

ANNOTATIE

Arrest Post-Keskin.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 20-04-2021, ECLI:NL:HR:2021:576 (SR-2021-0112)

Commentaar bij HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576.

In dit arrest gaat de Hoge Raad nader in op ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 (*Keskin/Nederland*) en de betekenis van die uitspraak voor de beoordeling van verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen door de Nederlandse strafrechter en voor het gebruik van verklaringen van getuigen voor het bewijs in gevallen waarin de verdediging niet een behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft gehad om het ondervragingsrecht uit te oefenen.

Na een weergave van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.5, 3.6, 3.7.1, 3.7.2, 3.7.3, 3.8.1 en 3.9 en par. 38-51 en par. 53-63 uit ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, bespreekt de Hoge Raad – in reactie op de uitspraak van het EHRM – enkele uitgangspunten van het Nederlandse stelsel met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen. Vervolgens zet de Hoge Raad uiteen dat de uitspraak van het EHRM in de zaak *Keskin* aanleiding geeft tot het bijstellen van de eisen die in eerdere rechtspraak door de Hoge Raad zijn geformuleerd over de onderbouwing van verzoeken van de verdediging tot het oproepen en horen van getuigen. Ten slotte maakt de Hoge Raad enkele opmerkingen over het bieden van gelegenheid voor de uitoefening van het ondervragingsrecht en de beoordeling van de ‘overall fairness’ van de procedure.

De Hoge Raad overweegt dat het EHRM in ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 heeft geoordeeld dat artikel 6 lid 1 en 3 aanhef en onder d EVRM is geschonden. In deze uitspraak gaat het EHRM nader in op de beoordeling van verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen door de rechter en op het gebruik voor het bewijs van getuigenverklaringen als de verdediging het ondervragingsrecht niet behoorlijk en effectief heeft kunnen uitoefenen.

De Hoge Raad overweegt dat in de rechtspraak van het EHRM over het ondervragingsrecht een onderscheid wordt gemaakt tussen *prosecution witnesses* en *defence witnesses*. In het Nederlandse Wetboek van Strafvordering wordt in de voorschriften die zien op het oproepen en horen van getuigen, een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Voor de duiding van de betekenis van ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 voor de beoordeling van verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen door de Nederlandse strafrechter, is het daarom nuttig een aantal uitgangspunten van het Nederlandse strafprocesrecht met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen te benoemen en in verband te brengen met de door het EHRM geformuleerde 'general principles'.

Het horen van getuigen kan op verschillende momenten in de strafprocedure plaatsvinden. Getuigen kunnen allereerst worden gehoord tijdens het opsporingsonderzoek door een opsporingsambtenaar, waarbij de betreffende verklaring wordt vastgelegd in een – bij de processtukken te voegen – proces-verbaal. De in een proces-verbaal opgenomen verklaring van de getuige kan nadien door de rechter voor het bewijs worden gebruikt.

Getuigen kunnen ook, al dan niet op verzoek van de verdediging, op een later moment in de procedure (opnieuw) worden opgeroepen en gehoord. Voorafgaand aan de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg gaat het dan om het horen van getuigen door de rechter-commissaris. Het horen van getuigen kan verder plaatsvinden in eerste aanleg of in hoger beroep door de zittingsrechter of lopende het onderzoek ter terechtzitting door de (gedelegeerd) rechter-commissaris of de (gedelegeerd) raadsheer-commissaris. Ook bestaat de mogelijkheid van het horen van getuigen door de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris nadat hoger beroep is ingesteld maar voordat het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen. Bij het horen van getuigen door de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris mag de verdediging in beginsel aanwezig zijn en vragen (doen) stellen aan de getuige. Een verklaring die de getuige aflegt tegenover de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris, wordt vastgelegd in een proces-verbaal dat bij de processtukken wordt gevoegd. Ook de in zo'n proces-verbaal opgenomen verklaring van de getuige kan door de rechter voor het bewijs worden gebruikt.

