

Art. 6 (3)(d) EVRM: ondervragen staat vrij?

Een evaluatie van het waarborgen van de verdedigingsrechten in het geval van beperkingen op het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM, ten aanzien van belastende getuigen, in het Nederlandse strafproces.

Student: J.C. Reisinger
Studentnummer: 3392538
Masterscriptie: Nederlands recht
Richting: Strafrecht (Excellent Mastertracé)
Begeleider: prof. mr. A.A. Franken

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	4
2.	HET BELANG VAN HET ONDERVRAGINGSRECHT	7
2.1.	Inleiding.....	7
2.2.	Het rechtspsychologische aspect: een betrouwbare waarheidsvinding	7
2.2.1.	Het onbetrouwbare horen	8
2.2.2.	De onbetrouwbare getuige	10
2.2.3.	Afronding	11
2.3.	Het mensenrechtelijke aspect: de beginselen van een eerlijk proces.....	12
2.4.	Afronding met een voorbeeld	14
3.	DE EUROPESE UITLEG VAN HET ONDERVRAGINGSRECHT	17
3.1.	Inleiding.....	17
3.2.	De algemene interpretatie van het ondervragingsrecht	17
3.3.	Stap I: is de klacht ontvankelijk?.....	20
3.4.	Stap II: is de klacht gegrond?	21
3.4.1.	Is er een onbeperkte ondervragingsgelegenheid?.....	21
3.4.2.	Is de beperking gerechtvaardigd?.....	23
3.4.3.	Is er sprake van enige compensatie?	27
3.4.4.	Is de ‘beperkt getoetste getuige’ van doorslaggevende betekenis?	29
3.5.	Afronding	30
4.	DE NIEUWE LIJN VAN HET HOF	31
4.1.	Inleiding.....	31
4.2.	Het arrest <i>Al-Khawaja & Tahery</i>	31
4.2.1.	De toedracht	31
4.2.2.	De koerswijziging: compenserende factoren	32
4.2.3.	Het nieuwe beslissingsmodel en de toepassing.....	34
4.3.	De ‘ <i>post-Al-Khawaja & Tahery</i> ’-jurisprudentie.....	35
4.4.	Afronding	38
5.	HET ONDERVRAGINGSRECHT IN HET NEDERLANDSE STRAFPROCES.....	41
5.1.	Inleiding.....	41
5.2.	De hoofdlijnen	42
5.2.1.	Het wettelijke uitgangspunt: horen ter zitting	42
5.2.2.	De nuancering: horen tijdens het vooronderzoek.....	42

5.3.	De normering van de beperkingen.....	45
5.3.1.	De ‘grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie	45
5.3.2.	De ‘buitencategorie’: anonieme getuigen	48
5.4.	Afronding	52
6.	CONCLUSIE	54
6.1.	De beoordeling	54
6.2.	De gevolgtrekking	56
6.3.	Een aanzet tot nadere aanbevelingen.....	59
6.3.1.	Navolging in de strafrechtspleging	60
6.3.2.	Navolging in de wetgeving	62
6.4.	Afronding	63
7.	EPILOOG	65
8.	LITERATUURLIJST	68
9.	JURISPRUDENTIELIJST.....	79
9.1.	Europese jurisprudentie	79
9.2.	Nederlandse jurisprudentie	80
9.3.	Buitenlandse jurisprudentie	81
9.3.1.	Verenigd Koninkrijk	81
9.3.2.	Verenigde Staten van Amerika	81

1. INLEIDING

Onderwerp van mijn scriptie is het recht op een eerlijk proces in strafrechtelijke procedures. Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het EVRM of het Verdrag) stelt voor een aantal situaties het algemene recht op een eerlijk proces vast. Tijdens het casuïstische onderwijs in de rechtenopleiding ben ik de afgelopen jaren veelvuldig met deze bepaling in aanraking gekomen. Naar mijn waarneming is het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces, als essentieel bestanddeel van de rechtsbescherming voor een verdachte, niet meer weg te denken uit de Nederlandse en Europese rechtsorde.

Bij de invoering van het Verdrag werd nog getwijfeld aan het praktische nut van het Verdrag.¹ Zo merkte Leijten over de vage bewoordingen van het Verdrag zelfs op dat “wij wel volslagen tot barbarij moeten zijn vervallen, voor iemand er – alle directe werking ten spijt – met succes een beroep op kan doen.”² Deze gedachte is – ook voor Nederland – een misvatting gebleken. Diverse klachten dat Nederland een bepaling uit het Verdrag geschonden zou hebben, zijn door het Hof gegrond verklaard.³ Recentelijk is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM of het Hof) nog een schending van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM aangenomen in de zaak *Vidgen*.⁴ De klacht tegen Nederland hield – kort gezegd – in dat de verdachte in zijn strafproces een cruciale, belastende getuige niet had kunnen ondervragen. Dit zou in strijd zijn met het Verdrag, aldus de verdediging. Het Hof volgde deze stelling en kwam tot een veroordeling van de Nederlandse Staat.

Vanuit Nederland was er altijd al de nodige kritiek op de beoordelingen van het Straatsburgse Hof.⁵ Deze kritiek bestaat voornamelijk uit de opvatting dat het Hof te weinig ruimte laat aan de lidstaten en dat het Hof zijn eigen bevoegdheden te ruim opvat.⁶ Na de veroordeling van Nederland in de zaak *Vidgen*, doken dergelijke kritieken weer op. In ‘De Telegraaf’ valt kort na deze uitspraak te lezen:

“De VVD wil weten wat minister Opstelten (Veiligheid en Justitie) gaat doen om te voorkomen dat daders niet meer kunnen worden veroordeeld na een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen (EVRM).”

Het EVRM heeft Nederland teruggefloten voor de veroordeling van de 54-jarige Nick Vidgen omdat er onvoldoende ondersteunend bewijs zou zijn naast een getuigenverklaring.

“In Nederland hebben we een zorgvuldige rechtsgang en het Europees Hof zit op enorme afstand, dit is moeilijk uit te leggen”, aldus VVD-Kamerlid Van der Steur.”⁷

¹ Lokin & Zwolve 2006, p. 411 en Barkhuysen 2004, p. 16-17.

² Leijten 1975, p. 314.

³ Om maar een voorbeeld te noemen: EHRM 4 februari 2003, nr. 52750/99 (Lorsé e.a./Nederland).

⁴ EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland).

⁵ Een voorbeeld van dergelijke kritiek is te vinden in Baudet 2011, p. 79. De Nederlandse kritiek staat overigens niet op zichzelf. Kritiek op het EHRM is nog luider te horen vanuit het Verenigd Koninkrijk. Zo is bijvoorbeeld kritiek geleverd vanuit rechterlijke hoek door Lord Hoffmann en vanuit politieke hoek door premier Cameron. Zie respectievelijk Hoffmann 2009 en Spronken 2012a.

⁶ Spijkerboer 2012 en Spronken 2012a.

⁷ *De Telegraaf* 17 juli 2012, p. 9. De antwoorden van Opstelten op de Kamervragen van Van der Steur zijn te vinden op www.rijksoverheid.nl onder kenmerk 323390.

Niet alleen vanuit Nederland is er kritiek op de Straatsburgse interpretatie van het ondervragingsrecht. Vanuit het Verenigd Koninkrijk waren al eerder bezwaren gemaakt. Dat gebeurde naar aanleiding van de zaak *Al-Khawaja & Tahery*.⁸ Het Verenigd Koninkrijk werd in eerste instantie door het EHRM veroordeeld wegens een schending van het ondervragingsrecht.⁹ De Britse regering tekende daar beroep tegen aan. Daarnaast werd de Straatsburgse interpretatie – weliswaar in een andere zaak – door de hoogste Britse rechter met een uitvoerige motivering bestreden.¹⁰ De rechterlijke dialoog vond uiteindelijk zijn apotheose in de beoordeling door de Grote Kamer van het Hof.¹¹ In deze uitspraak ging het EHRM ‘om’ en er kwam een nieuwe lijn in de beoordeling van het ondervragingsrecht.¹² In de genoemde uitspraak inzake *Vidgen* werd de nieuwe lijn toegepast in een Nederlandse casus. In de media werd de betekenis van de uitleg van het EHRM over het ondervragingsrecht in elk geval als volgt geduid.

“Verdachten van strafbare feiten kunnen tegenwoordig niet meer worden veroordeeld op basis van één getuigenverklaring. Dat is het direct gevolg van een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak van de 54-jarige Nederlander Nick Vidgen, die tot drie keer toe door Nederlandse rechters werd veroordeeld wegens smokkel van xtc naar Australië.

Volgens het EHRM is het recht van Vidgen op een eerlijk proces geschonden doordat zijn veroordeling vrijwel geheel was gebaseerd op de verklaring van één getuige, die geen vragen van hem of zijn advocaat wilde beantwoorden.”¹³

Zoals wel vaker het geval is, zijn dergelijke uitlatingen in de pers een weinig subtiële weergave van een rechterlijk oordeel. De vraag, die blijft hangen, is nu: kan iemand in dergelijke situaties – waarbij er maar één getuigenverklaring beschikbaar is – onder geen enkele omstandigheid veroordeeld worden? Daarnaast doemt bij mij de vraag op: hoe beoordeelt het EHRM de (per casus) verschillende gevallen waarin de verdediging in de praktijk beperkingen bij het ondervragen tegenkomt?¹⁴

De zaak *Vidgen* is slechts één casuïstische beoordeling. Is er op dit moment een meer algemene conclusie te geven over het arrest *Al-Khawaja & Tahery*? En welke betekenis heeft die conclusie in het bijzonder voor de beperkingen in de strafrechtspraktijk en voor het vooronderzoek? Het vooronderzoek neemt in het Nederlandse strafproces – zeker waar het gaat om het horen van getuigen – namelijk een prominente rol in. Door de lijn die is ingezet in *Al-Khawaja & Tahery* in december

⁸ Spronken 2012a en EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery*/Verenigd Koninkrijk).

⁹ EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery*/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰ United Kingdom Supreme Court, 9 december 2009, UKSC 14 (*R/Horncastle*).

¹¹ De term ‘dialoog’ is afkomstig uit de toespraak van Bratza, die voormalig rechter en president van het Europese Hof is, van 27 januari 2012. Deze toespraak is terug te vinden op www.echr.coe.int onder *opening of the judicial year*. Zie ook Spronken 2012a.

¹² De Wilde 2012a.

¹³ Belleman 2012a.

¹⁴ De termen ‘verdachte’ en ‘verdediging’ zal ik in mijn scriptie door elkaar en voor elkaar inwisselbaar gebruiken, op grond de overwegingen van het Hof over art. 6 lid 3 sub d EVRM. Vgl. EHRM 19 december 1989, nr. 9783/82 (*Kamasinski/Oostenrijk*), par. 91. Waar deze vereenzelviging niet opgaat, zal ik dat expliciet aangeven.

2011 zijn deze vragen naar de Straatsburgse interpretatie van het ondervragingsrecht in ieder geval zeer actueel geworden.¹⁵

Op grond van de hiervoor gestelde vragen kom ik voor mijn scriptie tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe wordt de verdachte in het Nederlandse strafproces beschermd tegen (te) vergaande beperkingen van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM bij het ondervragen van getuigen à charge?¹⁶ Na de beantwoording van de onderzoeksvraag zal ik komen tot een evaluerende conclusie over het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces.

Om mijn antwoord inzichtelijk te kunnen beargumenteren, bespreek ik de volgende deelvragen.

- Welke uitleg geeft het EHRM aan het ondervragingsrecht?
- Welke nieuwe lijn heeft het Hof met de uitspraak inzake *Al-Khawaja en Tahery* ingezet?
- Hoe wordt het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM in het Nederlandse strafprocesrecht toegepast?

Allereerst zal ik een inleidend hoofdstuk wijden aan het ondervragingsrecht *an sich*.

¹⁵ Het onderwerp komt dan ook uitgebreid in de juridische vakliteratuur terug. *Strafblad* heeft in november 2012 een themanummer gewijd aan het onderwerp ‘getuigenverhoor’. De bespreking van de uitleg van het EHRM neemt in dat nummer een prominente plek in. De Wilde bespreekt de Straatsburgse uitleg bij de beperking van het ondervragingsrecht die het gevolg kan zijn van het gebruik van anonieme getuigenverklaringen (De Wilde 2012b). Ook wordt in diverse kronieken aandacht besteed aan de uitspraak inzake *Vidgen*. Flokstra, De Jonge, Malewicz en Van der Velden 2012; De Roos 2012 en Van Drumpt & Wijnakker 2012.

¹⁶ Onder ‘getuigen à charge’ wordt verstaan: ‘getuigen ter ondersteuning van de tenlastelegging’, ofwel: ‘belastende getuigen’. Van Dale 2005. De getuige à décharge laat ik buiten beschouwing. Deze terminologie van art. 6 lid 3 sub d EVRM is overigens meer geënt op de *common law*-traditie. Mols 2003, p. 371.

2. HET BELANG VAN HET ONDERVRAGINGSRECHT

2.1. Inleiding

Ter introductie van het onderwerp van mijn scriptie beantwoord ik in dit hoofdstuk de vraag:

Waarom is het ondervragingsrecht – en de codificatie ervan – noodzakelijk?

Ik zal hierbij nader ingaan op de achterliggende gedachte en de intrinsieke waarde van het ondervragingsrecht. Later zal ik op verschillende momenten naar dit hoofdstuk teruggrijpen om een aantal zaken nader te duiden. In de conclusie kan vervolgens – met de punten uit dit hoofdstuk in het achterhoofd – kritisch worden bekeken of de waarborgen van het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafprocesrecht tegemoet komen aan het belang van het ondervragingsrecht (en aan de uitleg door het Hof). Bovendien kan ik met de informatie uit dit hoofdstuk tot slot nog een aantal mogelijke verbeterpunten geven.

Het ondervragingsrecht kent op Europees niveau een zeer duidelijke grondslag in art. 6 lid 3 sub d EVRM. In de Nederlandse wetgeving zijn enigszins vergelijkbare bepalingen te vinden in het Wetboek van Strafvordering in art. 186a lid 2 en 292 lid 3 Sv. De Verdragsrechtelijke bepaling is evenwel strikter gesteld.¹⁷ Bovendien is art. 6 EVRM – in algemene zin – ook de meest invloedrijke waarborg van een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtspraktijk.¹⁸ De indruk die ik in mijn inleiding noemde, namelijk dat art. 6 EVRM van essentieel belang is voor de rechtsbescherming van verdachten, is dus niet echt bevreemdend. De contracterende staten bij het EVRM hebben immers een zorgplicht om de Verdragsrechtelijke normen te effectueren, waarbij de uitleg die het EHRM geeft aan deze normen bindend is.¹⁹ Met het oog op mijn onderzoeksvraag zal de codificatie van het ondervragingsrecht in art. 6 lid 3 sub d EVRM dan ook het uitgangspunt van mijn scriptie zijn.

Het belang van het kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM – in de zin dat een verdachte zelf de getuigen kan ondervragen die belastend tegen hem verklaren – kan in twee aspecten worden gezocht. Men zoekt het belang enerzijds in de functionele noodzaak van een betrouwbare waarheidsvinding en anderzijds in de fundamentele noodzaak van de beginselen van een eerlijk proces.²⁰ Dit zal ik in het onderstaande nader uitwerken.

2.2. Het rechtspsychologische aspect: een betrouwbare waarheidsvinding

In het strafproces is één van de hoofdvragen uit art. 350 Sv: kan het bewezen worden dat de verdachte de ten laste gelegde gedraging heeft begaan? Om hier een goed oordeel over te kunnen vellen, zal de rechter de feiten moeten onderzoeken om de waarheid vast te kunnen stellen.²¹

De getuige neemt in dit proces van waarheidsvinding een delicate positie in. Dat komt doordat de getuige aan de ene kant onmisbaar is in het strafproces.²² Voor een objectieve en gedetailleerde

¹⁷ Art. 186a lid 2 Sv maakt bijvoorbeeld een beperking mogelijk.

¹⁸ Corstens & Borgers 2011, p. 27 en 536 en Ten Voorde 2012b, p. 445. Vgl. art. 93 en 94 Grondwet tegenover art. 120 Grondwet. Zie ook Mols 2003, p. 367.

¹⁹ Art. 1 en 46 lid 1 en 2 EVRM. Zie ook Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 1-3 en 18 en Jacobs, White & Ovey 2010, p. 19.

²⁰ Van Kempen en Van der Spoel 2012, p. 327.

²¹ Dit wordt ook wel aangeduid als ‘*fact finding*’. Ten Voorde 2009, p. 1-3.

²² Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 39.

beschrijving van de feiten, die voor de beantwoording van de zojuist genoemde bewijsvraag relevant is, zal de rechter namelijk vaak aangewezen zijn op de verklaringen van getuigen. Dit geldt zeker als het gaat om de invulling van de subjectieve bestanddelen van een delict.²³ Aan de andere kant is er juist bij het gebruik van getuigenverklaring een aantal rechtspsychologische factoren die kunnen leiden tot een (gedeeltelijk) onbetrouwbare waarheidsvinding. Enerzijds kunnen deze factoren aanwezig zijn in de manier waarop de verklaring van een getuige is verkregen, anderzijds kunnen ze aanwezig zijn in de feitelijke omstandigheden waar de persoon van de getuige zelf in verkeert.²⁴ Zonder uitpuittend te willen zijn, zal ik in het onderstaande de belangrijkste factoren bespreken.

2.2.1. Het onbetrouwbare horen

Om maar met de deur in huis te vallen: de menselijke geest is feilbaar. Sterker nog, in de Van Dale staat de zinsnede ‘ons feilbaar verstand’ als voorbeeld bij het woord ‘feilbaar’. Anders gesteld: ‘ons vermogen om iets te begrijpen is vatbaar voor vergissingen’.²⁵ In het dagelijkse taalgebruik hanteren we bovendien gezegden zoals: ‘iedereen kan zich vergissen’. Maar hoe komen we tot dergelijke constatering van algemene bekendheid? De rechtspsychologie heeft ondermeer de volgende factoren vastgesteld die de genoemde uitlatingen wetenschappelijk onderbouwen en die kunnen meespelen bij het horen van getuigen.

Ten eerste worden details en gebeurtenissen door getuigen gemakkelijk vergeten.²⁶ Enige (feitelijke) aanwijzingen – ook wel *cues* genoemd – zijn op dat moment noodzakelijk om de herinneringen terug te halen.²⁷ Bij het stellen van vragen in een verhoor is dat ook wat er gebeurt. De verhoorder stelt vragen waarin bepaalde informatie besloten ligt, waardoor de getuige zich bepaalde zaken weer kan herinneren. Zo kan de getuige bijvoorbeeld gevraagd worden: hoe laat zag je persoon A bij het station? Als de verhoorder daarna niet meer naar de aanwezigheid van anderen vraagt – bijvoorbeeld B, die misschien ook aanwezig was, maar waar de getuige zelf niet meer opkomt – dan zal er ook over niets anders dan over persoon A vermeld worden in de verslaglegging van het verhoor. De inhoud van het verhoor ligt zodoende deels in de handen van de verhoorders. Een hieropvolgend probleem kan dan ontstaan als we ons bewust worden van de wetenschap dat verhoorders bij het horen van getuigen vaak veel nadruk leggen op de belastende elementen. Daarvan is veelal sprake als opsporingsambtenaren het verhoor afnemen.²⁸ Het gevolg kan dan weer zijn dat als persoon A al verdacht is, de getuige niet snel gevraagd wordt naar de niet-verdachte persoon B. Voor de waarheidsvinding zijn de ontlastende elementen (ten aanzien van A) evenwel net zo essentieel als de belastende elementen (voor B). Een genuanceerd en afgewogen antwoord op de bewijsvraag uit art. 350 Sv kan alleen gegeven worden met wetenschap van alle relevante zaken. En een dergelijke beantwoording is wat we verlangen van de rechter. Als eerste constatering geldt daarom dat een algemene oplettendheid voor het geven van alle relevante aanwijzingen noodzakelijk is om omissies in de verklaringen van getuigen te voorkomen.

²³ Reijntjes 2009, p. 391 en Nijboer 2011, p. 186 e.v. Zie ook Coady 1992.

²⁴ Wells 1978, p. 1546. In de wetenschappelijke literatuur komt dit onderscheid naar voren met het onderscheid tussen factoren die de overheid aan te rekenen zijn en factoren die daar buiten liggen.

²⁵ Van Dale 2005.

²⁶ Amelsvoort 2012, p. 359.

²⁷ Aanwijzingen aan de hand van bredere thema's werken beter dan het geven van 'losse' steunpunten. Zo geeft het enkele vragen naar één specifieke datum weinig bruikbare informatie om herinneringen op te halen. Wagenaar 1986; Fisher en Schreiber 2007 en Wessel & Wolters 2008, p. 455.

²⁸ Milne & Shepherd 1999, p. 124 e.v. Soms worden zelfs bewust ontlastende elementen weggelaten. Malsch, De Keijser, Kranendonk & De Gruijter 2010.

Onderzoek wijst verder uit dat getuigen ervan overtuigd kunnen raken dat fictieve gebeurtenissen – die bijvoorbeeld door de verhoorder gesuggereerd worden – daadwerkelijk zijn voorgevallen.²⁹ Een tweede factor die de betrouwbaarheid van verklaringen kan beïnvloeden is aldus dat verkeerde aanwijzingen of verhoormethoden mogelijk leiden tot ‘pseudo-herinneringen’.³⁰ Bovendien kan er ‘vertroebeling’ van de verklaring ontstaan door de mogelijke aanwezigheid van *cues* die *post-hoc* informatie bevatten. In dat geval wordt informatie toegevoegd aan de verklaring van de getuige, waar de getuige niet over kon beschikken op het moment waarover hij gehoord wordt.³¹ Goede verhoorders – of dat nou agenten of rechters zijn – balanceren zodoende tussen enerzijds het geven van *cues* die een getuige helpen in het ophalen van meer feiten en anderzijds het voorkomen van meerkeuzevragen en gesloten vragen en suggestieve, niet-aangetoonde aanwijzingen.³² De laatste categorie aanwijzingen kan immers onbetrouwbare verklaringen opleveren. De zojuist genoemde vraag ‘Hoe laat zag je persoon A bij het station?’ is bijvoorbeeld evenmin een goede vraag als de getuige daarvoor niet eerst is gevraagd of hij persoon A überhaupt wel heeft gezien bij het station. Als dat niet is komen vast te staan als eigen kennis van de getuige, ligt er een mogelijk onjuiste, en niet door de getuige bevestigde premisse in de vraag besloten.³³ De getuige kan daar echter onbewust in meegaan.³⁴ Het gevolg is dat de verklaring dan als het verhaal van de getuige gaat gelden, terwijl het dat eigenlijk niet is.

Ten derde geldt dat de wijze van verhoren van invloed kan zijn op de betrouwbaarheid. Om een verhaal te reconstrueren kan de getuige worden gevraagd zich te verplaatsen of zich te herplaatsen in een bepaalde situatie.³⁵ Indien de juiste ‘ophaalaanwijzingen’ beschikbaar zijn en gebruikt worden in de vraagstellingen, ontstaan over het algemeen verklaringen die betrouwbaar zijn.³⁶ Daarnaast is er echter een aantal andere technieken mogelijk die getuigen kunnen aanzetten tot verklaringen die geen juiste weergave bevatten van hun indruk ten tijde van een bepaalde gebeurtenis.³⁷ Bijvoorbeeld de methoden van de ‘geleide herinnering’, het ‘cognitive interview’ en een aantal psychotherapeutische technieken zoals de ‘forensische hypnose’.³⁸ Dergelijke methoden worden niet standaard gehanteerd, maar kunnen wel (gedeeltelijke) toegepast worden in een verhoor.³⁹ Een getuige kan zich door zulke vragen vervolgens laten verleiden tot het geven van passende verklaringen, in plaats van een verklaring over wat er werkelijk is gebeurd.⁴⁰

Tot slot zijn er mogelijk nog vele feitelijke factoren tijdens het verhoor aanwezig die van invloed kunnen zijn op de betrouwbaarheid van de door de getuige afgelegde verklaringen. Dergelijke feitelijke factoren kunnen zich voordoen in de vorm van het taalgebruik van de verhoorders, van de lengte van het verhoor, van de bereidheid van de getuige om mee te gaan in het verhaal van de

²⁹ Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010, p. 489.

³⁰ Rassin & Candel 2010, p. 517-519.

³¹ Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010, p. 491.

³² Amelsvoort 2012, p. 360 en Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010, p. 496.

³³ Vgl. Kortlever 2011, p. 5-6.

³⁴ Hyman, Husband & Billings 1995.

³⁵ Dit wordt ook wel *context reinstatement* genoemd. Amelsvoort 2012, p. 360 en Wessel & Wolters 2010, p. 360.

³⁶ Odinot & Wolters 2006 en Odinot, Wolters & Van Koppen 2009.

³⁷ Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010, p. 497-507.

³⁸ Amelsvoort 2012, p. 361-364. Vgl. Kortlever 2011, p. 9.

³⁹ Amelsvoort 2012, p. 358 en 363.

⁴⁰ Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010, p. 507.

verhoorders, van de sturing door verhoorders, van de invloed van non-verbale communicatie en van groepsprocessen.⁴¹ Zeker in de ongebruikelijke *setting* van een strafrechtelijk verhoor kunnen zulke feitelijke factoren zwaar meewegen en kunnen deze van invloed zijn op de betrouwbaarheid.

2.2.2. De onbetrouwbare getuige

Het is verder ook mogelijk dat de persoon van de getuige zelf ervoor zorgt dat diens verklaring onbetrouwbare gegevens bevat. Zo kunnen zich bij minderjarige getuigen specifieke problemen ontstaan met betrekking tot de betrouwbaarheid van hun verklaringen.⁴² Verder kan ook de integriteit van een getuige ter discussie staan, zoals in de situatie dat een medeverdachte als getuige wordt gehoord. Een medeverdachte kan eigen belangen hebben om feiten aan te dikken, te verzwijgen of zelfs compleet te verzinnen. Bijvoorbeeld omdat hij derden buiten schot wil houden of zijn eigen rol wil marginaliseren in het belang van zijn eigen strafzaak.⁴³ Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat een getuige in een speciale relatie met de verdachte staat. Dit kan een familie- of liefdesrelatie of een vriendschappelijke relatie zijn. Als een dergelijke relatie graag wil getuigen kunnen daar bepaalde motieven aan ten grondslag liggen om een onjuiste verklaring af te leggen. Dit beperkt zich overigens niet tot de hiervoor genoemde relaties. Zo valt ook te denken aan gezworen vijanden of concurrenten.⁴⁴ Bewustzijn van de mogelijkheid dat een getuige eigen belangen kan hebben om onjuist te verklaren zal dan altijd nodig zijn.⁴⁵ Daarom doet men er in het strafproces goed aan om te bekijken of de getuige wel bekwaam is om als getuige op te treden door te letten op motieven die de getuige kunnen aanzetten om niet conform de waarheid te verklaren.⁴⁶

Ten tweede kan ook de persoonlijkheid van de getuige aanleiding zijn om vraagtekens bij zijn betrouwbaarheid te zetten. Zo kan de stelligheid waarmee een getuige verklaart verkeerde interpretaties over de betrouwbaarheid van een getuige opleveren. Ook de emoties van een getuige kunnen op een verkeerde wijze worden opgevat. Daardoor kan er een beeld uit de verslaglegging van het verhoor ontstaan dat niet waarheidsgetrouw is op het moment dat de verhoorder die verkeerde opvatting in het verslag weergeeft.⁴⁷ Bovendien is het denkbaar dat een getuige onvoldoende in staat is om te getuigen en de inhoud van zijn verklaring te overzien. Een voorbeeld daarvan is iemand die aan een psychische stoornis lijdt.

Tot slot kunnen diverse feitelijke omstandigheden meespelen die betrekking hebben op de wetenschap van de getuige. Hoe ver stond een ooggetuige bijvoorbeeld van de dader af? Werd zijn zicht of waarnemingsvermogen op dat moment in enige zin beperkt?⁴⁸ Dergelijke zaken kunnen van grote invloed zijn op de vraag in welke mate waarde gehecht moet worden aan de betrouwbaarheid van de getuige en diens verklaring. Al met al is het, met deze factoren in het achterhoofd, wenselijk dat in de verslaglegging van het verhoor van de getuige de aanwezigheid van de hiervoor genoemde factoren

⁴¹ Rassin & Candel 2010, p. 517-520; Amelsvoort 2012, p. 360. Zie ook Gudjonsson 1989. Vgl. Kortlever 2011, p. 6 en 10.

⁴² Bartels 2012, p. 375-376. Bijvoorbeeld doordat jeugdigen veel meer vatbaar zijn voor suggestibiliteit. Dit hangt samen met de factoren die hiervoor onder 2.2.1. aan de orde kwamen.

⁴³ Zo valt ook te denken aan de bijzondere – weer actueel geworden – problematiek rond ‘kroongetuigen’. Mols 2003, p. 314 e.v. en art. 226g-226j en 226k Sv. Zie ook rb. Amsterdam, 29 januari 2013, *LJN* BY9841.

⁴⁴ Amelsvoort 2012, p. 358. Het uitgangspunt in de praktijk is evenwel dat een getuige integer is.

⁴⁵ Corstens & Borgers 2011, p. 691.

⁴⁶ Vgl. Fernhout 2004, p. 66 over art. 165 lid 2 Rv en de onbekwaamheid om te getuigen in het civiele recht.

⁴⁷ Amelsvoort 2012, p. 358.

⁴⁸ Wells 1978, p. 1546.

opgenomen wordt. Als de overdracht zodanig gebrekkig is dat dit niet gebeurt, wordt in een later stadium mogelijk een verkeerd waardeoordeel over de betrouwbaarheid gegeven.

2.2.3. Afronding

Op grond van de voorafgaande twee subparagrafen wordt de stelling dat de menselijke geest feilbaar – en bovendien subjectief – is, meer wetenschappelijk onderbouwd. Voor de strafrechtspraktijk valt de uitkomst evenzeer tegen. Door rechtspsychologen is daarom wel gesteld:

“Ons geheugen is ingericht om te overleven, niet om als getuige in een strafzaak op te treden.”⁴⁹

Dit is de bittere conclusie na de aanduiding van het mogelijke falen van het menselijke geheugen bij het ophalen van herinneringen. Zoals eerder gezegd zijn getuigenverklaringen echter veelal onmisbaar in het strafproces. Als men getuigenverklaringen dan toch in het strafproces wil gebruiken, moet alles in het werk worden gesteld om te voorkomen dat de verklaringsvrijheid – en daarmee mogelijk de betrouwbaarheid van de verklaring – van getuigen wordt beïnvloed.⁵⁰

Het ondervragingsrecht biedt dan een oplossing.⁵¹ Een kritische partij kan namelijk de genoemde invloeden vaststellen, daar een weerwoord aan bieden en herhaling van die invloeden – met alle gevolgen van dien – proberen te voorkomen. De verdachte zal, met het oog op zijn tegengestelde belang aan dat van de aanklager, bij uitstek degene zijn die de betrouwbaarheid van de hem belastende getuigen kritisch wil toetsen. Voor de waarheidsvinding kan het daarom belangrijk zijn dat de verdediging de gelegenheid wordt geboden om controlevragen te stellen.⁵² Daarnaast wordt van de verdachte vermoed dat hij betrokken is geweest bij de feiten waarover in het strafproces opheldering wordt gezocht. Door deze mogelijke betrokkenheid – en dus ook zijn mogelijke aanwezigheid ten tijde van het ten laste gelegde delict – kan juist de verdachte over bepaalde *cues* beschikken die de getuige nodig heeft.⁵³ Op de voorstaande manier kan worden voorkomen dat onbetrouwbare verklaringen in het strafproces terecht komen. Daarbij past een laatste nadrukkelijke kanttekening.

Tot slot merk ik bij dit alles nog op dat uit onderzoek blijkt dat als een getuige eenmaal heeft verklaard, hij – doorgaans – op een later moment ook in lijn met zijn eerdere afgelegde verklaring zal getuigen.⁵⁴ De gegeven waarschuwing met betrekking tot het realiseren van een betrouwbare waarheidsvinding geldt daarom al vanaf het eerste stadium van verhoren. Het herstellen van een gebrek zal op het latere moment namelijk een stuk lastiger te bereiken zijn.

⁴⁹ Van Koppen & Malsch 2010 en Rassin & Candel 2010, p. 517.

⁵⁰ Mols 2003, p. 149. Zoals dat kan gebeuren op de manieren die ik in de vorige twee subparagrafen noemde.

⁵¹ Vgl. New Jersey Supreme Court 24 augustus 2011, nr. A-8-08, 062218 (New Jersey/Henderson), p. 103, 127 en 133. Na een uitvoerige uiteenzetting over het geheugen van getuigen geeft het Hooggerechtshof van New Jersey een vergelijkbaar oordeel over de betrouwbaarheid van (oog)getuigen. Dat leidde uiteindelijk tot een advies tot aanscherping van de juryinstructie over de betrouwbaarheid van getuigen. Bovendien werd expliciet verwezen naar de noodzaak om de verdediging – tot op bepaalde hoogte – in staat te stellen helderheid over de betrouwbaarheid van de getuige te krijgen.

⁵² Mols 2003, p. 348-349. Aanwijzingen voor de mogelijke onbetrouwbaarheid van de getuigen kunnen anders enkel gevonden worden in: de persoon van de getuige; de wijze waarop het verhoor heeft plaatsgevonden; de wijze van verslaglegging; de aannemelijke betwisting door de verdachte of door de tegenspraak uit andere getuigenverklaringen.

⁵³ Mols 2009, p. 305.

⁵⁴ Kohlbacher 1978, p. 129 e.v.

Als getuigenverklaringen dan toch worden beïnvloed door de hiervoor genoemde factoren, mag het eventuele gevolg daarna bezwaarlijk worden genoemd voor de betrouwbaarheid van de strafrechtelijke waarheidsvinding. Onjuiste, belastende verklaringen kunnen op dat moment namelijk als juridisch juist gaan gelden en het bewijs gaan vormen voor een veroordeling. Juiste, ontlastende verklaringen kunnen bovendien ontbreken. Als dan de verklaringen van een getuige uit het dossier worden gelicht die onbetrouwbaar zijn, kan de verdachte onterecht veroordeeld worden.⁵⁵ Een rechterlijke dwaling is op dat moment in de maak.⁵⁶ De betrouwbaarheid van een veroordeling hangt al met al sterk af van de betrouwbaarheid van het beschikbare bewijs. Men moet daarom uitsluiten dat er over de betrouwbaarheid van de getuige of van de inhoud van de verklaring ook maar enige twijfel bestaat.⁵⁷

Een middel om te pogen deze twijfel weg te nemen is het ondervragingsrecht voor de verdediging die als kritische controleur van de betrouwbaarheid van de getuige en van diens verklaring optreedt.

