van de Hoge Raad meer van het OM en de rechter dan alleen een meer indringende of inhoudelijke toetsing van het getuigenverzoek. In gevallen waarin de verdediging het nodige initiatief heeft laten zien maar het horen van de belastende getuigen om onduidelijke of onvoldoende steekhoudende redenen achterwege is gebleven, rust op de feitenrechter in bepaalde gevallen de verplichting om alsnog te trachten effectuering van het ondervragingsrecht mogelijk te maken.³⁹ Op dit moment wordt reeds in lopende appelzaken met terugwerkende kracht gekeken of de nieuwe post-Keskin-jurisprudentie aanleiding geeft om alsnog tot het horen van bepaalde getuigen over te gaan. Het arrest van de Hoge Raad bevat voorts een instructie aan het OM (en in voorkomende gevallen aan de rechter-commissaris of de politie) in het voorbereidend onderzoek om in bepaalde gevallen alvast het initiatief te nemen om de verdediging in de gelegenheid te stellen het ondervragingsrecht uit te oefenen indien er aanleiding is om te veronderstellen dat dit in een latere fase lastig zal blijken

te zijn.⁴⁰ Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie van het EHRM waarin op de verantwoordelijkheid van de justitiële autoriteiten in het voorbereidend onderzoek wordt gewezen.⁴¹ Als op voorhand duidelijk is dat de belastende getuige slechts eenmaal zal kunnen worden gehoord of nadien lastig te traceren zal zijn, terwijl aan diens verklaring ‘een meer dan gering gewicht’ toekomt,⁴² zal men in actie moeten komen; door de verdediging de gelegenheid te bieden de belastende getuige bij de RC of eventueel zelfs reeds bij de politie te doen horen. Die actie concentreert zich echter op het horen van de getuigen in het voorbereidend onderzoek.

Hoewel met het arrest stappen in de juiste richting worden gezet, te weten naar minder formalisme, een meer indringende toetsing van verzoeken en meer nadruk op de verantwoordelijkheid van de rechter en de justitiële autoriteiten voor wat betreft de effectuering van het ondervragingsrecht, blijft het zwaartepunt voor het horen van getuigen waar het thans ligt, namelijk in het voorbereidend onderzoek. In het overzichtsarrest refereert de Hoge Raad wel kort aan de discussie over het onmiddellijkheidsbeginsel, maar stelt hij vast te houden aan ‘de in de traditie van het Nederlandse strafproces gewortelde uitgangspunt dat getuigen al in het vooronderzoek worden gehoord’. De vraag of het niet beter zou zijn om de procedure langs andere lijnen in te richten zodat (beslissende) getuigen ten overstaan van de rechter (nogmaals) worden gehoord opdat deze zich een oordeel kan vormen over de kwaliteit van de eerder gelegde verklaring, betreft volgens de Hoge Raad niet een vraag die aan de Hoge Raad ter beantwoording staat, mede gelet op de ingrijpende (praktische en financiële) consequenties die een dergelijke wijze van procederen zou hebben. Op zichzelf valt die overweging wel te begrijpen, maar ze gaat wel voorbij aan de geheel eigen rol die de Hoge Raad heeft gespeeld in het ondergraven van het onmiddellijkheidsbeginsel zoals dat de wetgever van 1926 voor ogen stond, en ook nadien in het ‘klein houden’ van het ondervragingsrecht door daaraan allerhande beperkingen te verbinden.⁴³ Over de vraag of een meer onmiddellijke stijl van procederen waarin als uitgangspunt geldt dat het horen van (belangrijke) getuigen ter terechtzitting te prefereren valt, lopen de opvattingen sterk uiteen.⁴⁴ Het ondervragingsrecht wordt door het EHRM niet zo ingevuld dat de uitoefening daarvan op het onderzoek ter terechtzitting ten overstaan van de beslissende autoriteit (jury of rechter) dient te geschie-

37. HR 22 juni 2021, ECLI:NL:2021:959.

38. Zie HR 22 juni 2021, ECLI:NL:2021:959, r.o. 4.4.

39. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.12.1: ‘Zo nodig zal hij [...] ambtshalve alsnog overgaan tot het oproepen en het horen van (een) getuige(n).’

40. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.10.

41. Zie onder meer EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10, NJ 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili t. Duitsland*), par. 120-122.

42. Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.10.