In de Nederlandse strafrechtspleging worden op basis van deze voorschriften de verklaringen van getuigen in de regel al in het vooronderzoek opgenomen door opsporingsambtenaren of door de rechter-commissaris. Bij verhoren van getuigen door opsporingsambtenaren is in de regel de verdediging niet aanwezig. Dat is doorgaans wel het geval als getuigen door de rechter-commissaris worden gehoord, waarbij de verdediging dan de mogelijkheid heeft om vragen te (doen) stellen.

De schriftelijke weergave van verklaringen die getuigen bij hun verhoor afleggen, wordt bij de

processtukken gevoegd en is daardoor bekend aan de rechter en de andere procesdeelnemers op het moment dat het onderzoek ter terechtzitting aanvangt. In dit stelsel concentreert het onderzoek ter terechtzitting zich op de beoordeling van de bevindingen uit het vooronderzoek, waaronder de afgelegde getuigenverklaringen. Deze inrichting van het Nederlandse strafproces, die al een lange traditie kent en waarop het wettelijk stelsel is toegesneden, beoogt bij te dragen niet alleen aan een doelmatige en gestructureerde behandeling van strafzaken op de zitting binnen een redelijke termijn, maar ook aan de waarheidsvinding. Verklaringen van getuigen worden immers opgenomen niet langer dan nodig na de gebeurtenis waarop deze betrekking hebben.

Dat in het Nederlandse stelsel getuigen veelal in het vooronderzoek worden gehoord en dat dit stelsel niet als vertrekpunt kent dat getuigen uitsluitend of vooral tijdens het onderzoek ter terechtzitting worden gehoord, is gelet op de rechtspraak van het EHRM niet onverenigbaar met artikel 6 EVRM. Het EVRM laat immers de lidstaten de vrijheid hun strafproces in te richten overeenkomstig hun nationale principes en tradities.

Op onderdelen vraagt de betekenis van de door het EHRM geformuleerde ‘general principles’ voor het Nederlandse strafprocesrecht nadere aandacht. Ook met het oog op de dialoog met het EHRM kan hierbij op het volgende worden gewezen.

Mede als gevolg van de grote rol van de getuigenverhoren die in het vooronderzoek plaatsvinden, wordt in het Nederlandse wettelijke stelsel niet een strikt onderscheid gemaakt tussen prosecution witnesses en defence witnesses. Dat geldt ook voor het onderscheid tussen ‘getuigen à charge’ en ‘getuigen à décharge’. Processen-verbaal van verklaringen die getuigen hebben afgelegd tegenover een opsporingsambtenaar, worden door de officier van justitie bij de processtukken gevoegd als deze redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen (art. 149a lid 2 Sv), ongeacht of de strekking van deze verklaringen voor de verdachte belastend of ontlastend – of onder omstandigheden: deels belastend en deels ontlastend – is. Ook anderszins wordt in de wettelijke bepalingen die verband houden met het horen van getuigen, de (mogelijk belastende) strekking van een verklaring van een getuige niet als criterium gehanteerd. Dat neemt niet weg dat die strekking wel een rol kan en mag spelen bij beslissingen die worden genomen over het horen van getuigen.

Dit verschil met de rechtspraak van het EHRM kan mede erdoor worden verklaard dat die rechtspraak als vertrekpunt heeft een procesmodel waarin (alle) getuigen ter terechtzitting worden opgeroepen door hetzij de aanklager, hetzij de verdediging. Ook in het Nederlandse strafproces dient te zijn verzekerd dat op enig moment in de procedure de verdediging een behoorlijke en effectieve gelegenheid heeft om het door artikel 6 lid 3 onder d EVRM

