

Het ondervragingsrecht. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Amerika.

Kan Nederland het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast, als inspiratiebron gebruiken teneinde het beginsel van de equality of arms in het Nederlandse strafprocesrecht te versterken?

Brenda Rockx
ANR. 467263
Tilburg University, Tilburg Law School
Masterscriptie Rechtsgeleerdheid, accent Strafrecht
Scriptiebegeleider mr. dr. J.W. Ouwerkerk
Donderdag 21 augustus 2014

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie met het onderwerp 'Het ondervragingsrecht. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Amerika'. Bij het zoeken naar een onderwerp voor mijn scriptie las ik bij toeval over het ondervragingsrecht in het tijdschrift Strafol, dat hier een heel nummer aan had gewijd. Dat wekte zodanig mijn interesse dat ik wist hier mijn scriptie over te willen schrijven. Het ondervragingsrecht trok mijn aandacht omdat het een onderwerp betrof waar ik nauwelijks iets over wist of over had gehoord. Na het volgen van het vak strafrechtsvergelijking is mij duidelijk geworden dat ik mij op dit gebied nog kon ontwikkelen. Hierdoor heb ik dan ook de keuze gemaakt om een rechtsvergelijkend onderzoek toe te passen in mijn scriptie. Een adequate toepassing van deze methode vormde voor mij een enorme uitdaging.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om mijn begeleider, Jannemieke Ouwerkerk, te bedanken. Dankzij haar goed onderbouwde feedback, weliswaar vaak met een kritische noot, zorgde zij er altijd voor dat ik weer verder kon en dat ik niet te veel aan mijzelf moest twijfelen. Daarnaast wil ik graag mijn vriend Bas, mijn ouders en mijn zusje bedanken voor alle steun die zij mij hebben gegeven gedurende het schrijven van mijn scriptie. Jullie boden altijd een luisterend oor als het voor mijn gevoel even tegen zat en jullie motiveerden mij om door te gaan. Bedankt!

Inhoudsopgave

| | |
|--|-------|
| Inleiding | p. 5 |
| 1. Het EVRM en het ondervragingsrecht | p. 7 |
| 1.1 De reikwijdte van het ondervragingsrecht | p. 7 |
| 1.1.1 Het beslissingsmodel voor EHRM Al-Khawaja & Tahery | p. 7 |
| 1.1.2 Een nieuwe weg ingeslagen met de uitspraak Al-Khawaja & Tahery | p. 13 |
| 1.1.3 Verdere ontwikkeling na EHRM Al-Khawaja & Tahery | p. 15 |
| 1.2 Conclusie | p. 17 |
| 2. Nederland en het ondervragingsrecht | p. 18 |
| 2.1 De geschiedenis en het doel van het Nederlands strafprocesrecht | p. 18 |
| 2.2 Negatief-wettelijk bewijsstelsel | p. 19 |
| 2.3 De wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht | p. 20 |
| 2.4 Het ondervragingsrecht in de rechtspraak | p. 22 |
| 2.4.1 De aanloop naar het Vidgen-arrest | p. 22 |
| 2.4.2 Een omslagpunt door het Vidgen-arrest | p. 25 |
| 2.4.3 Post-Vidgen jurisprudentie | p. 27 |
| 2.5 Conclusie | p. 28 |
| 3. Amerika en het ondervragingsrecht | p. 29 |
| 3.1 De uitgangspunten van het Amerikaanse strafprocesrecht | p. 29 |
| 3.2 De wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht | p. 31 |
| 3.3. De reikwijdte van het ondervragingsrecht | p. 34 |
| 3.3.1 De Confrontation Clause en out-of-court statements | p. 34 |
| 3.3.2 Een omslagpunt in Crawford v. Washington | p. 36 |
| 3.3.3 Kwetsbare getuigen en face-to-face confrontation | p. 40 |
| 3.3.4 De Confrontation Clause en medeverdachten | p. 42 |
| 3.3.5 Restrictions on the Confrontation Clause | p. 45 |
| 3.4 Conclusie | p. 47 |
| 4. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Amerika | p. 49 |
| 4.1 Vergelijken | p. 49 |
| 4.1.1 Overeenkomsten en verschillen | p. 49 |
| 4.2 Verklaren | p. 52 |
| 4.2.1 Wettelijke grondslag en jurisprudentie | p. 52 |
| 4.2.2 Het uitgangspunt van het ondervragingsrecht en de uitzonderingen | p. 54 |
| 4.3 Waarderen | p. 60 |
| 5. Conclusie | p. 64 |
| Literatuurlijst | p. 65 |
| Jurisprudentielijst | p. 69 |