43. Zie de beperkingen die hiervoor in par. 2 zijn genoemd.

44. Zie in dit verband meest recent L. van Lent, A. Smolders en M. Malsch. ‘“We kennen allemaal de stukken ...” Pleidooi voor een debat over een onmiddellijker strafproces in Nederland’, DD 2020/38.

den,⁴⁵ maar het EHRM heeft wel een voorkeur voor een onmiddellijke stijl van procederen.⁴⁶

Het voert te ver om in dit artikel uitgebreid op de voors en tegens van het ter terechtzitting horen van getuigen in te gaan.⁴⁷ Waar het om gaat, is dat de Hoge Raad een eigen verantwoordelijkheid heeft en zich niet kan verschuilen achter de wetgever, temeer daar het wetgevingsproces nog lopende is en het voornemen is om het accent nog meer dan thans het geval is op het voorbereidend onderzoek te leggen.⁴⁸ Het vormgeven of normeren van het strafproces is wat ons betreft een gedeelde verantwoordelijkheid van de wetgever en het hoogste rechtscollege. De (concept-)wetgever oriënteert zich ook uitdrukkelijk op die praktijk en zoekt daarin ook aansluiting bij de zienswijzen van de Hoge Raad. De Hoge Raad neemt de bestaande praktijk en traditie als gegeven, maar miskent daarbij de belangrijke rol die hij zelf heeft gehad in de vormgeving daarvan. De eigen verantwoordelijkheid van de Hoge Raad moet dan ook mede tegen die achtergrond worden gezien. Voor wat betreft de afweging die de Hoge Raad daarin zou kunnen maken, is het van belang dat het niet zwart/wit hoeft te zijn (onmiddellijk of niet onmiddellijk); er zijn tussenvormen denkbaar waarin bijvoorbeeld alleen beslissende getuigen ter terechtzitting hoeven te worden gehoord in die situaties waarin daarvoor geen serieuze beletselen zijn.⁴⁹ Het lijkt er echter sterk op dat de Hoge Raad daar (nog steeds) het nut niet van inziet. Volgens de Hoge Raad 'biedt het Nederlandse strafproces ook ruim voldoende mogelijkheden aan de feitenrechter om de *overall fairness of the trial* te realiseren'.⁵⁰ Maar de vraag is of het daarom gaat. Toetsing van de *overall fairness* is immers in beginsel pas aan de orde als de uitoefening van het ondervragingsrecht niet mogelijk is geweest; wanneer de *overall fairness* als oriëntatiepunt wordt genomen, kan gemakkelijk aan de zelfstandige betekenis van het ondervragingsrecht worden voorbijgegaan. Weliswaar staat het EHRM toe dat dat de verwezenlijking van het ondervragingsrecht buiten het onderzoek ter terechtzitting om geschiedt,⁵¹ de vraag blijft echter of in Nederland niet te veel wordt gefocust op dit aspect in de jurisprudentie van het EHRM en of uitoefening van het ondervragingsrecht in het vooronderzoek daadwerkelijk

een volwaardig en duurzaam alternatief vormt voor het ter terechtzitting ondervragen van getuigen, zoals de Hoge Raad lijkt te suggereren.

Wat daarvan ook zij, dat het EHRM ruimte laat voor verwezenlijking van het ondervragingsrecht buiten het onderzoek ter terechtzitting om, is als het ware al een concessie aan landen zoals Nederland met een meer inquisitoire stijl van procederen. Daarbij past het niet om het ondervragingsrecht nog meer te beknotten door aan de uitoefening daarvan in het voorbereidend onderzoek – in de regel in het kabinet R(H)C – allerlei voorwaarden te verbinden (door het stellen van hoge eisen aan de onderbouwing van verzoeken of door het horen bij de R(H)C alleen toe te staan als getuigen ook daadwerkelijk beslissend lijken te zijn). Dat heeft de Hoge Raad echter wel lang gedaan (en doet dat tot op zekere hoogte nog steeds). Anders gezegd, het EHRM geeft een vinger maar Nederland pakt de hele hand, daarbij systematisch in de woorden van Mevis 'de subtiele(re) tekens' van het EHRM negerend dat het eigenlijk toch anders moet.⁵² Zorgelijk daarbij is dat die meer systematische veronachtzaming van het ondervragingsrecht door de Hoge Raad mogelijkerwijs ook heeft bijgedragen aan de attitude van (sommige) feitenrechters waarin het uitoefenen van het ondervragingsrecht vooral als onnodige ballast wordt gezien vanuit de gedachte dat het vaak 'toch niets oplevert'.⁵³ Het ondervragingsrecht is echter niet alleen een instrument ter toetsing van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen.⁵⁴ Het heeft ook een eigen zelfstandige waarde, die in een inquisitoire getinte procedure al gauw uit beeld dreigt te geraken: het horen van belastende getuigen is in een rechtsstaat een noodzakelijke voorwaarde voor de onpartijdige waardering van het bewijs. Jackson en Summers spreken in dit verband van een institutionele waarborg en *the need to offset the role of the prosecution*.⁵⁵ Hiervan uitgaande, zal niet kunnen worden volstaan met toetsing van de getuigenverklaring aan ander bewijsmateriaal.⁵⁶ Dat de Hoge Raad nu zijn koers bijstelt is mooi, maar of dat de feitenrechter voldoende zal prikkelen om dat ondervragingsrecht in al zijn facetten te omarmen, althans daar voldoende gestalte aan te geven, is zeer de vraag gelet op de cultuur van 'zuinigheid' die in Nederland in dit opzicht heerst. Met name de mogelijkheid die de Hoge Raad biedt om het overige bewijs te betrekken bij de beslissing of een getuige al dan niet moet wor-

45. Een gelegenheid in het voorbereidend onderzoek volstaat per slot van rekening.

46. Zie op dit punt de *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb) Updated on 30 April 2021*, p. 90-91, punt 488 en 489.

