

ANNOTATIE

Vasaráb en Paulus t. Slowakije (EHRM, 28081/19 en 29664/19) – De (lastige) omgang met ontlastende getuigen

P. Ölçer

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 15-12-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD002808119 (EHRC-2023-0022)

1. De klagers in *Vasaráb en Paulus t. Slowakije* - veroordeeld als respectievelijk opdrachtgever en uitvoerder van dezelfde moord - zijn naar Straatsburg gegaan met de klacht dat hun strafvervolgning oneerlijk was, omdat autoriteiten op arbitraire wijze hebben geweigerd door hen voorgesteld bewijs toe te laten en te onderzoeken. Omdat het daarbij ging om getuigenbewijs, toetst het Hof onder het recht op getuigen onder art. 6 lid 1 en lid 3 (d) EVRM.[1] De afgewezen verzoeken van klagers zagen niet op *belastende*, maar *ontlastende* getuigen (of, *à charge* versus *à décharge*). Dat maakt de zaak niet bijzonder, over beide typen getuigen bestaat veel rechtspraak. Toch is deze uitspraak van belang, niet alleen omdat het Hof een schending van art. 6 EVRM heeft vastgesteld, maar vooral vanwege de uitgebreide (wijze van) toetsing die tot deze uitkomst heeft geleid. De uitspraak biedt daarmee belangrijke inzichten voor de omgang met (verzoeken om) ontlastende getuigen.

2. Welbekend is dat er in de Straatsburgse rechtspraak afzonderlijke maatstaven worden gehanteerd bij de twee typen getuigen. Bij de belastende getuige is het '*Al Khawaja en Tahery/Schatschaschwili*-kader' heersend. Kort gezegd gelden dan de volgende eisen: (i) bij beperkingen van het ondervragingsrecht dient er een goede reden te zijn daarvoor; (ii) het bewijs dient niet uitsluitend of in overwegende mate te berusten op dergelijke verklaringen; (iii) bij het gebruik van zulke verklaringen dienen adequate compenserende procedurele waarborgen te worden toegepast, terwijl (iv) het een en ander dient te worden getoetst vanuit het perspectief van de 'algehele eerlijkheid'. Tenslotte, en dat is het punt waarop het EHRM de

Hoge Raad in de *Keskin*-uitspraak[2] erop heeft gewezen dat hij de Straatsburgse rechtspraak niet juist toepast, (v) bij verzoeken om belastende getuige kunnen, (ook, maar niet vooral) in verband met het zwijgrecht, geen (strikte) eisen worden gesteld aan de adstructie van verzoeken zijdens de verdediging. Bij de belastende getuige dient juist een presumptie te worden gehanteerd van een noodzaak tot horen. Daarmee kan ontoereikende adstructie van een verzoek ook niet gelden als een ‘goede reden’ voor een beperking (de reden waarom de nationale rechter de getuigenverzoeken in *Keskin*, conform de toen heersende rechtspraak van de Hoge Raad, had afgewezen).

3. Bij de ontlastende getuige geldt daarentegen het ‘*Perna/Murtazaliyeva*-kader’, dat in deze zaak van toepassing is. Dan gelden drie toetsingsstappen (een ‘three-pronged test’), die het Hof ook in deze uitspraak uiteenzet.[3] Bij beperkingen in dit verband beziet het Hof (i) (juist wel) of een verzoek om een ontlastende getuige door de verdediging voldoende onderbouwd is en ‘relevant is voor het onderwerp van de beschuldiging’; (ii) of nationale gerechten de relevantie van een verklaring voldoende in beschouwing hebben genomen bij een beslissing om niet te horen alsmede daarvoor voldoende redenen hebben gegeven en, wederom, (iii) of de beslissing om niet te horen de algehele eerlijkheid heeft ondermijnd.

