

Annotatie NJ 2014, 441

HR 1 juli 2014, nr. 13/00445, HR 1 juli 2014, nr. 13/05142, HR 1 juli 2014, nr. 13/00717, HR 1 juli 2014, nr. 13/00692, HR 1 juli 2014, nr. 13/00993, HR 1 juli 2014, nr. 13/01078, HR 8 juli 2014, nr. 13/00807, HR 8 juli 2014, nr. 13/01429, HR 16 september 2014, nr. 13/03274 en HR 30 september 2014, nr. 13/02526

M.J. Borgers

Een overzichtsarrest; of méér dan dat?

1. In het hierboven afgedrukte overzichtsarrest – NJ 2014/441 – zet de Hoge Raad uitvoerig, grondig en gedetailleerd uiteen hoe dient te worden omgegaan met door de verdediging gedane verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen ter terechtzitting. Het is niet gewaagd te veronderstellen dat ten gevolge van de invoering van het selectiestelsel op grond van artikel 80a RO de Hoge Raad thans wat meer ruimte dan voorheen heeft om richting te geven aan de rechtsontwikkeling en dat dit overzichtsarrest één van de vruchten daarvan is (zie over andere vruchten Corstens & Kuiper, in: *Ad hunc modum (bundel Machielse)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 47-58). De bijdrage die de Hoge Raad hier levert aan de rechtsontwikkeling, houdt allereerst verband met het verschaffen van overzicht en houvast, nu de wettelijke regeling ter zake van het oproepen en horen van getuigen – zo merkt de Hoge Raad met gevoel voor understatement op – ‘enige ingewikkeldheid niet kan worden ontzegd’. Hetgeen overigens – onvermijdelijk – ook geldt voor de rechtspraak over hetzelfde onderwerp. Maar het gaat de Hoge Raad om méér dan het verschaffen van overzicht en houvast. Want de Hoge Raad kondigt in rov. 2.2 aan dat waar nodig de jurisprudentiële uitleg van de wettelijke regeling zal worden herijkt, hetgeen betekent dat de Hoge Raad op onderdelen zijn eigen koers verlegt. De Hoge Raad geeft niet systematisch aan wat nu precies de koerswijzigingen zijn. Uit rov. 2.2 wordt wel duidelijk dat de toetsing in cassatie voorwerp is van herijking, terwijl de Hoge Raad ook in sommige andere overwegingen – zie bijvoorbeeld rov. 2.20 – laat doorklinken iets nieuws te doen. Daarbuiten valt het toch op dat – anders dan in sommige andere overzichtsarresten waarin vrij uitvoerig naar eerdere rechtspraak wordt verwezen (zie bijvoorbeeld HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2823, NJ 2010/654 m.nt. P.A.M. Mevis) – er maar weinig aandacht wordt besteed aan overeenkomsten en verschillen met eerdere rechtspraak. Voor annotatoren en andere auteurs levert zo iets interessante arbeid op, maar juist vanuit het oogpunt van richting geven had het wellicht meer voor de hand gelegen dat de Hoge Raad zelf duidelijker zou hebben aangegeven op welke punten het roer is omgegaan.

2. Het is overigens niet alleen interessant om te bezien welke verschillen ten opzichte van eerdere rechtspraak kunnen worden ontwaard in dit overzichtsarrest, maar ook om stil te staan bij de vraag of het geheel wellicht meer oplevert dan de som der delen. Anders gezegd: maakt het geheel aan overwegingen van de Hoge Raad, ook voor zover het hierboven afgedrukte arrest geen innovaties bevat, wellicht iets zichtbaar dat niet zo snel of goed wordt gezien bij kennisneming van de eerdere, meer gefragmenteerde jurisprudentie? Het is vanuit deze invalshoek dat het overzichtsarrest – in samenhang met een reeks van arresten waarin de Hoge Raad op dit arrest voortbouwt – in het navolgende wordt besproken. Om een integrale bespreking van het arrest gaat het niet. Het gaat ‘slechts’ om die onderdelen

die innovaties (lijken te) bevatten, dan wel pregnanter dan voorheen bepaalde lijnen in de rechtspraak zichtbaar maken. Twee – nauw onderling verbonden – thema's vragen daarbij in het bijzonder aandacht: de eisen die de Hoge Raad stelt aan de activiteiten van de verdediging alsmede de wijze van toetsing in cassatie. Daarnaast zijn er nog enkele meer specifieke onderdelen van de regeling van het oproepen en horen van getuigen die bespreking behoeven.

Verdedigingsactiviteit

3. Wie het overzichtsarrest op zich laat inwerken, kan aan één conclusie in elk geval niet ontkomen: de lat voor de verdediging wordt hoog gelegd door de Hoge Raad. De vraag of dat een goede zaak is, laat ik in het navolgende rusten, om daar pas aan het slot van deze noot op terug te komen. Het is nuttig om eerst de hoogte van de lat te beschouwen. In het oog springen dan vooral rov. 2.20 alsmede de daarop voortbouwende rov. 2.27, 2.46, 2.54 en 2.64. Het gaat daarin om de situatie dat een opgeroepen getuige niet ter terechtzitting verschijnt. De wet vereist dan dat de rechter overgaat tot hernieuwde oproeping (artikel 287 lid 3, sub b, Sv). Daarvan kan worden afgezien met uitdrukkelijke instemming van de officier van justitie en de verdachte (artikel 288 lid 3 Sv). Indien die instemming niet wordt gegeven, kan de rechtbank alleen afzien van oproeping – waaronder blijkens HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1701 ook hernieuwde oproeping mag worden begrepen – op de gronden zoals vermeld in artikel 288 lid 1 Sv, dat wil zeggen – kort gezegd – vanwege het ontbreken van verdedigingsbelang, het bestaan van zwaarwegende belangen aan de zijde van de getuige of de zinloosheid van een nieuwe oproeping. Duidelijk is echter dat de wet *niet* verlangt dat de verdachte het verzoek doet dat de wel opgeroepen, maar niet verschenen getuige opnieuw wordt opgeroepen. En dat is precies wat de Hoge Raad *wel* verlangt in rov. 2.20. De rechter kan hernieuwde oproeping achterwege laten met als argument dat uit het uitblijven van een gemotiveerd verzoek mag worden afgeleid dat de verdediging geen prijs stelt op hernieuwde oproeping. Onduidelijk blijft daarbij overigens tot welk moment de verdediging zo'n verzoek nog zou mogen doen (zonder de toetsing aan het criterium van het verdedigingsbelang te verspelen). Dient zo'n verzoek aanstonds te geschieden na de vaststelling van de voorzitter dat een opgeroepen getuige niet is verschenen?

