

## HET RECHT OP GETUIGEN IN ARTIKEL 6 EVRM (OPNIEUW) BESCHOUWD

### Handvatten voor de nationale strafrechter in het algehele eerlijkheidsconcept

Pinar Ölçer \*

**Samenvatting** | Effectieve verwezenlijking van het in artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op getuigen in strafzaken kan ingewikkeld zijn, zo volgt ook uit belangrijke schendingen die door het EHRM in dit verband historisch en recent tegen Nederland zijn vastgesteld. Deze bijdrage gaat in op de door het EHRM (ook) bij dit recht gebruikte 'algehele eerlijkheidstoetsing', die door critici als hoofdoorzaak wordt aangewezen voor onduidelijkheid in het Straatsburgs getuigenregime. Betoogd wordt dat juist in de complexiteit van het algehele eerlijkheidsconcept een bepaalde ordening en daarmee handvatten te vinden zijn die benut kunnen worden voor meer geconcretiseerde en doeltreffende verwezenlijking van dit recht door de nationale rechter. Een aantal belangrijke daarvan worden hier belicht, mede aan de hand van recente Straatsburgse rechtspraak.

**Trefwoorden** | [EVRM], [Getuigen], [Strafzaken], [Algehele eerlijkheid], [Artikel 6 lid 3 jo. lid 1 EVRM].

**DOI** | 10.54195/NTM.23735

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

## 1 Inleiding

### 1.1 (Kritiek op) het Straatsburgs getuigenregime

Het recht op getuigen in strafzaken zoals gegarandeerd onder artikel 6 lid 3 sub d jo. lid 1 van het EVRM ziet op de aanspraak die de verdachte maakt op het (doen) ondervragen van getuigen *à charge* en het oproepen en ondervragen van getuigen *à décharge* (verder: respectievelijk, belastende en ontlastende getuigen). Waar het om verklaringen van belastende getuigen gaat omvat het recht ook eisen in verband met het gebruik daarvan in gevallen waarin het ondervragingsrecht is beperkt. De rechtspraak van het EHRM met betrekking tot dit recht kent een lang ontwikkelingstraject, is omvangrijk en gedetailleerd. Verwacht zou dan ook kunnen worden dat een gerijpt en geraffineerd kader beschikbaar is, dat op nationaal niveau gemakkelijk kan worden toegepast.

Volgens een belangrijke en bestendige lijn van kritiek – geuit in de literatuur en in *separate opinions* van rechters van het Hof – is dat echter niet het geval. Het getuigenregime in artikel 6 EVRM zou juist onduidelijk zijn en de bescherming van het getuigenrecht mede daardoor te zwak. Deze kritiek wordt niet zozeer betrokken op de concrete stappen in de (twee afzonderlijke)

■ F.P. Ölçer is Universitair hoofdocent straf- en strafprocesrecht, bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

toetsingsschema's die het Hof gebruikt bij de beoordeling van klachten over de omgang met belastende en ontlastende getuigen.<sup>1</sup> Vooral is het namelijk gericht op de 'algehele eerlijkheidstoetsing,' die het Hof als 'primaire zorg' vooropstelt bij de toepassing daarvan. Door de onbestemdheid van de algehele eerlijkheidstoetsing, die het Hof ook breder onder artikel 6 EVRM toepast, zou de bescherming vanuit afzonderlijke eerlijk procesrechten, waaronder het getuigenrecht, worden uitgehold.<sup>2</sup> Het algehele eerlijkheidsconcept zou voorts nader bijdragen tot te zwakke bescherming voor de verdachte vanwege een daarmee samenhangende *onjuiste inhoudelijke invulling* van artikel 6 EVRM in de context van dit recht. Enerzijds zou te veel (en te onduidelijke) ruimte bestaan om de belangen van de verdachte te wegen tegen individuele belangen (van getuigen en of slachtoffers), maar vooral ook collectieve belangen (van criminaliteitsbestrijding). Anderzijds is de kritiek dat eerlijkheid te zeer wordt ingevuld vanuit een *materiële uitkomstoriëntatie*, terwijl de nadruk juist zou dienen te liggen op *procedurele* waarden (zoals de beginselen van gelijkheid van wapenen, *adversarial* procesvoering en effectieve participatie). Daardoor zou bij toetsing de 'juistheid' van een veroordeling, zoals die wordt beoordeeld in het licht van de kwaliteit en beschikbaarheid van (overig) bewijs, zonder voldoende aandacht voor het vermogen van de verdachte tot betwisting en eigen inbreng, een te doorslaggevende rol spelen.<sup>3</sup>

Deze bezwaren zijn steekhoudend en geven aanleiding tot zorgen. Het getuigenrecht dient dagelijks te worden ingevuld in de praktijk, terwijl ontoereikende toepassing daarvan de legitimiteit van de strafrechtspleging in de kern raakt.<sup>4</sup> De kritiek is voorts voor de Nederlandse strafrechtspleging van een groot actueel belang. Nederland heeft bij het EHRM op het vlak van getuigen niet alleen historisch, maar ook recent een slechte staat van dienst, ook waar het gaat om belangrijke systeemkwesties. In 2021 stelde het Hof een impactvolle schending vast in *Keskin*.

- 1 Zie voor de *leading cases* waarin die schema's zijn neergelegd: voor de belastende, EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 100-131 (*Schatschaschwili/Duitsland*) en voor de ontlastende, EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 139-168 (*Murtazaliyeva/Rusland*) (voor de ontlastende). Zie over de daarin vervatte concrete stappen, par. 2.1.
- 2 In deze bijdrage staat het getuigenrecht centraal, maar de kritiek op de algehele eerlijkheidsconcept geldt ook voor andere eerlijk procesrechten die ook (op daarop toegespitste wijze) onderhevig zijn aan deze wijze van toetsing. Zie over de dominantie van deze benadering bij het getuigenrecht, maar ook het recht op rechtsbijstand (en bij de beoordeling van het gebruik van onrechtmatige verkregen bewijs), A. Samartzis, 'Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review*, 2021, afl. 21, p. 410 en 412-414 en (vooral over het recht op rechtsbijstand), R. Goss, 'The Disappearing 'Minimum Rights' of Article 6 ECHR: the Unfortunate Legacy of Ibrahim and Beuze', *Human Rights Law Review* 2023, p. 1-23. Bij sommige eerlijk procesrechten wordt algehele eerlijkheidstoetsing niet of in mindere mate ingezet. Zie voor een interessante duiding van verschillen tussen typen rechten, Trechsel, 'The Character of the Right to a Fair Trial', In: J.D. Jackson & S. Summers (Red.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 26-35.
- 3 Zie voor de hier ter duiding van deze kritiek gebruikte bronnen (op verschillende punten): Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409-432; R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 1-208; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 1-23; Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 19-36; en De Werd, 'Turen op *Keskin*. Over de meerwaarde van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *NJB*, 2021, afl. 10, p. 1-13. Zie voor separate opinies in de rechtspraak, o.a. de *joint partly dissenting* en *partly concurring opinion* van rechters Sajó en Karakaş bij *Al Khawaja en Tahery*; de *partly dissenting opinion* van rechter Bošnjak en de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva* en de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd en de *dissenting opinion* van rechter Serghides bij EHRM 6 februari 2024, 56440/15, (*Snijders/Nederland*).
- 4 Zie ook J.H. Crijns, M.F.H. Hirsch Ballin & P.A.M. Verrest, 'De spiegel van Straatsburg' (Redactioneel), *Boom Strafbblad* 2021-4, p. 110.

Daarin struikelde het over de in de nationale rechtspraak gestelde eis dat verdedigingsverzoeken om belastende getuigen voldoende geadstrueerd dienen te zijn (als gevolg waarvan verzoeken op die basis konden worden verworpen).<sup>5</sup> Kort daarna volgden, op vergelijkbare maar ook andere gronden, schendingen in *Safssasi* en *Çalışkan*.<sup>6</sup> Bij *Hu* en *Tong* zijn de klachten via *friendly settlement* door de Nederlandse overheid erkend en afgedaan.<sup>7</sup> In *Snijders*, uit 2024, (waarin het ging om een met de bedreigde status verhoorde anonieme getuige), is weliswaar geen schending vastgesteld, maar bevat deze uitspraak een (hieronder nader te bespreken),<sup>8</sup> belangrijke kritische kanttekening, ingegeven vanuit een bijzondere, *op de rechter georiënteerde*, invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel.<sup>9</sup> Deze is nog sterker aangezet als nationaal systeemprobleem in bij deze zaak gevoegde *separate opinions*.<sup>10</sup>

Nationale auteurs wijten negatieve beoordelingen van de Nederlandse praktijk aan gebreken in de omzetting en toepassing van de regels zoals voorzien door het Hof. Ondanks eerdere waarschuwingen zou het, 'marginale verbeteringen daargelaten' 'zuinigheid troef' blijven bij het aanbrengen van verbeteringen,<sup>11</sup> terwijl de kwestie van getuigen, 'al lang' geldt als 'een achilleshiel van de Nederlandse strafrechtspleging'.<sup>12</sup> Ook deze kritiek is terecht: blijvende

5 EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 45 en 53-62 (*Keskin/Nederland*). De regel dat bij belastende getuigen uit dient te worden gegaan van een presumptie van een noodzaak tot horen is overigens o.a. eerder neergelegd in EHRM 25 juli 2013, 11082/06 en 13772/05, par. 712 (*Khordorkovskiy en Lebedev/Rusland*) (waarin het om deskundige getuigen ging) en EHRM 23 september 2014, 17362/03, par. 77 (*Cevat Soysal/Turkije*). Na *Keskin* paste de Hoge Raad het eigen kader aan, zie het post-*Keskin* arrest van de Hoge Raad 20 april 2021, ECLI:NL:HR;2021:576. Zie over de post-*Keskin* rechtspraak van de Hoge Raad, M.J. Dubelaar & K. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *Boom Strafbblad* 2021-4, p. 139-147; T. Kooijmans, 'Verdedigingsbelang en noodzakelijkheid: noopt Keskin tot aanpassing van het te moderniseren Wetboek van Strafvordering?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021-2, p. 45-49; V.J.W. Peeters & D.T. Sterk, 'Een nieuwe koers na Keskin. Een overzicht en analyse van Europese en Nederlandse rechtspraak met betrekking tot het recht om belastende getuigen te horen', *DD* 2021-8, p. 1-25; T.N.B.M. Spronken, 'De zaak Keskin: het EHRM in dialoog met de Hoge Raad', *NJB* 2021-7, p. 1-2; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022-3, p. 1-17; D.A.G. van Toor & R.L.M. Klomberg, 'Het horen van getuigen à charge na Keskin: een overzicht', *NTS* 2022, p. 222-227 en T.M. de Groot & P. Uijtendewillegen, 'Het ondervragingsrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad na het post-Keskin arrest', *DD* 2025-5, p. 1-25. Zie in de context van deskundige getuigen: S. Ligthart, J. Bemelmans & J. Bijlsma, 'Het ondervragingsrecht ten aanzien van belastende deskundigen in strafzaken. Over post-Keskin, Thijs H. en de Rosmalense flatmoord', *NJB* 2023, p. 1-10; en M. Visser, 'Keskin, deskundigen en de Hoge Raad. Struisvogeljuristerij of gepaste nuance? De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het horen van deskundigen à charge na het Keskin-arrest', *DD* 2024-50, p. 1-14.

6 EHRM 10 januari 2023, 61125/19, (*Safssasi/Nederland*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, (*Çalışkan/Nederland*).

7 EHRM 4 mei 2023, 22069/19 (*Hu/Nederland*) en EHRM 4 mei 2023, 20209/19 (*Tong/Nederland*).

8 Zie par. 3.3.

9 Het onmiddellijkheidsbeginsel vraagt om beraadslaging en beslissing op basis van direct ter zitting ingebrachte en onderzochte informatie. Zie uitgebreid over dit beginsel (en de zwakke invulling daarvan in Nederland, ook in de context van de (toen nog) vroege moderniseringsplannen (waarin hij een 'doodsteek' voor het onmiddellijkheidsbeginsel ziet)), J.S. Nan, 'Moderne onmiddellijkheid, onmiddellijkheid 'light'', *Boom Strafbblad* 2015-4, p. 1-24.

10 Enkel in EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18 (*Zegerius/Nederland*) kwam de beperking van het ondervragingsrecht (als kennelijk ongegrond) recent ongeschonden uit de beoordeling. Zie over deze uitspraak nader, par. 3.4.4.

11 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot 4), p. 110. Zie ook over een 'cultuur van zuinigheid' in verband met getuigen, Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 145 en het 'krappe budget van de rechtspraak en de zorgelijke doorloopssnelheid van strafzaken', *De Werd* 2021 (*supra* noot 3), p. 2. Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 1-24 over de rol van de ambitie kosten te besparen.

12 Dubelaar & Pitcher (*supra* noot 5), p. 140. Zie ook B.E.P. Myjer, 'Myjmering: De invloed van het EVRM op de Nederlandse strafrechtspleging. Inmiddels Fair enough?', (Opinie), *Strafbblad* 2021, p. 114, die de kwestie van getuigen aanwijst als onderwerp dat 'vrij hardnekkig' terugkomt in door het EHRM tegen Nederland gewezen zaken.

oriëntatie op minimumeisen brengt met zich dat het getuigenrecht op nationaal niveau structureel te dichtbij een gevaarzone wordt verwezenlijkt.<sup>13</sup> De beweegredenen die gekoppeld worden aan de Nederlandse houding, te weten een efficiëntiestreven (manifest in de ambitie zo veel als mogelijk getuigen buiten het onderzoek ter terechtzitting te horen),<sup>14</sup> de ‘inquisitoire traditie’ in Nederland<sup>15</sup> (dat het systeem nu eenmaal zo is ingericht),<sup>16</sup> en het vertrouwen in de professionaliteit van de rechter,<sup>17</sup> gelden in de rechtspraak van het EHRM niet (zondermeer) als legitieme wegingsfactoren.

Ook al gaat dat gepaard met ‘turen’ en ‘te scherp aan de wind zeilen’,<sup>18</sup> beoogt de nationale rechter tegelijkertijd wel steeds trouw te blijven aan de Straatsburgse regels.<sup>19</sup> Waar deze er met enige stelselmatigheid niet goed uitkomt is dan, in het licht van de fundamentele kritiek op het algehele eerlijkheidsconcept, ook aanleiding te reflecteren op knelpunten daarin.<sup>20</sup> Waakzaamheid is in Nederland *a fortiori* geboden in verband met de inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen voorstel tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering (verder: de modernisering).<sup>21</sup> Ook de wetgever streeft steeds naar verdragsconformiteit,<sup>22</sup> en zijn in de modernisering ter zake van het getuigenrecht nu ook verschillende verbeterende voorzieningen voorgenomen. Tegelijkertijd zijn ook, met een beroep op nuancerings in latere Straatsburgse rechtspraak, eerder (mede naar aanleiding van vastgestelde schendingen als correcties) ingevoerde beschermingsregels teruggedraaid, in lijn met een bepaald begrip van de ruimte die in artikel 6 EVRM wordt geboden voor beperkingen. Een belangrijke pijler van dat begrip is dat het Straatsburgs regime het gebruik van buiten de zitting afgelegde verklaringen toelaat. Als gevolg wordt die optie in het moderniseringsvoorstel nader ingekapseld als hoofdbenadering,<sup>23</sup> mede op de basis dat het EHRM lidstaten ook ruimte laat voor een eigen inrichting van het strafproces.<sup>24</sup> De vraag of die ruimte inderdaad (zo sterk) wordt geboden in de Straatsburgse rechtspraak is een belangrijke, en wordt in deze bijdrage aan de orde gesteld, ook in het licht van het gegeven dat een *margin of appreciation* in artikel 6 EVRM niet in dezelfde mate werkzaam is als bij andere verdragsrechten.<sup>25</sup>

13 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 7 en Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 112.

14 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot ), p. 110.

15 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot ), p. 110.

16 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 112-113.

17 Zie P.A.M. Mevis, ‘Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding de zaak Keskin tegen Nederland’, *DD* 2021-29, p. 4, 5 en 13.

18 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 1 en 2.

19 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 115.

20 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6, die wijst op een ‘grote’ ‘behoefte aan duidelijkheid uit Straatsburg’, in het licht van de ‘holistische’ benadering van het Hof.

21 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering), op 1 april 2025 aangenomen door de Tweede Kamer. Gewijzigd voorstel van wet.

22 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 114.

23 Zie over de ‘beweging naar voren’, waarmee ‘de Nederlandse procescultuur’ wordt bestendigd en efficiëntie wordt bevordert, Wetsvoorstel tot Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering), *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) (verder: Memorie van Toelichting, Modernisering), p. 26 en 34-38. Zie in algemene zin over ‘de beweging naar voren’ vanuit het perspectief van de rechtspraak, W.F. Groos & M.L. Ruiter, ‘De beweging naar voren: een vlucht naar voren?’, *BSb* 2024-1, p. 25-31.

24 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, o.a. p. 874 en 914-916.

25 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 37-38 en, meer algemeen over het begrip van en de omgang met nationale marges, Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 3.

Voor al is een grondige discussie echter noodzakelijk over de betekenis van het algehele eerlijkheidsconcept, ook omdat daarop in het kader van de modernisering (nog) amper is ingegaan. Reflectie daarop is eveneens van belang (ook breder dan in de context van het recht op getuigen), in verband met de voorgenomen invoering van het recht op een eerlijk proces in de inleidende bepalingen van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, zo ook het in 2022 ingevoerde recht op eerlijk proces in artikel 17 lid 1 van de Grondwet.<sup>26</sup>

## 1.2 Doel en structuur van discussie

Deze bijdrage beoogt het algehele eerlijkheidsconcept zoals het uitwerking heeft in de context van het getuigenrecht (deels) te ontrafelen en (meer) grijpbaar te maken. Tot uitgangspunt wordt genomen dat het EHRM niet, hoewel het daartoe wordt aangespoord,<sup>27</sup> tot een significante rechtsomkeert zal komen in de rechtspraak. Derhalve wordt hier, inspelend op de aangekaarte kritiek, beoogd binnen het algehele eerlijkheidsconcept handvatten te vinden die gebruikt kunnen worden voor geoptimaliseerde verwezenlijking door de nationale rechter.

Eerst wordt het algehele eerlijkheidsconcept geproblematiseerd (par. 2). Vervolgens worden een aantal belangrijke interpretatieve regels en variabelen die bij deze wijze van toetsing (kunnen) worden betrokken geanalyseerd (par. 3). Doel is daarbij niet alleen om de complexiteit daarvan te duiden, maar vooral om te tonen hoe zij benut kunnen worden door de nationale rechter om te komen tot (meer) gestructureerde toetsing en betere concretisering van de algehele eerlijkheid. De ruimte ontbreekt om (uitgebreid) op alle pertinente variabelen in te gaan, zodat de aandacht wordt gevestigd op twee daarvan, die structureel operationeel zijn en een sterke invloed uitoefenen. Het gaat daarbij om (i) de gedifferentieerde omgang met verschillende aspecten van eerlijkprocesrechten en typen beperkingen en (ii) (compenserende en 'aggregerende'<sup>28</sup>) interacties tussen procesrechten binnen algehele eerlijkheidstoetsing. Andere vaak voorkomende en belangrijke variabelen (die zien op procesvraag, procesfase en type getuige), worden binnen die verbanden summier aan de orde gesteld. De nadruk op de *problematiek omtrent de onduidelijkheid van de rechtspraak* hier brengt met zich mee dat de – belangrijke – kritiek in verband met *onjuiste inhoudelijke invulling* in deze bijdrage ook enkel kort wordt betrokken, dat ook alleen voor zover deze weerslag heeft op de helderheid van het getuigenregime. Ook wordt hier geen analyse verricht van de verenigbaarheid van het (geldend en voorgenomen) Nederlands recht aangaande getuigen met de Straatsburgse rechtspraak. Op verschillende belangrijke punten

26 Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, (*Stb.* 2022, 331). Zie De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 2 en 7-10, die in verband met de eveneens door hem gesignaleerde problematiek omtrent de duidelijkheid van de rechtspraak van het EHRM, een belangrijke rol ziet voor de ontwikkeling van een nationaal eerlijkheidsconcept, o.a. via dit grondrecht. Zie in dit verband uitgebreid (eveneens mede in verhouding tot het voorgenomen recht op een eerlijk proces in de modernisering), M.A.P. Timmerman, 'De betekenis van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces voor het huidige en toekomstige strafprocesrecht', *DD* 2023-61, p. 837-857. Zie ook Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 13.

27 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411-412, en 421; Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 4, 70 en 87-88; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 22-23.