gewaarborgde ondervragingsrecht uit te oefenen, en dat, ook als die gelegenheid om welke reden dan ook heeft ontbroken, een veroordeling van de verdachte desondanks in overeenstemming is met de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM. Bepalend is daarvoor, zo komt in de rechtspraak van het EHRM naar voren, de uiteindelijke evaluatie van ‘the overall fairness of the trial’. Daarnaast kan erop worden gewezen dat op het moment dat het EHRM zelf over een aan hem voorgelegd geval oordeelt, de nationale strafrechtelijke procedure is afgerond en daarmee bekend is wat de strekking van een getuigenverklaring is geweest. Het Nederlandse wettelijke stelsel brengt mee dat beslissingen over het al dan niet (nader) horen van getuigen deels al in de voorbereidende fase van de strafzaak worden genomen, waarbij niet steeds op voorhand vaststaat wat de strekking van een door de getuige af te leggen verklaring zal zijn. Ook in het strafdossier dat door de officier van justitie wordt samengesteld, worden op schrift gestelde verklaringen van getuigen niet bij voorbaat als belastend of ontlastend aangemerkt.

Het hieruit voortvloeiende verschil in perspectief tussen de rechtspraak van het EHRM en het Nederlandse wettelijke stelsel neemt niet weg dat beslissingen van de feitenrechter over het oproepen en horen van getuigen en over de vraag of tot een bewezenverklaring kan worden gekomen, moeten plaatsvinden op een wijze die de ‘overall fairness of the trial’ waarborgt. Het Nederlandse strafproces biedt ook ruim voldoende mogelijkheden aan de feitenrechter om de ‘overall fairness of the trial’ te realiseren. Of – zoals in de literatuur soms wordt betoogd – aanleiding bestaat te komen tot een wezenlijk andere inrichting van het nationale strafproces, in die zin dat getuigenverklaringen in beginsel slechts bruikbaar zijn voor het bewijs tegen de verdachte als deze tegenover de zittingsrechter zijn afgelegd, betreft een vraag die niet aan de Hoge Raad ter beantwoording staat. Als een dergelijke keuze zou worden gemaakt, is dat – ook gelet op de ingrijpende (praktische en financiële) consequenties die zo’n keuze heeft voor de inrichting van het strafproces en het strafprocesrecht als geheel – aan de wetgever. In het momenteel voorliggende conceptwetsvoorstel voor een integrale modernisering van het Wetboek van Strafvordering komt een dergelijke verstrekkende aanpassing niet aan de orde. Er wordt vastgehouden aan het in de traditie van het Nederlandse strafprocesrecht gewortelde uitgangspunt dat getuigen al in het vooronderzoek worden gehoord (zie ECLI:NL:PHR:2021:234, onder 30).

De Hoge Raad overweegt dat in ECLI:NL:HR:2014:1496 op hoofdlijnen uiteen is gezet op welke wijze de op grond van het Wetboek van Strafvordering geldende regels over het oproepen dan wel horen van door de verdediging opgegeven getuigen moeten worden uitgelegd. In aanvulling daarop is in ECLI:NL:HR:2017:1015 uiteengezet welke eisen gelden met betrekking tot de onderbouwing van verzoeken van de verdediging tot het oproepen en horen van getuigen. ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 geeft aanleiding die eisen bij te

stellen waar het gaat om getuigen die een verklaring met een belastende strekking hebben afgelegd.

De motiveringsplicht die in ECLI:NL:HR:2017:1015 is geformuleerd, houdt in dat de verdediging ten aanzien van iedere door haar opgegeven getuige moet toelichten waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige in de strafzaak op grond van artikel 348 en 350 Sv te nemen beslissing. Aan dit motiveringsvereiste ligt ten grondslag dat de rechter in staat wordt gesteld de relevantie van het verzoek te beoordelen, mede in het licht van de onderzoeksbevindingen zoals deze zich op het moment van het verzoek in het dossier bevinden. Ook draagt dat vereiste eraan bij dat de rechter zo vroegtijdig mogelijk het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM bij de beoordeling van het verzoek kan betrekken (ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.6).

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 (in het bijzonder par. 45, 56 en 61 van die uitspraak) heeft tot gevolg dat in bepaalde gevallen het belang bij het oproepen en horen van een getuige moet worden voorondersteld, zodat van de verdediging geen nadere onderbouwing van dit belang mag worden verlangd. Dat is aan de orde als het verzoek betrekking heeft op een getuige ten aanzien van wie de verdediging het ondervragingsrecht nog niet heeft kunnen uitoefenen, terwijl deze getuige al – in het vooronderzoek of anderszins – een verklaring heeft afgelegd met een belastende strekking. Het gaat dan om een verklaring die door de rechter voor het bewijs van het ten laste gelegde feit zou kunnen worden gebruikt of al is gebruikt.