4. Uit de nadere (en concretere) eisen die gelden bij het kader voor belastende getuigen blijkt dat al, maar ook in meer algemene zin geldt dat aan de nationale rechter meer discretionaire ruimte toekomt bij beslissingen aangaande ontlastende getuigen, omdat de aard van die beslissing intrinsiek daarom vraagt. Een belangrijk verschil is namelijk dat de belastende getuige een verklaring heeft afgelegd en dat die op enigerlei (belastende) wijze tegen de verdediging is of kan worden gebruikt. Bij ontlastende getuigen gaat het om een potentieel veel bredere categorie van getuigen. De informatie die zij kunnen inbrengen kan van zeer uiteenlopende aard zijn, waardoor de rechter inderdaad bredere mogelijkheden voor selectie (op relevantie en belang) dient te hebben. Zodoende kan als uitgangspunt worden genomen dat het toetsingskader voor de belastende getuige strikter is dan dat voor de ontlastende. Daarmee dat de kans van slagen van een klacht over de afwijzing van verzoeken om ontlastende getuigen minder hoog. Tegelijkertijd maken de toetsingsmaatstaven voor de ontlastende getuige, omdat het daarbij gaat om een meer open kader, de omgang met deze variant lastiger. Op de loer ligt voorts het gevaar dat de focus komt te liggen op het toch wel sprekend verschil dat bij deze getuige wel eisen kunnen worden gesteld aan de onderbouwing van verdedigingsverzoeken en dat in dat verband (te) strikte eisen worden gesteld.

5. Van belang is dat het kader voor ontlastende getuigen wel nader is ingevuld door het Hof, dat ook in deze uitspraak naar eerder gegeven toelichting verwijst.[4] Bij de *tweede eis* geldt dat de relevantie en adequaatheid van door de verdediging aangedragen redenen in het algemeen bepalend zullen zijn voor de ‘scope and level of detail’ van de beoordeling die dient

te worden uitgevoerd door de rechter met betrekking tot de noodzaak van ondervraging. Naarmate de argumenten van de verdediging 'stronger and weightier' zijn, dient de nationale rechter ook 'closer scrutiny' toe te passen en te voorzien in meer overtuigende motivering bij de afwijzing van verzoeken. De *derde eis* brengt met zich mee dat, zoals algemeen geldt onder de eerlijkheidstoets, 'compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident'. Wel geldt binnen dit toetsingskader een bepaalde volgorde van toetsing: toetsing aan de eerste twee eisen zal in het algemeen reeds een 'sterke indicatie' geven met betrekking tot de uitkomst van de eerlijkhedenbeoordeling. In 'exceptionele gevallen' kan de eerlijkhedenbeoordeling echter ook anders uitpakken.

6. Veel hangt derhalve wel af van de eerste eis, waarbij een belangrijke vraag is wanneer van voldoende onderbouwing zijdens de verdediging kan worden gesproken. De 'adequaatheid' daarvan is volgens het Hof afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn van belang de van toepassing zijnde bepalingen in het nationale recht, de fase en voortgang van de procedure, de 'lijnen van redenen en strategieën die door partijen worden gevoerd' en hun procedurele opstelling. Dat zijn concrete ankerpunten, die begrepen dienen te worden in het licht van hun toepassing in de casuïstische rechtspraak. Van groot belang is voorts dat de eerste eis niet enkel ziet op een procedurele inspanningsverplichting voor de verdediging. Op basis van het tweede aspect ervan dient namelijk ook *door de rechter* te worden onderzocht of de verklaring van de verzochte getuige de uitkomst van de zaak potentieel kan beïnvloeden, of dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat die verklaring de positie van de verdediging kan versterken.

7. Dat laatste aspect blijkt in *Vasaráb en Paulus t. Slowakije* inderdaad van groot belang te zijn. Klagers zijn veroordeeld, als gezegd respectievelijk als opdrachtgever en uitvoerder van een moord, op het slachtoffer A. Beiden hebben steeds ontkend. De bewezenverklaring is vooral gebaseerd op de getuigenverklaringen van B., C. en D. B. verklaarde dat hij eerder is benaderd door de eerste klager om als bestuurder van het bij de moord te gebruiken voertuig op te treden, maar dat hij het verzoek heeft afgeslagen. Ook zou hij de tweede klager hebben horen insinueren dat hij de moord zou hebben uitgevoerd. C. verklaarde dat hij gevolg heeft gegeven aan een verzoek van tweede klager een geweer te regelen, waarbij hij, alvorens het te overhandigen, het eerst zelf zou hebben uitgeprobeerd, reden waarom er schotresten op zijn handen te vinden zouden zijn geweest bij zijn aanhouding op de dag van de moord. Tevens verklaarde C. dat de tweede klager hem een aantal dagen na de moord zou hebben gezegd dat hij A. zou 'hebben genomen' en dat de eerste klager problemen had met A., omdat deze hem (eerste klager) eerder zou hebben geprobeerd te doden. D. verklaarde eveneens dat de tweede

klager hem zou hebben verteld dat hij A. zou hebben vermoord op verzoek van de eerste klager.[5]