28 Het gaat hier niet om een gangbare term. Bedoeld wordt situaties waarin beperkingen van verschillende eerlijk procesrechten zich tegelijkertijd voordoen. Zie nader, par. 3.4.2.

worden wel een aantal kanttekeningen geplaatst in verband met keuzes binnen de strafvorderlijke modernisering.<sup>29</sup> De bijdrage wordt uitgeleid met een aantal reflecties (par. 4).

## 2 Het algehele eerlijkheidsconcept geproblematiseerd

### 2.1 Locatie en effect (op nationaal niveau)

Het algehele eerlijkheidsconcept heeft werking via een afzonderlijke laag van toetsing die los kan worden gezien van de toetsingsstappen in de twee getuigenschema's die het Hof hanteert voor de belastende en de ontlastende getuige.<sup>30</sup> Die schema's worden als gezegd gebruikt om te toetsen of artikel 6 EVRM is geschonden omdat het ondervragingsrecht bij belastende getuigen is beperkt en hun verklaringen tot bewijs zijn gebruikt, respectievelijk dat ontlastende getuigen niet zijn opgeroepen en gehoord (en hun verklaringen aldus ook niet zijn ingebracht). Het eerste schema, betreffende belastende getuigen, ziet op de vragen (i) of er een goede reden is voor de beperking; (ii) of de bewezenverklaring/veroordeling 'solely or decisively' op ongetoetste verklaringen is gebaseerd (verder: de SDE-regel) en (iii) of toereikende compenserende maatregelen, waaronder procedurele waarborgen, zijn toegepast. Bij het tweede schema (voor ontlastende getuigen), gaat het erom (i) of een verzoek tot horen door de verdediging voldoende gemotiveerd is; (ii) of de relevantie van de gezochte verklaring door de rechter adequaat is overwogen *en* de beslissing om niet te horen toereikend is gemotiveerd en (iii) of de algehele eerlijkheid (niet) is ondermijnd.<sup>31</sup> Deze stappen worden niet alleen door het EHRM gebruikt bij de beoordeling van klachten, het EHRM eist ook dat de nationale rechter ze zorgvuldig en zichtbaar toepast.<sup>32</sup>

De algehele eerlijkheid is weliswaar als toetsingsstap enkel uitdrukkelijk verwerkt in het tweede schema, maar dit betekent niet dat het alleen daar een rol speelt. De volle kaders voor de twee typen getuigen bestaan namelijk niet alleen uit de bovengenoemde vragen in de twee schema's. Het Hof geeft ze niet in alle zaken weer, maar in beide gevallen hangt daaronder

29 Voor een meer compleet beeld van de werking van de algehele eerlijkheid in de context van getuigen zou tevens in analyse kunnen worden betrokken de wijze waarop eerlijkheidseisen kunnen variëren waar het gaat om deskundige getuigen en getuigen in *sui generis* 'non-hard core' punitieve procedures (die via extensieve uitleg van de notie van de strafvervolgning onder de bescherming van de *criminal limb* van artikel 6 EVRM worden gebracht door het EHRM, doch onder de algemene regel dat die bescherming gerelativeerd kan worden). Het een en ander geldt des te meer wegens belangwekkende actuele ontwikkelingen ter zake van het getuigenrecht in die contexten. Zie in verband met deskundige getuige recent, EHRM 5 juni 2025, 21492/17 (*Anna Maria Ciccone/Italië*), en voor *sui generis*, non-hard core punitieve procedures, o.a.: EHRM 16 februari 2021, 11230/12 (*Negulescu/Roemenië*) EHRM 16 februari 2021, 22003/12 (*Buliga/Roemenië*); EHRM 5 september 2024, 57718/15 (*Fin Fer S.P.A./Italië*, no. 57718/15 en EHRM 21 januari 2025, 74601/14 en 78295/14 (*Dilek Genç/Turkije*). In verband met de beschikbare ruimte worden die contexten echter, buiten een aantal summieri beschouwingen over deskundigen, niet in de analyse meegenomen. Hetzelfde geldt voor het recht op getuigen in civiele procedures. Zie recent in dat verband recent, EHRM 24 maart 2022, 5386/10, par. 85-102 (*Zayidov/Azerbaidjan* (No. 2)).

30 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412.

31 Zie EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 119-147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 107-131 (*Schatschaschwili/Duitsland*) (voor de belastende getuige) en EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 152-168 (*Murtazaliyeva/Rusland*) (voor de ontlastende getuige).

32 Zie uitdrukkelijk in die zin, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 90 (*Okropiridze/Georgië*), par. 90. Zie De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6, die de (vooral retrospectief uit te voeren) toetsingsschema van het EHRM geen geschikt 'beslismodel' acht voor de nationale rechter.

ook een gedetailleerde toelichting, daarboven een duiding van algemene principes. De dominantie van het algehele eerlijkhedenconcept wordt ook in die onderdelen van de totale kaders benadrukt,<sup>33</sup> zo ook bij toepassing van de regels op de concrete zaken. Veelal is het ook referentiekader bij de finale duiding van uitkomst (het is vooral de ‘algehele eerlijkheid’ die al dan niet geschonden is, *versus* het recht op getuigen).

De overheersing van de algehele eerlijkheid komt vooral tot uitdrukking in de vooropgestelde algemene principes, die zijn ingebed in de (overkoepelende) notie van eerlijkheid in het eerste lid van artikel 6 EVRM. Dat is ook de reden waarom getuigenklachten vooral worden beoordeeld binnen het raamwerk lid 3 sub d in conjunctie met lid 1 van de bepaling. Deze principes zijn bij belastende getuige de volgende: (i) de garanties van artikel 6 lid 3 EVRM zijn ‘specifieke aspecten’ van het recht op een eerlijk proces; (ii) algehele eerlijkheid is steeds de ‘primaire zorg’ bij toetsing; (iii) bij de beoordeling van ‘the proceedings as a whole’ worden niet alleen de rechten van de verdediging, maar ook het algemeen belang en het belang van slachtoffers in effectieve criminaliteitsbestrijding en, waar noodzakelijk, de rechten van getuigen, betrokken en (iv) de toelaatbaarheid van bewijs is primair een nationale aangelegenheid, waardoor het Hof zich in principe op dit vlak terughoudend opstelt en ook mede daardoor zich enkel op de eerlijkheid richt.<sup>34</sup>

Bij de ontlastende getuige stelt het Hof ook de algehele eerlijkheid en terughoudendheid bij interventies in bewijsaangelegenheden voorop als algemene principes. Verschil is dat daarnaast niet verwezen wordt naar (publieke) (derden)belangen, maar wel, in aansluiting op de tekst van artikel 6 lid 3 sub d EVRM (deze geeft opdracht tot omgang met belastende en ontlastende getuigen ‘under the same conditions’) uitdrukkelijk naar het principe van gelijkheid van wapenen als ordenende waarde.<sup>35</sup>

Op overige aspecten van deze algemene principes wordt hierna ingegaan. Voor nu is van belang dat de indienstelling aan de algehele eerlijkheid hoofdoorzaak is voor onduidelijkheid rondom en verzwakking van het getuigenrecht. Concreet heeft de vooropstelling van de ‘eerlijkheid als geheel’ op twee samenhangende wijzen effect. In de eerste plaats verliezen de – overige – concrete toetsingsstappen niet alleen gezamenlijk aan gewicht, maar zijn zij ook onderhevig aan ‘interne’ relativisering. Zeker wanneer toetsing tot deze stappen beperkt zou blijven en zij als ‘red lines,’ in de vorm van strikte cumulatieve voorwaarden, zouden worden gehanteerd, zou dat in sterke(re) bescherming van het getuigenrecht uitpakken. De Straatsburgse rechtspraak bevat ook overvloedige instructies over de afzonderlijke stappen, hetgeen toepassing *daarvan* op nationaal niveau vergaand faciliteert. Nu dit past bij de ‘traditionele benadering’ van de algehele eerlijkheid, heeft de Grote Kamer in *Al Khawaja en Tahery* en *Schatsschaswili* echter voorheen strikter geldende eisen (de goede reden-eis en de SDE-regel) gerelativeerd, door te bepalen dat het effect van niet-naleving *daarvan* ook via algehele eerlijkheid holistisch dient te worden benaderd, waardoor die eisen fluïde zijn en onderling communiceren (zo ook met die van compenserende waarborgen).<sup>36</sup> De derde stap in het *Murtazaliyeva* kader heeft eenzelfde

33 Zie voor de meest recente iteraties van de ‘volle’ kaders, met toelichting, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 54-57, (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*) (belastend) en EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95-99, (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*) (ontlastend).

34 EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 54 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

35 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

36 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 146-147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 106 en 110-118 (*Schatsschaswili/Duitsland*).

doel, te weten om een ‘inflexibele’ en ‘mechanische’ werking van de overige twee stappen uit te sluiten.<sup>37</sup>

In de tweede plaats ziet de algehele eerlijkheid ook op meer dan het getuigenrecht en de daarbij behorende eigen criteria. Ofwel, ook *andere variabelen* worden in beoordelingen betrokken. Dat is in wezen de kernbenadering bij algehele eerlijkheidstoetsing, namelijk om tot een totaaloordeel te komen op basis van alle relevante (feitelijke en juridische) factoren en omstandigheden. De grote verscheidenheid daarvan maakt het nader moeilijk te doorgronden (wanneer) welke (samenstellingen daarvan) doorslaggevend kunnen zijn. De rechtspraak laat zich daarmee ook niet gemakkelijk volgen. Soms is het Hof strikt, soms niet, terwijl de redenen voor uitkomsten vaak niet precies kunnen worden aangewezen.

Een eerste kanttekening bij de voornemens in het kader van de strafvorderlijke modernisering in Nederland is hier op zijn plaats. Betekenisvol is dat in dit verband vooral niet is gereflecteerd op die laatste werking. Gesteld wordt dat gestreefd wordt naar een wetboek waarin de verhouding tot het EVRM ‘geoptimaliseerd’ (in plaats van ‘geminimaliseerd’) is.<sup>38</sup> Dat zou mede tot uitdrukking komen door de ‘centraalstelling’<sup>39</sup> van het eerlijk procesrecht onder de inleidende bepalingen en door het effect dat is gegeven aan de rechtspraak van het EHRM ‘op tal van plaatsen’ – zoals bij de regeling van het getuigenrecht.<sup>40</sup> Tegelijkertijd is ervoor gekozen niet tot concretisering van eerlijkeheidsregels te komen. Daarbij wordt ook weer in het bijzonder verwezen naar de context van getuigen, op de grond dat werken met een ‘toekomstbestendige’ en ‘open verwijzing’ naar ‘het eerlijk proces’ beter is, indachtig mogelijke latere ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof<sup>41</sup> (die ‘nauwlettend in de gaten’ dient te worden gehouden).<sup>42</sup> De optimalisering van de aansluiting bij het EVRM komt er aldus vooral op neer dat (eerder verscherpte) kaders breder worden gesteld.

Wat de ‘inhoud van de waarborg van het eerlijk proces’ betreft in de context van het getuigenrecht, is de voorstelling van zaken dat deze ‘een toets (behelst) waarbij alle drie de factoren van het beslissingsschema worden nagelopen (...)’.<sup>43</sup> Ofwel, eerlijkheid wordt (enkel) daaraan gelijkgesteld. Daarbij wordt het eerste hierboven genoemd effect wel opgepakt. In het bijzonder valt er daarbij op te wijzen dat de nuancering van de SDE-regel in de rechtspraak van het EHRM wordt aangegrepen om (thans daardoor als achterhaald opgevatte) regels in artikel 344a WvSv, die de bewijskracht van bepaalde type verklaringen (van (bedreigde) anonieme, afgeschermd

37 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 168 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

38 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 61 en 39. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845.

39 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 63. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 844-845.

40 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 39 en 63-64. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845.

41 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1013. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845. Zie ook Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 47, in verband met de open verwijzing naar eerlijkheid in voorgenomen artikel 4.3.11 WvSv (waarin in het eerste lid voorgeschreven wordt dat een bewezenverklaring niet in beslissende mate kan steunen op de verklaring van een niet ondervraagde getuige, tenzij het recht op een eerlijk proces niet wordt geschonden). Hij stelt dat de bepaling daarmee ‘duurzaam’ is en goed aansluit bij de Straatsburgse rechtspraak, maar ook dat de laatste niet ‘eenvoudig te doorgronden’ is en begrip bij actoren en uitwerking (door de Hoge Raad) vergt. Zie voor deze bepaling het Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I 2024/25*, 36 327, C.

42 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 39.

43 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1013-1014.

getuigen en kroongetuigen) mitigeren, niet meer over te nemen in het nieuwe wetboek. De nodige behoedzaamheid ter zake wordt voor de toekomst overgelaten aan de rechter, via een motiveeringsplicht bij betwisting.<sup>44</sup> Voorts zijn verschillende uit de Straatsburgse rechtspraak extraheerde uitgangspunten ingeroepen in het ontwerp van het nieuw systeem, doch zonder vergaande reflectie daarop. Het gaat daarbij om (publieke) derdenbelangen die tegen die van de verdachte dienen te worden afgewogen, om vrijspraken bij ernstige misdrijven te voorkomen, ook met verwijzing naar de slachtoffer-centrische positieve verplichtingen rechtspraak van het EHRM.<sup>45</sup> In dat verband ontbreekt echter een uiteenzetting van de rechtspraak waaruit zou kunnen blijken in welke mate en hoe dergelijke afwegingen gemaakt kunnen worden. Ook wordt als gezegd verwezen naar de discretionaire ruimte die Straatsburg lidstaten laat bij de inrichting van het eigen stelsel, zonder onderbouwing van hoe dat volgt uit 's Hofs getuigenrechtspraak en waarop die ruimte ziet.<sup>46</sup> Het bestaan van een dergelijke marge wordt evenwel vergaand aangegrepen in het kader van de systeemkeuze om vooral buiten de zitting te horen. Erkend wordt dat de rechtspraak van het EHRM uitgaat van onmiddellijke ondervraging (zo ook ons omringende landen), en dat onontkoombaar is, vanwege *Keskin*, dat sterker gevolg zal dienen te worden gegeven aan het onmiddellijkheidsbeginsel. Dat blijft echter beperkt tot belastende getuigen, terwijl ook daarbij uitgangspunt blijft dat het ondervragingsrecht vooral buiten de zitting kan worden gerealiseerd.<sup>47</sup> Vooral is daarom gestreefd naar verbeteringen van de mogelijkheden in dat verband. Opvallend is dan dat een van de kernvoorzieningen die zijn voorgenomen om die systeemkeuze te legitimeren, te weten de invoering van de regel dat de verdachte als regel aanwezig kan zijn bij het verhoor bij de rechter-commissaris, uiteindelijk is teruggedraaid.<sup>48</sup>

Het moderniseringsvoornemen is aldus om nog meer dan thans het geval is, het aan de nationale rechter te laten gestalte te geven aan de algehele eerlijkheid. Nadere instructies worden ook niet gegeven door de moderniseringswetgever via duiding van de betekenis van het recht op een eerlijk proces in de inleidende bepalingen van het nieuwe wetboek, of met betrekking tot de (verhouding tot) artikel 17 lid 1 van de Grondwet. Sterker, in dat verband wordt een paradoxale boodschap gecommuniceerd.<sup>49</sup> De grondwettelijke bepaling is mede ingevoerd onder de toelichting dat het wenselijk is tot jurisprudentiële ontwikkeling van op het eigen systeem toegespitst eerlijkhedenconcept te komen, mede zodat boven de minimumeisen van artikel 6 EVRM kan worden uitgestegen.<sup>50</sup> In verband met het recht op eerlijkheid in het wetboek wordt echter gesteld dat het daarbij niet gaat om een zelfstandige, van verdragen afwijkende bron van eerlijkheid.<sup>51</sup>

44 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1010-1016.

45 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 63-64.

46 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 914.

47 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 762-763 en 912-916.

48 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering) Eindstemming wetsvoorstel, 1 april 2025, p. 9; Motie 21, Sneller en Ellian bij Artikel 2.10.29 over niet-aanwezigheid van de verdachte bij getuigenverhoor als hoofdregel.

49 Zie in dat verband uitgebreid, Timmerman 2023 (*supra* noot 25), p. 837-857.

50 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 7-10 en uitgebreid over de functies van de invoering van de grondwettelijke bepaling en zijn bevindingen dat die die functies niet significant terugkomen in de o.a. de modernisering, Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 837-846, respectievelijk 848-849 en 856-857.

51 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 93. Zie wederom uitgebreid in dit verband, ook met zijn aanbevelingen, Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 837-857.

## 2.2 Visies op de algehele eerlijkheid

Problematisch is dat, niettegenstaande het grote belang ervan, het EHRM ook geen definitie biedt van de algehele eerlijkheid.<sup>52</sup> In de literatuur zijn verschillende conceptualiseringen te vinden. Trechsel ziet een ‘rest’ eerlijkheid als een soort ‘pap’ binnen het recht op een eerlijk proces, dat verder bestaat uit concrete rechten zoals het recht op getuigen (als stukjes ‘fruit en noten’ in ‘Birchermüesli’): de pap is zelf ‘relatief smakeloos’ en ‘zonder contour,’ een ‘vat’ die het Hof kan vullen met ‘alles wat het dienstig acht’ – en soms de ‘uitdrukking’ is van ‘wishful thinking,’ vooral zijdens de verdediging.<sup>53</sup> Het Hof benut die pap echter ook om vorm te geven aan de voorwaarden voor toelaatbare *beperkingen* van concrete rechten. Dat doet het echter volgens Trechsel op zo onduidelijke wijze dat het recht op een eerlijk proces uiteindelijk verwordt tot een ‘ephemeral cloud, changing its shape to adapt vague concept of overall fairness’.<sup>54</sup>

Samartzis komt tot de volgende duiding: het ‘open-ended’ en met het oog op ‘flexibiliteit’ gehanteerd algehele eerlijkhedenconcept<sup>55</sup> lijkt te zien op ‘elke overweging die relevant kan zijn om te bepalen of een proces eerlijk was, maar niet onderdeel is van een specifieke test’.<sup>56</sup> Dergelijke overwegingen worden ‘ad hoc’ in beoordelingen betrokken, aan de hand van de concrete omstandigheden van de zaak.<sup>57</sup> Zodoende ziet hij gelijkenissen tussen de bredere ‘ad hoc balanceren’ werkwijze die het Hof, ook onder vergelijkbare kritiek,<sup>58</sup> hanteert bij andere bepalingen (ook in de context van proportionaliteitsbeoordelingen).<sup>59</sup> Zich de vraag stellend of algehele eerlijkheidstoetsing onderdeel is van een ‘wider fault of method and substance’ in de rechtspraak van het Hof,<sup>60</sup> is zijn conclusie dat de toets gezien kan worden als een ‘pathologie’ van ‘s Hofs proportionaliteitsanalyses en een illustratie van ‘spillover’ in artikel 6 EVRM van de ‘algemene neiging’ van het Hof ‘conclusies vast te stellen op basis van ad hoc balanceren’.<sup>61</sup> Dat zou in artikel 6 EVRM onwenselijk zijn omdat deze wijze van toetsing leidt tot de ‘overschrijving’ van de ‘letterlijke betekenis’ van deze bepaling.<sup>62</sup> Gevolg is dat het ‘elusive,’ en ‘ambiguous’ algehele eerlijkhedenconcept<sup>63</sup> leidt tot ‘impressionistische rechtspraak’,<sup>64</sup> en de verzwakking van lid 3 rechten.<sup>65</sup>

Volgens rechter Pinto de Albuquerque krijgen nationale rechters met de optie om de ‘fuzzy’ algehele eerlijkheid voorop te stellen een ‘inherent subjectief,’ ‘extreem kneedbaar’ en uit oogpunt van zelfs ‘minimale voorspelbaarheid’ ‘zeer ongeschikt’ standaard aangereikt, die niet bijdraagt

52 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-125 en 138.

53 Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 19-20.

54 Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 35.

55 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410.

56 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416. Zie ook de definitie van Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 9 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-139, in het laatste geval ook met een kritische bespreking van de onduidelijkheid en soms onvolledigheid waarmee het Hof deze wijze van toetsing uitvoert.

57 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

58 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410-411 en 421.

59 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410-411 en 421.

60 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 421.

61 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 421.

62 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

63 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412.

64 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 423.