De Hoge Raad komt er onomwonden voor uit dat hier een eis aan de verdediging wordt gesteld die niet op de wet kan worden teruggevoerd en die – zo voeg ik eraan toe – ook niet duidelijk kan worden herkend in eerdere rechtspraak. Het is onduidelijk wat de Hoge Raad tot deze manoeuvre heeft bewogen. De Hoge Raad neemt weliswaar in aanmerking dat hernieuwde oproeping achterwege mag blijven indien verdedigingsbelang ontbreekt (vgl. artikel 288 lid 1 Sv), maar dat verklaart nog niet waarom de verdediging zelf in actie moet komen om hernieuwde oproeping te bewerkstelligen. Kennelijk wil de Hoge Raad dat de verdediging nog eens duidelijk maakt dat belang wordt gehecht aan het horen van de getuige. Maar het gaat in rov. 2.20 en de daarop voortbouwende overwegingen telkens om de situatie dat – doorgaans naar aanleiding van een verzoek van de verdediging – reeds de beslissing tot oproeping is genomen en dus het belang van de verdediging tot het horen door de officier van justitie of de rechter is erkend, dan wel de noodzaak daartoe door de rechter is vastgesteld. Wat is er dan op tegen dat de voorzitter ter terechtzitting de vraag stelt en ook moet stellen of de verdediging vasthoudt aan de getuige en eventueel ook – voorzichtig – de vraag op tafel legt wat eigenlijk (nog) het verdedigingsbelang bij het horen van die getuige is? Om het vermijden van complicaties ten gevolge van het niet verschijnen van de verdachte en diens raadsman kan het in elk geval niet gaan, nu artikel 331 lid 2 Sv daar-

voor een voorziening biedt (vgl. ook HR 2 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5154, *NJ* 2012/576). Kortom, niet duidelijk is waarom, maar wel dat de Hoge Raad hier – zonder wettelijke grondslag, en sterker nog: *contra legem* – een actieve houding van de verdediging vereist.

4. Minder spectaculair, maar toch vermeldenswaardig is de soepelheid waarmee in rov. 2.11 met de wet wordt omgegaan. Daarin gaat het om het geval waarin de verdachte zelf getuigen meeneemt naar de zitting. De Hoge Raad stelt de eis dat de verdediging bij de (hernieuwde) aanvang van de behandeling van de zaak mededeelt dat er getuigen zijn meegebracht. Strikt genomen lijkt de Hoge Raad hiermee af te wijken van artikel 287 lid 1 Sv, dat voorschrijft dat *de voorzitter* vaststelt welke personen als getuige ter terechtzitting zijn verschenen. In de wijze van vaststelling laat de wet de voorzitter vrij, maar gedacht kan uiteraard worden aan het stellen van de vraag aan de verdachte of diens raadsman of er getuigen zijn meegebracht. De Hoge Raad lijkt de bal echter geheel bij de verdediging te willen leggen: die moet uit zichzelf melden dat er getuigen zijn meegebracht. De taak van de voorzitter in deze blijft onvermeld. Nu geef ik onmiddellijk toe dat het stellen van de eis dat de verdediging zelf meldt dat er getuigen zijn meegebracht, niet onredelijk overkomt. Maar toch, het is dan wel primair de redelijkheid en niet zozeer de wet die leidend is. In eerdere rechtspraak laat zich voor deze benadering ook geen precedent aanwijzen (in HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5303, *NJ* 2013/54 wordt het niet noemen van de meegebrachte getuigen wel genoemd, maar dan in samenhang met de vaststelling van de voorzitter op grond van artikel 287 lid 1 Sv).

5. Ook langs andere lijnen klinkt duidelijk door dat van de verdediging een actieve en alerte houding wordt verwacht. Ik stip een paar punten aan. Met betrekking tot het criterium van het verdedigingsbelang benadrukt de Hoge Raad de terughoudendheid die het openbaar ministerie en de rechter dienen te betrachten bij de afwijzing van verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen. Tegelijkertijd onderstreept de Hoge Raad de plicht voor de verdediging om die verzoeken te motiveren. Ten aanzien van iedere opgegeven getuige zal – meer dan summier – moeten worden toegelicht waarom het horen relevant is voor de beantwoording van de vragen van artikel 348 en 350 Sv. Wanneer het horen van de getuige van belang is in verband met een beroep op artikel 359a Sv, zal de toelichting tevens duidelijk moeten maken tot welk rechtsgevolg het gestelde vormverzuim kan en moet leiden. De Hoge Raad volgt hier op zich geen nieuwe lijn (vgl. bijvoorbeeld HR 10 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL8446, *NJ* 2004/452 m.nt. G. Knigge). Maar de nadruk die de Hoge Raad thans legt op de motiveringsplicht van de verdediging, maakt wel duidelijk dat de terughoudendheid die dient te worden betracht bij de afwijzing van verzoeken, pas aan de orde is als de motivering van het verzoek aan de maat is. De toon lijkt daarmee toch net iets anders te zijn geworden. Zie ter vergelijking bijvoorbeeld HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2518, *NJ* 2012/64, waarin de Hoge Raad welwillend duidt hoe de motivering van het verzoek tot het horen van getuigen moet worden opgevat.

6. Gewezen kan ook worden op rov. 2.35, waarin de Hoge Raad aangeeft dat de rechter gedurende de strafzaak – dat wil zeggen: wanneer de zaak meerdere terechtzittingen kent – ambtshalve fouten ter zake van beslissingen omtrent het oproepen en horen van getuigen kan herstellen (zie ook HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2056 en HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:653, *NJ* 2014/409 m.nt. J.M. Reijntjes). Daaruit lijkt echter niet te mogen worden afgeleid dat de verdediging zich er nadien op

zou kunnen beroepen dat geen ambtshalve herstel heeft plaatsgevonden. In rov. 2.75 – waarin het gaat om het expliciteren van het belang bij klachten die in cassatie worden aangevoerd – komt naar voren dat indien de zaak meerdere terechtzittingen kent, het op de weg van de verdediging ligt om te klagen over verzuimen die op een eerdere terechtzitting zouden zijn begaan. Anders gezegd: de verdediging kan de rechter uitnodigen om tot ambtshalve herstel over te gaan. Doet de verdediging dat niet (en komt de verdediging ook niet met een nieuw verzoek), dan kan dat consequenties hebben voor de cassatieprocedure. Dat wordt geïllustreerd door het arrest *NJ* 2014/450. De Hoge Raad acht aannemelijk dat het gerechtshof in deze zaak heeft beslist dat een bepaalde persoon als getuige moet worden gehoord, maar dat vervolgens abusievelijk de oproeping achterwege is gebleven. Echter, in het gegeven dat de verdediging op een latere terechtzitting niet heeft geattendeerd op dit verzuim en ook geen nieuw verzoek tot oproeping heeft gedaan, zonder dat de redenen daarvoor zijn toegelicht, wordt aanleiding gevonden om het desbetreffende cassatiemiddel te verwerpen. Deze benadering lijkt in relatie tot het oproepen en horen van getuigen nieuw te zijn, al zou HR 18 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3553, *NJ* 2008/452 m.nt. J.M. Reijntjes als een opmaat kunnen worden gezien (vgl. voorts de vergelijkbare beslissingen ten aanzien van andere rechterlijke omissies die A-G Bleichrodt in (voetnoot 6 van) zijn conclusie voor het arrest *NJ* 2014/450 noemt).