8. Klagers hebben verzocht om de ondervraging van aanvankelijk twaalf getuigen, later in de nationale procedure nog een laatste. Wat de (mate van) onderbouwing van die verzoeken betreft hebben zij, reeds vanaf het opsporingsonderzoek, aangegeven (i) vijf getuigen te willen (doen) horen omdat die zouden kunnen verklaren over de relatie tussen A. en de eerste klager en die tussen A. en een ander persoon met wie de laatste een conflict zou hebben en (ii) zeven getuigen te willen horen omdat zij de betrouwbaarheid van de verklaring van C. zouden kunnen verifiëren, in het bijzonder met betrekking tot zijn mededelingen over waar hij was op de dag van de moord. Bij een preliminaire zitting in eerste aanleg licht de raadsman van klagers nader toe dat hij de verklaring van C. ook nader wil laten onderzoeken in verband met hoe deze een geweer aan de tweede klager heeft kunnen overdragen en hoe hij dat geweer zelf heeft verkregen. Ten aanzien van de andere getuigen legt hij uit dat deze zouden kunnen aantonen dat de eerste klager geen conflict had met A., dat daardoor bij hem een motief zou ontbreken en dat er juist een conflict bestond tussen A. en de eerder genoemde derde. In een latere fase van de procedure brengt de eerste klager ook een schriftelijke verklaring in over B. C. en D., met de strekking dat zij verdacht werden van verschillende activiteiten in het kader van georganiseerde criminaliteit en dat het mogelijk was dat zij in ruil voor immuniteit zouden hebben samengewerkt met de autoriteiten, of wraak hebben willen nemen op klagers. Bij herhaling van de verzoeken later in de procedure geeft de raadsman van klagers ook aan dat de verklaring van C. tegenstrijdigheden bevatten en niet geloofwaardig is, nu wijzend op zijn aanwezigheid in een restaurant op het moment dat hij had verklaard het geweer te hebben getest. Ook benadrukt hij dat geen enkel onderzoek is gedaan naar de wijze waarop C. het geweer zou hebben verkregen en dat de autoriteiten zijn uitgegaan van een enkele versie van feiten over de motieven die de eerste klager zou hebben gehad om A. de willen doden.[6]

9. In appel licht de eerste klager verder toe dat hij in 2005 is geschaduwd door onbekende personen, en dat het waar is dat A. in dat verband in beschuldiging is gesteld. Niettemin zouden er geen enkele connecties bestaan tussen de twee mannen. Hij herhaalt dat A. juist een conflict had met een ander persoon en de door hem voorgestelde getuigen hierover zouden kunnen verklaren, zoals zij eerder zouden hebben gedaan in het opsporingsonderzoek.[7] In het kader van twee herzieningsaanvragen brengen klagers voorts in dat de getuigen B. en D. tussentijds in een niet gerelateerde strafzaak zouden hebben verklaard dat zij door de politie onder druk zijn gezet om met de politie mee te werken in de strafzaak tegen de tweede klager. In deze fase wordt ook een nieuwe getuige aangedragen, die over de persoonlijkheid van C. zou kunnen verklaren, alsook over uitlatingen die C. zou hebben gedaan die hij (de nieuwe getuige), had begrepen als een erkenning dat hij (C.)

onwaarachtige verklaringen zou hebben afgelegd over klagers.