65 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416. Zie ook Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12.

aan ‘goodwill’ aan hun zijde en uitnodigt de voor hem ‘strikte normen’ in artikel 6 lid 3 EVRM niet na te leven.<sup>66</sup> De Werd wijst het algehele eerlijkheidsconcept inderdaad als struikelblok aan, specifiek voor de Nederlandse rechter. Het zou daarbij gaan om een ‘typisch common law’ werkwijze, een concept ‘dat zich beter literair laat omschrijven, dan definiëren’ en leidt tot ‘verwarring op de werkvloer van Nederlandse rechters’,<sup>67</sup> die rechtspreken in een door het legaliteitsbeginsel gedreven systeem en behoefte hebben aan heldere regelgevende kaders.<sup>68</sup>

Deze conceptualisering bevestigen enerzijds dat algehele eerlijkheid meer omvat dan ‘flexibel’ toetsen aan de concrete stappen in de relevante getuigenschema’s. Anderzijds benadrukken zij de ernst van de problematiek omtrent de onduidelijkheid van het concept, die niet alleen pragmatisch is, maar ook een normatieve dimensie heeft, in de zin dat de rechtspraak daardoor niet voldoet aan de *Rule of law* eis die, vooral in de context van de mensenrechtenrecht, sterk gestalte zou moeten krijgen.<sup>69</sup>

De complexiteit van algehele eerlijkheid is inderdaad een gegeven. Tegelijkertijd dient te worden onderkend dat er ook meer valt te extraheren uit de Straatsburgse rechtspraak. Interessant is daarbij de analyse van Goss omtrent ‘s Hofs algemene interpretatie van het eerlijk procesrecht. Waar Samartzis een ‘opmerkelijke’ afwezigheid van de algehele eerlijkheid verhelderende criteria ziet,<sup>70</sup> vindt Goss in artikel 6 EVRM juist te veel factoren. In zijn overzicht gaat het daarbij om een scala van ‘cross-cutting’ interpretatieve regels en variabelen.<sup>71</sup> Voor Goss worden deze elk afzonderlijk en in onderlinge verhouding te onduidelijk en inconsistent toegepast door het EHRM. Hij is daarover zeer kritisch: artikel 6 EVRM zou daarmee zijn verworpen tot een ‘under-theorised’ en ‘poorly explained’ ‘puzzel’ dat gebukt gaat onder een ‘irrationele flexibiliteit’.<sup>72</sup>

Ook is een meer positieve benadering echter mogelijk: het gegeven dat zoveel regels en variabelen vallen te ontwaren toont in zichzelf dat systematiek aanwezig is. (Interpretatieve) factoren zoals die door Goss worden geïdentificeerd, zo ook andere, kunnen juist ook worden gebruikt als handvatten in de hier bedoelde zin. De hieronder te bespreken, in de inleiding benoemde variabelen betreffen, voor het getuigenrecht belangrijke vormen daarvan. Zij vallen enerzijds te extraheren uit de specifieke op het getuigenrecht georiënteerde rechtspraak van het EHRM, in de vorm van factoren die de algehele eerlijkheid in de context van het getuigen-

66 *Dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 52.

67 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 2 en 6. Zie ook Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 4-5, die er ook op wijst dat de algehele eerlijkheidstoetsing niet dient te worden opgevat als een ‘terughoudende’ benadering, waarbij getoetst wordt of een zaak ‘door de beugel’ kan en dat de rechtspraak ter zake wel specificiteit biedt. Tegelijkertijd wijst Mevis er ook op dat de rechtspraak van het Hof ook niet steeds helder is, Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 9.

68 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6. Zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 146 en 139, kritisch over de focus die ook de Hoge Raad legt bij algehele eerlijkheid – ‘dat toch door velen wordt opgevat als een ongebreidelde mogelijkheid om inbreuken op deelrechten te sauveren’ – (en ook meer algemeen, dat de Hoge Raad in het post-Keskin arrest de feitenrechter ‘onvoldoende aanspoort om het ondervragingsrecht serieus te nemen en zich over de verwezenlijking daarvan te bekommeren’).

69 Zie Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411, 412 en 418-419. Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 5-9. Zie ook Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 35.

70 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

71 Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 2.

72 Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 3 en 9-10, 67 en 115. Zie voor zijn, vanuit onduidelijkheidsperspectief kritische, bespreking van verschillende door hem omliggende variabelen, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 9-11 en, respectievelijk, p. 15-34, 35-63, 65-88, 89-111, 115-204. Zie zijn conclusies en aanbevelingen, niet alleen voor verbetering, maar ook versterking (ook van concrete rechten), Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 201-208.

recht concretiseren *buiten* de stappen in de pertinente toetsingsschema's. Anderzijds zijn nadere instructies omtrent algehele eerlijkheid te vinden in meer algemene regels die het Hof hanteert bij de interpretatie van artikel 6 EVRM, die bepalend zijn voor de algemene eerlijkheidsecologie waarin het getuigenrecht is ingebed en dient te worden geoperationaliseerd.

### 3 Eerlijkheidsvariabelen

#### 3.1 Het getuigenrecht *versus* algehele eerlijkheid

Als gezegd wordt als hoofdreden voor de relativering en verzwakking van het getuigenrecht de vooropstelling van het belang van algehele eerlijkheid aangewezen. Critici wijzen in dat verband op een onwenselijke mutatie die zich in de Grote Kameruitspraak in *Al Khawaja en Tahery* zou hebben voorgedaan, ten opzichte van de oorspronkelijke vormgeving en functie van algehele eerlijkheid zoals die in 1960 is neergelegd, in de Commissie-beslissing in *Nielsen*.<sup>73</sup> Die mutatie zou erin zijn gelegen dat ook wanneer het getuigenrecht niet is verwezenlijkt zoals voorzien, de procedure toch algeheel eerlijk kan zijn, aldus met een 'verrassende' werking in het nadeel van de verdachte.<sup>74</sup> De juiste (*Nielsen*-benadering) zou daarentegen zijn dat algehele eerlijkheidstoetsing pas wordt verricht nadat vastgesteld is dat concrete rechten wel adequaat zijn verwezenlijkt, maar wegens andere factoren de algehele eerlijkheidsbalans toch is verstoord. De extra laag van algehele eerlijkheidstoetsing zou aldus enkel dienen te werken in het voordeel van de verdachte.

Onmiskkenbaar hanteert het Hof een relatieve benadering van het getuigenrecht (in de eerste bedoelde zin) in de actuele rechtspraak. De vraag is echter *in welke mate* het recht daarmee verzwakt wordt. Een vergelijking met de *Nielsen*-casus is in dit verband pertinent. Het algehele eerlijkheidsconcept is in deze beslissing met de volgende formule omlijnd:

'(i)n a case where no violation of paragraph 3 is found to have taken place, the question whether the trial conforms to the standard laid down by paragraph 1 must be decided on the basis of the consideration of the trial as a whole, and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect of the trial or one particular incident'.<sup>75</sup>

Van een grote betekenis is de vermoedelijke achtergrond voor de invoering van deze regel in deze zaak,<sup>76</sup> gelegen in de aard van de klacht. Die zag wel op problematiek omtrent een (belastende) getuige(-deskundige), maar niet op een 'reguliere' beperking van het ondervragingsrecht (de deskundige was wel ondervraagd, terwijl ook een eigen deskundige was ingebracht). De

73 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*). Zie voor een verwijzing naar *Nielsen* in deze zin, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 68-72, 75 en 86-88; en (ook over EHRM 6 december 1988, 10590/83, (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*), waarin het Hof dezelfde benadering toepaste), Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412. Zie over deze laatste uitspraak ook, Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 25. Zie eveneens, over beide zaken, (ook in de context van het recht op rechtsbijstand), de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 29-48.

74 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412 en 415 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 72.

75 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

76 Zie de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 30 (in verband met het gegeven dat de toets eerst in deze zaak is toegepast).

klacht was juist dat de deskundige te veel tijd en ruimte had gekregen om te verklaren (zeven uur over twee dagen), aan de jury een fascinerende ‘magisterial lecture’ had gehouden, en buiten zijn competentie was getreden door zich uit te laten over de schuldvraag.<sup>77</sup>

Het ging daarmee om onder het getuigenrecht in artikel 6 lid 3 sub d EVRM niet goed te plaatsen kwestie, die ook werd behandeld als een ‘open’ potentieel eerlijkheidsprobleem onder artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>78</sup> Het ligt in de rede dat de Commissie ook daarom in deze zaak vaststelde dat het gebruik van de term ‘minimumrechten’ in het derde lid indiceert dat het daarbij gaat om een niet-limitatieve opsomming.<sup>79</sup> Daarmee kon de onbestemde procedurele problematiek die in de klacht werd aangekaart onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM worden gebracht. De significantie van *Nielsen* is dan vooral ook dat daarin een grondslag werd geboden om dergelijke impliciete eerlijkheidsmaterie toe te voegen.

De vraag kan dan ook zijn of in *Nielsen* valt in te lezen dat *tekstuele rechten* (of andere, impliciete rechten die nadien als concrete materie zijn toegevoegd), wel autonoom dienden te worden getoetst, zonder rol voor algehele eerlijkheidstoetsing, tenzij in het voordeel van de verdachte. Dat valt niet te zeggen, omdat in die beslissing niet aan een uitdrukkelijk recht is getoetst in verband met deze klacht. Vast staat wel dat de Commissie lid 3 rechten in *Nielsen* niet heeft gereduceerd tot ‘aspecten of incidenten’ die zich kunnen voordoen bij een proces, vergelijkbaar met de niet als (tekstueel) recht omliggende kwesties die in die klacht werden aangedragen.

Tot uitgangspunt kan worden genomen dat het getuigenrecht wel zwaarder weegt en niet vatbaar is voor dezelfde mate van relativisering als gebreken zoals die in *Nielsen* aan de orde waren. Probleem blijft dat de wisselvallige striktheid ter zake, ook in de actuele Straatsburgse rechtspraak, het moeilijk te duiden maakt hoe gewichtig het getuigenrecht wel is. Indicaties kunnen enerzijds worden gevonden voor evolutieve verzwakking in de loop der jaren. In *Nielsen* werden alle lid 2 en lid 3 rechten als *essentiële* aspecten aangemerkt.<sup>80</sup> In *Kostovski* en *Van Mechelen e.a.* riep het Hof, bij het vaststellen van schendingen in verband met beperkingen van het getuigenrecht, in dat het fundamentele belang van eerlijke rechtspleging in democratische samenlevingen niet ‘opgeofferd’ kan worden aan doelmatigheid,<sup>81</sup> en instrueerde het in de laatste uitspraak enkel ‘strikt noodzakelijke’ beperkingen toe te laten.<sup>82</sup> In recentere rechtspraak worden lid 3 rechten daarentegen benoemd als ‘specifieke aspecten’,<sup>83</sup> die niet intrinsiek in zichzelf staande doelen zijn, maar fungeren om een bijdrage te leveren aan de algehele eerlijkheid.<sup>84</sup>

77 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 38, 46-52 (*Nielsen/Denemarken*).

78 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

79 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

80 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

81 EHRM 20 november 1989, 11454/85, par. 44-45 (*Kostovski/Nederland*) en EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 58 (*Van Mechelen e.a./Nederland*). (In beide zaken ging het om anonieme getuigen). Zie ook, EHRM 26 februari 2013, 50254/07, par. 94 (*Papadakis/Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*).

82 EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 58 (*Van Mechelen e.a./Nederland*).

83 Zie, o.a., EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 38 (*Keskin*).

84 Zie in de context van getuigen, EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 51-52 (*Chernika/Oekraïne*). Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 65-88, uitgebreid over wat hij de ‘interne structuur’ van artikel 6 EVRM noemt, ofwel de verhouding tussen de verschillende leden van artikel 6 EVRM, ter zake waarvan het Hof volgens hem op onduidelijke wijze verschillende benaderingen hanteert (waaronder ook de ‘taken together’ benadering, waarbij het Hof klachten over andere leden (al dan niet) in conjunctie met lid 1, of beperkingen van verschillende rechten

Anderzijds wordt het belang van het recht in de contemporaine rechtspraak wel benadrukt.<sup>85</sup> Betekenis kan ook worden toegedicht aan verschillen in de nadere beschrijving van algehele eerlijkheidstoetsingsmethodologie. In *Nielsen* stelde de Commissie dat zelfs wanneer sprake is van ‘prominente’ of ‘belangrijke’ procedurele kwesties, de algehele eerlijkheid toch op basis van een totale evaluatie dient te worden beoordeeld.<sup>86</sup> Daar is dat een begrijpelijke ingreep, om te voorkomen dat onbestemde kwesties te gemakkelijk in een schending uitpakken. In de actuele ‘lid 3’ rechtspraak geldt ook dat eerlijkheid algeheel en niet ‘op de basis van een geïsoleerde overweging van een bijzonder aspect of een bijzonder incident’ dient te worden beoordeeld. Daaraan wordt echter wel toegevoegd dat daarbij niet valt ‘uit te sluiten’ dat ‘een specifieke factor’ zo ‘beslissend’ kan zijn dat op die basis reeds een algehele beoordeling *daartoe beperkt kan blijven*.<sup>87</sup>

In ieder geval stelt het Hof nooit dat het getuigenrecht niet fundamenteel is,<sup>88</sup> of dat de algehele eerlijkheidstoetsing enkel een beperkingsmechanisme vertegenwoordigt en aldus alleen in het nadeel van de verdachte werkt.<sup>89</sup> Voorop staat bovendien dat juist in de koppeling van het getuigenrecht aan het algehele eerlijkhedenconcept de instructie tot een strikte benadering kan worden gevonden. Het getuigenrecht kan relatief zijn, maar de ‘unqualified’ algehele eerlijkheid is absoluut.<sup>90</sup> Die koppeling vergt steeds een integrale analyse van alle voor de eerlijkheid relevante variabelen.

gezaamenlijk in beschouwing neemt), het een en ander terwijl de toegepaste methodologie bepalend kan zijn voor de vraag of artikel 6 EVRM al dan niet geschonden is. ). Zie ook Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 22-26. Zie daarover nader, par. 3.4.2.

85 Zie EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 59 (*Kikabidze/Georgië*), waarin een schending is vastgesteld, mede omdat het ging om ‘such an important procedural right of the defence’.

86 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

87 Opgemerkt dient wel te worden dat deze formulering vooral wordt gebruikt in zaken die zien op klachten over het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek, waarbij het Hof de volgende formulering gebruikt: ‘a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings’, (zie o.a., EHRM 9 november 2018, 71409/10, par. 121 (*Beuze/België*). Die verwijzing naar een factor in een ‘eerdere fase’, kan worden opgevat als indicatie dat deze regel enkel ziet op een gebrek in de verwezenlijking van het rechtsbijstand in het vooronderzoek. Tegelijkertijd is de formulering niet duidelijk en kan ook breder worden begrepen als betrekking hebbend op ook andere soorten procedurele (lid 3) kwesties die niet reparabel zijn, ongeacht hoe de procedure overigens is verlopen. Zie voor uitdrukkelijke toepassing in een zaak waarin het getuigenrecht centraal stond, EHRM 13 februari 2018, 5865/07, par. 87 (*Butkevich/Rusland*). Zie echter recent EHRM 29 april 2024, 23369/16, par. 95 (*Jaupi/Albanië*), waarin, naast andere klachten, ook over beperkingen van het getuigenrecht werd geklaagd, waar die laatste toevoeging ontbreekt.

88 Zie Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 420, die evenwel stelt dat het Hof met rechten onder lid 3 c en d als ‘non-determinative examples’ omgaat, in plaats van als ‘core aspects of a fair trial’ en Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 1 die stelt dat het Hof in ‘recente jaren’ lid 3 rechten tot ‘aspirational definitional suggestions’ heeft gemaakt. Zie ook Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 6, 7 en 9 en Goss 20g14 (*supra* noot 3), p. 69.

89 Dat blijkt ook uit de uitdrukkelijke aanwijzing van de Grote Kamer in de nog altijd *leading* uitspraak in EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 168 (*Murtazaliyeva/Rusland*), dat de algehele eerlijkheidstoets in beide richtingen kan werken.

90 Zie recent (in de context van een klacht over bewijsbeoordeling en motivering): EHRM 26 november 2024, 32565/23, par. 47 (*Uçar/Turkije*).

### 3.2 Afwijkende toetsingssituaties: aspecten van rechten en typen beperkingen

Tot uitgangspunt nemend dat het getuigenrecht *in abstracto* zwaar weegt, kan *in concreto* gedifferentieerd worden aan de hand van de algemene regel dat eerlijk procesrechten bestaan uit verschillende aspecten, die in specifieke beperkingssituaties anders kunnen worden geraakt. Ofwel, het getuigenrecht behoeft (dient) niet als homogene waarde te worden opgevat. Alle in artikel 6 EVRM vervatte rechten hebben een eigen inhoud (bepaald door eigen criteria), maar zij kunnen ook worden ingedeeld in verschillende (overlappende) typologieën. Indelingen kunnen worden gemaakt in: (i) expliciete *versus* impliciete rechten; (ii) meer of minder abstracte rechten;<sup>91</sup> (iii) sterkere en zwakkere rechten; (iv) die waarbij een *margin of appreciation* al dan niet wordt gelaten bij de wijze van uitvoering en (v) die meer of minder vatbaar zijn voor beheersing door (en oplossing in) de algehele eerlijkheidstoets.<sup>92</sup> Als afzonderlijke categorie kan ook worden aangemerkt (vi) rechten waarbij het Hof veelal ook werkt met een kernrechtenbenadering, ofwel waarbij binnen het recht een *very essence* wordt onderscheiden, die strikter wordt beschermd dan meer perifere aspecten.

Voor al de noties van kernaspecten en impliciete rechten kunnen een nuttige rol spelen bij concretisering. Het Hof gebruikt het *very essence* concept niet uitdrukkelijk bij klachten die direct en enkel zien op het getuigenrecht (vooral structureel wel bij het recht op toegang en het *nemo tenetur*-beginsel),<sup>93</sup> maar de achterliggende gedachte is ook in deze context eenvoudig te operationaliseren.<sup>94</sup> Zo zou de kern geraakt kunnen zijn omdat het gaat om een onomwonden zware beperking, doordat aan geen van de eisen in de toetsingsschema's is voldaan. Daarnaast maakt het Hof echter ook onderscheid tussen reguliere en *afwijkende* beperkingssituaties, op basis waarvan het ook een *andere vorm van toetsing* hanteert. Soms gaat het daarbij om een aangepaste vorm van de standaardschema's, soms is de situatie zo afwijkend dat een ander kader wordt benut.

Het verschil tussen een zwaardere/lichtere beperkingssituatie *versus* een afwijkende (en de impact op toetsing) is niet steeds helder te zien. In *Fikret Karahan* was de raadsman wel, maar

91 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409-410.

92 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410, in de zin dat er ook buiten de algehele eerlijkheidstoetsing andere algemene beperkingsmechanismen bestaan.

93 Zie bij het *nemo tenetur*-beginsel, EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 97 en 101 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 46, 49 en 52 (*O'Halloran en Francis/Het Verenigd Koninkrijk*) en bij het recht op toegang, recent, EHRM 21 januari 2025, 19085/18, par. 43 (*Çağır/Turkije*). Zie een verwijzing in de context van artikel 6 lid 3 b EVRM, EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par. 142 (*Miminošvili/Rusland*). Zie voor een oude verwijzing naar dit concept bij de beoordeling van een klacht rondom de toelating van tot bewijs van een *guilty plea* van een medeverdachte, waarin het mede ging om het gegeven dat die medeverdachte niet was gehoord, ECommHR (Beslissing) 17 januari 1997, 28572/95, (*M.H./Het Verenigd Koninkrijk*).

94 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 5 en 8 en 9, in verband met een kernrechtenbenadering bij het getuigenrecht (ook in verband met de moeilijkheid van het duiden van de essentie wegens de 'holistische' algehele eerlijkheidstoetsing). Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411, 419-421, 425, 429 en 432 over een 'essentie' concept: voor hem zijn het recht op getuigen (en het recht op rechtsbijstand) steeds 'fundamenteel' voor eerlijkheid, omdat zij minimumeisen betreffen en 'de essentie' 'constitueren' van 'equality of arms and adversarial proceedings' (Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 420). Het zijn voor hem deze laatste beginselen die opgevat dienen te worden als 'exclusionary reasons' die geen beperking verdragen (Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 429). Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 160-170, kritisch over de duidelijkheid van 's Hof's omgang met rechten die het niet of minder vatbaar zijn voor relativisering, in wat hij de 'never fair' rechtspraak noemt. Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 190-201 over de 'very essence' benadering van het Hof.

de verdachte niet aanwezig bij ondervraging, hetgeen voor het Hof betekende dat een ‘different kind of problem’ aan de orde was.<sup>95</sup> Daarom kon het voor de ‘oorspronkelijk’ voor de ter zitting absente belastende getuige ontwikkeld schema wel analogisch worden toegepast, maar in ‘borrowed’ vorm en ‘voor zover relevant’.<sup>96</sup> In *Ürek en Ürek*,<sup>97</sup> waren de verdachte én zijn raadsman afwezig tijdens het getuigenverhoor ter zitting. Eveneens wijzend op de alternatieve situatie, toetste het Hof ‘in het licht van’<sup>98</sup> de *Al Khawaja en Tahery* regels. Hoe toetsing daarom anders uitpakte in die zaken is sterk gebonden aan de specifieke casuïstiek daarin, van belang is de erkenning dat het iets uitmaakt *wie* absent is en welke andere factoren spelen, zodat de nationale rechter daarvoor bijzondere aandacht dient te hebben.