Inleiding

Een verdachte, de heer V staat in Nederland terecht voor het uitvoeren van drugs naar het buitenland. Hij heeft in deze zaak niet alleen gehandeld, twee medeverdachten zijn in Duitsland opgepakt en veroordeeld. Een van de medeverdachten, de heer M heeft een voor V belastende verklaring afgelegd die gebruikt wordt voor het bewijs. Ten tijde van het afleggen van deze verklaring was noch de verdachte noch zijn raadsman aanwezig en is er voor hen geen mogelijkheid geweest om de medeverdachte te ondervragen en de verklaring te betwisten. De heer M wordt opgeroepen ter terechtzitting zodat de verdediging hem alsnog de vragen kan stellen die zij nodig acht. Echter, de heer M weigert ter terechtzitting de vragen te beantwoorden en zwijgt.¹ Deze verklaring vormt het belangrijkste en doorslaggevende bewijs bij de veroordeling. Hoe zal de rechter oordelen?

Is er in deze zaak sprake van een schending van het ondervragingsrecht of heeft de verdediging voldoende de gelegenheid gekregen om het ondervragingsrecht uit te oefenen? Is hier sprake geweest van een effectief ondervragingsrecht?

Het ondervragingsrecht, neergelegd in art. 6 lid 3 sub d Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en fundamentele vrijheden (EVRM of Verdrag), speelt een belangrijke rol in het strafprocesrecht. Het betreft het recht van de verdediging om de getuige te ondervragen om op die manier de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring te toetsen en te betwisten. Het ondervragingsrecht maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces en vormt een fundamenteel recht van de verdachte dat voldoende gewaarborgd moet worden gedurende het strafproces. Het recht op een eerlijk proces is neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM.

Nederland is een lidstaat van het EVRM en dient het ondervragingsrecht van de verdediging, zoals dat in deze wet is neergelegd, te waarborgen. De afgelopen jaren is Nederland meerdere malen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of het Hof) op de vingers getikt omdat het ondervragingsrecht onvoldoende nageleefd werd, waardoor een schending van dit verdragsartikel werd aangenomen. Inmiddels heeft Nederland een start gemaakt om de lijn van het EHRM te volgen en vindt mede daardoor een verschuiving plaats in het strafproces. Het EHRM gaat namelijk uit van de *equality of arms*: wapengelijkheid van partijen. Daarnaast speelt recht op tegenspraak een belangrijke rol. Naar aanleiding van verschillende uitspraken van het EHRM voert Nederland steeds meer adversaire² elementen in, in het strafproces. Het huidige Nederlandse strafprocesrecht kenmerkt zich door een vooronderzoek dat voornamelijk inquisitoire elementen bevat en naarmate het proces vordert kent het steeds meer adversaire elementen. Voornamelijk wat het vooronderzoek betreft voert Nederland in het strafproces steeds meer adversaire elementen in. Het strafproces wordt ook wel beschreven als gematigd adversair dan wel getemperd inquisitoir.

Nu een verschuiving binnen deze procesvormen plaatsvindt, is het van belang een rechtsvergelijking te maken met een land dat uitgaat van een adversair procesmodel, een land waar een adversair stelsel centraal staat. In mijn scriptie zal ik onderzoeken of het ondervragingsrecht zoals dit in Amerika is geregeld en daar zijn toepassing vindt, als inspiratiebron kan worden gebruikt om de ontwikkeling die Nederland doormaakt, door steeds meer adversaire elementen toe te passen in het strafproces, invulling te geven. Ik heb gekozen voor een rechtsvergelijking met Amerika, omdat hier nog weinig

¹ EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland).

² Brants 2008, p. 214-242. Er wordt gekozen voor de term adversair omdat de term accusatoir voor verwarring kan zorgen.