10. Wat de inspanningsverplichting voor de verdediging (in het kader van de eerste eis) betreft, vindt het Hof, zonder daar veel woorden aan te wijden, deze mate van onderbouwing voldoende. Specifiek is aangegeven waarom om de getuigen is verzocht, terwijl de relevantie van de duiding van de relatie tussen de eerste klager en het slachtoffer C. ook is aangegeven.[8] De verzoeken zijn ook tijdens de gehele procesgang herhaald. Belangrijker is dat het Hof bij de toetsing aan deze eis meer oog heeft voor de objectieve relevantie van de getuigen. Het Hof benadrukt in dat verband dat klagers zijn veroordeeld voor ernstige delicten 'set against a complex background of organised crime', maar vooral ook dat de getuigenverklaringen van B.C. en D, de kern van het bewijs vormden. De verklaring van C. acht het Hof van een nader bijzonder belang, omdat hij, anders dan B. en D., die vooral 'hearsay'-verklaringen hebben afgelegd, heeft verklaard over eigen betrokkenheid.[9] Het belang van het getuigenbewijs dat klagers wilden inbrengen is voor het Hof ook gegeven: die verklaringen hadden 'bearing' kunnen hebben op 'the first applicant's motive as a structural element of the case and on the credibility of the evidence from a key witness against the applicants.' Aldus is het Hof van oordeel dat die verklaringen 'prima facie' als relevant kunnen worden opgevat voor de 'subject matter of the accusation against them'.

11. Het is opvallend dat het Hof niet zozeer de nadruk legt op beoordeling van de onderbouwing door de verdediging, maar op de materiële relevantie van de verzochte getuigen. Dat heeft ook te maken met een bepaling in het nationale recht, te weten art. 119 van het Wetboek van Strafvordering, waarin is bepaald dat bij een strafvervolgning niet alleen dient te worden vastgesteld (i) of de tenlastegelegde gedraging heeft plaatsgevonden; (ii) dat daarmee voldaan is aan de elementen van het desbetreffende strafbare feit; (iii) door wie dat feit is begaan, maar ook, (iv) wat het motief daarbij was.[10] Dat laatste levert een zware eis op (die algemeen in het Nederlands recht niet wordt gesteld), maar dat wil nu eenmaal het nationale recht in Slowakije, terwijl de nationale rechter ook gevolg heeft gegeven aan deze verplichting, door een motief bij de eerste klager vast te stellen (zijn conflict met A.) en die te betrekken in zijn bewijsbeslissing.

12. De eerste toets in het *Perna/Murtazaliyeva*-kader valt aldus in het voordeel van klagers uit, vooral vanwege de materiële relevantie van de verklaringen die de getuigen, waarom zij verzochten, hadden kunnen inbrengen. Met name gaat het daarbij ook om de mogelijkheid dat zij de verklaringen van B. C. en D. over het motief van de eerste klager, een wezenlijk element bij de veroordeling van beide klagers, hadden kunnen ontkrachten. Zo bezien wordt het verschil tussen het *Perna/Murtazaliyeva*- en het *Al Khawaja en Tahery/ Schatschaschwili*-kader kleiner, en wel op het punt van de eis in het laatste kader dat een veroordeling niet uitsluitend of in overwegende mate dient te berusten op de verklaring van een niet door de verdediging

ondervraagde belastende getuigen. De ratio van die eis kan namelijk als volgt worden opgevat. Wanneer een belastende getuige niet is ondervraagd ontstaat een eerlijkeheidsrisico, niet alleen vanuit het perspectief van de verwezenlijking van procedurele rechten van de verdachte, maar ook in inhoudelijke zin, vanuit het perspectief van de waarheidsvinding. Dat risico dient te worden verkleind (onder andere) door de aanwezigheid van ander bewijs. In *Vasaráb en Paulus* speelt ook een inhoudelijk risico, doordat klagers de mogelijkheid is ontzegd de belangrijke verklaringen van deze belastende getuigen te ontkrachten, ook in verband met een kernelement van de veroordeling (zijnde het motief).

