



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief

Dubelaar, M.J.

Citation

Dubelaar, M. J. (2014, February 6). *Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/23625>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/23625>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/23625> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Dubelaar, M.J.

Title: Betrouwbaar getuigenbewijs : totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief

Issue Date: 2014-02-06

4 | Verwerking van getuigenverklaringen in strafprocessuele contexten

4.1 INLEIDING

Getuigenverklaringen kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan strafrechtelijke waarheidsvinding, mits de getuige een oprechte poging doet een waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen en toereikende waarborgen zijn gelegen in de strafrechtelijke procedure om eventuele gebreken te voorkomen dan wel tijdig te detecteren en te ondervangen. De manier waarop met informatie afkomstig van getuigen wordt omgesprongen, verschilt echter per rechtsstelsel. Het doel van dit hoofdstuk is om inzichtelijk te maken waar in grote lijnen de verschillen liggen als het gaat om de verwerking en toetsing van getuigenverklaringen met het oog op het benutten van die kennis bij het zoeken naar een 'optimale' aanpak voor wat betreft de toetsing van de kwaliteit van getuigenverklaringen.

In dit hoofdstuk wordt een rechtsvergelijkende methode gehanteerd voor wat betreft de vormgeving van het strafproces. In dit verband worden twee 'procesmodellen' tegenover elkaar gezet, namelijk het continentale procesmodel en het Anglo-Amerikaanse procesmodel. Wanneer namelijk wordt gekeken naar de rechtsstelsels op het West-Europese continent, dan is een grote variëteit zichtbaar in de wijze waarop het strafrechtelijk onderzoek wordt ingericht en het streven om de waarheid te achterhalen wordt vormgegeven. Tussen de verschillende continentale strafrechtsstelsels bestaan echter ook veel overeenkomsten voor wat betreft de wijzen waarop het strafproces is vormgegeven. Deze overeenkomsten worden vooral zichtbaar wanneer zij worden vergeleken met Anglo-Amerikaanse stelsels. Reflectie op de gemeenschappelijke kenmerken en de wortels van het continentale procesmodel moet bijdragen aan een beter inzicht in het functioneren en de grondslagen van het eigen nationale stelsel, terwijl de vergelijking met het Anglo-Amerikaanse model perspectieven opent van hoe het (mogelijk) ook anders kan. Het accent ligt daarbij op de wijze van informatieoverdracht op het onderzoek ter terechtzitting en manieren waarop wordt getracht te bevorderen dat de rechter of jury zoveel mogelijk rechtstreeks kennis neemt van de oorspronkelijke bron. Dit alles ten behoeve van de - in het laatste deel te beantwoorden - vraag of er in het Nederlandse stelsel noodzaak bestaat tot aanpassing van de werkwijzen en regelingen voor wat betreft de omgang met getuigenverklaringen.

Bij de rechtsvergelijking op het niveau van procesmodellen moet een kanttekening worden gemaakt. Er is getracht de gemeenschappelijke kenmer-

ken van stelsels die voortkomen uit de Anglo-Amerikaanse en de continentale rechtstraditie te beschrijven. Daarbij is uitdrukkelijk gekozen om de huidige stelsels niet te duiden in termen van inquisitoir of accusatoir, vanwege de bezwaren die tegen dit begrippenpaar in de literatuur naar voren zijn gebracht.¹ De indeling zou vooral historische waarde hebben, begripsverwarring veroorzaken, te simplistisch zijn en leiden tot te scherpe contrasten.² De bezwaren die gelden ten aanzien van de dichotomie inquisitoir-accusatoir gelden evenwel tot op zekere hoogte ook voor het in dit hoofdstuk gehanteerde onderscheid tussen continentale en Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels.³ Waar gesproken wordt van procesmodellen gaat het in de kern om abstracties. Er bestaat immers binnen de rechtsstelsels die vallen binnen het continentale dan wel het Anglo-Amerikaanse model veel variatie, hetgeen de vraag oproept of er wel in algemene termen iets zinvol valt te zeggen. Maar, aan de verschillende modellen komt wel verklarende waarde toe. Met name voor een goed begrip van het onmiddellijkheidsbeginsel of de *hearsay*-doctrine is het noodzakelijk enige kennis te hebben van de context waarbinnen deze mechanismen functioneren. Om de nuance niet geheel verloren te laten gaan, zal in de paragrafen waar het specifiek de omgang met getuigenverklaringen betreft, ook enige aandacht worden besteed aan de verschillen binnen enkele stelsels die voortkomen uit de Anglo-Amerikaanse en de continentale traditie.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst worden de contouren van beide procesmodellen geschetst, voor wat betreft de inrichting van het onderzoek naar de feiten en de bewijsbeslissing (§ 4.2). Daarna wordt gekeken naar de verschillende mechanismen die in beide procesmodellen bestaan om de tegensprekelijkheid van de procedure en de deugdelijkheid van de oordeelsvorming te bevorderen. De invulling en het functioneren van het onmiddellijkheidsbeginsel zoals ontwikkeld binnen de continentale traditie komt als eerste aan bod (§ 4.3). Dan volgt een bespiegeling op de invulling en ontwikkeling van de *hearsay*-doctrine in de Anglo-Amerikaanse traditie. Zijdelings wordt daarbij ook ingegaan op het recht op confrontatie in Amerika, omdat dit van belang zal blijken te zijn voor de waarborgen waarmee het gebruik van getuigenverklaringen is omkleed (§ 4.4). In de analyse wordt tevens de benadering van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) betrokken ten aanzien van het in artikel 6 lid 3 sub d EVRM neergelegde ondervragingsrecht (§ 4.5). De rechtspraak van het EHRM is immers van groot belang voor de procesvoering in Europa en verbindt de verschillende stelsels tot op zekere hoogte met elkaar en kan van invloed zijn op de wijze waarop de kwaliteit

1 Zie voor de bezwaren vooral Damaška 1986, p. 3 e.v. De begrippen worden echter nog steeds veelvuldig gebruikt in de rechtsvergelijkende literatuur. Jackson & Summers 2012, p. 5-6.

2 Om aan de beperkingen van strikte dichotomieën te ontkomen, wordt in de rechtsvergelijkende literatuur ook wel gesproken van rechtsfamilies (*'legal families'*) of processtijlen. Zie Nijboer 1994, p. 43-46.

3 Damaška 1986, p. 5.

van de waardering van getuigenverklaringen kan worden bevorderd. Tot slot wordt een vergelijking gemaakt van de verschillende mechanismen vanuit een perspectief van een deugdelijke feitenvaststelling (§ 4.6).

4.2 KARAKTERISTIEKEN VAN HET CONTINENTALE PROCESMODEL AFGEZET TEGEN HET ANGLO-AMERIKAANSE PROCESMODEL

In de voorgaande hoofdstukken is aangegeven dat waarheidsvinding een van de doelen van het strafproces is. Het strafproces kan daarbij worden gekenschetst als een voertuig voor waarheidsvinding. Laudan spreekt in dit verband ook wel van een *'epistemic engine'* en Van Dijk van 'een bijzonder onderzoek gericht op het vinden van een "bewijsbare" waarheid'.⁴ Het onderzoeksaspect staat bij hen centraal. Er zijn echter ook auteurs die het communicatieve aspect voorop stellen en zich meer lijken te identificeren met de andere doelstellingen van het strafproces, zoals het bieden van een communicatief forum om geschillen te beslechten. Zo karakteriseren Duff en collega's het strafproces als:

'a communicative process that calls the defendant to answer, and through which he can challenge the accusations of wrongdoing against him, including the norms in the light of which those accusations are made. The trial is a communicative forum which involves mutual relations of responsibility between participants'.⁵

Zowel het onderzoeksaspect als het communicatieve aspect is voor de theorievorming over de functie van het strafproces relevant. Het communicatieve aspect is meer aanwezig in de Anglo-Amerikaanse dan in de continentale benadering. Het is een kwestie van accentverschil, maar de notie van eerlijkheid in de zin van gelijke kansen voor partijen lijkt in de Anglo-Amerikaanse traditie net iets zwaarder te wegen dan in de continentale traditie waar het accent van oudsher meer lijkt te liggen op de onderzoekskant van het strafproces. Wat in dit verband mede een rol speelt, is een verschil in begripsvorming. Met het woord *trial* wordt uitsluitend bedoeld op het proces zoals zich dat afspeelt in de rechtszaal, terwijl het woord strafproces meeromvattend is en de gehele procedure beslaat. De beperking van het strafproces tot het onderzoek ter terechtzitting levert vanzelfsprekend een verschil in perspectief op met betrekking tot de functie. Het verschil in benadering is echter, zoals hierna duidelijk zal worden, niet uitsluitend te herleiden tot de terminologie.

4 Laudan 2006, p. 2 en Van Dijk 1922, p. 3.

5 Duff e.a. 2007, p. 3.

4.2.1 Voortgezette karakter van het onderzoek

In het continentale procesmodel moet voor een goed begrip van het concept 'strafproces' noodzakelijkerwijs mede worden aangeknoopt bij de voorfase. Onder het strafproces wordt niet alleen verstaan de fase van de gedingvoering ten overstaan van het gerecht (in Nederland: het onderzoek ter terechtzitting), maar ook alles wat daaraan voorafgaat. Het omvat dus mede het vooronderzoek. In de literatuur is gewezen op het episodisch karakter van het strafproces in het continentale model. Het zou gaan om een gefaseerd feitenonderzoek, waarbij het strafproces moet worden gezien als een dynamisch proces, waarin vooruitgang zit en telkens op de onderzoeksresultaten uit de eerdere fasen wordt voortgeborduurd.⁶

In het Anglo-Amerikaanse procesmodel is het feitenonderzoek in belangrijke mate geconcentreerd op de gedingvoering ter terechtzitting. Damaška spreekt in dit verband van *one shot proceedings*.⁷ Vanzelfsprekend wordt voorafgaand aan de terechtzitting ook door de politie onderzoek verricht, maar de resultaten daarvan kunnen niet onverkort voor het bewijs worden gebruikt. In het Anglo-Amerikaanse model is de terechtzitting het zogenaamde *centre-piece*. Het onderzoek naar de feiten vindt in beginsel aldaar plaats. Men spreekt in dit verband pas van een bewijsmiddel indien dit mondeling in de rechtszaal ten overstaan van rechter én jury naar voren is gebracht en getoetst. Het bewijsmateriaal wordt als het ware geproduceerd tijdens de terechtzitting. Juist omdat het zwaartepunt ligt op dat wat zich in de rechtszaal afspeelt, zijn *common law* juristen geneigd om het strafproces daarmee te vereenzelvigen.⁸

In het continentale model ligt het accent veel minder op de terechtzitting.⁹ De gedingvoering is sterk gebaseerd op de informatie verzameld in eerdere fasen van het strafproces. Als gevolg daarvan heeft de terechtzitting vaak een beperktere duur en meer het karakter van een voortgezet onderzoek.¹⁰ De opeenvolgende fasen en daarin cumulatief tot stand gebrachte resultaten brengen vanuit methodologisch perspectief mee dat het onderzoek op de terechtzitting een meer verificatoir karakter heeft, in de zin dat aldaar het bewijsmateriaal wordt geverifieerd wat in eerdere fasen is verkregen aan de hand van het schriftelijke procesdossier. Kenmerkend voor een episodische stijl van procederen is dat de inspanning hoofdzakelijk ligt in het begin van de keten. Als daar aan het begin van de strafrechtsketen iets verkeerd gaat, dan heeft dat veelal consequenties voor de gehele procedure. En hierin, in de rol van het vooronderzoek als beslissende fase in het strafproces, ligt de

6 Damaška 1992, p. 428 e.v.

7 Damaška 1992, p. 428 e.v.

8 Jackson 2004, p. 123.

9 Echter, ook in dit opzicht is er op het continent verscheidenheid. Zo is de procedure in Duitsland en Denemarken een stuk onmiddellijker dan in België of Frankrijk. Zie § 4.3.4.

10 Maffei 2006, p. 103.

kern van het verschil tussen het Anglo-Amerikaanse en continentale procesmodel.¹¹

4.2.2 *Exclusiviteit van het officiële onderzoek*

Een ander belangrijk verschil tussen het continentale en het Anglo-Amerikaanse model is dat in continentale stelsels de overheid vrijwel exclusief verantwoordelijk is voor het feitenonderzoek, terwijl in Anglo-Amerikaanse stelsels het vanzelfsprekender is dat ook van de zijde van de verdediging onderzoekshandelingen worden verricht. Binnen het continentale model domineert het publiekrechtelijk karakter en wordt het onderzoek niet overgelaten aan de wensen van de partijen, maar is een onpartijdige autoriteit, bij voorkeur een rechter, belast met de waarheidsvinding en dus met het zoeken naar belastend en ontlastend bewijs. De verdediging speelt daarbij een relatief ondergeschikte rol. Zij verricht niet of nauwelijks zelfstandig onderzoek. De bewijsvergaring is vrijwel geheel in handen van de overheid. De verdediging in het Anglo-Amerikaanse strafproces is in dat opzicht actiever. Er is ook meer belang bij een actieve verdediging, omdat het onderzoek naar de feiten in de voorfase vrijwel geheel in handen is van de politie, een onafhankelijke autoriteit die het optreden van de politie controleert en op de kwaliteit van het vooronderzoek toeziet, ontbreekt.¹²

Of de verdediging al dan niet heeft geparticipeerd in het feitenonderzoek in de voorfase is ook van invloed op het onderzoek ter terechtzitting. Het onderzoek ter terechtzitting in het Anglo-Amerikaanse model heeft een meer tegensprekelijk karakter dan in de continentale variant. Het zijn de partijen die het bewijs verzamelen, selecteren en presenteren ter terechtzitting.¹³ Doordat de verdediging actief betrokken is bij de totstandkoming van het bewijs, wordt bewijs eerder geassocieerd met een van de partijen dan gezien als een neutrale bron van informatie.¹⁴ In het continentale model worden de onderzoekshandelingen hoofdzakelijk aan de zijde van de overheid verricht, waardoor de verdediging wat meer aan de zijlijn staat. Het accent voor de verdediging ligt meer op het controleren en betwisten van reeds vergaarde informatie, dan op het zelfstandig inbrengen van (nieuwe) informatie.

11 Field 2009, p. 379 en Jackson & Summers 2012, p. 9.

12 Spencer 2002b, p. 626. Spencer stelt echter in relatie tot het Engelse strafproces dat hoewel partijen hun eigen bewijsmateriaal moeten vergaren, de verdediging relatief weinig middelen ter beschikking staan. Hij verzucht dat in realiteit 'the duty to look for evidence for the defence belongs to nobody'.

13 Hoewel dit beeld in praktijk om nuancering vraagt. Zo laat Spencer zien dat de Engelse rechter wel degelijk beperkte mogelijkheden heeft om onderzoek te laten verrichten in de vorm van horen van getuigen. Zie Spencer 2002b, p. 628.

14 Damaška 1992, p. 431.

De genoemde verschillen komen ook tot uitdrukking in de omgang met getuigen. Als in het continentale model getuigen ter terechtzitting worden gehoord, is het in eerste instantie de rechter die een getuige ondervraagt, waarna partijen in de gelegenheid worden gesteld om vragen te stellen. Het systeem van getuige *à charge* en *à decharge* stamt net als het kruisverhoor uit de Anglo-Amerikaanse procestraditie.¹⁵ In het Anglo-Amerikaanse model worden getuigen dan ook meer geassocieerd met een van de partijen. Daar is het ook niet ongebruikelijk dat een getuige voorafgaand aan het afleggen van zijn verklaring door de partij die hem oproept wordt gecoacht, een praktijk die in veel continentale jurisdicties in beginsel wordt afgewezen. Het is ook de op het Anglo-Amerikaanse strafproces geënte literatuur waarin wordt benadrukt dat de verdachte naast een instrumenteel belang, ook een zelfstandig belang heeft bij het horen van getuigen (zie meer uitvoerig § 4.4.4).

4.2.3 Dominantie van het schriftelijk procesdossier

Een ander verschil tussen beide procesmodellen betreft de vorm van de informatieoverdracht en de mate waarin voor de bewijsbeslissing wordt geleund op processen-verbaal neergelegd in het procesdossier. Het procesdossier is een continentaal concept, dat stamt uit de Franse procestraditie. Het woord 'dossier' is letterlijk overgenomen uit het Frans, evenals het woord proces-verbaal (*procès-verbal*).¹⁶ De dominantie van het dossier in het continentale model hangt nauw samen met de episodische structuur van het proces. In een systeem waar bewijsmateriaal in beginsel niet ter terechtzitting wordt geproduceerd, is schriftelijke verslaglegging van de resultaten van eerder onderzoek van groot belang. De nadruk op schriftelijk materiaal in het continentale model wordt ook wel in verband gebracht met het hiërarchische karakter van de continentale strafrechtpleging. In hiërarchische stelsels worden veel bevoegdheden gedelegeerd aan ondergeschikte ambtenaren, waarop vervolgens van hogerhand toezicht wordt gehouden. Het gaat om een gefaseerd stelsel van uiteenlopende niveaus, waarbij successievelijk steeds 'machti-gere' of hogere ambtenaren eerder genomen beslissingen beoordelen.¹⁷ Door het voortgezette, hiërarchische karakter van de procedure is men zeer afhanke-

15 Hoewel er landen zijn die het kruisverhoor hebben overgenomen (Italië en Duitsland). Zie ook Grande 2000, p. 1-25. In Duitsland wordt het kruisverhoor gezien als 'Fremdkörper'. Löwe-Rosenberg, *STpO Großkommentar* 2000, §239, aant. 1.

16 In Duitsland spreekt men van *Unterlagen* (onderbouwende producties).

17 Het hiërarchische model wordt beschreven door Damaška 1986, p. 18 e.v. In Nederland wordt ook controle uitgeoefend van hogerhand. De politie is ondergeschikt aan de officier van justitie, die op zijn beurt weer verantwoording moet afleggen aan de zittingsrechter indien de rechtmatigheid van de ingezette bevoegdheden ter discussie staan. Hoewel de rechter controle uitoefent op de procedure voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting, is van formele hiërarchie geen sprake.

lijk van schriftelijke communicatie op de verschillende niveaus. Zonder (schriftelijke) verslaglegging is controle op eerder verrichte onderzoeksactiviteiten en een voortzetting van het onderzoek in zo'n traditie immers nauwelijks mogelijk.¹⁸ Het procesdossier vormt een noodzakelijke schakel tussen de verschillende fasen van het strafproces in de continentale procedure.¹⁹

Doordat in het Anglo-Amerikaanse model de nadruk veel meer ligt op het onderzoek ter terechtzitting en het realiseren van tegenspraak, bestaat er een grotere afhankelijkheid van ter terechtzitting afgelegde verklaringen. Het procesdossier kent men niet als zodanig. Dat neemt niet weg dat ook in de Anglo-Amerikaanse processystemen voorafgaand aan de terechtzitting door de politie, of in belangrijke zaken door het gerecht,²⁰ verklaringen worden vastgelegd. Echter, deze verklaringen hebben een andere status. Zij kunnen in beginsel slechts bij uitzondering voldoende bewijs bieden in een strafzaak op tegenspraak.²¹ De jury heeft tijdens het onderzoek ter terechtzitting en de beraadslaging namelijk niet de beschikking over alle verzamelde stukken. Wanneer echter wordt gekeken naar het wijdverbreide gebruik van schuld-bekentenissen (*guilty pleas*), dan zien we dat ook daar recht wordt gedaan op basis van schriftelijke verklaringen opgemaakt door de autoriteiten voorafgaand aan de terechtzitting.²²

4.2.4 *Accent op beslis- en motiveringsregels*

Het continentale procesmodel wordt gekenmerkt door een minimum aan regels die bepalen welke waarde de feitenrechter (of jury) moet toekennen aan het bewijsmateriaal waarvan hij kennisneemt. De feitenrechter krijgt in beginsel alle relevante informatie onder ogen en de keuze om bepaalde informatie wel of niet voor de bewijsbeslissing te gebruiken, wordt aan hem overgelaten. In dit verband wordt wel gesproken van een vrije bewijsleer.²³ Dat betekent niet dat de rechter aan geen enkele regel of norm gebonden is, maar de wet schrijft hem in beginsel niet voor welk gewicht aan bepaald materiaal moet worden toegekend.²⁴ In veel continentale stelsels zijn wel nadere regels neergelegd ten aanzien van de bewijsbeslissing (denk aan de bewijsminima in Nederland) en wordt vereist dat de rechter zijn bewijsbeslissing motiveert door

18 Damaška 1992, p. 436.

19 Damaška 2003, p. 124.

20 Denk in dit verband aan een onderzoek door de *grand jury* in de Verenigde Staten.

21 Rosett 1972, p. 375.

22 Spencer 2006, p. 15.

23 Deze term is enigszins misleidend want voor elk rechtsstelsel dat zich toelegt op waarheidsvinding geldt dat de beslisser tot op zekere hoogte vrij is in het waarderen van bewijsmateriaal en dat er in ieder geval enkele bewijsregels gelden. Vgl. Jackson & Summers 2012, p. 11 en 30.