47. Wij zouden niet voor een procedure zijn waarin alle getuigen standaard ter terechtzitting worden opgeroepen maar wel die getuigen waar de zaak in de kern om draait. Zie in dit verband M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

48. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juli 2020, wordt in dit verband gesproken van 'een beweging naar voren', onder meer op pagina 566.

49. De discussie zou wat ons betreft moeten gaan over meer of minder onmiddellijk.

50. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, r.o. 2.7.2.

51. Zie EHRM 20 november 1989, NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema (*Kostovski t. Nederland*), par. 41.

52. Mevis 2021, p. 362.

53. Dat komt ook omdat 'de opbrengst' niet altijd goed zichtbaar is voor de rechter die het met het proces-verbaal en de indrukken van de verdediging moet doen, en niet zelf de antwoorden heeft kunnen horen en reacties heeft kunnen waarnemen.

54. Hoewel het EHRM het in zijn latere jurisprudentie wel meer in die sleutel is gaan zetten door de compenserende factoren uitdrukkelijk te koppelen aan de toetsing van de betrouwbaarheid.

55. Zie J.D. Jackson en S.J. Summers, 'Seeking Core Fair Trial Standards across National Boundaries: Judicial Impartiality, the Prosecutorial Role and the Right to Counsel', in: J.D. Jackson & S.J. Summers (red.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Forms*, Oxford: Hart Publishing 2018, in het bijzonder p. 117-123.

56. Zie ook Reijntjes in zijn annotatie onder HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, NJ 2021/173, onder 4.

den gehoord, is een punt van zorg omdat het een ontsnappingsclausule biedt voor feitenrechters die de uitoefening van het ondervragingsrecht vooral als een hinderpaal zien.

Explicitering van het belang dat met het ondervragingsrecht wordt gediend zou kunnen helpen bij de vereiste verandering van attitude of cultuur onder (bepaalde) rechters. Het zou voorts helpen als de Hoge Raad zich nader zou bezinnen op de relatie tussen de zittingsrechter en de verdediging in deze. Het post-Keskin-arrest is ook op dit punt niet glashelder. De opstelling van de verdediging is een factor die de feitenrechter mag meenemen in diens oordeel over het getuigenverzoek en het bewijs, maar hoeveel gewicht dat nu eigenlijk in de schaal legt en hoe de verantwoordelijkheden in deze nu precies zijn verdeeld, is niet helemaal duidelijk. In dit verband merken we op dat waar de eigen verantwoordelijkheid van de zittingsrechter voor de compleetheit van het onderzoek ter terechtzitting primair ten dienste van een juiste bewijsbeslissing (een epistemologische waarde) staat, voor de verdediging de tegensprekelijkheid meer centraal staat (die ook niet-epistemologische waarden dient).⁵⁷ Onzes inziens zullen rechters zich in een procedure waarin de bewijsvergaring van overheidswege wordt gedomineerd meer moeten inspannen om te voorkomen dat bij de verdediging of het bredere publiek de indruk ontstaat dat een effectieve verdediging niet van belang wordt geacht, omdat de rechtbank zich toch al ‘voldoende voorgelicht’ acht.

146

6. Tot besluit

Wij komen tot een besluit. Wat betreft de vertaling van het EHRM-kader naar de Nederlandse praktijk zijn er wat ons betreft goede stappen gezet in de richting van een werkwijze die meer in lijn ligt met de bedoelingen van het EHRM. Door het herzien van het gehele kader doet de Hoge Raad meer dan uitsluitend op grond van het arrest Keskin nodig was geweest. Zo lijkt ook de *significant weight*-jurisprudentie van haar scherpe kantjes te zijn ontdaan. Dit kan weliswaar worden geduid als achterstallig onderhoud naar aanleiding van de eerder gemiste ‘subtiele(re) signalen’, maar de Hoge Raad dóet het wel. En hoewel de ‘stappen’ die de feitenrechter moet zetten ter beoordeling van een getuigenverzoek dan wel het bewijsgebruik van verklaringen van niet gehoorde getuigen er wellicht niet eenvoudiger op zijn geworden, heeft het beoordelingskader van de Hoge Raad duidelijk gewonnen aan consistentie en helderheid.