2.3. Het mensenrechtelijke aspect: de beginselen van een eerlijk proces

De ratio van het ondervragingsrecht ligt niet alleen in het kunnen toetsen van de betrouwbaarheid van getuigen. Ook beginselen van een eerlijk proces geven een direct belang aan de noodzaak van het bestaan van waarborgen bij het gebruik van verklaringen van getuigen.⁵⁸ In algemene zin gesteld is een redelijk uitgangspunt van strafvordering dat de verdachte zich moet kunnen verweren tegen belastende verklaringen en dat hij zich op gelijkwaardige voet moet bevinden met zijn aanklager.⁵⁹ Op die manier kunnen Kafkaïaanse toestanden – waarin een verdachte zich niet eens bewust is waartegen hij zich moet verweren – worden voorkomen.

Ook het EHRM stelt als uitgangspunt van een eerlijk proces dat een verdachte zich effectief moet kunnen verdedigen tegen belastend bewijs.⁶⁰ In het onderstaande zal ik de (algemene) Straatsburgse uitleg van het recht op een eerlijk proces bespreken in de context van het ondervragingsrecht. Als vertrekpunt stelt art. 6 lid 1 EVRM het recht op een eerlijk proces vast, in de bewoordingen:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion, of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”⁶¹

⁵⁵ Dit geldt te meer met een blik op de *top down*-benadering. De rechter kijkt in het dossier welk bewijs er is voor hetgeen ten laste is gelegd. Hij beziet niet elk bewijsmiddel apart op de betrouwbaarheid. Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2010, p. 336.

⁵⁶ Missers bij het gebruik van getuigen zijn de grootste oorzaak – ongeveer 75 procent – van rechterlijke dwalingen. <http://www.innocenceproject.org/understand/Eyewitness-Misidentification.php>. Zie ook Mols 2012, p. 353 en 355-356.

⁵⁷ Van Koppen 2011, p. 282. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 692.

⁵⁸ Art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM; Corstens & Borgers 2011, p. 39 en Van Kempen & Van der Spoel 2012, p. 327.

⁵⁹ Fedorova 2012, p. 337 en Corstens & Borgers 2011, p. 124.

⁶⁰ EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterperinger/Oostenrijk), par. 31-33.

⁶¹ Een andere Verdragsrechtelijke waarborg van het recht op een eerlijk proces is te vinden in art. 14 lid 1 IVBPR. Men kan overigens teruggaan tot de *Magna Carta* uit 1215 om daar al elementen van het recht op een eerlijk proces terug te vinden. Het algemene recht op een eerlijk proces heeft zich vervolgens via

Wat betreft het ondervragingsrecht, stelt art. 6 lid 3 sub d EVRM daarna:

“Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.”

De eerste zin geeft aan dat lid 3 een nadere uitwerking van art. 6 lid 1 EVRM voor strafrechtelijke procedures bevat. Art. 6 lid 3 EVRM bevat daardoor de rechten die iemand tegen wie een vervolging is ingesteld, in ieder geval moeten toekomen.⁶² De uitleg van deze rechten doet het Hof volgens vaste rechtspraak in samenhang met art. 6 lid 1 EVRM. Het strafproces wordt hierbij in zijn geheel bekeken.⁶³ Zo geldt voor de specifieke uitleg van het ondervragingsrecht uit art. 6 lid 3 sub d EVRM dat dit op te hangen is aan het begrip *‘fair hearing’* uit het eerste lid.⁶⁴ In het bijzonder betreft het de volgende twee aspecten.⁶⁵

1. De procedure op tegenspraak

Door het Hof is gesteld dat het begrip *‘fair hearing’* in algemene zin inhoudt dat de verdachte een recht heeft om effectief deel te nemen in het strafproces.⁶⁶ Het recht gaat verder dan enkel het recht om aanwezig te zijn en om het proces te horen en om het proces te volgen. Het moet gaan om een procedure die op tegenspraak van de verdachte gevoerd wordt.⁶⁷ Dit beginsel wordt nader gestalte gegeven door de uitleg dat elke procespartij in staat moet worden gesteld om kennis te dragen van en commentaar te geven op (de inhoud van) de bewijsmaterialen die aangedragen worden door de tegenpartij.⁶⁸ Bij het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs wordt dit bereikt door de verdediging het recht toe te kennen om de belastende getuigen te ondervragen.⁶⁹

2. De gelijkheid van de procespartijen

verschillende andere bepalingen ontwikkeld tot de huidige vorm van art. 6 EVRM. Vande Lanotte & Haeck 2005b, p. 380. Zie ook de *Bill of Rights* (1689) en de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789).

⁶² Voor de vraag wanneer sprake is van een vervolging (*‘criminal charge’*) als bedoeld in art. 6 lid 3 EVRM, zie EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72 (Engel e.a./Nederland), par. 82. De minimumrechten uit dit artikel zijn overigens niet limitatief.

⁶³ EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België), par. 33 en Vande Lanotte & Haeck 2005b, p. 386. Zie ook Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 246 en 306.

⁶⁴ Trechsel 2006, p. 292.

⁶⁵ Trechsel 2006, p. 293.

⁶⁶ EHRM 23 februari 1994, nr. 16757/90 (Stanford/VK), par. 26.

⁶⁷ Ook wel *‘the adversarial argument’* genoemd. Trechsel 2006, p. 293.

⁶⁸ Dit wordt ook wel de *disclosure of evidence* genoemd. EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 (Rowe en Davis/VK), par. 60.

⁶⁹ EHRM 23 juni 2006, nr. 12952/87 (Ruiz-Mateos/Spanje), par. 63; Trechsel 2006, p. 292-293 en Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 250. Zie ook Van der Leij 2002, p. 79 over de koppeling met het doel om op deze manier de materiële waarheid te vinden en te voorkomen dat een onschuldige wordt veroordeeld. Dit belang sluit – vanuit een fundamentele notie – aan bij het belang uit par. 2.2.

Een tweede Europeesrechtelijk beginsel van een eerlijk proces is de gelijkheid van de procespartijen. Dit wordt ook wel de *equality of arms* genoemd.⁷⁰ Het EHRM stelt in het algemeen dat er geen groot procedureel voordeel mag zijn voor één van de procespartijen.⁷¹ Voor strafzaken wil dat zeggen dat de verdediging, ten opzichte van het OM, niet (onevenredig) achtergesteld mag worden.⁷² Wat betreft het horen van belastende getuigen geldt dat dit in de opsporingsfase in beginsel zal plaatsvinden onder leiding van – en op initiatief van de openbare aanklager.⁷³ De uitgangsposities van de procespartijen bij het horen van getuigen à charge zijn daardoor in eerste instantie ongelijk. Om de uitgangsposities recht te trekken, moet de verdediging op zijn minst de gelegenheid worden geboden om dergelijke belastende getuigen op een vergelijkbare wijze te kunnen toetsen als het openbaar ministerie dat kan.⁷⁴

Het ondervragingsrecht van belastende getuigen is op grond van het voorafgaande onontbeerlijk in een strafproces dat wil voldoen aan de Europeesrechtelijke beginselen van een eerlijk proces. Deze beginselen behelzen immers de contradictoire procesopstelling en de gelijkheid tussen de procespartijen (en op die manier de mogelijkheid van wederhoor van belastende getuigen). Daarbij merk ik nog wel op dat deze uitleg – dat een contradictoire structuur de optimale condities schept voor de rechtsbeschermende functie van het straf(proces)recht – van de beginselen van een eerlijk proces niet slechts voortkomt uit het EVRM en de interpretatie daarvan door EHRM.⁷⁵ Al met al is het op tegenspraak kunnen toetsen van de juistheid en betrouwbaarheid van het getuigenbewijs de kern van een eerlijk proces.⁷⁶ In mijn scriptie zal de Europeesrechtelijke uitleg – zoals gezegd – het uitgangspunt zijn.

2.4. Afronding met een voorbeeld

Het belang van het ondervragingsrecht wordt uiteindelijk in de twee hiervoor genoemde aspecten gezocht en gevonden. Ook het Hof ziet in het ondervragingsrecht de uitwerking die tegemoet komt aan de belangen van het kunnen ondervragen van ‘belastende getuigen’, door:

“(…) permitting [the defence] to test the witnesses’ reliability or cast doubt on their credibility.”⁷⁷

Het ondervragingsrecht stelt de verdediging namelijk in staat om de rechter enerzijds in te kunnen lichten over de waarde van het door politie en justitie aangedragen bewijs en anderzijds te kunnen overtuigen dat – minst genomen – twijfel kan bestaan over de schuld van de verdachte. Zo creëert het

⁷⁰ Zie ook Trechsel 2006, p. 293.

⁷¹ EHRM 27 juni 1968, nr. 1936/63 (Neumeister/Oostenrijk), par. 22 en EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01 (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk), par. 59.

⁷² EHRM 30 oktober 1991, nr. 12005/86 (Borgers/België), par. 27 en Jacobs, White & Ovey 2010, p. 261.

⁷³ Zo geldt bijvoorbeeld in het Nederlandse strafproces dat het openbaar ministerie optreedt als formele leider van het opsporingsonderzoek. Bovendien is de officier van justitie degene die processen-verbaal van de verhoren als bewijsmateriaal kan aandragen en primair gaat over het oproepen van getuigen voor de zitting. Art. 260 e.v. Sv; Corstens & Borgers 2011, p. 605 e.v. en Scheele 2011, p. 62.

⁷⁴ Het waarborgen van de gelijkheid komt verder ook terug in de mogelijkheid voor de verdediging om getuigen à décharge op te roepen. Dat onderwerp laat ik in mijn scriptie buiten beschouwing.

⁷⁵ De Hoge Raad (hierna: HR) bespreekt dit bijvoorbeeld in HR 12 december 1978, NJ 1979, 142 (braak bij binnentreden). Verder is dit in Nederland meermalen het onderwerp van discussie geweest, bijvoorbeeld in het debat over ‘*secundaire controle*’ en ‘*policing the police*’. Peters 1972. Zie ook Kelk 2010a, p. 87; Kelk 2010b, p. 353 en Ten Voorde 2012b, p. 445.

⁷⁶ Van Zeben 2006, p. 9 en Ten Voorde 2012, p. 1860.

⁷⁷ EHRM 27 september 1990, nr. 12489/86 (Windisch/Oostenrijk), par. 28.

Verdrag een goede procespositie voor de verdachte als getuigen belastend over hem verklaren. Buruma beschrijft puntig de noodzaak van een goede procespositie in de woorden:

*“Een goede procespositie is van fundamenteel belang, maar ook instrumenteel voor de kwaliteit van de waarheidsvinding.”*⁷⁸

Door het volgen van een rechtsgang waarin een dergelijke goede procespositie uitgeoefend kan worden, wordt de rechter in staat gesteld om te oordelen wat recht is en om recht te spreken volgens de wetten.⁷⁹

Een mooi voorbeeld van het in een goede procespositie kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht laat Dostojevski zien in zijn roman ‘De Broers Karamazov’;

“De verdediger bleef van alle middelen gebruik maken en wekte steeds meer verbazing door zijn kennis van de kleinste details in de zaak. Zo maakte de getuigenverklaring van Trifon Borisovitsj bijvoorbeeld een zeer sterke indruk en was deze natuurlijk zeer in Mitja’s [de verdachte Dmitri Karamazov] nadeel. (...)”

*Toen de verdediger echter aan de beurt kwam, nam deze niet eens de moeite om zijn getuigenverklaring te verwerpen, en bracht hij het gesprek onverwacht op het feit dat de koetsier Timofej en een andere boer, Akim, in Mokroje tijdens dat eerste drinkgelach, een maand voor de arrestatie, in het voorportaal honderd roebel van de vloer hadden opgeraapt die Mitja daar in dronken toestand had verloren, en deze aan Trifon Borisovitsj hadden overhandigd die hen elk een roebel had gegeven. “En hebt u die honderd roebel destijds aan de heer Karamazov teruggegeven of niet?” In welke bochten Trifon Borisovitsj zich ook wrong, na de ondervraging van de boeren moest hij toch toegeven dat hij het gevonden biljet van honderd roebel in ontvangst had genomen, waarbij hij er wel aan toevoegde dat hij het meteen tot op de laatste cent aan Dmitri Fjodorovitsj had teruggegeven “want ik ben eerlijk als goud”, maar dat meneer toen zo dronken was geweest “dat hij daar natuurlijk niets meer van weet”. Maar aangezien hij voordat de boeren als getuigen waren opgeroepen de vondst van de honderd roebel was blijven ontkennen, kon zijn verklaring als zou hij de som geld aan de dronken Mitja hebben geretourneerd natuurlijk ernstig in twijfel worden getrokken. Op die manier waren tegen een van de gevaarlijkste getuigen die het openbaar ministerie in stelling kon brengen toch weer sterke verdenkingen gerezen en was zijn reputatie sterk bezoedeld.”*⁸⁰

Niet de bedenkingen en overwegingen die door de officier van justitie in casu al te berde waren gebracht werden door de verdediging aan de orde gesteld. Het ging om een heel ander gegeven – waarvan de relevantie daarvoor niet duidelijk was – dat door de verdachte belicht werd en daardoor ter discussie kwam te staan. Het verhaal van de getuige kon niet langer waar zijn en de advocaat kon deze inlichtingen vervolgens gebruiken om de rechter te overtuigen in zijn pleidooi.

“Men kan wellicht tegenwerpen: “Er zijn getuigen van dat hij in het dorp Mokroje die hele drieduizend die hij een maand voor de catastrofe van mejuffrouw Verchovtseva had geleend, erdoor heeft gejaagd, in één keer, alsof het niets was, dus kon hij er nooit de helft van apart hebben gelegd.” Ja, maar wat voor getuigen zijn dat? De betrouwbaarheidsgraad van deze getuigen is tijdens de zitting al zonneklaar gebleken. Bovendien is het gras bij de burens altijd groener. Ten slotte heeft niemand van deze

⁷⁸ Buruma 2002, par. 4. Zie ook Trechsel 2006, p. 292-293.

⁷⁹ Schwartz 1969, p. 87, par. 24. Vgl. Borgers 2010 en HR 29 oktober 1991, NJ 1992/481.

⁸⁰ Dostojevski (1876) 2005, p. 811-812.

*getuigen dat geld zelf geteld, maar het slechts op het oog geschat. (...) Ziet u, heren leden van de jury, aangezien je met psychologie vele kanten op kan, wil ik zo vrij zijn nu een heel andere kant op te gaan en te kijken waar ik uitkom.*⁸¹

Met het vaststellen van een goede procespositie is niet gegarandeerd dat de (juridisch relevante) waarheid uiteindelijk gevonden wordt. Het is al door verschillende auteurs – zoals de zojuist geciteerde – betwijfeld of het juridische systeem überhaupt in staat is om de waarheid aan de dag te leggen.⁸² Ondanks de aanwezigheid van een goede procespositie door het ondervragingsrecht, is een ondeugdelijke uitkomst nog altijd mogelijk. Dat is niet wat verwacht kan worden van één facet van het eerlijke proces. Meer facetten samen moeten zoveel als mogelijk tegemoet komen aan een deugdelijk (straf)rechtssysteem. Maar ongeacht het finale oordeel dat de jury in de zaak van Dmitri Karamazov geeft, komen de belangen van beide aspecten samen in het daadwerkelijk creëren van een goede procespositie. De verdachte, of beter gezegd: zijn advocaat, kan immers ten aanzien van die belastende getuigen in de praktijk een goede procespositie uitoefenen. Het verhaal van de getuigen wordt conform de waarheid bijgesteld. Zodoende wordt vervolgens een onderbouwd standpunt over de betrouwbaarheid ingenomen. De beginselen van een eerlijk proces worden hiermee mede geëffectueerd.

Al met al geeft dit voorbeeld naar mijn idee een mooi en concreet inzicht in het primaire belang van het ondervragingsrecht en de argumenten die daar aan ten grondslag liggen. Het verlangen naar het creëren van een goede procespositie vormt in elk geval – samen met de recente ontwikkelingen genoemd in de inleiding – voor mij de aanleiding om te bezien hoe het ondervragingsrecht juridisch nader is uitgewerkt. Dit zal uitgebreid aan de orde komen in de volgende hoofdstukken. Tenslotte zal ik afsluiten met een evaluerende conclusie over het waarborgen van de achterliggende gedachte en de intrinsieke waarde van het ondervragingsrecht in de Nederlandse strafrechtspraktijk.

⁸¹ Dostojevski (1876) 2005, p. 889. In de context van het verhaal wordt de aanpak van de raadsman overigens niet per se positief gewaardeerd door de auteur. Zo spreekt hij over ‘advocatentrucs’, ‘moreel bezoedelen en hun goede trouw in twijfel trekken’ en ‘in zijn netten te verstrikken’.

⁸² Zie ook Weststeijn 2005, p. 495.

3. DE EUROPESE UITLEG VAN HET ONDERVRAGINGSRECHT

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam onder meer naar voren dat het EVRM een grote rol speelt in het waarborgen van het recht op een eerlijk proces in het strafrecht. Voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag is het naar mijn oordeel van belang om nu te bezien:

Hoe legt EHRM het ondervragingsrecht uit?

Ik maak daarbij eerst enkele opmerkingen over de wijze waarop het EHRM over het algemeen de verschillende mensenrechtelijke bepalingen van het EVRM uitlegt. Ter vermijding van de noodzaak tot een vermoeiende nadere uiteenzetting zal ik me concentreren op de elementen die van belang zijn voor de algemene uitleg van art. 6 lid 3 sub d EVRM.⁸³ Daarna volgt de meer inhoudelijke uitleg van het ondervragingsrecht zelf en zullen de algemene uitgangspunten uit de volgende paragraaf daarbij een plek krijgen. Op die manier zal ik aangeven welke uitleg het Europese Hof geeft aan het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM.

3.2. De algemene interpretatie van het ondervragingsrecht

De fundamentele rechten uit het EVRM gelden – uiteraard – in alle contracterende staten. De rechten moeten dus ook in elk van die staten kunnen worden toegepast, zonder dat het daar geldende rechtssysteem dat onmogelijk maakt. Het Verdrag is daarom systeemneutraal opgesteld. Dat brengt nogal eens enige algemeenheden in de bepalingen van het Verdrag met zich, waardoor concretere uitleg geboden is. Het Hof hanteert bij deze uitleg het volgende uitgangspunt:

“[It is] necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realize the aim and achieve the objects of the treaty.”⁸⁴

De nadruk wordt daarmee gelegd op het realiseren van het doel en het oogmerk van het Verdrag. Om dit te bereiken is er een aantal zaken waar het Hof rekening mee houdt.

De interpretatie geschiedt ten eerste aan de hand van een ‘evolutieve benadering’.⁸⁵ Dat wil zeggen dat het Hof een beoordeling geeft met de maatschappelijke opvattingen in het achterhoofd, waarbij een maatstaf naar de huidige stand van zaken wordt aangelegd.⁸⁶ Teleologische interpretatiemethoden – zoals het kijken naar de *travaux préparatoires*, als het ware het Europese equivalent van de memorie van toelichting – zullen minder ter zake doen.⁸⁷ Bij het ondervragingsrecht kan dit uitgangspunt

⁸³ Uitgebreide overzichten en besprekingen van het EVRM zijn te vinden in bijvoorbeeld Vande Lanotte & Haeck 2005a; Harris, O’Boyle & Warbrick 2009 en Jacobs, White & Ovey 2010.

⁸⁴ EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (Golder/Verenigd Koninkrijk), par. 29. Dit is conform de internationale regels voor de interpretatie van verdragen, ex art. 31 lid 3 Weens Verdragenverdrag. Het doel van het EVRM is vervolgens het bieden van rechtsbescherming (en niet van het toekennen van rechten aan de contracterende staat). Jacobs, White & Ovey 2010, p. 71.

⁸⁵ Vande Lanotte & Haeck 2005a, p. 192.

⁸⁶ EHRM 14 december 1976, nr. 5856/72 (Tyrer/Verenigd Koninkrijk) par. 31; EHRM 5 maart 1985, nr. 9697/82 (Johnston e.a./ Ierland), par. 53 en Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 7. Zie ook Koopmans 2005, p. 122 en United States Supreme Court 1 mei 2005, nr. 03-633 (Roper/Simmons) over ‘the living document’-approach.

⁸⁷ Henrard 2000, p 192-193 en Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 17-18.

gestalte krijgen door het rekening houden met het voortschrijdend inzicht in de rechtspsychologische factoren, zoals die in het vorige hoofdstuk aan de orde kwamen.⁸⁸

Ten tweede is een uitgangspunt dat het beginsel van de soevereiniteit van de Staat bij de interpretatie door het Hof geen grond vormt om de Verdragsbepalingen restrictief uit te leggen.⁸⁹ Enige *margin of appreciation* voor de lidstaten is evenwel aanwezig bij de interpretatie van het EVRM.⁹⁰ De ‘marge’ wordt beoordeeld aan de hand van een proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging tussen de belangen van het individu enerzijds en de belangen van de gemeenschap anderzijds.⁹¹ Zodoende wordt de soevereiniteit van de contracterende staten niet compleet buiten beschouwing gelaten.

Een derde algemeen uitgangspunt, dat ook bij de interpretatie van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM van belang is, is dat het EHRM, op grond van de *fourth instance-doctrine*, geen beroepsrechter is. Deze doctrine stelt namelijk dat het Hof geen procedures overdoet die al door de nationale rechter zijn gedaan. Dit geldt zeker als het gaat om de vaststelling van feitelijke gegevens.⁹² Zo zijn de selectie en de waardering van de bewijsmiddelen – lees: de getuigenverklaringen – in ieder geval een nationale aangelegenheid.⁹³ Bijvoorbeeld in de situatie dat de rechter er voor kiest om het verhaal van de ene getuige aannemelijker te achten dan het verhaal van een andere getuige. Het EHRM zal zich niet over dergelijke (rechterlijke) beslissingen uit laten.⁹⁴ Dat wordt enkel anders als het gevolg van zo’n beslissing is dat een belastende getuige die niet ondervraagd kan worden door de verdachte, voor de bewezenverklaring wordt gebruikt.⁹⁵ Bij een klacht over een dergelijke situatie staat (een element van) het eerlijke proces ter discussie. De scheidslijn bij deze tegenstelling zal overigens niet altijd eenvoudig te trekken. Er is al snel sprake van een nauw verband, een vloeiende overgang of zelfs een vermenging van het ondervragingsrecht enerzijds en het bewijsrecht anderzijds.⁹⁶ De beslissing om een niet-ondervraagde getuige te gebruiken voor het bewijs, wordt door het Hof om deze reden soms toch zeer inhoudelijk beoordeeld.⁹⁷ Hiermee loop ik echter op de zaken vooruit.

Ten vierde stelt het EHRM als uitgangspunt dat de begrippen uit het EVRM een autonome betekenis moet worden toegekend.⁹⁸ Dit houdt in dat een lidstaat niet op eigen houtje een invulling kan geven aan de terminologie die in de verdragstekst wordt gebruikt. Zo wordt voorkomen dat de nationale wetgever of rechter de rechtsbescherming, die het EVRM tracht te beiden, *de facto* uitholt.⁹⁹ De

⁸⁸ Vgl. New Jersey Supreme Court 24 augustus 2011, nr. A-8-08, 062218 (New Jersey/Henderson).

⁸⁹ Jacobs, White & Ovey 2010, p. 71.

⁹⁰ Van Kempen 2011, p. 20.

⁹¹ Deze afweging wordt de *fair balance* genoemd. EHRM 10 november 1988, nr. 14038/88 (Soering/Verenigd Koninkrijk). Zie ook Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 322.

⁹² Art. 19 en 35 lid 1 EVRM. Zie ook EHRM 7 oktober 2004, nr. 76809/01 (Baumann/Oostenrijk), par. 49 en Vande Lanotte & Haeck 2005a, p. 223 e.v.

⁹³ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 38.

⁹⁴ EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99 (Perna/Italië), par. 29; Mols 2003, p. 373 en Jacobs, White & Ovey 2010, p. 243 en 269.

⁹⁵ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland), par. 50 en EHRM 19 december 1990, nr. 11444/85 (Delta/Frankrijk), par. 37.

⁹⁶ Trechsel 2006, p. 294.

⁹⁷ EHRM 13 december 2011, nr. 20883/09 (Ajdaric/Kroatië), par. 51 en Spronken 2012b, par. 11 en 13.

⁹⁸ Mols 2003, p. 368.

⁹⁹ Mols 2003, p. 368-369.

autonome betekenis die het EHRM aan het begrip ‘getuige’ geeft, moet ruim worden begrepen in het licht van een concrete casus.¹⁰⁰ Onder ‘getuige’ valt in elk geval: degene die de oorspronkelijke waarnemingen heeft gedaan of wiens verklaring in de getuigenverklaring is opgenomen.¹⁰¹ De standaardformulering over de vorm van het ondervragen – en over het strafproces in algemene zin – luidt als volgt:

*“(…) all the evidence must in principle be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument.”*¹⁰²

Op deze manier geeft het Hof een nadere invulling aan de begrippen ‘witness’ en ‘examine’ uit art. 6 lid 3 sub d EVRM. De slotsom van deze overwegingen wordt uiteindelijk gevormd door het effectiviteitsbeginsel.¹⁰³ Het EHRM spreekt deze gedachte uit in de zin dat de rechten van het Verdrag niet illusoir of theoretisch moeten zijn, maar praktisch en effectief;¹⁰⁴

*“(…) to give the provisions of the Convention the fullest weight and effect consistent with the language used and with the rest of the text and in such way that every part of it can be given meaning.”*¹⁰⁵

De lidstaten zullen het EVRM – en zodoende ook het ondervragingsrecht – dus betekenis moeten geven.¹⁰⁶ De insteek van het Straatsburgse Hof wordt al met al duidelijk: het EHRM is niet bedoeld om de Europese Unie een mooi rechtsstatelijk tintje te geven. De rechten moeten daadwerkelijk door burgers in te roepen zijn. Voor het ondervragingsrecht geldt in die optiek: de verdachte moet zijn verdediging effectief kunnen voeren door de hem belastende getuigen te kunnen ondervragen.¹⁰⁷

Al deze uitgangspunten hanteert het Hof vervolgens bij het beoordelen van specifieke klachten over schendingen van het ondervragingsrecht. Allereerst oordeelt het Hof over de ontvankelijkheid, in overeenstemming met de eisen van art. 35 EVRM. Als het op het eerste gezicht al duidelijk is dat er geen heil te zien is in de klacht, zal deze niet-ontvankelijk worden verklaard.¹⁰⁸ Bij deze beslissing kunnen echter al sterk inhoudelijke overwegingen meespelen. Het is om deze reden – en om het feit dat dit de juiste context van de gehele Straatsburgse uitleg van het ondervragingsrecht geeft – dat ik eerst kort aandacht besteed aan enkele overwegingen van het Hof over de ontvankelijkheid van klachten die zien op art. 6 lid 3 sub d EVRM.

Na positief over de ontvankelijkheid te hebben beslist, bekijkt het Hof meer inhoudelijk of de klacht een schending van de verdragsrechtelijke bepaling oplevert. Zoals gezegd doet het Hof dit door de

¹⁰⁰ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland), par. 40 en Mols 2003, p. 370 e.v. Zie ook Trechsel 2006, p. 291.

¹⁰¹ Spronken 2012b, par. 2.

¹⁰² EHRM 11 oktober 1985, nr. 10588/83, nr. 10589/83 en nr. 10590/83 (Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje), par. 78. Zie ook Mols 2003, p. 368.

¹⁰³ Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 15.

¹⁰⁴ Schokkenbroek 2000, p. 6.

¹⁰⁵ Merills 1988, p. 89 e.v. Met het oog op deze benadering valt ook te begrijpen waarom het EVRM succesvol is gebleken in de rechtsbescherming op het gebied van fundamentele mensenrechten.

¹⁰⁶ De overheid moet de nodige maatregelen nemen om een bepaling uit het Verdrag effect te geven. Akandji-Akombe 2007. Een goed voorbeeld is EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 47.

¹⁰⁷ Aldus ook De Wilde 2012a, par. 10 over de kern van het ondervragingsrecht.

¹⁰⁸ Jacobs, White & Ovey 2010, p. 27-28.

proceedings as a whole te beoordelen.¹⁰⁹ Een beperking van een element van het recht op een eerlijk proces is onder omstandigheden mogelijk, maar niet in zoverre dat het ondervragingsrecht geheel beknot kan worden.¹¹⁰ Verreweg het grootste deel van dit hoofdstuk zal gaan over de inhoud van deze beslissing bij een klacht over een schending van het ondervragingsrecht. Als het Hof vervolgens tot de conclusie komt dat art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM al met al geschonden is, wordt daar gevolg aan gegeven door de beklaagde lidstaat te veroordelen.¹¹¹

3.3. Stap I: is de klacht ontvankelijk?

Er is een aantal vragen, die het Hof stelt, om te beoordelen of de klacht inhoudelijk mag en moet worden bekeken.¹¹² Over het algemeen, en zeker waar het gaat om het ondervragingsrecht, is de vraag naar de uitputting van de nationale rechtsmiddelen relevant.¹¹³ Bij de beslissing inzake de ontvankelijkheid van een klacht over een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM, is het van belang dat eerst wordt vastgesteld of de klager ten tijde van de nationale behandeling van de zaak in kwestie heeft geklaagd over de beweerde schending. Op grond van de *fourth instance*-doctrine kan immers niet pas bij het EHRM voor het eerst geklaagd worden.¹¹⁴ Als op nationaal niveau niet is gevraagd een getuige te horen en/of niet geklaagd is over een weigering van een verzoek daartoe van de verdediging, dan neemt het Hof aan dat de klager afstand heeft gedaan van zijn ondervragingsrecht. Dit afstand doen mag echter niet dubbelzinnig zijn gedaan, noch mag het ingaan tegen een 'belangrijk publiekelijk belang' (hier: het recht op een eerlijk proces).¹¹⁵

Als de verdachte zijn wens om een bepaalde getuige op te roepen daarentegen voldoende duidelijk heeft geuit, zal de klacht ontvankelijk zijn. Daarvan is evenzeer sprake indien de verdachte niet precies de juridisch correcte procedure gevolgd,¹¹⁶ of zijn klacht niet direct kenbaar heeft gemaakt omdat het honoreren daarvan op voorhand al geen kans van slagen had.¹¹⁷ Verder kan het de verdachte niet aangerekend worden indien deze onvoldoende voorbereidingstijd heeft gehad of niet is bijgestaan door een raadsman.¹¹⁸ Dit zijn echter uitzonderingssituaties; over het algemeen kan de beslissing van het EHRM over de ontvankelijkheid worden samengevat in het volgende beslissingsschema.¹¹⁹

¹⁰⁹ Par. 2.3. Zie ook EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België), par. 33.

¹¹⁰ Mols 2003, p. 372.

¹¹¹ Art. 34 EVRM. Als het Hof schending van het ondervragingsrecht aanneemt, doet het dit met de standaardoverweging: *'whether it finds that there has been a violation of Article 6 § 1 read in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention.'* Een voorbeeld hiervan is te vinden in EHRM 24 november 1993, nr. 13972/88 (Imbrioscia/Zwitserland).

¹¹² Art. 35 EVRM. Zie voor een uitgebreidere bespreking Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 757 e.v.; Jacobs, White & Ovey 2010, p. 30 e.v. en Vande Lanotte & Haeck 2005a, p. 487 e.v.

¹¹³ De Wilde 2007.

¹¹⁴ EHRM 19 maart 1991, nr. 11069/84 (Cardot/Frankrijk), par. 34-36 en Schalken 2005, p. 60-65.

¹¹⁵ Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 323 en De Wilde 2007, p. 1397.

¹¹⁶ EHRM 20 september 1993, nr. 14647/89 (Saïdi/Frankrijk), par. 39.

¹¹⁷ EHRM 19 februari 1991, nr. 11339/85 (Isgrò/Italië), par. 28-29 en ECRM, 16 december 1999, nr. 29728/96 (Vahtera/Finland), par. 2.

¹¹⁸ Respectievelijk EHRM 21 december 2006, nr. 56891/00 (Borisova/Bulgarije), par. 47 en EHRM 8 juni 2006, nr. 60018/00 (Bonev/Rusland).

¹¹⁹ De Wilde 2007, p. 1396-1398. Zie ook EHRM 28 september 2006, nr. 24015/02 (Andandonskiy/Rusland), par. 53-54 voor een voorbeeld van een dergelijke uitzondering.

1. De verdachte moet op enig moment in de procedure een gemotiveerd oproepingsverzoek hebben gedaan.¹²⁰
2. De verdachte moet de nationale autoriteiten aldus in staat stellen een schending van het ondervragingsrecht te voorkomen.¹²¹
3. Het begrip ‘*remedy*’ uit art. 13 EVRM wordt – in de Nederlandse situatie – ruimer opgevat dan enkel een rechtsmiddel uit boek 3 van het Wetboek van Strafvordering.¹²²
4. Een effectieve oproeping moet op het moment van klagen niet alsnog mogelijk zijn.¹²³

Het Hof kijkt dus voornamelijk naar wat er is voorgevallen tijdens de nationale procedure. Bij deze beoordeling wordt vervolgens met name de activiteit die de verdediging heeft ondernomen meegewogen. Zoals gezegd blijft het niet altijd bij deze – grotendeels procedurele – eisen. In sommige gevallen oordeelt het EHRM al wel sterk inhoudelijk over het ondervragingsrecht.¹²⁴ Dit is mogelijk het geval indien het Hof een signaal wil geven dat het een bepaalde klacht evident ongegrond acht.¹²⁵ In elk geval kunnen de klachten die evident niet klachtwaardig zijn er al in dit stadium uitgehaald worden.

3.4. Stap II: is de klacht gegrond?

De echt inhoudelijke beslissing over art. 6 lid 3 sub d EVRM volgt – normaal gesproken – pas bij de beoordeling door een sectiekamer van het EHRM.¹²⁶ Ik zal de eisen van het Hof in de volgende vier verschillende subparagrafen bespreken die samen het (oude) beslissingsmodel vormen bij klachten over het ondervragingsrecht.

3.4.1. Is er een onbeperkte ondervragingsgelegenheid?

De eerste vraag, die beantwoord moet worden, is of er überhaupt wel sprake van een beperking is. Als dat niet het geval is – en voor zover die situaties er niet al zijn uitgefilterd in ‘Stap I’ – zal er logischerwijs ook geen schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM kunnen zijn. De vraag of er een beperking is geweest, beantwoordt het EHRM aan de hand van de overweging:

¹²⁰ EHRM 19 oktober 2006, nr. 65550/01 (Koval/Oekraïne), par. 116. De verdediging zal bij de rechter dus moeten aanvoeren waarom het ondervragen van de ‘beperkt getoetste getuige’ noodzakelijk is. Jacobs, White & Ovey 2010 p. 296 en Mols 2003, p. 377.

¹²¹ EHRM 14 juni 2005, nr. 43803/98 (Eskelinen e.a./Finland), par. 3 en Schalken 2005. Dit komt voort uit de leer van de *effective remedy* van art. 13 EVRM.

¹²² De Wilde 2007, p. 1397.