Afwijkende toetsing kan echter ook zichtbaarder zijn, zoals bij meer ‘impliciete’ materie die, al dan niet via een ‘embryonale fase’,<sup>99</sup> structureel toegevoegd kan worden aan het getuigenrecht, als vast aspect daarvan. Te denken valt aan verschillende soorten informatiebronnen die onder het autonome getuigenconcept zijn gebracht, zoals deskundigen of ‘attesting’ getuigen (die vooral ingezet worden als neutrale waarnemers bij opsporingshandelingen). Bij dergelijke getuigen wordt daarop toegespitste toetsing gehanteerd.<sup>100</sup> Andere impliciete uitvloeisels kunnen uitpakken in ‘lichtere’ beperkingen, vergelijkbaar met het onderscheid dat bij het recht op rechtsbijstand wordt gemaakt tussen beperkingen van het recht op toegang, versus toegang tot een raadsman van eigen keuze.<sup>101</sup> Zo deed het Hof de klacht in *Miminoshvili*, waarin het ging het om een verzoek om getuigen *nogmaals* te horen af via open algehele eerlijkheidstoetsing (met nadruk op een sterke adstructieplicht voor de verdediging in deze situatie).<sup>102</sup> In *Chernika* stelde het Hof dat het *Al Khawaja en Tahery*-schema als ‘guidance’ van toepassing kan zijn in afwijkende situaties, waar de ‘relevante kwestie’ niet de afwezigheid van getuigen is, maar ‘the modalities of their cross-examination’.<sup>103</sup> In de beslissing waarnaar in die uitspraak verwezen wordt (*Cherpien*) was de klacht dat verschillende *medeverdachten* ter zitting elk afzonderlijk in elkaars afwezigheid waren gehoord (doch met aanwezigheid van de raadsman). Zij werden pas nadien op de hoogte gesteld van de verklaringen over en weer, volgens verzoeker in strijd met het principe van *adversarial* procesvoering. Ook hier verwees het Hof naar de standaardregels

95 EHRM 16 maart 2021, 53848/07 par. 39 (*Fikret Karahan/Turkije*).

96 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 38-40 (*Fikret Karahan/Turkije*).

97 EHRM 30 juli 2019, 74845/12 (*Ürek en Ürek/Turkije*).

98 EHRM 30 juli 2019, 74845/12, par 48-49 (*Ürek en Ürek/Turkije*).

99 Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 110. Zie *ibid*, p. 89-111 en 119-120, ook zijn kritiek op de duidelijkheid van de wijze waarop impliciete materie tot ontwikkeling komt, alsmede hoe impliciete rechten zich onderling en tot uitdrukkelijke rechten verhouden en vatbaar zijn voor beperking, het een en ander ook in relatie tot zijn kritiek op de onduidelijkheid in verband met de ‘interne structuur’ van art. 6 EVRM zoals hierboven bedoeld (zie *supra* noot 84).

100 Zie in verband met deskundige getuigen recent, wederom EHRM 5 juni 2025, 21492/17 (*Anna Maria Ciccone/Italië*). Zie over ‘attesting’ getuigen, EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 136-138 (*Murtazaliyeva/Rusland*). Zie over de laatste type getuigen ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 7-8.

101 Zie EHRM 20 oktober 2015, 257003/11, par. 81-82 (*Dvorski/Kroatië*). Zie De Groot & Uijtendewillegen 2025 (*supra* noot 5), p. 17, in verband met een vergelijkbare alternatieve maar analoge benadering die de Hoge Raad hanteert bij andere soorten belastend bewijs dan getuigenverklaringen (zoals opgenomen uittalingen).

102 EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par. 122 (*Miminoshvili/Rusland*). Deze uitspraak is zes maanden voor *Al Khawaja en Tahery* gewezen, maar opvallend is dat het Hof niet verwees naar de SDE-regel, die toen al van toepassing was.

103 EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 46 (*Chernika/Oekraïne*).

als ‘guidance’, maar stelde dat die niet ‘getransponeerd’ konden worden naar dit geval, zodat het hier toetste aan het open kader van algehele eerlijkheid.<sup>104</sup>

Een afwijkende situatie kan evenwel ook een kern (impliciet) aspect raken, waardoor de beperking zwaarder uitvalt. Zo speelde bij de kennelijk ongegrondheid van de klacht in *Cherpion* dat verzoeker niet had geklaagd dat bepaalde vragen niet waren gesteld.<sup>105</sup> Zeer denkbaar is dat een dergelijke beperking in de omstandigheden van het geval juist de crux van het probleem kan zijn. Opvallend is in dat laatst verband een van de meest recente getuigenuitspraken van het Hof, *Severin*.<sup>106</sup> Daarin werd onder andere geklaagd over de wijze waarop getuigen waren gehoord, namelijk wel ter zitting, maar vanuit het buitenland, via videoconferentie.<sup>107</sup> Het Hof vatte deze situatie eveneens als afwijkend op en toetste derhalve niet aan het standaard-schema voor belastende getuigen,<sup>108</sup> maar via de band van de algemene regels die het voor videoconferentie hanteert. Dat is al opmerkelijk, omdat die regels vooral zien op situaties waarin het de verdachte is die op afstand deelneemt.<sup>109</sup> Bij ‘reguliere’ getuigenklachten speelt videoconferentie ook een rol in de rechtspraak, maar figureert het daar als compenserende waarborg (omdat een getuige daarmee wel op bepaalde wijze ‘ter zitting’ is gehoord).<sup>110</sup> Ook in deze zaak had het Hof aldus kunnen uitgaan van het reguliere schema, in ieder geval een afgeleide variant daarvan.

Dat laatste geldt vooral in verband nadere klachten van verzoeker in deze zaak, waarvoor het Hof geen substantiële aandacht heeft gehad, namelijk onder andere dat hij te weinig tijd had gekregen voor ondervraging, alleen de rechters vragen hadden gesteld, de ondervraging na technische problemen was afgesloten,<sup>111</sup> de tijd voor het horen te kort was, waardoor hij een door een van de getuigen gegeven antwoord niet kon tegenspreken en dat de getuigen ook niet opnieuw zijn gehoord.<sup>112</sup> Het Hof ging er vanuit dat de verdediging wel vragen heeft kunnen stellen (alsook, dat verzoeker daarover niet klaagde, hetgeen in wezen wel het geval was), dat hij tijdens de nationale procedure ook niet heeft geklaagd over de technische problemen, dat zijn beweringen ter zake niet waren vastgesteld en dat hij ook niet had aangetoond hoe deze problemen impact zouden hebben gehad op de algehele eerlijkheid.<sup>113</sup>

Het kan zijn – de uitspraak rept daar niet over – dat het Hof de specifieke kwestie waarover verzoeker de desbetreffende getuige nader wilde tegenspreken als onvoldoende belangrijk opvatte om daarin een belangrijke(re) beperking van het ondervragingsrecht te zien. Het ging daarbij erom of de getuigen, die als journalisten een tegen verzoeker gerichte private undercoveroperatie hadden uitgevoerd, eerder waren veroordeeld voor vergelijkbare acties. Dat lijkt toch een pertinente vraag te zijn, vooral in verband met andere grieven van verzoeker, die zagen op de

104 EHRM (Beslissing) 9 mei 2017, 47158/11, par. 6, 17, 32, 34-45 (*Cherpion/België*).

105 EHRM (Beslissing) 9 mei 2017, 47158/11, par. 42 (*Cherpion/België*).

106 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18 (*Severin/Roemenië*).

107 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 58-60 (*Severin/Roemenië*).

108 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 90-94 (*Severin/Roemenië*).

109 Zie recent EHRM 8 juni 2021, 61591/16 (*Dijkhuizen/Nederland*). Zie EHRM (Beslissing) 28 november 2023, 15736/22, par. 19-24 (*Alppi/Finland*), met een bespreking van verschillende configuraties bij het gebruik van videoconferentie.

110 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 104 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*). Zie voor een geval waarin een van tevoren opgenomen verklaring ter zitting werd afgespeeld, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 85-92 (*Okropiridze/Georgië*).

111 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 30 (*Severin/Roemenië*).

112 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 59 (*Severin/Roemenië*).

113 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 91 (*Severin/Roemenië*).

authenticiteit van door de getuigen gemaakte opnames, de legitimiteit van de undercoveroperatie en mogelijke beïnvloeding door de autoriteiten om een eventueel uitlokkingsverweer uit te sluiten. Het Hof deed deze kwesties af met de overweging dat verzoeker gelegenheid was geboden al deze kwesties *bij de rechter* aan te kaarten, dat de laatste met zorg was omgegaan daarmee alsmede met het bewijs en dat de verklaringen van de getuigen consistent waren.<sup>114</sup>

Daarmee heeft het Hof de kans niet gegrepen om tot omlijning van die specifieke aanspraak – om bij het stellen van vragen een eigen regie te kunnen voeren – als een potentieel (impliciet) kernaspect van het getuigenrecht te komen.<sup>115</sup> Die kwestie is onderbelicht in de Straatsburgse rechtspraak<sup>116</sup> (ook doordat ter zake niet vaak wordt geklaagd).<sup>117</sup> Dat laat onverlet dat het niet kunnen stellen van bepaalde vragen, daarin een bepaalde strategie niet te kunnen voeren, voor de verdediging veel grotere handicaps kan opleveren dan de mogelijkheid tot ondervraging (ter zitting, of elders) soelaas kan bieden. Voor zover de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, dient dat opgepakt te worden door de nationale rechter. Daarbij kan ruimte zijn om meer eisen te stellen, zoals nadere motivering zijdens de verdediging, ook al gaat het om belastende getuige, aldus ook aanleiding voor de verdediging om op de bijzondere problematiek te wijzen.

Iets vergelijkbaar – een ogenschijnlijk minder gewichtig probleem, dat eigenlijk de spil van een handicap kan zijn – krijgt gestalte wanneer een getuige wel ter zitting is gehoord, maar gelegenheid tot ondervraging bij verhoor in het vooronderzoek heeft ontbroken. In *Erkapić*<sup>118</sup> en *Dominka*<sup>119</sup> legden (medeverdachte) getuigen in beide zaken belastende verklaringen af in het vooronderzoek, maar trokken die later ter zitting in. De nationale rechters kozen ervoor op mede basis van de eerdere verklaringen te veroordelen. In beide gevallen toetste het Hof eveneens op alternatieve wijze,<sup>120</sup> meer gelijkend op het kader voor de beoordeling van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs<sup>121</sup> – waarbij in deze context de *very essence* notie overigens wel uitdrukkelijk werd ingezet.<sup>122</sup> In *Erkapić* kwam het tot een schending, ondanks

114 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 55-57, 60 en 92-94 (*Severin/Roemenië*).

115 Zie in dit verband de belangwekkende bijdrage van R. van Leusden & B.J. Polman, 'Advocaten die vragen, worden door de rechter-commissaris overgeslagen', NTS, 2020, 110, afl. 5, p. 358-362.

116 R. van Leusden & B.J. Polman, 'Advocaten die vragen, worden door de rechter-commissaris overgeslagen', NTS, 2020, 110, afl. 5, p. 361 en 362, die erop wijzen dat de verdediging zich zodoende niet kan baseren op het EVRM waar het gaat om wensen omtrent regievoering over de wijze, maar ook de volgorde waarin ontlastende getuigen worden gehoord.

117 Zie evenwel recent een klacht ter zake, EHRM (Beslissing) 29 maart 2022, 73553/16, par. 11 en 21 (*Tončić/Kroatië*), (kennelijk ongegrond bevonden). Het beletten van vragen kan wel problematischer zijn bij anonieme getuigen. Zie recent EHRM 18 januari 2022, 62013/12 en 62428/12, par. 12 (*Çongar en Kala/Turkije*), waarin een schending is vastgesteld in verband met het beletten van schriftelijke vragen, op de basis dat de antwoorden daarop al gegeven waren in de reeds afgelegde schriftelijke verklaringen van die getuige. Zie in dit verband ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd bij EHRM 6 februari 2024, 56440/15 (*Snijders/Nederland*), in verband met de 'highly restrictive questioning procedures' in die zaak.

118 EHRM 25 april 2013, 51198/08 (*Erkapić/Kroatië*).

119 EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12 (*Dominka/Slowakije*).

120 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 70-73 (*Erkapić/Kroatië*) en EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 27 (*Dominka/Slowakije*).

121 Zie recent voor dat kader, EHRM 13 februari 2025, 51409/19 par. 51-53 (*Macharik/Tsjechische Republiek*) en EHRM 5 november 2020, 31454/10, par. 70-77 (*Ćwik/Polen*).

122 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 73 (*Erkapić/Kroatië*) en EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 27 (*Dominka/Slowakije*).

dat ‘in principe’ meer gewicht dient te worden toegekend aan een verklaring ter zitting.<sup>123</sup> De ernstige aantijgingen over gebreken bij de eerdere verhoren (bestaande uit druk, slechte behandeling, gebrekkige rechtsbijstand en het gegeven dat de getuigen onder invloed van ontwenningverschijnselen hadden verklaard), waren namelijk onvoldoende onderzocht.<sup>124</sup> In *Dominka* werd de klacht kennelijk ongegrond bevonden, mede omdat wel adequaat onderzoek was gedaan in dat verband.<sup>125</sup>

De nationale rechter kan de algehele eerlijkheid aldus concreter navigeren door uitdrukkelijk aandacht te hebben voor de specifieke aard en impact van beperkingen. Idealiter gaat dat via een royale omgang met het getuigenrecht en uitvloeisels daarvan, maar in ieder geval nopen bijzonderheden van concrete gevallen tot daarop toegespitst zorgvuldige omgang, zichtbaar te maken in adequate, bijzondere motivering. Van belang is daarbij met precisie de aard en impact van een specifieke beperking te duiden en beoordelingen daarop toegespitst uit te voeren. Daarbij is ruimte om af te wijken van de standaard toetsingsschema’s. Dat kan erin gelegen zijn dat nadere eisen worden gesteld aan de verdediging (als gezegd, zoals het wel verlangen van bijzondere adstructie). Van het grootste belang is evenwel dat ‘kernbeperkingen’ worden signaleerd. Deze nopen tot het (alsnog) gelegenheid bieden rechten te verwezenlijken, dan wel op andere wijze het te niet doen van effect van de desbetreffende beperking.

### 3.3 (Als regel) elders horen – het onmiddellijkheidsbeginsel

Een dimensie van het getuigenrecht (te weten, de hieronder te bespreken ‘bewijsdimensie’ daarvan), die sterk interacteert met het onmiddellijkheidsbeginsel, is vooral als kernaspect van belang. Dat geldt zeker in Nederland, in het licht van de (in de toekomst nader aan te zetten) systeemkeuze vooral buiten de zitting te horen. In dit verband is de mate waarin het getuigenrecht door het onmiddellijkheidsbeginsel wordt beheerst vooral bepalend voor de ruimte die er is om *structureel* voor een surrogaatforum te kiezen. In de modernisering lijkt zelfs tot uitgangspunt te worden genomen dat bij elders horen door de verdediging er überhaupt geen sprake is van een beperking.<sup>126</sup>

Toegegeven dient te worden dat de boodschap uit Straatsburg over het onmiddellijkheidsbeginsel niet helder is.<sup>127</sup> Het beginsel wordt opmerkelijk weinig aangehaald in de rechtspraak, en dat ook vooral in een bijzondere context, namelijk in die van wijzigingen in de samenstelling van gerechten.<sup>128</sup> Daartegenover staat dat het beginsel bij ‘reguliere’ getuigenklachten wel in

123 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 75 (*Erkapić/Kroatië*).

124 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 74-89 (*Erkapić/Kroatië*).

125 EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 28-36 (*Dominka/Slowakije*).

126 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914.

127 Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 9. Een eerste verwijzing naar het beginsel is te vinden in de ontvankelijkheidsbelissing in ECommHR 3 december 1986, 11454/85 (*Kostovski/Nederland*), via discussie tussen verzoeker en overheid (zie ‘submissions of the parties’), waarbij de overheid stelde dat het beginsel geen gelding heeft in de Nederlandse strafvordering.

128 Zie o.a. EHRM (Beslissing) 9 juli 2002, 37442/97, par. 1 (*P.K./Finland*) en EHRM 12 maart 2020, 53791, par. 47-50 (*Chernika/Oekraïne*). Zie ook T.N.B.M. Spronken, ‘Getuigenverhoor en het onmiddellijkheidsbeginsel’, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2019-6, afl. 139, p. 2-5, over deze rechtspraak, alsmede die ziet op zaken waarin de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken en in hoger beroep wordt veroordeeld. Zie over de laatste variant van zaken, nader par. 3.4.4.

andere bewoordingen wordt ingeroepen, in de vaste formule dat de verdachte aanspraak maakt op ondervraging in *zijn* aanwezigheid, *ter zitting*.<sup>129</sup> Ook dan wekt het Hof soms de indruk dat het gegeven dat het ondervragingsrecht elders is uitgeoefend met zich meebrengt dat daarmee geen sprake is van een beperking. Zo stelt de Grote Kamer in *Al Khawaja en Tahery* dat de rechten van de verdediging ‘als regel’ eisen dat de verdachte een ‘adequate and proper opportunity’ krijgt ‘to challenge and question a witness against him.’<sup>130</sup> Zij voegt daar echter aan toe dat dit dient te geschieden op het moment dat ‘that witness makes his statement’ (aldus mogelijk ook in het vooronderzoek) of, bij ‘a later stage of proceedings’ (aldus in het eindonderzoek).<sup>131</sup> Voorts is de Grote Kamer in deze uitspraak onduidelijk waar zij stelt dat ondervraging als een ‘general rule’ ter zitting dient plaats te vinden, terwijl het gebruik van elders afgelegde verklaringen ‘in lieu of live evidence at trial’ een ‘measure of last resort’ dient te zijn,<sup>132</sup> maar dat gepaard laat gaan met de clausulering dat dit geldt ‘when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings’.<sup>133</sup> Ook benadrukt het Hof wel eens dat het soms noodzakelijk kan zijn gebruik te maken van in het vooronderzoek afgelegde verklaringen,<sup>134</sup> Dan is de opdracht om het ondervragingsrecht in die fase ook waar te laten maken,<sup>135</sup> maar daarmee kan de indruk worden gewekt dat voor zover dat ook gebeurt, het hier gaat om een vaste optie.

Tot uitgangspunt dient echter te worden genomen dat niet wordt bedoeld verlot te geven voor buiten de zitting te horen *als algemene regel*. Bij situaties waarin het noodzakelijk kan zijn om eerder afgelegde verklaringen te gebruiken tot bewijs, gaat het logischerwijs vooral niet om getuigen ten aanzien van wie de rechter van oordeel is dat ondervraging niet belangrijk of noodzakelijk is, maar die (voorzienbaar) onvindbaar of niet beschikbaar (zullen) zijn. De bovengenoemde overwegingen van het Hof dienen dan ook als ongelukkige formuleringen en buiten de zitting horen als uitzonderlijke mogelijkheid te worden opgevat.<sup>136</sup> De logica in het schema verzet zich ook tegen een andere lezing: elders horen is juist een (weliswaar significante) compenserende waarborg,<sup>137</sup> en kan daarom niet een gelijkwaardig alternatief zijn.

Ook hier past een kanttekening in verband met de strafvorderlijke modernisering in Nederland. In dat verband wordt erkend dat nationale auteurs wijzen op een onderschatting op

129 Zie recent, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 57 (*Snijders/Nederland*).

130 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

131 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*). Zie in dat verband ook EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 119 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 105 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

132 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 120 en 125 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

133 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 125 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

134 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 112 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

135 Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 55 (*Khavshabova/Georgië*), in verband met het belang in dergelijke gevallen van de beschikbaarheid van bij eerdere verhoren gemaakte opnames.