13. Daarmee is er een gedeelde ratio tussen het relevantie criterium bij de ontlastende getuige en de *'solely or to a decisive extent'*-regel bij de belastende getuige. Dat geldt in ieder geval waar het gaat om getuigen die worden verzocht in verband met de belangrijke materiële elementen die spelen in een veroordeling. Het verschil lijkt in wezen te zijn dat de relevantie van de belastende getuige (die al een belastende verklaring heeft afgelegd, althans een die op belastende wijze kan worden gebruikt) gegeven is, terwijl dat niet noodzakelijkerwijs het geval is bij andere getuigen die nog niet zijn gehoord en die de verdediging wenst in te brengen. Nogmaals, dat verschil bestaat geheel terecht, omdat het bij verzoeken om de laatste type kan gaan om een zeer brede groep van personen waarvan niet op voorhand kan worden gezegd dat zij iets relevant in te brengen zullen hebben en zij door de rechter uitgefilterd moeten kunnen worden. De verdediging heeft een verantwoordelijkheid relevantie te signaleren voor de rechter, maar de rechter heeft duidelijk ook een eigen verantwoordelijkheid relevantie te herkennen en daar adequaat op te reageren. Voorts kan in *Vasaráb en Paulus* nog gewezen worden op een nadere connectie tussen het relevantie criterium en de *solely or to a decisive extent*-regel. Klagers hebben de door hen opgegeven getuigen namelijk verzocht om de verklaringen van B. C. en D. te ontkrachten. De veroordeling van klagers berustte minstens in *overwegende mate* op de verklaringen van die *belastende* getuigen. Daarin valt een nadere concretisering te zien van de wijze waarop een selectie kan plaatsvinden binnen niet gehoorde getuigen waarom de verdediging verzoekt. In ieder geval is er namelijk een sterke indicatie voor relevantie wanneer getuigen worden verzocht in verband met de ontkrachting van belangrijk bewijs.

14. Wat de toetsing aan de tweede stap in het *Perna/Murtazaliyeva*-kader betreft, is het Hof vooral niet onder de indruk van het optreden van de verschillende rechters in de nationale procesgang in deze zaak.^[11] Van belang is daarbij de slotoverweging van het Hof bij deze toets. Het Hof overweegt daarin dat de regering zelf heeft toegegeven dat nationale rechters geen specifieke redenen hebben gegeven voor de afwijzing van de verzoeken van klagers. Ook wanneer verondersteld zou worden dat de relevantie van het bewijs dat door de getuigen had kunnen worden ingebracht door de nationale rechters feitelijk wel adequaat in overweging is

genomen is dat evenwel niet genoeg voor het Hof. De rechters hadden daarvan namelijk blijk moeten geven door voldoende redenen op te geven.[12] Kortom, als materieel voldaan is aan het relevantiecriteria, is de motiveringsplicht van de rechter wel strikt.

15. Ook bij de laatste stap in het *Perna/Murtazaliyeva* blijkt weer hoe het recht op ontlastende getuigen, evenzeer als dat op belastende getuigen dient te worden gezien vanuit het perspectief van de deugdelijke waarheidsvinding. Bij toetsing aan de derde eis ziet het Hof namelijk nog in twee nadere aspecten aanleiding om tot een oneerlijkheidsoordeel uit te komen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de eenzijdigheid van de bewijsvoering. De vervolging van klagers is essentieel gevoerd op basis van alleen door de aanklager ingebracht bewijs (dat wel als geheel is onderzocht), terwijl de verdediging niet in de gelegenheid is gesteld eigen bewijs aan te voeren. Dat botst volgens het Hof ook met een van de fundamentele principes van strafvordering in Slowakije (en ook in Nederland), dat de aanklager verplicht is 'to investigate with equal diligence the circumstances weighing against persons facing charges as well as those in their favour'. Dat is in deze zaak echter niet gebeurd: '(o)n the contrary, the picture emerging from the facts of the case appears to suggest that the authorities only examined one version of the facts and actively refused to examine the version presented by the applicants.'[13] Met alternatieve scenario's dient aldus zorgvuldig te worden omgegaan. Die verplichting ontstaat niet wanneer de verdediging in staat blijkt ter zake een overtuigende onderbouwing aan te bieden, maar bestaat ook als vaste, zelfstandige eis, omwille van de volledigheid van het onderzoek. In de tweede plaats komt het Hof in het kader van de laatste toets ook terug op de getuigen B. C. en D., en de suggestie van eerste klager dat zij mogelijk in ruil voor immuniteit belastende verklaringen hebben afgelegd. Ook in dat verband is kennelijk geen onderzoek gedaan, zo ook op het moment dat bleek dat B. en D. in een andere strafzaak hebben verklaard dat zij eerder belastende verklaringen jegens de tweede klager onder druk hebben afgelegd.[14] Het Hof herhaalt in dit verband dat 'the use of statements given by witnesses in return for immunity or other advantages may cast doubt on the fairness of the proceedings against the accused and can raise difficult issues to the extent that, by their very nature, such statements are open to manipulation and may be made purely in order to obtain the advantages offered in exchange, or for personal revenge.' In dat verband geldt dat '(t)he risk that a person might be accused and tried on the basis of unverified allegations that are not necessarily disinterested must not, therefore, be underestimated.'[15] Ook in dit opzicht is de oneerlijkheid die het Hof in deze zaak heeft vastgesteld gekoppeld aan de kwaliteit van waarheidsvinding. Niet alleen hadden de getuigen waarom klagers verzochten concreet de inhoud van de door B. C. en D. afgelegde sleutelverklaringen kunnen ontkrachten, nader van belang is dat bij de laatste sprake was van een intrinsiek betrouwbaarheidsrisico. Daarom was er nadere aanleiding beter om te gaan met de pogingen van de verdediging hun verklaringen te ontkrachten.