¹²³ Als dat wel het geval is, moet eerst het verweer worden gevoerd dat de eerder afgelegde verklaring niet voor het bewijs gebruikt mag worden. EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 35.

¹²⁴ Zo zal ook nog later blijken in par. 4.3. Art. 35 lid 3 kent nou eenmaal ook een open karakter met de begrippen ‘*manifestly ill-founded*’ en ‘*not suffered a significant disadvantage*’.

¹²⁵ De Wilde 2012b, p. 2335.

¹²⁶ Art. 29 EVRM. Art. 31 EVRM maakt het tot slot mogelijk om nog in beroep te gaan bij de Grote Kamer.

*“As a general rule, paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6 require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him.”*¹²⁷

Dit is slechts een zeer algemene indicatie. Het Hof legt dit als volgt uit. De verdediging moet in dezelfde ruimte zitten als de getuige, zij moet elke vraag kunnen stellen, die vraag moet door de getuige ook worden beantwoord en de verdediging moet de identiteit van de getuige kennen.¹²⁸ Een onbeperkte en onbelemmerde ondervraging in een contradictoire procedure is bij het ondervragen dus als uitgangspunt gesteld.¹²⁹ Het Hof gaat er namelijk van uit dat de betrouwbaarheid van getuigen het beste onderzocht kan worden in een procedure op tegenspraak van de verdachte.¹³⁰ Over het algemeen ziet het Hof daarbij de zittingsrechter als de aangewezen persoon die zich een oordeel moet vormen over de betrouwbaarheid van het bewijs.¹³¹

Zoals gezegd zijn uitzonderingen op deze uitleg van een ‘onbeperkte ondervragingsgelegenheid’ mogelijk.¹³² Art. 6 EVRM geeft zelf echter geen gronden waarop beperkingen mogen plaatsvinden.¹³³ Uit de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk en door het citaat uit de zaak *Lucà* wordt in elk geval duidelijk dat ze niet in de weg mogen staan van de realisatie van het doel van het recht op een eerlijk proces: het bieden van effectieve rechtsbescherming.¹³⁴

Het citaat uit *Lucà* gaat daarom verder met het stellen van een algemene regel waar in ieder geval aan voldaan moet worden om een schending van het ondervragingsrecht te voorkomen. Als een getuige bewijs levert anders dan de hoofdregel ‘*in the presence of the accused at a public hearing*’, dan moet de verdediging in elk geval op enig eerder moment een ‘*adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him*’ hebben gehad.¹³⁵ Als dat het geval is, ziet het EHRM over het algemeen geen beperking die een schending van het ondervragingsrecht oplevert. Het enkele ‘verschuiven’ van het moment is dus niet klachtwaardig. Zo overweegt het Hof:

*“(…) the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with par. 1 and 3 (d) of Article 6 (…)”*¹³⁶

¹²⁷ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (*Lucà/Italië*), par. 39.

¹²⁸ EHRM 23 april 1997, 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (*Van Mechelen e.a./Nederland*), par. 62. Onder het ‘elke vraag kunnen stellen’ valt ook het doen vragen. EHRM 27 mei 2008, nr. 28489/04 (*Hasan Rüzgar/Turkije*), par. 50.

¹²⁹ Par. 3.2. en EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (*Lucà/Italië*), par. 39.

¹³⁰ EHRM 6 mei 1985, nr. 8658/79 (*Bönisch/Oostenrijk*), par. 88 en EHRM 28 augustus 1991, nr. 13468/87, nr. 11170/84 en nr. 12876/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*). Zie ook *Fedorova* 2012, p. 339; *Van der Leij* 2002, p. 79 en *Mols* 2003, p. 373.

¹³¹ *Garé* 1994, p. 112-113 en *Keulen* 2004, p. 116 e.v. Het vermogen van de rechter om de betrouwbaarheid van getuigen te beoordelen wordt in de wetenschappelijke literatuur overigens betwijfeld. *Granhag & Jackson* 1997, p. 213 e.v. en *Vrij & Winkel* 1997, p. 429 e.v.

¹³² *Harris, O’Boyle & Warbrick* 2009, p. 322.

¹³³ In tegenstelling tot sommige andere Verdragsrechtelijke bepalingen, zoals art. 8 lid 2 EVRM.

¹³⁴ Zie ook EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, nr. 5101/71, nr. 5102/71, nr. 5354/72 en nr. 5370/72 (*Engel e.a./Nederland*), par. 91 en par. 2.3.

¹³⁵ Dat kan ook bij de opsporingsautoriteiten zijn. EHRM 16 juni 2005, nr. 74727/02 (*Balliu/Albanië*), par. 44.

¹³⁶ EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (*S.N./Zweden*), par. 44.

Het beperken van het moment waarop de getuige ondervraagd wordt, zal daarentegen wel klachtwaardig zijn. Als het moment om een getuige te ondervragen niet voldoet aan de eis van – letterlijk vertaald – ‘een adequate en behoorlijke gelegenheid om de belastende getuige te toetsen en te betwisten’, dan zal het EHRM een schending van art. 6 EVRM aannemen. De beperkingen zijn daarom te zoeken in twee mogelijke situaties – variërend in de mate van hun beperking – dat er geen sprake is van een onbeperkte ondervragingsgelegenheid:

1. de getuige kan op de (door de verdediging) gestelde vragen geen antwoord geven, of
2. de getuige kan niet op alle (door de verdediging) gestelde vragen antwoord geven.

Bij de eerste categorie valt te denken aan een getuige die – om welke reden dan ook – onbereikbaar is (geworden). Bij de tweede groep gaat het om de situatie dat de verdediging een getuige wel vragen kan stellen, maar dat er een beperking aanwezig is. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de getuige niet elke vraag mag beantwoorden of doordat er fysieke beperkingen zijn. In beide gevallen kan de getuige in een eerder stadium echter al wel belastend hebben verklaard. Als de verdediging vervolgens door één van de twee hiervoor genoemde omstandigheden de verklaringen van die getuige niet zelf kan toetsen, zal er in beginsel ook geen sprake zijn van een ‘adequate en behoorlijke gelegenheid om de belastende getuige te toetsen en in twijfel te trekken’. Een beperking van het ondervragingsrecht is dan een feit. In beide situaties is de uitkomst dat er voor de verdediging op dat moment sprake is van een ‘beperkt getoetste getuige’.¹³⁷ Of een zodanige beperking ook een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM oplevert, beantwoordt het EHRM aan de hand van de onderstaande vervolgvragen.¹³⁸

3.4.2. Is de beperking gerechtvaardigd?

Niet elke beperking van het ondervragingsrecht is – zo zagen we net al – meteen een schending van het EVRM. Er zijn praktische oorzaken en legitieme redenen denkbaar waardoor een beperking plaatsvindt. Zo kan de enige belastende getuige inmiddels overleden zijn. Er treedt dan een belangenconflict op. Aan de ene kant moet de verdediging – met het oog op de belangen uit het vorige hoofdstuk – de getuige kunnen ondervragen, maar door het overlijden is dit onmogelijk geworden. Om het verdedigingsbelang te volgen, moeten de belastende verklaring op dat moment buiten beschouwing worden gelaten door de rechter. Het gevolg daarvan is dat de bewezenverklaring niet vastgesteld kan worden. Dat brengt ons bij het andere belang, namelijk dat de samenleving verlangt dat de dader van een strafbaar feit bestraft wordt.¹³⁹ In dat geval zal de belastende verklaring juist wel in het strafproces moeten kunnen worden benut.

Er treedt dus al snel een belangenconflict op en dat vraagt om een afweging. In de bespreking van de algemene uitgangspunten kwam al aan de orde dat een dergelijke afweging – via het toetsen aan de proportionaliteit en de subsidiariteit – gebruikelijk is bij de interpretatie van het EVRM.¹⁴⁰ Het EHRM noemt dit de ‘*weighing of interests*’.¹⁴¹ In zijn algemeenheid houdt dit in dat de rechtvaardiging van de beperking daadwerkelijk moet bestaan en dat de rechtvaardiging door de nationale autoriteiten

¹³⁷ Dit omvat dus de: ‘niet op (alle) vragen antwoordende getuige’. Vgl. Schalken 2012b. De reden dat ik de term ‘beperkt getoetste getuige’ hanteer, is met het oog op andere ‘compenserende’ vormen waardoor een niet-beschikbare getuige alsnog getoetst kan worden. Dit zal later – in het bijzonder bij de bespreking van de nieuwe lijn van het Hof en in de conclusie – nog uitgebreid aan de orde komen.

¹³⁸ Zie ook Trechsel 2006, p. 315.

¹³⁹ De Keijser 2004, p. 45.

¹⁴⁰ Par. 3.2. Zie ook Mols 2003, p. 388.

¹⁴¹ Fedorova 2012, p. 339. Zie ook Mols 2003, p. 390. Vgl. Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 324 over de positieve verplichtingen onder art. 2, 5, en 8 EVRM.

zorgvuldig en duidelijk is afgewogen.¹⁴² Vervolgens moet worden vastgesteld of de beperking tot een minimum is behouden.¹⁴³ Tenslotte moet bekeken worden of de (mate van de) beperking wel in verhouding stond met het doel dat men beoogd te bereiken.¹⁴⁴ Waar bij de ontvankelijkheidsbeslissing de activiteiten van de verdediging centraal staan, zijn het bij deze vraag vooral de inspanningen van de overheid die worden meegewogen.¹⁴⁵ Als aan deze eisen naar het oordeel van het Hof is voldaan, dan is sprake van een gerechtvaardigde beperking. Een schending van het EVRM ligt dan niet in de rede. Het Hof gaat op dat moment verder naar de volgende stap. Deze algemene benadering zal ik voor een aantal bijzondere situaties concretiseren. Ten behoeve van het overzicht zal ik dit doen aan de hand van de eerder gemaakte onderverdeling naar het resultaat, namelijk: de getuige die in zijn geheel geen antwoord geeft en de getuige die beperkt antwoord geeft.

1. De niet-antwoordende getuige

Bij de getuige die in zijn geheel niet (meer) beschikbaar is om door de verdediging onbeperkt ondervraagd te kunnen worden, zou een snelle conclusie kunnen zijn dat er altijd een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM is.¹⁴⁶ De verdediging heeft dan per slot van rekening geen enkele mogelijkheid gehad om de belastende getuige adequaat te ondervragen. Het Hof oordeelt op grond van de genoemde '*weighing of interests*' evenwel iets genuanceerder. Zoals gezegd is de toetsing van de inspanningen van de justitiële overheid vaak doorslaggevend. Ik neem de zojuist genoemde situatie als eerste voorbeeld: de getuige is inmiddels overleden. Het Hof hecht dan waarde aan de vraag of dit de overheid is aan te rekenen. Als dat niet het geval is, zal de beperking niet direct ongerechtvaardigd zijn.¹⁴⁷

De inspanningen van de overheid zullen nog meer in detail bekeken worden als de getuige onvindbaar is; dan kan een dergelijke inspanning namelijk alsnog een schending voorkomen.¹⁴⁸ Verder is het ook een algemeen uitgangspunt van het Hof dat hoe belangrijker een getuige is, hoe meer inspanningen nodig zijn.¹⁴⁹ Als de overheid zich onvoldoende heeft ingespannen, zal een schending van het EVRM het gevolg zijn.¹⁵⁰ Daartegenover staat dat als de overheid zich wel voldoende heeft ingespannen – om het ondervragingsrecht van de verdachte ten aanzien van desbetreffende getuige te verwezenlijken – er over het algemeen geen sprake is van een ongerechtvaardigde beperking.¹⁵¹ De vraag of de getuige uiteindelijk gevonden wordt en of het ondervragingsrecht daadwerkelijk onbeperkt gerealiseerd wordt, is op dit punt niet zozeer doorslaggevend.

¹⁴² Trechsel 2006, p. 313. Zie ook EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, (P.S./Duitsland), par. 23; EHRM 14 februari 2002, nr. 26668/95 (Visser/Nederland), par. 47 en Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 323.

¹⁴³ Mols 2003, p. 376 en Trechsel 2006, p. 313. Dit kan gezien worden als de subsidiariteitstoets. Vgl. Kronenberg & De Wilde 2007, p. 157. Later krijgt de subsidiariteitstoets overigens nog nader gestalte.

¹⁴⁴ Trechsel 2006, p. 313. Dit kan gezien worden als de proportionaliteitstoets.

¹⁴⁵ EHRM 19 februari 1991, nr. 11339/85 (Isgrò/Italië), par. 35; EHRM 13 november 2003, nr. 71846/01 (Rachdad/Frankrijk), par. 25. en Trechsel 2006, p. 315. Vgl. de leer van de '*positive obligations*'. Akandji-Kombe 2007, p. 67.

¹⁴⁶ Deze groep wordt ook wel de *absent witnesses* genoemd. Trechsel 2006, p. 314-315.

¹⁴⁷ EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (Ferrantelli en Santangelo/Italië), par. 51.

¹⁴⁸ EHRM 21 maart 2002, nr. 59895/00 (Calabro/Italië en Duitsland).

¹⁴⁹ Een voorbeeld daarvan is te vinden in EHRM 8 januari 2009, nr. 14899/04 (Babkin/Rusland), par. 9.

¹⁵⁰ Voorbeelden hiervan zijn EHRM 26 juli 2005, nr. 39481/98 en nr. 40227/98 (Mild en Virtanen/Finland), par. 45 en EHRM 19 juni 2003, nr. 28490/95 (Hulki Günes/Turkije), par. 88. De verdachte kan evenmin achterover leunen. EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (Artner/Oostenrijk), par. 20.

¹⁵¹ Een voorbeeld hiervan is te vinden in EHRM 26 april 2007, nr. 5953/02 (Vozhigov/Rusland), par. 52-58.

Een getuige kan ook botweg weigeren te komen. Ook in deze gevallen kan het nodig zijn dat de Staat enige actie onderneemt. Voor de Nederlandse situatie geldt bijvoorbeeld dat de getuige gegijzeld of mede gebracht kan worden.¹⁵²

Het is in al deze gevallen voornamelijk een subsidiariteitstoetsing: had de beperking niet (al op een eerder moment) door de justitiële overheid voorkomen kunnen worden of alsnog opgeheven kunnen worden? Het stadium van de proportionaliteitstoetsing zal meestal snel zijn gepasseerd. Het blote feit dat een getuige is overleden, is verdwenen of weigert te verschijnen, ligt per slot van rekening buiten de macht van de overheid. Uitzonderingen zijn niettemin mogelijk.¹⁵³ Eén ding is in elk geval duidelijk: niemand – ook niet de overheid – is verplicht tot het onmogelijke.¹⁵⁴ Op grond hiervan kan het Hof dan ook oordelen dat een rechtvaardiging van de beperking aanwezig is.

2. De beperkt antwoordende getuige

Als een getuige wel beschikbaar is, kunnen er alsnog legitieme redenen zijn om het ondervragingsrecht van de verdediging te beperken. Ook dan moet eerst de grond voor de concrete beperking duidelijk door de rechter vastgesteld en gemotiveerd worden. Deze toetsing van de proportionaliteit van de beperking zal bij de onderhavige categorie meer inhoud kunnen hebben dan bij de vorige categorie. Vervolgens zal er een subsidiariteitsafweging plaats moeten vinden inzake de noodzaak en de mate van de beperking.¹⁵⁵

Een eerste oorzaak, die een beperking kan veroorzaken, is een getuige die een beroep doet op zijn verschoningsrecht.¹⁵⁶ Het effect van een succesvol beroep van een getuige op zijn verschoningsrecht is dat hij de vragen die samenhangen met de reden van zijn verschoningsrecht, niet hoeft te beantwoorden.¹⁵⁷ Over het algemeen oordeelt het EHRM dat een wettelijke bepaling die het mogelijk maakt dat een getuige zich op een verschoningsrecht beroept, niet in strijd is met art. 6 lid 3 sub d EVRM.¹⁵⁸ Het kan nog sterker gesteld worden: het verschoningsrecht is noodzakelijk in het geval dat een medeverdachte als getuige optreedt.¹⁵⁹ Ook andere omstandigheden kunnen een verschoningsrecht rechtvaardigen.¹⁶⁰ Vaak is het toekennen van een verschoningsrecht dus geen ongerechtvaardigde beperking. Het mag echter niet verder gaan dan strikt noodzakelijk en hierbij zal er dan ook weer een rechterlijk oordeel aan te pas moeten komen. Dit houdt in elk geval in dat alleen de vragen die samenhangen met het verschoningsrecht onbeantwoord mogen blijven; een algemene weigering van

¹⁵² Zie bijvoorbeeld art. 213 lid 2 en 221 Sv.

¹⁵³ EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (Ferrantelli en Santangelo/Italië). De getuige was hier op dubieuze wijze overleden. Ook dan treft het in de kern een verwijt aan de justitiële overheid.

¹⁵⁴ Aldus het adagium: *‘impossibilium nulla est obligatio’*. EHRM 27 april 2010, nr. 43643/04 (Bielaj/Polen), par. 56.

¹⁵⁵ Aldus ook Trechsel 2006, p. 313. Een voorbeeld is te vinden in EHRM 27 september 1990, nr. 12489/86 (Windisch/Oostenrijk), par. 28 en 30.

¹⁵⁶ In het Nederlandse strafproces is het verschoningsrecht van getuigen neergelegd in de art. 217-219b Sv.

¹⁵⁷ Mols 2003, p. 378.

¹⁵⁸ EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk), par. 28.

¹⁵⁹ Dat geldt ook vanuit een Verdragsrechtelijk perspectief, op grond van het recht van een (mede)verdachte om niet zichzelf te hoeven beschuldigen. EHRM 4 december 2008, nr. 1111/02 (Trofimov/Rusland), par. 37. Zie ook art. 6 EVRM en EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh/Duitsland), par. 100.

¹⁶⁰ Bijvoorbeeld een familiair verschoningsrecht. EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk), par. 30 en Trechsel 2006, p. 296.

een ondervragingsgelegenheid zal te vergaand zijn.¹⁶¹ De medeverdachte kan hier evenwel een uitzonderingssituatie innemen. Bij deze verhoren ligt het namelijk in de rede dat uiteindelijk (vrijwel) alle vragen onbeantwoord blijven. Immers, vrijwel alle vragen in het strafproces zullen gaan over de verdenking. In deze situaties is de vergaande beperking wellicht beter te vergelijken met de situatie onder sub 1. De uitkomst van de beperking blijft dus uiteindelijk leidend.

Een andere beperking, die het Hof accepteert, is bij het ondervragen van kwetsbare getuigen.¹⁶² Zo valt te denken aan het slachtoffer dat als getuige optreedt of aan een minderjarig getuige.¹⁶³ In deze gevallen mag een verhoor onder vergaande restricties gehouden worden, bijvoorbeeld door de getuige compleet af te schermen van de verdachte. De acceptatie van beperkingen bij kwetsbare getuigen ligt in het (geestelijk) welzijn van de getuige.¹⁶⁴ Een beperking met een dergelijk doel wordt over het algemeen niet als ongerechtvaardigd gezien, mits – wederom – de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is. De beantwoording van de vraag waar de grens hierbij ligt, vindt voornamelijk plaats bij de afwegingen in de volgende subparagraaf. Daar beoordeelt het Hof meer inhoudelijk over de subsidiariteit van de beperking. Het compleet weigeren van elke vorm van verhoren zal mijns inziens echter al bij de rechtvaardiging veroordeeld worden.

Een derde rechtvaardiging van een beperking kan liggen in het feit dat een getuige bang is om een verklaring af te leggen uit angst voor represailles.¹⁶⁵ Dit speelt zich veelal af in het milieu van de georganiseerde misdaad, waar getuigen vaak al schaars zijn.¹⁶⁶ De getuigen die er zijn, zal men dus graag willen gebruiken om de (georganiseerde) criminaliteit aan te pakken. Het zou bovendien schrijnende situaties opleveren als een dader vrijuit gaat dankzij een dreiging – op grond waarvan de getuige niet durft te verklaren – die hij zelf heeft veroorzaakt.¹⁶⁷ Als een getuige onder beschermende omstandigheden wel wil verklaren, worden beperkingen die daar het gevolg van zijn in de Straatsburgse jurisprudentie over het algemeen gerechtvaardigd geacht.¹⁶⁸ Om tot deze rechtvaardiging te komen, moet er naar het oordeel van het Hof wel worden vastgesteld dat de vrees van de getuige reëel is.¹⁶⁹ Deze toets moet bovendien zorgvuldig uitgevoerd worden door een rechter (of rechter-commissaris), die de identiteit van de getuige wel kent.¹⁷⁰ Ook opsporingsambtenaren kunnen bedreigd worden. Het EHRM geeft bij deze laatste groep aan dat op hen – als overheidsambtenaar – een speciale plicht rust om te getuigen in een rechtszaak.¹⁷¹

¹⁶¹ EHRM 4 december 2008, nr. 1111/02 (Trofimov/Rusland), par. 37.

¹⁶² Dit wordt ook wel de *vulnerable witness* genoemd. Trechsel 2006, p. 320-322. Zie ook Van Zeven 2006, p. 10; Mols 2003, p. 378-389 en Fedorova 2012, p. 346-347.

¹⁶³ Voorbeelden hiervan zijn respectievelijk EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96 (S.P./Duitsland) en EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland), par. 69.

¹⁶⁴ EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 47. Men wil ‘*second traumatisation*’ voorkomen. Zie ook Van Zeven 2006, p. 10.

¹⁶⁵ Dit wordt ook wel de *intimidated witness* genoemd. Trechsel 2006, p. 316-320.

¹⁶⁶ Zo laat bijvoorbeeld de maffiabestrijding in Italië zien. Daar wordt gebruik gemaakt van ‘spijtoptanten’ om de daders van misdrijven – die vaak beheerst wordt door de erecode van het zwijgen; de ‘*omertà*’ – te kunnen berechten. Dickie 2004 en Spina 2008.

¹⁶⁷ Mols 2003, p. 388 en EHRM 29 november 1993, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland), par. 70.

¹⁶⁸ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 40.

¹⁶⁹ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland), par. 19. Voor een zaak waarin de vrees niet gerechtvaardigd werd geacht, zie EHRM 14 februari 2002, nr. 26668/95 (Visser/Nederland), par. 47.

¹⁷⁰ EHRM 29 november 1993, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland), par. 71. Zie ook art. 226c lid 1 Sv.

¹⁷¹ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen

De rechtvaardiging van een beperking kan zijn dat politiemethodes moeten worden beschermd.¹⁷² Zo valt bijvoorbeeld te denken aan de gevallen dat de identiteit van agenten die in *undercover*-operaties optreden, voor de verdachte verborgen moeten blijven. Op deze manier wordt voorkomen dat dergelijke operaties worden ‘opgeblazen’ of dat politiemethoden worden vrijgegeven.¹⁷³ De belangenafweging komt zodoende te liggen tussen enerzijds het belang van de samenleving om misdaad te bestrijden en anderzijds het belang van het ondervragingsrecht voor de verdachte.¹⁷⁴ Over het algemeen accepteert het Hof beperkingen als gevolg van het maatschappelijke belang – mits inhoudelijk beoordeeld en goed gemotiveerd – als legitiem.

Tot slot zijn er praktische belemmeringen mogelijk waardoor een gedeeltelijke beperking onoverkomelijk is. Zo zijn er situaties mogelijk waarin de getuige (ernstig) ziek is.¹⁷⁵ In zijn algemeenheid ontslaat de ziekte van een getuige de vervolgende instantie evenwel niet van zijn verplichting om te voldoen aan het bieden van een gelegenheid aan de verdachte om de getuige te ondervragen.¹⁷⁶ De toets beperkt zich op dit punt tot een enigszins oppervlakkige bestudering van de vraag of de beperking noodzakelijk is bij de feitelijke omstandigheden van de concrete casus. De nadere invulling van de subsidiariteitstoets – door te kijken naar de noodzaak van de mate van de beperking – kwam hier en daar al kort aan de orde, maar volgt voornamelijk in de volgende stap.

3.4.3. Is er sprake van enige compensatie?

Als de beperking gerechtvaardigd is, is de kous dus niet af. De verdediging blijft op dat moment immers verstoken van de gelegenheid tot de ‘*adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him*’. Er mogen dan wel belangen zijn die een beperking rechtvaardigen, dat mag niet geheel ten koste gaan van het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Evenmin mag het ten koste gaan van de betrouwbaarheid van de waarheidsvinding. Na vastgesteld te hebben dat het onderzocht moet worden of de verdachte ‘*the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use*’ heeft gehad, stelt het Hof daarom als nadere uitwerking:

“*In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy.*”¹⁷⁷

Het Hof toetst op dit moment dus de mogelijkheden om de belangen van de verdachte – die door de rechtvaardigingsbeslissing zijn beknot – ten opzichte van de andere belangen uit te balanceren.¹⁷⁸ Deze stap onderscheidt zich dan ook van de vorige subparagraaf in de vraag: is de verdachte voldoende

e.a./Nederland), par. 56.

¹⁷² Dit wordt ook wel de *precious witness* genoemd. Trechsel 2006, p. 315-316.

¹⁷³ Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 323 en Trechsel 2006, p. 315.

¹⁷⁴ EHRM 15 juni 1992, nr. 12433/86 (Lüdi/Zwitserland), par. 45-48.

¹⁷⁵ Als de getuige zodanig ziek is dat hij in zijn geheel niet ondervraagd kan worden, ligt het voor de hand om de getuige te zien als een getuige die niet beschikbaar is. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een getuige die in een comateuze toestand verkeert.

¹⁷⁶ ECRM 7 juli 1989, nr. 10857/84 (Bricmont/België). Het bestaan van een grondslag tot het onthouden van die gelegenheid in de nationale wetgeving, kan evenmin een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM voorkomen. EHRM 14 januari 1998, nr. 31076/96 (Wester/Zweden). Vgl. par. 3.2. over de autonome betekenis en EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 42.

¹⁷⁷ EHRM 28 september 2010, nr. 40156/07 (A.S./Finland), par. 52.

¹⁷⁸ Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 325. Zie ook Trechsel 2006, p. 313.

tegemoet getreden bij de beperking van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM? Het bieden van compensatie is noodzakelijk om dat te bewerkstelligen.¹⁷⁹ De overweging van het Hof luidt:

*“(…) the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours.”*¹⁸⁰

Het zal sterk van de casus afhangen op welke manier de aanwezige beperking gecompenseerd moet worden.¹⁸¹ Bij de beperkt beschikbare getuige is het nemen van zulke maatregelen goed mogelijk. Men kan denken aan het horen van getuigen via tussenpersonen of (tele)communicatiemiddelen.¹⁸² Ook kan een getuige anoniem gehoord worden, bijvoorbeeld door gegevens van de getuige anoniem te houden of door vermommingen te gebruiken.¹⁸³ Deze anonimiteit mag echter niet de situatie opleveren dat de verdachte in de praktijk geen enkele vraag meer kan stellen. Bovendien moet de rechter of onderzoeksrechter in kwestie ook beschikken over de gegevens van de getuige om zelfstandig een oordeel over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te kunnen geven.¹⁸⁴ Daarnaast kan ook een deskundige worden aangewezen, die een oordeel geeft over de getuige en diens verklaring.¹⁸⁵ De toetsing van de maatregelen zal voornamelijk toezien op de vraag of de verdachte de mogelijkheid is geboden om de betrouwbaarheid van het bewijs te toetsen. Een nadere subsidiariteitsafweging vraagt daarbij om de minst verstrekende van de mogelijke beperkingen te kiezen. Om welke beperkingen het gaat zal uiteraard afhangen van de casus. De compensatie moet in elk geval enige inhoud hebben.¹⁸⁶

Bij de getuige die niet meer beschikbaar is, zijn zulke maatregelen uiteraard lastiger te realiseren. De belastende verklaring, die in een eerder stadium is afgelegd, kan dan namelijk op geen enkele manier meer door de verdediging getoetst worden. Als de nationale rechter de belastende verklaring toch voor het bewijs wil gebruiken, acht het Hof het bieden van compensatie onveranderd noodzakelijk.¹⁸⁷ Een vorm van compensatie laat zich dan denken in de situatie dat een deskundige wordt ingeroepen om een oordeel te geven over de wijze van verhoren, over de getuige en over diens verklaring.¹⁸⁸ Enige beperkingen zijn door het bieden van compensatie dus te overkomen.¹⁸⁹

Over het algemeen is het dus uitzonderlijk wanneer het EHRM de geboden compensatie afdoende acht om een schending van het ondervragingsrecht te voorkomen.¹⁹⁰ Doorslaggevend is deze, meer

¹⁷⁹ Mols 2003, p. 390 en EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland), par. 54.

¹⁸⁰ EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 47.

¹⁸¹ Boek & Nijboer 1992, p. 1006 e.v. en Jacobs, White & Ovey 2010, p. 295. Een voorbeeld van het bieden van voldoende compensatie is EHRM 4 juli 2000, nr. 43149/98 (Kok/Nederland).

¹⁸² EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 49-50.

¹⁸³ Trechsel 2006, p. 318 e.v. en Mols 2003, p. 383 e.v. Zie ook Janssen 2012, p. 383.

¹⁸⁴ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland), par. 42 en 44. Vgl. art. 226e Sv.

¹⁸⁵ EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 47.

¹⁸⁶ Spronken 2012b, par. 2 en Fedorova 2012, p. 342.

¹⁸⁷ Mols 2003, p. 377 en Fedorova 2012, p. 343.

¹⁸⁸ EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96 (S.P./Duitsland), par. 29.

¹⁸⁹ In elk geval voor zover het minderjarige slachtoffers betreft. Schalken 2003, par. 1.

¹⁹⁰ Een enkel voorbeeld is te vinden in EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden). Daar was echter ook een aantal bijzondere overwegingen relevant met betrekking tot het handelen van de verdediging. Van Zeven 2006, p. 12 en Schalken 2003, par. 4. Buiten dergelijke, uitzonderlijke omstandigheden meent

inhoudelijke, subsidiariteitstoets al met al niet.¹⁹¹ De beslissende stap ziet het Hof daarentegen wel in de laatste vraag.

3.4.4. Is de ‘beperkt getoetste getuige’ van doorslaggevende betekenis?

Het Hof stelt zich ten slotte de vraag of de verklaring van de niet of beperkt ondervraagde getuige van doorslaggevende betekenis is voor de veroordeling.¹⁹² Dit betreft de zogenoemde *sole or decisive-rule*, die door het Hof is opgesteld in de formulering:

*“(…) where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees of provided by Article 6.”*¹⁹³

In de kern houdt dit in dat een getuige die cruciaal is voor de bewezenverklaring, altijd en zonder te vergaande beperkingen ondervraagd moet kunnen worden.¹⁹⁴ De vraag is dan evenwel: wanneer ziet het EHRM een getuige als cruciaal? Oftewel, wat betekent ‘*solely or to a decisive degree*’? De woordelijke uitleg van dit citaat is dat een bewezenverklaring in ieder geval niet volledig, maar ook niet in beslissende mate, mag steunen op een verklaring van een getuige waarbij het ondervragingsrecht beperkt is geweest. Daar kan geen sprake van zijn als er voldoende ander bewijs is dat steun biedt voor de belastende elementen uit de getuigenverklaring.¹⁹⁵ In dat geval ziet het Hof dan ook geen reden om een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM aan te nemen.¹⁹⁶ Of het steunbewijs in kwestie op deze wijze een schending van het ondervragingsrecht kan voorkomen, zal – door de casuïstische aard van het criterium – afhangen van de omstandigheden van het geval.

De *sole or decisive-rule* kent zodoende een dwingend karakter.¹⁹⁷ Als de vraag of er voldoende steunbewijs is negatief beantwoord moet worden, komt het EHRM tot de conclusie dat er een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM heeft plaatsgevonden.¹⁹⁸ Het beperken van het ondervragen van een getuige die toch voor de bewezenverklaring wordt gebruikt, wordt op dat moment afgestraft.

het Hof dat een beperking zich niet leent voor compensatie. Jebbink 2007, p. 210. Zie ook Schalken 2010 en De Wilde 2007, p. 1396.

¹⁹¹ De Wilde 2009a.

¹⁹² Harteveld, De Jong & Knigge 2004, p. 119. Zie ook EHRM 11 december 2008, nr. 6293/04 (Mirilashvili/Rusland), par. 164.

¹⁹³ EHRM, 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 40.

¹⁹⁴ Jebbink 2007, p. 208. Het uitgangspunt blijft immers een volledig onbeperkte ondervragingsmogelijkheid.

¹⁹⁵ Van Zeben 2006, p. 8.

¹⁹⁶ EHRM 5 april 2005, nr. 39209/02 (Scheper/Nederland). Zie ook Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 474 in de zin: “*the only exception concerns cases where there is sufficient other evidence*”.

¹⁹⁷ Aldus ook Corstens & Borgers 2011, p. 704 en Borgers 2010. Een uitzondering lijkt weggelegd voor de ‘*vulnerable witnesses*’. Van Zeben 2006, p. 11.

¹⁹⁸ Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 474. Een mooi voorbeeld om te komen tot een antwoord op deze vraag vind ik nog wel de moeite waard om hier te geven. Trechsel vergelijkt deze vraag namelijk met een mozaïek. Als bij het mozaïek een steentje wordt weggehaald, maar het totaalbeeld blijft nog duidelijk zichtbaar, dan is geen sprake van een doorslaggevende betekenis van dat ‘steentje’. Als we het ‘steentje’ nu vervangen door de ‘belastende getuigenverklaring’ en als we daarna alle ‘beperkt getoetste getuigenverklaringen’ weghalen, dan moet het beeld nog steeds onmiskenbaar en helder zijn dat de verdachte het ten laste gelegde delict heeft gepleegd. Trechsel 2006, p. 297-298.

In een positieve formulering kan men stellen dat als er wel voldoende bewijs is dat steun biedt voor de verklaring van de getuige, het Hof de belangen van het ondervragingsrecht voldoende gewaarborgd acht.¹⁹⁹ Bij deze constatering past nog één kanttekening, te weten: de zojuist genoemde aanwezigheid van (vele) compenserende factoren kan de vraag naar steunbewijs doen verminderen.²⁰⁰ De laatste twee vragen werken dus als communicerende vaten, met de *sole or decisive-rule* als duidelijke ondergrens.²⁰¹

3.5. Afronding

Het algemene uitgangspunt van het EHRM is dat het *de jure* gewaarborgde ondervragingsrecht, *de facto* te praktiseren moet zijn. Het Hof beoordeelt een klacht over het ondervragingsrecht eerst op de ontvankelijkheid. De verdediging moet daarom op een eerder moment al duidelijk hebben gemaakt dat zij een beperking bij het ondervragen van een belastende getuige heeft ondervonden. Als de beperking onoverkomelijk is geworden, zal het Hof inhoudelijk ingaan op de klacht.