24 Jackson & Summers 2012, p. 69.

in zijn vonnis op te geven welke informatie hij daaraan ten grondslag heeft gelegd. De motivering van de rechter biedt de mogelijkheid aan partijen om de beslissing te controleren en een basis om deze bij een hogere instantie aan te vechten. De legitimiteit van de rechterlijke beslissing wordt ondersteund door de motivering.

Rechtsstelsel binnen de Anglo-Amerikaanse traditie kenmerken zich door presentatie van bewijsmateriaal ter terechtzitting en kennen in aansluiting daarop aanmerkelijk meer bewijsregels in de vorm van toelaatbaarheidsregels, de zogenaamde *admissibility* (of *exclusionary*) *rules*. Informatie die onder deze regels valt, wordt niet in het proces ingebracht of met behulp van een preliminaire beslissing door de rechter uitgesloten. Indien in de rechtszaal door de rechter een beslissing over de al dan niet toelaatbaarheid van informatie tot het bewijs moet worden gegeven, dan wordt de jury gevraagd zich af te zonderen. De jury neemt dus in beginsel geen kennis van deze informatie. De legitimiteit van de beslissing wordt ondersteund door het proces van presentatie. Gronden waarop uitsluiting van bewijsmateriaal kan plaatsvinden, kunnen zijn gelegen in de relevantie, rechtmatigheid of geloofwaardigheid van het vergaarde bewijsmateriaal. Een voorbeeld van een *admissibility rule* gegrond op de potentiële ongeloofwaardigheid van het verkregen materiaal is de *rule against hearsay*, op grond waarvan verklaringen van horen zeggen zijn uitgesloten voor het bewijs.²⁵ Indien bepaald bewijsmateriaal eenmaal als toelaatbaar is aangemerkt, is de jury vrij in het gewicht dat daaraan moet worden toegekend. Er wordt echter niet van de jury verlangd dat zij haar beslissing motiveert. Controle daarop is ook niet aan de orde, nu in beginsel in één feitelijke instantie recht wordt gedaan.²⁶ De Anglo-Amerikaanse toelaatbaarheidsregels zijn een product zijn van het jurystelsel en het diepgewortelde wantrouwen jegens de lekenjury die de bewijskracht van een bepaald type informatie zou kunnen overschatten.

Daar waar in het Anglo-Amerikaanse model de nadruk dus ligt op toelaatbaarheidsregels, ligt die in het continentale model op beslis- en motiveringsregels.²⁷ Dat wil niet zeggen dat er in continentale stelsels geen materiaal

25 Bij de *rule against hearsay* zal in § 4.4 in detail worden stilgestaan.

26 In sommige gevallen is wel hoger beroep mogelijk maar dit beperkt zich in de regel tot rechtsvragen en biedt geen tweede feitelijke instantie.

27 Wanneer het type regels in de beide stelsels met elkaar worden vergeleken, wordt wel gesproken in termen van 'input- versus outputcontrole'. In het Anglo-Amerikaanse stelsel staat de toelaatbaarheid centraal en zou het gaan om een vorm van inputcontrole, waarbij een bepaald type informatie aan de feitelijke beslisser wordt onthouden. In het continentale stelsel neemt de rechter in beginsel kennis van alle beschikbare informatie, maar is zijn beslissing aan bepaalde regels gebonden en dient deze te worden gemotiveerd, hetgeen wel wordt aangeduid als een vorm van outputcontrole. Deze tegenstelling is echter niet helemaal zuiver, daar in het continentale model daadwerkelijke controle op de beslissing – door een andere autoriteit dan de feitelijke beslisser – pas wordt uitgeoefend als hoger beroep wordt ingesteld. In dit verband gaat het dan ook eerder om een outputverantwoordelijkheid, dan om een daadwerkelijke outputcontrole.

voor het bewijs wordt uitgesloten. Zo kennen veel continentale jurisdicties regels voor het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Deze uitsluitingsregels zijn echter vooral gegrond in niet-epistemologische waarden. Uitsluitingsregels die primair in het leven zijn geroepen om de accuratesse van het beslisproces te vergroten komt men op het Europese continent daarentegen niet of nauwelijks tegen.²⁸ In de literatuur is ook wel naar voren gebracht dat een stelsel van uitsluitingsregels op het continent ook minder voor de hand zou liggen vanwege het zogenaamde 'eenheidskarakter' van gerechten. In continentale stelsels wordt immers door dezelfde persoon of personen geoordeeld over de feiten en de toepassing van het recht.²⁹ Damaška heeft opgemerkt dat bewijsuitsluitingsregels in de continentale context een zekere mate van 'psychologische onwerkelijkheid' krijgen, wanneer de rechter bij zijn beslissing geen rekening mag houden met informatie die hij wel onder ogen heeft gehad en die mogelijk zeer overtuigend is. Het is maar zeer de vraag of de rechter in staat is zich voor dit type informatie af te sluiten als hij daar eenmaal kennis van heeft genomen. Dit probleem manifesteert zich niet alleen bij als onrechtmatig aangemerkt bewijsmateriaal, maar ook bij andersoortige informatie die is neergelegd in het dossier waarmee de rechter bij de bewijsbeslissing geen rekening mag houden, zoals de justitiële documentatie van de verdachte. Damaška voegt daaraan toe dat indien in de continentale jurisdicties voor dit type bewijsuitsluitingsregels wordt gekozen, beslissers in feite worden gedwongen om te redeneren op een manier die afwijkt van het normale cognitieve model.³⁰

4.2.5 Rechterlijke overtuiging als besliscriterium

Om te komen tot een positieve bewijsbeslissing geldt in het continentale model dat de rechter (of de jury) overtuigd moet zijn van de schuld van de verdachte. Het criterium van de overtuiging duikt op in het Franse recht van de negentiende eeuw, waar wordt gesproken van de *conviction intime*. De eis van de overtuiging kan thans worden teruggevonden in veel stelsels die zijn beïnvloed door het Franse recht in de negentiende eeuw.³¹ In Anglo-Amerikaanse procedures moet de schuld van verdachte *beyond reasonable doubt*, zonder gerede

28 Vgl. Damaška 1997, p. 12 e.v., die in dit verband spreekt van *intrinsic* en *extrinsic exclusionary rules*. Zie ook Jackson & Summers 2012, p. 71.

29 Indien in continentale gerechten sprake is van enige vorm van lekenparticipatie, dan betreft het vaststellen van de feiten in de regel een gezamenlijke onderneming, in die zin dat de lekenrechters samen met de professionele rechter beslissen over vragen van feiten en recht. Er is geen verdeling van verantwoordelijkheden tussen het oordeel over de feiten (de schuldvraag) en het oordeel over het recht zoals dat gangbaar is in het Anglo-Amerikaanse procesmodel (Damaška 1992, p. 427).

30 Damaška 1992, p. 428.

31 Het geldt in België, Frankrijk, Duitsland en Italië (Spencer 2002b, p. 600-601).

twijfel, vast komen te staan. Dit criterium betreft de mate of gradatie van zekerheid die moet bestaan bij de beslisser en wordt vaak afgezet tegen de beslisstandaard in het civiele recht die lager zou liggen, te weten de *balance of probabilities*.³²

In de literatuur is veelvuldig discussie gevoerd in hoeverre deze criteria wezenlijk van elkaar verschillen. Het criterium van *beyond reasonable doubt* lijkt een meer objectief criterium te betreffen dan het criterium van de rechterlijke overtuiging. Echter, het is twijfelachtig of de vereiste mate van zekerheid om tot een veroordeling te komen daadwerkelijk verschilt. Bovendien bestaat er over de invulling van de *reasonable doubt* geen consensus. Zo laat Laudan zien dat jury's in de Verenigde Staten binnen federale staten op verschillende manieren worden geïnstrueerd omtrent de toepassing van dit concept. Er zou onder rechters weerstand bestaan om de *reasonable doubt* uit te leggen aan juryleden als een probabilistische standaard. In plaats daarvan wordt juryleden bijvoorbeeld gevraagd om pas tot een veroordeling te komen indien zij *fully convinced* zijn.³³ Deze uitleg komt weer dicht in de buurt van de continentale standaard. Bovendien bestaat in continentale stelsels onder juristen ook overeenstemming dat bij redelijke twijfel moet worden vrijgesproken.³⁴ De vraag is of de overtuiging echt is bedoeld als een zelfstandig besliscriterium of vooral in het leven is geroepen om de vrije waardering van bewijs te benadrukken. Zo wordt in de literatuur wel gesteld dat het introduceren van de overtuiging in de wetgeving een reactie was op het toepassen van dwingende bewijsregels die voorschreven welk gewicht aan bepaald bewijs moest worden toegekend zoals gangbaar in de middeleeuwen.³⁵

Het hiervoor genoemde onderscheid in besliscriteria wordt ook wel in verband gebracht met de gehanteerde waarheidsbegrippen. Zo bestaat op het continent soms het beeld dat in op accusatoire leest geschoeide procesvormen niet de materiële waarheid maar de partijenwaarheid (formele waarheid) centraal staat. *Common law* juristen zullen zich in dit beeld echter niet herkennen.³⁶ Het is niet zozeer de waarheid die verschilt, maar het proces waarmee deze wordt gevonden.³⁷ Niettemin wordt met het besliscriterium van *beyond reasonable doubt* wel tot uitdrukking gebracht dat het uiteindelijke oordeel slechts een waarschijnlijkheidsoordeel behelst. Het gaat in het Anglo-Amerikaanse model om het meest waarschijnlijke verhaal na maximale eliminatie

32 Spencer 2002b, p. 600.

33 Laudan 2006, p. 32 e.v.

34 Dat wordt tot uitdrukking gebracht in het procesbeginsel *in dubio pro reo* dat ook in Nederland gelding heeft.

35 In de aversie tegen de rigide middeleeuwse praktijken waarin bewijsregels min of meer mechanisch werden toegepast (zie hierna), kan volgens Damaška ook reden worden gevonden voor de scepsis in continentale stelsels over regels die de bewijsbeslissing normeren (Damaška 1973, p. 515 noot 10).

36 Spencer 2003, p. 32.

37 Cleiren 2001, p. 13 en Spencer 2003, p. 29-30.

van onzekerheid.³⁸ In het continentale model wordt daarentegen van oudsher uitgegaan van een met bewijsmiddelen objectief te reconstrueren waarheid,³⁹ hetgeen ligt besloten in het begrip van de 'materiële' waarheid. Het uitdrukken van de bewijsbeslissing in termen van waarschijnlijkheid is in de continentale jurisdicties minder gebruikelijk, omdat daar wordt gewerkt met het concept van de (innerlijke) overtuiging. Vandaag de dag is men zich echter ook op het continent bewust van het feit dat de overtuiging geen garantie vormt voor juistheid van het gegeven oordeel.

Wanneer de Anglo-Amerikaanse praktijk wordt vergeleken met de continentale praktijk dan lijkt het onderscheid dus niet zozeer te liggen in de mate van zekerheid vereist voor een veroordeling, maar vooral in de inbreng van het bewijsmateriaal (dossier en presentatie) en de normering voor de bewijsbeslissing. De normering in het Anglo-Amerikaanse procesmodel is vooral gelegen in de presentatie en geschiedt vooraf, in de zin dat bepaald materiaal niet aan de jury wordt gepresenteerd maar op voorhand uitgesloten. In het continentale model krijgt de beslisser alles onder ogen, maar dient hij zijn beslissing (in bepaalde gevallen wel nader) te motiveren. Bewijsregels in het continentale procesmodel hebben in de regel een flexibel karakter, terwijl de bewijsuitsluitingsregels in het Anglo-Amerikaanse model meer rigide van aard zijn. Zij hebben ook een 'profylactisch karakter' in de zin dat zij meer bescherming bieden dan strikt noodzakelijk.⁴⁰ Bepaald materiaal wordt op voorhand uitgesloten omdat het een oneigenlijk effect kán hebben op het beslisproces (een voorbeeld betreft de hierna te bespreken *hearsay*-regels),⁴¹ terwijl in het continentale model de rechter meer vrijheid heeft om per zaak een individuele afweging te maken om bepaald bewijsmateriaal al dan niet te gebruiken. Hierin toont zich ook het vertrouwen dat in de beroepsrechter wordt gesteld.

4.3 ONMIDDELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET CONTINENTALE PROCESMODEL

Het onmiddellijkheidsbeginsel vormt in het continentale procesmodel een belangrijke waarborg voor de kwaliteit van het rechterlijk beslisproces. Het woord onmiddellijk wordt in het Nederlands, maar ook in het Duits (*Unmittelbarkeit*), in verschillende betekenissen gebruikt en is een relationeel begrip. In al zijn betekenissen zegt het iets over de relatie waarin zaken, gebeurtenissen of personen tot elkaar staan. In *Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands* wordt het bijvoeglijk naamwoord onmiddellijk als volgt omschreven:

38 De onzekerheid kan vanzelfsprekend nooit voor de volle honderd procent worden geëlimineerd.

39 Grande 2009, p. 2.

40 Deze term is afkomstig van Damaška. Zie bijv. 1997, p. 12.

41 Damaška 1997, p. 16-17.

‘niet door iets anders gescheiden of bepaald’. In deze betekenis wijst het woord naar de relatie die cognitief wordt ingenomen tot een object of persoon. Onmiddellijk is datgene waartoe wij direct, in de zin van onbelemmerd, toegang tot hebben.⁴² Het tegenovergestelde, middellijk, is datgene wat we niet rechtstreeks kunnen kennen, maar slechts indirect door bemiddeling. Het woord onmiddellijk heeft ook de betekenis van ‘zonder tussenruimte aan iets palend’ (bijvoorbeeld in de onmiddellijke omgeving van de plaats van het delict) of ‘zonder tijdsverloop op iets anders volgend’ (de onmiddellijke gevolgen). In die betekenissen heeft het begrip een ruimtelijke of temporele dimensie en gaat het om de directe nabijheid (of relatie) tot een object, persoon of gebeurtenis in tijd of ruimte.⁴³ Het juridische concept onmiddellijkheid heeft al deze aspecten in zich. Het gaat om een eenheid in tijd en ruimte, waarin de kenbaarheid van objecten of gebeurtenissen niet wordt geblokkeerd. Datgene wat in tijd en ruimte tegenwoordig is, kan worden gekend of waargenomen zonder verdere hulpmiddelen of instanties te hoeven in te schakelen.⁴⁴ Volledige onmiddellijkheid is in die zin onhaalbaar, aangezien altijd een temporele en ruimtelijke afstand bestaat tot het delict. De beslissende rechter (of jury) is bij de reconstructie van het verleden immers altijd genoodzaakt zich langs middellijke weg kennis te verschaffen. De onmiddellijkheid van de procedure wordt daarom bepaald door de afstand die de rechter heeft tot de originele bewijsbronnen, waarbij het onvermijdelijk gaat om gradaties van meer of minder onmiddellijk.

Over de precieze invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel bestaat geen consensus. Om die reden wordt in deze paragraaf nader ingegaan op de theorievorming omtrent het onmiddellijkheidsbeginsel en de aannamen die aan het onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag liggen. Allereerst wordt echter kort aandacht besteed aan de historische achtergrond waartegen het onmiddellijkheidsbeginsel zich heeft ontwikkeld.

4.3.1 *Onmiddellijkheid als reactie op de geheime inquisitoire procedure*

Het onmiddellijkheidsbeginsel is in de negentiende eeuw tot ontwikkeling gekomen als reactie op de excessen van de inquisitoire procedure. De inquisitoire procedure⁴⁵ heeft zich in de twaalfde eeuw ontwikkeld vanuit de Ro-

⁴² Arndt 2004, p. 6-7.

⁴³ Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands.

⁴⁴ Arndt 2004, p. 6.

⁴⁵ Met de inquisitoire procedure wordt hier bedoeld op de procedure die ten grondslag lag aan de grote zestiende-eeuwse codificaties: de *Constitutio Criminalis Carolina* van 1532 in Duitsland, de *Ordonnance Royale* van 1539 in Frankrijk en de *Ordannance criminelle* van 1570 in de Spaanse Nederlanden.

meins-canonieke traditie⁴⁶ en kwam mede voort uit een behoefte het strafproces een meer wetenschappelijke basis te geven. De scholastieke methoden die in de tijd van het opkomend rationalisme andere wetenschappen beheersten, drongen ook door tot het recht.⁴⁷ Voor die tijd had het proces van bewijzen een betrekkelijk formeel karakter en geschiedde zij volgens geritualiseerde patronen.⁴⁸ De belangrijkste bewijsmiddelen die de rechter in dit verband ter beschikking stonden, waren de eedhelpers en de godsoordelen.⁴⁹ In de inquisitoire procedure werd van de rechter verwacht dat hij een eigen onderzoek instelde naar de werkelijke toedracht zodra hem een misdrijf ter kennis kwam. Het bewijsmateriaal moest door feitelijke opsporing zijn vergaard, waarbij de zintuiglijke waarneming volgens de grondleggers van het Romeins-canonieke stelsel de basis vormde voor het achterhalen van de waarheid.⁵⁰ De scholastieke-rationalistische benaderingswijze behelsde een stelsel aan (numerieke) regels over de benodigde kwantiteit en kwaliteit van het bewijs ('hele preuve', 'halve preuve' en indiciën) met daarbij behorende rekenkundige formules.⁵¹ De rechter had daarbij echter wel een zekere waarderingsvrijheid.⁵² De introductie van het inquisitoire model ging tevens gepaard met een proces van *Verschriftlichung* van de strafrechtelijke procedure, dat ten dele kan worden toegeschreven aan de opkomende bureaucratie en verambtelijking van de samenleving in die tijd.⁵³ Hoewel de canonieke inquisitoire procedure uiteindelijk heeft geresulteerd in de excessen van de inquisitie, moet de procedure in eerste instantie worden gezien 'als een vooruitgang en een stap op weg naar humanisering van het procesrecht'.⁵⁴

In de loop van de zeventiende eeuw werd het systeem echter meer rigide. Het feit dat de functie van de aanklager uitdrukkelijker werd onderscheiden van die van de rechter, was hier mede debet aan. De onderzoeker die de geheime *inquisitio* deed, was verplicht om elke procedurele stap op schrift neer te leggen. De rechters namen steeds vaker hun beslissing op basis van het 'koude' dossier waarin de producten die werden aangeleverd door de aankla-

46 De inquisitoire procedure was aanvankelijk gericht tegen clerici, maar werd later ook in andere strafprocessen ingezet (Lepsius 2003, p. 13).