16. Als de conclusie kan zijn dat in *Vasaráb en Paulus* indicaties te vinden zijn dat er belangrijke inhoudelijke gelijkenissen bestaan tussen de toetsingskaders voor belastende en ontlastende getuigen, is dat toe te juichen. Het is noodzakelijk de rechter ruimte te laten niet in te gaan op (duidelijk) irrelevante getuigenverzoeken, maar het valt niet te zeggen dat belastende getuigen steeds belangrijker zullen zijn voor de verdediging dan ontlastende - het ligt er maar aan. In *Vasaráb en Paulus* zelf: gelet op de verklaringen van B. C. en D., hadden klagers veel meer belang bij de ondervraging van de ontlastende getuigen die zij wilden oproepen dan bij (nadere) ondervraging van B. C. en D. zelf. Voorts zou goed zijn dat de twee beoordelingskaders in de kern niet wezenlijk verschillen, in verband met het gegeven dat het ook moeilijk kan zijn zuiver onderscheid te maken tussen belastende en de ontlastende getuigen. Die kwestie wordt kritisch besproken door rechter Pinto de Albuquerque in zijn *dissenting opinion* bij de *Murtazaliyeva* uitspraak. Daarin wijst hij er allereerst op dat er geen basis is in de tekst van art. 6 lid 3 (d) EVRM - waarin het recht is neergelegd om belastende en ontlastende getuigen *under the same conditions* te kunnen ondervragen - om afzonderlijke beoordelingskaders te rechtvaardigen (voor hem, betekent het bestaan daarvan ook dat een 'dubbele standaard wordt gehanteerd. Nader problematisch is dat het bovendien 'highly questionable' is 'whether these double standards can be maintained in view of the multiple sets of circumstances in which a witness may testify or be asked to testify during trial'. Classificatie kan moeilijk zijn volgens hem, zoals wanneer een getuige die door de aanklager is ingebracht ontlastend verklaart, of andersom, wanneer een getuige die de verdediging heeft opgeroepen zich belastend uitlaat. Het kan ook zijn dat de verdediging en de aanklager dezelfde getuige willen horen, of dat de rechter dat ambtshalve wil doen. Ook de duiding van (onafhankelijke) deskundigen als belastend of ontlastend kan problematisch zijn, aldus rechter Pinto de Albuquerque.

17. Het Hof geeft de nationale rechter volgens hem voorts te weinig handvatten in dit verband. De benadering van het Hof is dat het getuigenbegrip in art. 6 EVRM een autonome betekenis heeft en dat, terwijl startpunt is wie de getuige heeft willen oproepen, niettegenstaande nationale classificaties, van een belastende getuige dient te worden uitgegaan wanneer de verklaringen 'to a material degree' dienen als basis voor een veroordeling. Dat criterium levert 'significante problemen' op voor nationale rechters wat rechter Pinto de Albuquerque betreft, vanwege de 'ex post facto and imprecise' aard ervan. Nationale gerechten hebben juist behoefte aan 'a precise, ex ante test, grounded in the chronological point at which the relevant court is called to assess the request that it take such evidence.' [16]