136 Zie ook (uitgebreid) in deze zin Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 1, 7-10 en 13-15. Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 1-6, die een sterkere opdracht tot onmiddellijke procesvoering ziet in de Straatsburgse rechtspraak. Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 144-145 nemen tot uitgangspunt dat het EHRM ‘een voorkeur heeft voor een onmiddellijke stijl van procederen’, maar niet steeds eist dat ter zitting wordt gehoord. Zij kunnen zich vinden in een tussenpositie, zoals die waarbij niet alle maar wel ‘beslissende’ getuigen ter zitting worden gehoord, voor zover daartegen geen ‘serieuze beletselen zijn’. Zie ook de kritiek van deze auteurs op de terughoudendheid van de Hoge Raad, ook indachtig de rol die hij zelf heeft gespeeld bij de beperking van onmiddellijke procesvoering in Nederland, te reflecteren op de betekenis die het beginsel zou dienen te hebben binnen het nationale stelsel, Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), 145-146.

137 Zie recent, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 57 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

nationaal niveau van het belang dat het EHRM hecht aan het beginsel, ook dat het Hof (zo ook ‘ons omringende landen’), wel uitgaat van ‘meer onmiddellijkheid.’<sup>138</sup> Tevens wordt aanvaard dat het effect van de Straatsburgse rechtspraak zal zijn dat ‘in enige mate’ ‘een meer onmiddellijke procesvoering’ aan de orde zal zijn op nationaal niveau. Het standpunt van de moderniseringswetgever blijft echter dat ‘aanpassing naar een volledige of veel meer onmiddellijke procesvoering (...) evenwel niet noodzakelijk (is) en (...) ook niet wenselijk voor(komt).’ Reden daarvoor is dat aan ‘de huidige Nederlandse procescultuur (...) de nodige voordelen (zijn) verbonden.’<sup>139</sup> Het grote voordeel blijft gelegen in efficiëntie, terwijl ook geponeerd wordt dat korter na een strafbaar feit horen de betrouwbaarheid van een verklaring ten goede zal komen.<sup>140</sup> De opdracht toch ‘iets meer’ gevolg te geven aan het onmiddellijkheidsbeginsel, door het als ‘toetssteen’ te gebruiken, wordt zonder nadere omlijning overgelaten aan de rechter.<sup>141</sup>

Zodoende wordt de ‘de auditu’ praktijk, zonder vergaande reflectie, gecodificeerd, vooral door het terugdraaien van eerder op basis van Straatsburgse correcties ingevoerde regels.<sup>142</sup> In artikel 338 WvSv staat sinds de invoering van het wetboek in 1926 de onmiddellijkheidsinstructie de bewijsbeslissing te nemen op basis van *uit het onderzoek op de terechtzitting* (door den inhoud van wettige bewijsmiddelen) bekomen overtuiging. Deze is in hetzelfde jaar weliswaar door de Hoge Raad (met het *de auditu* arrest), vooral tot fictie gemaakt, verrassend is toch dat in het moderniseringsvoorstel deze opdracht zonder enige toelichting is verwijderd uit de wet.<sup>143</sup> Als gezegd, een kernmaatregel die ontworpen is om de keuze om structureel buiten de zitting te horen te legitimeren, te weten invoering van de regel dat de verdachte als regel aanwezig kan zijn bij het verhoor door de rechter-commissaris, is op de valreep weer teruggedraaid.<sup>144</sup> Daarmee valt het voordeel van korter na het delict kunnen ondervragen, vanuit verdedigingsperspectief (als regel) ook weg.

Het EHRM dient zeker helderder te communiceren op dit vlak; twee recente uitspraken bieden echter nadere steun voor het standpunt dat ter zitting horen wel degelijk *de regel* dient te zijn, *vanwege* het onmiddellijkheidsbeginsel. Daarin komt een belangrijk ‘aspectenonderscheid’ dat bij het getuigenrecht valt te maken goed naar voren. Gedifferentieerd kan namelijk worden

138 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 914-915.

139 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 915.

140 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 915.

141 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 916. Zie in dit verband ook het behoud van het noodzaakcriterium in de modernisering. Dat criterium wordt ‘verruimd,’ zodat het niet alleen vanuit het perspectief van de rechter dient te worden beoordeeld, maar ook vanuit dat van de verdediging. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 917-918. Zie in verband met het behoud van het noodzaakcriterium echter EHRM 10 januari 2023, 61125/19, par. 4 en 10-12 (*Safssafi/Nederland*), waarin het Hof (ook) geen goede reden zag in de verwerping van het getuigenverzoek omdat die tardief was (per fax, negen in plaats van veertien dagen voor de zitting). Uit deze zaak, maar ook EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 45 en 53-62 (*Keskin/Nederland*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, (*Çalışkan/Nederland*) volgt de daarin benadrukte ‘presumptie’ van een ‘noodzaak’ tot horen van belastende getuigen met zich meebrengt dat het in het Nederlands recht gemaakt onderscheid tussen het ‘verdedigingsbelangcriterium’ (dat geldt bij tijdige verzoeken) en dat van ‘noodzaak’ (met een hogere adstructiedrempel, voor ‘late’ verzoeken), geen stand kan houden, in ieder geval niet als afzonderlijke basis voor verwerping van verzoeken. Zie in dat verband ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 4 en Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 48-49.

142 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 23, 31, 859, 1004-1005.

143 Zie het nieuwe voorgenomen bewijscriterium in artikel 4.3.11. lid 1.

144 Het ging daarbij om het voorgenomen artikel 2.10.29. Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 772-779.

tussen het ondervragingsrecht van de verdachte (dat onder *adversarial* procesvoering, effectieve participatie en gelijke omstandigheden dient te worden verwezenlijkt), *versus* een bewijsdimensie, die gestalte krijgt in de eis van eerlijke omgang met (onder beperkingen verkregen) (getuigen)bewijs. Het bewijsaspect instrueert de rechter tot zorgvuldig bewijsonderzoek en -weging en brengt met zich mee dat deze daartoe optimaal in staat is.<sup>145</sup> Beperkingen van het *ondervragingsrecht* kunnen weliswaar gemitigeerd worden door elders horen, indien de getuige dan niet absent is in verhouding tot de verdachte. De twee recente uitspraken bevestigen echter dat de *afwezige zittingsrechter* vanuit het *bewijsaspect* problematischer is, en dat het onmiddellijkheidsbeginsel vooral ook in dat verband werkzaam is.<sup>146</sup>

In *Faysal Pamuk* (waarin een schending is vastgesteld), was de beperking gelegen in de ondervraging van verschillende getuigen via een in het nationale recht voorziene optie, door andere gerechten, in de plaatsen waar de getuigen zich bevonden. Verzoeker noch zijn raadsman waren aanwezig, de laatste had de verhoren wel kunnen bijwonen. Elders horen kon niet compenseren, hier met uitdrukkelijke gronding in het onmiddellijkheidsbeginsel,<sup>147</sup> zoals betrokken op het perspectief van de feitenrechter. Die heeft dan niet de mogelijkheid om ‘the demeanour and credibility of a certain witness’ zelf direct te observeren, aldus het Hof, terwijl de beoordeling van betrouwbaarheid en juistheid van verklaringen complex is en *gewoonlijk* niet kan worden verwezenlijkt ‘by a mere reading of his or her recorded words.’<sup>148</sup>

In *Snijders* is geen schending vastgesteld, maar plaatste het Hof, als gezegd, een belangrijke kritische kanttekening, eveneens gerelateerd aan het onmiddellijkheidsbeginsel vanuit rechterlijk perspectief. In die zaak was een belastende anonieme getuige, met de bedreigde status, aldus enkel door een rechter-commissaris, gehoord. Conform het nationale recht waren de verdediging en de rechter niet alleen niet op de hoogte van de identiteit van de getuige, maar beschikten beiden ook alleen over een proces-verbaal van verhoor waarin antwoorden op bepaalde vragen waren weggelaten. Erop wijzend dat het eerder de in Nederland (als reactie op vastgestelde schendingen) ingevoerde procedure voor de bedreigde anonieme getuige reeds had goedgekeurd,<sup>149</sup> (wrang omdat die deels worden teruggedraaid), viel het Hof er niettemin over dat die beperkingen ook golden voor de rechter.

‘(T)he principle of immediacy would have been better served if the trial judges had been able to assess X’s credibility by knowing his or her identity and questioning the anonymous witness themselves – or,

145 Zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 141-144 in verband met de door de Hoge Raad aangebrachte splitsing tussen de twee aspecten.

146 Zie in die laatste zin ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 2 en 4. Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 3, 8, 9 en 14-15 over de waarde van direct horen vanuit het perspectief van de bewijsbeoordelingstaak van de rechter en hoe deze functie ook zichtbaar is in de Straatsburgse rechtspraak. Zie ook zijn aanbeveling om in het kader van de modernisering tot een heroverweging te komen omtrent een sterkere onmiddellijkheidsbeginsel, ook in het licht van het gegeven dat het streven is om de aansluiting met het EVRM te optimaliseren, in plaats van minimaliseren, Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 9-10.

147 EHRM 18 januari 2022, 430/13, par. 70 (*Faysal Pamuk/Turkije*).

148 EHRM 18 januari 2022, 430/13, par. 70 (*Faysal Pamuk/Turkije*).

149 EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par 78 (*Snijders/Nederland*). Zie uitgebreid over de regeling van de bedreigde anonieme getuige en de toepassing daarvan, A.M. van Hoorn en F. Posthumus, ‘De bedreigde getuige: een vervolgvraagstuk’. In: J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Reds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Boom uitgeverij, p. 739-760 en R. Cozijnsen & W.N. Ferdinandusse, ‘De bedreigde getuige en artikel 226a Sv: knelpunten uit de praktijk’, *NTS* 2021-5, p. 36-48.

at the very least, by receiving the full transcript (thus without answers redacted) of the questioning by the investigating judge (...).<sup>150</sup>

Deze recente uitdrukkelijke en strikte toepassingen van het onmiddellijkheidsbeginsel door het EHRM zijn betekenisvol.<sup>151</sup> Zonder de valide argumenten over de waarde van onmiddellijkheid, in normatieve maar ook empirische zin, hier te herhalen,<sup>152</sup> wordt hier volstaan met aansluiting daarbij. Benadrukt dient evenwel te worden dat het gegeven dat in zoveel zaken geen schending is vastgesteld door het EHRM – waarin elders is gehoord – begrepen dient te worden vanuit het gezichtspunt dat *uitzonderingen* mogelijk zijn. De systeemkeuze in Nederland als regel elders te horen wringt echter met de Straatsburgse rechtspraak.<sup>153</sup> Bedacht dient ook te worden dat 'Hofs hierboven genoemde verwijzing naar de eigen eerdere uitdrukkelijke goedkeuring van de Nederlandse praktijk zag op de hervormde regeling ten aanzien van bedreigde, anonieme getuigen.<sup>154</sup> Enerzijds gaat het daarbij om een bijzondere categorie die intrinsiek problematisch(er) is (dan enkel absente getuigen), anderzijds is dat minder het geval juist vanwege de zware procedure die daarbij betrokken is. Daarin vervatte waarborgen zijn er niet in de overgrote meerderheid van gevallen, zeker niet waar een getuige enkel door opsporingsambtenaren is gehoord. Bovendien ging het in *Snijders* ook om die zware procedure: het Hof is aldus in bepaalde mate teruggekeerd naar een meer kritische positie.

Wat de 'gewone' (niet anonieme) absente getuige betreft, een toekomstige klacht over de Nederlandse praktijk, waarin de omgang met onmiddellijkheid goed onderbouwd als systematisch probleem wordt aangekaart, zou de basis kunnen vormen voor een volgende impactvolle schending tegen Nederland, met grote repercussies.<sup>155</sup> Reflectie op die stelselkeuze is noodzakelijk. Op zijn minst bestaat aanleiding te heroverwegen de oorspronkelijk voorgestelde voorziening de verdachte als regel toe te laten bij het verhoor bij de rechter-commissaris, terug te plaatsen in de voorgenomen regeling. Dat komt inderdaad tegemoet aan het ondervragingsrecht van de verdachte, maar vanuit het perspectief van de bewijstaak van de rechter zal het er ook toe leiden dat daar tegensprekelijk gevoerde discussie, weliswaar op papier, toch kan worden getransponeerd naar de zittingszaal.

150 EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 78 (*Snijders/Nederland*). Zie ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd, par. 7 bij deze zaak, waarin zij vraagtekens plaatsen bij de Nederlandse interne openbaarheidsdoctrine, op basis waarvan de rechter niet over meer informatie kan beschikken dan procespartijen, in welk verband zij een 'paradox' zien in de beperking van verdedigingsrechten met een beroep op het beginsel van gelijkheid van wapenen.

151 Zie ook de bespreking van de Straatsburgse rechtspraak in verband met het onmiddellijkheidsbeginsel door Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 7-10. Zie voorts EHRM 12 maart 2024, 48309/17, par. 44-62 (*Orhan Şahin/Turkije*), met een combinatie van problematiek met betrekking tot anders samengestelde gerechten en afwijkende uitkomsten, waarbij het Hof, omdat klager het getuigenrecht niet had ingeroepen, er overigens voor koos de getuigenklacht enkel vanuit het perspectief van artikel 6 lid 1 EVRM te toetsen.

152 Zie uitgebreid over argumenten voor en tegen onmiddellijke procesvoering, Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 2-7 en 10-15. Zie ook in empirische zin, L. van Lent, A. Smolders & M. Malsch, "'We kennen allemaal de stukken ¼'". Pleidooi voor een debat over een onmiddellijker strafproces in Nederland, *DD* 2020-38, p. 1-14.

153 Zie in dezelfde zin ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 7-10. Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 4-5 en Spronken 2021 (*supra* noot 5), p. 2.

154 Zie wederom, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 78 (*Snijders/Nederland*), met verwijzing op die plek naar EHRM (Beslissing) 4 juli 2000, 43149/98, par. 1 (*Kok/Nederland*).

155 Zie ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd, par. 8, waarin zij aangeven dat zij ondanks hun bezwaren, toch niet voor een schending hebben gestemd omdat verzoeker het dit systematisch probleem in de nationale rechtspraak zelf niet aan de orde heeft gesteld.

In verband met de hierboven besproken noodzaak met precisie de exacte aard en impact van een beperking te duiden kan voorts aan de volgende wijze van concretisering worden gedacht. Voor zover de kwestie is dat de verdediging stelt geen mogelijkheid te hebben gekregen (bepaalde) vragen te stellen, gaat het om een beperking van het ondervragingsrecht die opgelost kan worden doordat die gelegenheid alsnog wordt geboden (voor zover het niet gaat om manifest irrelevante of redundante kwesties). Dat behoeft niet in de aanwezigheid van de zittingsrechter plaats te vinden, zo lang de gezochte informatie maar op heldere en volledige wijze ter zitting kan worden ingebracht (en overigens aan andere voorwaarden is voldaan). Als de verdediging zich echter beklaagt over de betrouwbaarheid van een getuige dan wel de verklaring, ligt het in de rede dat die getuige ten overstaan van de zittingsrechter wordt gehoord.<sup>156</sup>

### 3.4 Interacties tussen procesrechten en aggregaatbeperkingen

#### 3.4.1 *Interacties*

Het voorgaande leidt naar een nadere voor het getuigenrecht bepalende (algemene) interpretatieve regel in artikel 6 EVRM. Die is dat afzonderlijke deelrechten zich niet alleen verhouden tot de algehele eerlijkheid, maar, onder de paraplu daarvan, ook onderling (kunnen) interacteren (en dat soms ook met andere rechten in andere bepalingen doen).<sup>157</sup> Dat geldt zeker voor het getuigenrecht, dat in wezen gevormd wordt door een vaste constellatie van verschillende rechten die verwerkt zijn in de twee toetsingsschema's. Het gaat daarbij vooral, naast de algehele eerlijkheid, om het recht op motivering en – via de bewijsdimensie – het recht op eerlijke omgang met bewijs, maar ook het verdedigingsrecht in artikel 6 lid 3 sub c EVRM en het eveneens daaronder ressorterende recht op rechtsbijstand. De meer abstracte beginselen van onmiddellijkheid, *adversarial* procesvoering en gelijkheid van wapenen zijn eveneens werkzaam als rechten waarop de verdachte aanspraak maakt.

Van belang is om de werking van deze andere rechten<sup>158</sup> niet enkel op te vatten als 'compenserende factoren' die een beperking van het getuigenrecht kunnen mitigeren. Zij kunnen een relativerende werking hebben, maar dat geldt enkel wanneer zij versterkt en toegespitst worden toegepast.<sup>159</sup> Dat zij in het algemeen zijn verwezenlijkt bij een strafvervolgning is derhalve ontoereikend. De verdachte dient het verdedigingsrecht (de mogelijkheid tegen te spreken en in te brengen), daadwerkelijk en ook specifiek ten opzichte van (al) zijn getuigengrievens te kunnen uitoefenen. Dat bijstand is verleend voldoet eveneens in zichzelf niet, die dient met

156 Zie ook de noot van D. van Toor onder EHRM 18 december 2018, nr. 36658/05, EHRC 2019/70, par. 7, die een onderscheid ziet in de noodzaak de betrouwbaarheid van een belastende getuigen ter zitting te toetsen, versus de ontlastende getuige, bij wie van een betrouwbaarheidsprobleem geen sprake behoeft te zijn. Zie ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 3, instemmend met verwijzing naar Van Toor.

157 Zoals met artikel 3 en artikel 8 EVRM, in de context van onrechtmatig verkregen bewijs. Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 81. Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409, die stelt dat het eerlijk proces recht een 'cluster of correlated procedural rights' omvat.

158 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 147.

159 Zie echter Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 139-160, kritisch over de duidelijkheid van de werking van wat hij noemt 'counterbalancing' en 'defect-curing, (respectievelijk, compensatie van een beperking door de werking van andere factoren en herstel in latere procesfasen).

het oog op de specifieke aan de orde getuigenproblematiek effectief te zijn geweest. Vooral is de werking van, binnen de toetsingsschema's op tal van plaatsen verwerkte, sterke, bijzondere motiveringsplichten zichtbaar: (i) bij de beslissing niet op te roepen, de mate waarin inspanningen zijn getoond om aanwezigheid te bewerkstelligen; (ii) ten aanzien van de rol die een verklaring speelt of had kunnen spelen; (iii) de beschikbaarheid van ander bewijs en (iv) met betrekking tot het effect van compenserende waarborgen. Bij de ontlastende getuige dient bijzonder te worden gemotiveerd (i) waarom de adstructie van een verworpen verzoek niet opgaat, (ii) los daarvan, via een zelfstandige analyse welke relevantie de getuigenverklaring had kunnen hebben, het een en ander (iii) gevolgd door een aparte vaststelling waarom de algehele eerlijkheid niet is ondermijnd.<sup>160</sup>

De interactie met de bewijsdimensie van het getuigenrecht is voorts buitengewoon belangrijk. In de inleiding is aangestipt dat kritiek op het algehele eerlijkhedenconcept mede erop ziet dat het eraan bijdraagt dat de 'juistheid' van een veroordeling een te grote rol speelt. Daarmee zou de algehele eerlijkheid leiden tot instrumentalisering ten behoeve van waarheidsvinding en criminaliteitsbestrijding (waarbij ook te vergaand en op onduidelijke wijze ruimte wordt gelaten voor het betrekken in afwegingen van vooral abstracte, collectieve, publieke belangen).<sup>161</sup>

De belangrijke rol die de kwaliteit van het bewijs speelt in de Straatsburgse rechtspraak kan echter ook omgekeerd worden gewaardeerd. Aanspraak op een juiste materiële uitkomst is namelijk ook op te vatten als een fundamenteel eerlijkhedenrecht. Zo bezien zijn de bewijsaspecten van het getuigenrecht niet *gronden voor beperking* (het eerlijkhedenrisico wordt gemitigeerd doordat de bewijsbeslissing secuur is), maar als *bewijsrechten* waaraan ook voldaan dient te zijn (de uitkomst kan, vanwege de beperking van het getuigenrecht, alleen eerlijk zijn bij garantie van een *zeer secure* bewijsbeslissing). Dat sluit aan bij de nadruk die het Hof, (*mutatis mutandis*, in de context van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht) legt op de ratio van eerlijk procesrechten in het kader van materiële waarheidsvinding, namelijk (mede) om onterechte veroordelingen te voorkomen.<sup>162</sup>

De locatie van de interactie tussen het getuige en -bewijsaangelegenheden is allereerst te vinden in de SDE-regel: verdedigingsrechten zijn *unduly restricted* indien een veroordeling uitsluitend of vooral gebaseerd is op de verklaring van niet door de verdediging gehoorde getuigen.<sup>163</sup> Voorts keert de (kwaliteit) van het overig bewijs ook terug bij de compenserende waarborgen, in welk verband het Hof een tweede keer toetst of de rechter heeft getoond aandacht te hebben gehad voor de impact van de beperking van het getuigenrecht en daarmee (aantoonbaar) zorgvuldig is omgegaan, mede door zichtbaar uit te gaan van een (zelf aangebrachte) verminderde bewijswaarde van de verklaring.<sup>164</sup> Ondanks dat een bewijsregel niet figureert

160 Zie de pertinente toetsingsschema's voor al deze eisen.

161 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416-418 en 419-420 en Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12 en 22. Zie ook over deze benadering van het Hof en (door hem onderschreven) kritiek daarop, Van Toor 2019 (*supra* noot 156), par. 8.