47 Coppens 1991, p. 42-45.

48 Nijboer 2011, § 1.5.4.

49 Van de Vrugt, p. 4 en 6. Zie ook § 3.2.2.

50 Damaška spreekt in dit verband van de 'proto-empirische' trekken van het kerkelijk recht.

51 Nijboer 2011, § 1.6.2.

52 Volgens Damaška is het een misvatting dat deze regels de rechters tot automaten maakten, die uitsluitend feitelijke vaststellingen deden op basis van de regels onafhankelijk van hun eigen overtuiging (Damaška 2003, p. 129).

53 Van de Vrugt, p. 11 en Langbein 2005, p. 135-136.

54 Coppens 1991, p. 39. Volgens Van de Vrugt splitste de procedure inzake ketterij zich overigens reeds in de dertiende eeuw af van de gewone kerkelijke procedure en tendeerde de ketterprocessen ertoe in overdreven vorm de kenmerken van de inquisitoire procedure te tonen (Van de Vrugt 1982, p. 9-10).

gers waren neergelegd.⁵⁵ In veel rechtbanken op het continent ontwikkelde zich een praktijk waarin slechts één rechter uit het panel de stukken bestudeerde en daarover als een soort tussenpersoon rapporteerde aan zijn collega's, op basis waarvan vervolgens de beslissing werd genomen.⁵⁶ Doordat de rechter zelden of nooit in persoonlijk contact met de verdachte of getuige kwam en de 'tussenpersoon' zich veelal ook uitsprak over de bewijswaarde van de afgelegde verklaringen, konden de numerieke bewijsregels op een mechanische wijze worden toegepast. Damaška merkt in dit verband het volgende op.

'This multiple filtering of experience weakened the judiciary's sensibility for the messy welter of life, a sensibility to which stringent rules of proof are procrustean. In the calm of their offices, removed from the drama of life, judges applied corroboration rules in a more mechanical fashion. From their hierarchical hauteur, they found it desirable that unruly oral testimony be tamed by conversion into documentary form before being submitted to the deciding court.'⁵⁷

In de late achttiende eeuw kwam het Romeins-canonieke procesmodel onder vuur te liggen, in het bijzonder het geheime karakter van de procedure, de dwingende ondervragingsmethoden en de tortuur waarmee dit systeem gepaard ging. In het stelsel dat hiervoor in de naweeën van de Franse revolutie en onder invloed van het verlichtingsdenken in de plaats kwam, werden aanzienlijk meer tegensprekelijke elementen geïncorporeerd in de strafrechtelijke procedure en werd afstand gedaan van de dwingende bewijsregels.

Een van de verdiensten van de verlichting was het besef dat – door de nadruk op de combinatie van rationeel redeneren en de eigen waarneming, geïnspireerd door de successen van de empirische (natuur)wetenschap – 'origineel' of 'direct' bewijs meer bewijskracht toekomt dan bewijsmateriaal dat wordt gefilterd door een tussenpersoon. Op het Europese continent leidde dit tot de aanvaarding dat bewijsbronnen het best in hun originele of authentieke vorm door het beslissende gerecht kunnen worden onderzocht; een notie die besloten ligt in het continentale concept van onmiddellijkheid, dat in de negentiende eeuw vooral onder invloed van Duitse proceshervormers tot ontwikkeling kwam. De Duitsers hadden in de tijd van Napoleon kennis

⁵⁵ Damaška 1992, p. 441.

⁵⁶ Löhr 1972, p. 28. 'Man versuchte freilich, die Akten zu einer zuverlässigen Urteilsgrundlagen zu machen. So wurde die Vernehmung des peinlich Angeschuldigten und der Zeugen in artikulierten Verhören die aus vorher aufgezeichneten Fragen des Inquirenten und deren Antworten bestanden, auf das genauesten festgehalten, um der Spruchbehörde den Gang der Untersuchung in allen Einzelheiten deutlich zu machen. Der fehlende unmittelbare sinnliche Eindruck sollte ersetzt werden durch sog. Gebärdenprotokolle, in denen der Inquirent Gesten, Ton, Haltung und Mienen des Angeklagten und der Zeugen sowie sonstige äußere Anzeichen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen aufzuzeichnen hatte' (Löhr 1972, p. 29).

⁵⁷ Damaška 1992, p. 442.

gemaakt met een voor die tijd ‘moderne’ procesvoering in de zogeheten West-Rheinische Staten (Saarland, Rhijnland). *Unmittelbarkeit* zoals dat de Duitse hervormers voor ogen stond, behelsde een wijze van procederen waarin het bewijs werd gepresenteerd ten overstaan van het beslissende gerecht in bijzijn van de verdachte en waarin getuigen in persoon ter zitting werden gehoord. Rond dezelfde tijd dat op het Europese continent de oude geheime en schriftelijke wijze van procederen moest plaatsmaken voor een meer onmiddellijke procesvoering, werd in Engeland en in Amerika het juryproces hervormd en kwam daar de *hearsay*-doctrine tot ontwikkeling.⁵⁸ In beide procestradities bestaat dus van oudsher aandacht voor de gevaren van derivatief materiaal voor het bewijs.

4.3.2 Invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel in de Duitse dogmatiek

De precieze betekenis en reikwijdte van het onmiddellijkheidsbeginsel varieert per continentaal stelsel. Op deze plaats wordt voor de invulling van ‘het continentale onmiddellijkheidsbeginsel’ verwezen naar de Duitse dogmatiek, omdat het onmiddellijkheidsbeginsel daar in het begin van de negentiende eeuw tot bloei is gekomen en de aldaar gehanteerde invulling kan dienen als rechtsvergelijkend referentiepunt ten behoeve van de vergelijking met Anglo-Amerikaanse model en het kader zoals dat door het EHRM wordt voorgestaan. De wijze waarop in de Duitse literatuur het onmiddellijkheidsbeginsel wordt gedeut, verschilt evenwel niet wezenlijk van de Nederlandse theoretische invulling zoals die in het negende hoofdstuk aan bod komt, aangezien men zich in de Nederlandse theorievorming veelal op Duitse auteurs heeft georiënteerd.

Het *Unmittelbarkeitsprinzip* is een product van negentiende-eeuwse strafrechtshervormers, die zich afzetten tegen de schriftelijke en geheime procedure zoals die op het continent in de zeventiende en achttiende eeuw heeft gedomineerd. Zij hadden – als gezegd – een procedure voor ogen waarin de rechter zelf de oorspronkelijke bewijsbronnen moest aanschouwen en getuigen op het onderzoek ter terechtzitting werden ondervraagd. In de vroege Duitse literatuur wordt het onmiddellijkheidsbeginsel echter nog niet strikt onderscheiden van andere beginselen, zoals het beginsel van openbaarheid en een mondelinge procesvoering.⁵⁹ Dat blijkt onder meer uit het werk van Mittermaier, waarin hij ‘*das Wesen der Mündlichkeit*’ gelijkstelt met *Unmittelbarkeit*, terwijl hij daarbij doelde op een procesvoering waarin getuigen mondeling ter terechtzitting een verklaring aflegden en de rechter niet kon volstaan met de voorlezing van schriftelijke stukken uit het vooronderzoek.⁶⁰ In de latere

58 Roberts & Zuckerman 2010, p. 364.

59 Garé 1994, p. 43-47 en Summers 2007, p. 48.

60 Mittermaier 1856, p. 307.

literatuur worden het onmiddellijkheidsbeginsel en het beginsel van orale procesvoering wel van elkaar onderscheiden: een mondelinge procesvoering hoeft niet onmiddellijk te zijn (denk aan voorlezen van schriftelijke stukken opgesteld in het vooronderzoek) en een onmiddellijke procedure hoeft niet in alle gevallen mondeling te zijn (denk aan het tonen van het vuurwapen ter terechtzitting), hoewel een mondelinge procesvoering in beginsel veelal wel een voorwaarde is voor onmiddellijkheid. Een van de eerste auteurs die onmiddellijkheid zelfstandig omschrijft, is Von Holtzendorff. Volgens hem moet onder *die Unmittelbarkeit des Verfahrens* worden verstaan:

‘(...) die Vernehmung des Angeklagten und die Vorführung des gesamten Beweismaterials in einer Anklagesache, sowohl der belastenden, als der entlastenden Thatsachen unmittelbar vor dem erkennenden Richter in der Art, dass er den Angeklagten und die Zeugen selbst hört und aus ihrem Munde, nicht durch Vermittlung schriftlicher Aufzeichnungen, ihre Behauptungen und ihre Wahrnehmungen sich vortragen lässt’.⁶¹

De voorgestane hervormingen van de negentiende-eeuwse strafrechthervormers hebben doorgang gekregen toen in 1877 het onmiddellijkheidsbeginsel werd neergelegd in artikel 249 van de Duitse *Strafprozessordnung*, waarin was opgenomen dat als het bewijs berustte op een waarneming van een persoon, deze op het onderzoek ter terechtzitting moest worden gehoord en dat het verhoor niet door middel van het voorlezen van stukken uit het vooronderzoek mocht worden vervangen.⁶²

In de latere Duitse literatuur is men deelaspecten gaan onderscheiden ten aanzien van het onmiddellijkheidsbeginsel. Zo maakt Löhr onderscheid tussen het *Prinzip der Form* en het *Prinzip der Wahl*. Het eerste aspect, het *Prinzip der Form* heeft betrekking op de vorm van procederen en de relatie van de rechter tot de overige procesdeelnemers en de bewijsbeslissing. De rechter dient met behulp van de eigen waarneming in aanwezigheid van de overige procesdeelnemers kennis te nemen van de inhoud van de bewijsbronnen, hetgeen betekent dat de rechter zelf getuigen dient te horen en zich niet tevreden mag stellen met een op schrift gestelde verklaring. Het tweede aspect, het *Prinzip der Wahl* richt zich op de keuze van bewijsmiddelen, waarbij het meest directe (ook wel aangeduid als *Tatnächstste*) bewijsmiddel de voorkeur geniet.⁶³ De kritiek die op deze onderscheiding is geuit, is dat zo geformuleerd het tweede aspect niet wezenlijk verschilt van het eerste. Immers, het *Prinzip der Form* zoals geformuleerd door Löhr schrijft immers ook voor welk bewijsmiddel

61 Von Holtzendorff 1897, p. 63.

62 De tekst luidde in het Duits als volgt: ‘Beruht der Beweise einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist die letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Vorlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden’ (StPO § 249).

63 Löhr 1972, p. 20.

moet worden gebruikt, namelijk de mondeling ter terechtzitting afgelegde verklaring.⁶⁴ Echter, Löhr laat wel duidelijk zien dat het onmiddellijkheidsbeginsel zowel betrekking heeft op de vorm van procederen als op het bewijsgebruik.

In de Duitse literatuur (maar ook in de Nederlandse) komt men tevens het onderscheid tussen het formele en materiële onmiddellijkheidsbeginsel tegen. Deze onderscheiding is onder meer terug te vinden in het werk van Geppert. Het formele onmiddellijkheidsbeginsel wordt door Geppert zo uitgelegd dat alles wat voor de rechterlijke oordeelsvorming van belang is op het onderzoek ter terechtzitting aan de orde moet komen. Alleen informatie die daar aan de orde is gesteld, mag voor het bewijs worden gebruikt.⁶⁵ In deze betekenis wordt het ook wel opgevat als *Prozessmaxime*, een grondslag voor het strafprocesrecht.⁶⁶ Het materiële onmiddellijkheidsbeginsel zoals dat door hem wordt gehanteerd, is gericht op de kennisname van het bewijs in originele vorm en verzet zich tegen het gebruik van gereproduceerd bewijs, de zogenoemde *Beweissurrogate*.⁶⁷ Het wordt door Geppert ook wel aangeduid als een equivalent van de Anglo-Amerikaanse *best evidence rule*.⁶⁸ In de materiële opvatting dient het bewijsmateriaal dat het dichtst (dus door middel van zo min mogelijk tussenschakels) met het gebeurde is verbonden, voor het bewijs te worden gebruikt. Een mondelinge getuigenverklaring geldt in die opvatting als 'beter' bewijs dan een proces-verbaal van verhoor. Het onderscheid tussen formele en materiële onmiddellijkheid wordt ook vandaag de dag nog gebruikt in de Duitse dogmatiek.⁶⁹ Als het gaat om het formele onmiddellijkheidsbeginsel wordt in de meer recente literatuur onder invloed van de jurisprudentie van het EHRM het confrontatieaspect sterker benadrukt. Het bewijsmateriaal moet in bijzijn van de verdachte worden ingebracht opdat hij gelegenheid heeft om de inhoud daarvan te betwisten.⁷⁰

Ondanks het verschil in opvatting tussen de verschillende hiervoor aangehaalde auteurs, kan worden vastgesteld dat in de doctrine de rechtstreekse kennisname van de bewijsbronnen wordt gerekend tot de kern van het onmiddellijkheidsbeginsel. Zo stelt Großkopf dat de algemene gedachte die aan het (formele) onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag ligt, is:

64 Nijboer 1979, p. 821-824.

65 De formele opvatting verzet zich volgens Geppert niet tegen het gebruik van processen-verbaal van verhoor mits die maar ter terechtzitting (door middel van voorlezing of anderszins) aan de orde zijn gekomen. Vanuit de literatuur is wel opgemerkt dat het in deze vorm weinig meerwaarde heeft boven een andere procesbeginsel, zoals dat van openbaarheid en mondelinge procesvoering (Nijboer 1979, p. 823-824).

66 Geppert 1979, p. 139.

67 Geppert 1979, p. 166.

68 De *best evidence rule* ziet in oorsprong echter alleen op schriftelijk bewijs. Zie ook Damaška 1973, p. 517.

69 Zie bijv. Kuhne 2010, aant. 914 en Roxin 2009, p. 359.

70 Kuhne 2010, aant. 914. Hierna in § 4.5.4 wordt duidelijk dat het confrontatieaspect in de recente rechtspraak minder belangrijk is geworden.

‘dass die Wahrheit nur dann optimal und sicher erforscht werden kann, wenn sich kein ‘Zwischenrichter’ zwischen Beweismittel und erkennendes Gericht schiebt. Das Gericht darf sich nicht auf in ein in den Akten mitgeteiltes Ergebnis verlassen, sondern muss sich ein eigenes Bild vom Inhalt des Beweismittels machen. Nur so kann es dieses dahingehend frei würdigen ob es den Spruchkörper an die materielle Wahrheit heranführt’.⁷¹

Het beginsel heeft zowel betrekking op de vorm van de informatieoverdracht ter terechtzitting als op de selectie van bronnen ten behoeve van de bewijsbeslissing. In relatie tot getuigenverklaringen behelst dit beginsel in ieder geval in oorsprong dat de oorspronkelijke informant op de terechtzitting ten overstaan van het beslissende gerecht en in bijzijn van de verdachte moet worden gehoord. Daarbij wordt de rechter aangemoedigd zoveel mogelijk gebruik te maken van op de terechtzitting afgelegde verklaringen, omdat dit wordt verondersteld het beste bewijs te zijn (een veronderstelling die, zoals we hierna zullen zien, niet altijd opgaat).⁷² Het gaat echter om een *beginsel*, waarbij de rechter de vrijheid heeft om bewijsmateriaal uit het vooronderzoek te gebruiken indien hij hiertoe aanleiding ziet.⁷³ Het heeft daarmee niet het karakter van een strikte bewijsuitsluitingsregel in de zin dat verklaringen afkomstig van personen die de rechter niet heeft kunnen ondervragen, op voorhand zijn uitgesloten voor het bewijs.

4.3.3 Aan het onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag liggende aannamen

Aan het onmiddellijkheidsbeginsel in al zijn variëteiten liggen verschillende doelstellingen en veronderstellingen ten grondslag. Om met de doelstellingen te beginnen. Het beginsel is ontstaan als reactie op de geheime en schriftelijke procesvoering en is in oorsprong primair bedoeld om de rechter een meer deugdelijke feitelijke basis te verschaffen voor zijn oordeelsvorming en daarmee de kwaliteit van de beslissingen te verhogen.⁷⁴ Dat geschiedt op tweeërlei manieren: enerzijds door de rechter meer rechtstreekse toegang te bieden tot de bewijsbronnen (formeel) en aan te moedigen daar bij zijn bewijsbeslissing ook gebruik van te maken (materieel). Anderzijds door tegelijkertijd het bewijs te presenteren in bijzijn van procespartijen opdat die de inhoud daarvan kunnen betwisten.

⁷¹ Großkopf 2007, p. 29-30.

⁷² In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van ‘optimaliseringsgebod’. De rechter moet trachten zoveel mogelijk gebruik te maken van het originele bewijs (Großkopf 2007, p. 26). Hij baseert zich daarbij op Alexy 1985, p. 75 en 120.

⁷³ Het onmiddellijkheidsbeginsel wordt door sommigen ook wel aangemerkt als procesmaxime maar dan uitsluitend in de formele betekenis zoals Geppert die hanteert, namelijk dat alle bewijsmateriaal ter terechtzitting aan de orde moet zijn geweest.

⁷⁴ Zie Garé 1994, p. 40.

Door het benadrukken van de bijdrage van de verdediging bij de waardering van het bewijsmateriaal heeft het onmiddellijkheidsbeginsel ook een functie gekregen in het waarborgen van een tegensprekelijke procedure. Het onmiddellijkheidsbeginsel in meer formele zin hoeft dan ook niet louter als instrument voor de waarheidsvinding te worden gezien.⁷⁵ Met het vasthouden aan het onmiddellijkheidsbeginsel kunnen ook andere doelen worden gediend, zoals de confrontatie van de verdachte met de getuige.⁷⁶ Uit het verlichtingsdenken vloeit ook voort dat de verdachte de persoon die hem aanklaagt in de ogen moet kunnen kijken en dat de aanklacht of getuigenis niet in het geheim geschiedt, zoals het geval was ten tijde van de inquisitie.⁷⁷ Het onmiddellijkheidsbeginsel valt hiertoe echter niet te reduceren: het gaat bij het onmiddellijkheidsbeginsel immers primair om de waarheidsvindende taak van de rechter. Hij moet beslissen en dat doen op basis van het originele bewijs dat de toets der onmiddellijkheid ter terechtzitting heeft weten te doorstaan.

Het onmiddellijkheidsbeginsel berust op de aanname dat bewijsmateriaal het best kan worden getoetst als de originele informant op de terechtzitting kan worden ondervraagd (of het 'fysieke' bewijs op de terechtzitting kan worden aanschouwd) en als de procespartijen en de rechter de kans hebben gehad om informanten met bepaalde informatie te confronteren. De redenen die hiervoor in de literatuur worden aangevoerd zijn divers. Ten eerste dat de rechter en de procespartijen de gelegenheid krijgen om de getuige in persoon te zien en onder meer aan de hand van (non-verbaal) gedrag kunnen beoordelen wat voor vlees zij in de kuip hebben. Ten tweede dat zij in de gelegenheid zijn om vragen aan de getuige te stellen om op die manier een beter beeld te krijgen van de inhoud van de verklaring. Ten derde dat de openbare setting van het onderzoek ter terechtzitting wellicht een stimulans biedt om de waarheid te vertellen omdat de kans bestaat te worden ontmaskerd als een leugenaar. Dit laatste argument komt men overigens in de hedendaagse literatuur niet meer veel tegen, maar speelde wel in de negentiende eeuw waarbij men zich afzette tegen de geheime procedure waarin een ieder een ander naar willekeur kon belasten zonder daarvan zelf consequenties te ondervinden. Van al deze drie mechanismen wordt aangenomen dat zij accurate van het rechterlijk oordeel omtrent de geloofwaardigheid van de afgelegde verklaring bevorderen.