De grondslag van de beperking waarover geklaagd is, kan verschillen. Het kan lopen van de aanwezigheid van praktische problemen tot en met het behartigen van maatschappelijke belangen. Het gevolg is in ieder geval dat de verdediging de getuige niet onbelemmerd en vrij kan ondervragen, maar dat zij enige beperkingen ondervindt. Deze beperking kan gelegen zijn in het feit dat de getuige door een algehele afwezigheid of andere omstandigheden in zijn geheel niet meer ondervraagd kan worden. Ook kan het zo zijn dat de getuige door een specifieke beperking – bijvoorbeeld uit hoofde van zijn eigen bescherming – niet op alle vragen antwoord wil of kan geven. In beide gevallen is er sprake van een door de verdediging ‘beperkt getoetste getuige’. Bij de eerste categorie kijkt het Hof sterk naar de proportionaliteit van de beperking. Bestaat de beperking daadwerkelijk of had de beperking voorkomen kunnen worden? De rol van de justitiële overheden wordt hierbij onderzocht. Als het hen aan te rekenen valt dat er een beperking is, zal het Hof sneller tot een schending komen. Bij de tweede categorie van getuigen die slechts beperkt ondervraagd kunnen worden door de verdediging, zal de belangenafweging meer inhoudelijk onderzocht worden op de subsidiariteit en op de proportionaliteit. Het EHRM hanteert bij deze groep eerst de normatieve toets of een bepaald belang de beperking rechtvaardigt. Wat deze toets betreft is het Hof over het algemeen niet restrictief in zijn oordeel. Daarna volgt de toets of het beperken van de verdediging in haar ondervragingsrecht niet verder gaat dan noodzakelijk is. Bij deze toets oordeelt het Hof strenger.

Beide situaties worden vervolgens beoordeeld op de vraag of er compensatie geboden kan worden. Als het Hof op grond van deze toets niet komt tot een schending van het ondervragingsrecht – bijvoorbeeld in het geval dat compensatie geboden werd of dat compensatie in zijn geheel niet mogelijk was – belandt het Hof bij de vraag die het sluitstuk vormt van de beoordeling van de klacht. Deze stap is van dwingende aard en behelst de vraag: is de belastende getuige die niet of niet ten volle ondervraagd kon worden door de verdachte, van doorslaggevende betekenis voor de bewezenverklaring?²⁰² Als ook dat niet het geval is, zal de beperking naar het oordeel van het Hof geen schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM opleveren.²⁰³ Althans, zo was het tot december 2011.

¹⁹⁹ Fokkens 2004, p. 144 e.v. en Corstens & Borgers 2011, p. 703.

²⁰⁰ Hamer & Poelgeest 2006, p. 92 en EHRM 4 juli 2000, nr. 43149/98 (Kok/Nederland).

²⁰¹ Fedorova 2012, p. 341. Zie ook Schalken 2010 en Spronken 2012b, par. 3.

²⁰² Aldus ook Duker 2012, p. 331 en Schalken 2012a, par. 1.

²⁰³ Zie ook EHRM 3 maart 2011, nr. 31240/33 (Zhukovskiy/Oekraïne), par. 40-43.

4. DE NIEUWE LIJN VAN HET HOF

4.1. Inleiding

Nadat er door de Britse regering is geklaagd over de veroordeling in het arrest van de vierde sectiekamer in de zaak *Al-Khawaja & Tahery*, komt er met het arrest van de Grote Kamer duidelijk een nieuwe lijn in het ondervragingsrecht.²⁰⁴ In mijn behandeling hanteer ik de volgende methodiek. Met de bespreking van het arrest van de Grote Kamer, zal ik aangeven dat het stappenplan uit het vorige hoofdstuk enigszins moet worden bijgesteld. Deze bijstelling uit het arrest van de Grote Kamer zal ik expliciet weergeven en toelichten. Daarna zal ik de toepassing van de nieuwe lijn bespreken, zoals deze blijkt uit de latere jurisprudentie. Dit dient om een beter beeld te krijgen van de nieuwe benadering van het Hof. Vervolgens kan ik, aan de hand van deze nieuwe benadering, in het volgende hoofdstuk bezien hoe de zaken er in Nederland voorstaan.

4.2. Het arrest *Al-Khawaja & Tahery*

4.2.1. De toedracht

Bij de bespreking van het arrest zal ik me beperken tot de feitelijke gegevens die relevant zijn voor de nieuwe lijn van het Hof. Een uitgebreide bespreking van dit arrest is in de literatuur ook al meermalen gegeven.²⁰⁵ In het arrest beoordeelt het EHRM de twee klachten tegen het Verenigd Koninkrijk, van respectievelijk de heer Al-Khawaja en van de heer Tahery. Beide zijn door de Britse strafrechter veroordeeld en dienen bij het Hof een klacht in over de manier waarop deze veroordeling tot stand is gekomen.

De eerste klacht is afkomstig van de arts Al-Khawaja. Hij werd door de Britse rechter veroordeeld voor het plegen van ontucht met twee vrouwen – die in de strafzaak bekend komen te staan als S.T. en V.U. – onder hypnose. Beide vrouwen hadden daar zelf aangifte van gedaan. Aangeefster S.T. heeft echter zelfmoord gepleegd voordat ze ter zitting gehoord kon worden. Wel heeft ze op een eerder moment over de vermeende ontucht gesproken met twee vriendinnen die nog wel beschikbaar zijn om ter terechtzitting gehoord te worden. De klacht van Al-Khawaja bij het Hof zag op het feit dat de verdediging de cruciale, belastende getuigenis van S.T. zelf, niet meer kon verifiëren door de uitoefening van haar ondervragingsrecht. De vierde sectiekamer van het Hof kwam – in lijn met de eerdere jurisprudentie – tot een schending. De verklaring van S.T. was van doorslaggevende betekenis voor de bewezenverklaring. Voorts was er onvoldoende compensatie om een schending van het EVRM te voorkomen.²⁰⁶

Tahery werd er op zijn beurt van verdacht S. te hebben gestoken. Er waren echter geen getuigen die konden verklaren wie S., die in zijn rug aangevallen werd, had gestoken. Later heeft getuige T. alsnog verklaard dat Tahery de dader van de steekpartij is geweest. Uit angst voor de verdachte durft T. dit echter niet ter zitting te verklaren. Uiteindelijk werd T. wel gehoord, maar dit gebeurde afgeschermd van de verdachte. De beperkingen gingen voorts zo ver dat T. in zijn geheel niet ondervraagd of geobserveerd kon worden door de verdediging zelf. De aanwezigheid van deze beperkingen is dan ook waarover geklaagd werd bij het Hof. Ook bij de klacht van Tahery was het oordeel van de sectiekamer van het Hof dat het gaat om een getuige die van doorslaggevende betekenis is voor de

²⁰⁴ Zo blijkt uit de uitspraken van het Hof in achtereenvolgens EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook De Wilde 2012a.

²⁰⁵ De Wilde 2012a; Van Lent 2012; Schalken 2012a en Spronken 2012b.

²⁰⁶ EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 39 en 42.

bewezenverklaring. Bovendien konden de maatregelen, die ter compensatie van de beperking waren genomen, geen schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM voorkomen.²⁰⁷

De Britse regering maakte bezwaar en zoals in de inleiding al naar voren kwam, had ook het Britse Hoogerechtshof zich al kritisch uitgelaten over de strikte toepassing van de *sole or decisive-rule*.²⁰⁸ Deze politieke en rechterlijke ‘mouterij’ komt er – kort gezegd – op neer dat de strikte benadering van het EHRM niet goed toepasbaar is in de specifieke rechtssystemen van *common law*-landen.²⁰⁹ Nadat de Britse regering tegen het oordeel van de sectiekamer bezwaar heeft gemaakt, worden de zaken van Al-Khawaja en van Tahery verwezen – conform art. 43 EVRM – naar de Grote Kamer van het Europese Hof om de klacht opnieuw te beoordelen.

4.2.2. De koerswijziging: compenserende factoren

De Grote Kamer van het Hof stelt in haar uitspraak – na de standaardoverwegingen over art. 6 lid 3 sub d EVRM te hebben gegeven – dat er bij een klacht over het ondervragingsrecht twee toetsingspunten zijn, die voortvloeien uit de eerdere jurisprudentie.²¹⁰

1. De goede reden voor de beperking

Het eerste toetsingspunt dat voortvloeit uit eerdere jurisprudentie is de eis om een goede reden te geven voor de beperking van het ondervragingsrecht. Deze eerste eis kwam in het vorige hoofdstuk al aan de orde in de zin dat de beperking gerechtvaardigd moet zijn.²¹¹ Het Hof stelt hier dus kennelijk opnieuw de normatieve toets waarbij proportionaliteits- en subsidiariteitsafwegingen worden meegenomen. Een algemene regel is moeilijk te bieden. De redenen voor de beperkingen kunnen nu eenmaal in vele, per casus verschillende, omstandigheden liggen.²¹² Het blijft in elk geval zo dat er een goede reden moet zijn om een getuige niet of beperkt te horen, met daarbij aandacht voor de verwijten die de justitiële autoriteiten te maken zijn.²¹³ Deze overwegingen behoren reeds tot de vaste rechtspraak van het Hof.²¹⁴ De echte koerswijziging van de Straatsburgse interpretatie komt dan ook pas naar voren in de uitleg van het volgende toetsingspunt.

2. De doorslaggevende betekenis van de niet-ondervraagde getuige

²⁰⁷ EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 39 en 46-47.

²⁰⁸ Spronken 2012a en United Kingdom Supreme Court, 9 december 2009, UKSC 14 (R/Horncastle).

²⁰⁹ Ölcer 2012, p. 32-33. Zie ook Spronken 2012a en Alkema 2012.

²¹⁰ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 127.

²¹¹ Het Hof stelt letterlijk dat er een ‘goede reden moet zijn voor de afwezigheid van de getuige. De hoofdregel blijft evenwel dat de verdachte een ‘adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him’ moet worden geboden. EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 118 en 119. Ik zal daarom spreken over ‘de eis van een goede reden voor de beperking’ in plaats van ‘de eis van een goede reden voor de niet-beschikbaarheid’. Zie ook Spronken 2012b, par. 6 en par. 3.4.1.

²¹² Fedorova 2012, p. 341.

²¹³ Schalken 2012a, par. 1.

²¹⁴ Spronken 2012b, par. 6. Zie ook de jurisprudentie uit de volgende paragraaf. De toepassing zal dan ook conform de uitleg van par. 3.4.2. gebeuren. Anders De Wilde 2012a, par. 5.2.

Het Hof nam voorheen altijd een schending aan wanneer een ‘beperkt getoetste getuige’ werd gebruikt voor een bewezenverklaring wanneer de verklaring van een dergelijke getuige bij de bewezenverklaring van doorslaggevend belang was.²¹⁵ De bezwaren van de Britse regering zagen op de specifieke toepassing van dit tweede toetsingspunt, te weten: de strikte uitleg van de *sole or decisive-rule*. Eerst lijkt het Hof de kritiek van het Verenigd Koninkrijk in zijn geheel te verwerpen, maar uiteindelijk komt de Grote Kamer alsnog tegemoet aan het Britse verzet.²¹⁶ Het EHRM stelt in paragraaf 147:

“The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1.”

Het Hof laat niet alleen de strikte toepassing van de *sole or decisive-rule* los.²¹⁷ Het stelt bovendien:

*“At the same time where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in R. v. Davis (see paragraph 50 above), and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”*²¹⁸

Zodoende komt er een belangenafweging in de plaats van zowel de harde eis dat de ‘beperkt getoetste getuige’ niet van doorslaggevend belang mag zijn als de wat zachtere eis van compensatie uit het vorige hoofdstuk.²¹⁹ De eis van compensatie was al aanwezig in de jurisprudentie van het Hof.²²⁰ Door de overwegingen in het onderhavige arrest gaat het echter een veel grotere rol innemen. Immers, er kan nu zelfs compensatie worden aangenomen als een getuige in zijn geheel niet via het stellen van vragen getoetst kan worden door de verdediging.²²¹ De belangenafweging heeft aldus een eis voortgebracht die verlangt dat er *counterbalancing factors* zijn.²²² Daaronder valt niet alleen de aanwezigheid van procedurele waarborgen, maar ook de aanwezigheid van steunbewijs.²²³

²¹⁵ Par. 3.3. en EHRM, 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 40.

²¹⁶ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 129-147; Spronken 2012b, par. 6-7; Ölcer 2012, p. 33 en Van Drumpt & Wijnakker 2012a, p. 126.

²¹⁷ De Wilde 2012a, par. 3.1.

²¹⁸ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 147.

²¹⁹ Spronken 2012c, par. 2. Vgl. Van Zeben 2006: die eis was er al in sommige uitzonderingsgevallen.

²²⁰ Par. 3.4.3. en EHRM 26 maart 1996, appl. no. 20524/92 (Doorson/Nederland), par. 72.

²²¹ Aldus ook De Wilde 2012a, par. 4.1.

²²² Spronken 2012b, par. 8.

²²³ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), par. 156.

Een nadeel van de besproken koerswijziging is dat de helderheid van de *sole or decisive-rule* verloren is gegaan.²²⁴ De belangenafweging zal per geval gestalte gegeven moeten worden. Dat komt over het algemeen niet ten goede van de rechtszekerheid.²²⁵ Het Hof beoogt hiermee evenwel om juist meer tegemoet te komen aan de *margin of appreciation* voor de lidstaten en de beoordeling van *the proceedings as a whole*.²²⁶ Anderzijds beoogt het Hof eveneens om de directe belangen van het ondervragingsrecht niet te ondermijnen.²²⁷ Een dergelijke belangenafweging is nu eenmaal niet in een heldere standaardformule te vatten, die op elke casus toe te passen is.²²⁸ In eerste instantie lijkt de eis van compenserende factoren mij in elk geval uitermate geschikt om de belangen van het ondervragingsrecht op maat te dienen. Op dat moment kan het Hof namelijk inhoudelijk beoordelen of het rechtspsychologische belang en het mensenrechtelijke belang van het ondervragingsrecht gerealiseerd zijn. Er is bij dit alles wel één belangrijke kanttekening: de invulling van het begrip ‘compenserende factoren’ moet wat om het lijf hebben. Het onderbelicht raken van deze invulling – met het gevolg dat “het ondervragingsrecht wordt uitgekleeft” – is dan ook waar, na het wijzen van het arrest *Al-Khawaja & Tahery*, voor werd gevreesd.²²⁹ In de volgende paragraaf zal ik aan de hand van de latere jurisprudentie bekijken of gezegd kan worden dat het Hof al met al in zijn opzet is geslaagd.

4.2.3. Het nieuwe beslissingsmodel en de toepassing

Tot besluit geef ik, op basis van de overwegingen van het Hof, als nieuw beslissingsmodel het gewijzigde stappenplan, zoals dat na de zaak *Al-Khawaja & Tahery* opgesteld kan worden. Het Hof zelf doet dit in de vorm van een ‘drietraps’-beslissingsmodel.²³⁰ Ik zoek evenwel aansluiting bij het stappenplan uit het vorige hoofdstuk en neem daarom, ten behoeve van de overzichtelijkheid, ook de eerste vraag mee in het beslissingsmodel.²³¹ De vragen die het Hof in zijn algemeenheid stelt, zijn dan de volgende.²³²

1. Is er een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid voor de verdediging geweest?
2. Was er een goede reden om het ondervragingsrecht te beperken?²³³
3. Is de verklaring van de ‘beperkt getoetste getuige’ van doorslaggevende betekenis voor de veroordeling?²³⁴

²²⁴ Spronken 2012b, par. 9.

²²⁵ Aldus ook EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), joint partly dissenting and partly concurring opinion of judges Sajó and Karakaş.

²²⁶ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 146. Zie ook par. 3.1.; De Wilde 2012a, par. 7 en Schalken 2012a, par. 2.

²²⁷ De belangen van het ondervragingsrecht blijven immers onverkort gelden. EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 129-143.

²²⁸ Alkema 2012, par. 3 en De Wilde 2012a, par. 3.2. Dit gold mijns inziens overigens al bij de invulling van de *sole or decisive-rule*. Die laat zich evenmin in een algemene regel – in kwantitatieve zin – stellen.

²²⁹ De Wilde 2012b, par. 10 en Spronken 2012b, par. 9.

²³⁰ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 152 en Spronken 2012c, par. 4 en 5.

²³¹ Zie ook De Wilde 2012a, par. 6. Stap 1 tot en met 4 komen nu op de plaats van par. 3.4.1.-3.4.4.

²³² De volgorde van de beantwoording lijkt daarbij – gezien de latere jurisprudentie van het Hof – niet dwingend. EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (*Karpenko/Rusland*), par. 72-73. Zie ook EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (*Sibgatullin/Rusland*), par. 75.

²³³ Het Hof stelt de eis van ‘een goede reden’, maar sluit hierbij aan bij de vaste rechtspraak uit par. 3.4.2.

4. Zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig, inclusief sterke procedurele waarborgen?

Door de invoeging van de eerste vraag wordt het beslissingsmodel bovendien algemeen toepasbaar bij alle inhoudelijke beoordelingen van klachten over het ondervragingsrecht. Voor de casus van Al-Khawaja en van Tahery volstaat het dat het Hof begint bij de tweede vraag. De eerste vraag is op dat moment al behandeld. Vervolgens past het Hof deze vragen in de daaropvolgende paragrafen toe.²³⁵

In de zaak van Al-Khawaja stelt het Hof eerst vast dat het overlijden van aangeefster S.T. een evidente beperking van het ondervragingsrecht oplevert. Een goede reden voor deze beperking kan gevonden worden in de *interests of justice*. Het ‘belang van de strafrechtspleging’ vraagt namelijk om de vervolging van ernstige misdrijven, zo werd ook in het vorige hoofdstuk duidelijk. Vervolgens concludeert het Hof dat de verklaring van S.T. van doorslaggevende betekenis is voor de bewezenverklaring. Het Hof komt dus al snel toe aan de beantwoording van de laatste vraag: zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig? Bij de beantwoording van deze vraag stelt het Hof eerst dat de verklaringen van S.T. tegenover de politie sterke gelijkenissen vertonen met de verklaringen van S.T. tegenover twee vriendinnen. Deze vriendinnen konden wel – zij het als ‘secundaire getuigen’ –gehoord worden. Bovendien zijn er grote overeenkomsten in de *modus operandi* bij aangeefster V.U. – het andere slachtoffer van de verdachte – en bij S.T. Deze compensatie is naar het oordeel van het Hof al met al voldoende om een schending van het EVRM te voorkomen.

In de zaak van Tahery komt het Hof wel tot een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM op grond van een gebrek aan voldoende compensatie. Het EHRM is allereerst van mening dat de goede reden objectief en behoorlijk is vastgesteld. Dat getuige T. anoniem gehoord werd, staat het Hof toe. Eerder was al geconcludeerd dat de verklaring van T. van doorslaggevende betekenis was voor de veroordeling. De Grote Kamer van het Hof komt dus weer snel aan bij de laatste vraag. De compenserende factoren waren in de visie van de Britse regering aanwezig in het feit dat de jury door de rechter was geïnstrueerd om de bewijswaarde van een afwezige getuige zorgvuldig af te wegen. Bovendien kon de verdachte zelf deze belastende verklaringen aanvechten en getuigen oproepen om dat te ondersteunen, zo stelde de verwerende regering. Dit was echter onvoldoende naar het oordeel van het EHRM om een schending te voorkomen.²³⁶

4.3. De ‘post-Al-Khawaja & Tahery’-jurisprudentie

Na het arrest *Al-Khawaja & Tahery* is het Hof op dreef gekomen wat het afhandelen van klachten over het ondervragingsrecht betreft. Een stroom arresten is het gevolg geweest, hetgeen op zichzelf al zou kunnen wijzen op (het nader inkleuren van) een koerswijziging.²³⁷ De bestudering van de latere jurisprudentie kan belangrijke informatie opleveren over het nieuwe beslissingsmodel. Zoals ik al vermeldde, is de uitleg van het ondervragingsrecht een zeer casusafhankelijke aangelegenheid. Om iets meer *fingerspitzengefühl* te krijgen met de wijze waarop het Hof over het nieuwe beslissingsmodel

²³⁴ Als sprake is van een zeer ernstige beperking van het ondervragingsrecht, dan kan zelfs een getuige, die onbelangrijk is voor de veroordeling, een schending opleveren. EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, nr. 38022/06, nr. 39122/06 en nr. 44278/06 (Sarkizov e.a./Bulgarije). Vgl. De Wilde 2012b, p. 2336.

²³⁵ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), resp. par. 153-158 en 159-165. Zie Van Lent 2012 voor een ruimere casuïstische bespreking.

²³⁶ De laatste ‘compenserende factor’ kan in mijn optiek overigens in zijn geheel niet als compensatie voor een beperking van het ondervragingsrecht worden beschouwd. Dat omvat geen facet van het ondervragingsrecht ten aanzien van getuigen à charge; dat betreft veeleer een facet van het ondervragingsrecht ten aanzien van getuigen à décharge. Zie ook Trechsel 2006, p. 313.

²³⁷ Leeuw & Van Lent 2012.

oordeelt, zal ik ingaan op de belangrijkste overwegingen uit de latere jurisprudentie.²³⁸ De betekenis van het hiervoor besproken arrest voor het Nederlandse strafproces is moeilijk te geven. Het betreft in de zaak *Al-Khawaja & Tahery* namelijk slechts twee casuïstische beoordelingen, waarbij het Hof bovendien expliciet heeft overwogen dat er aandacht is voor de verschillende rechtssystemen.²³⁹ Uit de stroom van nieuwe jurisprudentie kan wellicht een nadere conclusie worden getrokken. Na de bespreking van deze jurisprudentie kan ik uiteindelijk – na de bespreking van de uitleg van het ondervragingsrecht in Nederland – ook een vollediger conclusie geven over het Nederlandse strafproces.

De eerste uitwerking van de nieuwe lijn geeft het Hof in de zaak *Ellis, Simms & Martin*.²⁴⁰ Het interessante aan deze uitspraak is dat het Hof specifiek op beperkingen ingaat die opdoemen bij getuigen die anoniem verklaren. Wederom betreft het een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk. Het Hof overweegt opnieuw dat de verdachte een effectieve en adequate mogelijkheid moet hebben om het belastende bewijsmateriaal aan te vechten. De uitkomst van de ondervragingsgelegenheid is daarbij beslissend.²⁴¹ Het Straatsburgse oordeel is dat deze mogelijkheid in casu ontbrak. Conform de uitleg in het arrest *Al-Khawaja & Tahery* vervolgt het Hof met de toepassing van het nieuwe beslissingsmodel.²⁴² De goede reden, zo stelt het Hof, is aanwezig in de gerechtvaardigde angst van de getuige voor het intimiderende en zware, bende-gerelateerde geweld in casu. *Interests of justice* kunnen een beperking op dergelijke momenten rechtvaardigen. Daarna wordt de vraag of de verklaring van de ‘beperkt getoetste getuige’ in kwestie van doorslaggevende betekenis is geweest, positief beantwoord. Uiteindelijk komt het Hof tot de beoordeling van de compenserende factoren. In de onderhavige zaak neemt het Hof aan dat er voldoende compensatie is geweest waardoor een schending van het EVRM wordt voorkomen. De compensatie bestond ten eerste uit het feit dat de raadslieden in staat waren gesteld om het optreden van de getuige in het kruisverhoor te observeren. Ook had de zittingsrechter herhaaldelijk zelf onderzocht of de anonimiteit van de getuige geboden was. Verder heeft de Britse rechter oog gehad voor de toelaatbaarheid van het overige bewijs en heeft hij de jury een aanwijzing gegeven over de zaken waar ze rekening mee moet houden bij de waardering van anoniem getuigebewijs.²⁴³ Bovendien beschikte de verdachte over bepaalde informatie over de getuige en kon deze informatie gebruikt worden om de betrouwbaarheid van de getuige tot in detail te betwisten. Al met al is de verdediging voldoende in de gelegenheid geweest om de geloofwaardigheid van de getuige en diens verklaring te toetsen, waardoor het EVRM niet is geschonden.²⁴⁴

In de zaak *Sievert* is de klager een politieagent die veroordeeld is voor het, samen met collega’s, mishandelen van een verdachte. Twee getuigende collega’s, die van doorslaggevend belang waren

²³⁸ Een uitgebreidere feitelijke beschouwing kan gevonden worden in Leeuw & Van Lent 2012.

²³⁹ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), resp. par. 130 en 146. Zie ook De Wilde 2012a, par. 9 en 10.

²⁴⁰ EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (*Ellis, Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*).

²⁴¹ In paragraaf 74 van het onderhavige arrest stelt het Hof de niet beschikbare getuige gelijk aan de beperkt beschikbare getuige (met betrekking tot de ‘anonieme getuige’). Zie ook Schalken 2012b.

²⁴² EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (*Ellis, Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*), par. 76-78. In par. 80-87 wordt het zojuist samengevatte beslissingsmodel – vanaf vraag 2 – toegepast.

²⁴³ Zie ook Spronken 2012c, par. 6. In het Angelsaksische recht is het overigens nog maar de vraag in hoeverre de jury de aanwijzing van de rechter opvolgt. Immers, een motivering van de bewezenverklaring ontbreekt. Schalken 2012b. Of dit *in the end* effectieve compensatie is, blijft onduidelijk.

²⁴⁴ Het Hof blijft bij de beoordeling van deze zaak overigens hangen in het stadium van de niet-ontvankelijkheid. Wellicht, zo werpt De Wilde op, heeft het EHRM aan willen geven dat er bij zoveel compensatie in elk geval geen schending van het ondervragingsrecht is. De Wilde 2012b, p. 2335.

voor de bewezenverklaring, beroepen zich bij de ondervraging door de verdediging op hun verschoningsrecht als medeverdachten. Een goede reden voor de beperking is daardoor aanwezig, waarbij het Hof zelfs aandacht heeft voor de eigen schuld van de verdachte in deze.²⁴⁵ Tenslotte komt het Hof bij de laatste stap. De compenserende factoren bestaan in casu uit het feit dat de verdediging de getuige weliswaar niet zelf heeft kunnen ondervragen, maar dat zij de gang van zaken bij het verhoor dat ter zitting werd afgenomen door de rechters en aanklager, wel zelf heeft kunnen observeren. De verdediging heeft vervolgens door middel van deze observaties de betrouwbaarheid van de getuige aan kunnen vechten. Bovendien heeft de rechter zich in zijn motivering bewust getoond van de inconsistente elementen bij de belastende getuigenverklaringen. Tot slot was er nog steunbewijs aanwezig voor de belastende onderdelen uit de verklaring van de ‘beperkt getoetste getuige’ in casu. Al met al oordeelt het Hof dat ‘a fair and proper assessment of the latter’s reliability’ mogelijk was.²⁴⁶ Het proces in zijn geheel kan daarom ook als *fair* worden gezien en een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM wordt voorkomen.

In de zaak *Vidgen* komt het Hof tot een tegenovergestelde conclusie. Vidgen stond in zijn strafzaak terecht voor drugssmokkel. Bij zijn bewezenverklaring maakt de rechter gebruik van een verklaring van een medeverdachte. Later beriep – net als in de vorige zaak – de getuigende medeverdachte zich op zijn verschoningsrecht. Het Hof oordeelt daarna dat deze getuige het enige bewijs voor de bewezenverklaring vormde.²⁴⁷ Via toepassing van de nieuwe lijn stelt het EHRM vervolgens in twee zinnen een schending vast.

“Although it must be accepted that, as the Government state, reasonable attempts were made to allow the applicant to obtain answers from M., his persistence to remain silent made such questioning futile. The handicaps under which the defence laboured were therefore not offset by effective counterbalancing procedural measures.”

Inspanningen van de justitiële autoriteiten zijn op zichzelf dus onvoldoende om compenserende factoren te geven, die een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM voorkomen. Uiteindelijk is de kern van de bepaling uit het EVRM in deze zaak geraakt: het bieden van effectief verdedigingsrecht.²⁴⁸

Een andere zaak met betrekking tot verschoningsgerechtigde getuigen is de ietwat merkwaardige casus bij de klacht van *Hümmer*.²⁴⁹ Het gaat om een mishandelingszaak waarbij een man een aantal van zijn gezinsleden zou hebben aangevallen. De gezinsleden hebben later aangifte gedaan, maar beroepen zich op hun familiale verschoningsrecht op het moment dat ze door de verdediging gehoord kunnen worden. De eerste vraag uit het model van het Hof ligt in lijn met de vorige twee zaken: een verschoningsrecht voor familieleden staat het EHRM toe. Vervolgens stelt het Hof dat de verklaringen van de familieleden van *Hümmer* uit het vooronderzoek van doorslaggevend belang zijn geweest voor de veroordeling.²⁵⁰ Het Hof gaat daarna uitgebreid in op de slotvraag, betreffende de aanwezigheid van compenserende factoren. De Duitse regering voert het volgende aan. Er is steunbewijs in de vorm van: de ‘spontane’ uitingen door de moeder bij de politie, verwondingen bij de broer, de verklaring van de arts over de verwondingen en de bijl die door de broer bij de politie was aangeleverd. Ook kon de verdediging de onderzoeksrechter, de agenten en de arts zien verklaren en ondervragen en zodoende

²⁴⁵ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland), par. 61-62.

²⁴⁶ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland), par. 63-67.

²⁴⁷ EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland), par. 42 en 46. Het Hof ziet – anders dan de Nederlandse regering – geen andere bewijsmiddelen voor de veroordeling dan de getuige in kwestie.

²⁴⁸ Spronken 2012b, par. 8: het ondervragingsrecht uitoefenen is dan “feitelijk onmogelijk en dus illusoir”.

²⁴⁹ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (*Hümmer*/Duitsland).

²⁵⁰ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (*Hümmer*/Duitsland), par. 41-44.

zelf de betrouwbaarheid toetsen. Tot slot had de onderzoeksrechter nog verklaard dat er geen aanwijzingen waren dat de getuigen niet naar waarheid hadden verklaard. Het Hof overweegt over deze factoren achtereenvolgens dat het gaat om: verklaringen ‘van horen zeggen’ die de beschuldigingen slechts indirect ondersteunen, getuigen die inconsistent en tegenstrijdig verklaren en ‘spontane’ uitlatingen van de moeder die pas drie maanden later zijn gedaan. De arts heeft voorts niet kunnen vaststellen of de verwondingen van de broer door de bijl zijn veroorzaakt. De zus is in het geheel niet door een arts onderzocht; enig bewijs voor haar verwondingen ontbreekt dan ook. Tot slot hebben de rechters, noch de procespartijen zich zelfstandig een oordeel kunnen vormen over de betrouwbaarheid van de getuigen.²⁵¹ Dit alles zorgt er uiteindelijk voor dat er geen goed oordeel kan worden gegeven over de betrouwbaarheid van de verklaringen. Het Straatsburgse Hof acht dat evenwel noodzakelijk.²⁵² De slotsom is zodoende dat art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM is geschonden.

Tot slot bespreek ik hier de zaak *Salikhov*. De heer Salikhov wordt in casu verdacht van de verkrachting van mevrouw K. Er is evenwel een bewijsprobleem, hoewel Salikhov de geslachtsgemeenschap zelf heeft toegegeven. De vermeende dwang waaronder dit zou hebben plaatsgevonden, wordt door hem namelijk ontkend. In de uitspraak van het Hof wordt de Russische regering veroordeeld op grond van een enigszins ondoorzichtige redenering. Allereerst wordt gesteld dat de verklaring van de getuige waarover geklaagd is, van doorslaggevende betekenis is bij de veroordeling van Salikhov. Mevrouw K. is namelijk de enige die kan verklaren over de dwang. Daarna lijkt het Hof bij de tweede eis – van de goede reden – te blijven hangen. Dat is ook niet zo verwonderlijk aangezien corruptie bij ambtenaren bezwaarlijk als goede reden voor de afwezigheid van de beslissende getuige kan worden opgevat. In dezelfde paragraaf stelt het Hof evenwel als finale overweging dat de geboden compensatie onvoldoende was.²⁵³ De laatste vraag van het beslissingsmodel is dus uiteindelijk de doorslaggevende vraag. Het Hof voert tot slot expliciet aan dat er geen sprake is geweest van een mogelijkheid voor de verdediging om tijdens het politieverhoor vragen te doen stellen. Ook is het verhoor niet opgenomen en kon noch de verdediging, noch de rechter op een andere manier het gedrag van de getuige observeren om vervolgens een oordeel over de betrouwbaarheid te kunnen vormen. Met deze formulering *a contrario* lijkt het Hof – mijns inziens – te willen zeggen: indien deze compenserende factoren wel aanwezig waren geweest, dan was een schending voorkomen. Zonder deze compensatie heeft een effectief ondervragingsrecht de verdediging echter ontbroken en dat levert in casu een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM op.

4.4. Afronding

Met het wijzen van het arrest *Al-Khawaja & Tahery* bekijkt het Hof het ondervragingsrecht vanuit een deels nieuw gezichtspunt. Het beoordelen van de *proceedings as a whole* vormt – nadrukkelijker dan voorheen – het uitgangspunt. Het gevolg is dat het Hof de beperkingen van het ondervragingsrecht aan een meer plooibare beoordeling is gaan onderwerpen.²⁵⁴

Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk werd, beslist het Hof eerst over de ontvankelijkheidsbeslissing. Ook in de huidige rechtspraak blijft enige activiteit van de verdediging vereist.²⁵⁵ Daarna wordt de klacht inhoudelijk beoordeeld. Daarbij kijkt het Hof nog steeds of er een adequate en behoorlijke –

²⁵¹ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (Hümmer/Duitsland), par. 48-53.

²⁵² Zeker als er factoren zijn die duiden op de mogelijke onbetrouwbaarheid van de getuigenverklaring. Leeuw & Van Lent 2012. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld oog voor de onbetrouwbaarheid van getuigen vanuit het oogpunt van *collaborative storytelling*. Zie ook par. 2.2. Bovendien is het voor de verdachte niet mogelijk om het feit te ontkennen omdat hij zich daar niets meer over kan herinneren.

²⁵³ EHRM 3 mei 2012, nr. 23880/05 (Salikhov/Rusland), par. 118.

²⁵⁴ Zie ook Van Drumpt & Wijnakker 2012a, p. 126.

²⁵⁵ EHRM 2 oktober 2012, nr. 7259/03 (Mitkus/Litouwen), par. 96.

lees: onbeperkte – ondervragingsgelegenheid is.²⁵⁶ Vervolgens wordt de vraag naar de goede reden beantwoord. De goede reden moet door de rechter behoorlijk worden onderzocht en gemotiveerd.²⁵⁷ Het Hof verlangt bovendien ‘*positive steps*’ om het ondervragingsrecht *de facto* mogelijk te maken.²⁵⁸

De nieuwe lijn wordt duidelijk bij de derde eis. Voorheen was een positief antwoord bij de *sole or decisive-rule* – de vraag of de verklaring van de ‘beperkt getoetste getuige’ van beslissende betekenis was voor de bewezenverklaring – nagenoeg een garantie voor een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM. De vraag, die beslissend is geworden, luidt nu:

Zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig? Als dat zo is, staat dat een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM in de weg.