162 Zie EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, par. 266 (*Ibrahim e.a./Het Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 46-47, over het belang, in het schema voor de belastende getuige, van de controleerbaarheid, via de derde stap in het schema, van de juistheid van een veroordeling. Zie ook Mevis 2021, (*supra* noot 17), p. 9-10 en 12, in het licht van de noodzaak tot motivering van de bewijsbeslissing en de onschuldpresumptie die volgens hem in *Keskin* zichtbaar is.

163 Zie recent, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 81 (*Okropiridze/Georgië*).

164 Zie recent, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 57 en 75 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*) en EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 66 (*Keskin/Nederland*).

in het schema voor de ontlastende getuige, speelt de kwaliteit van het (overig) bewijs ook een belangrijke rol in algehele eerlijkebeoordelingen in die context. Ook daar beziet het Hof (via een impliciete) SDE-beoordeling of, bij het uitblijven van de ondervraging van een ontlastende getuige, de motivering van de weigering van het verzoek en daarmee ook (indirect) de bewijsbeslissing, voldoende secuur was.<sup>165</sup>

Het bewijsrecht is echter ook breder en sterker gegrond in artikel 6 EVRM, hetgeen ook, via de daarin vervatte bewijsdimensie, toevoegt aan de zwaarte van het getuigenrecht. Het gaat daarbij om een samenstel van impliciete en expliciete materie, die gestalte krijgt in de vorm van regels zoals die omtrent het gebruik van bewijsvermoedens,<sup>166</sup> de bewijstandaard en bewijslast in strafzaken.<sup>167</sup> Het recht op motivering heeft ook een 'bewijstak' (dan gaat het om aanspraak op motivering van de bewijsbeslissing).<sup>168</sup> Het bestaan en actieve toepassing van al deze bewijsregels in artikel 6 EVRM, afzonderlijk en in samenhang bezien, weersprekt dat het Hof, zich, zoals het zelf blijft voorhouden (ook in de context van het getuigenrecht), nog altijd vergaand terughoudend opstelt bij interventies in bewijsaangelegenheden.<sup>169</sup>

De fragmentatie van het bewijsrecht in artikel 6 EVRM brengt met zich dat de volle contouren van het geheel alsmede (de verhoudingen tussen) de daarin werkzame aspecten niet goed zichtbaar zijn. Omdat het Hof nimmer een verenigend kader heeft geformuleerd, zich op verbindende en ordenende wijze over het complex van bewijsregels heeft uitgesproken (en de formule van terughoudendheid blijft hanteren), kan te gemakkelijk voorbij worden gegaan aan het gewicht van het recht op een juiste bewijsomgang en -beoordeling.<sup>170</sup> Hierin dient het Hof helderder te worden. Alles bij elkaar genomen zou (op basis van artikel 6 lid 1 jo. lid 2 EVRM) een overkoepelend 'bewijsrecht' kunnen worden geformuleerd, met de strekking dat eerlijkheid betekent dat geen veroordeling mogelijk is zonder garanties van een *juiste bewezenverklaring*. De logica daarvan is zuiver: algeheel is niets oneerlijker dan een op ontoereikend bewijs gegronde veroordeling. Bij het uitblijven van een duiding van een overkoepelend kader voor het recht op eerlijkheid in bewijs (die het Hof wellicht niet biedt om de indruk te voorkomen dat het subsidiariteitsprincipe op dit punt significant wordt verlaten),<sup>171</sup> is het aan de nationale rechter de gefragmenteerde, doch sterke, eisen op te pakken.

<sup>165</sup> Zie recent, EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 102 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*); EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 64 en 66 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*) en EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 109 (*Škoberne/Slovenië*). Zie ook door De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 5 en 6-7 besproken rechtspraak, waarin de beoordeling of zich een schending zich al dan niet had voorgedaan bij ontlastende (rechtmatigheidsgetui- gen) mede afhankelijk was van de beschikbaarheid en kwaliteit van ander bewijs.

<sup>166</sup> Zie recent, EHRM 3 juni 2021, 48431/18, par. 46-48 (*Busuttil/Malta*).

<sup>167</sup> Zie EHRM 6 december 1988, 10590/83, par. 77 (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*); en recent, EHRM 24 april 2025, 16497/20, par. 75 (*Sytynyk/Oekraïne*).

<sup>168</sup> Zie recent, EHRM 17 juni 2025, 19664/18, par. 17-24 (*Saka/Turkije*).

<sup>169</sup> Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 35-63 weersprekt ook de terughoudendheid van het Hof, erop wijzend dat de uitzonderingen op de 'fourth instance' doctrine in wezen aangeven dat bemoeienis eerder regel is geworden, ook binnen bewijsaangelegenheden, via algehele eerlijkheidstoetsing, maar ook door regels omtrent motivering en het gebruik van bewijsvermoedens. Zie ook zijn kritiek op de duidelijkheid van de regels omtrent toelaatbaarheid van bewijs en de toepassing van de SDE-regel, respectievelijk p. 58-63 en 170-176.

<sup>170</sup> Zie uitgebreid over (de verschillende aspecten van) 'de bewijsdimensie' (van de onschuldpresumptie) in het EVRM (en andere internationale bronnen), J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Zutphen: Wolter Kluwer 2018, p. 187-261.

<sup>171</sup> Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 63.

### 3.4.2 Aggregaties

Waar rechten zoals die op (bijzondere) motivering, ‘bewijsrechten,’ het verdedigingsrecht en het recht op rechtsbijstand in een compenserende functie ‘sterker’ dienen te worden aangezet bij beperkingen van het getuigenrecht, kan wisselwerking ook echter op andere wijze effect hebben. In alle gevallen gaat het om autonome rechten waarover afzonderlijk en direct geklaagd worden. Beperkingen daarvan kunnen ook zelfstandig tot eerlijkheidsschendingen leiden, ook zonder dat getuigenproblematiek aan de orde is. Dat brengt met zich mee dat wanneer, bovenop een beperking van het getuigenrecht, ook sprake is van *ondermaatse* verwezenlijking van een ander recht – waarbij het ook om andere dan de hierboven genoemde rechten die vast figureren rondom het getuigenrecht kan gaan – een aggregatie van eerlijkheidsverlies zich voordoet. Bij ‘numerous procedural defects’ kiest het Hof er dan ook vaak voor die in gezamenlijkheid te beoordelen.<sup>172</sup> Van belang is daarbij dat ‘lichtere’ beperkingen (of zelfs, net niet beperkingen) van verschillende rechten samengenomen kunnen uitpakken in een negatief totaal eerlijkheidsbalans. Ofwel, de algehele eerlijkheid kan ook geschonden zijn bij meervoudige gebreken ‘even if each procedural defect, taken alone, would not have convinced it that the proceedings were “unfair”’.<sup>173</sup>

Ook hier kan worden gesteld dat het Hof met deze variabele niet duidelijk omgaat.<sup>174</sup> Enerzijds is dat gelegen in het feit dat interacties in twee richtingen kunnen werken (compenseren of aggregeren). Voorts stelt het Hof soms uitdrukkelijk dat bepaalde klachten aan elkaar gerelateerd zijn, soms behoeft er geen correlatie te zijn voor gezamenlijke beoordeling. Soms bespreekt het meervoudige klachten, ook onder een algehele eerlijkheidsskop, maar beoordeelt toch bij elke klacht afzonderlijk of artikel 6 EVRM geschonden is.<sup>175</sup> In andere gevallen wordt bij verschillende klachten steeds eerst voorlopige oordelen gevormd, om nadien tot een algeheel oordeel te komen.<sup>176</sup> Inconsistentie in deze methodologie is inderdaad problematisch, daar afzonderlijk versus geaggregeerd beoordelen tot grote verschillen in uitkomst kan leiden. Algemene richtlijnen in dit verband vallen echter moeilijk te formuleren (ook niet door de Grote Kamer), vanwege de vele verschillende soorten aggregaties die zich kunnen voordoen, nog los van de nadere impact van andere algehele eerlijkheidsvariabelen. Wederom geldt echter dat onduidelijke toepassing door het EHRM in concrete gevallen geen beletsel behoeft te zijn voor de rechter om deze – in de Straatsburgse rechtspraak actief werkzame – methodologie toe te

172 Zie recent, EHRM 29 april 2025, no.: 23369/16, par. 94, (*Jaupi/Albanië*). Goss beziet de algehele eerlijkheidstoetsing als een methodologie, naast andere, om beperkingen van eerlijk procesrechten te reguleren. Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-139. Daarnaast maakt hij o.a. onderscheid tussen ‘counterbalancing’ en ‘defect-curing’ (de compenserende interacties zoals hierboven bedoeld); de duiding van bepaalde rechten als niet vatbaar voor beperking; toepassing van de SDE-regel en de weging van eerlijk procesrechten van de verdachte tegen publieke belangen (al dan niet via proportionaliteitsanalyse), als aparte variabelen Goss 2014 (*supra* noot 3) p. 139-201. Tegelijkertijd stelt hij dat (onderlinge verergerende) mechanismen zoals ‘counterbalancing’ en ‘defect-curing,’ zo ook die van de ‘taken together’ benadering (zie, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 79-88 (die verband houdt met de hierna te bespreken ‘aggregaties van beperkingen’), sterk samenhangen met algehele eerlijkheidstoetsing (zie o.a. Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 125, 136-160), zodat zij in wezen ook als daarbinnen werkzaam kunnen worden opgevat.

173 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 142 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

174 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), over de onduidelijkheid van wat hij noemt de ‘interne structuur’ van artikel 6 EVRM en de ‘taken together’ benadering, p. 65-88.

175 EHRM 6 oktober 2022, 56540/14 57252/14, par. 128-164 (*Suslov en Batikyan/Oekraïne*).

176 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 79-88, dat de omgang hiermee ook onduidelijk is.

passen. In de algehele eerlijkheid verkeert het getuigenrecht ontegenzeggelijk in relaties met andere rechten, daaraan dient gevolg te worden geven door deze uitdrukkelijk in oordeelsvorming te betrekken.

Waar het om de meer abstracte beginselen van onmiddellijkheid, effectieve participatie, *adversarial* procesvoering en gelijkheid van wapenen gaat, blijft de concrete impact daarvan moeilijk te bepalen.<sup>177</sup> Desondanks zijn daaromtrent, zoals hierboven besproken in verhouding tot het onmiddellijkheidsbeginsel, ook wel concretiserende illustraties van betekenis en impact te vinden.<sup>178</sup>

Bij de meer concrete rechten zijn interacterende aggregaties helderder. Specificiteit is in dit verband wederom van belang. Het recht op motivering, bewijsregels en het recht op rechtsbijstand bestaan eveneens uit verschillende aspecten dan wel worden zij in specifieke contexten op andere wijzen getoetst. Zo bestaat het recht op rechtsbijstand uit meerdere dimensies: het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek, op vertrouwelijke communicatie, op gefinancierde rechtsbijstand, een bepaalde raadsman te kiezen, op zelfverdediging en op ingrijpen bij 'manifest falen'.<sup>179</sup> Gelokaliseerd dient te worden wordt welke aspecten aan de orde zijn en al dan niet aggregeren met getuigenkwesties.

Een aantal illustraties uit de recente rechtspraak kunnen nuttig zijn. Helder is de situatie waarin ten aanzien van verschillende rechten kan worden vastgesteld dat zij elk afzonderlijk geschonden zijn. Vanwege de troebelheid van de algehele eerlijkheid gaat het evenwel vooral om grensgevallen. In *Yzeiraj* zagen de oneerlijkheidsklachten op de inadequate motivering van de verwerping van verzoeker's alibi verweer, aldus ook van de bewijsbeslissing, én het niet ondervragen van een aantal ontlastende getuigen. Beide kwesties hadden afzonderlijk niet tot een schending behoeven te leiden, maar werkten wel op elkaar in. Met een betere motivering waarom geen geloof werd gehecht aan de schriftelijke '*deklaratie autentike*' die deze getuigen hadden gestuurd (met betrekking tot verzoeker's alibi), had het motiveringsgebrek ten opzichte van de bewijsbeslissing kunnen worden opgelost. Bij het uitblijven daarvan werd de noodzaak om die getuigen te horen dringender.<sup>180</sup>

In *Khachapuridze en Khachidze* ging het bij de *three limbs* van de klachten erom dat verzoekers (i) bepaalde ontlastende getuigen niet hadden kunnen horen ter zitting; (ii) hun veroordeling mede was gebaseerd op de verklaringen van een aantal belastende ter zitting absente getuigen

177 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410, die dergelijke beginselen ook aanwijst als meer of minder abstract. De betekenis en werking van deze beginselen, zo ook de kritiek dat artikel 6 EVRM als geheel veel meer vanuit die procedurele waarden dient te worden ingevuld wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, maar vraagt om systematisch onderzoek, ook buiten de context van het getuigenrecht.

178 Zie o.a., naast de hierboven besproken concretisering van het onmiddellijkheidsbeginsel, in relatie tot het beginsel van gelijkheid van wapenen, EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 18, (*V.P./De Republiek Moldavië*) en EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 69 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*). In beide gevallen achtte het Hof problematisch dat de zaken werden beoordeeld op basis van al het bewijs van de aanklager en niet op de inbreng van verzoekers. Zie ook een andere concrete uitwerking van dit beginsel in EHRM 10 januari 2022, 430/13, par. 69 (*Faysal Pamuk/Turkije*), waar het vragen aan de verdediging meerdere zittingen in verschillende steden bij te wonen om aanwezig te kunnen zijn bij getuigenverhoren het risico met zich meebracht dat een 'disproportionele last' zou worden gelegd bij de verdediging 'to an extent incompatible with the principle of equality of arms'.

179 Zie in dat laatste verband recent EHRM 6 oktober 2016, 37364/05, par. 67-69, 80-82 (*Jemejanovs/Letland*): autoriteiten zijn verplicht te 'intervenieren' wanneer een verzuim in effectieve bijstand 'manifest is', dan wel 'op andere wijze voldoende onder hun aandacht zijn gebracht.'

180 EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 1 en 11-19 (*Yzeiraj/Albanië*). In deze zaak speelde ook mee dat de verklaring van een belastende getuige inconsistenties bevatte.

en (iii) dat zij, wegens hun gedrag, van de zitting waren uitgesloten (zij namen deel via videoconferentie).<sup>181</sup> Bij twee ontlastende getuigen stelde het Hof geen schending vast, bij een andere liet het de uitkomst open. Ook kwam het enkel tot een voorlopig oordeel met betrekking tot de klacht over de belastende getuigen. Bij de klacht over uitsluiting van de zitting bleef het eveneens bij een voorlopig oordeel.<sup>182</sup> Alles bij elkaar opgeteld, kwam het, ten opzichte van beide verzoekers, tot een algehele eerlijkheidsschending.<sup>183</sup> Deze zaak toont voorts ook dat het belangrijk is, waar het gaat om kwesties in verband met meerdere getuigen, beoordelingen ook toe te spitsen op het totaaleffect van verschillende beperkingen in die zin.<sup>184</sup>

In *Khavshabova* zag de, op artikel 6 lid 3 sub c en sub d EVRM gebaseerd klacht over het niet kunnen horen van twee belastende getuigen mede op de omstandigheid dat die getuigen in het vooronderzoek waren gehoord in de aanwezigheid van een tweede toegevoegde raadsman, terwijl verzoekster niet op de hoogte was van zijn toevoeging (of het verhoor). Daarmee was er ook een beperking van het recht op rechtsbijstand, in het ‘denial of choice’ aspect daarvan. Zeer wel denkbaar is dat een klacht over dat laatste in zichzelf niet tot een schending onder dat regime had geleid. Verzoekster was wel op de hoogte van de toevoeging van de eerste raadsman, zoals de overheid aandroeg was zij akkoord gegaan met toevoeging, werd ze door beide advocaten bijgestaan in het voor- en eindonderzoek en had ze, tot ze koos voor een andere raadsman, nimmer geklaagd over de diensten van de toegevoegde advocaten. Ook was het een vaste praktijk van het rechtsbijstandsbureau, omwille van efficiëntie, om steeds twee advocaten toe te voegen.<sup>185</sup> Op dit punt kwam het Hof tot een voorlopig oordeel en sloeg een brug naar de klacht over het gebruik van de verklaringen van ter zitting absente getuigen.<sup>186</sup> In dat verband stelde het vast dat, terwijl het ‘onder normale omstandigheden’, een ‘strong procedural safeguard’ zou hebben gevonden in het gegeven dat een raadsman wel aanwezig was bij het getuigenverhoor, die waarborg in dit geval wegviel, vanwege de wijze van benoeming. De kwesties *samengenomen* brachten met zich mee dat de algehele eerlijkheid was ondermijnd.<sup>187</sup> In *Jemeļjanovs* was verzoeker het met zijn (verschillende, toegevoegde) advocaten niet eens over de verdedigingsstrategie, onder andere in verband met getuigenverzoeken. Het Hof kwam in de omstandigheden van het geval niet tot een algehele eerlijkheidsschending (omdat het geen ‘passiviteit’ of ‘manifest negligence’ zag in de verleende rechtsbijstand),<sup>188</sup> maar de zaak is illustratief voor de mogelijkheid en belang van ‘manifest falen’ in de specifieke context van getuigen.

181 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 90 en 84 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

182 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95-106, 107-131 en 134-141 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

183 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 142-143 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

184 Zie Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 140, die het gegeven dat het in *Keskin* om zeven getuigen ging problematiseren (in de zin dat hun verklaringen onderling ondersteunend waren, maar de bewezenverklaring niettemin per saldo toch berustte op door de verdediging niet getoetste verklaringen), en de oplossing aandragen dat een schending voorkomen had kunnen worden door enkele verzoeken toe te staan. Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6 en Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 9 in dit verband.

185 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 30 (*Khavshabova/Georgië*).

186 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 38 (*Khavshabova/Georgië*).

187 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 24, 28, 53 en 56 (*Khavshabova/Georgië*). Zie ook voor een vergelijkbare aggregatie van denial of choice problematiek met het verhoor van getuigen in het vooronderzoek, EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 80-89 (*Erkapić/Kroatië*).

188 EHRM 6 oktober 2016, 37364/05, par. 67-69, 80-82 en 100-101, (*Jemeļjanovs/Letland*).

In *Kikabidze* stelde het Hof vast dat verzoeker's klachten 'essentieel andere' doch 'interrelated issues', deden rijzen, te weten: (i) onvoldoende tijd en voorbereiding van de verdediging; (ii) het 'resultierend' probleem dat de lijst van door de verdediging aangebrachte lijst van ontlastende getuigen niet-ontvankelijk werd verklaard en (iii) inadequate motivering van de beslissing van het appelgerecht het hoger beroep niet toe te staan.<sup>189</sup> Bij de 'taken together' beoordeling<sup>190</sup> stelde het Hof bij alle afzonderlijke klachten een schending vast, maar de interactie is vooral vanuit het perspectief van de getuigenklacht helder te zien. Bij de tijd en faciliteiten klacht ging het erom dat verzoeker stelde dat de verdediging te late toegang had gekregen tot het dossier, reden waarom de lijst van getuigen tardief werd ingediend. Bij die klacht lag een schending ook niet zondermeer vast, daar het dossier wel ruim op tijd was verstrekt aan een initieel toegevoegde advocaat. Mede toetsend aan de daarmee eveneens relevant geworden relevante 'denial of choice' regels, zag het Hof geen kwestie in de verstrekking van het dossier aan die advocaat, doch wel in het gegeven dat het dossier niet eerder ook aan de gekozen raadsman werd verstrekt.<sup>191</sup>

Daarbij betrok het Hof ook (zonder die termen te gebruiken) wederom het concept van 'manifest falen':

'the apparent lack of cooperation and diligence on the part of the applicant's legal aid and private lawyers cannot by itself absolve the State and its agents of their responsibility to act diligently. Seen in this light, the Court considers that the presiding judge was expected to ensure that the difficulties allegedly experienced by the defence in the course of preparation for the jury trial were not such as to affect the *essence* [curs.: FPÖ] of the applicant's rights under Article 6 of the Convention'.<sup>192</sup>

Bij deze klacht werd reeds een koppeling gemaakt met de getuigenkwestie. Vertraagde verstrekking van het dossier was 'exactly the reason' waarom ter zitting was verzocht om late aanvaarding van de lijst van ontlastende getuigen.<sup>193</sup> Die problematiek werkte ook door in de getuigenklacht. Op basis van het nationale recht was er een exceptioneel recht om late getuigenverzoeken te doen (weliswaar op beding van een boete en betaling van kosten), bij 'particular importance' van bewijs.<sup>194</sup> Ondanks dat de verdediging niet aan de (*Murtazaliyeva*) adstructieplicht had voldaan, achtte het Hof de beslissing het verzoek op deze grond niet toe te laten, 'excessively formalistic,' terwijl het met zich meebracht dat geen enkele getuige voor de verdediging werd gehoord. Vanuit *gelijkheidsperspectief* vroeg dat om gewichtige redenen, 'going beyond the issue of the applicant's compliance with a procedural time-limit'.<sup>195</sup>

189 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 39 (*Kikabidze/Georgië*).