onderzoek naar is gedaan. Waar de Nederlandse procesvorm beschreven kan worden als een mengvorm van inquisitoir en adversair, kent het Amerikaanse strafproces een zuiver adversaire procesvorm. Dat zorgt ervoor dat het een uitdaging vormt om te bezien of er mogelijk inspiratie uit het Amerikaanse recht te halen is met betrekking tot het ondervragingsrecht in Nederland. Het onderzoek is specifiek nuttig met betrekking tot het ondervragingsrecht omdat het een fundamenteel recht van de verdediging betreft dat gedurende het strafproces gewaarborgd dient te worden. Het maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces, een recht dat nooit in zijn geheel geschonden mag worden.³ Het ondervragingsrecht betreft een invulling van de *equality of arms* en het recht op tegenspraak, twee elementen die de basis vormen van een adversair procesmodel. Amerika kent een federaal rechtssysteem en daarnaast hebben alle staten hun eigen wetten en eigen rechterlijke instanties. Het gaat mijn scriptie te buiten om het ondervragingsrecht voor iedere staat afzonderlijk te behandelen, vandaar dat de vergelijking slechts betrekking heeft op het federale recht. Het federale recht voor de staten betreft eenzelfde overkoepelende regelgeving als het EVRM voor Nederland. Dat blijkt namelijk uit het feit dat Nederland een lidstaat is van het EVRM en om die reden het Verdrag moet naleven. Wat het Amerikaanse recht betreft volgt uit het federale recht, met name de *Bill of Rights* (grondwet), dat deze wet niet alleen van toepassing is op het federale recht, maar ook op het recht van de staten.

In mijn scriptie staat de volgende vraag centraal voor mijn onderzoek:

Kan Nederland het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast, als inspiratiebron gebruiken teneinde het beginsel van equality of arms in het Nederlandse strafproces te versterken?

Om mijn hoofdvraag te beantwoorden staat in het eerste hoofdstuk het EVRM centraal. In dit hoofdstuk wordt beschreven welke invulling het EHRM geeft aan het ondervragingsrecht, zoals dit is neergelegd in art. 6 lid 3 sub d EVRM. In het tweede hoofdstuk staat het ondervragingsrecht in Nederland centraal en wordt bezien hoe dit recht plaatsneemt in het strafprocesrecht en in welke mate het Nederlandse recht wordt beïnvloed door het EHRM. In het derde hoofdstuk staat het ondervragingsrecht in Amerika centraal. Onderzocht zal worden op welke wijze het ondervragingsrecht in het federale systeem van Amerika is geregeld en hoe hier door middel van jurisprudentie invulling aan is gegeven. In het vierde hoofdstuk vindt een rechtsvergelijking tussen Nederland en Amerika plaats met betrekking tot het ondervragingsrecht, waar de overeenkomsten en verschillen worden uitgewerkt aan de hand van de verschillende rechtssystemen en procesmodellen die beide landen kenmerken. Vervolgens worden deze overeenkomsten en verschillen verklaard en zal beoordeeld worden of het Amerikaanse ondervragingsrecht als inspiratiebron kan dienen voor het Nederlandse strafprocesrecht. In het vijfde hoofdstuk zal de conclusie volgen, waar een antwoord op de hoofdvraag wordt gegeven.

Mijn onderzoek bestaat uit een literatuurstudie, waarbij ik gebruik maak van primaire en secundaire bronnen van positief recht om tot de beantwoording van mijn hoofdvraag te komen. Er vindt dus een dogmatische rechtsvergelijking plaats. De belangrijkste bronnen die ik gebruik om mijn hoofdvraag te beantwoorden zijn wetgeving, jurisprudentie en literatuur in de vorm van handboeken en wetenschappelijke artikelen.

³ Hartevelde e.a. 2004, p. 80; EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België), par. 33.

1 Het EVRM en het ondervragingsrecht

In dit hoofdstuk wordt het ondervragingsrecht in het licht van het EVRM behandeld. Kort zal worden beschreven wat het ondervragingsrecht inhoudt en waar de wettelijke grondslag voor het ondervragingsrecht te vinden is. Vervolgens wordt de reikwijdte van het ondervragingsrecht besproken en komt aan bod hoe dit recht door het EHRM nader is ingevuld aan de hand van jurisprudentie. Een onderscheid zal hierbij gemaakt worden tussen de verschillende soorten getuigen, zodat een duidelijk overzicht ontstaat. Tot slot zal een conclusie volgen waar de belangrijkste punten die worden besproken in dit hoofdstuk kort aan bod komen.

1.1 De reikwijdte van het ondervragingsrecht

In deze paragraaf wordt de nadruk gelegd op de reikwijdte van het ondervragingsrecht, art. 6 lid 3 sub d EVRM. Beschreven wordt hoe het recht van de verdediging om de getuige te ondervragen zijn toepassing vindt en hoe dit recht wordt ingekleurd door het EHRM. Het is van belang om de jurisprudentie uitgebreid te behandelen omdat de uitspraken van het EHRM directe invloed hebben op het Nederlandse ondervragingsrecht, Nederland is immers een lidstaat van het EVRM. Dit zorgt voor een goed en helder begrip wanneer in het tweede hoofdstuk het Nederlandse ondervragingsrecht centraal staat en ik zal beschrijven hoe Nederland de verplichtingen van het EHRM in het recht heeft toegepast.