Deze compenserende factoren moeten in elk geval bestaan uit procedurele waarborgen, die de verdediging in staat stellen om de betrouwbaarheid van het getuigenbewijs nauwkeurig en effectief te onderzoeken.²⁵⁹ De enkele aanwezigheid van steunbewijs zal niet meer voldoende zijn; het steunbewijs is slechts één van de relevante compensatoire factoren. De aanwezigheid van ondersteunend bewijs blijft evenwel een belangrijke factor voor de derde vraag uit het beslissingsmodel, te weten: is de verklaring van de ‘beperkt getoetste getuige’ van doorslaggevende betekenis voor de veroordeling? Als deze vraag namelijk al ontkennend beantwoord moet worden, dan is er geen schending van het EVRM doordat de klacht buiten het beslissingsmodel valt.²⁶⁰ Het Hof ziet de mate waarin een bepaalde getuige van doorslaggevende betekenis is bij deze beoordeling nog altijd als een glijdende schaal. Hoe minder belangrijk de niet of nauwelijks ondervraagde getuige is voor de veroordeling, hoe minder compensatie er bij de laatste stap nodig is.²⁶¹ Op grond van het voorafgaande kan dus gesteld worden dat de eisen van het Hof in grote lijnen hetzelfde zijn gebleven, maar dat de waarde van de twee laatste vragen is omgedraaid.²⁶² Het is niet langer de *sole or decisive-rule*, maar de eis van compensatie die doorslaggevend is geworden.

Naar mijn mening vult het Hof op een zorgvuldige en voldoende inhoudelijke manier de laatste vraag in van het nieuwe beslissingsmodel, aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Waar een cruciale niet-beschikbare getuige niet ondervraagd kon worden, vraagt het Hof nadrukkelijk om steunbewijs als compenserende factor. Waar een beperkt beschikbare getuige op enigerlei wijze alsnog ondervraagd zou kunnen worden, vraagt het Hof juist om procedurele maatregelen om het ondervragen zelf te realiseren.²⁶³ Een kwantitatieve, algemeen toepasbare regel laat zich bij een onderwerp als het onderhavige helaas niet stellen. Toch biedt de latere jurisprudentie wel kwalitatieve houvast: er moeten compenserende factoren zijn, waar de verdachte in diens strafproces – met het oog op de belangen van het ondervragingsrecht – enig hout mee kan snijden. *In fine* vraagt de nieuwe lijn

²⁵⁶ Zie ook EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (Karpenko/Rusland), par. 69 en EHRM 14 januari 2010, nr. 23610/03 (Melnikov/Rusland), par. 79-81 over het zogeheten *confrontation interview* in Rusland.

²⁵⁷ Zie ook Leeuw en Van Lent 2012, commentaar en De Wilde 2012a, par. 10.

²⁵⁸ EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (Karpenko/Rusland), par. 74-75 en EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (Sibgatullin/Rusland), par. 56-57. Zie ook Akandji-Akombe 2007 en par. 3.1. en 3.4.2. Daarentegen geldt dat passiviteit van de verdachte niet zonder meer als *waiver* mag worden opgevat. EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (Sibgatullin/Rusland), par. 46-48.

²⁵⁹ Zie ook Van Drumpt & Wijnakker 2012b, p. 631.

²⁶⁰ Zie bijvoorbeeld in de zaken EHRM 17 april 2012, nr. 43609/07 (Fafrowicz/Polen), par. 62 en EHRM 25 oktober 2012, nr. 18027/05 (Stefancic/Slovenië), par. 42

²⁶¹ EHRM 17 april 2012 en Spronken 2012c, par. 10. Zie ook par. 3.4.3.-3.4.4.

²⁶² Aldus ook De Wilde 2012b, p. 2334.

²⁶³ Zie ook Schalken 2012c, par. 3.

van het Hof dus om compensatie, die specifiek tegemoet komt aan de effectuering van (de intrinsieke waarde van) het ondervragingsrecht. Dat wil zeggen: de betrouwbaarheid van de belastende getuige moet getoetst kunnen worden, terwijl de aard van het ondervragingsrecht – te weten: het bieden van effectieve rechtsbescherming door middel van een verdedigingsrecht – niet mag worden verlaten.²⁶⁴

Van deze nieuwe aanpak kan in mijn ogen ook gezegd worden dat het beter past bij het karakter van het Verdrag. Er is nu meer aandacht voor de soevereiniteit van de lidstaten, terwijl het effectiviteitsbeginsel en de proportionaliteit en subsidiariteit in het nieuwe beslissingsmodel evenmin uit het oog worden verloren. Bovendien past de eis van het kunnen onderzoeken van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring beter in een ‘evolutieve’ benadering waarbij er rekening wordt gehouden met de factoren die in de wetenschap van nu – hier: in de rechtspsychologie – naar voren komen.²⁶⁵ Hoezeer dit alles ook zo moge zijn, de centrale en meest relevante vraag voor mijn betoog blijft: welke betekenis heeft de hiervoor besproken koerswijziging voor het Nederlandse strafproces? Om dat te kunnen beantwoorden zal ik in het volgende hoofdstuk de uitleg van het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces behandelen aan de hand van het nieuwe beslissingsmodel van het Hof.

²⁶⁴ Schalken 2012c, par. 3 en Spronken 2012b, par. 7.

²⁶⁵ Zie ook par. 2.2. en 3.1.

5. HET ONDERVRAGINGSRECHT IN HET NEDERLANDSE STRAFPROCES

5.1. Inleiding

Bepalingen over het horen van een getuige zijn op verschillende plekken in het Wetboek van Strafvordering terug te vinden. Het gevaar bij een omvangrijk deelonderwerp als het onderhavige is dat de scherpste in de onderzoekslijn wordt verloren als gevolg van een te breedvoerige bespreking van bovendien een zeer algemene aard.²⁶⁶ Ik spit me daarom opnieuw toe op de specifieke en concrete vraagstelling in mijn betoog:

Hoe wordt het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM in het Nederlandse strafproces uitgelegd?

Eerst zal ik de hoofdlijnen van het ondervragingsrecht in de Nederlandse strafrechtspleging doorlopen. Daarna geef ik aan hoe de Hoge Raad oordeelt in de situatie dat de verdediging klaagt over beperkingen van het ondervragingsrecht. Ten slotte zal ik in dit hoofdstuk nog bijzondere aandacht besteden aan het leerstuk van de anonieme getuige.

Allereerst maak ik nog een algemene onderverdeling om enige duidelijkheid te scheppen met betrekking tot hetgeen ik in dit hoofdstuk zal bespreken. Het ondervragen van getuigen kent namelijk twee componenten: een procedurele component en een bewijsrechtelijke component.²⁶⁷ De eerste component is te begrijpen in de zin dat er bepalingen in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen, die het (feitelijke) verloop van het horen van getuigen regelen.²⁶⁸ De procedurele regels en de rechtspositie omtrent getuigen zal ik niet uitgebreid bespreken, al was het maar omdat vele bepalingen niet zien op het ondervragingsrecht.²⁶⁹ Voor zover de bepalingen in hun effect een beperking van het ondervragingsrecht tot gevolg hebben, zal ik daar wel kort op terugkomen. In algemene zin kan gezegd worden dat de wetgever het (verloop van het) verhoor van de getuige redelijk open heeft gelaten.²⁷⁰

De bewijsrechtelijke component gaat spelen na het volgen van de procedures, bij de beraadslaging door de rechter. In zeer algemene zin gesteld geeft het volgen van de procesrechtelijke regels de rechter de middelen in handen om antwoord te geven op de bewijsvraag uit art. 350 Sv.²⁷¹ De getuigenverklaring is daarbij één van de wettige bewijsmiddelen.²⁷² Dit geeft een samenspel met het

²⁶⁶ Voor een algemene bespreking verwijs ik naar Corstens & Borgers 2011, Nijboer 2011 en Reijntjes 2009.

²⁶⁷ Corstens 1994, par. 6.

²⁶⁸ Art. 210-226s; 260 lid 1; 260 lid 4 en 287-298 Sv.

²⁶⁹ Uitgebreide besprekingen zijn terug te vinden in Mols 2003; Alink & Van Zeben 2007 en Corstens & Borgers 2011, p. 124 e.v., 278, 335 e.v. en 604 e.v.

²⁷⁰ Mols 2009, p. 305 en Amelsvoort 2012, p. 357-358. Overigens kent het begrip ‘getuige’ ook geen wettelijke definitie. Onder ‘getuige’ wordt in elk geval begrepen: personen die iets omtrent het strafbare feit kunnen verklaren, dat hij al dan niet zelf en rechtstreeks heeft waargenomen. Mols 2009, p. 297 en Corstens & Borgers 2011, p. 124. Onder deze beschrijving kunnen ook personen vallen die al een andere rol in het strafproces vervullen, zoals daar bijvoorbeeld zijn: de verdachte, raadsman, griffier, officier van justitie, rechter, rechter-commissaris. Mols 2003, p. 269 e.v. en Corstens & Borgers 2011, p. 125 e.v.

²⁷¹ Art. 1 en 338 jo. art. 339 Sv.

²⁷² Art. 339 lid 1 sub 3 en 342 Sv.

vorige aspect doordat de feitelijke gang van zaken consequenties heeft voor het bewijsrechtelijke gevolg. Het bewijsrecht normeert zodoende het procedurele element van het ondervragingsrecht.²⁷³

In dit hoofdstuk staan die bewijsrechtelijke overwegingen van de Hoge Raad centraal. Immers, het is al eerder aan de orde gekomen dat het EHRM de selectie en waardering van de bewijsmiddelen in beginsel overlaat aan de nationale wetgever en rechter. Als de selectie en waardering hebben plaatsgevonden, kijkt het Hof (aan de hand van de bewijsrechtelijke overwegingen) pas of er nog sprake is van een eerlijk proces.²⁷⁴ De verdere bespreking zal daarom voornamelijk gaan over de inhoudelijke, bewijsrechtelijke karakteristieken, die beperkingen op het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces normeren. Dat is, zoals we bij de beoordeling van het Hof al zagen, waar het uiteindelijk om gaat: als de verdediging beperkt wordt in haar mogelijkheden om een cruciale getuige te ondervragen, dan is de eerlijkheid van het proces in het geding.

5.2. De hoofdlijnen

5.2.1. Het wettelijke uitgangspunt: horen ter zitting

Ik begin bij de basis in de wet, te weten: de wettelijke regeling omtrent het gebruik van getuigen voor het bewijs. Art. 339 lid 1 sub 3 Sv geeft aan dat de verklaring van een getuige als wettig bewijsmiddel wordt erkend. Art. 342 Sv stelt vervolgens:

“1. Onder verklaring van een getuige wordt verstaan zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeeling van feiten of omstandigheden, welke hij zelf waargenomen of ondervonden heeft.

2. Het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige.”

Hieruit blijkt dat getuigen in beginsel ter zitting gehoord dienen te worden door de rechter. Op dat moment is de (procedurele) bepaling uit art. 292 lid 3 Sv van toepassing;

“3. Hij [de voorzitter van het rechterlijk college] stelt de verdachte in de gelegenheid om de getuige te ondervragen en naar aanleiding daarvan tegen de verklaring van die getuige in te brengen wat tot zijn verdediging kan dienen.”

Het ideaal dat de wetgever hiermee tot uitdrukking heeft gebracht, zou tot de conclusie kunnen leiden dat verklaringen van getuigen die zijn afgelegd in het vooronderzoek, nooit voor het bewijs gebruikt mogen worden. Deze conclusie moet evenwel worden verworpen in het licht van de volgende ontwikkeling.²⁷⁵

5.2.2. De nuancering: horen tijdens het vooronderzoek

Door de intrede van het ‘*de auditu*’-arrest moet de onmiddellijkheidsgedachte van art. 342 lid 1 Sv namelijk behoorlijk bijgesteld worden.²⁷⁶ De rechter mag sinds deze uitspraak gebruik maken van

²⁷³ Corstens 1994, par. 6. Zie ook Fedorova 2012, p. 338.

²⁷⁴ Art. 6 lid 1 en 3 lid 1 sub d jo. art. 35 lid 3 sub a EVRM. Vgl. Spronken 2012b, par. 1. Zie ook par. 3.2 en bijvoorbeeld de zaak EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland), par. 68.

²⁷⁵ HR 9 januari 1990, NJ 1990, 354, m.nt. Van Veen, r.o. 2. Zie ook Reijntjes 2009, p. 392. Vgl. EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden), par. 44.

²⁷⁶ HR 20 december 1926, NJ 1927, 85 (de auditu) en Reijntjes 2009, p. 19.

getuigenverklaringen ‘van horen zeggen’.²⁷⁷ Ten eerste geldt dat een getuige die een verklaring aflegt in het vooronderzoek – ten overstaan van een opsporingsambtenaar of rechter-commissaris – door de rechter voor het bewijs mag worden gebruikt.²⁷⁸ Het is zelfs mogelijk dat een rechter ervoor kiest om een dergelijke verklaring uit het vooronderzoek te laten prevaleren boven een ter zitting afgelegde verklaring, indien hij de eerste betrouwbaarder acht.²⁷⁹ In deze gevallen is het uiteindelijk niet de persoon die een bepaalde waarneming heeft gedaan, die direct tegenover de zittingsrechter verklaart. De verklaringen van die persoon bereiken de zittingsrechter via de weg van een ambtsedig proces-verbaal van de opsporingsambtenaar of van de rechter-commissaris.²⁸⁰

Bovendien valt te denken aan de situatie dat persoon A iets tegen persoon B vertelt. Vervolgens verklaart B tegenover de rechter over hetgeen A hem heeft verteld. Dit is een verklaring ‘van horen zeggen (van B door A)’.²⁸¹ Het is dan een secundaire bron die als getuige een verklaring aflegt, maar die inhoudelijk de waarnemingen van een ander overbrengt. De Hoge Raad accepteert ook deze manier van het tot bewijs bezigen van getuigenverklaringen, die door iemand anders dan de primaire bron zijn overgebracht.²⁸²

Het is zodoende te stellen dat de ‘*de auditu*’-jurisprudentie het wettelijke uitgangspunt van het horen van getuigen ‘op de terechtzitting’ uit art. 342 lid 1 Sv doorkruist. Verklaringen van getuigen uit het vooronderzoek kunnen – zowel schriftelijk als mondeling – worden overgebracht anders dan de hoofdregel van art. 342 lid 1 Sv doet vermoeden. Formeel is er dan sprake van schriftelijke bescheiden, materieel blijft het evenwel een getuigenverklaring.²⁸³ Het ‘*de auditu*’-arrest is inmiddels zo ver ontwikkeld in de Nederlandse strafrechtspraktijk dat het horen van getuigen voorafgaand aan het onderzoek ter zitting gemeengoed is geworden. Het is zelfs niet ongebruikelijk dat ter zitting enkel nog de verdachte wordt gehoord en dat het onderzoek ter terechtzitting verder alleen nog maar een formele afronding van het vooronderzoek vormt.²⁸⁴

Al met al brengt deze nuancering van het wettelijke uitgangspunt met zich dat het moment dat een de getuige gehoord wordt, plaatsvindt:²⁸⁵

1. tijdens het onderzoek ter terechtzitting ten overstaan van de zittingsrechter(s); art. 287 tot en met 297 Sv;
2. tijdens het vooronderzoek ten overstaan van de rechter-commissaris; art. 210 tot en met 226 Sv en
3. tijdens het opsporingsonderzoek ten overstaan van een opsporingsambtenaar; deze vorm kent geen wettelijke regeling en geschiedt op basis van vrijwilligheid.²⁸⁶

²⁷⁷ Dit wordt ook wel het ‘*testimonium de auditu*’ genoemd. Uitgebreide besprekingen zijn te vinden in Corstens & Borgers 2011, p. 696 e.v.; Nijboer 2011, p. 92 e.v. en Reijntjes 2009, p. 18 e.v.

²⁷⁸ Garé 1994, p. 93 en Reijntjes 2009, p. 391.

²⁷⁹ Corstens & Borgers 2011, p. 697-698.

²⁸⁰ Art. 339 lid 1 sub 5 jo. art. 344 lid 1 sub 2 Sv.

²⁸¹ Corstens & Borgers 2011, p. 696.

²⁸² HR 20 december 1926, NJ 1927, 85 (de auditu), r.o. 2.

²⁸³ Corstens & Borgers 2011, p. 699-700. Zo zal ook de visie van het Hof zijn, met het oog op de autonome betekenis die het aan Verdragsrechtelijke begrippen toekent. Zie ook Reijntjes 2009, p. 391.

²⁸⁴ Pompe 1975, p. 46. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 699-700 en Nijboer 2011, p. 92 e.v.

²⁸⁵ Zie voor een uitgebreidere bespreking Mols 2009, p. 298, p. 299-302 en p. 302-306.

Zoals gezegd komt het er in de praktijk op neer dat de meeste getuigen bij het tweede en derde moment gehoord worden. Door de recente inwerkingtreding van de nieuwe Wet versterking van de positie van de rechter-commissaris zal de rol van het vooronderzoek waarschijnlijk alleen maar groter worden.²⁸⁷ Aan de ene kant is het voordeel van deze ontwikkelingen dat de zittingsrechter werk uit handen wordt genomen, waardoor men hoopt op een efficiëntere strafrechtspleging. Aan de andere kant wordt hierdoor wel een grote mate van bekwaamheid en betrouwbaarheid van de verhoorders in het vooronderzoek verlangd.²⁸⁸ De vraag of dit wenselijk is, laat ik in het midden. Het gaat in mijn betoog nu om de vraag: hoe zit het nu met de ondervragingsmogelijkheden voor de verdachte?

In de situatie dat een getuige ten overstaan van de rechter-commissaris gehoord wordt, is de procespositie van de verdediging over het algemeen voldoende gewaarborgd.²⁸⁹ In principe kan de verdediging dan altijd aanwezig zijn bij het horen van getuigen, tenzij het belang van het onderzoek dat verbiedt.²⁹⁰ Het is bij deze ondervragingsgelegenheid in eerste instantie de rechter-commissaris zelf die de vragen stelt, eventueel aan de hand van de door de verdediging vooraf opgestelde vragen.²⁹¹ In de praktijk zal het vaak zo zijn dat de verdediging zelf ook de gelegenheid wordt geboden om de getuige vragen te stellen.²⁹²

Bij het getuigenverhoor door opsporingsautoriteiten ligt het anders.²⁹³ Met betrekking tot deze verhoren is er door de wetgever niets geregeld. Het getuigenverhoor door opsporingsambtenaren vindt uiteindelijk – anders dan de leek, waaronder wellicht de getuige zelf, wel eens zou kunnen vermoeden – plaats op basis van vrijwilligheid.²⁹⁴ Het gevolg van het ontbreken van een wettelijke regeling is verder dat de verdediging over het algemeen niet bij deze verhoren aanwezig is. De verdediging kan zich immers ook niet op een wettelijk recht beroepen om aanwezig te zijn.²⁹⁵ Overigens zijn de vormvoorschriften die gelden voor het verhoor bij de rechter-commissaris (art. 172 en 173 Sv) en voor het verhoor ter terechtzitting (art. 271 Sv) ook van toepassing op het verhoor in het opsporingsonderzoek.²⁹⁶

Het getuigenverhoor in het opsporingsonderzoek is in beginsel dus geen situatie waarin de verdediging de getuige (onbegrensd) kan ondervragen. In de praktijk nemen deze verhoren evenwel een belangrijke rol in.²⁹⁷ Maar ook bij de rechter-commissaris en zelfs bij de zittingsrechter kunnen er

²⁸⁶ Corstens & Borgers 2011, p. 278.

²⁸⁷ Mols 2012, p. 354. Daarbij krijgt de rechter-commissaris ook meer (controlerende) bevoegdheden.

²⁸⁸ Reijntjes 2009, p. 20. Dit komt bovenop de algemene waarschuwing tot behoedzaamheid die al gegeven wordt bij het gebruik van ‘*de auditu*’-bewijs, waardoor er dus eigenlijk dubbele behoedzaamheid wordt verlangd van de zittingsrechter. Zie ook Wagenaar 1999, p. 254 en Malsch, Haket & Nijboer 2008.

²⁸⁹ Franken & Röttgering 2009, p. 259.

²⁹⁰ Art. 186 lid 1 Sv. Zie ook Reijntjes 2009, p. 268.

²⁹¹ Art. 210 lid 1 Sv en art. 186a lid 3 jo. 186 lid 3 Sv.

²⁹² Beaujean 2009, par. 23.6.6.c.

²⁹³ Corstens & Borgers 2011, p. 278.

²⁹⁴ Mols 2009, p. 298. Enkel het staande houden om de identiteit vast te stellen moet door de getuige geduld worden, zo is bepaald in het bijzondere arrest HR 11 november 1947, NJ 1048, 126 (Piet Geus).

²⁹⁵ Franken & Röttgering 2009, p. 258.

²⁹⁶ Amelsvoort 2012, p. 357.

²⁹⁷ Dat is niet zonder reden want men gaat er van uit dat hoe sneller een getuige wordt gehoord, hoe betrouwbaarder diens verklaring is. Amelsvoort 2012, p. 357. Vgl. art. 185 Sv. Hetgeen verklaard wordt in dit stadium is – zoals we in hoofdstuk al zagen – vaak van bepalende betekenis is voor de

omstandigheden zijn waardoor er niet langer sprake is van een onbeperkte ondervragingsmogelijkheid. De vraag is bij dit alles: is de verdediging zodanig in zijn ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM geschaad dat dit een schending van het EVRM oplevert? In het onderstaande zal ik bespreken hoe de Hoge Raad met deze vraag omgaat bij het gebruik van een getuigenverklaring voor het bewijs. Oftewel, hoe normeert de Hoge Raad procedurele beperkingen? Daarna zal ik in de evaluatie in het volgende hoofdstuk deze uitleg kunnen vergelijken met de uitleg van het Hof uit de vorige hoofdstukken.

5.3. De normering van de beperkingen

5.3.1. De ‘grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie

In het arrest ‘grenzen getuigenbewijs’ van 1 februari 1994 gaat de Hoge Raad in op de vraag in hoeverre belastende verklaringen van getuigen uit het vooronderzoek gebruikt mogen worden voor het bewijs. De anonieme getuigenverklaring is daarbij expliciet buiten beschouwing gelaten. In de latere jurisprudentie – de zogeheten: ‘grenzen getuigenbewijs’-rechtspraak – heeft de Hoge Raad zijn eisen enigszins verfijnd. De benadering van de Hoge Raad komt op het volgende neer.²⁹⁸

De Hoge Raad maakt allereerst een opmerking over de bruikbaarheid van verklaringen uit het vooronderzoek en de Hoge Raad merkt ook nog op dat hij enig initiatief van de verdediging verwacht.²⁹⁹ Als de verdediging ter terechtzitting niet het verhoor van de ‘beperkt getoetste getuige’ in kwestie verlangt of niet diens verklaring(en) betwist, dan zal een belastende verklaring gewoon voor het bewijs gebruikt mogen worden.³⁰⁰

De Hoge Raad stelt verder dat er ‘in enig stadium van het geding’ een gelegenheid tot ondervragen moet zijn geweest.³⁰¹ Het horen bij de rechter-commissaris is een dergelijke gelegenheid. Zoals we zojuist zagen, kan de verdachte op dat moment – normaal gesproken – zelf vragen stellen aan de getuige. Het enkele horen in het opsporingsonderzoek zal daarentegen vrijwel altijd onvoldoende zijn, tenzij ook de verdediging de getuige toentertijd al heeft kunnen ondervragen.³⁰² Als de ondervragingsgelegenheid er uiteindelijk is geweest voor de verdachte, dan is het gebruik van de belastende verklaring voor het bewijs niet ongeoorloofd in het licht van het ondervragingsrecht. Dat is logisch. Minder logisch wordt het als de belastende getuige in kwestie bij deze gelegenheid weigert te verklaren. In beginsel is elke getuige weliswaar verplicht om, in ieder tegenover de rechter-commissaris en tijdens het onderzoek ter zitting, om te verklaren.³⁰³ Een uitzondering kan ontstaan als de getuige zich succesvol beroept op zijn verschoningsrecht.³⁰⁴ Echter, ook die – met het oog op de goede procespositie problematische – situatie hoeft in de visie van de Hoge Raad niet direct een schending van het EVRM op te leveren. Hij stelt namelijk:

inhoud van het strafproces is. Par 2.2.; Franken 2010, par. 7 en Kohlbacher 1978.

²⁹⁸ Zie ook Alink & Van Zeven 2007; Mols 2003, p. 343 e.v.; Reijntjes 2009, p. 391 e.v. en Corstens & Borgers 2011, p. 702 e.v. Vgl. de ‘ontvankelijkheidsbeslissing’ in par. 3.3.

²⁹⁹ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (grenzen getuigenbewijs), m.nt. Corstens, r.o. 6.3.3. par. i en ii.

³⁰⁰ Zie ook Reijntjes 2009, p. 392; Duker 2012, p. 329; HR 11 mei 1999, *NJ* 1999, 526 en HR 10 februari 2004, *NJ* 2004 452, m.nt. Knigge. Vgl. Mols 2003, p. 345 en par. 3.3. Zie voor de kritische noties over deze inspanningsverplichting van de verdediging Franken 2006a, p. 31-32.

³⁰¹ Dit komt overeen met par. 3.4.1. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 702 e.v.

³⁰² HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 57. Zie ook EHRM 31 augustus 1999, nr. 35253/97 (Verdam/Nederland).

³⁰³ Art. 444 Sr en 223 lid 1 Sv. Zie ook Reijntjes 2009, p. 269-275.

³⁰⁴ Art. 217-219b Sv.

*“De enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, brengt niet mee dat inbreuk wordt gemaakt op het door art. 6, lid 3, aanhef en onder d, EVRM gewaarborgde recht.”*³⁰⁵

Op dat moment mag de belastende verklaring, die de desbetreffende getuige eerder heeft afgelegd, gewoon voor het bewijs worden gebruikt.³⁰⁶ De Hoge Raad is van mening dat het bieden van de gelegenheid tot ondervragen op zich voldoet om aan de eisen van art. 6 lid 3 sub d EVRM. Anders dan wat we bij de beoordeling door het EHRM in paragraaf 3.4. zagen, is het voor de Hoge Raad daardoor niet doorslaggevend of er *de facto* een effectieve ondervragingsgelegenheid is geweest. Vele auteurs hebben reeds betoogd dat dit niet in overeenstemming is met de Straatsburgse jurisprudentie. Het enkele stellen van een vraag aan de getuige – zo is de kritiek – kan niet worden beschouwd als een behoorlijke ondervragingsgelegenheid. Immers, het Hof beoordeelt een klacht over het ondervragingsrecht in het licht van de uitkomst van de mogelijkheid die er voor de verdachte is geweest.³⁰⁷ De Hoge Raad stopt echter na de vraag of de onmogelijkheid van het horen de overheid valt toe te rekenen.³⁰⁸ Als dit niet het geval is, is er zijns inziens geen schending van het EVRM.

De gelegenheid tot ondervragen kan ook geheel ontbreken. Er kunnen zich feitelijke oorzaken aandienen waardoor een getuige niet meer beschikbaar is voor de ondervragingsgelegenheid. Zo valt te denken aan de situatie – die ook al eerder aan de orde kwam – waarin de desbetreffende getuige is overleden. Dit brengt wel een beperking met zich, maar hoeft niet per se een schending van het ondervragingsrecht op te leveren in de visie van de Hoge Raad.³⁰⁹ De Hoge Raad oordeelt in algemene zin dat ook in dergelijke situaties het gebruik van deze vorm van ‘beperkt getoetste getuige’ niet direct ongeoorloofd is in het licht van art. 6 lid 3 sub d EVRM.³¹⁰

Inhoudelijk stelt de Hoge Raad eerst enkele eisen aan het creëren van de genoemde gelegenheid. De eerste eis is de uitermate vage formulering dat de beginselen van een behoorlijke procesorde, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een ambtshalve oproeping of dagvaarding kunnen verlangen.³¹¹ In de rechtspraak moet dit ambtshalve oproepen of dagvaarden in ieder geval gebeuren als de belastende getuigenverklaring tijdens het opsporingsonderzoek is afgelegd tegenover de opsporingsautoriteiten, terwijl deze getuigenverklaring ter terechtzitting het enige bewijsmiddel vormt waaruit de betrokkenheid van de verdachte rechtstreeks kan volgen. De Hoge Raad stelt bovendien als eis dat de verklaring naderhand – ten overstaan van de rechter-commissaris of de rechter – door de

³⁰⁵ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (grenzen getuigenbewijs), m.nt. Corstens, r.o. 6.3.3. Corstens & Borgers 2011, p. 703. Opvallend is overigens dat de Hoge Raad sec kijkt naar de vraag of er een schending van art. 6 lid 3 EVRM is en niet – zoals het EHRM – naar de vraag of er in het algemeen een *fair trial* is geweest via de toetsing van art. 6 lid 3 sub d EVRM in samenhang met art. 6 lid 1 EVRM. Borgers 2010.

³⁰⁶ Van de hoofdlijn ex art. 342 lid 2 Sv is dan ook niet langer sprake. Borgers 2010 en Corstens & Borgers 2011, p. 703. Zie ook conclusie A-G Knigge voor HR 16 september 2008, *LJN* BD3701, par. 16.

³⁰⁷ Par. 3.4.1. Nog overtuigender onderbouwd is deze conclusie in Jebbink 2007; Alink & Van Zeben 2007, p. 169-170; Corstens 1994, par. 5; conclusie A-G Machielse voor HR 11 juni 2002, *NJ* 2002, 459; conclusie A-G Knigge voor HR 16 september 2008, *LJN* BD3701 en conclusies A-G Vellinga voor HR 7 maart 2006, *NJ* 2006, 195; HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 332 en HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 571.

³⁰⁸ Zo blijkt bijvoorbeeld bij de toepassing in HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (grenzen getuigenbewijs), m.nt. Corstens, r.o. 6.4. Dit is bij het Hof slechts één van de vragen. Vgl. par. 3.4.2. e.v.

³⁰⁹ HR 4 september 2007, *NJ* 2007, 473. Zie ook par. 3.4.1. par. 1.

³¹⁰ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (grenzen getuigenbewijs), m.nt. Corstens, r.o. 6.3.3. par. iii.

³¹¹ Zie ook Corstens 1994, par. 6 en Corstens & Borgers 2011, p. 704. Het vereiste van de ambtshalve oproeping komt overigens ook terug in de jurisprudentie van het Hof. EHRM 22 november 2005, nr. 13249/02 (Taal/Estland), par. 34.

getuige (deels) is ingetrokken, dat de getuige op belangrijke punten ontlastend heeft verklaard of dat de getuige heeft geweigerd te verklaren.

Als die uitzonderlijke situatie zich voordoet, dan is er (logischerwijs) een gegronde reden om aan de betrouwbaarheid te twijfelen. De Hoge Raad verlangt daarom dat de rechter zich een oordeel kan vormen over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring en komt zodoende tot de volgende eis.³¹² Allereerst moet de rechter, als gevolg van de ambtshalve verplichting, actief overgaan tot de oproeping of dagvaarding van de getuige. Ten tweede eist de Hoge Raad ander bewijs – à la de *sole or decisive-rule* – dat steun biedt voor de directe betrokkenheid van de verdachte bij hetgeen hem ten laste is gelegd.³¹³ Het steunbewijs moet concreet betrekking hebben op de belastende elementen uit de verklaring die door de verdediging worden betwist.³¹⁴ Het blijft evenwel steunbewijs en zal dus niet zo concreet hoeven te zijn dat het steunbewijs zelfstandig de bewezenverklaring moet kunnen dragen.³¹⁵ Deze eis gaat wel weer verder dan het bewijsminimum van art. 342 lid 2 Sv.³¹⁶ Dat de eis van steunbewijs ook daadwerkelijk op inhoudelijk niveau de betrouwbaarheid van *alle* belastende elementen – en dus van de *gehele* getuigenverklaring – kan ondersteunen, is echter lang niet altijd overtuigend uit de overwegingen van de Hoge Raad af te leiden.³¹⁷

Tot slot stelt de Hoge Raad nog dat een reden van het ontbreken van de gelegenheid ook kan liggen in het feit dat de gezondheid en het welzijn van de getuige prevaleren boven het verdedigingsbelang.³¹⁸ Het gaat hier praktisch gezien dus om een getuige die wel beschikbaar is, maar waarbij alsnog wordt afgezien van het bieden van een gelegenheid tot ondervragen door de verdachte. Ook dan is het gevolg dat een gelegenheid tot ondervraging in zijn geheel ontbreekt. Een schending van het ondervragingsrecht kan, in de optiek van de Hoge Raad, desalniettemin worden voorkomen door compensatie.. Zo kan compensatie bestaan uit het afspelen van de video-opnames van het verhoor ter zitting of het onderzoeken van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring door een deskundige. Op deze manier kan een schending worden voorkomen.³¹⁹ Op het moment dat voldoende compensatie aanwezig is, dan mag de belastende getuigenverklaring uit het vooronderzoek gebruikt worden.³²⁰ De eis van (enig) ander bewijs blijft overigens gelden, maar slechts in de zin van de *unus testis, nullus testis*-regel ex art. 342 lid 2 Sv. Deze compensatie-eis blijft echter de uitzondering op de zojuist besproken algemene benadering. Waar deze benadering eerst in strijd was met de uitleg van het Hof,

³¹² Franken 2006a, p. 31; Reijntjes 2009, p. 394 en Mols 2003, p. 348-349.

³¹³ HR 14 april 1998, *NJ* 1999, 73 en HR 29 september 1998, *NJ* 1999, 74, m.nt. Knigge. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 702-703 en Van Zeven 2006. Vgl. art. 342 lid 2 Sv.

³¹⁴ HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 344 (voldoende steunbewijs), r.o. 4.5. Zie ook Reijntjes 2009, p. 393-395; Duker 2012, p. 330 en Knigge 1999, par. 5.

³¹⁵ Een voorbeeld hiervan is te vinden in HR 15 februari 2005, *JOL* 2005, 111.

³¹⁶ Dreissen 2009, par. 7.

³¹⁷ Conclusie A-G Vellinga voor HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 332 (*Vidgen*), par. 24; Van Zeven 2006, p. 10 en Dreissen & Spronken 2012, p. 1527. Vgl. HR 21 april 2009, LJN BH5177, r.o. 2.3.-2.5.; HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 827 (Bocos Cuesta), r.o. 7.2. en Schalken 2012d, par. 4.

³¹⁸ Doorenbos 2004, p. 485. Dit is bijvoorbeeld het geval bij minderjarige slachtoffers van zedendelicten. Bartels 2012, p. 374 e.v.; Reijntjes 2009, p. 394 en art. 264 lid 1 sub b Sv en art. 288 lid 1 sub b Sv.