190 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 39 (*Kikabidze/Georgië*).

191 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 40-50 (*Kikabidze/Georgië*).

192 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 49 (*Kikabidze/Georgië*). Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 37 (*Khavshabova/Georgië*).

193 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 49 (*Kikabidze/Georgië*).

194 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 23 (*Kikabidze/Georgië*).

195 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 56-57 (*Kikabidze/Georgië*); Zie ook EHRM 26 februari 2013, 50254/07, par. 94-95 (*Papadakis/Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), waarin de tijd voor de voorbereiding van te stellen vragen (een uur), te kort was.

### 3.4.3 Interacties met andere rechten en andere procesvragen dan de bewijsvraag

Aggregaties kunnen zich ook voordoen met minder voor de hand liggende rechten, zoals ook bleek uit *Keskin* en *Çalışkan*, waarin het Hof erop wees dat een adstructie-eis bij belastende getuigen ook wringt met het zwijgrecht.<sup>196</sup> Eerlijkheidseisen strekken zich voorts ook uit tot andere dan bewijskwesities, zodat het getuigenrecht ook daarbij geldt. Dat volgt uit verschillende takken van rechtspraak, zoals de regels omtrent de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs (buiten de kwestie vanwege de eventuele (on)betrouwbaarheid daarvan vanwege de wijze van verkrijging). In dat verband wordt ook als eis gesteld dat verdediging daartegen effectief kan ageren, zo nodig via het getuigenrecht, ook waar klachten (direct) op dergelijke andere kwesities gericht zijn.<sup>197</sup> Waar het om directe getuigenklachten gaat, is de aanspraak op ontlastende getuigen *Murtazaliyeva* nadrukkelijk verruimd buiten de bewijsvraag, tot alle getuigen van wie 'redelijkerwijs kan worden verwacht' dat zij 'de positie van de verdediging zullen versterken',<sup>198</sup> aldus potentieel in allerlei procedurele en materiële opzichten. Ondenkbaar is dat hetzelfde niet opgaat voor belastende getuigen.

In *Dodoja* heeft het Hof recent de aanspraak ook gekoppeld aan de straftoemingsvraag. Daarin was verzoeker, op basis van de verklaring van een ter zitting absente medeverdachte getuige, met strafverzwarend effect veroordeeld voor meerdere gevallen van handel in verdovende middelen. Zelf verklaarde hij eenmaal middelen te hebben gekocht. Het Hof ging uit van een afwijkende beperkingssituatie, omdat verzoeker niet zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid maar de straftoemering betwiste. Omdat het ging om de 'reikwijdte' van zijn veroordeling en bestraffing overwoog het Hof eerst de standaardschema voor de belastende getuige 'gelijkelijk van toepassing' was. Dat was het geval: 'although the issues concerning appropriate sentencing normally fall outside the scope of the Convention (...), as a matter of fairness, the sentence imposed should reflect the offence which the defendant actually committed [curs.: FPÖ]'. Dat bracht het Hof tot het oordeel dat 'the general principles of fairness necessarily encompass the punishment to which an accused has been sentenced [curs.: FPÖ] in criminal proceedings (...)'. Zonder minder strikt aan het schema voor belastende getuigen te toetsen, stelde het Hof een schending vast.<sup>199</sup>

Gesteld kan worden dat het in deze zaak niet alleen ging om de straftoemering, maar ook om een ruimere bewezenverklaring.<sup>200</sup> De regel dat het getuigenrecht zich ook kan uitstrekken tot de straftoemingsvraag, ook waar de reikwijdte van aansprakelijkheid niet aan de orde is, is evenwel ook meer algemeen gevestigd.<sup>201</sup> Waar aansprakelijkheidsreikwijdte wel speelt,

196 Zie respectievelijk, EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 55 (*Keskin*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, par. 11 (*Çalışkan/Nederland*). Ook het gegeven dat verzoeker in *Keskin* in eerste aanleg bij verstek is veroordeeld (*Keskin*, par. 5 – zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 140, die hierop wijzen), had een rol kunnen spelen in de beoordeling van zijn getuigenverzoeken in appel.

197 Zie recent in de context van klachten over schending van het uitlokverbod in artikel 6 EVRM, EHRM 19 juli 2022, 60757/12, par. 7 (*Anzina e.a./ Rusland*) en EHRM 21 maart 2023, 66418/14, par. 12-13 en 14-23 (*Golovchenko/De Republiek Moldavië*).

198 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 160 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

199 EHRM 24 september 2021, 53587/17, par. 33-39 (*Dodoja/Croatië*).

200 Zie in dat verband over deze uitspraak, De Graaf, 2022 (*supra* noot 5), p. 4-5.

201 Zie anders, De Graaf, 2022 (*supra* noot 5), p. 4-5, die in deze uitspraak geen helder antwoord ziet op de vraag of het een en ander ook van toepassing is wanneer het enkel om de straftoemering gaat.

geldt de aanspraak voorts logischerwijs ook, zoals bij kwalificatievragen.<sup>202</sup> Bij die laatste kan er ook een (samenhangende) kwestie zijn met artikel 7 EVRM, aldus wanneer de voorzienbaarheid van de toepassing van het nationale recht aan de orde kan zijn en getuigen ter zake inzichten kunnen bieden). Getuigen kunnen voorts van belang zijn in verband met vragen naar de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden.<sup>203</sup> Wat in dergelijke gevallen interacteert met het getuigenrecht zijn bredere dimensies van eerlijkheid. Het recht op eerlijkheid zoals dat uitpakt in het getuigenrecht staat dan in wisselwerking met het recht op eerlijkheid in de vorm van rechtmatigheid, rechtszekerheid en proportionaliteit van straftoemeting. Alles bij elkaar mondt dat uit in een ruime eerlijkheidsteleologie die noopt tot een in al die opzichten legitieme uitkomst, en in dat verband verschillende soorten getuigenaanspraken met zich mee kan brengen. Het getuigenrecht kan ook interacteren met kwesties die niet zondermeer tot eerlijkhedsmaterie in artikel 6 EVRM behoren, maar daarin via indirecte weg betrokken kunnen worden. Te denken valt aan getuigen die kunnen verklaren over de (toepassing van) het nationale recht (anders dan het materiële, in kwalificatieve zin, zoals bepaalde vervolgingsuitsluitingsgronden). Een kanaal van waaruit een connectie daarbij kan worden gemaakt is gelegen in de ‘the requirement of legal certainty’, een eis die ‘an important element of fairness under Article 6 § 1 of the Convention,’ vertegenwoordigt.<sup>204</sup> Ofwel, eerlijkheid omvat inderdaad ook een legaliteitseis, zodat het ook geraakt kan worden door onjuiste of voorzienbare toepassingen van het nationale straf(proces)recht. Een verband is dan gemaakt met het getuigenrecht wanneer getuigen ter zake relevante informatie kunnen inbrengen. Getuigenaanspraken *vis-à-vis* dergelijke kwesties kunnen voorts ook gegrond worden in het algemene recht op motivering (dat recht is overigens oorspronkelijk in de specifieke context van getuigen ingevoerd en is nadien geëvolueerd tot algemeen recht ter zake van alle potentieel belangrijke beslissingen).<sup>205</sup>

#### 3.4.4 Incidenten of aspecten buiten concrete rechten en andere variabelen

Voorts, in lijn met de – nimmer opgeheven – benadering in *Nielsen* kunnen allerlei ‘incidenten of aspecten’ aggregeren tot oneerlijkheid. Het kan daarbij gaan om (nog) niet als concrete (aspecten van) rechten omlijnde (procedurele) kwesties, maar ook feitelijke bijzonderheden. *Barberà, Messegué en Jabardo* blijft in dit verband een goede illustratie, met een mengeling van

202 Zie EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 15 (*V.P./De Republiek Moldavië*), met een (weliswaar summiere) verwijzing naar de mogelijkheid dat de getuigen ook invloed hadden kunnen hebben op ‘the legal characterisation of the case’. Zie ook in verband met een mogelijke kwalificatievraag EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 34 (*Severin/Roemenië*), (in verband met de vraag of verzoeker zich had laten omkopen dan wel zijn gedraging binnen zijn normale taakuitoefening viel). Zie *mutatis mutandis* (in de context van rechtsbijstand), EHRM 28 augustus 2024, 989/18, par. 30, 55 en 77-87 (*W.R./Nederland*), waarin de klacht specifiek zag op de beperking van dat recht in verband met de (kwalificatieve) bewezenverklaring van voorbedachte raad.

203 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 10 en 55 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*), met een getuigenverzoek ter ondersteuning van een op psychische overmacht gelijkend verweer.

204 Zie EHRM 21 januari 2025, 14175/16 e.a., par. 141-149 (*Jóhannes Baldursson en Birkir Kristinnsson/IJsland*) (in de context van een klacht over heropening van een strafvervolgning, waarin de ‘legal certainty’ eis werd beoordeeld in interactie met het *ne bis in idem*-beginsel in artikel 4 lid 2 Protocol 7 EVRM en het *nemo tenetur*-beginsel).

205 Zie voor een vroege erkenning van een motiveringsverplichtingen in de context van getuigenverzoeken, ECommHR (Report) 15 oktober 1987, 10857/84, pars. 145-156. (*Bricmont/België*). Zie echter de uitspraak van het Hof in die zaak, EHRM 7 juli 1989, 10857/84, pars. 87-89). Zie voor een veralgemenisering van de motiveringsverplichting (als autonoom recht), EHRM 19 april 1994, 16034/90, par. 61 (*Van de Hurk/Nederland*); EHRM 9 december 1994, 18390/91, par. 29 (*Ruiz Torija/Spanje*); EHRM 9 december 1994, 18064/91, par. 27 (*Hiro Balani/Spanje*).

kwesties omtrent concrete rechten en bijzondere feiten. Daarin speelden ook getuigenproblematiek en de omgang met schriftelijk bewijs, maar het algehele oneerlijkheidsoordeel werd bereikt via een cumulatie van andere ‘aspecten of incidenten’. Verzoekers waren pas een dag voor de zitting, via een reis van 600 km naar het gerecht getransporteerd en moesten volgens het Hof daardoor mentaal en fysiek verzwakt zijn geweest, aldus niet voldoende weerbaar om verhoord te worden of effectief te kunnen communiceren met hun advocaten. Daarbij kwam dat op de dag van de zitting twee zittingsrechters dienden te worden vervangen. Dat was op zichzelf niet in strijd met een apart besproken klacht over onpartijdigheid, maar werkte wel door in de algehele eerlijkheid omtrent andere grieven, omdat bij de verdachten een legitieme vrees kon ontstaan dat de nieuwe rechters onvoldoende bekend waren met het complexe dossier. Voorts had het onderzoek ter terechtzitting in deze complexe zaak te kort geduurd (een dag), mede in het licht van het gegeven dat de verdachten onvoldoende tijd hadden gehad *adversarial* rechten uit te oefenen in het vooronderzoek.<sup>206</sup>

Allerlei soorten kwesties kunnen (en dienen) aldus in algehele eerlijkeitsbeoordelingen (te) worden betrokken, ook wat betreft de invloed die zij kunnen uitoefenen op de wijze waarop met getuigen dient te worden omgegaan. Systematische beschouwing van de Straatsburgse rechtspraak kan veel verluchting bieden in dit verband. Waar veel geëxtraheerd kan worden uit de rechtspraak is het voorts aan de nationale rechter (maar ook de verdediging)<sup>207</sup> relevante factoren te identificeren en die een juiste plek te geven in afwegingen, verzoeken en verweren. Een in het licht van de modernisering opvallende factor volgt uit *Kikabidze*. Daarin betrof het Hof bij verschillende beoordelingen en aldus de algehele eerlijkheid, de omstandigheid dat de nationale strafvordering recent was hervormd, mede om de rechten van de verdediging te versterken. Daardoor bestond bij de verschillende procedurele kwesties in die zaak nog geen ‘established practice’ van nationale gerechten, hetgeen nader noopte tot een ‘thorough and detailed’ respons op de aangedragen grieven.<sup>208</sup>

Terugkerend naar interacties met andere concrete rechten, van belang is voorts dat het gegeven dat verschillende rechten diverse aspecten hebben, met zich meebrengt dat wanneer het getuigenrecht daarmee interacteert (via compensatie of aggregatie), de impact op de algehele eerlijkheid in het concrete geval ook wordt bepaald door welk aspect van een ander recht aan de orde is. Zo is het binnen het regime voor de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs van groot belang om wat voor normschending het gaat. Welbekend is dat schending van bepaalde normen zich veel beter laten oplossen in algehele eerlijkheid dan andere, dat kan dan ook invloed hebben op de aanspraak op getuigen. In de tweede plaats, zoals hierboven besproken, strekt de eerlijkheid zich ook uit tot andere vragen dan de bewijsvraag, maar kan daarin wel onderscheid worden gemaakt, in de zin dat een groter belang kan bestaan bij bepaalde procesvragen (de bewijsvraag *versus* de straftoemeting). Dat wil niet zeggen dat getuigenaanspraken bij andere vragen zoals hierboven genoemd niet gewichtig zijn – dat is wel zo, bij schuldvaststellingsvragen wegen die *nog zwaarder*.

Niet is ingegaan voorts op de belangrijke werking van afstand van recht in artikel 6 EVRM die (ook impliciet, door onvoldoende operationalisering door de verdediging kan plaatsvinden

206 EHRM 6 december 1988, 10590/83, par. 67-89 en 57 (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*). Zie ook over deze zaak Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 24-25.

207 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 4.

208 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 65 en 56-60 (*Kikabidze/Georgië*).

en), ondanks de *Keskin*-presumptie, grote invloed kan hebben op de algehele eerlijkheid rondom de omgang met getuigen. De striktheid van afstandregels varieert ook naar gelang welk recht of aspect daarvan aan de orde is (van het getuigenrecht kan wel afstand worden gedaan), zodat beoordelingen bij interacties ook daarop gemoduleerd dienen te worden.<sup>209</sup>

Een andere voor het getuigenrecht belangrijke algemene regel in artikel 6 EVRM is dat eerlijkheidseisen ook variabel zijn naar procesfase. Bij het recht op getuigen is het gegeven dat (enkel) in het vooronderzoek is gehoord een beperking, tegelijkertijd ook een waarborg. Dan geldt wel, als gezegd, dat het Hof strikt(er) is omtrent (nadere) beperkingen in die fase.<sup>210</sup> In beroepsfasen geldt dat verwezenlijking van rechten in eerste aanleg de noodzaak daartoe verminderen in appel. Zo zouden appelgerechten (wel in de omstandigheden van het geval), ervan af kunnen zien getuigen opnieuw te horen wanneer het ondervragingsrecht in eerste aanleg goed is verwezenlijkt.<sup>211</sup> Eisen in appel zijn daarentegen strikt wanneer een appelgerecht een eerdere vrijspraak vervangt met veroordeling. Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen gevallen waarin appelgerechten tot een ‘verse’ feitelijke beoordeling komen, *versus* ‘enkel’ tot een andere interpretatie van het recht of toepassing daarvan op de feiten.<sup>212</sup> In het eerste geval kan ‘direct assessment of the evidence’ noodzakelijk zijn en geldt een verplichting om ‘positive measures to this effect’ te nemen,<sup>213</sup> waaronder ook het opnieuw horen van getuigen.<sup>214</sup>

De verplichting opnieuw te horen behoeft voorts niet beperkt te zijn tot gevallen waarin een integrale vrijspraak aangepast wordt naar veroordeling. In *Zegerius* was verzoeker na zijn veroordeling in eerste aanleg voor medeplichtigheid aan diefstal met (bedreiging van) geweld en poging tot witwassen,<sup>215</sup> in hoger beroep vrijgesproken ter zake medeplichtigheid aan diefstal en witwassen, maar veroordeeld als medepleger van de diefstal met (bedreiging van) geweld.<sup>216</sup> Daarbij werd, anders dan in eerste aanleg, gebruik gemaakt van de belastende verklaring van een medeverdachte. In beide gevallen werd vier jaar gevangenisstraf opgelegd. Ondanks dat het Hof zich ervan bewust was dat de veroordeling in eerste aanleg voor een ‘lesser offence’ was, bevat de beslissing geen overwegingen over het toch significant verschil in uitkomst, ook

209 Zie recent EHRM 21 mei 2024, 31948/13, par. 10-20 (*Caka/Albanië*), in de sleutel van de vraag of afstand van recht was gedaan, waarin het Hof mede vaststelde dat verzoeker nimmer geklaagd had over het optreden van zijn advocaten rondom getuigenverzoeken.

210 Zie EHRM 24 januari 2012, 24893/05 par. 86-91, 105-113 en 123-128 (*Nechto/Rusland*), waarin het Hof mede vaststelde dat verzoeker geen ‘betekenisvolle’ gelegenheid had gekregen om getuigen in het vooronderzoek te confronteren, mede in verband met aantijgingen van slechte behandeling tijdens politiedetentie en de afwezigheid van een raadsman.

211 Zie EHRM 9 juni 2022, 25580/18, par. 4-22 (*Grebenyuk/Oekraïne*). Zie, *mutatis mutandis*, in de context van motivering van een uitspraak, dat adequate motivering in eerste aanleg met zich mee kan brengen dat een appelrechter kan volstaan met ‘endorsement’ daarvan. Zie recent, EHRM 26 november 2024, 32565/23, par. 67-69 (*Uçar/Turkije*) en (in de context van de motivering van de weigering appel toe te staan), EHRM 30 juni 2022, 15269/13, par. 75 (*Rusishvili/Georgie*).

212 Zie EHRM 11 juni 2020, 69019/11, par. 47 (*Zirnīte/Letland*). Dat onderscheid kan complex zijn: “the facts and the legal interpretation can be intertwined to an extent that it is difficult to separate the two from each other,” EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 37 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*).

213 EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 38 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*).

214 EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 39-44 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*). Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 2-3, die in deze rechtspraak van het Hof benadrukking van het onmiddellijkheidsbeginsel ziet.

215 EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 2 en 4 (*Zegerius/Nederland*).

216 EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 8 (*Zegerius/Nederland*).

niet wat betreft de vrijspraak voor een van de feiten.<sup>217</sup> Een verklaring daarvoor kan echter worden gevonden in de nadruk in deze beslissing op de passiviteit van de verdediging in het duidelijk maken daadwerkelijk het ondervragingsrecht bij de desbetreffende getuige uit te willen oefenen. Voor zover de verdediging daarin wel helder is, is zorgvuldigheid ook aangewezen bij dergelijke aangepaste uitkomsten in appel.<sup>218</sup>

Tot slot, binnen de algehele eerlijkheid kan het veel uitmaken welke *type getuige* aan de orde is.<sup>219</sup> De Straatsburgse rechtspraak biedt hierin gedetailleerde inzichten. Sommige getuigen worden vast als intrinsiek problematisch(er) (dan enkel absente) opgevat (anonymi,<sup>220</sup> kroongetuigen,<sup>221</sup> medeverdachten, vooral die met conflicterende belangen),<sup>222</sup> waardoor een andere vorm van toetsing, toegespitst op bijzonderheden (zoals motieven), aan de orde is.<sup>223</sup>

Een onbetrouwbaarheidsindicatie is gegeven wanneer een getuige inconsistent verklaart,<sup>224</sup> onzeker is dan wel een eerdere verklaring intrekt.<sup>225</sup> Nuttig is ook in dit verband de recente uitspraak van het Hof in *Saakashvili* te benoemen. Het ging daarin om een klacht over het gebruik van de verklaringen van belastende getuigen, omdat het om ‘hearsay’ bewijs zou gaan. Het Hof gebruikt deze term lange tijd en vaak, maar is in deze uitspraak voor het eerst tot een definitie gekomen, met onderscheid tussen twee typen. De eerste vorm ziet op verklaringen van getuigen die niet ter zitting zijn afgelegd. De tweede vorm betreft ‘echte’ van horen zeggen verklaringen, die informatie overbrengen van de directe waarnemingen van een derde. Het Hof lijkt in *Saakashvili* deze tweede variant te hebben gelijkgesteld met ‘indirect bewijs’, een species waarvan het gebruik in de rechtspraak niet is uitgesloten, maar wel onderhevig is aan gereduceer-

217 Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 17-20 (*Khavshabova/Georgië*), waarin het Hof ook niet struikelde over het gegeven dat verzoekster in eerste aanleg en appel was vrijgesproken, vanwege bewijsgebrek, mede vanwege het niet kunnen horen ter zitting van de getuigen, maar veroordeeld werd in cassatie.