7. In rov. 2.41 zet de Hoge Raad de puntjes op de *i* waar het gaat om het opgeven van getuigen door middel van de appelschriftuur. Allereerst geldt, zo overweegt de Hoge Raad, dat een niet tijdig ingediende appelschriftuur niet kan worden aangemerkt als een schriftuur houdende de opgave van getuigen in de zin van artikel 410 lid 3 Sv. De consequentie daarvan kan zijn – kort samengevat – dat de verdediging een beoordeling aan de hand van het criterium van het verdedigingsbelang verspeelt. Daarnaast geldt dat de verdediging in de schriftuur niet moet komen aanzetten met een opgave van alle personen van wie de verklaring wordt gebezigd in de nog uit te werken bewijsconstructie. Op een aldus gedane opgave behoeft geen acht te worden geslagen, terwijl die opgave evenmin kan worden aangemerkt als een opgave van getuigen bij de advocaat-generaal op de voet van artikel 414 lid 2 Sv. Dat laatste zal ook gelden, zo neem ik aan, in relatie tot een opgave in een niet tijdig ingediende appelschriftuur (vgl. rov. 2.42). Voor alle duidelijkheid: als de verdediging klem komt te zitten doordat de bewijsconstructie nog niet is uitgewerkt, past de Hoge Raad daar op zich wel een mouw aan. Alsdan geldt – zie rov. 2.59 – dat een toetsing aan het criterium van het noodzakelijkheids criterium niet wezenlijk mag verschillen van wat met de toepassing van het criterium van de verdedigingsbelang zou worden bereikt. Wat rov. 2.41 hier duidelijk maakt – en dat lijkt ten opzichte van eerdere rechtspraak een toevoeging te zijn – is dat de verdediging in zo'n situatie wel de formele route moet volgen. Wanneer in de appelschriftuur alleen in heel algemene bewoordingen kenbaar kan worden gemaakt wie (wellicht) als getuigen zouden moeten worden opgeroepen en gehoord, moet de verdachte daarna opnieuw en concreter dat verzoek doen door middel van opgave bij de advocaat-generaal dan wel het doen van een verzoek aan de zittingsrechter. Het is dus de verdediging die – al dan niet herhaaldelijk – in actie moet komen, ook wanneer de verdediging aanvankelijk wordt belemmerd om de weg te bewandelen waar de wet eigenlijk toe aanzet (te weten: het reeds in een vroegtijdig stadium, want in de appelschriftuur, doorkomen met getuigenverzoeken).

8. Een laatste punt dat hier van belang is, betreft hetgeen de Hoge Raad in rov. 2.76 naar voren brengt omtrent het procesverloop. Van belang voor de beoordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing van de feitenrechter is (onder andere) het stadium waarin het verzoek tot het oproepen en horen van getuigen is gedaan. Aldus maakt de Hoge Raad duidelijk dat de omstandigheid dat 'het verzoek eerder had kunnen en redelijkerwijs ook had moeten worden gedaan' kan bijdragen aan de begrijpelijkheid van de afwijzende beslissing. Dat wekt uiteraard geen verbazing: op verzoeken die zonder goede reden te elfder ure worden gedaan, zit niemand te wachten. Komt de verdachte op een laat moment met een verzoek, dan mag worden verwacht dat hij uitleg verschaft. Tegelijkertijd geldt dat de wet voor de beoordeling van dergelijke verzoeken maar één criterium kent: het noodzakelijkheids criterium. Over de tijdigheid zegt de wet in dit verband niets. Natuurlijk kan men zeggen – dat lijkt ook gemeengoed te zijn – dat de vraag of het horen noodzakelijk is, mede wordt bepaald aan de hand van gezichtspunten zoals de voortgang (dan wel de vertraging) van het proces. Wat vooral opvalt aan rov. 2.76 is het zelfstandige gewicht dat aan het niet voortvarend doen van het verzoek tot het oproepen en horen van getuigen wordt toegekend. Men zou welhaast geneigd zijn hierin een vorm van rechtsverwerking te ontwaren: wanneer een verzoek niet wordt gedaan zodra dat mogelijk is, kan reeds daarin een argument worden gevonden voor afwijzing van dat verzoek. Nu is niet gezegd dat de soep zo heet wordt gegeten. In het licht van artikel 6 EVRM zou het afwijzen van een eerst in de loop van de strafprocedure gedaan verzoek tot het horen van een getuige enkel op grond van het procesverloop, ook bepaald problematisch kunnen zijn wanneer het gaat om een getuige van wie de verklaring van beslissende betekenis is – of beter gezegd: zal blijken te zijn – voor de bewezenverklaring. Uit NJ 2014/443, 447, 448 en 449 blijkt wel dat de Hoge Raad expliciet refereert aan het procesverloop als één van de omstandigheden die de beslissing tot het afwijzen van het getuigenverzoek kunnen dragen.

Toetsing in cassatie

9. Het meest opvallende onderdeel van het overzichtsarrest betreft de uiteenzetting in rov. 2.73-2.77 over de beoordeling in cassatie van klachten omtrent beslissingen ter zake van het oproepen en horen van getuigen. Dat deze uiteenzetting eruit springt, komt vooral doordat de Hoge Raad laat blijken te willen breken met zijn eerdere benadering om in beginsel reeds tot cassatie over te gaan wanneer de feitenrechter een afwijzende beslissing heeft genomen op grond van de verkeerde maatstaf. Centraal staat thans de begrijpelijkheid van de beslissing van de feitenrechter. Wanneer diens beslissing in het licht van al hetgeen aan de orde is in een zaak, begrijpelijk is, is er geen reden voor de Hoge Raad om in te grijpen, ook niet indien er op zichzelf gebreken ten aanzien van de beslissing kunnen worden aangevoerd. De Hoge Raad werkt dit langs twee lijnen uit, allereerst door in rov. 2.75 toe te lichten welke rol artikel 80a RO hier speelt en vervolgens door in rov. 2.76 de begrijpelijkheidstoets nader handen en voeten te geven.

10. Met een verwijzing naar artikel 80a RO stelt de Hoge Raad voorop dat van de verdediging wordt verwacht dat helder wordt toegelicht wat het belang is bij de klacht omtrent de beslissing ter zake van het oproepen en horen van getuigen. Dat zo'n toelichting moet worden gegeven wanneer de klacht ziet op de toepassing van het verkeerde criterium (noodzakelijkheid in plaats van verdedigingsbelang), is begrijpelijk. De – onderbouwde – stelling van de verdediging zal moeten zijn dat de beslissing anders zou zijn uitgevallen wanneer het juiste criterium was toegepast, anders dient een cassatieberoep geen rede-

lijk doel. Aarzeling kan men hebben bij het betrekken van de omstandigheid dat, indien een zaak op meerdere terechtzittingen is behandeld, de verdediging niet toelicht waarom op een later gehouden terechtzitting niet is geklaagd over een eerder begaan verzuim met betrekking tot een verzoek tot het oproepen en horen van getuigen. Mede gelet op rov. 2.2.2-2.2.3 in HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241 ziet artikel 80a RO op de situatie waarin er klaarblijkelijk onvoldoende belang bestaat bij cassatieberoep omdat niet valt te verwachten dat, na gegrondbevinding van de klacht en terug- of verwijzing, een andere uitkomst zal worden bereikt. Die situatie lijkt mij hier niet (zonder meer) aan de orde. De reden voor toepassing van artikel 80a RO lijkt veeleer in de sfeer van rechtsverwerking te liggen: doordat het verzuim eerder aan de orde had kunnen worden gesteld en daarmee de kans op spoedig herstel van het verzuim is verspeeld, mag in beginsel over dat verzuim later niet worden geklaagd. Dat ligt anders wanneer de verdachte in cassatie (duidelijk) toelicht waarom hij niet eerder is opgekomen tegen het verzuim van de rechter in hoger beroep.