Dat laat onverlet dat er ook kritische kanttekeningen te plaatsen zijn bij de lijn van de Hoge Raad, onder meer door de focus op het voorbereidend onderzoek als aan-

gewezen plek om het ondervragingsrecht te verwezenlijken en het accent op de *overall fairness*, dat door velen toch wordt opgevat als een ongebreidelde mogelijkheid om inbreuken op deelrechten te sauveren. Een sterk ondervragingsrecht is echter een wezenlijk onderdeel van het recht op een eerlijk proces, zo heeft het EHRM ook duidelijk proberen te maken in het Keskin-arrest. De vraag is dan ook of het arrest van de Hoge Raad wel ver genoeg gaat en vooral of het de zittingsrechter voldoende prikkelt om de eigen verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van het ondervragingsrecht serieus te nemen, ook al geschiedt de uitoefening daarvan veelal buiten zijn aanwezigheid om en is de ‘opbrengst’ daarvoor niet altijd zichtbaar.

Weliswaar moet de feitenrechter een verzoek tot het oproepen en ondervragen van getuigen indringender toetsen, de feitenrechter heeft nog steeds de nodige ruimte om met een beroep op het overige beschikbare bewijsmateriaal een verzoek af te wijzen. Dit mag in beginsel alleen als de ‘feiten en omstandigheden door andere resultaten van het strafrechtelijk onderzoek al buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan’,⁵⁸ maar dit biedt wel een ontsnappingsroute in die gevallen dat de rechter zich eigenlijk al voldoende voorgelicht acht. Ook gaan in dit verband gemengde signalen uit van de overwegingen inzake de compenserende factoren. Uit het arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat de weging van compenserende factoren in het kader van de toetsing van de *overall fairness* pas aan de orde kan zijn in de fase van het bewijsgebruik en nog niet bij de beoordeling van het getuigenverzoek zelf moet worden betrokken. Daarmee krijgt de beoordeling van getuigenverzoeken duidelijk een eigen en ook andere dimensie, en wint het ondervragingsrecht aan kracht; het gaat niet louter om de vraag of een eventuele weigering *later* mogelijkserwijs zal leiden tot een schending van artikel 6 EVRM. Nee, de rechter zal zich serieus moeten inspannen om de verdediging de gelegenheid te geven om het ondervragingsrecht uit te oefenen. Echter, bij de toetsing in cassatie wordt de *overall fairness* wel telkens bij de beoordeling betrokken omdat alleen in gevallen dat de verklaring is gebruikt in strijd met de *overall fairness*, de verdachte ook geacht wordt een belang te hebben bij cassatie. Dit biedt de feitenrechter de mogelijkheid om toch weer met een schuin oog naar mogelijke compensatie te kijken bij het maken van een inschatting of een bepaalde beslissing tot cassatie zal leiden. Dat lijkt in beginsel alleen het geval als de verklaring die voor het bewijs is gebruikt beslissend of in ieder geval heel belangrijk is geweest.

Uit de moeite die de Hoge Raad heeft gedaan om een uitvoerig en stapsgewijs beoordelingskader te schetsen en uit de jurisprudentie die na het Post-Keskin-arrest is geweest, leiden wij af dat de Hoge Raad het ondervragingsrecht sterker heeft willen aanzetten. De Hoge Raad laat echter na zich hierover heel expliciet uit te spreken. Dat is jammer, want op dit thema rust wel *the weight of*

57. Voor een overzicht van de (epistemologische en niet-epistemologische) belangen die door het ondervragingsrecht worden gediend, zie M. Redmayne, ‘Confronting confrontation’, in: P. Roberts en J. Hunter (red.), *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford: Hart Publishing 2012.

58. En de rechter de verklaring dus strikt genomen niet nodig heeft om tot een bewezenverklaring te komen.

history, waardoor niet te lichtvaardig kan worden vertrouwd op de goede afloop en de bereidwilligheid van feitenrechters in dat verband om meer welwillend naar getuigenverzoeken te kijken. Het blijft voorts op onderdelen gissen wat de Hoge Raad nu precies voor ogen heeft of als de ideale situatie zou zien. Die ideale situatie is wat ons betreft niet dat als de verdediging een trits getuigenverzoeken doet, deze allemaal moeten worden gehonoreerd. De verdediging moet echter wél de gelegenheid krijgen het belastende bewijs aan te vechten, ook als er veel belastend bewijs ligt en de feitenrechter er weinig fiducia in heeft dat het horen van de getuigen het beeld zal doen kantelen. Dat is ook de les die valt te trekken uit het arrest Keskin: het bewijs tegen de verdachte kan nog zo sterk zijn, de verdachte moet in een rechtsstaat de gelegenheid krijgen zich adequaat te verweren tegen de beschuldigingen aan zijn adres.