³¹⁹ HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 191, m.nt. Reijntjes, r.o. 3.5. en Bartels 2012, p. 376-377. Zie ook Van Zeven 2006, p. 10-13 en Reijntjes 2009, p. 393-395

³²⁰ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 672 (ondervraging minderjarig slachtoffer), m.nt. Schalken, r.o. 3.6.; HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 509; HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 510 en Corstens & Borgers 2011, p. 703-704. Zie ook Duker 2012, p. 330 en Knigge 1999, par. 5.

valt zij nu direct op door haar gelijkenis met de laatste stap uit het nieuwe ‘Straatsburgse’ beslissingsmodel.³²¹

Al met al heeft de hier genoemde algemene benadering van de Hoge Raad in diens ‘grenzen getuigenbewijs’-rechtspraak de nodige kritiek te verduren gehad. Zo wordt ten eerste betoogd dat de jurisprudentie toont dat de Hoge Raad zeer spaarzaam omgaat met de uitleg van het ondervragingsrecht.³²² Het enkele bieden van een gelegenheid tot ondervraging is niet hetzelfde als een effectief te praktiseren ondervragingsrecht. Bovendien kan de verdachte in het vooronderzoek regelmatig problemen ondervinden, bijvoorbeeld doordat verschillende (praktische) belemmeringen bij de rechter-commissaris een ernstige beperking van het ondervragingsrecht veroorzaken.³²³ Daarnaast gaat de benadering van de Hoge Raad ook in tegen de voormalige lijn in de Straatsburgse uitleg van het ondervragingsrecht, te weten: de strikte toepassing van de *sole or decisive-rule*.³²⁴ De toetsing van het geheel ontbreken van de gelegenheid is tenslotte ook sterk geënt op de verwijten die de overheid te maken zijn met betrekking tot de geleverde inspanningen, in plaats van dat zij geënt is op de uitkomst van de ondervragingsgelegenheid.³²⁵ De Hoge Raad houdt – ondanks de andere visie van het Hof en de kritieken in de literatuur – echter (vooralsnog) vast aan zijn eigen lijn.³²⁶ De nieuwe lijn van het Hof biedt zelfs nieuwe kansen dat de benadering van de Hoge Raad wel verenigbaar is met de Straatsburgse interpretatie.³²⁷

5.3.2. De ‘buitencategorie’: anonieme getuigen

Voordat ik op die verenigbaarheid van de benadering van de Hoge Raad met de nieuwe uitleg van het Hof kom, bespreek ik hier eerst nog een groep van ‘beperkt getoetste getuigen’, die een bijzondere positie innemen in het Nederlandse strafproces. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in het ‘grenzen getuigenbewijs’-arrest één groep nadrukkelijk buitengesloten van de hiervoor genoemde benadering, te weten: de verschillende vormen dat een getuige anoniem verklaart.³²⁸

Het anoniem horen van getuigen is niet onomstreden, zo zagen we ook al bij de beoordeling door het EHRM. Ook in Nederland wordt gesteld dat, waar men al voorzichtigheid moet betrachten bij de waardering van ‘*de auditu*’-bewijs, voorzichtigheid ‘dubbel’ geboden is op het moment dat men in het strafproces gebruik gaat maken van anonieme getuigenverklaringen uit het vooronderzoek.³²⁹ In het Nederlandse strafproces worden anonieme getuigen namelijk altijd door de rechter-commissaris gehoord.³³⁰

³²¹ Resp. De Wilde 2009a en De Wilde 2009b en Schalken 2012a, par. 4.

³²² Mols 2003, p. 366.

³²³ Franken 2006b, par. 7. Zo zorgen de drukke agenda’s van rechters-commissarissen en het organiseren van verhoren lange tijd na het voorval in kwestie voor een verhoor met beperkte inhoud. Ook komt het voor dat een zittingsrechter noodzaak ziet om te verwijzen naar de rechter-commissaris voor nadere verhoren.

³²⁴ Borgers 2010; De Wilde 2009b en Alink & Van Zeven 2007, p. 169-170.

³²⁵ Corstens 1994, par. 5. Vgl. par. 3.4.1.

³²⁶ Dit is bijvoorbeeld meer recent bevestigd in HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 571, m.nt. Borgers. Vgl. Franken 2007, par. 5.

³²⁷ Schalken 2012b, par. 4.

³²⁸ Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3, p. 35.

³²⁹ Corstens & Borgers 2011, p. 710 en Trechsel 2006, p. 316. Zie ook par. 3.4.1.-3.4.2.

³³⁰ Harteveld & Stamhuis 2001, p. 517 en p. 556-558. Zie ook art. 226a e.v., 226m e.v. en Kamerstukken II

Verder zorgt de anonimiteit van een belastende getuige doorgaans er voor dat de verdediging uiteindelijk (ernstig) beperkt wordt in zijn mogelijkheden om de desbetreffende getuige te ondervragen. Dat is natuurlijk ook de bedoeling. Het doel van de anonimiteit is immers om de getuige die angstig is om te verklaren, te behoeden voor mogelijk represailles van de verdachte of van diens medestanders.³³¹ Zodoende kan men alsnog aan het maatschappelijke belang van de strafrechtspleging – namelijk: het vervolgen van ernstige misdrijven – tegemoet komen.³³² Het is echter ook problematisch met het oog op art. 6 lid 3 sub d EVRM. De wetgever heeft daarom verschillende bepalingen over het anoniem horen ingevoerd.³³³ Deze bepalingen komen tegemoet aan de belangen van de strafrechtspleging enerzijds en aan de belangen van de verdediging anderzijds. De Hoge Raad had de stappen van de wetgever in deze richting overigens niet afgewacht. In het arrest ‘anonieme getuige I’ had de Hoge Raad reeds bepaald dat de rechter een proces-verbaal met daarin een anonieme getuigenverklaring voor het bewijs mag gebruiken.³³⁴ Het Wetboek van Strafvordering geeft de volgende vier vormen als mogelijkheden om een getuige (beperkt) anoniem te horen.³³⁵

1. De bedreigde getuige (art. 226a-226f jo. 219a Sv), en
2. De afgeschermd getuige (art. 226m-226s jo. 219b Sv)³³⁶

Bij deze eerste twee groepen zijn de mogelijkheden tot ondervragen beperkt, door een vergaande vorm van het beschermen van de betreffende getuige.³³⁷ Ik bespreek deze twee groepen hier samen omdat de wettelijke regeling dikwijls overeenkomsten vertonen. Ik zal me evenwel vooral richten op de bedreigde getuige, met het oog op het feit dat de afgeschermd getuige nauwelijks nog voorkomt in de hedendaagse strafrechtspraktijk.³³⁸ De bescherming van de getuige resulteert in elk geval in beide gevallen in een situatie dat de verdediging niet op alle vragen antwoord krijgt. Het – minder eufemistisch gestelde – gevolg is: “het proces-verbaal van verhoor van een bedreigde getuige kenmerkt zich dan ook door een grote hoeveelheid niet of beperkt weergegeven antwoorden”.³³⁹ Naast het beperken van de beantwoording van vragen is het ook mogelijk dat de verdediging door de bescherming de getuige niet kan observeren tijdens het ondervragen. Al met al kan van het horen van deze twee soorten getuigen bepaald niet gezegd worden dat (het belang van) het ondervragingsrecht op de voorgrond staat.³⁴⁰ Of de status van ‘bedreigde getuige’ mag worden toegekend, wil de wetgever dan ook strikt getoetst zien worden door de rechter.³⁴¹ Uit de wettelijke bepalingen blijkt dat de rechter

1991/92, 22483, nr. 3, p. 22 e.v. De hierna te noemen beperkingen uit hoofde van anonimiteit kunnen evenwel ook ter zitting opdoemen.

³³¹ Trechsel 2006, p. 317-318. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 706 en Reijntjes 2009, p. 276-277.

³³² Zie ook Peters 1972 en Ten Voorde 2012b (‘*policing society*’).

³³³ Wet van 11 november 1993, *Stb.* 1993, 603. Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3.

³³⁴ HR 4 mei 1981, NJ 1982, 268 (anonieme getuige I), m.nt. Van Veen; Corstens & Borgers 2011, p. 706 en Mols 2003, p. 352-354.

³³⁵ De Wilde 2012b, p. 2337.

³³⁶ Zie ook De Wilde 2012b, p. 2337 en Trechsel 2006, p. 315 e.v. Trechsel benoemt ze als *intimidated witnesses* (bedreigde getuigen) en *precious witnesses* (afgeschermd getuigen).

³³⁷ Bijvoorbeeld art. 226d lid 1 en 3, 226f lid 2, 226p, lid 1 en 226r lid 2 Sv en De Wilde 2012b, p. 2337.

³³⁸ Bokhorst 2012.

³³⁹ Janssen 2012, p. 384.

³⁴⁰ Aldus ook Franken 2006b, par. 6.

³⁴¹ Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr.3, p. 20 en Janssen 2012, p. 384. Vgl. de ‘proportionaliteitstoets’.

in ieder geval op de hoogte moet zijn van de identiteit van de getuige.³⁴² Ook mag een beperking niet verder gaan dan noodzakelijk is.³⁴³ In uitzonderlijke gevallen kan de verdediging bijvoorbeeld van het verhoor worden uitgesloten, maar enkel onder de voorwaarde dat de officier van justitie ook niet wordt toegelaten.³⁴⁴ De wet stelt in dergelijke gevallen bovendien de fundamentele voorwaarde dat de verdediging uiteindelijk wel de gelegenheid wordt geboden om vragen te (doen) stellen aan de getuige.³⁴⁵ Zodoende wordt alsnog gepoogd om enigszins tegemoet te komen aan de kern van het ondervragingsrecht. Dat wil zeggen: het (effectief) functioneren als een verdedigingsrecht.

De vervolgvraag of de verklaringen van dergelijke getuige voor het bewijs mogen worden gebruikt, moet worden beantwoord aan de hand van de speciale bewijsregels uit art. 344a Sv.³⁴⁶ In de eerste plaats geeft art. 344a lid 1 Sv een bewijsminimumregel in de zin dat een bewezenverklaring niet uitsluitend of in beslissende mate mag rusten op anoniem bewijsmateriaal.³⁴⁷ Ten tweede stelt art. 344a lid 2 Sv dat de hierboven genoemde getuigen – natuurlijk – als zodanig bij de rechter-commissaris zijn gehoord, waarmee weer een link wordt gelegd met de hiervoor genoemde procedurele eisen. Het moet bovendien gaan om een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv dat gezien zijn aard, georganiseerd verband of samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. In de praktijk is dit evenwel “geen drempel van grote betekenis”.³⁴⁸ Al met al zijn er dus nogal wat aanvullende eisen gesteld door de wetgever. In de praktijk is het echter nog maar zeer de vraag of dit een effectief profijt oplevert voor de verdachte en diens verdedigingsbelang.³⁴⁹

3. De onvindbare anonieme getuige

Art. 344a lid 3 Sv brengt ons verder naar de volgende vorm van anoniem getuigen. Deze groep betreft de getuige die anoniem (belastend) heeft verklaard, maar niet getraceerd of gevonden kan worden. Zo valt te denken aan een anonieme tip of de verklaring van een persoon die niet nader bekend is geworden in het strafproces.³⁵⁰ Deze groep wordt door de wetgever betiteld als: personen wier identiteit niet blijkt.³⁵¹ De onvindbare anonieme getuige heeft een geringe bewijswaarde toegekend gekregen door de wetgever. Art. 344a lid 3 sub a Sv stelt namelijk dat de bewezenverklaring niet in belangrijke mate op de verklaringen van een dergelijke getuige mag berusten.³⁵² Er zijn immers ook nogal wat redenen om aan de inhoud van deze getuigenverklaring te twijfelen. Verder stelt art. 344a lid 3 Sv dat de rechter de verklaring evenmin mag gebruiken als de verdediging op enig moment te

³⁴² Reijntjes 2009, p. 278.

³⁴³ HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 106, m.nt. Schalken. Vgl. de ‘subsidiariteitstoets’. Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 710.

³⁴⁴ Art. 226d lid 1 Sv. Zie ook Reijntjes 2009, p. 279 over: “een schamel voorbeeld van *equality of arms*”.

³⁴⁵ Bijvoorbeeld door het horen via telecommunicatie of schriftelijke vragen. Resp. Reijntjes 2009, p. 279 en art. 226d lid 2 Sv. Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3.

³⁴⁶ Zie ook De Wilde 2012b, p. 2337 en Janssen 2012, p. 381.

³⁴⁷ Zie ook Corstens & Borgers 2011, p. 709. Vgl. par. 3.4.4.

³⁴⁸ Janssen 2012, p. 384.

³⁴⁹ Enige kritische kanttekeningen hierover zijn te vinden in bijvoorbeeld Janssen 2012 en Franken 2006b.

³⁵⁰ Zo valt bijvoorbeeld te denken aan het gebruik van tips die binnenkomen via ‘Meld Misdad Anoniem’ en CIE-informatie. Janssen 2012, p. 382. Zie ook HR 23 oktober 2012, *LJN* BX6752, r.o. 2.2.

³⁵¹ Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3, p. 35. Zie ook HR 12 mei 2009, *LJN* BG6608 en Janssen 2012, p. 382.

³⁵² Zie ook De Wilde 2012b, p. 2337 en Borgers 2012b, par. 3.

kennen geeft dat zij de “persoon wiens identiteit niet blijkt” wil ondervragen.³⁵³ In de praktijk heeft dit tot effect dat de anonieme verklaring als bewijsmiddel is “*kalltgestellt*”.³⁵⁴

De drie hiervoor genoemde groepen betreffen allemaal “personen wier identiteit niet blijkt”. Dit moet worden begrepen: personen die niet te individualiseren of individueel te traceren zijn.³⁵⁵ Op deze anonieme getuigen zijn de bijzondere bewijsminima uit art. 344a Sv van toepassing.

4. De beperkt anonieme getuige

Deze laatste variant van anoniem verklaren betreft de minst verstrekkende vorm van verhulling. Het gaat hierbij om de situatie dat een getuige ter zitting of bij de rechter-commissaris in beperkte anonimiteit gehoord wordt.³⁵⁶ De wetgever verstaat hieronder dat het vragen naar de identiteit van de getuige en diens verwantschap met de verdachte blijft dan achterwege op grond van de art. 190 lid 3 jo. lid 1 en 2 en 290 lid 3 jo. lid 1 en 2 Sv. Deze vorm wordt toegepast als een vrees voor overlast bestaat. Deze groep onderscheidt zich van de andere anonieme getuigen, doordat het gebruik van de verklaringen van een beperkt anonieme getuige voor het bewijs niet wordt beheerst door de eisen van art. 344a Sv.³⁵⁷ De verklaringen van beperkt anonieme getuigen hebben daardoor in beginsel een gelijke bewijswaarde als die van gewone getuigen, nu zij ook vallen onder het normale regime van art. 339 lid 1 sub 3 Sv.

Op het eerste gezicht heeft de wetgever op de hiervoor genoemde wijze zorgvuldig navolging gegeven aan de jurisprudentie van de Hoge Raad door bewijsrechtelijke en procedurele bepalingen in het Wetboek van Strafvordering op te nemen.³⁵⁸ Bij het gebruik van de hiervoor genoemde anonieme getuigenverklaringen geldt bovendien nog een bijzondere motiveringsplicht. Art. 360 lid 1 Sv eist namelijk dat een bijzondere reden wordt gegeven voor het gebruik van de desbetreffende anonieme getuigenverklaring.³⁵⁹ Dit zal allemaal ten goede kunnen komen aan een goede procespositie en een betrouwbare waarheidsvinding in het strafproces.

Een laatste opmerking over deze bijzondere categorie getuigen is ten slotte nog wel dat recente bevindingen uit de praktijk laten zien dat relatief weinig gebruik wordt gemaakt van anonieme getuigen.³⁶⁰ De praktische betekenis van de afgeschermd getuige ex art. 226m Sv – zo vermeldde ik al – is nihil. Maar ook het toekennen van de status ‘bedreigde getuige’ ex art. 136c en 226a e.v. Sv en het gebruik van de wettelijke bepaling omtrent de beperkt anonieme getuige gebeurt in de praktijk niet

³⁵³ De Hoge Raad heeft recent wel enige nadere eisen aan het bestanddeel ‘op enig moment’ gesteld in HR 17 april 2012, *NJ* 2012, 413, m.nt. Borgers, r.o. 2.5.3.

³⁵⁴ Janssen 2012, p. 382. Zie ook Borgers 2012b, par. 3.

³⁵⁵ Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3, p. 25.

³⁵⁶ Er zijn nog een aantal andere mogelijkheden – buiten het Wetboek van Strafvordering om – waardoor de identiteit van een getuige in geringe mate verhuld kan worden. Zo valt te denken aan de domiciliekeuze bij de aangifte (*Aanwijzing slachtofferzorg* (2010A029), *Stcrt.* 2010, nr. 20476) en aangifte onder nummer (Kamerstukken II 2011/12, 29282, nr. 168, p. 1).

³⁵⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3, p. 35.

³⁵⁸ HR 4 mei 1981, *NJ* 1982, 268, m.nt. Van Veen en Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3.

³⁵⁹ Zie ook HR 23 oktober 2012, *LJN* BX6752.

³⁶⁰ Dreissen & Nauta 2012. Ook van de mogelijkheid voor de verdediging om bedreigde getuigen à décharge in te schakelen wordt nauwelijks gebruik gemaakt. Janssen 2012, p. 385-386.

veel.³⁶¹ De onvindbare anonieme getuige vindt dan weer meer toepassing,³⁶² maar heeft – zoals gezegd – slechts een geringe (bewijs)waarde in het strafproces.

5.4. Afronding

In dit hoofdstuk ben ik begonnen met het geven van de hoofdlijnen van de mogelijkheden voor de verdediging om een belastende getuige te ondervragen in het Nederlandse strafproces. Het uitgangspunt is dat een getuige ter zitting wordt gehoord. Pas op dat moment mag een getuigenverklaring voor het bewijs worden gebruikt. Door de ‘*de auditu*’-rechtspraak is het moment dat getuigen gehoord worden in het Nederlandse strafproces echter verlegd naar het vooronderzoek. De politie is daardoor degene die in de praktijk de meeste getuigen hoort. Het moment dat de verdediging in staat wordt gesteld om de getuige te ondervragen zal voorts bij de rechter-commissaris zijn.

In de strafrechtspleging kunnen er regelmatig de nodige haken en ogen aan de ondervragingsmogelijkheden zitten. Zo kunnen zich allerlei praktische belemmeringen voordoen die de ondervragingsgelegenheid sterk in kunnen perken. Bovendien – en dat geldt zowel voor het horen ter zitting als het horen in het vooronderzoek – kan het zijn dat een getuige weigert te verklaren, dat een getuige wordt ontzien om te getuigen of dat een getuige door feitelijke en praktische omstandigheden niet aanwezig kan zijn. Het effect van deze omstandigheden is dat een ‘onbeperkte ondervragingsgelegenheid’ dikwijls niet ter beschikking van de verdediging staat.

De Hoge Raad beoordeelt dergelijke situaties, in het licht van een beroep op art. 6 lid 3 sub d EVRM, als volgt. Als de verdediging in de gelegenheid is geweest om vragen te stellen acht de Hoge Raad het ondervragingsrecht voldoende uitgeoefend. Het is daarbij niet zozeer relevant of de ondervragingsgelegenheid ook succes resulteert in de zin dat er antwoorden op de vragen komen, maar meer of de gelegenheid er is geweest. Zo kan het zijn dat als een getuige zich succesvol op zijn verschoningsrecht beroept, er veel – of zelfs alle – vragen onbeantwoord kunnen blijven. De Hoge Raad ziet dan echter geen aanleiding om tot de vaststelling te komen dat het ondervragingsrecht is geschonden. Als de verdediging geheel niet in de gelegenheid is geweest om vragen te stellen, dan verlangt de Hoge Raad als bijkomende eis dat er voldoende concreet steunbewijs is, dat ziet op de belastende elementen van de ‘beperkt getoetste getuige’. In sommige uitzonderlijke situaties let de Hoge Raad tenslotte nog wel op de compensatie die geboden is. Dit is het geval als zich bijzondere belangen voordoen, zoals het beschermen van kwetsbare getuigen. De getuige is op dat moment wel beschikbaar, maar de verdachte blijft desalniettemin van een ondervragingsgelegenheid verstoken.

Al met al oordeelt de Hoge Raad in een zeer beperkt aantal situaties dat sprake is van een ongeoorloofd gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs en is dit een spaarzame uitleg van het ondervragingsrecht.³⁶³ Schendingen van het EVRM worden, op de hierboven beschreven wijze, veelal voorkomen door de uiteindelijke overweging dat door de justitiële autoriteiten al het nodige is ondernomen om een ondervragingsgelegenheid te bieden. Het is daarna aan de getuige.

De anonieme getuige – tot slot – kent als ‘beperkt getoetste getuige’ in het licht van art. 6 lid 3 sub d EVRM een bijzondere positie in het Nederlandse strafproces. Bij deze groep wordt niet de algemene benadering van de Hoge Raad toegepast, zoals ik die hiervoor heb weergegeven, maar zijn er speciale

³⁶¹ Dit zou kunnen komen doordat de bedreigde getuige veel praktische belemmeringen meebrengt en van geringe bewijswaarde is. De beperkt anonieme getuige is op zijn beurt regelmatig overbodig door andere beschermende maatregelen die vaker gehanteerd worden in de praktijk: de domiciliekeuze bij de aangifte en – in de toekomst – wellicht de aangifte onder nummer). Dreissen & Nauta 2012, p. 62-63.

³⁶² <http://www.meldmisdaadanoniem.nl/m-actueel/resultaten-en-acties>.

³⁶³ Aldus ook Borgers 2010. Vgl. Franken 2009.

wettelijke regelingen in het leven geroepen. Deze regelingen, in navolging op de jurisprudentie van de Hoge Raad, zien specifiek op de procedures die doorlopen moeten worden bij het horen van anonieme getuigen en op de wijze waarop de rechter dergelijke anonieme getuigen kan gebruiken voor de bewezenverklaring. Niettemin is de betekenis van die waarborgen in de praktijk gering. Anonieme getuigen worden namelijk niet veel gebruikt. Maar bovenal geldt dat als ze in de praktijk gebruikt worden, dan zijn de ondervragingsmogelijkheden voor de verdachte vaak alsnog beperkt.

6. CONCLUSIE

6.1. De beoordeling

Kort en goed is te stellen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad niet in overeenstemming was met de oude lijn van het Hof.³⁶⁴ De conclusies en oordelen in de literatuur over de benadering van de Hoge Raad bij de waarborging van het ondervragingsrecht waren niet mals en de roep om een koerswijziging was een meermalen gehoord verlangen. Echter, niet de Hoge Raad, maar het Hof is omgegaan. Dit biedt mij de gelegenheid om in mijn betoog te bekijken of de Hoge Raad nu wel in overeenstemming is met de Straatsburgse interpretatie.³⁶⁵ In het onderstaande zal ik uiteen zetten dat de benadering van de Hoge Raad naar mijn idee eerder verder af lijkt gekomen van de uitleg van het Hof, dan dat zij dichterbij is gekomen.

Als we de nieuwe benadering van het Hof gaan vergelijken met de benadering van de Hoge Raad vallen de verschillen gelijk op. Het Hof heeft inmiddels de strikte *sole or decisive-rule* losgelaten en heeft deze vervangen door het verlangen naar de aanwezigheid van voldoende compenserende factoren. Deze compenserende factoren moeten er voor zorgen dat de verdachte een degelijk en adequaat substituut voor het beperkte ondervragingsrecht wordt geboden. Het Hof verlangt in elk geval procedurele maatregelen. Verder kan ook de aanwezigheid van steunbewijs een rol (blijven) spelen als één van de mogelijke compenserende factoren. Door voldoende inhoudelijke compensatie kan uiteindelijk een schending van art. 6 lid 1 en 3 sub d EVRM worden voorkomen.

De Hoge Raad lijkt mij – met het oog op de observaties uit het vorige hoofdstuk – in zijn ‘grenzen getuigenbewijs’-rechtspraak daarentegen hele andere maatstaven aan te leggen. Om allereerst een overzichtelijke vergelijking te maken met de nieuwe lijn van het Hof, zal ik de uitleg van het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces nu bespreken aan de hand van het beslissingsmodel van het Hof. Op die manier wordt goed duidelijk waar de overeenkomsten zitten en waar de uitleg in het Nederlandse strafproces verschilt.³⁶⁶ Bovendien is het, zoals ik ook al aan het begin van mijn betoog stelde, voornamelijk art. 6 lid 3 sub d EVRM dat van belang is voor de verdediging als het gaat om zich te kunnen weren tegen belastende getuigen.

Is er een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid voor de verdediging geweest?

Het feit dat er een mogelijkheid is geweest om te ondervragen ziet de Hoge Raad al als voldoende. Het verschoningsrecht gooit roet in het eten daar waar het gaat om de eis dat de ondervragingsgelegenheid adequaat en behoorlijk is. Het effect is dan namelijk dat vragen onbeantwoord kunnen blijven. De ‘onbeperkte ondervragingsgelegenheid’ waar het Hof over spreekt, blijft dan achterwege. De Hoge Raad overweegt expliciet dat een weigering om te verklaren geen schending van het ondervragingsrecht oplevert. Zodoende kan de eis van de Hoge Raad beter gezien worden als: is er een – al dan niet adequate en behoorlijke – ondervragingsgelegenheid voor de verdediging geweest? Op dit punt wijkt de Hoge Raad dus af van het oordeel van het Hof.

Was er een goede reden om het ondervragingsrecht te beperken?

³⁶⁴ Zo luiden de conclusies van Corstens 1994; Alink & Van Zeben 2007, p. 169-170; Jebbink 2007; De Wilde 2009b en verschillende Advocaten-Generaal in vele zaken. Zie ook Schalken 2012c en par. 5.3.1.

³⁶⁵ Vgl. Schalken 2012a, par. 4 en De Wilde 2012a, par. 9.

³⁶⁶ Daar waar de uitleg over het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces afwijkt van het (nieuwe) beslissingsmodel zal ik dat uiteraard expliciet aangeven.

Deze eis wordt wel gebezigd in het Nederlandse strafproces. Een getuige is – zoals gezegd – wettelijk verplicht om tegenover een rechter te verklaren. De uitzonderingen zijn in de wet vastgelegd en worden doorgaans ook door het EHRM geaccepteerd. Bovendien heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie ook regels opgenomen over de ambtshalve oproeping van getuigen. Op die manier krijgen de inspanningen die door het Hof van de justitiële autoriteiten verlangd worden, nader gestalte. Wat deze stap betreft zijn er mijns inziens dan ook niet zozeer problemen aanwezig in het Nederlandse strafproces.

Is de verklaring van de 'beperkt getoetste getuige' van doorslaggevende betekenis voor de veroordeling?

Als de Hoge Raad vervolgens van mening is dat er geen gelegenheid voor de verdediging is geweest om de belastende getuige te ondervragen,³⁶⁷ stelt ook hij een nadere eis aan ander bewijs. Er moeten meer bewijsmiddelen zijn waaruit de betrokkenheid van de verdachte bij hetgeen hem ten laste is gelegd kan worden afgeleid. Dit steunbewijs heeft echter dikwijls te weinig om het lijf. In ieder geval – zo zagen we bijvoorbeeld in de zaak *Vidgen* – onvoldoende om het EHRM altijd te overtuigen. Op dit punt verlaat de Hoge Raad in zijn bewijswaardering bij tijd en wijle de maatstaf van het Hof. Bovendien is dit ook niet langer de doorslaggevende stap van het Hof. Met deze overweging kan een zaak niet langer worden afgedaan. Een getuigenverklaring die van doorslaggevende betekenis is, kan namelijk nog wel worden gebruikt voor een bewezenverklaring met inachtneming van de volgende stap.

Zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig, inclusief sterke procedurele waarborgen?

Er zijn uitzonderlijke omstandigheden waarin de Hoge Raad compensatie verlangt. Van deze uitzonderlijke gevallen kan gezegd worden dat aansluiting gevonden wordt bij de laatste eis uit de recente rechtspraak van het EHRM. Of de waardering van deze compenserende factoren uiteindelijk ook overeenkomt met de inhoudelijke eisen van het Hof, zal nog moeten blijken.³⁶⁸ Duidelijk is wel dat het in de optiek van de Hoge Raad gaat om de uitzonderingssituaties. Bij het Hof is het evenwel een doorslaggevende laatste stap geworden die standaard genomen moet worden bij het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid. Ook op dit punt stemt de uitleg van het ondervragingsrecht in het Nederlandse strafproces dus niet overeen met de uitleg van het Hof.

Nu we de benadering van de Hoge Raad in de mal van het nieuwe beslissingsmodel van het Straatsburgse Hof hebben proberen te brengen, zien we dat het simpelweg niet overeenstemt. De conclusie is aldus dat de uitleg van art. 6 lid 3 sub d EVRM in het Nederlandse strafproces niet “*Straatsburgproof*” is.³⁶⁹ Het enkele bieden van de gelegenheid tot ondervragen, zonder oog voor de effectiviteit van het resultaat, was altijd al in strijd met de uitleg van het EHRM. En dat is – zo kunnen we opmaken uit de Straatsburgse jurisprudentie – nog steeds het geval.³⁷⁰ Daarenboven, het Hof stelde in het arrest *Al-Khawaja & Tahery* al expliciet dat er bij de compensatie oog moet zijn voor

³⁶⁷ Als er wel een gelegenheid is geweest, geldt overigens nog altijd de regel uit art. 342 lid 2 Sv. De toepassing van deze algemene *unus testis, nullus testis*-regel zal echter geen effectieve ondervragingsmogelijkheid als uitkomst bieden bij een beperking op het ondervragingsrecht. Mogelijk heeft de Hoge Raad bij dit leerstuk van het bewijsminimum al wel oog voor de uitleg van ‘*sufficiently reliability*’, hetgeen duidt op een beweging richting de implementatie van de koerswijziging van het Hof. Flokstra, De Jonge, Malewicz en Van der Velden 2012, p. 46.

³⁶⁸ Aldus ook Schalken 2012a, par. 4. Dit zal nog uit de latere jurisprudentie moeten blijken.

³⁶⁹ Spronken 2012c, par. 9.

³⁷⁰ Helderder dan de veroordeling in de zaak *Vidgen* gaat deze conclusie nota bene niet geformuleerd worden.

procedurele maatregelen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de enkele aanwezigheid van steunbewijs als compenserende factor, in de ‘*post-Al-Khawaja & Tahery*’-jurisprudentie nooit voldoende is gebleken. Ook de situatie dat een ondervragingsgelegenheid geheel ontbreekt en dat de Hoge Raad genoegen neemt met (concreet) steunbewijs, laat zich dus niet verenigen met de nieuwe uitleg van het Hof. De benadering die de Hoge Raad hanteert staat zodoende inhoudelijk in schril contrast met de overwegingen van het Hof. Dat dit zo is, is één ding. De vraag is nu:

Moet er in het Nederlandse strafproces ook enig gevolg worden gegeven aan deze constatering? En zo ja, welk gevolg moet dat zijn?

6.2. De gevolgtrekking

Om te voldoen aan de ‘Straatsburgse’ eisen aan art. 6 lid 3 sub d EVRM, is er mijns inziens maar één conclusie mogelijk na deze vergelijking van de uitleg van het Hof met de uitleg van de Hoge Raad: de Hoge Raad moet om.³⁷¹ De Hoge Raad zal in zijn jurisprudentie moeten gaan overnemen dat een effectieve gelegenheid tot ondervragen wordt geboden.³⁷² Een gelegenheid met “*counterbalancing factors, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place.*”³⁷³

Er zijn verschillende argumenten die ervoor pleiten dat de Hoge Raad niet moet aarzelen om de Straatsburgse interpretatie over te nemen. Mijns inziens is het belangrijkste argument dat de navolging van de nieuwe lijn van het Hof meer recht zal doen aan de ratio en de intrinsieke waarde van het ondervragingsrecht. Met het belang van het ondervragingsrecht begon ik ook mijn scriptie en dat belang zou naar mijn idee leidend moeten blijven: de grondslag van de bepaling moet via diezelfde bepaling gerealiseerd kunnen worden. Van de nieuwe uitleg van het EHRM kan mijns inziens gezegd worden dat die beter aansluit op de besproken aspecten uit hoofdstuk 2 doordat het Hof eist dat er effectief een goede – lees: inhoudelijk onderbouwde – procespositie voor de verdachte moet worden gecreëerd ten aanzien van de hem belastende getuige.³⁷⁴

Een beperking wordt allereerst beoordeeld aan de hand van het resultaat. Als de getuige geen antwoord (meer) kan geven, dan verlangt het Hof concreet steunbewijs voor de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring. Verder zullen er altijd nog andere procedurele maatregelen aanwezig moeten zijn – bijvoorbeeld het afspelen van video-opnames van het eerdere verhoor, of het horen van ‘secundaire getuigen’ – om tot een oordeel over de betrouwbaarheid te komen.³⁷⁵ Als de getuige nog wel antwoord kan geven, zij het beperkt, dan ziet het Hof veelal nog ruimte om via procedurele maatregelen – bijvoorbeeld het horen van de getuige achter een scherm – alsnog een effectief ondervragingsrecht te verwezenlijken.³⁷⁶ Door deze concrete controle van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen door de verdediging wordt het rechtpsychologische aspect invulling gegeven.³⁷⁷

³⁷¹ Aldus ook Duker 2012, p. 332-333; Schalken 2012c en Spronken 2012c.

³⁷² Duker 2012, p. 333. De Hoge Raad moet eigenlijk simpelweg het beslissingsmodel van het Hof overnemen.

³⁷³ Dit blijft de eis uit EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 147. Steunbewijs alleen kan (nog) niet tot deze conclusie leiden, aldus het Hof.

³⁷⁴ Terzijde merk ik op dat ook bij de interpretatie door het Hof verbeteringen nog mogelijk zijn. Zo is de waarschuwing “*untested evidence must be treated with extreme care*” bijvoorbeeld nog altijd vrij zwak. Men mag er immers van uitgaan dat dit uitgangspunt ten aanzien van al het bewijs geldt in het strafprocesrecht. Trechsel 2006, p. 313 en EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (*S.N./Zweden*), par. 53.

³⁷⁵ Voorbeelden hiervan zijn de zaken *Al-Khawaja*; *Sievert en Salikhov*. Het EHRM gaat daarbij inhoudelijk dieper in op de vraag of dat bewijs de belastende getuigenverklaring ondersteunt dan de Hoge Raad.

³⁷⁶ Voorbeelden hiervan zijn de zaken *Tahery en Ellis, Simms & Martin*.

³⁷⁷ Zie ook De Wilde 2012a, par. 10.