Ten aanzien van de toetsing van de begrijpelijkheid van de beslissing duidt de Hoge Raad in rov. 2.76 twee relevante factoren aan. Allereerst gaat het om de verhouding tussen enerzijds de motivering die aan het verzoek ten grondslag is gelegd en anderzijds de gronden waarop dat verzoek is afgewezen. Dat lijkt zo te mogen worden gelezen dat naar mate de onderbouwing van het verzoek steviger is, de rechterlijke respons ook meer moet omvatten, wil diens beslissing nog begrijpelijk zijn (zie ook *NJ* 2014/449 waarin de Hoge Raad een streep haalt door een vrijwel ongemotiveerde afwijzing). Daarnaast wijst de Hoge Raad op het procesverloop. Daarover heb ik hiervoor, onder 8, reeds één en ander opgemerkt. In relatie tot het procesverloop noemt de Hoge Raad ook de omstandigheid dat – kort gezegd – een bij appelschriftuur opgegeven getuige reeds voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep is gehoord door de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris. Die omstandigheid lijkt mij niet alleen van belang voor de toetsing van de begrijpelijkheid van de beslissing, maar (juist) ook voor de beoordeling van het belang bij het cassatieberoep, zodat hier ook zou kunnen worden gedacht aan toepassing van artikel 80a RO (vgl. ook het arrest *NJ* 2014/450).

Meer in het algemeen kan erop worden gewezen dat de Hoge Raad in rov. 2.73-2.77 geen scherpe grens trekt tussen enerzijds de toepassing van artikel 80a RO en anderzijds de inhoudelijke toetsing van (de begrijpelijkheid van) het oordeel van de feitenrechter. Dat komt ook naar voren in rov. 2.77 waarin de Hoge Raad juist artikel 80a RO aangrijpt als argument om – meer dan voorheen – de toetsing van de begrijpelijkheid van dat oordeel centraal te stellen. De Hoge Raad trekt de aan artikel 80a RO verbonden gedachte dat vernietiging en terug- of verwijzing niet zinvol is indien geen andere uitkomst van de zaak valt te verwachten, door naar de inhoudelijke toets. De Hoge Raad lijkt zo in zekere zin onderscheid te willen maken tussen schoonheidsfouten en fundamentele fouten. Een beslissing is pas onbegrijpelijk wanneer deze op een fundamentele fout berust, en niet op een schoonheidsfout. Het aanhalen van het verkeerde criterium is geen fundamentele fout, mits blijkt dat de rechter de in het geding zijnde belangen op correcte wijze in zijn beslissing heeft betrokken en afgewogen.

12. Door het accent sterk op de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter te leggen, verschaft de Hoge Raad zichzelf ruimte om – ook los van factoren als het procesverloop en de alertheid van de verdediging – naar meer factoren te kijken dan de argumenten die ten grondslag zijn gelegd aan een verzoek en de gronden die de rechter daar tegenover stelt. Illustratief is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *NJ* 2014/442. Daarin is een (voorwaardelijk) verzoek tot het oproepen en horen van een

getuige aan de orde met het oog op het onderbouwen van het door de verdachte gestelde scenario ter zake van de herkomst van bepaalde gelden. De Hoge Raad acht het oordeel van het gerechtshof dat de noodzakelijkheid niet is gebleken, niet onbegrijpelijk nu het gerechtshof heeft uiteengezet waarom het geen geloof hecht aan de verklaringen van de verdachte en – naar ik begrijp – de medeverdachte alsmede het daarin geschetste scenario. Op de keper beschouwd refereert de Hoge Raad daarmee niet zozeer aan de gronden die het gerechtshof aan de afwijzing van het verzoek ten grondslag heeft gelegd (kort gezegd: het niet/te laat verstrekken van identificerende gegevens), maar gaat het veeleer om de bewijsoverweging van het gerechtshof waarin ten aanzien van het gestelde alternatieve scenario allerlei inconsistenties en onwaarschijnlijkheden worden aangewezen. Hieraan zouden twee conclusies kunnen worden verbonden. Allereerst lijkt te gelden dat voor de toetsing in cassatie niet alleen wordt gekeken naar de gronden die de rechter in relatie tot het afwijzen van het getuigenverzoek heeft aangevoerd. Er wordt getoetst of die afwijzing begrijpelijk is in het licht van al hetgeen door de rechter aan feiten en omstandigheden is vastgesteld. Iets vergelijkbaars is ook zichtbaar in het arrest *NJ 2014/446*. Nu ligt het bij voorwaardelijke getuigenverzoeken – daarvan was in deze zaken sprake – eigenlijk ook wel voor de hand dat naar de bewijsoverwegingen wordt gekeken, maar het lijkt mij geenszins uitgesloten dat die overwegingen in cassatie ook een rol (kunnen) spelen wanneer het gaat om de beoordeling van onvoorwaardelijke verzoeken, waarop door de rechter moeten worden beslist alvorens aan de bewijsvraag toe te komen.

Een tweede conclusie die misschien zou mogen worden getrokken (en die op zich ook past bij de gedachte van ‘communicerende vaten’ in rov. 2.76), is dat hetgeen door de verdediging naar voren wordt gebracht ter zake van een getuigenverzoek dat gericht is op het onderbouwen van een alternatief scenario, op zichzelf reeds een zekere aannemelijkheid moet hebben, alvorens zo’n verzoek voor toewijzing in aanmerking komt. Ook het arrest *NJ 2014/444* geeft steun aan die gedachte. In die zaak wijst het gerechtshof het getuigenverzoek af omdat ‘geen begin van aannemelijkheid bestaat’ voor de stelling dat sprake zou zijn van legale inkomsten. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand, daarbij verwijzend naar de – kennelijk te magere – motivering van het verzoek alsmede hetgeen het gerechtshof – tamelijk uitvoerig – heeft vastgesteld omtrent de onaannemelijkheid van de door de verdediging gepresenteerde stelling omtrent de herkomst van de gelden.

Zie ik het goed, dan is – gelet op deze mogelijke tweede gevolgtrekking – thans een ontwikkeling in de rechtspraak waarneembaar die reeds zichtbaar was in de jurisprudentie met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen in ontnemingsprocedures (zie daaromtrent, met nadere verwijzingen, *Borgers, Trema Straftoematingsbulletin 2007*, p. 25-33). De kritische kanttekeningen die bij deze laatste jurisprudentie kunnen worden geplaatst, zijn daarmee ook relevant in relatie tot de hier besproken rechtspraak omtrent het oproepen en horen van getuigen in ‘gewone’ strafzaken. In de kern luidt die kritiek dat de rechter zich aldus reeds een zeker oordeel aanmeet omtrent de gegrondheid van een verweer van de verdachte, terwijl de verdachte juist met het verzoek beoogt dat verweer te onderbouwen. De verdedigingsmogelijkheden kunnen zo in het gedrang komen. Dat betekent niet dat ieder verzoek moet worden toegewezen. De rechter is bevoegd tot de beoordeling van de relevantie van het horen van de opgegeven getuigen. Aannemelijk moet zijn dat het horen *kan* bijdragen aan het onderbouwen van het verweer. Deze toetsing van de relevantie valt echter niet samen met het een (voorlopige en summiere) beoordeling van het verweer zelf.