In het verlengde van de aanname dat het bewijs het best kan worden getoetst ter terechtzitting ligt de veronderstelling dat het meest originele

75 Vgl. Garé & Nijboer 1999, p. 879.

76 Naast effectuering van procesrechten voor de verdediging speelt ook het publieke belang bij een goede, effectieve en herkenbare strafrechtspleging een rol (Garé & Nijboer 1999, p. 879).

77 Het is dan ook niet toevallig dat het formele onmiddellijkheidsbeginsel in Nederland ook wel wordt opgevat als het confrontatiebeginsel. Zie Mols 1989, p. 8.

bewijsmateriaal ook het beste is. Vandaar dat het materiële onmiddellijkheidsbeginsel in de literatuur ook wel wordt aangeduid als het *best evidence*-beginsel, maar dan voor alle soorten bewijsmateriaal.⁷⁸ Schriftelijk opgetekende verklaringen uit het vooronderzoek worden vanuit dat perspectief aangeduid als bewijssurrogaten. In deze term ligt al besloten dat niet-origineel bewijsmateriaal – dus bewijsmateriaal dat op middellijke wijze wordt overgebracht (bijvoorbeeld in de vorm van een proces-verbaal) – wordt gezien als inferieur ten opzichte van bewijsmateriaal dat wel rechtstreeks door de informant zelf is overgebracht. Er zijn evenwel genoeg situaties denkbaar waarin de in een proces-verbaal opgetekende verklaring een meer waarheidsgetrouwe lezing geeft van het gebeurde dan de ter terechtzitting afgelegde verklaring. De vraag kan worden opgeworpen of de voornoemde aannamen kloppen, in de zin dat het meest originele bewijsmateriaal ook het beste bewijs is en rechtstreekse kennisname inderdaad de accuratesse van de beslissing van de oordelende rechter (of jury) ten goede komt.⁷⁹

4.3.4 Functioneren van het onmiddellijkheidsbeginsel op het West-Europese continent

Het onmiddellijkheidsbeginsel zoals uitgedacht door de negentiende-eeuwse denkers is in belangrijke mate een normatieve standaard. Het gaat over hoe het strafproces moet worden ingericht en hoe daarbinnen moet worden omgegaan met derivatief bewijsmateriaal. De praktijk wijkt af van het ideaal zoals de negentiende-eeuwse denkers dat voor zich zagen. Wanneer we de verschillende landen op het West-Europese continent trachten te duiden in termen van onmiddellijkheid, dan zien we een grote variatie. Onmiddellijkheid is in elk van de systemen tot op zekere hoogte gewaarborgd, maar de mate waarin loopt sterk uiteen. Van de ons omringende landen worden zowel Duitsland als Denemarken gekenmerkt door een zwaar accent op de onmiddellijke procesvoering – hoewel ook daar getuigenverklaringen uit het vooronderzoek bruikbaar zijn voor het bewijs indien de getuige niet ter terechtzitting kan verschijnen.⁸⁰ Nederland daarentegen is weinig onmiddellijk in de zin dat verklaringen uit het vooronderzoek onverkort bruikbaar zijn, ook als de beslissende autoriteit de oorspronkelijke declarant niet in eigen persoon heeft gehoord. Hoewel uit het negende hoofdstuk duidelijk zal worden dat het onmiddellijkheidsbeginsel (in theorie) wel onderdeel uitmaakt van de Nederlandse procestraditie, is het beginsel in de praktijk behoorlijk uitgehold, wat uiteindelijk ook weer leidt tot een deflatie van het onmiddellijkheidsbeginsel in de Nederlandse theorievorming. Voor wat betreft België en Frankrijk is de

78 Zie ook Damaška 1973, p. 517.

79 Deze vraag heeft ook Rozemond zich in zijn proefschrift gesteld (Rozemond 1998, p. 276). Voor Nederland wordt hier in § 9.7 nader bij stilgestaan.

80 Mulder 1992, p. 1032.

dominante wijze van proces voeren in grote mate vergelijkbaar met Nederland. Dat betekent dat in 'normale', *run-of-the-mill*-zaken de procedure niet erg onmiddellijk is en ook de Franse en Belgische rechter voor de bewijsbeslissing veelal terugvalt op de processen-verbaal uit het vooronderzoek. Zowel qua processysteem als qua procescultuur zijn er grote overeenkomsten tussen deze drie landen, hetgeen valt te verklaren uit de gemeenschappelijke Napoleonische erfenis. Echter, anders dan in Nederland kent men in België en Frankrijk voor de meer ernstige zaken een assisenprocedure. In deze procedure worden getuigen en deskundigen in beginsel op de terechtzitting gehoord, ook als zij reeds in het vooronderzoek een verklaring hebben afgelegd. In België bijvoorbeeld mag de voorzitter van het assisenhof alleen beslissen getuigen niet te horen als partijen zich daartegen niet verzetten.⁸¹

4.4 HEARSAY-DOCTRINE EN RIGHT TO CONFRONTATION IN HET ANGLO-AMERIKAANSE PROCESMODEL

De Anglo-Amerikaanse procestraditie kent geen equivalent van het onmiddellijkheidsbeginsel. Het onmiddellijke karakter van de procedure wordt van oudsher in belangrijke mate bewerkstelligd door de strikte *hearsay*-uitsluiting. Onmiddellijkheid wordt er als dermate vanzelfsprekend beschouwd, dat het niet conceptueel wordt gearticuleerd. De hele inrichting van het Anglo-Amerikaanse proces is in de kern gericht op tegensprekelijkheid, waarin onmiddellijkheid in formele en materiële zin eenvoudigweg wordt verondersteld. Naast de *hearsay*-doctrine is ook het recht op confrontatie van belang (en in mindere mate *the right to a public hearing*) voor het waarborgen van de tegensprekelijkheid van de procedure. Dit is vooral het geval in de Verenigde Staten waar het recht op confrontatie constitutioneel is verankerd in de *confrontation clause* neergelegd in het *Sixth Amendment*. In deze paragraaf wordt allereerst beknopt de inhoud van de *hearsay*-doctrine besproken. Vanwege de complexiteit en omvang van de regeling en het feit dat de precieze invulling verschilt per jurisdictie, wordt aandacht besteed aan de algemene karakteristieken van de doctrine. De analyse is gebaseerd op zowel de literatuur die betrekking heeft op de situatie in de Verenigde Staten als literatuur ten aanzien van de regeling in Engeland en Wales. Nadat de *hearsay*-doctrine op hoofdlijnen is besproken, wordt ingegaan op de grondslagen van de regeling en de kritiek die erop is geleverd. Tot slot wordt iets gezegd over de relatie tussen de *hearsay*-doctrine en het recht op confrontatie zoals dat in de Amerikaanse constitutie is verankerd.

81 Artikel 354 van het Belgische Wetboek van Strafvordering.

4.4.1 Aard en inhoud van de hearsay-doctrine

De *hearsay*-doctrine heeft vorm gekregen in een zogenaamde *admissibility rule* en heeft daarmee het karakter van een uitsluitingsdoctrine. Als de rechter beslist dat sprake is van *hearsay*, mag het in beginsel niet voor het bewijs worden gebruikt en niet aan de jury worden voorgelegd. De vraag is wat precies onder *hearsay* moet worden verstaan. Cross omschrijft de *hearsay*-verklaring als ‘a statement other than one made by a person giving oral evidence in the proceedings’.⁸² Het gaat om beweringen die niet mondeling op de terechtzitting zijn gedaan. *Hearsay* heeft betrekking op zogenaamde *out-of-court statements*, die zowel schriftelijk als mondeling kunnen worden overgebracht. Bij een schriftelijke overbrenging moet bijvoorbeeld worden gedacht aan verslagen van politieverhoren of bedrijfsdocumenten. Bij een mondelinge overbrenging legt een getuige in de rechtszaal een verklaring af omtrent hetgeen een ander hem heeft medegedeeld. Het feit echter dat een getuige zegt, ‘ik hoorde X zeggen...’ betekent niet automatisch dat er sprake is van *hearsay* in juridische zin. Immers, of deze verklaring op grond van de *hearsay*-exceptie dient te worden uitgesloten, is afhankelijk van het doel waarmee de verklaring in het proces wordt geïntroduceerd. De getuigenverklaring mag wel als bewijs dienen voor het feit dat de bewering is gedaan, ongeacht het waarheidsgehalte van de bewering van X. Echter, de feitelijke inhoud van de bewering van X zelf mag niet voor het bewijs worden gebruikt. De bewering is ‘inadmissible as evidence of any fact stated’.⁸³ Een voorbeeld. Gerard verklaart ten overstaan van de rechter dat Carel hem heeft verteld dat Erik op het feest was. De mededeling van Carel ‘Erik was op het feest’ overgebracht door Gerard, mag niet dienen als bewijs dat Erik ook daadwerkelijk op het feestje aanwezig was. In dat geval is sprake van *hearsay*. Echter, als men wil bewijzen dat Carel wetenschap had van de aanwezigheid van Erik op het feest, dan is de verklaring van Gerard wel toelaatbaar als bewijs voor dat aspect.

Op de regel dat *hearsay* niet toelaatbaar is voor het bewijs zijn in de loop der eeuwen – zowel in het Engelse als in het Amerikaanse stelsel – de nodige uitzonderingen geformuleerd, waardoor de *hearsay*-regeling complex en lastig te doorgronden is. Traditioneel wordt bijvoorbeeld een uitzondering gemaakt voor zogenaamde *dying declarations*. Hierbij moet gedacht worden aan de situatie waarin het slachtoffer vlak voor zijn overlijden tegen de politie zegt wie hem van het leven heeft getracht te beroven. Dergelijke uitlatingen zijn wel aan te merken als *hearsay*, maar vallen onder de uitzondering op de

82 Cross & Tapper 1995, p. 530. De definitie zoals is neergelegd in de artikelen 114 (1) en 115 CJA 2003 komt in essentie op hetzelfde neer (Spencer 2008, p. 1). Ook de definitie onder het Amerikaanse recht is vergelijkbaar. In rule 801 van de *United States Federal Rules of Evidence* wordt de volgende definitie van *hearsay* gegeven. “‘Hearsay’ means a statement: that 1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and 2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement’.

83 K. Roberts 2006, p. 67.

hearsay-regel. De meeste uitzonderingen gelden alleen wanneer de oorspronkelijke declarant niet beschikbaar is om ter terechtzitting een verklaring af te leggen. Echter, er zijn ook gevallen waarin de oorspronkelijke declarant wel beschikbaar is, maar diens schriftelijk of mondeling overgebrachte mededelingen toch kunnen worden gebruikt. Zo wordt een algemene exceptie gemaakt voor zogenoemde bedrijfsdocumenten. Documenten opgesteld gedurende de normale bedrijfsuitoefening en die als authentiek worden aangemerkt, kunnen wel voor het bewijs worden gebezigd.⁸⁴ Door de politie opgestelde documenten vallen in beginsel niet onder deze uitzondering, tenzij het gaat om algemene informatie over politiewerkzaamheden zoals het regelmatig controleren van gehanteerde snelheidsapparatuur. Gaat het echter om de feiten van een zaak en de in dit verband door politieambtenaren gedane waarnemingen, dan is deze exceptie niet van toepassing.⁸⁵ Verklaringen van getuigen opgetekend door de politie worden in de Verenigde Staten in ieder geval altijd aangemerkt als *hearsay* en zijn in beginsel niet bruikbaar voor het bewijs. In het verleden waren ook in het vooronderzoek afgelegde verklaringen die bleken af te wijken van de ter terechtzitting afgelegde verklaring, niet bruikbaar voor het bewijs. Thans kan een eerder afgelegde verklaring van getuigen wel meewegen voor het bewijs, indien deze inconsistent is met een ter terechtzitting afgelegde verklaring en de getuige zijn eerdere verklaring onder ede heeft afgelegd. Dit valt onder de exceptie van de *prior inconsistent statements*.⁸⁶ In Engeland en Wales is met de inwerkingtreding van de *Criminal Justice Act 2003* een verandering opgetreden. Voorheen waren *prior inconsistent statements* slechts toelaatbaar met als doel het ondermijnen van de geloofwaardigheid van de mondeling ter terechtzitting afgelegde getuigenverklaring, thans zijn deze verklaringen ook toelaatbaar als bewijs van de feiten die in de verklaring zijn neergelegd.⁸⁷ Met andere woorden, de inhoud van die verklaringen mogen in Engeland en Wales rechtstreeks bijdragen aan de bewijsbeslissing.

4.4.2 Ratio achter en verklaringen voor de *hearsay*-uitsluiting

De ratio achter de *hearsay*-uitsluiting is als gezegd primair een epistemologische. De *hearsay*-regels vallen onder de zogenaamde '*rules of admissibility*'. De schadelijke effecten die uitgaan van dit type bewijs worden geacht groter te zijn dan de potentiële bewijzende kracht van het materiaal.⁸⁸ De uitsluiting

⁸⁴ Cross & Tapper 2010, p. 640.

⁸⁵ Zie Regel 803(8)(a)(ii) van de *Federal Rules of Evidence*.

⁸⁶ Zie regel 801(d)(1)(a) van de *Federal Rules of Evidence*. Is de verklaring niet onder ede afgelegd dan mag de verklaring uit het vooronderzoek alleen worden gebruikt ten behoeve van zogenaamde '*impeachment*' van de getuige (zie regel 613 van de *Federal Rules of Evidence*).

⁸⁷ Spencer 2008, p. 47.

⁸⁸ Zoals in het Amerikaanse recht verwoord: 'that it has improper prejudicial effects that outweigh its probative value' (Anderson, Schum & Twining 2005, p. 87).

van *hearsay*-bewijs berust in de kern op een tweetal gronden: 1) het mogelijke gevaar van vertekening naarmate de bewering zich verder verwijderd van de bron en 2) het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht bij dit type verklaringen.⁸⁹ Met name aan het gegeven dat *hearsay*-bewijs niet op tegensprekelijke wijze kan worden getoetst, wordt in de Anglo-Amerikaanse traditie veel belang gehecht. Zo stellen Roberts en Zuckerman dat de crux van *hearsay*-uitsluiting ligt in de afwezigheid van de oorspronkelijke declarant op de terechtzitting waardoor diens verklaring niet – met behulp van een kruisverhoor – kan worden getoetst.⁹⁰ Het kruisverhoor wordt gezien als de beste manier om verklaringen te toetsen. Informatie die niet aan een dergelijke toets kan worden onderworpen, bijvoorbeeld omdat de zegspersoon is overleden of weigert ter terechtzitting te verschijnen, wordt uitgesloten ongeacht de potentiële bewijswaarde daarvan. De rechter treedt hierbij in juryprocessen op als ‘*gatekeeper*’. Hij bepaalt of er sprake is van *hearsay* en of dit valt onder een van de uitzonderingen. Hij moet zich daarbij vergewissen dat het bewijs niet kan worden geproduceerd door het oproepen van de getuige van wie de verklaring afkomstig is. Indien de rechter van oordeel is dat het een toelaatbare vorm van *hearsay* betreft, dan informeert hij de jury over de potentiële gevaren van dit materiaal.⁹¹

Historisch gezien is het juryproces een bepalende factor geweest in de ontwikkeling van de *hearsay*-doctrine en de keuze daarbinnen voor een categorische uitsluiting van *hearsay*-bewijs. De vrees was dat lekenrechters bij het vaststellen van de feiten minder goed dan getrainde juristen in staat zouden zijn *hearsay*-verklaringen op waarde te schatten en teveel gewicht zouden toekennen aan verklaringen van personen die niet op de terechtzitting waren gehoord en wiens verklaringen niet door middel van een kruisverhoor op hun betrouwbaarheid konden worden getoetst.⁹² Damaška noemt nog een aantal andere factoren. Hij wijst op het feit dat er in het Anglo-Amerikaanse model geen hoger beroep mogelijk is en daarmee onjuist gewicht door het beslissend orgaan aan bewijs van horen zeggen niet kan worden gecorrigeerd.⁹³ Daarnaast benadrukt hij dat er binnen het Anglo-Amerikaanse model anders tegen bewijsmateriaal wordt aangekeken doordat het verrichten van onderzoek en het aanleveren van bewijsmateriaal niet de exclusieve taak van de overheid

89 Zie ook de overweging van de Supreme Court: ‘There were two principal reasons for excluding hearsay evidence. The first was that it was potentially unreliable. It might even be fabricated by the witness giving evidence of what he alleged he had been told by another. Quite apart from this, the weight to be given to such evidence was less easy to appraise than that of evidence delivered by a witness face to face with the defendant and subject to testing by cross-examination’ (Horncastle, r.o. 21).

90 Roberts & Zuckerman 2004, p. 598.

91 De Supreme Court in *Horncastle*, r.o. 38. Ook in de Verenigde Staten is dit de gang van zaken.

92 K. Roberts 2006, p. 66.

93 Damaška 1992, p. 428 e.v.

is. In een stelsel waarin elke partij zijn eigen bewijsmateriaal onderzoekt, selecteert en gebruikt op een manier dat het beste past in zijn processtrategie, is het risico op vertekening groter. Bewijsmateriaal dat niet krachtig kan worden getoetst door de tegenpartij, wordt om die reden ongeschikt geacht. Bovendien bestaat in een systeem waarin de selectie van bewijsmateriaal primair aan de partijen is overgelaten, het risico dat gekozen wordt voor derivatief bewijsmateriaal, terwijl origineel en epistemologisch superieur bewijsmateriaal binnen handbereik is. Van officiële gezagsdragers mag volgens Damaška worden verwacht dat zij niet handelen uit zelfbelang en reeds uit zichzelf kiezen voor het 'beste bewijs'.⁹⁴ De dreiging van eenzijdige vertekening zou in het continentale model minder groot zijn en daarmee neemt de noodzaak af om getuigen aan een agressieve toets te onderwerpen.⁹⁵

Samenvattend kan worden gesteld dat de *hearsay*-doctrine vooral dient als stimulans voor partijen om optimale bronnen van informatie te gebruiken. Echter, meer dan in het continentale procestraditiemodel wordt het accent gelegd op het niet-tegensprekelijke karakter van dit type bewijs, waarmee de *hearsay*-uitsluiting een belangrijke functie krijgt in het waarborgen of in stand houden van het mondelinge en tegensprekelijke karakter van de procesvoering.