18. In de *Keskin*-uitspraak van het Hof is weliswaar een meer werkbaar criterium te vinden. Daarin stelt het Hof dat uitgegaan dient te worden van een belastende getuige in de situatie 'where the prosecution relies on such a witness statement and the trial court may use that

statement to support a guilty verdict (...).' [17] Ook dat biedt echter niet een oplossing in de grote variatie van denkbare constellaties waarin het maken van een zuiver onderscheid tussen ontlastende en belastende getuigen moeilijk kan zijn. Dat geldt zeker onder het Nederlands recht, waarin een onderscheid tussen belastende en ontlastende getuigen niet wordt gemaakt. De Hoge Raad heeft ook (in ECLI:NL:HR:2021:576, 20-04-2021) op heldere wijze belicht welke moeilijkheden het hanteren van een onderscheid met zich meebrengt in het eigen stelsel, mede in verband met het breder procesmodel. Toch moet aan het Straatsburgs onderscheid gevolg worden gegeven, zodoende volgt de Hoge Raad het criterium van het Hof in *Keskin* (uitgegaan dient te worden van een belastende getuige '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 tenlastegelegde feit zou kunnen worden gebruikt of al is gebruikt. Daarvan is in ieder geval sprake als de rechter in eerste aanleg een verklaring van een getuige voor het bewijs heeft gebruikt, en de verdediging in hoger beroep het verzoek doet deze getuige op te roepen en te (doen) horen' (ibid). Wat betreft het probleem dat gedurende het strafproces niet steeds zal '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', staat het volgens de Hoge Raad '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' (ibid). Dat voorlopig oordeel kan in de loop van het proces veranderen, terwijl 'met een dergelijke wijze van beoordelen (...) niet ongeoorloofd (wordt) 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', ook niet in de zin dat daarmee blijk wordt gegeven van vooringenomenheid (ibid). Ook deze aanwijzingen zullen echter niet in alle gevallen oplossingen bieden (zie ook voor in dit verband moeilijke gevallen die de Hoge Raad in de *Post-Keskin* rechtspraak heeft moeten beslechten: ECLI:NL:HR:2022:1825, 13-12-2022; ECLI:NL:HR:2022:498, 19-04-2022 en, in verband met deskundigenbewijs ECLI:NL:HR:2022:1198, 13-09-2022). Zo bezien valt er, vooral in het licht van de principiële en praktische bezwaren die rechter Pinto de Albuquerque aandraagt, veel voor te zeggen *geen (hard) onderscheid* te hanteren tussen belastende en ontlastende getuigen. Getuigen dienen te worden opgeroepen als zij relevant (kunnen) zijn, dan wel dient de rechter te motiveren waarom zij niet relevant zijn (of om anderen redenen niet kunnen worden opgeroepen) en voorts zeker stellen dat een beperking van het ondervragingsrecht niet uitmondt in oneerlijkheid (door te voorzien in compenserende waarborgen). Bij de

(duidelijke) belastende getuige is de relevantie gegeven, bij de ontlastende getuige (en in moeilijk te duiden gevallen), dient de nadruk niet te liggen op de kwaliteit van de onderbouwing van verzoeken door de verdediging. Een indicatie van mogelijke relevantie dient voldoende aanleiding te zijn zorgvuldig om te gaan met getuigenverzoeken, door te horen, bij afwijzing helder te motiveren en actief de algehele eerlijkheid te waarborgen, ook door goed zicht te houden op de volledigheid van onderzochte scenario's.

F.P. Ölçer

[1] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, EHRM 15 december 2022, nrs. 28081/19 and 29664/19, par. 41.

[2] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16.

[3] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, par. 51.

[4] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, pars. 52-54.

[5] *Ibid*, pars. 7-12.

[6] *Ibid*, pars. 13-20.

[7] *Ibid*, par. 25.

[8] *Ibid*, par. 57-59.

[9] *Ibid*, par. 55.

[10] *Ibid*, par. 35.

[11] *Ibid*, pars. 61-67.

[12] *Ibid*, par. 68.

[13] *Ibid*, pars. 69-70.

[14] *Ibid*, par. 71.

[15] *Ibid*, par. 72.

[16] *Dissenting opinion* rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM (GK) 18 december 2018, nr. 36658/05.

[17] *Keskin t. Nederland*, par. 56.