Volledigheidshalve moet erop worden gewezen dat de genoemde rechtspraak in ontnemingszaken betrekking heeft op de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang, terwijl in *NJ* 2014/442 en 444 het noodzakelijkheids criterium aan de orde is. Men kan betogen dat het op zich bij dat laatste criterium past om van de verdediging te verlangen dat een begin van aannemelijkheid wordt verschaft van het verweer in verband waarmee het getuigenverzoek wordt gedaan. Toch geldt ook dan dat voorzichtigheid is geboden, juist wanneer zonder het horen van getuigen ook niet dat begin van aannemelijkheid kan worden verschaft. Het ligt in zo'n situatie uiteraard wel op de weg van de verdediging – en misschien is dat hetgeen moet worden afgeleid uit de beslissingen in *NJ* 2014/442 en 444 – om toe te lichten waarom niet (mede) op andere wijze de voor de verdachte ontlastende en/of gunstige omstandigheden kunnen worden onderbouwd.

Verdedigingsbelang en noodzakelijkheids criterium

13. De Hoge Raad gaat in rov. 2.4-2.9 tamelijk uitvoerig in op de invulling van het criterium van het verdedigingsbelang respectievelijk het noodzakelijkheids criterium. De Hoge Raad trekt die criteria uit elkaar, in die zin dat een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de maatstaven die bij de invulling van beide criteria moeten worden aangelegd. In de slotopmerking, opgenomen in rov. 2.78, brengt de Hoge Raad evenwel naar voren dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij 'het bestaansrecht van twee verschillende maatstaven voor de beoordeling van verzoeken om getuigen op te roepen respectievelijk te horen'. De Hoge Raad toont zich aldus trouw aan het wettelijk systeem, maar is tegelijkertijd kritisch omtrent dat systeem. Dat levert een interessante spanning op, die reeds in eerdere rechtspraak aanwezig was, maar in dit overzichtsarrest culmineert in een omfloerst, maar tegelijkertijd zeer duidelijk pleidooi voor een stevige modernisering van de wettelijke regeling.

Men zou kunnen zeggen dat de Hoge Raad juist door de uitvoerigheid van het overzichtsarrest – met alle nuancerings en nadere uitwerkingen van en correcties op de wettelijke voorschriften – het failliet van de huidige wettelijke regeling laat zien. De tamelijk onderkoelde slotopmerking dat er vraagtekens rijzen ten aanzien van die regeling, maar dat de beoordeling van het bestaansrecht daarvan aan de wetgever is, laat weinig misverstand bestaan over de wijze waarop naar het oordeel van de Hoge Raad die vraag zou moeten worden beantwoord. En eigenlijk lijkt de wetgever ook geen keuze meer te hebben. Want in feite heeft de Hoge Raad – ik maak daarover aanstonds enkele opmerkingen – het criterium van het verdedigingsbelang respectievelijk het noodzakelijkheids criterium reeds zodanig uitgewerkt dat in de toepassing eigenlijk weinig verschil meer valt aan te wijzen. De activiteiten in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering duiden er – gelukkig – op dat gedachten worden gevormd over een nieuwe wettelijke regeling.

14. Over het criterium van het verdedigingsbelang is hierboven, onder 5, reeds het één en ander gezegd. Aan de orde is gekomen dat de terughoudendheid die dient te worden betracht bij de afwijzing van verzoeken, pas aan de orde is als de motivering van het verzoek aan de maat is. Zo laat de Hoge Raad in het arrest *NJ* 2014/445 de (op het criterium van het verdedigingsbelang toegesneden) afwijzing van de getuigenverzoeken in stand waarbij in aanmerking wordt genomen dat de verdediging – ondanks haar toch uitvoerige toelichting – in het licht van de reeds beschikbare (aanvullende) processen-verbaal niet voldoende concreet heeft gemaakt welke vragen zouden moeten worden gesteld. Daarmee heeft, zo lijkt de Hoge Raad hier te willen zeggen, de verdediging niet toereikend gemotiveerd waarom het horen van

de desbetreffende getuigen relevant is voor de beantwoording van (één van) de vragen van artikel 348 en 350 Sv. Dat de beoordeling van een getuigenverzoek geschiedt 'vanuit de gezichtshoek van de verdediging en met het oog op het belang van de verdediging bij de inwilliging van het verzoek', betekent dus niet dat een verzoek reeds voor toewijzing in aanmerking komt op het moment dat de verdediging aan geeft een zeker belang bij het horen van de getuigen te hebben. De Hoge Raad verwacht dat de verdediging motiveert 'waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing'. Ook een uitvoerige toelichting van de redenen waarom de verdediging hecht aan het horen van een getuige, is daarvoor niet zonder meer toereikend, zo illustreert *NJ 2014/445*. De toelichting zal zodanig moeten zijn dat het de rechter duidelijk wordt dat en waarom het horen van die getuige relevant is voor de uitkomst van de zaak. Door eisen te stellen aan de onderbouwing van het getuigenverzoek, is van een beoordeling zuiver vanuit de gezichtshoek van de verdediging eigenlijk geen sprake, maar speelt ook het eigen oordeel van de rechter een rol. De rechter zal pas concluderen dat de onderbouwing aan de maat is wanneer de aangedragen argumenten hem doen inzien dat het horen van de getuige relevant is of kan zijn voor enige in de zaak uit hoofde van artikel 348 of 350 Sv te nemen beslissing. Alsdan komt de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang toch tamelijk dicht in de buurt van de toepassing van het noodzakelijkheids criterium.

15. De toepassing van het noodzakelijkheids criterium plaatst de Hoge Raad – in rov. 2.8 van het overzichtsarrest – in de sleutel van 'de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter voor de volledigheid van het onderzoek van de zaak'. Een verzoek tot het oproepen en horen van getuigen komt op grond van dit criterium voor toewijzing in aanmerking wanneer de rechter het horen 'noodzakelijk acht met het oog op de volledigheid van het onderzoek'. Die noodzakelijkheid ontbreekt wanneer 'de rechter zich door het verhandelde ter terechtzitting voldoende ingelicht acht'. Het beoordelingsperspectief is hier dus onmiskenbaar het perspectief van de rechter.

De Hoge Raad lijkt de rechter de ruimte te willen geven om zonder veel omhaal van woorden getuigenverzoeken die op basis van het noodzakelijkheids criterium worden beoordeeld, af te wijzen. Die afwijzing kan, zoals zojuist aangegeven, geschieden op grond van de overweging dat de rechter zich voldoende ingelicht acht. De Hoge Raad voegt daar een intrigerende volzin aan toe: 'Van een aldus gemotiveerde afwijzing kan niet worden gezegd dat die ervan blijk geeft dat de rechter op ontoelaatbare wijze is vooruitgelopen op hetgeen de getuigen zouden kunnen verklaren.' De vraag rijst of dit niet al te stellig is geformuleerd. Weliswaar komt een dergelijke motivering strikt genomen niet neer op (ongeoorloofde) anticipatie op de inhoud van de af te leggen verklaring, maar het kan daar onder omstandigheden dicht tegenaan liggen. Wanneer de verdediging een verzoek doet tot het oproepen en horen van een getuige die op een bepaald punt ontlastend zal (kunnen) verklaren, terwijl de rechter reageert met de enkele mededeling dat hij zich reeds voldoende voorgelicht acht, laat de rechter daarmee toch impliciet blijken dat hij niet verwacht dat de getuige iets zal zeggen dat de zaak een andere wending doet nemen.