4.4.3 Kritiek op de *hearsay*-doctrine

De *hearsay*-doctrine heeft aan veel kritiek blootgestaan. Een van de fundamentele kritiekpunten is dat de regel (ontlastend) bewijs uitsluit dat eigenlijk ter overweging van de jury zou moeten worden toegelaten.⁹⁶ Dit argument werd reeds aan het begin van de negentiende eeuw aangevoerd door Jeremy Bentham. Regels die relevant bewijs uitsluiten kunnen volgens hem nooit hun rechtvaardiging vinden in het feit dat zij potentieel misleidend zijn. Om tot een 'ware conclusie' te komen dient de beslisser niet alleen het beste bewijs te gebruiken, maar al het bewijs dat logischerwijs relevant is. *Exclusionary rules* kunnen soms gerechtvaardigd worden omdat zij andere doelen dienen zoals het vermijden van vertraging en onnodige kosten of het beschermen van de belangen van getuigen, maar dit mag niet interfereren met de waarheidsvinding. Ten aanzien van *hearsay*-verklaringen erkende Bentham de zwakte van dit bewijs en onderschreef hij het belang van het ter terechtzitting horen van getuigen, maar dit kon volgens hem niet rechtvaardigen dat dit bewijs op voorhand werd uitgesloten. Uitsluiting was volgens hem alleen gegrond wanneer de *original narrator* niet opgeroepen en ondervraagd kan worden.⁹⁷ Ook vandaag de dag nog wordt betoogd dat de beslisser al het relevante

94 Of dat in de praktijk ook het geval is, valt nog maar te bezien.

95 Damaška 1992, p. 430 e.v.

96 Roberts & Zuckerman 2004, p. 580.

97 Bentham 1825, p. 203.

bewijsmateriaal in zijn afweging moet kunnen betrekken. De constatering dat aan bepaald bewijsmateriaal potentiële gebreken kleven, is in hun optiek geen valide reden om het niet in overweging te willen nemen.⁹⁸

Een ander kritiekpunt in het verlengde van het voorgaande is dat de *hearsay*-regeling onvoldoende discrimineert tussen 'betrouwbaar' en 'onbetrouwbaar' bewijs. De *hearsay*-regels sluiten ook bewijsmateriaal uit dat kan worden aangewezen als 'het beste bewijs'. Het komt namelijk ook voor dat het *hearsay*-bewijs in bepaalde gevallen geloofwaardiger is dan een mondeling op de terechtzitting afgelegde verklaring. Door het handhaven van een regel die zonder te discrimineren – in termen van waarheidsgetrouwheid – zowel goed als slecht bewijsmateriaal uitsluit, gaat bruikbaar bewijsmateriaal verloren.⁹⁹ De regel die strekt tot het uitsluiten van onbetrouwbaar materiaal om zo een correcte uitkomst van het proces te garanderen (en in dit opzicht de waarheidsvinding faciliteert), werkt in bepaalde gevallen dus contraproductief.¹⁰⁰ Voorts kan erop worden gewezen dat indien een *hearsay*-verklaring wel wordt toegelaten omdat deze valt onder een van de excepties, aan de verklaring in theorie hetzelfde gewicht kan worden toegekend als aan elk ander bewijsstuk, hetgeen betekent dat de verdachte veroordeeld kan worden op basis van een belastende *hearsay*-verklaring.¹⁰¹ Daar komt bij dat de regel evenmin onderscheid maakt tussen ontlastend en belastend bewijsmateriaal. Ook ontlastend bewijsmateriaal valt immers onder de reikwijdte van de *hearsay*-doctrine. Naast de voornoemde inhoudelijke bezwaren wordt de *hearsay*-regeling gehemeld om haar technische karakter, mede als gevolg van de talloze jurisprudentiële en wettelijke uitzonderingen, waardoor zij lastig is te doorgronden.¹⁰²

In de Anglo-Amerikaanse literatuur wordt wel gepleit voor afschaffing van het verbod op *hearsay*. De reden is niet dat de critici de mening zijn toegedaan dat geen goede redenen bestaan om *hearsay*-bewijs te wantrouwen. Zij pleiten er echter voor om de beslissing over wat als *hearsay* moet worden aangemerkt volledig over te laten aan de discretie van de rechter, die dan de vrijheid heeft om te beslissen of de jury de verklaring al dan niet onder ogen krijgt. *Hearsay* moet in ieder geval toelaatbaar zijn, wanneer het *the best available evidence* is.¹⁰³ Tegenstanders van afschaffing vrezen daarentegen dat afschaffing of versoepeling van de regels leidt tot vermindering van het onmiddellijke karakter van de procedure, juist omdat het verbod op *hearsay* hierin zo een belangrijke functie vervult. Zij claimen tevens dat het systematisch uitsluiten

98 Spencer 2008, p. 14. Zie ook Roberts & Zuckerman 2004, p. 601 en Gilvelber 1997, p. 544.

99 Roberts & Zuckerman 2004, p. 601.

100 Zie ook Gilvelber 1997, p. 544.

101 Spencer 2008, p. 19. Dit punt was ook inzet van discussie tussen het Britse hooggerechtshof en het EHRM in de zaak *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk* die wordt besproken in § 4.5.3.2.

102 Roberts & Zuckerman 2004, p. 580, zie ook Friedman 1997, p. 534.

103 Spencer 1996, p. 29-30.

van *hearsay* zal leiden tot grotere accuratesse in het feitenonderzoek, tenminste op langere termijn over het gemiddeld aantal zaken, in vergelijking met het op grote schaal toelaten van in potentie misleidend derivatief materiaal. Een categorische uitsluiting van *hearsay* kan in het licht van de waarheidsvinding mogelijk beter zijn dan het oordeel over de geloofwaardigheid per geval over te laten aan de discretie van de rechter. Een rigide uitsluiting voorkomt dat het proces wordt besmet met informatie van slechte kwaliteit. Weliswaar discrimineert de *hearsay*-regel onvoldoende, maar de vraag is of de rechter hiertoe beter in staat is.¹⁰⁴

De kritiek op de *hearsay*-uitsluiting heeft er in Engeland en Wales toe geleid dat deze onder de – al eerder genoemde – *Criminal Justice Act 2003* (CJA 2003) is versoepeld. De Engelse wetgever heeft niet zover willen gaan als te besluiten tot afschaffing. Integendeel, de nieuwe regeling wordt als tamelijk conservatief gezien, daar het vooral een codificatie betreft van de *hearsay*-regeling die in de jurisprudentie was ontwikkeld. Het betreft volgens Roberts en Zuckerman dan ook grotendeels *old vintage in new containers*. De nieuwe *hearsay*-voorzieningen betekenen echter wel een breuk met het verleden in dat opzicht dat het uitgangspunt onder de oude *hearsay*-regeling ‘ontoelaatbaar, tenzij...’ is verlaten. Onder de CJA 2003 geldt namelijk precies het omgekeerde. Artikel 114 CJA 2003 bepaalt dat *hearsay* toelaatbaar is, mits er sprake is van een omstandigheid waarin is voorzien door de nieuwe wet van 2003. Daarnaast krijgt de rechter onder de nieuwe regeling meer beoordelingsvrijheid met betrekking tot de toelaatbaarheid van *hearsay*, in de vorm van een aantal *overriding general inclusionary and exclusionary discretions*. Zo is in het eerste lid onder d van artikel 114 CJA 2003 een zogenaamde *safety valve* opgenomen die rechtbanken uitdrukkelijk de bevoegdheid toekent om bewijs toe te laten dat anders onder de *hearsay*-regel zou worden uitgesloten, indien dit in het belang van een goede rechtsbedeling is. Krachtens artikel 126 eerste lid CJA 2003 heeft de rechter tevens de algemene bevoegdheid om *hearsay*-bewijs uit te sluiten, indien het bewijs van ondergeschikt belang is en het toelaten van dat bewijs zou resulteren in buitensporig oponthoud van de zaak. Tot slot is de rechter op grond van artikel 125 CJA 2003 bevoegd om de jury te instrueren tot vrijspraak wanneer een zaak geheel of gedeeltelijk is gebaseerd op een *hearsay*-verklaring die zo ongeloofwaardig is dat – in het licht van het gewicht van deze verklaring in de zaak tegen de verdachte – een veroordeling onveilig zou zijn.¹⁰⁵ De goede bedoelingen van de wetgever ten spijt, heeft de *hearsay*-regeling nog niet aan complexiteit verloren.

104 Zuckerman en Roberts menen in ieder geval van niet (Roberts & Zuckerman 2004, p. 601 en 667).

105 Roberts & Zuckerman 2004, p. 602 e.v. en 664 e.v.

4.4.4 Relatie hearsay-doctrine en het recht op confrontatie

Zoals uit het voorgaande is gebleken, komt aan de *hearsay*-uitsluiting in het Anglo-Amerikaanse processtelsel van oudsher een belangrijke functie toe bij het waarborgen van het onmiddellijke karakter van het strafproces en de mogelijkheid van de verdachte daarin om degenen die hem beschuldigen te ondervragen. Een van de traditionele rechtvaardigingen voor de *hearsay*-uitsluiting is – naast redenen gelegen in de kwaliteit van het bewijsmateriaal – dat daarmee het recht op confrontatie van de verdachte wordt gewaarborgd en diens mogelijkheden om de afgelegde verklaring effectief te kunnen betwisten.¹⁰⁶ Het aan het recht op confrontatie verbonden kruisverhoor wordt in het Anglo-Amerikaanse model gezien als de beste manier om de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal te toetsen.

Hoewel met het strikt vasthouden aan de *hearsay*-uitsluiting het uitoefenen van het ondervragingsrecht wordt gefaciliteerd, kunnen beide mechanismen niet op één lijn worden gesteld. Het gaat om waarborgen op verschillende niveaus. De *hearsay*-regel richt zich op de bewijsbeslissing en werpt restricties op voor zowel de openbaar aanklager als de verdediging ten aanzien van de bewijsvoering, terwijl een recht op confrontatie eenzijdig is en uitsluitend de verdachte toebehoort.¹⁰⁷ Uit een recht op confrontatie hoeft ook niet noodzakelijkerwijs voort te vloeien dat een eerdere verklaring niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Hoewel het waarborgen van het recht op confrontatie via de *hearsay*-uitsluiting op zichzelf effectief is, moet worden geconstateerd dat het wel om een zware maatregel gaat omdat een strikte *hearsay*-uitsluiting – zoals hiervoor reeds uiteengezet – veel nadelen meebrengt. Daar komt bij dat dit mechanisme aan effect inboet naarmate meer uitzonderingen worden gemaakt op de *hearsay*-uitsluiting.

In de Verenigde Staten is het recht op confrontatie afzonderlijk neergelegd in de grondwet. In de confrontation clause staat dat ‘in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him’. Lange tijd kwam het recht op confrontatie weinig zelfstandige betekenis toe, aangezien het hooggerechtshof dit vooral zag als een constitutionalisering van het verbod op *hearsay*.¹⁰⁸ De liberalisering van de *hearsay*-regeling bracht echter mee dat steeds meer uitzonderingen op het verbod op *hearsay* werden geformuleerd, hetgeen een beperking betekende voor de reikwijdte van de *confrontation clause*.¹⁰⁹ Om die reden oordeelde het hooggerechtshof in 1965 dat ook een beroep kon worden gedaan op het recht op confrontatie als het bewijsmateriaal in overeenstemming was met de *hearsay*-

¹⁰⁶ Spencer 2008, p. 39.

¹⁰⁷ Spencer 2008, p. 39.

¹⁰⁸ Friedman 1997, p. 533.

¹⁰⁹ Friedman 2007, p. 553.

regeling.¹¹⁰ Het bereik van de *confrontation clause* bleef echter beperkt omdat het hooggerechtshof geen helder concept voor ogen had van wat dat recht precies behelsde.¹¹¹ In de zaak Ohio tegen Roberts stelde het hooggerechtshof dat de ratio van de *confrontation clause* was om 'onbetrouwbare' *hearsay* uit te sluiten. Indien de declarant niet beschikbaar was, mocht de confrontatie achterwege blijven zolang de *hearsay*-verklaring voldoende '*indicia of reliability*' vertoonde, doordat de verklaring ofwel viel binnen '*firmly rooted hearsay exception*' ofwel was omgeven met '*particularized guarantees of trustworthiness*'.¹¹² Bij de uitleg werd zwaar geleund op de bestaande uitzonderingen op de *hearsay*-regeling, waardoor van het recht op confrontatie maar weinig invloed uitging.¹¹³ Op deze benaderingswijze is de nodige kritiek gekomen, vooral van rechtsgeleerde Friedman, die benadrukt dat het recht op confrontatie niet gezien moet worden als een regel die een bepaald type *hearsay*-verklaringen uitsluit, maar als deel van de eisen die voorschrijven hoe een getuigenverklaring moet worden afgelegd. Hij voert aan dat tegenspraak moet worden gezien als een intrinsieke component van een legitiem proces en meent dat de verdachte een zelfstandig recht toekomt om geconfronteerd te worden met getuigen die in zijn zaak een belastende verklaring afleggen. Weliswaar is historisch gezien het waarborgen van de betrouwbaarheid de bepalende factor in de evolutie van het *hearsay*-verbod, in zijn optiek is het recht op confrontatie echter niet louter instrumenteel voor de waarheidsvinding. Friedman is van mening dat de verdachte dit recht ook toekomt los van overwegingen van betrouwbaarheid.¹¹⁴

In 2004 heeft het hooggerechtshof van de Verenigde Staten in de zaak Crawford tegen Washington¹¹⁵ de toepassing van het recht op confrontatie wezenlijk veranderd door het in belangrijke mate een zelfstandig bestaan toe te kennen los van de *hearsay*-doctrine.¹¹⁶ Het hooggerechtshof baseert zich daarbij op *common law* uit de late zeventiende eeuw en de bedoeling van de Framers bij het opstellen van de constitutie.¹¹⁷ Het heeft daarbij de 'betrouwbaarheidstoets' zoals ontwikkeld in Roberts tegen Ohio losgelaten en in plaats daarvan een andere toets aangelegd: als een buiten de terechtzitting om afgelegde verklaring *testimonial* van aard is, dan moet de verdediging de getuige ter terechtzitting kunnen onderwerpen aan een kruisverhoor. Een uitzondering op deze regel bestaat als de getuige niet beschikbaar is. In dat

110 Supreme Court of the United States *Pointer t. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

111 Friedman 2007, p. 554.

112 Supreme Court of the United States *Ohio t. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

113 Friedman 2007, p. 554.

114 Friedman 1997, p. 533.

115 Supreme Court of the United States *Crawford t. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

116 Friedman 2007, p. 555.

117 Zo stelt rechter Scalia dat 'the Framers would not have allowed admission of testimonial statements of a witness who did not appear at trial unless he was unavailable to testify, and the defendant had a prior opportunity for cross-examination'.

geval moet de verdachte een eerdere gelegenheid hebben gehad om de getuige met vragen te confronteren. Dat het accent wordt gelegd op het *testimonial* karakter van de verklaring is vanwege het gebruik van het woord *witness* in de *confrontation clause*. Citerend uit het woordenboek legt het hoogerechtshof uit dat een getuige een persoon is die 'bear[s] testimony' en dat *testimony* refereert aan de 'solemn declaration or affirmation made for the purpose of establishing some fact'. Alleen verklaringen van *witnesses* in voorbedeelde zin vallen onder de reikwijdte van de *confrontation clause*. Is de verklaring niet *testimonial* van aard, dan komt de verdachte geen recht op confrontatie toe en kan de verklaring worden gebruikt mits zij onder een van de uitzonderingen op de algemene *hearsay*-uitsluiting valt. In de zaken Davis tegen Washington en Hammon tegen Indiana heeft het hoogerechtshof nader toegelicht wat onder *testimony* moet worden verstaan.

'Whether a statement from a declarant to a police officer is testimonial will hinge upon the intent of the declarant in making the statement and the purpose for which the police officer elicited the statement. If the declarant is making a statement to the police with the intent that his or her statement will be used against the defendant at trial, then the statement is testimonial. Similarly, if the police officer elicits the statement in order to obtain evidence in anticipation of a potential criminal prosecution, then the statement is testimonial.'¹¹⁸

'Statements are nontestimonial when made in the course of police interrogation under circumstances objectively indicating that the primary purpose of the interrogation is to enable police assistance to meet an ongoing emergency. They are testimonial when the circumstances objectively indicate that there is no such ongoing emergency, and that the primary purpose of the interrogation is to establish or prove past events potentially relevant to later criminal prosecution.'¹¹⁹

In de zaak Davis gaat het om een transcriptie van een telefoongesprek van het slachtoffer met 911 waaruit blijkt dat de beller ten tijde van het telefoongesprek verkeert in een situatie van huiselijk geweld. In het telefoongesprek noemt het slachtoffer de naam van haar belager, de context van de belaging en geeft zij aan dat haar belager het huis ontvlucht is. Wanneer de politie ter plaatse komt, treft zij daar het slachtoffer gewond aan. De verdachte wordt later gearresteerd wegens overtreding van het jegens hem uitgevaardigde straatverbod. Het slachtoffer legt ter terechtzitting echter geen verklaring af en de inhoud van het telefoongesprek wordt (vallend onder een van de uitzonderingen op de *hearsay*-uitsluiting) voor het bewijs gebruikt. Het hoogerechtshof boog zich over de vraag of sprake is van schending van de *confrontation clause*. Bepalend hierin is of de ondervraging die plaatsvond tijdens het telefoongesprek met de hulpdiensten *testimonial statements* opleverde. Het hoogerechtshof beantwoordde deze vraag ontkennend. De verkrijging van verklaring was

118 Supreme Court of the United States *Hammon t. Indiana*, 547 U.S. 813 (2006).

119 Supreme Court of the United States *Davis t. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

non-testimonial van aard en derhalve bruikbaar voor het bewijs ondanks dat de verdachte het slachtoffer niet had kunnen ondervragen. De ondervraging was namelijk niet primair gericht op de reconstructie van het verleden, maar geschiedde ten behoeve van de inschakeling van hulp en was noodzakelijk om de bestaande noodsituatie op te heffen. Het slachtoffer trad derhalve niet op als een *witness* en hetgeen ten overstaan van de telefoniste was verklaard, valt naar het oordeel van het Hof dan ook niet te kwalificeren als *testimonial*.¹²⁰

Samenvattend kan worden gesteld dat het recht op confrontatie in de Verenigde Staten een aparte waarborg vormt ten opzichte van de *hearsay*-bepalingen. De verdachte komt altijd een recht op confrontatie toe, zolang de afgelegde verklaring *testimonial* van aard is. In beginsel dient de confrontatie plaats te vinden op het onderzoek ter terechtzitting, maar als de getuige niet beschikbaar is dan kan dit ook in een eerdere fase zijn gerealiseerd. Heeft de verdachte zijn ondervragingsrecht niet kunnen uitoefenen dan is de verklaring ook niet bruikbaar voor het bewijs. Heeft de verdachte daarentegen zijn ondervragingsrecht wel ter terechtzitting of in een eerdere fase kunnen uitoefenen, dan kunnen verklaringen afgelegd buiten de terechtzitting bijdragen tot het bewijs, mits zij vallen onder een van de uitzonderingen in de *hearsay*-regeling. Bezien vanuit de oude situatie waarin het ondervragingsrecht werd gewaarborgd door de *hearsay*-bepalingen, werpt de nieuwe jurisprudentie een additionele horde op. Een verklaring van horen zeggen mag alleen worden gebruikt als 1) deze valt onder een van de uitzonderingen, en – indien *testimonial* van aard – slechts dan 2) als de verdachte zijn ondervragingsrecht op enig moment (ter terechtzitting of bij afwezigheid: in de voorfase) heeft kunnen uitoefenen.