Het vorenstaande betekent niet dat elk verzoek tot het oproepen en horen van een getuige die al een belastende verklaring heeft afgelegd, door de rechter zonder meer moet worden toegewezen. Zo'n verzoek kan worden afgewezen op de – in artikel 288 lid 1 Sv genoemde, maar ook voor de toepassing van artikel 315 Sv van belang zijnde – gronden dat het onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn ter terechtzitting zal verschijnen, of dat het gegronde vermoeden bestaat dat de gezondheid of het welzijn van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechtzitting in gevaar wordt gebracht, en het voorkomen van dit gevaar zwaarder weegt dan het belang de getuige ter terechtzitting te kunnen ondervragen. In de rechtspraak van het EHRM zijn onder meer deze gronden erkend als goede reden voor het niet oproepen en horen van een getuige. Verder verzet artikel 6 EVRM zich niet ertegen dat de rechter het verzoek afwijst als het oproepen en horen van een getuige onmiskenbaar irrelevant of overbodig ('manifestly irrelevant or redundant') is, omdat het (opnieuw) horen van de getuige voor de bewijsvoering van geen enkel belang zal zijn of geen toegevoegde waarde zal hebben. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de al door de getuige afgelegde verklaring betrekking heeft op feiten en omstandigheden die door de verdachte niet worden betwist of als die feiten en omstandigheden door andere resultaten van het strafrechtelijk onderzoek al buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan.

Daarnaast is van belang dat, zoals naar voren is gekomen, de rechter in de loop van het strafproces beslissingen neemt over het oproepen en horen van getuigen. Op het moment dat zo'n beslissing moet worden genomen, zal niet steeds vaststaan wat de betekenis en het gewicht van de verklaring van de getuige zijn of kunnen zijn bij de beantwoording van de bewijsvraag en daarmee wat het concrete belang van de verdachte is om die getuige te (doen) ondervragen. Het staat de rechter echter vrij om zich al een voorlopig oordeel te vormen over het vermoedelijke of mogelijke gewicht van de al door de betreffende getuige afgelegde verklaring, in het licht van wat uit de overige processtukken blijkt en gelet op de beschuldiging die door het openbaar ministerie in de strafzaak centraal wordt gesteld. De rechter mag mede op grond daarvan de beslissing nemen over het oproepen en horen van de betreffende getuige. Dat kan betekenen dat de rechter tot de beslissing komt dat, naar de stand waarin het onderzoek zich op dat moment bevindt, (nog) onvoldoende grond bestaat om het verzoek tot het oproepen en horen van die getuige toe te wijzen. Dat sluit overigens niet uit dat in een later stadium van de procedure anders zal (moeten) worden geoordeeld als opnieuw een verzoek tot het oproepen en horen van die getuige wordt gedaan. Ook kan nadien aanleiding bestaan voor de rechter om, alvorens uitspraak te doen, ambtshalve te beslissen tot het alsnog oproepen en horen van de getuige. Voor de hier aangeduide werkwijze kan in het bijzonder aanleiding bestaan als het verzoek betrekking heeft op alle getuigen van wie verklaringen in het dossier zijn gevoegd, of een groot aantal daarvan.

Met een dergelijke wijze van beoordelen wordt niet ongeoorloofd vooruitgelopen op de beslissingen over de vragen van artikel 348 en 350 Sv die de rechter in een later stadium van de procedure zal nemen. Het gaat immers om niet meer dan een oordeel over het vermoedelijke of mogelijke gewicht van de al door de getuige afgelegde verklaring in het licht van de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek tot dan toe. Om die reden geeft de rechter met een toewijzende of afwijzende beslissing ook niet ervan blijk dat hij jegens een procespartij een vooringenomenheid koestert, of dat de bij deze dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is, en vormt die beslissing op zichzelf dus geen grond voor wraking.