Aldus wekt de Hoge Raad in rov. 2.8 de suggestie dat verzoeken die op grond van het noodzakelijkheids criterium worden beoordeeld, tamelijk eenvoudig kunnen worden afgewezen met een weinig zeggende en daarmee onbevredigende, sjabloonachtige motivering. Dat de Hoge Raad niet zo ver gaat, blijkt uit rov. 2.9. Daarin wordt overwogen dat onder omstandigheden de afwijzing nader dient te worden gemotiveerd. Relevant daarvoor zijn de aard van het onderwerp waarover de getuige zou kunnen

verklaren en de indringendheid van de door de verdediging aangevoerde argumenten. De rechter zal het dus alleen bij de enkele mededeling kunnen houden dat hij zich voldoende voorgelicht acht, wanneer het getuigenverzoek niet of slechts summier is onderbouwd. De consequentie daarvan is – zo komt mij voor – dat van de verdediging mag worden verwacht dat zij het verzoek zodanig inkleedt dat duidelijk wordt waarom het horen van een bepaalde getuige van invloed kan of zal zijn op de beslissingen die de rechter in de strafzaak dient te nemen, zodat zonder het horen van die getuige het onderzoek niet volledig kan worden genoemd. Als dat inderdaad zo is, betekent zulks dat langs de band van het noodzakelijkheids criterium geen wezenlijk andere eis aan de inkleding van een getuigenverzoek wordt gesteld dan in relatie tot het criterium van het verdedigingsbelang geldt. Dat zou men wellicht ook mogen afleiden uit de arresten NJ 2014/443 en 445, waarin – ook al gaat het in het eerste arrest om een beoordeling op basis van het criterium van het verdedigingsbelang en in het tweede arrest om een beoordeling op grond van het noodzakelijkheids criterium – de Hoge Raad een min of meer vergelijkbare argumentatie bezigt, waarin de onvoldoende concretisering van de meerwaarde van het horen van de opgegeven getuigen door de verdediging centraal staat.

16. Bij de invulling van het noodzakelijkheids criterium in rov. 2.8 van het overzichtsarrest valt op dat artikel 6 EVRM onbenoemd blijft. Alleen in relatie tot de motiveringsverplichting van de rechter wordt, in rov. 2.9, gerefereerd aan de ‘eisen van een eerlijke procesvoering’, zij het dan wel in relatie tot bijzondere omstandigheden. Dat lijkt erop te duiden dat de Hoge Raad geen grote rol weggelegd ziet voor artikel 6 EVRM bij beslissingen die op basis van het noodzakelijkheids criterium worden genomen. Dat contrasteert met de wijze waarop in de wetsgeschiedenis van een aanpassing van de regeling van het horen van getuigen de inhoud van het noodzakelijkheids criterium is omschreven: ‘kort gezegd kan horen noodzakelijk zijn ofwel als de rechtbank zelf meent de getuige met het oog op een goede waarheidsvinding te moeten horen, ofwel de waarborg van een fair hearing neergelegd in artikel 6 EVRM en daarmee verwante beginselen van een behoorlijke procesorde horen vereisen’ (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 3, p. 14). In deze passage speelt artikel 6 EVRM dus een zelfstandige rol bij het bepalen van de noodzakelijkheid van het horen van getuigen.

Welke betekenis moet men aan dit verschil in benadering toekennen? Speelt naar het oordeel van de Hoge Raad artikel 6 EVRM geen duidelijke rol bij de beoordeling op grond van het noodzakelijkheids criterium? Die conclusie zou ik niet zonder meer willen trekken. Allereerst kan niet worden gezegd dat de Hoge Raad in het geheel geen oog heeft voor de verdedigingsrechten in relatie tot de toepassing van het noodzakelijkheids criterium. Eerdere rechtspraak duidt erop dat het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM wel degelijk gewicht in de schaal legt bij de toepassing van het noodzakelijkheids criterium (zie bijvoorbeeld HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:774). In het overzichtsarrest wordt ook – in het verlengde van eerdere rechtspraak – voor een aantal situaties geëxpliciteerd dat aan het noodzakelijkheids criterium een invulling moet worden gegeven die nauw aansluit bij de invulling van het criterium van het verdedigingsbelang. Kort samengevat: in de situatie waarin de verdediging niet beschikt over alle processtukken of de uitwerking van het verkorte vonnis ontbreekt (zie rov. 2.24, 2.59 en 2.60). Voorts geldt dat artikel 6 EVRM het recht toekent aan de verdediging om getuigen te horen, maar daarmee is op zichzelf nog niet veel gezegd over de vraag wanneer de rechter verzoeken daartoe moet toewijzen. Wel geldt dat het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht soms consequenties heeft voor het gebruik van de verklaring van een getuige voor het bewijs. Of het al dan niet toewijzen van een

getuigenverzoek in het licht van artikel 6 EVRM problematisch is, moet dus worden gezien in de context van de strafzaak als geheel. Dat betekent niet dat de rechter bij de beoordeling van getuigenverzoeken de ogen moet sluiten voor de verdedigingsrechten. Maar er bestaat een zekere marge voor de rechter om onder omstandigheden ervoor te kiezen een getuigenverzoek af te wijzen, daarbij aanvaardend dat dit consequenties kan hebben voor de beantwoording van de bewijsvraag. In het verlengde daarvan zou nog kunnen worden gewezen op het accent dat de Hoge Raad plaatst op het procesverloop (zie hierboven onder 8). De Hoge Raad is er mogelijk voor bevreesd dat door aan te sluiten bij de in de wetsgeschiedenis gebezigde invulling van het noodzakelijkheids criterium, de verdediging – zonder goede reden – in een laat stadium van de procedure nog met een beroep op artikel 6 EVRM het oproepen en horen van getuigen zou kunnen bewerkstelligen. Dat terwijl de inzet van de Hoge Raad er duidelijk op gericht is de verdediging ertoe aan te zetten in een zo vroeg mogelijk stadium door te komen met getuigenverzoeken. Ook dat zou kunnen verklaren waarom de Hoge Raad in rov. 2.8 niet expliciet refereert aan artikel 6 EVRM.

Van een miskenning van de eisen van een eerlijke procesvoering lijkt dus geen sprake te zijn, al laat dat onverlet dat de Hoge Raad – zeker in vergelijking met de aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis – tamelijk zuinige bewoordingen bezigt. De benadering van de Hoge Raad brengt met zich dat de verdediging er verstandig aan doet een verzoek tot het oproepen en horen van getuigen dat op grond van het noodzakelijkheids criterium wordt beoordeeld, zodanig in te kleden dat niet alleen wordt onderbouwd welk belang is gemoeid met het horen, maar ook duidelijk wordt gemaakt welke consequenties het niet-horen heeft of kan hebben voor de beslissingen die de rechter op de voet van artikel 348 en 350 Sv moet nemen. Alsdan wordt immers de onderbouwing het meest toegespitst op het punt dat de Hoge Raad centraal stelt bij de toepassing van het noodzakelijkheids criterium, namelijk de volledigheid van het onderzoek.