4.5 ONDERVRAGINGSRECHT IN ARTIKEL 6 LID 3 SUB D EVRM

Het EVRM kent in artikel 6 lid 3 sub d EVRM een recht op het ondervragen van getuigen als onderdeel van het recht op een eerlijk proces zoals verwoord in artikel 6 lid 1 EVRM. In 6 lid 3 sub d EVRM staat dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, het recht heeft getuigen *à charge* te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en ondervragen van getuigen *à décharge* te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen *à charge*. In dit lid liggen in feite twee deelrechten besloten waaraan het EHRM andere eisen stelt, namelijk het recht getuigen te ondervragen wier verklaringen door de vervolgende partij ter ondersteuning van haar visie op de feiten aan de rechter worden overlegd en het recht getuigen op te roepen en te ondervragen ter onderbouwing en ondersteuning van de zienswijze van

120 Supreme Court of the United States *Davis t. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

de verdediging. Aan het recht om getuigen à charge te ondervragen wordt door het Hof meer gewicht toegekend dan aan het recht om getuigen à décharge op te roepen en te ondervragen. Niet is vereist dat elke getuige die door de verdediging is opgegeven, ook wordt opgeroepen om ter terechtzitting te verschijnen. De beslissing om een getuige à décharge te horen wordt overgelaten aan de nationale rechter, die in dit opzicht de *equality of arms* moet bewaken.¹²¹ Aan het horen van getuigen die een belastende verklaring hebben afgelegd en wier verklaringen voor het bewijs worden gebruikt, worden zwaardere eisen gesteld.

In het navolgende wordt ingegaan op de uitleg die het EHRM stelt aan het ondervragingsrecht in het licht van het recht op een eerlijk proces en de betekenis van die uitleg voor de onmiddellijkheid van de procesvoering van de bij het EVRM aangesloten lidstaten en de bruikbaarheid van verklaringen van horen zeggen voor het bewijs.¹²² Weliswaar benadrukt het Hof dat de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal een kwestie is van nationaal recht,¹²³ de procedurele voorzieningen zoals zijn neergelegd in het Verdrag en de lijn die het EHRM in dit verband voorstaat, hebben ook hun weerslag op het bewijsgebruik van materiaal dat de verdediging niet langs het uitoefenen van het ondervragingsrecht heeft kunnen toetsen. De jurisprudentie van het EHRM is zeer omvangrijk en de omvang van het ondervragingsrecht wordt in belangrijke mate bepaald door de omstandigheden van het geval. Voor dit onderzoek kunnen de hoofdlijnen volstaan en wordt de beschrijving tot die hoofdlijnen beperkt.¹²⁴

Wat betreft de door het EHRM gehanteerde methodiek dient voorafgaand aan onderstaande beschouwing te worden opgemerkt dat het EHRM voor de beoordeling of sprake is van een schending kijkt naar de procedure als geheel. Het feit dat een inbreuk is gemaakt op een van de deelrechten neergelegd in het derde lid van artikel 6 EVRM, hoeft niet te betekenen dat de strafproces niet eerlijk is geweest. Het ondervragingsrecht wordt gerelativeerd, in die zin dat als een goede reden heeft bestaan voor de inperking daarvan en voldoende compensatie is geboden aan de verdediging, er geen schending van het recht op een eerlijk proces zal worden aangenomen.¹²⁵ De verhouding tussen het ondervragingsrecht in artikel 6 lid 3 sub d en het recht op een eerlijk proces in artikel 6 lid 1 EVRM, is – zoals in het hiernavolgende duidelijk zal worden – niet in alle gevallen even helder. Ook in andere opzichten is de rechtspraak

121 EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (*Vidal t. België*).

122 De analyse beperkt zich tot de eisen die het EHRM stelt aan het ondervragingsrecht van getuigen à charge, dus personen die een voor de verdachte belastende verklaring hebben afgelegd.

123 Zie verder § 4.5.2.2.

124 Het nog te verschijnen proefschrift van Bas de Wilde is geheel aan dit thema gewijd. Zie voor een meer uitvoerige beschrijving van mijn hand Dubelaar 2013.

125 Een schending zal evenmin worden aangenomen als de verklaring niet van beslissende betekenis is voor de bewijsbeslissing.

van het EHRM niet altijd consistent en systematisch doordacht. Er lijkt in ieder geval geen duidelijk voorafgaand theoretisch concept aan de jurisprudentie van het EHRM ten grondslag te liggen. Waar mogelijk zal in deze paragraaf worden aangegeven op welke punten nog onduidelijkheid bestaat. Wat wel helder is, is dat het EVRM in beginsel niet voorschrijft hoe de nationale procedure moet worden ingericht. De keuze voor een bepaald stelsel binnen een lidstaat valt buiten de reikwijdte van de supervisie door het EHRM. Het Hof rekent het niet tot zijn taak om de binnen de lidstaten bestaande strafvorderlijke stelsels te standaardiseren.¹²⁶ Het EVRM geeft uitsluitend minimumrechten die in de nationale procedures moeten worden gewaarborgd. Dat laat onverlet dat wel een uniformerende werking uitgaat van de minimumstandaarden geformuleerd door het EHRM. Bovendien zal het Hof zijn best doen om zijn regels zodanig te formuleren dat zij van toepassing zijn op stelsels die de bewijsbeslissing normeren met behulp van uitsluitingsregels en stelsels waarin in beginsel al het aanwezige bewijsmateriaal aan de beslissende autoriteit wordt gepresenteerd.¹²⁷ Het spreekt daarbij geen voorkeur uit voor een Anglo-Amerikaanse of continentale wijze van proces voeren.

4.5.1 Aard en inhoud van het ondervragingsrecht

Artikel 6 lid 3 sub d EVRM is gebaseerd op het principe dat al het bewijsmateriaal moet worden geproduceerd op een openbare terechtzitting in het bijzijn van de verdachte alvorens hij op basis hiervan kan worden veroordeeld. In de bewoordingen van het EHRM: 'Article 6 § 3(d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument.'¹²⁸ Dit uitgangspunt maakt deel uit van de vaste jurisprudentie van het EHRM. Voor de eerlijkheid van de procedure is van belang dat de verdachte in staat wordt gesteld om het tegen hem verzamelde bewijsmateriaal aan te vechten of te betwisten door middel van het ondervragen van voor hem belastende getuigen.

126 EHRM 16 november 2010, no. 926/05 (*Taxquet t. België*), § 83: 'A State's choice of a particular criminal justice system is in principle outside the scope of the supervision carried out by the Court at European level, provided that the system chosen does not contravene the principles set forth in the Convention (...). Furthermore, in cases arising from individual petitions the Court's task is not to review the relevant legislation in the abstract. Instead, it must confine itself, as far as possible, to examining the issues raised by the case before it.'

127 Jackson & Summers 2012, p. 325.

128 EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, *NJ* 1990, 245, m.nt. Alkema (*Kostovski t. Nederland*), § 41. Zie meest recentelijk EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 118.

De ratio van het uitoefenen van het ondervragingsrecht zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 sub d EVRM is tweeledig. Enerzijds is dit gelegen in de waarheidsvinding en de gevaren die kleven aan het toelaten van getuigenverklaringen die niet zijn getoetst door de uitoefening van het ondervragingsrecht. Anderzijds ligt het in het recht van de verdediging om zich te kunnen verdedigen tegen de aantijgingen en aldus effectief te participeren in het strafproces. Het uitoefenen van het ondervragingsrecht is evenwel geen doel op zich, maar staat primair ten dienste van het toetsen en betwisten van de betrouwbaarheid (*reliability*) van belastende verklaringen, ook in die gevallen waarin de verklaring op het eerste gezicht krachtig en betrouwbaar lijkt.¹²⁹ Dit stelt vervolgens de feitenrechter in staat om een weloverwogen afweging (*informed decision*) te maken met betrekking tot het gewicht dat aan de verklaring moet worden toegekend.

Uit de jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid onder welke omstandigheden de verdediging een ondervragingsrecht toekomt. Er valt echter niet met zoveel woorden terug te lezen wat het ondervragingsrecht precies inhoudt.¹³⁰ Een antwoord op deze vraag is evenwel noodzakelijk om te kunnen vaststellen wanneer aan dit ondervragingsrecht afbreuk wordt gedaan en compenserende waarborgen op zijn plaats zijn. Wat betreft de omstandigheden moet in ieder geval sprake zijn geweest van een *adequate and proper opportunity* tot het stellen van vragen aan de getuige en het betwisten van diens verklaringen.¹³¹ De omvang van het ondervragingsrecht kan mede worden afgeleid uit datgene wat het Hof als beperking kwalificeert. Daarbij gaat het onder meer om het beletten van het stellen van bepaalde vragen aan getuigen en het niet rechtstreeks kunnen stellen van vragen. Ook het horen van getuigen onder een vermomming wordt als beperking aangemerkt. Voor het onbelemmerd uitoefenen van het ondervragingsrecht is immers van belang dat de verdachte de identiteit van de getuige kent, zodat hij ook de mogelijkheid heeft de rechtschapenheid en geloofwaardigheid van de getuige zelfstandig te schatten en het door hem geleverde bewijs te toetsen.¹³² Onderdeel van het ondervragingsrecht is tevens dat de verdediging antwoord krijgt op de gestelde vragen. Verschijnt de getuige wel, maar weigert deze te verklaren met een beroep op zijn verschoningsrecht, dan is sprake van een beperking op het ondervragingsrecht van verdachte.¹³³ Uit het voorgaande kan *a contrario* worden afgeleid dat het ondervragingsrecht in volle omvang inhoudt dat de verdachte of zijn raadsman de gelegenheid krijgt om rechtstreeks en ongehin-

129 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery*), § 142.

130 Wel onder welke omstandigheden de verdediging een ondervragingsrecht toekomt.

131 Zie bijv. EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. Alkema (*Kostovski t. Nederland*), § 41.

132 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 127.

133 EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06, EHRC 2012/179, m.nt. Spronken, NJ 2012, 649 m.nt. Schalken (*Vidgen t. Nederland*).

derd (juridisch relevante) vragen te stellen aan de getuige zonder tussenkomst van derden, terwijl zij beiden op de hoogte zijn van de identiteit van de getuige en de getuige ook daadwerkelijk antwoord geeft op de hem gestelde vragen.¹³⁴

Het ondervragingsrecht kan worden beperkt. Ook als de verdediging niet op enig moment in de procedure de gelegenheid heeft gehad om haar ondervragingsrecht (in volle omvang) uit te oefenen en in dat opzicht in haar verdedigingsrechten is beperkt, kan de procedure als geheel eerlijk zijn geweest. Het Hof toetst een beperking op het ondervragingsrecht altijd tezamen met het eerste lid.¹³⁵ Als algemeen uitgangspunt ligt aan de jurisprudentie van het Hof ten grondslag dat inperking van de verdedigingsrechten neergelegd in artikel 6 EVRM geoorloofd is, zolang hiervoor een goede reden heeft bestaan en de handicaps die de verdediging heeft ondervonden als gevolg van deze beperkingen op adequate wijze zijn gecompenseerd door de procedures gevolgd door de juridische autoriteiten.¹³⁶ Een beperking van het ondervragingsrecht neergelegd in het derde lid hoeft dus niet te leiden tot het aannemen van een schending, mits de procedure als geheel eerlijk is geweest. Of dat het geval is geweest, is mede afhankelijk van het overige beschikbare bewijsmateriaal.

4.5.2 Relatie met het onmiddellijkheidsbeginsel

Het Hof laat zich als gezegd niet uit over het soort procedure dat moet worden gevolgd. Het benadrukt dat het bewijsmateriaal ter terechtzitting moet worden geproduceerd 'with a view to adversarial argument'.¹³⁷ Het is evenwel niet zo dat het EHRM de inquisitoire stijl van procederen, zoals die in het merendeel van de lidstaten gebruikelijk is, in strijd acht met de tekst en het doel van de Conventie.¹³⁸ Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt ook dat de procedurele voorzieningen neergelegd in het EVRM een hybride karakter hebben. Zo heeft het ondervragingsrecht zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 sub d EVRM adversaire trekken, maar de wijze van ondervragen hoeft niet te verlopen volgens de lijnen van het in de Anglo-Amerikaanse processtelsels gebruikelijke kruis-

¹³⁴ Vgl. De Wilde 2009, p. 507.

¹³⁵ EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996/741, m.nt. Knigge (*Doorson t. Nederland*), § 70 en EHRM 18 maart 1997, nrs. 21363/93, 21364/93 en 22056/93, NJ 1997, 635, m.nt. Knigge (*Van Mechelen e.a. t. Nederland*), § 50.

¹³⁶ EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

¹³⁷ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. Alkema (*Kostovski t. Nederland*), § 41. Zie voor een andere toelichting op wat het Hof hieronder verstaat: EHRM 22 juli 2003, nrs. 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk*), § 52.

¹³⁸ Zo meent Maffei dan ook dat de term adversair niet verwijst naar de accusatoire gedingvoering, zoals gebruikelijk in de *common law* traditie (Maffei 2006, p. 71).

verhoor. De vraag is op welk moment het ondervragingsrecht moet kunnen worden uitgeoefend en wat het standpunt is van het Hof over het gebruik van verklaringen uit het vooronderzoek. In de volgende twee paragrafen wordt bij beide aspecten nader stilgestaan.

4.5.2.1 *Ondervragen van getuigen ter terechtzitting?*

In het hiervoor genoemde principe dat al het bewijsmateriaal op het onderzoek ter terechtzitting moet worden geproduceerd zoals dat aan het ondervragingsrecht ten grondslag ligt, wordt door verschillende continentale auteurs het onmiddellijkheidsbeginsel gelezen.¹³⁹ Hoewel artikel 6 EVRM is geschreven voor het onderzoek ter terechtzitting,¹⁴⁰ is het niet noodzakelijk dat de verdachte de gelegenheid tot ondervraging wordt geboden in de rechtszaal ten overstaan van de beslissende rechter. Een daartoe geboden mogelijkheid in het vooronderzoek zal in beginsel volstaan. De standaardoverweging zoals geformuleerd in *Kostovski t. Nederland* in 1989 luidt in dit verband als volgt.

‘41. In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument (...). This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either at the time the witness was making his statement or at some later stage of the proceedings (...).’¹⁴¹

Het ondervragingsrecht kan volgens het EHRM worden uitgeoefend op het moment dat de getuige zijn verklaring aflegde of in een later stadium van de procedure.¹⁴² Het uitoefenen van het ondervragingsrecht is derhalve niet aan het onderzoek ter terechtzitting gebonden. Indien een verzoek daartoe wordt gedaan, is het aan de nationale rechter om te beoordelen of het noodzakelijk is om de getuige op het onderzoek ter terechtzitting te horen.¹⁴³ Heeft de mogelijkheid tot ondervraging in het vooronderzoek niet bestaan, dan dient een verzoek van de verdediging tot het horen van belastende getuigen op het

139 Van Dijk e.a. 2006, § 10.5.3 en Vande Lanotte & Haeck 2004, § 2.4. Zie ook Harris e.a. 2009, p. 259.

140 Harris e.a. 2009, p. 322.

141 EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. Alkema (*Kostovski t. Nederland*).

142 Zie meer recent bijv. ook EHRM 27 februari 2001, no. 33354/96, NJ 2002, 101 m.nt. Schalken (*Lucà t. Italië*), § 39 en EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 118.

143 EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996/741, m.nt. Knigge (*Doorson t. Nederland*), § 82 en EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99 (*Perna t. Italië*), § 29.

onderzoek ter terechtzitting in beginsel te worden gehonoreerd. Dat geldt ook in de situatie waarin de verdediging al wel rechtstreeks vragen heeft kunnen stellen aan de getuige, maar daartoe opnieuw een verzoek doet omdat nieuw bewijs naar voren is gekomen dat aanleiding geeft tot het stellen van nadere vragen aan de getuige.¹⁴⁴

Uit het gegeven dat het Hof niet eist dat het ondervragingsrecht ter terechtzitting wordt uitgeoefend, volgt reeds dat schriftelijke verklaringen opgetekend in het vooronderzoek in beginsel toelaatbaar zijn als bewijsmiddel. Dit is overigens geen strikt logische gevolgtrekking. Het Hof zou immers ook nog kunnen eisen dat de beslisser rechtstreeks kennisneemt van het bewijsmateriaal en de getuige zelf hoort, ook al heeft de verdediging hem al in een eerder stadium vragen kunnen stellen. Echter, in het eerder verwoorde en op artikel 6 lid 3 sub d EVRM gebaseerde uitgangspunt van het Hof staat niet de rechter (of jury), maar de verdachte centraal. Als de verdachte op enig moment de gelegenheid heeft gehad zijn ondervragingsrecht uit te oefenen, zijn in een eerder stadium van het strafproces afgelegde verklaringen toelaatbaar voor het bewijs.¹⁴⁵ Of deze verklaringen ook daadwerkelijk bruikbaar zijn voor het bewijs, staat vervolgens ter beoordeling van de feitenrechter.

Bij het voorgaande is wel een nuancering op zijn plaats en die is dat in de jurisprudentie van het Hof op dit punt wel enige ambivalentie te bespeuren valt.¹⁴⁶ Want hoewel als regel geldt dat het ondervragingsrecht ook kan worden uitgeoefend buiten het onderzoek ter terechtzitting om, deed het Hof recent voorkomen alsof het uitoefenen van het ondervragingsrecht alleen bij uitzondering kan geschieden in het vooronderzoek. Dit was het geval in de zaak Karpenko tegen Rusland, waar het als volgt overwoog.

‘68. (...) The Court has consistently held that the evidence must be produced “live” before the body called upon to assess the case and determine the facts. This relates in the first place to the trial, which is the central aspect of criminal proceedings and applies to witness evidence, which the defence must be able to question in open court (...).’

‘70. (...) the Court reiterates that it occasionally accepted that the reading out of witness statements obtained at the pre-trial stage was not inconsistent with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. At the same time, it has seen that situation as an exception which required convincing justification, such as an impossibility to

144 Zie EHRM 10 mei 2012, nr. 28328/03 (*Aigner t. Oostenrijk*).

145 Voorwaarde is wel dat het verhoor in het vooronderzoek met de nodige waarborgen is omgeven. Zo oordeelde het Hof dat een mogelijkheid tot het stellen van vragen in de vorm van een ‘confrontation interview’ zoals dat in Rusland voorkomt, waarbij wel de verdachte maar niet zijn raadsman aanwezig is, in beginsel niet heeft te gelden als een effectieve ondervragingsgelegenheid. Dit volgt onder meer uit EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04, EHRC 2012, 109 (*Karpenko t. Rusland*), § 67-69 en EHRM 14 januari 2010, nr. 23610/03 (*Melnikov t. Rusland*), § 23.

146 Zie ook Jackson & Summers 2012, p. 344-345.

examine an absent or otherwise missing witness when the authorities' reasonable efforts to secure his or her presence were futile (...)¹⁴⁷

Het Hof zegt hier dat het bewijs *live* moet worden gepresenteerd ten overstaan van de beslissende rechter (of jury) en lijkt te betogen dat een ondervragingsmogelijkheid in het vooronderzoek alleen volstaat, als er een goede reden is om de getuige in kwestie niet op het onderzoek ter terechtzitting te horen. Het is niet duidelijk hoe dit standpunt valt te verenigen met eerdere jurisprudentie en de meer inquisitoir getinte wijze van proces voeren in veel van de lidstaten waarin getuigen veelal niet ter terechtzitting verschijnen en de verdediging haar rechten vooral in het vooronderzoek dient te verwezenlijken.

4.5.2.2 Toelaatbaarheid en gebruik van verklaringen uit het vooronderzoek

Het EHRM laat zich – naar eigen zeggen – niet uit over de toelaatbaarheid en waardering van het bewijsmateriaal. Het EHRM stelt minimumeisen aan de procedure als geheel, maar de beantwoording van de vraag of bepaald bewijsmateriaal moet worden toegelaten, hoe het bewijsmateriaal moet worden gepresenteerd en welk gewicht daaraan moet worden toegekend, wordt in beginsel gerekend tot het domein van de nationale wetgever en de feitenrechter. De standaardoverweging van het EHRM luidt in dit verband als volgt.