Opmerking verdient verder dat ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 niet afdoet aan de eis die in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt gesteld en die ook aansluit bij de rechtspraak van het EHRM (vgl. bijvoorbeeld – in verband met de toepassing van artikel 35 EVRM – EHRM 10 juli 2014, nr. 40820/12, par. 44 (*Marčan/Kroatië*) en EHRM 12 juli 2018, nr. 48134/15, par. 28 (*Bojić/Kroatië*)). Bijvoorbeeld in het geval van verhoren door een gespecialiseerde verhoorder van zeer jonge kinderen in een daartoe ingerichte studio. 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) dat als de verdediging een getuige wenst te ondervragen, zij hiertoe het nodige initiatief neemt. Dat houdt in dat de verdediging die wens kenbaar moet maken door een stellig en duidelijk verzoek te doen tot het oproepen en horen van een concreet aangeduide getuige. In de gevallen waarin het belang bij het oproepen en horen van een getuige moet worden voorondersteld, mag zo'n verzoek niet worden afgewezen op de enkele grond dat het verzoek niet of niet naar behoren is onderbouwd. Dit neemt niet weg dat de verdediging bij het doen van een verzoek tot het oproepen en horen van een getuige er met het oog op een juiste beoordeling van dat verzoek baat bij kan hebben om toe te lichten dat het verzoek betrekking heeft op een getuige die een verklaring heeft afgelegd die voor de verdachte belastend van aard is of kan zijn en dat zij daarbij, voor zover mogelijk, een aanduiding geeft van de door de verdachte betwiste onderdelen van die verklaring en in samenhang daarmee van de onderwerpen waarover zij de getuige wenst te ondervragen. Het geven van zo'n toelichting kan bijvoorbeeld van betekenis zijn als een van de eerdergenoemde afwijzingsgronden aan de orde zou kunnen zijn of als het verzoek betrekking heeft op een groot aantal getuigen en de rechter voor de beslissing staat of al deze getuigen moeten worden gehoord of dat (vooralsnog) wordt volstaan met een aantal van hen.

De Hoge Raad overweegt dat in het Nederlandse stelsel, waarin het onderzoek ter terechtzitting zich concentreert op de beoordeling van de bevindingen uit het vooronderzoek, het van belang is dat al voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting gelegenheid bestaat voor de uitoefening van het ondervragingsrecht. In dit verband zijn in het bijzonder van belang de genoemde mogelijkheden van het horen van getuigen door de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris in aanwezigheid van in ieder geval de raadsman en op zijn verzoek in beginsel ook de verdachte. Dat vergt dat bij de gerechten voldoende capaciteit beschikbaar is voor het langs deze wegen horen van getuigen.

Het initiatief tot het bieden van een dergelijke ondervragingsgelegenheid kan tijdens het vooronderzoek worden genomen door het openbaar ministerie en in bepaalde gevallen ook door de rechter-commissaris. Aanleiding daarvoor kan bestaan in gevallen waarin een getuige al een verklaring met een belastende strekking heeft afgelegd en aan die verklaring – voor zover zich dat laat vaststellen in de stand van het onderzoek – een meer dan gering gewicht kan toekomen voor een eventuele bewezenverklaring. Het bieden van een dergelijke ondervragingsgelegenheid aan de verdediging voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting, zonder daartoe een verzoek van de verdediging af te wachten, ligt vooral ook in de rede in gevallen waarin het voorzienbaar is dat de getuige op een later moment mogelijk niet meer beschikbaar zal zijn voor een verhoor of moeilijk zal kunnen worden getraceerd, of als de belangen van de getuige ermee zijn gediend dat een (nadere) ondervraging op korte termijn plaatsvindt. Onder omstandigheden (bijvoorbeeld in het geval van verhoren door een

gespecialiseerde verhoorder van zeer jonge kinderen in een daartoe ingerichte studio) kan dat ook aanleiding vormen om al bij het verhoor van een getuige door de politie gelegenheid tot ondervraging te bieden.