Daarnaast geeft het Hof met de invulling van de *Al-Khawaja & Tahery*-criteria in de latere jurisprudentie aan dat de aard van het ondervragingsrecht – te weten: een effectief verdedigingsrecht – niet uit het oog mag worden verloren.³⁷⁸ Op die manier wordt uiteindelijk, zoveel als mogelijk is, tegemoet gekomen aan de definitie van het ondervragingsrecht als verdedigingsrecht: de mogelijkheid voor de verdachte om iets (aan de getuige) te vragen om zich in te laten lichten.³⁷⁹ De verdachte moet *in fine* dus de beschikking hebben over compenserende middelen waardoor een effectieve verdediging – in de zin dat er een gelegenheid is om de getuige direct en *adequa*at te ondervragen – alsnog mogelijk is.³⁸⁰ Spronken vat dit mooi samen in de woorden:

*“En daar gaat het om, de verklaring van de niet gehoorde getuige mag niet het enige bewijsmiddel zijn waaruit rechtstreeks de betrokkenheid van de verdachte bij de strafbare gedraging kan worden afgeleid. Als dat wel het geval is moeten effectieve compensatoire maatregelen worden getroffen voor restricties van het ondervragingsrecht.”*³⁸¹

Tot op heden lijkt de Hoge Raad toch een andere koers te varen. Het is de vraag of hierin dan ook geen verandering zal moeten gaan komen. De tegemoetkoming van de verdachte die beperkingen op het ondervragingsrecht ervaart in de Nederlandse strafrechtspleging, is vele malen zwakker. Vaak zal de verdediging zijn veroordeeld tot de nietszeggende mogelijkheid om de rechter in vage bewoordingen te overtuigen van haar standpunten ten aanzien van een belastende getuige omdat zij geen effectieve ondervragingsmogelijkheid heeft gehad.³⁸² ‘Inhoudelijke tegenspraak’ en ‘met gelijke wapenen als het openbaar ministerie’ kan dit evenwel niet genoemd worden. Bovendien is de wijze waarop de uitleg van de Hoge Raad tegemoet komt aan de eisen van een betrouwbare waarheidsvinding, tot nog toe als mager te beoordelen. Zo ontbreken in de Nederlandse strafrechtspleging – in elk geval voor de verdediging – regelmatig de middelen om inhoudelijk iets over de betrouwbaarheid te kunnen zeggen. In die zin haal ik de kritische bewoordingen van Franken aan in het volgende citaat:

*“Het is eigenlijk niet te begrijpen dat we vandaag de dag, in de wetenschap dat de resultaten van het vooronderzoek van doorslaggevend belang plegen te zijn voor de uitkomst van het strafproces, nog steeds een beroep doen op het in opsporingsambtenaren te stellen vertrouwen dat zij in staat en bereid zijn de tegenover hen afgelegde verklaringen van verdachten en getuigen adequaat weer te geven. Wanneer wordt onderkend dat het essentieel is nauwkeurig te kunnen vaststellen of (...) de verklaring van de getuige is gebaseerd op eigen waarneming of ondervinding en wanneer rekening wordt gehouden met de dynamiek van een verhoor en met de onvermijdelijke invloed die uitgaat van de vraagstelling of van de opmerkingen van de verbalisant, dan is het verbazingwekkend dat in de regel zonder problemen word vastgehouden aan de samenvatting of zakelijke weergave van verklaringen in processen-verbaal.”*³⁸³

Dat is in wezen ook wat er gebeurt bij de benadering van de Hoge Raad bij getuigenverklaringen die niet door de verdediging – maar regelmatig ook niet door de zittingsrechter zelf – getoetst kunnen

³⁷⁸ Zie ook Schalken 2012c, par. 9.

³⁷⁹ Van Dale 2005.

³⁸⁰ Aldus ook Van Zeben 2006, p. 9. Zie ook Schalken 2012c; adequaat in de zin dat er antwoorden komen op de vragen van de verdediging

³⁸¹ Spronken 2012c, par. 10.

³⁸² Zie ook Trechsel 2006, p. 309.

³⁸³ Franken 2010, par. 7.

worden. Uiteindelijk valt de rechter terug op de verklaringen uit het vooronderzoek, zonder dat de verdediging een mogelijkheid heeft gehad om ten aanzien van deze belastende getuige een goede procespositie in te kunnen nemen. En het is zo dat getuigenverklaringen nou eenmaal vaak onmisbaar zijn voor een veroordeling, maar evenzo is het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs nou eenmaal een precare aangelegenheid. Deze constatering rechtvaardigt nog maar eens de waarschuwing dat zorgvuldig moet worden omgegaan met de getuigenverklaring als bewijsmiddel. Deze zorgvuldigheid krijgt onvoldoende aandacht in de huidige benadering van de Hoge Raad.

Er zijn ook meer algemene argumenten te geven op grond waarvan de Hoge Raad om zou moeten gaan. Bij een veroordeling van een lidstaat wegens een schending van het EVRM is het uitgangspunt dat de lidstaat in kwestie daar gevolg aan moet geven door actie te ondernemen om toekomstige schendingen te voorkomen.³⁸⁴ Deze conclusie kan ook naar analogie worden afgeleid uit de bindende kracht die de uitspraken van het Hof hebben. Nederland zal deze bindende uitspraken, als contracterende lidstaat, nu en in de toekomst dienen na te leven om te voorkomen dat het ondervragingsrecht in de toekomst geschonden zal blijven worden.³⁸⁵ Als de Hoge Raad daarentegen aan zijn oude benadering vasthoudt, dan zal de klager de lange weg naar Straatsburg moeten nemen om aan zijn gerief te komen. Een dergelijke terughoudende uitleg van het EVRM kan – naar mijn idee – niet een juiste uitleg van ‘het recht op een eerlijk proces’ zijn, noch is het mijns inziens de houding die door een overheid zou moeten worden aangenomen nadat zij zichzelf aan het EVRM heeft verbonden.³⁸⁶

Bij dit argument verdient ook het volgende punt nog onze aandacht. De mensenrechtelijke waarborgen uit het EVRM vormen in het Nederlandse strafrecht nou juist de sterkste garanties op een eerlijk proces.³⁸⁷ Met het oog op de karakteristieken van het Nederlandse rechtssysteem is dan ook op te merken dat het – vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de verdachte – geboden is om navolging te geven aan de interpretatie van het EHRM.³⁸⁸ Zo stelt de wetgever zelfs nadrukkelijk dat het uiteindelijk aan de rechter is om het ondervragingsrecht (casuïstisch) te beoordelen aan de hand van de rechtspraak van het EHRM.³⁸⁹ Spaarzaam omgaan met een ruimere uitleg van de essentiële mensenrechtelijke waarborgen van een eerlijk proces verdient in elk geval niet mijn voorkeur. Dat geldt des te meer als deze ruimere uitleg een gedegen en inhoudelijke achtergrond kent, zoals het geval is bij de Straatsburgse interpretatie van art. 6 lid 3 sub d EVRM.

Aan de tegenstanders van de Straatsburgse benadering – waaronder zij die ook in de inleiding al aan het woord waren – kan nog het volgende gezegd worden. Het is niet zo dat deze nieuwe lijn een veroordeling bij een beperking van art. 6 lid 3 sub d EVRM onmogelijk maakt, zoals in het eerste citaat in de inleiding wel werd gesuggereerd.³⁹⁰ Een kort opmerking, die ik in dit verband wil aanhalen en die ik onder andere aan mevrouw Van der Steur zou willen meegeven, is tot slot de volgende:

³⁸⁴ Vande Lanotte & Haeck 2005a, p. 702 en 714. Zie ook EHRM 30 oktober 1991, nr. 12005/86 (Borgers/België).

³⁸⁵ Art. 46 lid 1 EVRM en EHRM 5 juli 2012, nr. 8916/05 (Association Les Témoins de Jéhove/Frankrijk), par. 34-37.

³⁸⁶ Zie ook Jebbink 2007, p. 214.

³⁸⁷ Art. 93 en 94 Grondwet en art. 1 EVRM tegenover art. 120 Grondwet. Zie ook par. 2.3 en Borgers & Corstens 2011, p. 27. Hierin verschilt Nederland bijvoorbeeld ook van de situatie zoals die zich in het Verenigd Koninkrijk voordoet. In het Verenigd Koninkrijk wordt het recht op een eerlijk proces ook nog op andere wijze dan het EVRM ingevuld. In Nederland is dat veel minder het geval.

³⁸⁸ Aldus ook Franken 2009, par. 5 in diens pleidooi voor een dynamische interpretatie.

³⁸⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22483, nr. 3, p. 7.

³⁹⁰ Waarbij overigens al weinig aandacht lijkt te zijn uitgegaan naar het al bestaande bewijsminimum in het

*“Ook één getuige is immers genoeg, als het een betrouwbare is.”*³⁹¹

Naar mijn idee is dit de kern van het ondervragingsrecht waar het Hof met de nieuwe lijn uit het arrest *Al-Khawaja & Tahery* en de gedegen invulling van het nieuwe beslissingsmodel in zijn latere jurisprudentie aansluiting bij heeft weten te zoeken.³⁹² Deze ontwikkeling zou mijns inziens ook de laatste critici van de Straatsburgse benadering over de streep moeten trekken. De nadere invulling van het Hof biedt immers de (kwalitatieve) rechtszekerheid die men verlangt, voor zover dat bij de interpretatie van een verdragsrechtelijke bepaling mogelijk is.³⁹³ Bovendien wordt de aard van het ondervragingsrecht niet uit het oog verloren: uiteindelijk zal op de vragen die de verdachte aan de getuige stelt, een direct of anders wel ten minste een indirect antwoord gegeven moeten worden.

Tot slot moet ik nog wel vermelden dat deze conclusie niet geldt voor de benadering van de anonieme getuige in het Nederlandse strafproces. Hoewel ook daar de ‘onbeperkte ondervragingsmogelijkheid’ ontbreekt, zorgen de nadere (wettelijke) waarborgen in het Nederlandse strafproces ervoor dat er aansluiting wordt gevonden bij de nieuwe lijn van het Hof.³⁹⁴ Immers, met de bewijsminimumregels uit art. 344a Sv wordt tegemoet gekomen aan de derde stap van het Hof, waarbij gekeken wordt naar de doorslaggevende betekenis van de bewuste getuigenverklaring. Verder zijn er nadere procedurele en bewijsrechtelijke waarborgen in het Nederlandse strafproces opgesteld dat het gebruik van anonieme getuige in Nederland – mijns inziens – over het algemeen lijkt te voldoen aan de inhoudelijke eis die het Hof aan de compenserende factoren stelt.³⁹⁵ Deze constatering van overeenstemming met de ‘Straatsburgse eisen’ zet mij er toe om te bezien of dergelijke nadere waarborgen in het Nederlandse strafproces mogelijk zijn bij andere beperkingen op het ondervragingsrecht.

6.3. Een aanzet tot nadere aanbevelingen

In de lijn van de eerste algemene gevolgtrekking dat de Hoge Raad zijn koers moet wijzigen, zal ik daarom nog kort ingaan op enkele specifieke aanbevelingen en mogelijkheden, die ervoor kunnen zorgen dat ook in het Nederlandse strafproces voldoende recht wordt gedaan aan het ondervragingsrecht.³⁹⁶ Bij de optelsom van compenserende factoren kunnen deze zaken samen tot de uitkomst leiden dat het mogelijk is geworden om de betrouwbaarheid van de belastende getuigenverklaring vast te stellen. Op die manier zal, conform het *Al-Khawaja & Tahery*-beslissingsmodel, een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM kunnen worden voorkomen.

Nederlandse strafproces ex art. 342 lid 2 Sv.

³⁹¹ Huys 2004, p. 153 over het gebruik getuigen voor de “inductie” bij de bewijsvoering door redenering.

³⁹² Op die manier komt het Hof ook tegemoet aan de kritiek van het Verenigd Koninkrijk en heeft het Hof oog voor de plurale problematiek in de criminaliteitsbestrijding in de Raad van Europa. Uiteindelijk blijven uiteraard de nationale bewijsregels nog gewoon gelden, zoals in Nederland de bewijsminimumregel uit art. 342 lid 2 Sv of de specifieke bewijsminimumregels uit art. 344a Sv. Daar gaat het Hof immers niet over. Hier gaat het puur om de uitleg van art. 6 lid 3 sub d EVRM in het licht van een eerlijk proces.

³⁹³ Zie ook De Wilde 2012a, par. 3.2.

³⁹⁴ De Wilde 2012b, p. 2337-2338 en Schalken 2012b. Zie ook par. 5.3.2. Met het voorbehoud dat de wettelijke waarborgen in de praktijk resulteren in een effectieve ondervragingsgelegenheid. Vgl. de kritische noties van Franken 2006b en Janssen 2012 en par. 5.3.2.

³⁹⁵ Par. 5.3.2. Zo kwamen bijvoorbeeld alternatieven manieren van horen en nadere motiveringsverplichtingen naar voren.

³⁹⁶ Aldus ook Duker 2012, p. 332. Deze aanzetten bespreek ik aan de hand van de compenserende factoren zoals het EHRM zich daarover heeft uitgelaten in zijn jurisprudentie die in hoofdstuk 4 is besproken.

6.3.1. Navolging in de strafrechtspleging

Betrouwbaarheid van de getuigenverklaring

De algemene aanbeveling aan rechterlijke ambtenaren om elke keer weer bewust te zijn van de problematiek rondom de betrouwbaarheid van getuigenverklaring en van de nieuwe lijn van het Hof bij art. 6 lid 3 sub d EVRM, kan om te beginnen eigenlijk niet vaak genoeg herhaald worden.³⁹⁷ Inbreuken op het ondervragingsrecht kunnen zo al in een vroeg stadium worden voorkomen door de verdediging tegemoet te komen indien beperkingen opdoemen. Het ligt mijns inziens dus in de rede om rechters en rechters-commissarissen aan te bevelen om ruimhartig te oordelen bij verzoeken van de verdediging om een belastende getuige – al dan niet op een alternatieve wijze – te horen. Het Hof verlangt bovendien eigen initiatief en activiteit van de rechter.

Zo komt in de jurisprudentie van het Hof nadrukkelijk de jury-instructie, het onderzoeken van de noodzaak en het beoordelen van de betrouwbaarheid en van de bewijswaarde van de getuigenverklaring in kwestie naar voren. Allereerst moeten de proportionaliteit en subsidiariteit van de beperking daarom grondig onderzocht zijn. De rechter – en zeker ook de rechter-commissaris die in het Nederlandse strafproces een prominente rol inneemt als het gaat om het horen van getuigen – zal zich vervolgens bewust moeten zijn van het feit dat (ambtshalve zorgen voor) de juiste compenserende factoren kunnen bijdragen aan het voorkomen van een schending van het ondervragingsrecht. Het moet dan wel gaan om compenserende factoren die ten goede komen aan het beoordelen van de betrouwbaarheid van een getuige. Enige toegeeflijkheid richting de verzoeken van de verdachte, ten aanzien van de hem belastende getuigen, is al met al geboden.³⁹⁸ Gelet op de actuele ontwikkelingen is het de vraag of de rechterlijke macht wel voldoende ruimte wordt geboden tot de praktische uitvoering hiervan.³⁹⁹ Mijns inziens geeft dit evenwel des te meer de noodzaak om de mogelijkheden tot deze nadere aanbeveling te onderzoeken.

Alternatieven

Bij de nadere bestudering van alternatieven kunnen bovendien de volgende overwegingen worden meegenomen. Als een getuige nog wel gehoord kan worden, zij het beperkt, dan zijn er verschillende (tele)communicatiemiddelen mogelijk om het stellen van vragen in ieder geval nog mogelijk te maken. Ook zijn vermommingen mogelijk om de getuige te beschermen. Als de getuige in zijn geheel geen antwoord meer kan geven op de vragen van de verdediging, kan gedacht worden aan het horen van ‘secundaire getuigen’ zoals deskundigen die een oordeel over de betrouwbaarheid van de getuige geven of ‘*de auditu*’-getuigen.

Nadere bewijsmotivering

Op het moment dat de rechter bij een bewezenverklaring gebruik maakt van een ‘beperkt getoetste getuige’ is een bijzondere motivering ook geen overbodige luxe.⁴⁰⁰ Deze overweging geldt des te meer

³⁹⁷ Zie ook Mols 2012, p. 356.

³⁹⁸ Overigens wordt al wel betoogd dat de huidige strafrechtspleging meer accusatoir van aard is. Witteveen 2012, p. 367-368. Vgl. Korthals Altes 2013, p. 303. Een rechterlijke bewustheid over de noodzaak van compensatoire maatregelen is zeker nodig nu er met de nieuwe Wet versterking van de positie van de rechter-commissaris nog meer werk van de zittingsrechter uit handen wordt genomen en de rechter-commissaris in de praktijk een nog grotere rol zal krijgen. Mols 2012, p. 354 en *Stb.* 2012, 408.

³⁹⁹ Corstens 2013. Zie ook het manifest van de raadsheren Hof Leeuwarden dat te vinden is op www.rechtspraak.nl onder de zoekterm ‘manifest’.

⁴⁰⁰ Aldus ook Borgers 2011 en conclusie A-G Vellinga voor HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 333, par. 13. Zie ook EHRM 8 december 2009, nr. 44023/03 (*Caka/Albanië*), par. 105; EHRM 18 december 2008, nr.

als bepaalde inconsistente elementen aan de kaak worden gesteld door de verdediging. Een specifieke compenserende factor is het afspelen van opnames van politieverhoren (voor zover deze beschikbaar zijn). Verder zal de getuige voor diens verhoor ook goed moeten worden geïnstrueerd over zijn rol; de techniek van verhoren en het stellen van vragen moeten in de gaten worden gehouden en de wijze van verslaglegging moet op een betrouwbare manier plaatsvinden.⁴⁰¹ Tot slot blijft ook de aanwezigheid van steunbewijs, dat concreet ziet op de belastende elementen uit de getuigenverklaring in kwestie, een relevante compenserende factor waar de rechter inhoudelijk op in moet gaan.⁴⁰² Al met al kan het rechterlijke bewustzijn van de *Al-Khawaja & Tahery*-criteria – in een vroeg stadium! – ten goede komen van de procespositie van de verdachte. De mogelijkheden voor de rechterlijke macht zijn echter dikwijls beperkt. Al was het maar door het feit dat rechters op hun beurt weer afhankelijk zijn van het voorafgaande opsporingsonderzoek.

Aanwezigheid bij het politieverhoor

Een volgende aanbeveling is dan ook gericht aan de opsporende autoriteiten. Op het moment dat een getuige belastend verklaart, zouden zij de verdachte in staat kunnen stellen om ook bij de politieverhoren aanwezig te zijn om de belastende getuige te ondervragen. Als er dan al beperkingen aanwezig zijn – bijvoorbeeld doordat een getuige anonimiteit wordt verleend – dan moet de verdachte of diens advocaat in elk geval de gelegenheid worden gegeven om vragen te doen stellen. Verder is het mogelijk om meer aandacht te besteden aan de verslaglegging van de verhoren. Zo verdient het juist in het stadium van het opsporingsonderzoek aanbeveling om het maken van video- of audio-opnames te overwegen.⁴⁰³ Op dat moment is de verdediging immers meestal afwezig. Op die manier kan in een later stadium alsnog tot een (beter) oordeel over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring worden gekomen.⁴⁰⁴ Over het algemeen blijft de schriftelijke verslaglegging van verhoren echter de standaard en in de praktijk is er naar mijn idee weinig gehoor voor deze aanbevelingen te vinden bij de opsporende autoriteiten.⁴⁰⁵ Men moet evenwel bedenken dat een verbetering van de verslaglegging met het oog op een betrouwbare waarheidsvinding – negatief geformuleerd: ter voorkoming van rechterlijke dwalingen⁴⁰⁶ – al zeer positief kan uitwerken.

Al met al kunnen de justitiële autoriteiten op deze manier de nieuwe lijn van het Hof de broodnodige erkenning en navolging geven in de Nederlandse strafrechtspraktijk. Zo wordt geopperd dat de rechtspraak zelf al een kader voor het verhoren van getuigen zou kunnen opstellen om de betrouwbaarheid van de *fact finding* te dienen.⁴⁰⁷ Vanuit het Straatsburgse perspectief kunnen

30663/04 (Lutsenko/Oekraïne), par. 50-51. Vgl. Groenhuijsen 2012, p. 275 over de eisen aan de rechterlijke motivering. De druk op de rechtspraak maakt het uitvoeren van een dergelijk verlangen in de praktijk echter lastig. Ten Voorde 2012, p. 1860.

⁴⁰¹ Zie ook Witteveen 2012, p. 371 over enkele adviezen aan rechters en Mols 2012, p. 353-355. Vgl. par. 2.2.

⁴⁰² Voor zover de rechter daar sowieso niet al toe verplicht was op grond van de hoofdvragen uit art. 350 Sv. Een nadere bestudering van de feitenrechtspraak biedt al wel een (iets) optimistischer beeld over de invulling van het steunbewijs dan de visie van de Hoge Raad uit par. 5.3.1. Borgers 2012a.

⁴⁰³ Aldus ook Malsch, De Keijser & Riedijk 2011.

⁴⁰⁴ Dan is er namelijk veel meer materiaal beschikbaar dan de – vaak zeer summiere – samenvatting in het schriftelijke proces-verbaal. Malsch, De Keijser, Kranendonk & De Gruijter 2010, p. 2407.

⁴⁰⁵ *Aanwijzing auditief en audiovisueel registreren van verhoren van aangevers, getuigen en verdachten* (2010A018). *Stcrt.* 2010, nr. 11885. Bovendien is er geen wettelijke verplichting voor de opsporende autoriteiten in het stadium van het vooronderzoek. Zie ook par. 5.2.2.

⁴⁰⁶ Die ook recent weer actueel zijn geworden. Mols 2012, p. 349 en HR 18 december 2012, *LJN* BW7190.

⁴⁰⁷ Zie bijvoorbeeld Witteveen 2012, p. 370-371 die dit ook direct koppelt aan de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen en niet enkel aan de nieuwe lijn van het Hof.

dergelijke maatregelen alleen maar worden toegejuicht. Van de verdediging mag dan wel verwacht worden dat zij aangeeft wie zij wil horen en waarom het noodzakelijk is dat zij juist de desbetreffende getuige moet kunnen horen.⁴⁰⁸

6.3.2. Navolging in de wetgeving

De ondernemingsgezindheid van de rechtsprekende en uitvoerende autoriteiten hoeft niet afgewacht te worden en zal soms ook hun bevoegdheden te buiten gaan.⁴⁰⁹ Daarom kan ook van de wetgever verwacht worden dat er stappen ondernomen worden.⁴¹⁰ De wettelijke implementatie van compenserende factoren kan van praktisch nut zijn doordat het voor een sterkere rechtszekerheid en waarborg van het ondervragingsrecht zorgt dan de hiervoor genoemde aanbevelingen. Ik zie mogelijkheden om meer aansluiting te zoeken bij de ‘Straatsburgse’ eisen in de volgende punten.

Bewijsminimum

Eerder kwam al ter sprake dat de benadering van de anonieme getuige in het Nederlandse strafproces in overeenstemming lijkt te zijn met de Straatsburgse eisen.⁴¹¹ Het kan mijns inziens nuttig zijn om te bekijken of er meer aansluiting bij deze wettelijke regelgeving kan worden gezocht. Zo zouden de bewijsminima uit art. 344a Sv van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard voor getuigen die niet op (alle) vragen van de verdachte antwoord (kunnen) geven. Aldus wordt er op een meer concrete en dwingende manier invulling gegeven aan het verlangen naar steunbewijs.

Motiveringsverplichting

Verder is ook een motiveringsverplichting, zoals ik die zojuist al benoemde, in een wettelijk vorm te gieten en wel als volgt. Als een rechter bij zijn bewezenverklaring gebruik wil maken van ‘beperkt getoetste getuige’, kan een overeenkomstige bepaling worden opgenomen zoals we die zagen bij de anonieme getuige in art. 360 lid 1 Sv. De deugdelijkheid van de motivering zal uiteindelijk van de rechter afhangen.⁴¹² Een wettelijke motiveringsverplichting biedt in elk geval een stok achter de deur ten aanzien van rechters die het *Al-Khawaja & Tahery*-beslissingsmodel uit het oog verliezen.

Procespositie: aanwijzing opnemen verhoren

Daarnaast kunnen procedurele maatregelen vastgelegd worden ten behoeve van de rechtszekerheid van de procespositie van de verdachte. Sommige maatregelen noemde ik hiervoor al, maar het dwingende karakter van de wet zal veelal in grotere mate bij kunnen dragen aan een goede procespositie van de verdachte. Zo kan een uitbreiding van de *Aanwijzing opnemen verhoren* in mijn optiek weinig bezwaarlijk zijn. Een standaard audio-opname zou al een grote winst zijn ten opzichte van de beperkte weergave die schriftelijke processen-verbaal bieden.⁴¹³ Ook kunnen andere procedurele vereisten,

⁴⁰⁸ Zie ook De Wilde 2012a, par. 5.3. Dit komt ook voort uit de derde vraag van het nieuwe beslissingsmodel.

⁴⁰⁹ Conclusie A-G Knigge voor HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349, m.nt. Schalken.

⁴¹⁰ Gezien het antwoord van Opstelten in zijn reactie op de vragen van Van der Steur ligt dit niet in de verwachting. De antwoorden zijn te vinden op www.rijksoverheid.nl onder kenmerk 323390.

⁴¹¹ Zo kan zelfs gesteld worden dat deze regelgeving in Nederland strikter is dan de Straatsburgse eisen, waardoor de conclusie zou kunnen zijn dat de wetgever de teugels enigszins zou kunnen laten vieren. Dat lijkt evenwel in te gaan tegen de wens van het Hof om tegemoet te komen aan een betrouwbare waarheidsvinding en aan een effectief verdedigingsrecht. De Wilde 2012b, p. 2337.

⁴¹² Zo komt ook weer in een recente discussie over de bewijsvraag naar voren. Groenhuijsen 2012 en Dreissen & Spronken 2012, p. 1527.

⁴¹³ Vgl. Malsch, De Keijser & Riedijk 2011 en Malsch, De Keijser, Kranendonk & De Gruijter 2010, p. 2407.

zoals die bijvoorbeeld gelden ten aanzien van anonieme getuigen, in bepaalde situaties als standaard worden overgenomen.⁴¹⁴ Zo zou er kunnen worden bekeken of er een mogelijkheid is om een wettelijke regeling op te nemen op grond waarvan de procespartijen – of ten minste de rechter – in staat worden gesteld om zelf de betrouwbaarheid van de getuige te beoordelen.⁴¹⁵ Dit is immers ook een terugkerende compensatoire factor in Straatsburg.

Regeling politieverhoor

Tot slot zou een wettelijke regeling voor het politieverhoor ook geen overbodige luxe zijn.⁴¹⁶ Bij een dergelijke regeling zou dan bekeken kunnen worden of het mogelijk is om bepalingen op te nemen die tegemoet komen aan het belang van het ondervragingsrecht. Zo kan er bijvoorbeeld aandacht worden besteed aan de mogelijkheden voor de verdediging om al op enig stadium van het opsporingsonderzoek de getuige te kunnen ondervragen en niet pas door de rechter-commissaris of ter zitting. Op die manier wordt voorkomen dat de verdediging pas veel later in beeld komt. Dan kan het namelijk zijn dat de getuige inmiddels niet meer beschikbaar is voor een verhoor of dat zijn herinneringen beïnvloed zijn of op de achtergrond geraakt.

Het gevolg van het codificeren van dergelijke compenserende factoren zal zijn dat belastende getuigen die geen antwoord (kunnen) geven op vragen van de verdediging in het Nederlandse strafproces, ‘*Straatsburgproof*’ voor een bewezenverklaring gebruikt kunnen worden. Ik ben me er evenwel van bewust dat dit slechts algemene aanzetten en aanbevelingen tot een verbetering van de procespositie van de verdachte zijn. De vraag of deze zaken in de praktijk ook uitvoerbaar zijn, zal aan een nadere bestudering onderworpen moeten worden, maar gaat het bestek van deze scriptie te buiten.

De effectiviteit van de wettelijke implementatie van de compensatie hangt nog wel af van het gevolg dat wordt gegeven aan de aanbeveling uit de vorige subparagraaf; namelijk dat er in de praktijk een effectief verdedigingsrecht moet worden gecreëerd conform de nieuwe lijn van het Hof. Daar wordt immers ook bij het gebruik van anonieme getuigen wel eens aan getwijfeld. Bovendien zal ook nu weer het een en ander afhangen van de activiteiten van de verdediging zelf. Op het moment dat aan deze aanbevelingen in de praktijk navolging wordt gegeven, wordt een schending van het ondervragingsrecht voorkomen.⁴¹⁷

6.4. Afronding

De interpretatie van een mensenrechtelijke bepaling, die toepasbaar moet zijn in alle contracterende staten, is al met al een delicate kwestie. Zij biedt in ieder geval de minimumwaarborgen waar in elk van de verschillende rechtsstelsels aan voldaan moet worden. Wat betreft de uitleg van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM heeft het Hof zich de afgelopen decennia ontwikkeld naar een effectief uit te oefenen verdedigingsrecht dat tegemoet komt aan de verschillende belangen die aanwezig zijn in het strafprocesrecht.

Het Hof is daarmee een eind op weg om te zorgen dat de verdachte in een goede procespositie verkeert ten aanzien van de hem belastende getuige. De effectieve uitkomst van het ondervragingsrecht – te weten: een onbeperkte ondervragingsmogelijkheid voor de verdachte – staat centraal. Als er dan al

⁴¹⁴ Verschillende punten die bijdragen aan verbeteringen van het verhoor zijn al wel te vinden in verschillende aanwijzingen. Amelsvoort 2012, p. 358 (in zijn eerste noot) en Bartels 2012, p. 376.

⁴¹⁵ Vgl. art. 226e en 226q Sv.

⁴¹⁶ Dat zou sowieso al veel meer duidelijkheid voor de betrokken partijen scheppen. Amelsvoort 2012, p. 357.

⁴¹⁷ Zo werden soortgelijke maatregelen in – om er maar een paar te noemen – de zaken *Tahery*; *Ellis, Simms & Martin*; *Sievert* en *Pesukic* bijvoorbeeld aangemerkt als factoren die voldoende compensatie bieden.

beperkingen op het ondervragingsrecht zijn, hanteert het Hof nadere eisen die tegemoet komen aan een proces van een betrouwbare waarheidsvinding waarin de verdachte zijn zich effectief kan verdedigen. Van de algemene benadering die de Hoge Raad hanteert, kan dat niet gezegd worden. De onderzoeksvraag van mijn scriptie – “hoe wordt de verdachte in het Nederlandse strafproces beschermd tegen (te) vergaande beperkingen van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM bij het ondervragen van getuigen à charge?” – moet daarom onbevredigend worden beantwoord met de classificatie ‘onvoldoende’. De minimalistische invulling, zoals die nu wordt gegeven, laat zich niet verenigen met de uitleg van het EHRM, noch met de intrinsieke waarden die aan het ondervragingsrecht ten grondslag liggen. Dit leidt mij tot de slotsom:

De Hoge Raad moet van koers veranderen door het beslissingsmodel van het EHRM over te nemen. Op die manier wordt er voldoende recht gedaan aan art. 6 lid 3 sub d EVRM.

In de vorige paragraaf heb ik een aantal meer specifieke aanzetten gegeven waar op gelet zou kunnen worden om meer recht te doen aan art. 6 lid 3 sub d EVRM. Of ze in de praktijk ook allemaal uitvoerbaar zijn, zal evenwel onderzocht moeten worden. Een rechterlijk bewustzijn over de nieuwe lijn van het Hof is wel het minste dat geboden is om de waarborging van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM op een degelijke en inhoudelijke wijze gestalte te geven.

In de Nederlandse strafrechtspleging valt er – in een understatement uitgedrukt – dus nog wel wat te verbeteren bij de uitleg van het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM. Op het moment dat een dergelijke verbetering plaatsvindt, kan ook het doemscenario waar Schalken in zijn annotatie bij de uitspraak van het Hof inzake *Vidgen* mee afsluit, worden weersproken. Op dat moment schiet de verdediging, en dus de eerlijkheid van het strafproces, met de koerswijziging van het Hof namelijk wel wat op. En als de eerlijkheid van een strafzaak in uitzonderlijke gevallen – zoals in de zaak *Vidgen* – dan in zijn geheel niet meer valt te garanderen, dan zou men daar in mijn optiek in moeten berusten. Er is dan geen sprake van een mogelijk dader, die ten onterechte door Vrouwe Fortuna wordt toegelachen. Het is Vrouwe Justitia, die een mogelijk onschuldige voor de misère van een onterechte veroordeling behoedt.

7. EPILOOG

Met de keuze van een actueel onderwerp, zoals ik dat in de voorafgaande hoofdstukken heb besproken, heb ik mezelf blootgesteld aan het gevaar dat er tussentijds ontwikkelingen kunnen plaatsvinden met ingrijpende gevolgen voor mijn betoog. Dit gevaar lijkt zich te hebben verwezenlijkt in een recent arrest van de Hoge Raad van 29 januari jongstleden.⁴¹⁸ In dit arrest lijkt de Hoge Raad zijn rechtsregels over het ondervragingsrecht – overeenkomstig de belangrijkste conclusie van mijn betoog – namelijk daadwerkelijk te hebben bijgesteld.

In cassatie werd geklaagd over het feit dat een getuigenverklaring ten onrechte is toegelaten tot het bewijs. De klacht is dat dit in strijd zou zijn met het ondervragingsrecht ex art. 6 lid 3 sub d EVRM. De getuigenverklaring waar het in casu om gaat, brengt de verdachte in verband met drugshandel. Deze belastende verklaring is afgelegd door een getuige tijdens het politieverhoor. In hoger beroep is de getuige opgeroepen om door de verdediging gehoord te kunnen worden, maar eenmaal ter zitting verschenen heeft de getuige een beroep gedaan op zijn verschoningsrecht. De verdediging is op die manier verstoken gebleven van een effectieve ondervragingsgelegenheid.

De Hoge Raad stelt daarover het volgende:

“In het licht van de uitspraak EHRM 10 juli 2012, LJN BX3071, NJ 2012/649 nr. 29353/06 (Vidgen tegen Nederland) moet thans worden geoordeeld dat in een geval als het onderhavige, waarin de op verzoek van de verdediging opgeroepen en ter terechtzitting verschenen getuige heeft geweigerd antwoord te geven op de hem gestelde vragen, de verdachte niet het bij art. 6, derde lid aanhef en onder d, EVRM voorziene recht heeft kunnen uitoefenen die getuige te (doen) horen omtrent diens niet ter terechtzitting afgelegde, de verdachte belastende verklaring. Dat betekent dat in zo'n situatie geen sprake is van het (...) geval dat “de verdediging in enig stadium van het geding, hetzij op de terechtzitting hetzij daarvoor, de gelegenheid heeft gehad om een dergelijke verklaring op haar betrouwbaarheid te toetsen en aan te vechten door de persoon die de verklaring heeft afgelegd als getuige te (doen) ondervragen”.”

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of er een ondervragingsgelegenheid is geweest dus door te bezien of de vragen, die door de verdediging zijn gesteld, beantwoord worden door de getuige. Als dat niet het geval is, hoeft die situatie niet langer te gelden als een ondervragingsgelegenheid die een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM kan voorkomen. Op deze manier stelt nu ook de Hoge Raad de effectiviteit van de uitkomst van de ondervragingsgelegenheid meer centraal. De eerste vraag van het beslissingsmodel van het Hof lijkt aldus – min of meer – te zijn overgenomen. In ieder geval zoekt deze rechtsoverweging directe aansluiting bij de zaak *Vidgen*. Daarmee komt de Hoge Raad dus in zoverre terug op zijn eerdere rechtspraak, uiteengezet in het arrest ‘grenzen getuigenbewijs’.