'The admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national rules, and, in principle, it is for the national courts to assess the evidence before them. Accordingly, the Court's task under the Convention is to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including in which evidence was taken, were fair.'¹⁴⁸

Weliswaar laat het EHRM zich niet uit over de toelaatbaarheid en waardering van het bewijsmateriaal, het standpunt van het Hof houdt hiermee wel rechtstreeks verband. Een heel strikt vasthouden aan het ondervragingsrecht heeft immers consequenties voor de 'bruikbaarheid' van verklaringen die niet met behulp van het ondervragingsrecht zijn getoetst, terwijl daar door de verdediging wel om was gevraagd. Zo gold tot voor kort de eis dat een veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate mocht berusten op de verklaringen van niet-ondervraagde getuigen of anonieme getuigen. Dit betekende dat de rechter bij het ontbreken van ander belastend bewijsmateriaal tot een vrijspraak zou moeten komen. Het Hof heeft recent echter zijn standpunt op dit punt aangepast zoals zal blijken in § 4.5.3.2, maar het voorgaande illustreert wel de relatie tussen (de invulling van) het ondervragingsrecht en de mogelijkheden om de

147 EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04, EHRC 2012, 109 (*Karpenko t. Rusland*).

148 EHRM 26 maart 1996, nr. 54/1994/501/583, NJ 1996, 741 (*Doorson t. Nederland*), § 67. Zie eerder ook EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84 (*Schenk t. Zwitserland*), § 46.

verklaringen van niet-ondervraagde of anonieme getuigen te gebruiken als dragend bewijsmiddel.

Ook op het moment dat een getuige op de terechtzitting is gehoord maar daarbij een andere verklaring aflegt dan in het vooronderzoek, staat het de feitenrechter vrij om de aldaar afgelegde verklaring ter zijde te schuiven en gebruik te maken van de schriftelijke verklaring neergelegd in het dossier.¹⁴⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof zich (in abstracto) niet op het standpunt stelt dat bewijs dat op onmiddellijke wijze is verkregen ook onder alle omstandigheden het meest betrouwbare bewijsmateriaal (*best evidence*) zal opleveren.¹⁵⁰ Echter, blijkens de volgende passage geniet – bij een keuze tussen een ter terechtzitting afgelegde verklaring en een in het vooronderzoek afgelegde verklaring – het onmiddellijke bewijsmateriaal in beginsel wel de voorkeur boven bewijsmateriaal dat op middellijke wijze tot de rechter komt.

‘The Court considers that the notion of a fair and adversarial trial presupposes that, in principle, a tribunal should attach more weight to a witness’s testimony given at the trial hearing than to a record of his or her pre-trial questioning produced by the prosecution, unless there are good reasons to find otherwise. Among other reasons, this is because pre-trial questioning is primarily a process by which the prosecution gather information in preparation for the trial in order to support their case in court, whereas the tribunal conducting the trial is called upon to determine a defendant’s guilt following a fair assessment of all evidence actually produced at the trial, based on the direct examination of evidence in court.’¹⁵¹

Het Hof voegt hier in *Erkapić tegen Kroatië* aan toe dat:

‘Although it is not the Court’s task to verify whether the domestic courts made any substantive errors in that assessment, it is nevertheless required to review whether the courts gave reasons for their decisions in respect of any objections concerning the evidence produced.’¹⁵²

Het Hof meent dat in geval de getuige zowel in het vooronderzoek als op het onderzoek ter terechtzitting heeft verklaard, meer gewicht moet worden toegekend aan de verklaring afgelegd ter terechtzitting, tenzij concrete aanlei-

149 ‘The Court cannot hold in the abstract that evidence given by a witness in open court and on oath should always be relied on in preference to other statements made by the same witness in the course of a criminal proceedings, not even when those are in conflict’ (EHRM 26 maart 1996, nr. NJ 1996, 741 (*Doorson t. Nederland*), § 78).

150 Zie ook de annotatie van Knigge onder EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996, 741 (*Doorson t. Nederland*).

151 EHRM 26 juli 2011, nr. 35485/05, EHRC 2011, 114 m.nt. Van Kampen (*Huseyn e.a. t. Azerbeidzjan*), § 211. Wat opvalt is dat in deze uitspraak niet zozeer het perspectief van de verdachte en diens mogelijkheden om de betrouwbaarheid te betwisten centraal staat, maar de mogelijkheid van de rechter om het bewijs te kunnen toetsen.

152 EHRM 25 april 2013, nr. 51198/08, EHRC 2013, 150, m.nt. Ölçer (*Erkapić t. Kroatië*), § 75.

ding bestaat om anderszins aan te nemen. Maar als gezegd, er is geen algemene regel die het gebruik van schriftelijke getuigenverklaringen verbiedt. De rechter moet op dit punt wel rekenschap afleggen door in het vonnis in te gaan op de bezwaren aangevoerd met betrekking tot de totstandkoming van de getuigenverklaringen in het vooronderzoek.

4.5.3 Beoordelingsmodel

Om het bereik van het ondervragingsrecht zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 sub d EVRM te kunnen bepalen, moet worden gekeken onder welke omstandigheden een inbreuk op het ondervragingsrecht leidt tot het aannemen van een schending van het recht op een eerlijk proces. Het Hof toetst in dit verband aan een drietal vragen.

- 1 Bestond er een goede reden voor het onthouden van het ondervragingsrecht en daarmee het toelaten van de – niet via het ondervragingsrecht getoetste – getuigenverklaring voor het bewijs?
- 2 Berustte de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate op de desbetreffende getuigenverklaringen?
- 3 Waren er voldoende compenserende factoren, waaronder sterke procedurele waarborgen, om de eerlijkheid van het proces als geheel te kunnen waarborgen?

Deze vragen zijn ontleend aan de overwegingen van het Hof in de zaak *Al-Khawaja en Tahery tegen het Verenigd Koninkrijk*,¹⁵³ waarin het Hof zijn beoordelingsmodel uitdrukkelijk heeft uiteengezet. De vragen of criteria die het Hof in dit arrest hanteert, zijn ook in oudere jurisprudentie terug te vinden, maar de invulling en volgorde van toetsing verschilt. In het navolgende wordt meer in detail ingegaan op het beoordelingsmodel en de wijze waarop het Hof daar invulling aan geeft. Bij de beantwoording van de drie vragen speelt een aantal factoren een rol, te weten: de aard van de zaak (zedes of gewoon),¹⁵⁴ het soort getuige (anoniem, afwezig, verschoningsgerechtigd),¹⁵⁵

153 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 120-152.

154 In zedenzaken lijkt het Hof zich wat soepeler op te stellen en minder snel een inbreuk op het recht op een eerlijk proces aan te nemen in geval de verdachte niet de gelegenheid heeft gehad het slachtoffer te ondervragen.

155 Aan het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen stelde het Hof in ieder geval tot voor kort zwaardere eisen dan aan de verklaringen van niet-anonieme getuigen, in de zin dat een veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate op anonieme getuigenverklaring mag berusten (ongeacht of zij door de verdediging waren gehoord). In de zaak *Ellis, Simms & Martin t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 10 april 2012, nrs. 46099/06, 46699/06, *EHRC* 2012/182, m.nt. Spronken) is het Hof hier op teruggekomen en heeft het Hof het beoordelingsmodel uit *Al-Khawaja en Tahery* van toepassing verklaard op anonieme getuigen, waardoor compensatie ook mogelijk is indien het bewijs uitsluitend of in beslissende mate

de opstelling van de verdediging gedurende het verloop van het strafproces¹⁵⁶ en de inspanning die de overheid heeft geleverd om effectuering van het ondervragingsrecht mogelijk te maken.¹⁵⁷

4.5.3.1 Reden voor beperking ondervragingsrecht

De eerste stap in het beoordelingsmodel is dat het Hof toetst of er een goede reden bestond voor het beperken van het ondervragingsrecht en daarmee het toelaten van de schriftelijke verklaring. Als goede reden voor afwezigheid op het onderzoek ter terechtzitting kan onder meer worden genoemd: het overlijden van de getuige,¹⁵⁸ de onvindbaarheid van de getuige¹⁵⁹ en de vrees voor represailles van de zijde van de verdachte mits daartoe objectieve gronden bestaan en die gronden worden ondersteund door bewijsmateriaal.¹⁶⁰ Ook een beroep op het verschoningsrecht¹⁶¹ en de gezondheid of de mentale conditie van de getuige kunnen onder omstandigheden een inbreuk op het ondervragingsrecht rechtvaardigen.¹⁶²

De vraag naar de reden voor het toelaten van de verklaring afkomstig van een niet door de verdediging gehoorde getuige, gaat vooraf aan de vraag naar het gewicht van de verklaring in de constructie. Het Hof spreekt in dit verband van een preliminaire vraag.¹⁶³

op anonieme verklaringen berust (zie met name § 78). Dit betekent een verlaging van de standaard waaronder anonieme getuigenverklaringen mogen worden gebruikt. De vraag is evenwel of het EHRM de lat ook inderdaad lager zal leggen in de toekomst. Vgl. De Wilde 2012, p. 179.

156 Er wordt van de verdediging de nodige activiteit verwacht in het effectueren van haar ondervragingsrecht. Het feit dat de verdediging steken heeft laten vallen, is echter geen doorslaggevende factor in de beoordeling van de eerlijkheid van het proces (EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, EHRC 2013/105, m.nt. Dubelaar (*Gani t. Spanje*), § 44).

157 Zie onder meer EHRM 17 juli 2001, nrs. 29900/96, 29901/96, 29902/96 en 29903/96 (*Sadak e.a. t. Turkije*), § 67 en EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (*Damir Sibgatullin t. Rusland*), § 56.

158 Zie bijv. EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (*Ferrantelli en Santangelo t. Italië*), § 52 en EHRM 5 december 2002, nr. 34896/97 (*Craxi t. Italië*), § 86 en EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

159 EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (*Artner t. Oostenrijk*).

160 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 122-124.

161 Zie bijv. EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86, NJ 1993, 710 (*Asch t. Oostenrijk*).

162 EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, EHRC 2013/105, m.nt. Dubelaar (*Gani t. Spanje*), § 45.

163 Het Hof hanteert in de jurisprudentie die is gevolgd op *Al-Khawaja & Tahery* echter soms ook een andere volgorde van toetsing, waarin de vraag naar het gewicht vooraf gaat aan de vraag of de inperking op het ondervragingsrecht noodzakelijk was. Zie EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05 (*Damir Sibgatullin t. Rusland*); EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, 38022/06, 39122/06 en 44278/06 (*Sarkizov e.a. t. Bulgarije*) en EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, «EHRC» 2013/105, m.nt. Dubelaar (*Gani t. Spanje*).

‘The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3(d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined (...).’¹⁶⁴

Heeft een goede reden voor beperking van het ondervragingsrecht ontbroken, terwijl de verdediging uitdrukkelijk om het horen van een getuige heeft gevraagd, dan leidt dat in beginsel tot een schending van artikel 6 lid 3 sub j° lid 1 EVRM. Het feit dat de bewijsconstructie niet uitsluitend of in beslissende mate op die verklaring berust hoeft daar niet aan in de weg te staan, zo stelt het Hof.¹⁶⁵

Bij de beoordeling of er sprake is van een goede reden is voor het onthouden van het ondervragingsrecht, dient betrokken te worden of de overheid zich voldoende heeft ingespannen om effectuering van het ondervragingsrecht mogelijk te maken. De overheid moet er – binnen redelijke grenzen – voor zorgen dat getuigen ook daadwerkelijk op het onderzoek ter terechtzitting (kunnen) verschijnen.¹⁶⁶ Het lijkt redelijk te veronderstellen dat naarmate de verklaring voor het bewijs belangrijker is, aan de inspanning van de overheid hogere eisen worden gesteld.¹⁶⁷ Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat de overheid zich zou moeten inspannen om ondervraging van elke getuige mogelijk te maken ongeacht de relevantie van diens verklaringen voor de zaak.¹⁶⁸ Het feit echter dat overheid alles heeft gedaan wat binnen haar vermogen ligt, om een verdachte in de gelegenheid te stellen zijn ondervragingsrecht uit te oefenen, hoeft niet aan het aannemen van een schending van artikel 6 EVRM in de weg te staan.¹⁶⁹

164 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 120-152.

165 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 120 en EHRM 2 oktober 2012, *EHRC* 2012/226 (*Mitkus t. Litouwen*), § 101.

166 Het Hof overweegt in dit verband: ‘as a general rule witnesses should give evidence during the trial and that all reasonable efforts will be made to secure their attendance. Thus, when witnesses do not attend to give live evidence, there is a duty to enquire whether that absence is justified.’ EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 120.

167 Dit kan bijv. worden afgeleid uit de zaak *Damir Sibgatullin t. Rusland*, waar het ging om elf getuigen uit Oezbekistan die – om uiteenlopende redenen – geen van allen ter terechtzitting waren gehoord. Het Hof constateerde eerst dat de verklaringen het enige directe en objectieve bewijsmateriaal vormden voor de schuld van de verdachte om vervolgens te constateren dat de beslissing om de getuigen niet te horen niet *sufficiently convincing* was. EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05.

168 Zie ook De Wilde 2013, p. 170.

169 Zo blijkt onder meer uit de zaak *Vidgen t. Nederland*, EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06, NJ 2012, 649 (m.nt. Schalken), «*EHRC*» 2012/179.

4.5.3.2 *Solely or decisive extent?*

De tweede stap is in het beoordelingsmodel is dat het Hof kijkt naar de mate van steunbewijs. Daarbij wordt gekeken in hoeverre de getuigenverklaring ‘*sole or decisive*’ is voor het bewijs. De term *decisive* legt het Hof in dit verband als volgt uit.

‘The word “decisive” should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.’¹⁷⁰

Het Hof hanteert van oudsher als uitgangspunt dat een veroordeling in principe niet uitsluitend (*solely*) of in beslissende mate (*to a decisive degree*) mag zijn gebaseerd op de verklaringen afgelegd door personen aan wie de verdediging geen vragen heeft kunnen (doen) stellen.¹⁷¹ Dit wordt ook wel aangeduid als de *sole or decisive-rule*. De ratio achter deze regel is volgens het EHRM tweeledig. Als eerste reden noemt het Hof dat belastende verklaringen ‘*designedly untruthful or simply erroneous*’ kunnen zijn, terwijl zij mogelijk op het eerste gezicht overtuigend lijken. Dit kan echter veranderen op het moment dat een verklaring wordt onderworpen aan een grondig onderzoek. De gevaren van het toelaten van verklaringen uit het vooronderzoek worden des te groter wanneer het bewijs uitsluitend of in beslissende mate op die verklaringen steunt. De tweede reden die het Hof noemt is dat de verdediging niet in de positie moet worden geplaatst waarin zij effectief geen enkele reële mogelijkheid heeft om gebreken in de verklaringen aan het licht te brengen of de geloofwaardigheid van de verklarende personen ter discussie te stellen.¹⁷²

De *sole or decisive-rule* heeft echter geen absoluut karakter (meer). In de zaak *Al-Khawaja en Tahery* tegen het Verenigd Koninkrijk waaraan bovenstaand beoordelingsmodel is ontleend, heeft het Hof de regel genuanceerd naar aanleiding van kritiek vanuit het hooggerechtshof van het Verenigd Koninkrijk waarin het geweigerd had om de *sole or decisive rule* toe te passen.¹⁷³ De regel zou volgens het Britse hooggerechtshof – om verschillende

170 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery* t. *Verenigd Koninkrijk*), § 131.

171 Zie bijvoorbeeld EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80, NJ 1988, 745, m.nt. Alkema (*Unterpertinger* t. *Oostenrijk*), § 31-33, EHRM 26 april -1991, nr. 12398/86, NJ 1993/710 (*Asch* t. *Oostenrijk*), § 28-31, EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (*Artner* t. *Oostenrijk*), § 22-24.

172 Zie in dit verband zowel EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. Alkema (*Kostovski* t. *Nederland*), § 42 als EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery* t. *Verenigd Koninkrijk*), § 142.

173 Zie voor de reactie op de kritiek: EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery* t. *Verenigd Koninkrijk*), § 129 e.v.

redenen – niet passen in het *common law*-stelsel waarin deze problematiek wordt gedekt door de *hearsay*-doctrine.¹⁷⁴ Het Hof is aan de kritiek van Britse zijde tegemoet gekomen door te stellen dat de *sole or decisive rule* niet op rigide wijze mag worden toegepast in de zin dat daarbij de specifieke kenmerken van een specifiek juridisch systeem worden genegeerd.

‘To do so would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that ran counter to the Court’s traditional approach to the overall fairness of proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice. Therefore, the Court found that if a conviction is based solely or decisively on the statement of an absent witness, counterbalancing factors must be in place, including strong procedural safeguards. However, the conviction would not automatically result in a breach of Article 6 § 1.’¹⁷⁵

In deze passage benadrukt het EHRM dat het niet *automatisch* in strijd is met artikel 6 EVRM als de rechter zijn beslissing in beslissende mate doet berusten op verklaringen van getuigen ten aanzien van wie de verdediging op geen enkele wijze zijn ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen. Indien het bewijs tegen een verdachte uitsluitend of in beslissende mate steunt op dit type verklaringen, dan moet de rechter wel zeer kritisch naar de gevolgde procedure kijken. In dat geval dienen voldoende compenserende factoren (*counterbalancing factors*) te bestaan om het nadeel geleden door de verdediging te compenseren.

Een vraag die resteert, is wat de consequentie moet zijn als de tweede vraag ontkennend moet worden beantwoord. Komt een schending van artikel 6 EVRM niet in beeld als de verklaring niet beslissend is geweest? Helder is dat het ontbreken van een goede reden voor de inperking van het ondervragingsrecht kan leiden tot een schending, ook indien de veroordeling niet in beslissende mate op de desbetreffende verklaring is gebaseerd. De vraag is echter of er buiten die gevallen nog ruimte is voor het aannemen van schendingen wegens het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht voor wat betreft verklaringen die niet beslissend zijn geweest. Anders gesteld: is het nog nodig om te toetsen aan de derde vraag naar de compensatie voor de verdediging, indien de tweede vraag ontkennend is beantwoord? Voorheen ging de vraag naar de compensatie voor de verdediging immers vooraf aan de vraag naar het gewicht van de verklaring in de bewijsconstructie en fungeerde de *sole or decisive*-regel uitsluitend als minimumwaarborg.¹⁷⁶ Het lijkt erop dat het EHRM

174 United Kingdom Supreme Court 9 december 2009, UKCS 2009, 14 (R v. Horncastle and others).

175 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 146.

176 Het Hof legde dan wel een verband tussen het gewicht van de verklaring en het nadeel geleden door de verdediging. Naarmate er meer aanvullend bewijs bestond voor de betrokkenheid van de verdachte aan de hem ten laste gelegde gedraging, nam het Hof

in recente jurisprudentie beperkingen op het ondervragingsrecht alleen nog maar sanctioneert in die gevallen waarin de verklaring beslissend is geweest. In de zaak Gani tegen Spanje gaat het EHRM zelfs zo ver dat het Hof alleen die feiten in zijn beoordeling betreft ter zake waarvan de veroordeling in beslissende mate op de niet-ondervraagde getuige berust. Het Hof laat de overige feiten buiten beschouwing.¹⁷⁷ Dit doet vermoeden dat men aan de vraag naar compensatie voor de verdediging alleen toekomt indien de verklaring beslissend is geweest. Dit is een afwijking van oudere jurisprudentie, waarin de *sole or decisive*-regel als gezegd de functie had van een minimumwaarborg in plaats van een noodzakelijke voorwaarde voor het aannemen van een schending.