218 Dezelfde context speelt in de tegen Nederland nog openstaande klachten in EHRM 16 december 2022, 31220/20 (*Mcardle/Nederland*) en EHRM 16 december 2022, 30395/20 (*Brunell/Nederland*).

219 Zie over de keuze niet een onderscheid in te voeren in de wet tussen belastende en ontlastende getuigen, *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914. Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 6-7 ziet wel een noodzaak voor een wettelijk onderscheid.

220 Zie ook EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 56 (*Van Mechelen e.a./Nederland*), in verband met ‘bijzondere problemen’ bij anonimiteit wanneer het gaat om leden van de politie, wegens hun bijzondere positie door hun opdracht ‘gehoorzaam’ te zijn aan executieve autoriteiten, omdat zij meestal banden hebben met de aanklager. Los van de vraag naar anonimiteit volgt uit hun taak voorts dat zij ter zitting verklaren.

221 Zie EHRM 25 oktober 2022, 68725/16 e.a., par. 78-79 (*Xenofontos e.a./Cyprus*).

222 Zie bij een algemene amnestie, versus toezeggingen in een concrete zaak, EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 9-12 en 55-57 (*Fikret Karahan/Turkije*); zonder toezeggingen, de noodzaak voor aandacht voor mogelijke ‘ulterior’ motieven van criminele informanten, EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 16-23 (*Zegerius/Nederland*), (in dat geval een celgenoot) en bij personen met een ‘criminele achtergrond’, die mogelijk ‘indirect betrokken’ waren bij het delict waarvoor verzoekers zijn veroordeeld, EHRM 17 januari 2017, 43000/11 en 49380/11, par. 97-118 (*Habran en Dalem/België*). Zie in dit verband de moderniseringskeuze de thans in artikel 341 lid 3 WvSv geldende regel dat de opgaven van een verdachte ‘alleen te zijnen aanzien gelden’, niet over te nemen, op de basis dat deze in praktijk toch wordt omzeild en de nodige zorgvuldigheid daaromtrent kan worden gelaten aan de rechter, *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1005-1006.

223 Zie bij anonieme getuigen, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 66 (*Snijders/Nederland*) en EHRM 1 februari 2018, 27962/10, par. 36-42 (*Asani/“Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië”*).

224 Zie EHRM 24 april 2025, 16497/20, par. 76 (*Sytmyk/Oekraïne*), (ook in verband met ‘serious inconsistencies between different types of evidence produced by the prosecution’). Zie ook EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 16 (*Yzeiraj/Albanië*) en EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 17 (*V.P./De Republiek Moldavië*).

225 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 53 (*Fikret Karahan/Turkije*) en EHRM 12 april 2021, 34313/06, par. 39-41 (*Olga Kudrina/Rusland*).

de bewijswaarde. Voor zover het gaat om informatie die door de verdachte zelf is overgebracht aan een getuige, gaat het in het geheel niet om ‘hearsay’ bewijs.<sup>226</sup>

Als gezegd geldt ook een afwijkend toetsingskader voor getuige-deskundigen, waarbij de noodzaak tot horen ook kan zien op aspecten als bekwaamheid, gebruikte methodologie en wijze van benoeming. Voor slachtoffer-getuigen (of diens kennissen, versus ‘neutrale’ getuigen, die geen belang hebben bij de uitkomst van een zaak<sup>227</sup>) gelden eveneens nadere gezichtspunten, vooral bij (bijzondere) kwetsbaarheid, zoals bij minderjarigheid en/of zedendelicten.<sup>228</sup> In deze laatste context speelt ook de belangrijke vraag hoe tegelijkertijd gestalte dient te worden gegeven aan de verdachte-centrische eerlijk procesrechten en de slachtoffer-centrische positieve verplichtingen, in de derde procedurele variant daarvan, al dan niet in samenhang met het type en ernst van het aan de orde zijnde delict.<sup>229</sup> Ook in dit verband ontbreekt de ruimte voor vergaande beschouwing, opgemerkt dient te worden dat reflectie op hoe om te gaan met de opdracht tegelijkertijd gevolg te geven aan negatieve verplichtingen jegens de verdachte en positieve verplichtingen ten aanzien van slachtoffers dringend vraagt om uitgebreide en verbindende reflectie.<sup>230</sup>

Bij weer andere getuigen kan het gevaar bestaan dat zij (structureel) ten onrechte als minder belangrijk worden opgevat door de nationale rechter. Dat geldt vooral voor de ontlastende getuige, vanwege het verschil in toetsingsschema’s, waaronder de gedifferentieerde adstructie-eisen. Dat een verschil in aanspraak bestaat kan sterk genuanceerd worden echter, omdat de toetsingsstappen in de twee schema’s in wezen in elkaar kunnen worden geschoven.<sup>231</sup> De

226 EHRM 23 mei 2024, 6232/20 en 22394/20, par. 130-132 (*Saakashvili/Georgië*). Zie ook EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 84 (*Okropiridze/Georgië*) en EHRM 2 mei 2023, 57818/18, par. 78 (*Strassenmeyer/Duitsland*).

227 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 126 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

228 Voor de verdachte geldt dan dat beperkingen gepaard dienen te gaan met bijzondere nadere waarborgen zoals verdere toetsingsmogelijkheden in de vorm van door deskundigen te verschaffen betrouwbaarheidstoetsing. Zie EHRM (Beslissing), 2 april 2103, 25307/10, par. 47-53 (*D.T./Nederland*) en EHRM 18 juli 2013, 59632/09, par. 56-66 (*Vronchenko/Estland*). Deze waarborg kan ook aan de orde zijn bij kwetsbare getuigen die niet slachtoffer zijn, zie EHRM 2 mei 2023, 57818/18, par. 87-89 (*Strassenmeyer/Duitsland*) en EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 78-79 (*Erkapić/Kroatië*).

229 Zie recent in de context van mensenhandel, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 58-60 en 67 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

230 Zondermeer zijn de Straatsburgse boodschappen over de invloed van het delict dat aan de orde is (en daarmee ook de wijze waarop abstracte, collectieve belangen in criminaliteitsbestrijding een rol kunnen spelen, zoals het Hof ook vooropstelt in algemene principes bij het getuigenrecht), verwarrend. Het een en ander geldt ook omdat het Hof als algemene regel hanteert dat eerlijk procesrechten niet variëren afhankelijk van de ernst van het delict (zie o.a. EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 73 (*Erkapić/Kroatië*)), en dat zij juist bij de meest ernstige delicten en risico’s van zware straffen het scherpst dienen te worden afgesteld (zie (in de context van rechtsbijstand in het vooronderzoek), EHRM 27 november 2008, 36391/02, par. 54 (*Salduz/Turkije*) en (in de context van getuigen), EHRM 9 juli 2024, 2577/19, par. 29 (*Baygeldi/Turkije*). Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 176-201 kritisch over helderheid van rechtspraak van het Hof waar het gaat over de weging van publieke (en, in mindere mate, individuele) belangen die conflicteren met de rechten van de verdachte, mede in het kader van proportionaliteitstoetsing.

231 Zie EHRM 8 september 2022, 31553/19 en 29809/20, par. 7-9 (*Palyanov en Kazantseva/Oekraïne*), waarin het voor het Hof niet uitmaakte aan welk schema werd getoetst. Zie uitgebreid over het verschil tussen de twee typen getuigen in de rechtspraak van het EHRM (en de Hoge Raad), waaronder ook moeilijke gevallen (waarin getuigen belastend en ontlastend kunnen verklaren), gevallen waarin het Hof met vermenging of combinaties van stappen in de twee schema’s toetst alsmede over verschillende typen getuigen in verband met het onderscheid belastend en ontlastend, De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 1-17. Zie ook de dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque bij Murtazaliyeva, par. 6-12.

goede reden eis, de SDE-regel, en de eis van compenserende waarborgen die bij de belastende worden gesteld kunnen allen ook werkzaam zijn binnen de motiveringsplichten voor de rechter en de algehele eerlijkheidstoets bij de ontlastende. De verdedigingsadstructieplichten pakken voor de verdediging daarentegen vooral niet strikt uit,<sup>232</sup> terwijl de rechter in alle gevallen ook zelfstandig verplicht blijft de relevantie van een verklaring te beoordelen.<sup>233</sup> Voor zover het gaat om (objectief, potentieel) *relevante* ontlastende getuigen valt daarmee zeker niet te zeggen dat de aanspraak daarop zwakker is. Dat is ook terecht: in veel gevallen zal ondervraging van een ontlastende getuige belangrijker en effectiever zijn dan die van een belastende. Omdat het onderscheid wel bestaat en het moeilijk kan zijn getuigen op deze wijze in te delen,<sup>234</sup> is nuttig dat recent, in *Škoberne*, een handzame formule is ingevoerd voor moeilijke gevallen. Verzoeker in deze zaak had getuigen wisselend als belastend en ontlastend geduid. Om vast te stellen op welke type zijn klacht ‘in substance’ zag, gebruikte het Hof als criterium de ‘reasons adduced for his request.’ Verzoeker’s *doel* was ontlastend (om vast te stellen dat de medeverdachte getuigen alleen hadden gehandeld) en de getuigen daarmee ook.<sup>235</sup>

Bepaalde getuigen worden ook als vast (zeer) belangrijk opgevat. Het heeft invloed op de algehele eerlijkheid, wanneer een verzoek (aanvankelijk) is gehonoreerd, en/of de aanklager zich daartegen niet heeft verzet (dan wel een verzoek heeft ondersteund), maar nadien wordt verworpen.<sup>236</sup> Voorts is het Hof strikt waar het gaat om getuigen die als ‘principale actor’ betrokken zijn geweest bij het delict,<sup>237</sup> bij ooggetuigen,<sup>238</sup> en ‘identificatie’<sup>239</sup> en ‘alibi’ getuigen, die ‘*prima facie* relevant’ zijn.<sup>240</sup> Voorts kunnen getuigen ook bijzonder belangrijk zijn vanwege de rol die zij kunnen spelen bij bijzondere kwesties omtrent de feiten en, als gezegd, kwalificatie. Zo speelde in *Vasaráb en Paulus* (bij ontlastende getuigen), een doorslaggevende rol dat de getuigen konden verklaren over een ander persoon die ook een motief zou hebben om het slachtoffer te willen doden, omdat (de aanwezigheid van) een motief *een essentieel element*

232 Als ondergrens wordt gesteld dat een verzoek niet ‘vexatious’ is. Zie EHRM 13 januari 2022, 44888/16, par. 50 (*Pertaia/Georgië*).

233 EHRM 13 januari 2022, 44888/16, par. 47-52 (*Pertaia/Georgië*). Zie ook EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 15-19 (*V.P./De Republiek Moldavië*).

234 Ook het Hof kan daar moeite mee hebben, zie EHRM 9 maart 2021, 47050/16, par. 20-26 (*Kravtsov/Rusland*). Zie over de overwegingen om een onderscheid op dit punt in te voeren in de wet (waar niet voor gekozen is, omdat dit niet passend zou zijn in het nationaal stelsel), *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914.

235 EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 98 en 107, (*Škoberne/Slovenië*). De variabiliteit, ook in feiten, blijft echter belangrijk; in deze zaak was het moeilijk te bepalen of gebruik was gemaakt van de verklaringen van de medeverdachten, EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 98 en 107, (*Škoberne/Slovenië*). Zie ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 6 en 10 en 11 over de nuttigheid van een dergelijk doelcriterium.

236 EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par.133 (*Miminoshvili/Rusland*); Zie ook EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 7 (*Keskin/Nederland*), waarin de A-G akkoord was met de getuigenverzoeken.

237 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 102 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*). Zie ook EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 109, (*Škoberne/Slovenië*), waar het Hof oordeelde dat de ondervraging van twee medeverdachten, belangrijk zou zijn geweest omdat zij als enige de juistheid van het door verzoeker gestelde omtrent de gebeurtenissen konden bevestigen of ontkennen.

238 Zie EHRM 12 april 2021, 34313/06, par. 38-39 (*Olga Kudrina/Rusland*).

239 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 55 (*Fikret Karahan/Turkije*) en EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 68 (*Keskin/Nederland*).

240 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 143 (*Murtazaliyeva/Rusland*); EHRM 17 januari 2019, 49284/09, par. 28 (*Bregvadze/Georgie*) en EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 11 en 14-15 (*Yzeiraj/Albanie*). Zie ook EHRM 28 juni 2011, (*Miminoshvili/Rusland* no.2), 20197/03, par. 131.

van de tenlastelegging betrof.<sup>241</sup> In *Keskin* was ook een belangrijke factor dat verzoeker niet enkel betwiste dat hij onjuist geïdentificeerd was door de getuigen, maar dat hij met ondervraging ook wilde aantonen dat hij niet de *feitelijk leidinggever* van de door de rechtspersoon begane strafbare feiten kon zijn (hij stelde daar als stagiaire werkzaam te zijn geweest). Het Hof is er niet zeer duidelijk over, maar verwijst wel naar het gegeven dat feitelijk leiding geven diende te worden bewezen en dat geen van de (zeven) verklaringen afzonderlijk bezien een bewezenverklaring dat verzoeker ‘in *de facto* control’ zou zijn geweest van de door de rechtspersoon begane fraude konden ondersteunen.<sup>242</sup> Getuigen die daarover inzichten kunnen verschaffen kunnen aldus in verband met complexe juridische materiële aansprakelijkheidsvoorwaarden ook zeer belangrijk zijn.

#### 4 Uitleiding

Niet alle eerlijk procesrechten worden door het algehele eerlijkhedenconcept geregeerd, maar veel (steeds meer) wel. Rechter Pinto de Albuquerque ziet daarin een ‘corrosive’ effect en, zelfs waar het Hof, zoals in de context van het recht op rechtsbijstand, in nadere toetsingsfactoren voorziet, ‘a map of the size of the territory: apparently accurate, but in reality useless in terms of providing any guidance’.<sup>243</sup> Nogmaals, de kritiek is terecht: de algehele eerlijkheid, en ook overigens de interpretatieve mechaniek van artikel 6 EVRM, zijn ontegensprekelijk ingewikkeld. Onder andere voor het getuigenrecht heeft dit vergaande implicaties.

In de afwezigheid van een uitdrukkelijke beperkingsclausule bij dit complexe recht<sup>244</sup> is het Hof echter genooddaakt voor een bepaalde methodologie te kiezen,<sup>245</sup> een bruikbaar alternatief is niet snel voorhanden. Het strafproces laat zich nu eenmaal niet enkel via harde *bright lines* regels voeren. Daarbij komt dat de verwachtingen omtrent wat Straatsburg kan bieden aan duidelijkheid ook dienen te worden getemperd. Het Hof heeft enerzijds te maken met politieke en institutionele werkelijkheden, een zware *case load*<sup>246</sup> en opereert in een landschap van grote strafvorderlijke heterogeniteit.<sup>247</sup> Dat laatste roept het Hof ook uitdrukkelijk in als beweegreden voor het algehele eerlijkhedenconcept, in de zin dat de ‘nadruk’ op algehele eerlijkheid aansluit bij de rol van het Hof, dat onder niet is om de verschillende systemen te ‘harmoniseren’.<sup>248</sup> Het EHRM handelt aldus ook uit noodzaak in diffuusheid en flexibiliteit en, daarmee samenhangend, in minima.

241 EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 58 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*).

242 EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 64 (*Keskin/Nederland*).

243 *Dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 71 en 53, met zijn verwijzing daarbij naar de factoren die de Grote Kamer heeft ingevoerd in die context van het recht op rechtsbijstand in EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, par. 274 (*Ibrahim e.a./Het Verenigd Koninkrijk*).

244 Dat geldt buiten bij het recht op een openbare zitting in het eerste lid. Zie over de complexiteit van artikel 6 EVRM in het licht van hoe beperkingen van daarin vervatte rechten dienen te worden beoordeeld, alsmede de verschillende door hem gesignaleerde benaderingen die het Hof in dat verband benut, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 115-204.

245 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 115.

246 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 3-4 en 35-36.

247 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 432; Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 24 en De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 5.

248 EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 56 (*Chernika/Oekraïne*).

Omdat het nu eenmaal verplicht is de eigen kaders ook zelf toe te passen, is ook enig begrip aan de orde waar het Hof, als internationaal mensenrechtengerecht, niet steeds tot consistente (of juiste), uitkomsten komt, steeds aan de zijde van de sterkst mogelijke bescherming. Bij kennisneming van de rechtspraak dient de focus dan ook niet te liggen op uitkomsten in individuele gevallen, maar bij de algemene patronen en regels die geleidelijk in de casuïstische rechtspraak worden gevormd. De nationale strafrechter (maar ook wetgever, openbaar ministerie en verdediging), zijn daarentegen wel in staat om te concretiseren, toegespitst op het eigen systeem, aan de hand van de handvatten die het Hof wel biedt. Die zijn ook vooral te vinden wanneer de rechtspraak niet enkel gelezen, maar ook gedecodeerd wordt. Het Hof zendt soms inderdaad uit in 'subtile hints',<sup>249</sup> de werking van interpretatieve regels en variabelen is echter vaak ook helder.

Het belang van het absolute recht op eerlijkheid brengt met zich mee dat actoren op nationaal niveau eigen *goodwill* dienen te kweken en blijven handhaven, om het getuigenrecht en de algehele eerlijkheid zo royaal mogelijk te laten verwezenlijken, in plaats van legitimerende ruimte voor beperkingen te zoeken. Uitgangspunt dient steeds te zijn dat de Straatsburgse getuigenrecht-spraak ziet op *minima*. Dat gaat verder dan een banale vaststelling: het brengt met zich mee dat het getuigenregime ziet op ondergrenzen, zodat vooral weinig marge is voor afwijkingen. Ook al stelt het Hof verschillen tussen nationale systemen en procedures in acht te nemen,<sup>250</sup> dat leidt niet aantoonbaar tot ruimte voor deviatie. De gestrande poging van de Britse overheid verlof te krijgen voor afwijking op basis van eigenaardigheden van het nationaal stelsel in *Al Khawaja en Tahery* blijft illustratief. De Grote Kamer wenkte wel, maar gaf niet toe: 'ultimately' dient het Hof 'the same standard of review under Article 6 §§ 1 and 3 sub (d)' toe te passen, 'irrespective of the legal system from which a case emanates'.<sup>251</sup>

Voor afwijking is weinig ruimte bij het getuigenrecht, dat onderstreept het belang ervan. Voor zover lidstaten ernaar streven het Hof ervan te overtuigen akkoord te gaan met eigen benaderingen (zoals wel systematisch buiten de zitting horen), dienen daarvoor sterke gronden aan te worden gedragen die tonen dat er wel sprake is van functioneel equivalente bescherming. Ook dient bij het Hof dan aangetoond te kunnen worden dat reeds op nationaal niveau zorgvuldige besluitvorming heeft plaatsgevonden – door de rechter en/of de (moderniserings)wetgever – ter zake.<sup>252</sup> Het Hof heeft niet de mogelijkheid integraal zicht te houden op de wijze waarop de Straatsburgse rechtspraak uitgevoerd wordt op het nationaal niveau, vooral niet om diepe inzichten te vormen of in bepaalde systemen een te zwakke benadering de overhand heeft gekregen. Als gezegd, een gedegen onderbouwde klacht, gericht op algemene systeemproblematiek in Nederland, zou vergaande implicaties kunnen hebben. Alle aanleiding is er bij de modernisering te reflecteren op het getuigenrecht, zo ook andere vergelijkbare verdedigingsrechten, maar ook breder, op de betekenis en het belang van algehele eerlijkheid.

249 Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 2-3.

250 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 130 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

251 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 130 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

252 De meerwaarde daarvan is gelegen in de bereidwilligheid van het EHRM (meer) ruimte te laten voor nationale keuzes wanneer deze gegrond zijn in dergelijke zorgvuldige besluitvorming. Zie in dat verband J. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology', In: J. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Human Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160. Zie in dit verband ook Timmerman 2023 (*supra* noot 260, p. 854-855 en 857).