Daarnaast kan de verdediging op diverse momenten in de strafrechtelijke procedure een verzoek doen om een getuige te horen met het oog op de uitoefening van het ondervragingsrecht. Voor een effectief gebruik van deze mogelijkheid is tijdens het vooronderzoek wel van belang dat de verdediging al in voldoende mate toegang heeft tot de processtukken en bekend is met de beschuldiging die door het openbaar ministerie in de strafzaak centraal wordt gesteld.

De verdediging kan ook tijdens het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg of in hoger beroep verzoeken doen tot het (opnieuw) oproepen en horen van getuigen. De omstandigheid dat de verdediging geen gebruik heeft gemaakt van een eerder bestaande gelegenheid om wensen met betrekking tot de ondervraging van getuigen kenbaar te maken of dat de verdediging niet zelf in een eerder stadium van het onderzoek gebruik heeft gemaakt van de hiervoor genoemde mogelijkheden om een verzoek te doen een getuige te horen, terwijl daarvoor op dat moment geen beletsel bestond, biedt op zichzelf geen grond voor de afwijzing van zo'n verzoek. Dat neemt niet weg dat een dergelijke inactiviteit van de verdediging, als daarvoor geen gegronde reden bestaat, een rol kan spelen bij de beoordeling of het proces als geheel eerlijk is verlopen.

De Hoge Raad overweegt dat de voor het Nederlandse stelsel kenmerkende omstandigheid dat de rechter in de loop van het strafproces beslissingen neemt over het oproepen en horen van getuigen, niet alleen van betekenis is bij de beoordeling van getuigenverzoeken, maar ook bij de eindbeoordeling van de zaak. Zoals in ECLI:NL:HR:2017:1015 is overwogen, moet de rechter voordat hij einduitspraak doet, nagaan of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Zo nodig zal hij hetzij ambtshalve alsnog overgaan tot het oproepen en het horen van (een) getuige(n), hetzij bij zijn beslissing over de bewezenverklaring onder ogen moeten zien of en zo ja, welke gevolgen moeten worden verbonden aan de omstandigheid dat de verdediging, ondanks het nodige initiatief daartoe, geen gebruik heeft kunnen maken van de mogelijkheid om de relevante getuige(n) in enig stadium van het geding te (doen) ondervragen.

Deze wijze van beoordeling sluit aan bij de drie stappen die in de rechtspraak van het EHRM deel uitmaken van de beoordeling of, in gevallen waarin de verdediging niet een behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft gehad om het ondervragingsrecht uit te oefenen, het proces als geheel eerlijk is verlopen. Een overzicht hiervan wordt gegeven in ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, par. 46-51. Van belang hierbij 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. Deze beoordelingsfactoren moeten daarbij in onderling verband worden beschouwd (vgl. EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10, par. 119-122 (*Schatschaschwili/Duitsland*)). 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. Dit betekent dat met name in gevallen waarin niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen zonder dat die in beslissende mate zal steunen op de verklaring van de getuige, terwijl de verdediging het nodige initiatief heeft getoond om het ondervragingsrecht te kunnen uitoefenen en een goede reden ontbreekt om de getuige niet te horen, de rechter (alsnog) zal moeten overgaan tot het oproepen en horen van die getuige, althans nog zal moeten doen wat redelijkerwijs mogelijk is om de verdediging de gelegenheid te bieden tot uitoefening van het ondervragingsrecht (zie EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10, par. 125-131 (*Schatschaschwili/Duitsland*)).