4.5.3.3 Compenserende factoren

De derde en laatste stap in het beoordelingsmodel betreft de vraag naar compensatie. Het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden door het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht dient te worden gecompenseerd in die gevallen waarin het bewijs tegen de verdachte uitsluitend of in beslissende mate op de betwiste getuigenverklaring berust. Het Hof spreekt in dit verband van compenserende factoren, waaronder sterke procedurele waarborgen. Deze compenserende factoren moeten een eerlijke en deugdelijke inschatting van de 'betrouwbaarheid' mogelijk maken.

'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.'¹⁷⁸

Of de handicap van de verdediging voldoende is gecompenseerd, is afhankelijk van de gevolgde procedure en het aanwezige steunbewijs. Het gaat erom dat de verdediging en de rechter langs andere weg dan rechtstreekse ondervraging de waarachtigheid van de afgelegde verklaringen hebben kunnen toetsen.

Uit de jurisprudentie volgt dat procedurele waarborgen onder meer (dus niet uitsluitend) kunnen worden gevonden in: het ter terechtzitting tonen van videobeelden van het verhoor uit het vooronderzoek waarin de getuige de belastende verklaring aflegt;¹⁷⁹ het doorgeven van vragen van de zijde van

eerder aan dat de handicaps voor de verdediging in voldoende mate waren gecompenseerd. Zie EHRM 4 juli 2000, nr. 43149/98, NJ 2001/401, m.nt. Knigge (*Kok t. Nederland*), § 1.

177 Zie ook § 8 van de noot onder EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, EHRC 2013/105, (*Gani t. Spanje*).

178 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), § 147.

179 EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96, NJ 2003/671 (*S.N. t. Zweden*), § 52.

de verdediging aan de verhorend ambtenaar;¹⁸⁰ de wijze waarop de jury is geïnstrueerd; de wijze waarop de verklaring is opgenomen in het proces-verbaal;¹⁸¹ het observeren van het gedrag van de getuige in die gevallen waarin de getuige ter zitting wel vragen heeft kunnen/willen beantwoorden van rechter en officier van justitie¹⁸² en de wijze waarop de rechter zijn oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring – mede in relatie tot die van de verdachte – heeft gemotiveerd.¹⁸³ De aanwezigheid van een of meer van deze factoren draagt bij aan de eerlijkheid van het proces.

Sinds de zaak *Al-Khawaja en Tahery* tegen Verenigd Koninkrijk wordt het aanwezige steunbewijs ook betrokken bij de vraag naar de compenserende factoren. Het gaat dan om aanvullend bewijsmateriaal dat niet voldoende gewicht heeft om te voldoen aan de *sole or decisive*-test maar waaruit wel iets kan worden afgeleid omtrent de betrouwbaarheid van de dragende getuigenverklaring.¹⁸⁴ In de zaak *Al-Khawaja* waar het ontuchtige handelingen door een arts betrof, was van belang dat de dragende getuigenverklaring grote overeenkomsten vertoonde met de verklaring van het andere slachtoffer, eveneens een vrouwelijke patiënte.¹⁸⁵ Er wordt dus op twee momenten gekeken naar de het aanvullend bewijs: 1) bij de vraag of de betwiste verklaring(en) doorslaggevend is (of zijn) geweest voor de veroordeling en 2) bij de vraag naar de compenserende factoren en de mogelijkheden in dit verband om betrouwbaarheid van de doorslaggevende verklaring op eerlijke en correcte wijze te toetsen. Bij de eerste vraag staat het gewicht van de betwiste verklaring(en) in de bewijsconstructie centraal. Bij de tweede vraag wordt ook de betrouwbaarheid van de betwiste verklaring(en) betrokken en gekeken naar de mate waarin het aanvullend bewijsmateriaal heeft kunnen bijdragen aan een eerlijk en deugdelijk oordeel over de betrouwbaarheid.

4.5.4 Nadere reflectie op de omvang van het ondervragingsrecht en de toetsing door het Hof

Wat betreft de terughoudendheid die het Hof zegt te betrachten met betrekking tot kwesties ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal, moet worden geconstateerd dat dit niet wordt bevestigd door de eigen jurisprudentie

180 EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96, NJ 2003/671 (S.N. t. Zweden), § 50.

181 EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery* t. Verenigd Koninkrijk), § 156.

182 EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, EHRC 2013/105, m.nt. Dubelaar (*Gani* t. Spanje), § 48 en EHRM 19 juli 2012, EHRC 2012/180, m.nt. Spronken (*Sievert* t. Duitsland), § 59.

183 EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08, EHRC 2013/105, m.nt. Dubelaar (*Gani* t. Spanje), § 48. Zie ook EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56, m.nt. Spronken (*Al-Khawaja & Tahery* t. Verenigd Koninkrijk), § 156.

184 Vgl. De Wilde 2012, p. 281.

185 Het betreft hier in feite een vorm van schakelbewijs.

van het EHRM (gelet op de diepgaande toetsing die het Hof aanlegt bij de beoordeling van steunbewijs en de vraag of de beoordeling van de betrouwbaarheid afdoende is gewaarborgd).¹⁸⁶ Door de nieuwe lijn van het EHRM is de betrouwbaarheid veel meer centraal komen te staan. Bij de vraag of het nadeel van de verdediging is gecompenseerd, moet worden gekeken of er voldoende maatregelen zijn genomen om de betrouwbaarheid van de verklaring te waarborgen. Daarmee is de betrouwbaarheidstoets integraal onderdeel geworden van het beoordelingsmodel van artikel 6 lid 1 j° lid 3 sub d EVRM. Als de betrouwbaarheid van de verklaring langs andere weg dan via het uitoefenen van het ondervragingsrecht is gewaarborgd, dan levert het beperken of onthouden van de mogelijkheid tot ondervraging van de zijde van de verdediging in beginsel geen schending op, tenzij een goede reden heeft ontbroken en de overheid zich niet voldoende heeft ingespannen om het effectueren van het ondervragingsrecht mogelijk te maken. Geconstateerd kan worden dat het ondervragingsrecht door het EHRM in recente jurisprudentie in belangrijke mate ten dienste gesteld aan de toetsing van de betrouwbaarheid.¹⁸⁷ De ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM lijkt daarin af te wijken van de ontwikkeling in de Verenigde Staten, waar het Amerikaanse hooggerichtshof uitdrukkelijk heeft bepaald dat de grondgedachte van het recht op confrontatie zoals neergelegd in het zesde amendement, niet is gelegen in de betrouwbaarheid maar in het recht van de verdachte om in persoon te worden geconfronteerd met degenen die hem aanklagen of belasten.¹⁸⁸

Door de nieuwe lijn van het EHRM lijkt het ondervragingsrecht te worden beperkt. De vraag of er voldoende compensatie bestaat voor beperking van het ondervragingsrecht, komt nu immers pas aan bod nadat is vastgesteld dat het bewijs uitsluitend of in beslissende mate op de verklaring berust. Ook de reden voor het onthouden van het ondervragingsrecht wordt soms pas getoetst na de vaststelling dat het gaat om een beslissende verklaring. Enige voorzichtigheid met het trekken van conclusies is echter op zijn plaats. Duidelijk is wel dat de eisen van het EHRM lager liggen dan de eisen van het Amerikaanse hooggerichtshof dat eist dat alle verklaringen die *testimonial* van aard zijn langs de weg van het uitoefenen van het ondervragingsrecht worden getoetst.

186 Zie ook Jackson & Summers 2012, p. 339 en Leeuw & Van Lent 2012.

187 Zie ook Van Lent 2012, p. 244, Jackson & Summers 2012, p. 342 en De Wilde (2013, p. 181) die stelt dat het ondervragingsrecht is gereduceerd tot een recht op het toetsen van de betrouwbaarheid van getuigen.

188 Jackson & Summers 2012, p. 330-331.

4.6 VORM VAN DE INFORMATIEOVERDRACHT IN HET CONTINENTALE EN ANGLO-AMERIKAANSE PROCESMODEL NADER BESCHOUWD

Wanneer het continentale en Anglo-Amerikaanse procesmodel en de daaraan ten grondslag liggende mechanismen voor wat betreft de omgang met verklaringen afkomstig van getuigen worden vergeleken, kan worden geconstateerd dat – hoewel beide procesmodellen op het eerste gezicht heel verschillend lijken – er veel overeenkomsten kunnen worden gevonden als het gaat om mechanismen die de tegensprekelijkheid van de procedure en accuratesse van het rechterlijk beslisproces moeten waarborgen. Geconcludeerd kan worden dat de vorm weliswaar verschilt, maar dat de onderliggende rationaliteiten in belangrijke mate overeenkomen. De beide modellen hebben tot doel waarheidsgetrouwe onderzoeksresultaten te genereren en historische gebeurtenissen op accurate wijze te reconstrueren. Zij hebben voorts met elkaar gemeen dat traditioneel veel aandacht wordt besteed aan de herkomst of oorsprong van informatie. Dit is niet verwonderlijk daar zij in de kern op dezelfde empirische traditie berusten die zijn wortels heeft in de verlichting.¹⁸⁹ De grondgedachte is dat ondervraging (door de rechter of de verdediging) een effectieve wijze is om de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring te toetsen. Verklaringen die niet langs deze weg zijn getoetst worden om die reden met argwaan bekeken.

Er valt echter een duidelijk verschil te constateren in de methode waarlangs men de tegensprekelijkheid van de procedure en de accuratesse van het beslisproces tracht te waarborgen. Het onmiddellijkheidsbeginsel zoals dat in de continentale traditie centraal staat richt zich primair op de persoon van de beoordelaar. Hij dient zich door rechtstreekse kennisname van de bron een oordeel te vormen over de kwaliteit daarvan. De verdediging moet het bewijsmateriaal kunnen betwisten opdat de rechter tot een rechtvaardig besluit kan komen. De activiteit van de verdediging is ondergeschikt aan het hogere doel, de waarheidsvinding. In het Anglo-Amerikaanse model ligt het accent veel sterker op het genereren van tegenspraak ter terechtzitting, waarbij de verdediging een veel belangrijke rol krijgt toebedeeld doordat het verhoor van getuigen in beginsel geheel aan partijen is overgelaten. Het zelfstandig belang van de verdediging komt in het Amerikaanse strafproces tot uitdrukking in het recht op confrontatie dat niet ondergeschikt is aan de waarheidsvinding, maar gegrond is in een intrinsieke waarde.

Een ander belangrijk verschil is voorts gelegen in het bewijsgebruik van derivatief bewijsmateriaal, wat in de continentale traditie wordt gedekt door het materiële onmiddellijkheidsbeginsel en in het Anglo-Amerikaanse model door de *hearsay*-doctrine. Het Anglo-Amerikaanse model wordt gekenmerkt door een zekere rigiditeit. Niet-origineel bewijs wordt zoveel mogelijk geweerd

189 Jackson 1988, p. 492 e.v.

van het bewijs, de beslisser krijgt het niet onder ogen. In het continentale stelsel krijgt de beslisser dit materiaal in beginsel gewoon onder ogen omdat in beginsel alle vergaarde (relevante) informatie wordt opgenomen in het dossier.¹⁹⁰ Anders dan in het Anglo-Amerikaanse stelsel dat een (strikt) verbod op het gebruik van *hearsay* kent met daarbij door de wet gereguleerde uitzonderingen, betreft het materiële onmiddellijkheidsbeginsel slechts een 'beginsel van voorkeur'.¹⁹¹ Er wordt in de literatuur in dit verband ook wel gesproken van een 'maximaliseringskarakter'.¹⁹² Dit laatste houdt in dat de rechter wordt aangemoedigd om *zoveel mogelijk* het meest originele bewijs te gebruiken, maar is de originele bron van informatie niet voorhanden, onbruikbaar of is de rechter van oordeel dat de in het vooronderzoek afgelegde verklaring 'beter bewijs' oplevert, dan staat het de rechter vrij om gebruik te maken van het 'surrogaat' (bijvoorbeeld het proces-verbaal van verhoor in plaats van een op de terechtzitting afgelegde verklaring).¹⁹³ Het wordt dus uiteindelijk aan de discretie van de rechter overgelaten om te bepalen welke bron van informatie hij gebruikt. Hierin ligt het verschil met het Anglo-Amerikaanse procesmodel, waar het de beslisser in beginsel niet vrij staat om te kiezen tussen bewijsbronnen. Het gaat daar niet om een beginsel, maar om een regel (of beter door de vele uitzonderingen: een samenstel van regels).

Als gekeken wordt hoe de verschillende hiervoor geschetste mechanismen in de praktijk gestalte krijgen dan zien we dat de *hearsay*-doctrine in de afgelopen decennia aanmerkelijk is geliberaliseerd in de zin dat het meer vrijheid biedt voor de rechter om potentieel relevant materiaal toe te laten voor het bewijs. De werking van de *hearsay*-doctrine als waarborg voor de tegensprekelijkheid van de procedure is daardoor minder dominant geworden. Dit is aanleiding geweest voor het Amerikaanse hooggerechtshof om het recht op confrontatie sterker aan te zetten. In Engeland en Wales kent men niet een afzonderlijk recht op confrontatie. Echter, daar geldt het ondervragingsrecht zoals geformuleerd door het EHRM als extra waarborg voor die verklaringen die vallen onder een van de *hearsay*-uitzonderingen en beslissend zijn voor de bewezenverklaring. Het betreft evenwel een zwakker recht dan het Amerikaanse recht op confrontatie. In continentale stelsels zien we dat, hoewel de negentiende-eeuwse denkers een onmiddellijke procedure voor ogen hadden en dit ook in een aantal stelsels in de wet is opgenomen, dit beginsel – in landen als Frankrijk, België en Nederland – maar in beperkte mate heeft doorgewerkt op de dagelijkse praktijk. Nog steeds ligt op het terrein van feitenonderzoek en bewijs een zwaar accent op het vooronderzoek en het gebruik van schriftelijke stukken voor het bewijs. Doordat het EHRM niet eist

190 Dat is althans het uitgangspunt. In werkelijkheid is het dossier niet altijd compleet en ontbreken soms relevante onderzoeksresultaten.

191 Damaška 1992, p. 447.

192 Garé & Nijboer 1999, p. 879.

193 Damaška 1992, p. 447.

dat het ondervragingsrecht op het onderzoek ter terechtzitting wordt uitgeoefend, draagt dit aan de onmiddellijkheid van de procedure niet wezenlijk bij behalve in die gevallen waarin een gelegenheid in het vooronderzoek heeft ontbroken.

Men kan zich de vraag stellen welk procesmodel de voorkeur verdient vanuit een oogpunt van waarheidsvinding. Welk type procedure genereert de meeste accurate beslissingen? Op deze vraag valt geen eenduidig antwoord te geven. Zonder nader empirisch onderzoek is er geen grond om aan te nemen dat het ene procesmodel hier beter toe in staat zou zijn dan het andere. Aangenomen kan worden dat vanuit epistemologisch en cognitief perspectief de beide procesvormen verschillende problemen genereren. In het continentale model hebben (pro)actieve beslissers op voorhand kennis nodig – ook wat betreft de rol van getuigen in de zaak – om de verdachte (en eventuele getuigen en deskundigen) effectief te kunnen ondervragen. Maar vanuit psychologisch perspectief kleeft aan de voorafgaande kennis wel een serieus gevaar. Het zorgt ervoor dat de feitenrechter zich in een vroeg stadium een beeld vormt over wat er is gebeurd, hetgeen hem ontvankelijker maakt voor informatie die de voorlopige hypothese ondersteunt dan voor informatie die daar vanaf staat.¹⁹⁴ Het schriftelijke karakter van de procedure zorgt er bovendien voor dat getuigenverklaringen veelal niet op de terechtzitting worden afgelegd en tot op zekere hoogte worden ‘getemd’ of gefixeerd door vastlegging in een procesverbaal. In een procedure waarin getuigen als regel wel op de terechtzitting worden ondervraagd, zoals dat in het Anglo-Amerikaanse model gebruikelijk is, wordt verondersteld een belangrijke waarborg voor waarheidsvinding te liggen.

Als het gaat om verklaringen van getuigen lijkt het er – op het eerste gezicht – op dat het op tegenspraak geschoeide procesmodel beter is toegerust om waarheidsgetrouwe en niet-waarheidsgetrouwe verklaringen te onderscheiden en daarmee een grotere potentie heeft om accurate beslissingen te genereren. Immers, in die procesvorm worden getuigen veel vaker op de terechtzitting gehoord. Echter, het probleem van de feilbaarheid van getuigenverklaringen is niet voorbehouden aan de continentale, meer inquisitoire getinte procesvormen.¹⁹⁵ Het Anglo-Amerikaanse procesmodel, waarbij partijen een grote rol spelen bij de totstandkoming van bewijs, heeft zo zijn eigen waarheidsbelemmerende praktijken. Partijen hebben immers hun eigen belangen. De agressieve en soms intimiderende manier waarop getuigen worden ondervraagd kan contraproductief zijn voor de waarheidsvinding. De manier waarop partijen hun getuigen prepareren voor de terechtzitting kan eveneens proble-

¹⁹⁴ Damaška 2003, p. 121. Kennisname van het dossier heeft evenwel ook voordelen. Zie hierover ook § 9.7.2.4.

¹⁹⁵ Zo laat onderzoek naar gerechtelijke dwalingen in het kader van het *Innocence Project* zien dat de feilbaarheid van getuigenverklaringen bovenaan het lijstje van ‘gerechtelijke tekortkomingen’ staat.

matisch zijn (zeker als het gaat om slachtoffers). Naast het feit dat deze preparaties hun geheugen kunnen beïnvloeden, bestaat het risico dat getuigen zich teveel identificeren met de partij die een beroep op hen doet.¹⁹⁶ Damaška stelt zich op het standpunt dat in de hiërarchische omgeving van het continentale procesmodel de belangrijkste taak is het maximaliseren van de accuratesse van de documentatie en het minimaliseren van de tekortkomingen van een episodische stijl van beslissen. In de Anglo-Amerikaanse tegenhanger is de meest urgente taak het reduceren van potentiële nadelen die voortkomen uit de impact van weerbarstig getuigenbewijs dat in een enkele episode wordt gepresenteerd en het tegengaan van de consequenties van de agressieve vorm van ondervraging in het belang van de te vinden waarheid.¹⁹⁷

4.7 TOT BESLUIT

In de omgang met informatie afkomstig van getuigen met het oog op de toetsing van de geloofwaardigheid en het gebruik van de verklaringen voor het bewijs zijn duidelijke verschillen zichtbaar. In het continentale model overheerst nog steeds de schriftelijke vorm, hoewel daarin de nodige variatie valt te constateren en ook in de minder onmiddellijke stelsels onder invloed van de rechtspraak van het EHRM de praktijk in dit opzicht aanzienlijk is genuanceerd en vaker getuigen ter terechtzitting worden gehoord. Niettemin is van belang om te constateren dat in een systeem waarin het accent ligt op het vooronderzoek en de aldaar vastgelegde verklaringen, daar ook regels en procedures moeten zijn om de waarheidsgetrouwheid van verklaringen zo goed mogelijk te waarborgen. Er kan niet worden volstaan met uitsluitend waarborgen op het niveau van de beoordeling van het bewijsmateriaal door de rechter. Het uitoefenen van het ondervragingsrecht en de aanwezigheid van steunbewijs biedt geenszins garantie voor de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. In het volgende hoofdstuk wordt nader stilgestaan bij de totstandkoming van verklaringen in de context van het verhoor en hetgeen hierover vanuit rechtspsychologisch perspectief bekend is.

¹⁹⁶ Damaška 2003, p. 120.

¹⁹⁷ Damaška 2003, p. 124.