17. Uiteindelijk is het verschil tussen het criterium van het verdedigingsbelang en het noodzakelijkheids criterium, gelet op de uitwerking daarvan, tamelijk marginaal. Een strenge toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang, een soepele toepassing van het noodzakelijkheids criterium, allerlei varianten zijn mogelijk en worden – naar gelang de omstandigheden – aanvaard. Bij beide criteria draait het evenwel in de kern om de relevantie van het horen van getuigen voor de door de rechter te nemen beslissingen (zie reeds uitvoerig Duker, *DD* 2008, p. 41-65). In relatie tot beide criteria gelden (expliciet en impliciet) tamelijk hoge eisen waar het gaat om de inkleding van verzoeken. Het belangrijkste verschil lijkt erin te zijn gelegen dat het noodzakelijkheids criterium meer ruimte biedt om betekenis toe te kennen aan het procesverloop en dan in het bijzonder aan de vraag of de verdediging redelijkerwijs eerder het verzoek tot het oproepen en horen van getuigen had kunnen doen. Strikt genomen heeft dat procesverloop niet per se van doen met de noodzakelijkheid van het verhoor van een getuige. Ook in een laat stadium van een procedure kan een getuige heel wel een verklaring afleggen die relevant is voor de door de rechter op de voet van artikel 348 en 350 Sv te nemen beslissingen. Die constatering lijkt mij van belang om duidelijk te maken dat in de wens om betekenis te (blijven) toekennen aan het procesverloop geen reden kan worden gevonden voor het naast elkaar laten voortbestaan van de beide criteria. Veeleer ligt het voor de hand dat in de wet als het primaire criterium voor de beoordeling van getuigenverzoeken de relevantie van het horen voor de door de rechter te nemen beslissingen centraal wordt gesteld. Dat criterium heeft ook een meer algemene betekenis in het Wetboek van Strafvorde-

ring, nu ook in relatie tot de samenstelling van het procesdossier de relevantie voor de op de voet van artikel 348 en 350 Sv te nemen beslissingen centraal staat (zie artikel 149a lid 2 Sv en voorts Borgers, *DD* 2014, p. 2-7). Eventueel zou de wetgever ervoor kunnen kiezen om in relatie tot verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen gezichtspunten te benoemen die in een bepaalde fase van het geding *naast* de relevantie mogen – niet: moeten – worden betrokken bij de beoordeling van het verzoek. Dat leidt tot een systeem waarin duidelijker tot uitdrukking komt welke redenen een rol kunnen spelen bij de beoordeling van getuigenverzoeken. Ook voorkomt zo'n systeem dat de rechter verzoeken van de hand wijst reeds op grond van argumenten zoals het procesverloop, zonder dat daarbij (eerst) de relevantie van het getuigenverzoek – en daarmee dus ook de consequentie van het eventuele niet-horen – onder ogen wordt gezien.

Regie- en pro formazittingen

18. De Hoge Raad zet in rov. 2.34 uiteen – in lijn met eerdere rechtspraak – dat de rechter tijdens een regie- of pro formazitting een verzoek tot het oproepen en horen van getuigen kan afwijzen met als motivering dat hij zich op basis van hetgeen bij gelegenheid van die zitting ter tafel ligt, onvoldoende voorgelicht acht. De Hoge Raad aanvaardt daarmee eigenlijk een buitenwettelijke grond voor afwijzing van een getuigenverzoek. Dat de Hoge Raad daartoe overgaat, is op zich begrijpelijk. Tijdens een regie- of pro formazitting zal het opsporingsonderzoek vaak nog niet zijn afgerond, zodat het zinvol kan zijn om de resultaten daarvan af te wachten alvorens te bepalen welk aanvullend onderzoek – al dan niet in de vorm van het horen van getuigen – nog dient plaats te vinden. De Hoge Raad verwacht ook hier weer een actieve houding van de verdediging. Na een afwijzing vanwege de zojuist genoemde grond is het aan de verdediging om het verzoek op een nadere terechtzitting te herhalen. Ook dat ligt in lijn met eerdere rechtspraak, maar wanneer men rov. 2.34 naast die eerdere rechtspraak legt, wordt nog wel een opmerkelijk verschil zichtbaar.

In HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2056 wordt overwogen dat de rechter bij de afwijzing van een getuigenverzoek vanwege de stand van het onderzoek 'tot uitdrukking brengt dat pas bij de inhoudelijke behandeling van de zaak de voor de beoordeling van dat verzoek relevante belangen in hun volle omvang – *en met toepassing van de ten tijde van de regiezitting geldende beoordelingsmaatstaf* – gewogen kunnen worden'. De hier gecursiveerde woorden lijken duidelijk te willen maken dat een dergelijke afwijzing er niet toe mag leiden dat de verdediging in een ongunstiger situatie terecht komt. De situatie kan zich immers voordoen dat het verzoek tijdens de regie- of pro formazitting moet worden beoordeeld aan de hand van het criterium van het verdedigingsbelang, terwijl bij een herhaling van datzelfde verzoek tijdens een latere terechtzitting de beoordeling zal geschieden op grond van het noodzaakcriterium. Vanwege die consequentie lijkt de Hoge Raad – creatief, maar alleszins sympathiek – de constructie van, wat ik maar noem, afwijzing met behoud van criterium te hebben aanvaard. In rov. 2.34 van het overzichtsarrest wordt deze modaliteit echter niet genoemd. Dat valt te betreuren, juist omdat het behoud van criterium een mooi tegenwicht vormt voor het feit dat de Hoge Raad een buitenwettelijke afwijzingsgrond aanvaardt en ook voor het gegeven dat de Hoge Raad van de verdediging verlangt om – zo nodig – opnieuw met een getuigenverzoek te komen. Of staat de Hoge Raad thans voor ogen – mogelijk moet men dat afleiden uit rov. 2.24 – dat in de hier besproken situatie wel het noodzaakcriterium wordt toegepast, maar dan op een wijze die nauw aansluit bij het criterium van het verdedigingsbelang? Gelet op het relatieve onderscheid tussen het criterium van het verdedigingsbelang en het nood-

zakelijkheids criterium gaat het hier wellicht niet om de meest prangende kwestie. Maar het maken van een gebaar in de richting van een verdediging is in de hier geschetste situatie alleszins redelijk.

Niet bij schriftuur opgegeven getuigen

19. Een laatste onderdeel van het overzichtsarrest dat aandacht verdient, betreft een tamelijk technische kwestie. In rov. 2.52 stelt de Hoge Raad vast dat de wet de advocaat-generaal (in hoger beroep) niet uitdrukkelijk bevoegd verklaart de oproeping van niet bij schriftuur opgegeven getuigen te weigeren op grond van het argument dat de berechting in eerste aanleg op tegenspraak heeft plaatsgevonden en de getuige reeds ter terechtzitting in eerste aanleg door de rechter dan wel door de rechter-commissaris is gehoord, terwijl de noodzaak van het horen van die getuige ter terechtzitting in hoger beroep ontbreekt. Het gerechtshof heeft die bevoegdheid wel op grond van artikel 418 lid 2 Sv. Om die reden kent de Hoge Raad eenzelfde bevoegdheid toe aan de advocaat-generaal.