Als de uitoefening van het ondervragingsrecht niet wordt gerealiseerd, moet de rechter onderzoeken of voldoende compenserende factoren hebben bestaan voor de door de verdediging ondervonden beperkingen bij het onderzoek naar de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige, waarmee ook de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing wordt gewaarborgd. Als de rechter oordeelt dat (vooralnog) onvoldoende compenserende factoren hebben bestaan, onderzoekt hij of daartoe alsnog stappen kunnen worden gezet. Het gaat er daarbij in de kern om dat de rechter de betrouwbaarheid van de verklaring van de niet-ondervraagde getuige zorgvuldig onderzoekt, een en ander in samenhang met het overige bewijsmateriaal en in het licht van de betwisting door de verdachte van die verklaring. Van belang daarbij kunnen zijn verklaringen van personen tegenover wie de getuige – kort na de gebeurtenissen waar het om gaat – zijn of haar verhaal heeft gedaan of die anderszins feiten en omstandigheden waarop de getuigenverklaring ziet, kunnen bevestigen. Het kan onder omstandigheden ook gaan om verklaringen van deskundigen die de totstandkoming en de betrouwbaarheid van de verklaring van de niet-ondervraagde getuige dan wel de persoon van die getuige aan een onderzoek hebben onderworpen. Verder kan compensatie betrekking hebben op procedurele waarborgen zoals de beschikbaarheid van een audiovisuele vastlegging van het verhoor van de getuige of het ondervragen van de zojuist genoemde personen of deskundigen. In dit verband kan ook van belang zijn dat de verdediging wel een beperkte mogelijkheid heeft gehad om vragen te (doen) stellen aan de getuige (vgl.

ECLI:NL:HR:2021:429).

De toetsing in cassatie kan gericht zijn op de vraag of de beslissing het ten laste gelegde 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 en de daaraan verbonden notie van ‘the overall fairness of the trial’. Bij deze beoordeling kan van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dit het geval is, (nader) heeft gemotiveerd.

Verder heeft hetgeen is overwogen ook betekenis voor de toetsing in cassatie van klachten die zich specifiek richten tegen een beslissing tot afwijzing van een verzoek tot het oproepen en horen van een getuige die een belastende verklaring heeft afgelegd. Het belang bij de betreffende cassatieklacht kan ontbreken als de procedure in haar geheel – ondanks de afwijzing van het verzoek tot het horen en oproepen van die getuige – voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Het ligt daarom in de rede dat, als een dergelijke klacht wordt aangevoerd, de schriftuur een toelichting bevat dat en waarom de bestreden beslissing tot gevolg heeft dat het recht op een eerlijk proces is geschonden.

De Hoge Raad overweegt dat het voorgaande er in de kern op neerkomt dat ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 tot gevolg heeft dat in gevallen waarin 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. In die gevallen zal indringender dan voorheen de vraag onder ogen moeten worden gezien of een ondervragingsgelegenheid kan en moet worden gerealiseerd. Daarnaast onderstreept ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 het belang dat de rechter, alvorens de bewezenverklaring wordt aangenomen mede op grond van de verklaring van een niet-ondervraagde getuige, nagaat of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Uit ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 volgt echter niet dat het ondervragingsrecht met zich brengt dat een verzoek van de verdediging tot het horen van een getuige die een verklaring met een belastende strekking heeft afgelegd, steeds voor toewijzing in aanmerking komt, ongeacht de genoemde factoren en het gewicht van die verklaring in het licht van de overige resultaten van het strafvorderlijke onderzoek.

De Hoge Raad overweegt dat de klacht klaagt dat de afwijzing door het hof van de door de verdediging gedane verzoeken tot het horen van aangever en betrokkene als getuigen ontoereikend is gemotiveerd, althans dat het gebruik van de eerder door deze getuigen afgelegde verklaringen voor het bewijs onverenigbaar is met artikel 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM, omdat de verdediging het ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen.

Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt – voor zover in cassatie van belang – in dat de getuige de aangever is in deze zaak. Volgens verdachte heeft hij een valse verklaring afgelegd bij de politie. Weliswaar is er een woordenwisseling tussen aangever en verdachte geweest, maar verdachte ontkent dat zij aangever heeft mishandeld zoals ten laste is gelegd. De werkelijke achtergrond is dat aangever in die periode verdachte geld heeft geleend, omdat zij haar huur niet kon betalen. Vervolgens heeft aangever verdachte herhaaldelijk gechanteerd om seksueel contact met hem te hebben. Tegen de wil van verdachte heeft er ook meerdere keren seksueel contact plaatsgevonden. De verdediging verzoekt om die reden om aangever te horen, teneinde hem te confronteren met hetgeen verdachte stelt. Voorts wil de verdediging aangever bevragen over de vermeende mishandeling, nu deze volgens verdachte niet heeft plaatsgevonden.