In de rechtsoverweging voorafgaand aan het zojuist aangehaalde citaat stelt de Hoge Raad dat de eis van steunbewijs reeds is verwoord in zijn eerdere ‘grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie.⁴¹⁹ Daarbij past mijns inziens de kanttekening dat de bewijswaardering van de Hoge Raad niet altijd dezelfde is als die van het EHRM. Deze stap is – zo was één van de belangrijkste conclusies in mijn betoog – echter niet langer doorslaggevend in de optiek van het Hof. Zo zal een ‘beperkt getoetste getuige’ wiens verklaring onbelangrijk is voor de bewezenverklaring over het algemeen geen schending van het ondervragingsrecht opleveren.⁴²⁰ In de zaak van 29 januari ziet de Hoge Raad het verweer van de

⁴¹⁸ HR 29 januari 2013, LJN BX5539.

⁴¹⁹ HR 29 januari 2013, LJN BX5539, r.o. 3.3.2. onder verwijzing naar HR 14 april 1998, NJ 1999, 73, m.nt. Knigge en HR 20 mei 2003, NJ 2003, 672 (minderjarig slachtoffer), m.nt. Schalken.

⁴²⁰ EHRM 17 april 2012, nr. 43609/07 (Fafrowicz/Polen), par. 62 en EHRM 25 oktober 2012, nr. 18027/05

verdediging op dit punt stranden. Hij meent dat de verklaring in casu niet van doorslaggevende betekenis was. Een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM wordt zodoende voorkomen.⁴²¹

Uiteindelijk heb ik in mijn betoog veel aandacht gehad voor de noodzaak dat de eis van compenserende factoren wordt overgenomen door de Hoge Raad. Door het arrest van de Grote Kamer inzake *Al-Khawaja & Tahery* was dit immers de belangrijkste koerswijziging in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof bij de interpretatie van art. 6 lid 3 sub d EVRM. Net als bij de eerste vraag, contrasteerde de uitleg van de Hoge Raad met de uitleg van het Hof. De eis van compenserende factoren ontbrak immers in het Nederlandse strafproces, behoudens enkele uitzonderingen.⁴²²

Uit het feit dat ik hier de verleden tijd gebruik, zou al kunnen worden afgeleid dat er ook op dit punt een wijziging heeft plaatsgevonden. Deze observatie lijkt mij juist.⁴²³ Ik citeer – wederom – de Hoge Raad:

“De Hoge Raad voegt aan het vorenoverwogene nog toe dat uit genoemde beslissing van het EHRM en andere daarin vermelde uitspraken, zoals die van 15 december 2011 in de zaak Al-Khawaja and Tahery tegen het Verenigd Koninkrijk, nos. 26766/05 en 22228/06, NJ 2012/283, kan worden afgeleid

(a) dat de omstandigheid dat de verdachte niet het bij art. 6, derde lid aanhef en onder d, EVRM voorziene recht heeft kunnen uitoefenen om een op verzoek van de verdediging opgeroepen en ter terechtzitting verschenen getuige te (doen) horen omtrent diens niet ter terechtzitting afgelegde, de verdachte belastende verklaring omdat die getuige weigert antwoord te geven op de hem gestelde vragen, niet in de weg staat aan het gebruik van die verklaring voor het bewijs indien aan de verdachte met het oog op zijn wens die verklaring op haar betrouwbaarheid te toetsen, een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende compensatie is geboden voor het ontbreken van de mogelijkheid tot daadwerkelijke ondervraging van de getuige, waarbij de wijze waarop een zodanige compensatie zal kunnen worden geëffectueerd afhangt van de omstandigheden van het geval, en voorts

*(b) dat ingeval een getuige weigert antwoord te geven op de hem gestelde vragen en op grond van objectieve gegevens in rechte komt vast te staan dat deze weigering het gevolg is van een ernstige bedreiging door of van de zijde van de verdachte, de verdachte het recht om deze getuige (nader) te (doen) horen heeft prijs gegeven.”*⁴²⁴

Hetgeen in deze rechtsoverweging – en met name in de aanhef en de bewoordingen van onderdeel (a) – genoemd wordt, duidt zonneklaar op het overnemen van de benadering van het Hof. Er wordt expliciet aansluiting gezocht bij de uitspraak *Al-Khawaja & Tahery* van de Grote Kamer van het Hof. Met onderdeel (b) wordt verder aangegeven dat zich omstandigheden kunnen voordoen waardoor een

(Stefancic/Slovenië), par. 42. Behoudens enkele extreme situaties, zoals bijvoorbeeld in de zaak *Sarkizov*. Zie ook par. 4.2.3.

⁴²¹ Aldus ook conclusie A-G Vellinga voor HR 29 januari 2013, *LJN BX5539*, par. 27-29. Hiermee is overigens nog steeds niet gezegd dat de waardering van het Hof van het steunbewijs gelijklopend zal zijn.

⁴²² Zoals bij minderjarige slachtoffers die als getuigen optreden en de bijzondere categorie van anonieme getuigen, die specifieke wettelijke regelingen kent.

⁴²³ Aldus ook Hoekendijk 2013.

⁴²⁴ HR 29 januari 2013, *LJN BX5539*, r.o. 3.4.

weigering van de desbetreffende getuige om te verklaren, de verdachte kan worden aangerekend. Zo kwam bijvoorbeeld ook in de zaak van klager Tahery naar voren.

Deze observaties wijzen er op dat de Hoge Raad inmiddels is ‘omgegaan’ op de belangrijkste punten en dat de ‘Straatsburgse’ eisen zijn overgenomen. De nadere invulling van deze rechtspraak zal daarbij moeten uitwijzen of de rechterlijke waardering van deze vragen in de Nederlandse strafrechtspleging overeenkomen met de visie van het Hof. Dat in het arrest van 29 januari in grote lijnen aansluiting wordt gezocht bij het beslissingsmodel van het Hof stemt mij in ieder geval hoopvol. Ten behoeve van de overzichtelijkheid en rechtsgelijkheid, is een laatste wens die ik op dit punt zou willen uiten dat de Hoge Raad het beslissingsmodel van het EHRM integraal overneemt. Gezien het feit dat de recente overwegingen van de Hoge Raad ondubbelzinnig de jurisprudentie van het Hof noemt, is een dergelijk helder beslissingsmodel – zoals dat ook is weergegeven in par. 6.1. – in mijn optiek niet onwenselijk, noch problematisch.

De recente ontwikkeling die ik hier heb besproken, maakt daarnaast ook dat de noodzaak van mijn aanzet tot enige nadere aanbevelingen uit de conclusie van mijn betoog – en zeker daar waar het gaat om het nemen van maatregelen door de wetgever in het geval dat rechterlijke navolging uitblijft – minder dringend is geworden. Hoe dan ook zal het bewustzijn van deze nieuwe regels bij de justitiële autoriteiten in een vroeg stadium van het strafproces, relevant blijven. Het geven van navolging aan deze regels in de strafrechtspleging zal dan ook van belang blijven. Zo zagen we bijvoorbeeld al bij de anonieme getuigen dat er in het Wetboek van Strafvordering op het eerste gezicht weliswaar voldoende compenserende factoren zijn,⁴²⁵ maar dat er in de praktijk dikwijls weinig van een effectieve ondervraging terecht komt.⁴²⁶ Door op tijd oog te hebben voor deze nieuwe rechtsregels omtrent het ondervragingsrecht, kan worden voorkomen dat in de praktijk alsnog problemen ontstaan bij het recht van de verdachte om zich te kunnen weren tegen de hem belastende getuige ex art. 6 lid 3 sub d EVRM. Immers, voorkomen blijft beter dan genezen. Dat geldt mijns inziens ook bij het ontbreken van een goede procespositie voor de verdachte en in het bijzonder bij problemen rondom het ondervragingsrecht ten aanzien van belastende getuigen. Het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs blijft uiteindelijk een delicate aangelegenheid, waarbij aandacht voor het belang van het ondervragingsrecht – zowel voor de verdachte als voor een betrouwbare waarheidsvinding – niet vroeg genoeg aanwezig kan zijn in het strafproces.

⁴²⁵ De Wilde 2012b.

⁴²⁶ Janssen 2012.

8. LITERATUURLIJST

Akandji-Kombe 2007

J. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to implementation of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg: Strasbourg Cedex 2007.

Alink & Van Zeben 2007

M.J. Alink & P.D.J. van Zeben, *Getuigen in het Nederlands Strafproces*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Amelsvoort 2012

A.G. Amelsvoort, 'Politieverhoor van getuigen', *Strafblad* 2012, p. 357-365.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (Handelingen Vereniging voor Bestuursrecht 2004-132), Den Haag: Boom Juridische Uitgever 2004.

Baudet 2011

T. Baudet, 'Dik of dun', *Recht der werkelijkheid* 2011-2, p. 74-79.

Bartels 2012

J.A.C. Bartels, 'Minderjarige getuigen', *DD* 2012, p. 374-380.

Beaujean 2009

R.G.A. Beaujean, 'Verhoren', in: P.A.M. Mevis & J. Boksem (red.), *Handboek strafzaken* (losbladig), Deventer: Kluwer 2009, par. 23.6.

Belleman 2012a

S. Belleman, 'Een getuige niet meer genoeg voor uitspraak; Europees Hof veegt vonnis Nick Vidgen van tafel', *De Telegraaf* 16 juli 2012, p. 6.

Belleman 2012b

S. Belleman, 'Europees hof moet veel zaken herzien; Advocaten slijpen messen na fout vonnis', *De Telegraaf* 18 juli 2012, p. 7.

Boek & Nijboer 1992

J.L.M. Boek & J.F. Nijboer, 'Ongehoorde getuigen', *DD* 1992, p. 1006-1014.

Bokhorst 2012

R.J. Bokhorst, *De wet afgeschermde getuigen in de praktijk*, Memorandum WODC 2012-03, 25 juni 2012.

Borgers 2010

M.J. Borgers, annotatie bij: HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 571.

Borgers 2011

- M.J. Borgers, annotatie bij: HR 2 maart 2010, *NJ* 2011, 100.
- Borgers 2012a
M.J. Borgers, ‘De toepassing van de bewijsminimumregel’, *DD* 2012, 82.
- Borgers 2012b
M.J. Borgers, annotatie bij: HR 17 april 2012, *NJ* 2012, 413.
- Buruma 2002
Y. Buruma, annotatie bij: HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 186 (*Zittingsrechter en anonieme getuige*).
- Coady 1992
C.A.J. Coady, *Testimony: A Philosophical Study*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- Corstens 1994
G.J.M. Corstens, annotatie bij: HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (*Grenzen getuigenbewijs*).
- Corstens & Borgers 2011
G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Corstens 2013
G.J.M. Corstens, ‘Doe iets, voordat het te laat is’, *NRC.next* 4 februari 2013, p. 4.
- Crombag, Van Koppen & Wagenaar 2010
H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, ‘De waarde van bewijs’, in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 335-348.
- Van Dale 2005
Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2005.
- Van Dijk & Van Hoof 1998
P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998.
- Dickie 2004
J. Dickie, ‘Terra Infedilium. The fate of the Maxi-Trial’, in: J. Dickie, *Cosa Nostra. A history of the Sicilian Mafia*, New York: Palgrave MacMillan 2004, p. 293-310.
- Doorenbos 2004
D.R. Doorenbos, ‘Kroniek van het straf(proces)recht’, *NJB* 2004, p. 481-487.
- Dostojevski (1876) 2005
F.M. Dostojevski, *Verzamelde werken: de broers Karamazov*, Amsterdam: Van Oorschot 2005. (*Polnoe sobranie sočinenij* 1876, vertaald door A. Langeveld).
- Dreissen 2009

W.H.B. Dreissen, 'Eén getuige is geen getuige', *DD* 2009, p. 760-777.

Dreissen & Nauta 2012

W.H.B. Dreissen & O. Nauta, *Anonimiteit in het strafproces. De praktijk van de regeling beperkt anonieme getuige en de regeling bedreigd anonieme getuige in het strafproces*, Eindrapport WODC 2012-2114, 24 oktober 2012.

Dreissen & Spronken 2012

W.H.B. Dreissen & T. Spronken, 'Een burger straffen voor wat hij gedaan heeft', *NJB* 2012, p. 1521-1527.

Van Drumpt & Wijnakker 2012a

C.F. van Drumpt & C.P.J. Wijnakker, 'Kroniek jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. November en december 2011', *NJCM-Bulletin* 2012, p. 123-130.

Van Drumpt & Wijnakker 2012b

C.F. van Drumpt & C.P.J. Wijnakker, 'Kroniek jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Mei tot en met half augustus 2012', *NJCM-Bulletin* 2012, p. 629-635.

Duker 2012

M.J.A. Duker, 'EHRM 10 juli 2012, nr. 295353/06 (Vidgen/Nederland)', *Strafblad* 2012, p. 329-334.

Fedorova 2012

M.I. Federova, 'EHRM-eisen aan het getuigenverhoor', *Strafblad* 2012, p. 337-348.

Fernhout 2004

F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2004.

Fisher & Schreiber 2007

R.P. Fisher & N. Schreiber, 'Interview protocols to improve eyewitness memory', in: M.P. Toglia, J.D. Read, D.F. Ross & R.C.L. Lindsay (red.), *Handbook of eyewitness psychology: Volume 1: Memory for events*, Mahwah: Erlbaum 2007, p. 53-80.

Flokstra, De Jonge, Malewicz en Van der Velden 2012

C.W. Flokstra, D.N. de Jonge, R. Malewicz en A.J. van der Velden, 'Kroniek Strafprocesrecht 2011-2012, deel I', *Advocatenblad* 2012-16, p. 41-51.

Fokkens 2004

J.W. Fokkens, 'Getuigen tussen Straatsburg en Den Haag', in: P.J. Duyx & P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg* (Liber Amicorum Egbert Myjer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 143-154.

Franken 2004

A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Franken 2006a

- A.A. Franken, 'Strafrechtelijk bewijs: enkele hoofdlijnen in de recente jurisprudentie', *Strafblad* 2006, p. 28-35.
- Franken 2006b
A.A. Franken, 'De rol van de rechter-commissaris: tussen ideaal en praktijk', *DD* 2006, p. 266-276.
- Franken 2007
A.A. Franken, 'Het daadwerkelijk verkregen voordeel', *DD* 2007, p. 433-445.
- Franken 2009
A.A. Franken, 'Zuinigheid troef', *DD* 2009, p. 777-792.
- Franken 2010
A.A. Franken, 'Regels voor het strafdossier', *DD* 2010, p. 403-418.
- Franken & Röttgering 2009
A.A. Franken & A.E.M. Röttgering, 'Raadsman in het vooronderzoek', in: T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, Kluwer: Deventer 2009, p. 201-296.
- Garé 1994
D.M.H.R. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Granhag & Jackson 1997
P.H. Granhag & Jackson, 'The truth or fantasy: the ability of barristers and laypersons to detect deception in children's testimony', in: J.M. Reijntjes & J.F. Nijboer (red.), *Proceedings of the first world conference on new trends in criminal investigation and evidence*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 213-226.
- Groenhuijsen 2012
M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1), Deventer: Kluwer 2012, p. 231-304.
- Groenhuijsen & Knigge 2001
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel' in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Gudjonsson 1989
G.H. Gudjonsson, 'Compliance in an interrogative situation: A new scale', *Personality and individual differences* 1989-10, p. 535-540.
- Hamer & Poelgeest 2006
G.P. Hamer & J.M. Poelgeest, 'Recht op het horen van minderjarige getuigen in zedenzaken?', *Strafblad* 2006, p. 92.

Harris, O'Boyle & Warbrick 2009

D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Harteveld, De Jong & Knigge 2004

A.E. Harteveld, D.H. de Jong & G. Knigge, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Harteveld & Stamhuis 2001

A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijzen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Henrard 2008

K. Henrard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Hoffmann 2009

L.H. Hoffmann, 'The Universality of Human Rights', Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 March 2009.

Horselenberg, Merkelbach, Crombag & Van Bergen 2010

R. Horselenberg, H. Merkelbach, H.F.M. Crombag & S. van Bergen, 'Getuigen helpen herinneren', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 487-508.

Hoekendijk 2013

M.G.M. Hoekendijk, 'Bewijsgebruik verklaring getuige die niet op enig moment door de verdediging kon worden ondervraagd', in: M.G.M. Hoekendijk, *Proces-verbaal en bewijsrecht 2013-2014*, Deventer: Kluwer 2013, par. 8.10.19.

Huys 2004

M. Huys, *Aristoteles. Retorica*, Groningen: Historische Uitgeverij 2009.

Hyman, Husband & Billings 1995

I.E. Hyman, T.H. Husband & F.J. Billings, 'False memories of childhood experiences', *Applied Cognitive Psychology* 1995-9, p. 181-197.

Jacobs, White & Ovey 2010

R.C.A. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Janssen 2012

S.L.J. Janssen, 'Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk', *Strafblad* 2012, p. 381-387.

Jebbink 2007

W.H. Jebbink, 'Na twintig jaar nog steeds geen recht op antwoord', *NJB* 2007, p. 208-215.

De Keijser

J.W. de Keijser, 'Doelen van straf. Morele theorieën als grondslag voor een legitieme strafrechtspleging', in: B. van Stokkum (red.), *Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 43-65.

Kelk 2010a

C. Kelk, *Materieel strafrecht*, Amsterdam: Kluwer 2010.

Kelk 2010b

C. Kelk, 'De oratie van prof. mr. A.A.G. Peters', *Ars Aequi* 2010, p. 352-354.

Van Kempen 2011

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Verdedigingsrechten in het vooronderzoek in Nederland', *Strafblad* 2011, p. 8-24.

Van Kempen en Van der Spoel 2012

P.H.P.H.M.C. van Kempen en Tj.E. van der Spoel, 'Getuigen', *Strafblad* 2012, p. 327-328.

Keulen 2004

B.F. Keulen, 'Artikel 6. Eerlijk proces', in: A.E. Harteveld, J. Hielkema, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe (red.), *Het EVRM en het Nederlandse Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 79-136.

Knigge 1999

G. Knigge, annotatie bij: HR 29 september 1998, *NJ* 1999, 73 en HR 19 september 1998, *NJ* 1999, 74.

Kohlbacher 1978

U. Kohlbacher 1978, *Verteidigung und verteidigungsrechte unter dem aspekt der waffengleichheit* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1978.

Koopmans 2005

T. Koopmans, *Courts and Political Institutions. A comparative view*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Van Koppen & Malsch 2008

P.J. van Koppen & M. Malsch, *Het praktisch nut van de rechtspsychologie*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Koppen 2011

P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs*, Amsterdam: Nieuwe Amsterdam Uitgevers 2011.

Korthals Altes 2013

W.F. Korthals Altes, 'Een (verdere) civilisering van het strafproces', *NJB* 2013, p. 303-305.

Kortlever 2011

C. Kortlever, 'Verhoormethoden en hun risico's', *Expertise en Recht* 2011-1, p. 3-12.

Kronenberg & De Wilde 2007

M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Van der Leij 2002

J.B.J. van der Leij, *Bejegening op Maat. De behandeling van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002.

Vande Lanotte & Haeck 2005a

J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM – Deel I: Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005.

Vande Lanotte & Haeck 2005b

J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM – Deel II: Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005.

Leeuw & Van Lent 2012

B.J.G. Leeuw & L. van Lent, 'Rechtspraak EHRM', *DD* 2012, p. 842-860.

Leijten 1975

J.C.M. Leijten, 'Het fluorideringsarrest', in: H.U. Jessurun d'Oliveira (red.), *'t Exempel dwinght*, Zwolle 1975, p. 289-315.

Van Lent 2012

L. van Lent, 'Rechtspraak EHRM', *DD* 2012, p. 234-246.

Lokin & Zwolve 2006

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Europese codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer 2006.

Malsch, Haket & Nijboer 2008.

M. Malsch, V. Haket & J.F. Nijboer, 'De gevaren van het proces-verbaal', *NJB* 2008, p. 2578-2582.

Malsch, De Keijser, Kranendonk & De Gruijter 2010

M. Malsch, J.W. de Keijser, P.R. Kranendonk & M. de Gruijter, 'Het verhoor op schrift of op band?', *NJB* 2010, p. 2402-2407.

Malsch, De Keijser & Riedijk 2011

M. Malsch, J.W. de Keijser & T. Riedijk, 'Non-verbale uitingen: Wel of niet opnemen in het proces-verbaal van verdachtenverhoren door de politie?', *DD* 2011, p. 1017-1026.

Merills 1988

J.G. Merills, *The development of international law by the ECHR*, Manchester: Manchester University Press 1988.

Mevis 2009

P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Milne & Shepherd 1999

R. Milne & E. Shepherd, 'Full and faithful: ensuring quality practice and integrity of outcome in witness interviews', in: A.H. Heaton-Armstrong, E. Shepherd & D. Wolchover (red.), *Analysing witness Testimony*, London: Blackstone Press 1999, p. 124-151.

Mols 2003

G.P.M.F. Mols, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003.

Mols 2009

G.P.M.F. Mols, 'Getuigen', in: T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, Kluwer: Deventer 2009, p. 297-336.

Mols 2012

G.P.M.F. Mols, 'Communicatie en onjuiste rechterlijke oordelen', *Strafblad* 2012, p. 349 - 356.

Odinot & Wolters 2006

G. Odinot & G. Wolters, 'Repeated recall, retention interval and the accuracy-confidence relation in eyewitness memory', *Applied Cognitive Psychology* 2006-20, p. 973-985.

Odinot, Wolters & Van Koppen 2009

G. Odinot, G. Wolters & P.J. van Koppen, 'Eyewitness memory of a supermarket robbery: a case study of accuracy and confidence after 3 months', *Law and Human Behavior* 2009-30, p. 506-514.

Ölcer 2012

F.P. Ölcer, 'Decennium strafrechtspraak in Straatsburg', *Strafblad* 2012, p. 32-42.

Peters 1972

A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Pompe 1975

W.P.J. Pompe, 'Het bewijs in strafzaken', in: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975.

Prakken 1995

T. Prakken, 'Interne openbaarheid in het strafproces: een bedreigd goed', *NJB* 1995, p. 1451-1458.

Rassin & Candel 2010

E. Rassin & I. Candel, 'Suggestie tijdens het verhoor', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 509-528.

Reijntjes 2009

J.M. Reijntjes, *Minkenhof's Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.

De Roos 2012

- T.A. de Roos, 'Kroniek van het strafrecht en het strafprocesrecht', *NJB* 2012, p. 2405-2413.
- Schalken 2003
T.M. Schalken, annotatie bij: HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 627.
- Schalken 2005
T.M. Schalken, 'Alleen klagen als er geklaagd is', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 60-65.
- Schalken 2010
T.M. Schalken, annotatie bij: HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 511.
- Schalken 2012a
T.M. Schalken, annotatie bij: EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2012, 283.
- Schalken 2012b
T.M. Schalken, annotatie bij: EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (Ellis, Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2012, 648.
- Schalken 2012c
T.M. Schalken, annotatie bij: EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland), *NJ* 2012, 649.
- Schalken 2012d
T.M. Schalken, annotatie bij: HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 252.
- Scheele 2011
C.P.J. Scheele, 'Het beoordelen van getuigenverzoeken: een leidraad voor de praktijk', *Strafblad* 2011, p. 62-72.
- Schokkenbroek 2000
J.G.C. Schokkenbroek, 'Methoden van interpretatie en toetsing. Een overzicht van beginselen toegepast in de Straatsburgse jurisprudentie', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde (red.), *Recht en Commentaar (EVRM)*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000, katern 2.1.
- Schwartz 1969
M.A. Schwartz, 'Apologie', in: M.A. Schwartz, *Plato. Dialogen*, Utrecht-Antwerpen: Prisma Boeken 1969, p. 67-96.
- Spijkerboer 2012
T. Spijkerboer, 'Het debat over het EHRM', *NJB* 2012, p. 254.
- Spina 2008
A. la Spina, 'Recent anti-mafia strategies: The Italian experience', in: D. Siegel & H. Nelen (red.), *Organized Crime: Culture, Market and Policies*, New York: Springer 2008, p. 195-206.
- Spronken 2012a

T. Spronken, 'Het EHRM in dialoog', *NJB* 2012, p. 443.

Spronken 2012b

T. Spronken, annotatie bij: EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), *EHRC* 2012, 56.

Spronken 2012c

T. Spronken, annotatie bij: EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (Ellis, Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk), *EHRC* 2012, 182; EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland), *EHRC* 2012, 179 en EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland), *EHRC* 2012, 180.

Trechsel 2006

S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Vrij & Winkel 1997

A. Vrij & F.W. Winkel, 'Liegen en bedrogen worden', in: P.J. van Koppen, D.J. Messing & H.F.M. Crombag (red.), *Het hart van de zaak. Psychologie van het recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 469-492.

Ten Voorde 2009

J.M. ten Voorde, 'In- en uitleiding', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 1-15.

Ten Voorde 2012b

J.M. ten Voorde, 'Het rechtskarakter van het strafrecht', *Strafblad* 2012, p. 441-449.

Wagenaar 1986

W.A. Wagenaar, 'My memory: a case study of autobiographical memories over six years', *Cognitive Psychology* 1986-18, p. 225-252.

Wagenaar 1999

W.A. Wagenaar, 'Waar het ècht om gaat bij de *de auditu* discussie', *Ars Aequi* 1999, p. 254.

Wells 1978

G.L. Wells, 'Applied eyewitness-testimony research: system variables & estimator variables', *Journal of Personality & Social Psychology* 1978-36, p. 1546.

Wessel & Wolters 2008

I. Wessel & G. Wolters, 'Het geheugen van getuigen', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 451-467.

Weststeijn 2005

W.G. Weststeijn, 'Dostoevski en de Russische rechtspraak', *Trema* 2005, p. 492-497.

De Wilde 2007

B. de Wilde, 'Terra Incognita. Straatsburgse eisen aan het getuigenverzoek in strafzaken.', *NJB* 2007, p. 1396-1403.

De Wilde 2009a

B. de Wilde, 'Compensatie voor het uitblijven van een gelegenheid om een minderjarig slachtoffer als getuige te ondervragen', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 495-511.

De Wilde 2009b

B. de Wilde, 'De Hoge Raad moet om! Over het recht minderjarige slachtoffers in zedenzaken te ondervragen', *NJB* 2009, p. 2885-2886.

De Wilde 2012a

B. de Wilde, 'Het arrest Al-Khawaja & Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleeft?', *DD* 2012, p. 274-289.

De Wilde 2012b

B. de Wilde, 'Nieuwe kansen voor anonieme getuigen in strafzaken', *NJB* 2012, p. 2332-2338.

Witteveen 2012

M.R. Witteveen, 'De nieuwe *battleground* in ons strafproces: hoe toetst de rechter de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen?', *Strafblad* 2012, p. 366-373.

Van Zeben 2006

P.D.J. van Zeben, 'Het ondervragingsrecht in strafzaken: compensatie van handicaps', *Trema* 2006, p. 6-13.

9. JURISPRUDENTIELIJST

9.1. Europese jurisprudentie

EHRM 27 juni 1968, nr. 1936/63 (Neumeister/Oostenrijk).
EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (Golder/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72 (Engel e.a./Nederland).
EHRM 14 december 1976, nr. 5856/72 (Tyrer/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 5 maart 1985, nr. 9697/82 (Johnston e.a./ Ierland).
EHRM 6 mei 1985, nr. 8658/79 (Bönisch/Oostenrijk).
EHRM 11 oktober 1985, nr. 10588/83, nr. 10589/83 en nr. 10590/83 (Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje).
EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk).
EHRM 10 november 1988, nr. 14038/88 (Soering/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland).
EHRM 19 december 1989, nr. 9783/82 (Kamasinski/Oostenrijk).
EHRM 27 september 1990, nr. 12489/86 (Windisch/Oostenrijk).
EHRM 19 december 1990, nr. 11444/85 (Delta/Frankrijk).
EHRM 19 februari 1991, nr. 11339/85 (Isgrò/Italië).
EHRM 19 maart 1991, nr. 11069/84 (Cardot/Frankrijk).
EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk).
EHRM 28 augustus 1991, nr. 13468/87, nr. 11170/84 en nr. 12876/87 (Brandstetter/Oostenrijk).
EHRM 30 oktober 1991, nr. 12005/86 (Borgers/België).
EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België).
EHRM 15 juni 1992, nr. 12433/86 (Lüdi/Zwitserland).
EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (Artner/Oostenrijk).
EHRM 20 september 1993, nr. 14647/89 (Saïdi/Frankrijk).
EHRM 24 november 1993, nr. 13972/88 (Imbrioscia/Zwitserland).
EHRM 29 november 1993, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland).
EHRM 23 februari 1994, nr. 16757/90 (Stanford/VK).
EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (Ferrantelli en Santangelo/Italië).
EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland).
EHRM 14 januari 1998, nr. 31076/96 (Wester/Zweden).
EHRM 31 augustus 1999, nr. 35253/97 (Verdam/Nederland).
EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 (Rowe en Davis/VK).
EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië).
EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, (P.S./Duitsland).
EHRM 14 februari 2002, nr. 26668/95 (Visser/Nederland).
EHRM 21 maart 2002, nr. 59895/00 (Calabro/Italië en Duitsland).
EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden).
EHRM 4 februari 2003, nr. 52750/99 (Lorsé e.a./Nederland).
EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99 (Perna/Italië).
EHRM 19 juni 2003, nr. 28490/95 (Hulki Günes/Turkije).
EHRM 13 november 2003, nr. 71846/01 (Rachdad/Frankrijk).
EHRM 7 oktober 2004, nr. 76809/01 (Baumann/Oostenrijk).
EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01 (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 5 april 2005, nr. 39209/02 (Scheper/Nederland).

EHRM 14 juni 2005, nr. 43803/98 (Eskelinen e.a./Finland).
 EHRM 16 juni 2005, nr. 74727/02 (Balliu/Albanië).
 EHRM 26 juli 2005, nr. 39481/98 en nr. 40227/98 (Mild en Virtanen/Finland).
 EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland).
 EHRM 22 november 2005, nr. 13249/02 (Taal/Estland).
 EHRM 8 juni 2006, nr. 60018/00 (Bonev/Rusland).
 EHRM 23 juni 2006, nr. 12952/87 (Ruiz-Mateos/Spanje).
 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh/Duitsland).
 EHRM 28 september 2006, nr. 24015/02 (Andandonskiy/Rusland).
 EHRM 19 oktober 2006, nr. 65550/01 (Koval/Oekraïne).
 EHRM 21 december 2006, nr. 56891/00 (Borisova/Bulgarije).
 EHRM 26 april 2007, nr. 5953/02 (Vozhigov/Rusland).
 EHRM 27 mei 2008, nr. 28489/04 (Hasan Rüzgar/Turkije).
 EHRM 4 december 2008, nr. 1111/02 (Trofimov/Rusland).
 EHRM 11 december 2008, nr. 6293/04 (Mirilashvili/Rusland).
 EHRM 18 december 2008, nr. 30663/04 (Lutsenko/Oekraïne).
 EHRM 8 januari 2009, nr. 14899/04 (Babkin/Rusland).
 EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk).
 EHRM 8 december 2009, nr. 44023/03 (Caka/Albanië).
 EHRM 14 januari 2010, nr. 23610/03 (Melnikov/Rusland).
 EHRM 27 april 2010, nr. 43643/04 (Bielaj/Polen).
 EHRM 28 september 2010, nr. 40156/07 (A.S./Finland).
 EHRM 3 maart 2011, nr. 31240/33 (Zhukovskiy/Oekraïne).
 EHRM 13 december 2011, nr. 20883/09 (Ajdaric/Kroatië).
 EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk).
 EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (Karpenko/Rusland).
 EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (Ellis, Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk).
 EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, nr. 38022/06, nr. 39122/06 en nr. 44278/06 (Sarkizov e.a./Bulgarije).
 EHRM 17 april 2012, nr. 43609/07 (Fafrowicz/Polen).
 EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (Sibgatullin/Rusland).
 EHRM 3 mei 2012, nr. 23880/05 (Salikhov/Rusland).
 EHRM 5 juli 2012, nr. 8916/05 (Association Les Témoins de Jéhove/Frankrijk).
 EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland).
 EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (Hümmer/Duitsland).
 EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland).
 EHRM 2 oktober 2012, nr. 7259/03 (Mitkus/Litouwen).
 EHRM 25 oktober 2012, nr. 18027/05 (Stefancic/Slovenië).
 ECRM 7 juli 1989, nr. 10857/84 (Bricmont/België).
 ECRM 16 december 1999, nr. 29728/96 (Vahtera/Finland).

9.2. Nederlandse jurisprudentie

HR 20 december 1926, *NJ* 1927, 85 (de auditu).
 HR 11 november 1947, *NJ* 1948, 126 (Piet Geus).
 HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142 (braak bij binnentreden).
 HR 4 mei 1981, *NJ* 1982, 268 (anonieme getuige I), m.nt. van Veen.

HR 9 januari 1990, *NJ* 1990, 354, m.nt. Van Veen.
HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 (grenzen getuigenbewijs), m.nt. Corstens.
HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 57.
HR 14 april 1998, *NJ* 1999, 73, m.nt. Knigge.
HR 29 september 1998, *NJ* 1999, 74, m.nt. Knigge.
HR 11 mei 1999, *NJ* 1999, 526.
HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 106, m.nt. Schalken.
HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 827 (Bocos Cuesta).
HR 11 juni 2002, *NJ* 2002, 459.
HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 672 (minderjarig slachtoffer), m.nt. Schalken.
HR 10 februari 2004, *NJ* 2004 452, m.nt. Knigge.
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 344 (voldoende steunbewijs).
HR 15 februari 2005, *JOL* 2005, 111.
HR 7 maart 2006, *NJ* 2006, 195.
HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 332 (Vidgen).
HR 16 september 2008, *LJN* BD3701.
HR 12 mei 2009, *LJN* BG6608.
HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 191, m.nt. Reijntjes.
HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 571, m.nt. Borgers.
HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 509, m.nt. Schalken.
HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 510, m.nt. Schalken.
HR 17 april 2012, *NJ* 2012, 413, m.nt. Borgers.
HR 23 oktober 2012, *LJN* BX6752.
HR 18 december 2012, *LJN* BW7190.
HR 29 januari 2013, *LJN* BX5539.
Rb. Amsterdam, 29 januari 2013, *LJN* BY9841.

9.3. **Buitenlandse jurisprudentie**

9.3.1. Verenigd Koninkrijk

United Kingdom Supreme Court, 9 december 2009, UKSC 14 (R/Horncastle).

9.3.2. Verenigde Staten van Amerika

United States Supreme Court 1 mei 2005, nr. 03-633 (Roper/Simmons).

New Jersey Supreme Court 24 augustus 2011, nr. A-8-08, 062218 (New Jersey/Henderson).