Zie ik het goed, dan heeft de Hoge Raad hier het oog op de situatie waarin niet de verdachte, maar (alleen) het openbaar ministerie in hoger beroep is gekomen. Wanneer de verdachte wel in hoger beroep komt, verschaft artikel 410 lid 3 Sv aan de advocaat-generaal immers een met artikel 418 lid 2 Sv overeenkomende maatstaf, terwijl in relatie tot niet bij schriftuur opgegeven getuigen reeds op grond van artikel 414 lid 2 Sv het noodzaakcriterium geldt. In HR 6 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2675, NJ 2011/496 m.nt. P.A.M. Mevis is voor de situatie waarin niet de verdachte, maar het openbaar ministerie in hoger beroep komt, uitgemaakt dat bij de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang acht mag worden geslagen op het doel en de strekking van het voortbouwend appel. Relevant is dan onder andere of de getuigen van wie de oproeping wordt verzocht, reeds ten overstaan van de rechter in eerste aanleg of door de rechter-commissaris zijn gehoord en ook hetgeen verder door het openbaar ministerie (in de appelschriftuur) en de verdediging (in de toelichting op verzoeken) naar voren wordt gebracht.

Ten opzichte van NJ 2011/496 gaat de Hoge Raad nu een stap verder door de oplossing niet te zoeken in een meer specifieke (en stringente) toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang, maar door de op het noodzaakcriterium toegesneden weigeringsgrond van artikel 418 lid 2 Sv ook zonder expliciete wettelijke grondslag van toepassing te verklaren in relatie tot de advocaat-generaal. Dat resultaat had de Hoge Raad wellicht ook kunnen bereiken door de vierde volzin van artikel 410 lid 3 Sv zo te interpreteren dat deze eveneens ziet op anders dan bij schriftuur opgegeven getuigen.

Afronding

20. Hoe laat, na deze verkenning, het overzichtsarrest zich waarderen? Het is een goede zaak dat de Hoge Raad een zo uitvoerig overzicht geeft van de wijze waarop de wettelijke regeling ter zake van het oproepen en horen van getuigen moet worden begrepen. Die wettelijke regeling is op zichzelf al niet eenvoudig te doorgronden, terwijl in de rechtspraak in de loop der jaren tal van verfijningen en correcties zijn aangebracht. Het is dan alleszins nuttig de spelregels integraal op een rij te zetten. Maar het is duidelijk dat het arrest zich hier niet toe beperkt. Want op onderdelen zijn de spelregels ook (verder) aangepast. Ten dele gaat het daarbij om nadere verfijningen – zie hierboven onder 19 – die verband houden met lacunes in het wettelijke systeem. Dat is weinig opzienbarend. Opmerkelijker is dat de Hoge Raad de spelregels sterker dan voorheen – en waar nodig met slechting van wettelijke barrières – toespitst op de eisen die aan de verdediging worden gesteld. De Hoge Raad verwacht een alerte en actieve

houding van de verdediging en verbindt consequenties aan het uitblijven of onvoldoende ontplooiën van verdedigingsactiviteiten. Nu is het natuurlijk niet onredelijk – zeker gelet op het accent dat tegenwoordig ligt op de contradictoire gedingstructuur – om van degene die een bepaald resultaat wil bewerkstelligen – hier: het horen van een getuige – te verwachten dat daartoe het nodige wordt ondernomen en toegelicht. De vraag die evenwel rijst, is waarom de Hoge Raad zo sterk het accent legt op de verwachtingen ten aanzien van de verdediging, zonder daarbij een duidelijke relatie te leggen met de werkzaamheden van de andere actoren in het strafproces. Sterker, wettelijke bepalingen die juist op een bepaald moment de rechter tot enige actie nopen, zijn – zoals met name onder 3 is besproken – door de Hoge Raad min of meer buiten werking gesteld. Een aardverschuiving levert dat niet op, maar waarom moet nu de rechter van de verantwoordelijkheden worden ontheven die de wet hier aan hem toebedeelt? Ook in andere opzichten wordt het verwachtingspatroon jegens de verdediging niet gerelateerd aan hetgeen overigens in de strafprocedure geschiedt of kan geschieden. Zo maakt het naar mijn mening voor de gestrengheid waarmee de verdediging mag worden bejegend, bijvoorbeeld verschil of de rechter-commissaris in het verband van diens toezichthoudende taak in de loop van het vooronderzoek al dan niet bij de verdediging onderzoekswensen heeft geïnventariseerd, dan wel op enigerlei wijze pro-actief is opgetreden door de zittingsrechter (vgl. ook de blog van Robroek op ivorentoga.nl van 2 september 2014). En hoe te denken over de situatie waarin het openbaar ministerie zelf niet de verantwoordelijkheid neemt om bepaalde, (ogenschijnlijk) cruciale getuigen reeds in het vooronderzoek in aanwezigheid van de verdediging te doen horen? Zou dat vervolgens geen gewicht in de schaal mogen en moeten leggen bij de beoordeling van verzoeken van de verdediging?

Het is wellicht juist vanwege het zware accent op de verdedigingsactiviteit dat Robroek in *NJB* 2014, p. 2308 tot de conclusie komt dat ‘de Hoge Raad de feitenrechter tot meer terughoudendheid bij toewijzing van getuigenverzoeken [lijkt] te willen bewegen’. De boodschap van de Hoge Raad zou ook anders kunnen worden begrepen. Namelijk in die zin dat de verdediging niet mag verwachten dat de rechter overgaat tot het oproepen en horen van getuigen, wanneer de verdediging niet daartoe het nodige heeft ondernomen. Daarom verschaft de Hoge Raad betrekkelijk veel ruimte aan de feitenrechter om getuigenverzoeken af te wijzen wanneer de verdedigingsactiviteit onder de maat is. En om dezelfde reden kiest de Hoge Raad voor een andere, strengere toetsing van klachten omtrent de afwijzing van getuigenverzoeken in cassatie. In zoverre is de blik van de Hoge Raad eenzijdig, want gefixeerd op de activiteiten van de verdediging. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de blik daartoe beperkt moet blijven. Het is nuttig in dit verband te memoreren dat het noodzakelijkheids criterium historisch bezien vooral de eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor een volledige waarheidsvinding tot uitdrukking brengt (zie daarover, met nadere verwijzingen, Duker, *DD* 2008, p. 48-51). Ook al wordt tegenwoordig dat criterium nog wel eens als een streng, zo niet: naar afwijzing neigend, beoordelingscriterium beschouwd, aan die eigen verantwoordelijkheid is in de loop der jaren natuurlijk niets veranderd, ook niet door de opkomst van de contradictoire gedingstructuur. De rechter – en zo ook de officier van justitie – die overtuigd is van het nut van het horen van een getuige, moet dat altijd toestaan, hoe laat of slecht onderbouwd het verzoek daartoe ook wordt gedaan. De rechtspraak van de Hoge Raad legt op dat punt geen strobreed in de weg.