Getuige [betrokkene] heeft een deels belastende verklaring afgelegd bij de politie, onder meer inhoudende dat zij heeft gezien dat een vrouw aangever heeft getrapt c.q. geschopt. De weergave van hetgeen volgens deze getuige is gebeurd, wijkt af van hetgeen aangever heeft verklaard, ook ten aanzien van hetgeen deze getuige verdachte heeft horen zeggen. Gelet hierop is het noodzakelijk dat aangever en betrokkene als getuigen worden gehoord. Opgemerkt dient nog te worden dat aangever en betrokkene elkaar persoonlijk kennen en dat betrokkene pas twee weken na het vermeende incident een telefonische verklaring heeft afgelegd.

‘Voorts wil ik nogmaals aangeven dat verdachte tot november 2017 niet op de hoogte is geweest van de behandeling van de onderliggende strafzaak in eerste aanleg. Dat is ook de reden dat dit verzoek eerst nu in hoger beroep wordt gedaan. Ook beschikte de verdediging ten tijde van het instellen van het hoger beroep, 28 november 2017, nog niet over de processtukken, waaronder de aangifte. Volgens de verdediging zou er daarom een ruimere uitleg gegeven moeten worden aan het noodzaakcriterium. Voorts wijs ik erop dat de verdediging de kans moet hebben om de verklaringen van getuigen te toetsen. Zeker wanneer de strafrechtelijke veroordeling uitsluitend of in een doorslaggevende mate is gebaseerd op de verklaringen van getuigen die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen. Ik verwijs daarbij naar de rechtspraak van het EHRM (Vidgen). Met een beroep op artikel 6 EVRM acht de verdediging het noodzakelijk dat bovengenoemde getuigen alsnog worden gehoord. Dat het tenlastegelegde feit zich inmiddels bijna zeven jaar geleden heeft afgespeeld, maakt het niet anders. (...)’

Het hof schorst de behandeling voor beraad. Na hervatting van het onderzoek deelt de voorzitter, gehoord de raadvrouw en de advocaat-generaal, mede dat het hof het niet noodzakelijk acht dat aangever en betrokkene als getuigen worden gehoord. Anders dan de raadvrouw heeft betoogd is hier geen sprake van een situatie zoals in de eerdergenoemde

zaak *Vidgen*. Het hof is van oordeel dat, mede gelet op de onderbouwing van de verzoeken, de noodzaak tot het horen van de getuigen ontbreekt. Het hof heeft daarbij tevens gelet op het tijdsverloop sinds de pleegdatum van het ten laste gelegde feit.

De Hoge Raad overweegt dat het hof het verzoek tot het horen van aangever en betrokkene als getuigen heeft afgewezen omdat, gelet op de onderbouwing van dat verzoek en het tijdsverloop sinds de pleegdatum van het ten laste gelegde feit, het horen van deze getuigen niet noodzakelijk is. De Hoge Raad oordeelt dat dit oordeel niet zonder meer begrijpelijk is, omdat aan dat verzoek ten grondslag is gelegd dat de strekking van de eerder door aangever en betrokkene afgelegde en in het dossier gevoegde verklaringen belastend is voor de verdachte en dat de verdachte de juistheid van de waarneming van de ten laste gelegde gedraging van de verdachte door die getuigen (om meerdere redenen) betwist. De Hoge Raad neemt hierbij in aanmerking dat het hof de bewezenverklaring heeft aangenomen op grond van uitsluitend de door de verdachte betwiste verklaringen van aangever en betrokkene zonder dat de verdediging deze getuigen heeft kunnen ondervragen, terwijl het hof geen blijk ervan heeft gegeven te hebben nagegaan, op de hiervoor weergegeven wijze, of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.