1.1.1 Het beslissingsmodel voor EHRM *Al-Khawaja & Tahery*⁴

Het ondervragingsrecht, neergelegd in art. 6 lid 3 sub d EVRM, houdt in dat de verdediging het recht heeft om in enig stadium van het geding de getuige te (doen) ondervragen om op die manier de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring te toetsen en te betwisten. Hieruit vloeit het uitgangspunt voort van het recht op tegenspraak voor de verdachte. In beginsel dient de ondervraging ter terechtzitting plaats te vinden met het oog op een adversaire behandeling van de zaak⁵, zodat alle partijen in het strafproces een oordeel kunnen vormen over de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring. Dan is immers voor partijen ook de non-verbale communicatie zichtbaar, welke een belangrijke rol speelt bij het toetsen van de betrouwbaarheid.⁶ Het onmiddellijkheidsbeginsel, wat inhoudt dat de rechter een uitspraak doet naar aanleiding van al het bewijsmateriaal dat op de terechtzitting is aangebracht en in de aanwezigheid van de verdachte is gepresenteerd, komt hier tot uitdrukking.⁷

Als de verdediging een beroep doet op een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM dient dit altijd bezien te worden in het licht van art. 6 lid 1 EVRM, nu zij onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.⁸ Tevens komt een ander uitgangspunt van het ondervragingsrecht duidelijk tot uitdrukking in art 6 lid 1 jo. lid 3 EVRM, namelijk de *equality of arms*.⁹ Hiermee wordt de wapengelijkheid van procespartijen

⁴ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk).

⁵ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland), par. 51. Ook in EHRM 11 oktober 1985, nr. 10588/83, nr. 10589/83 en nr. 10590/83 (Barberà, Messegué & Jabardo/Spanje), par. 78 wordt aangegeven dat het Hof uitgaat van een procedure op tegenspraak.

⁶ EHRM 28 augustus 1991, nr. 11170/84 nr. 12876/87 nr. 13468/87, en (Brandstetter/Oostenrijk) par. 66 en 67; Mols 2003, p. 373; Fedorova 2012, p. 339.

⁷ Garé 1994, p. 78.

⁸ Hartevelde e.a. 2004, p. 80; EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België), par. 33.

⁹ Corstens & Borgers 2011, p. 605: "Dit verdragsrecht en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het EHRM zijn mede richtinggevend bij de uitleg van de Nederlandse voorschriften omtrent het oproepen en het horen van getuigen".

bedoeld. Geen van de procespartijen mag een substantieel slechtere positie hebben, dan wel dermate achtergesteld worden dat van gelijkheid geen sprake meer is.¹⁰

De definitie van het begrip getuige is onder andere in het arrest Kostovski¹¹ toegelicht. Uit dit arrest volgt dat aan het begrip getuige een autonome betekenis is toegekend wat de uniformiteit bevordert. Lidstaten hebben dus geen mogelijkheid om het begrip getuige zelf in te vullen en op eigen wijze toe te passen. Het begrip 'getuige' is volgens het EHRM niet beperkt tot personen die ter terechtzitting een verklaring afleggen¹² of tot personen van wie de in het vooronderzoek afgelegde verklaring wordt voorgelezen¹³. Een verklaring opgenomen in een proces-verbaal van de politie mag ook worden beschouwd als een getuigenverklaring wanneer de rechter dit meeneemt in zijn overweging.¹⁴ Tot slot is ook door het Hof bepaald dat deskundigen onder het begrip getuigen kunnen worden geschaard.¹⁵

Zoals hierboven is beschreven is het helaas niet altijd mogelijk om de getuige ter terechtzitting te ondervragen, waardoor het ondervragingsrecht in bepaalde gevallen onvoldoende kan worden uitgevoerd en kan worden nageleefd met een mogelijke schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM tot gevolg.

Het EHRM heeft zich in 1986 voor het eerst uitgelaten over het ondervragingsrecht in strafzaken. In de zaak *Unterpertinger*¹⁶ heeft de verdediging geen effectieve ondervragingsgelegenheid gehad waardoor zij de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen niet heeft kunnen betwisten. Het Hof gaf aan dat art. 6 lid 3 sub d EVRM is geschonden nu de veroordeling dan ook in beslissende mate was gebaseerd op deze verklaringen. Om te beoordelen of het ondervragingsrecht is geschonden dient te worden gekeken of er een beperking is voor de verdediging om het ondervragingsrecht uit te oefenen. De overweging die het Hof maakt om dit te beoordelen is of er een 'effectieve en behoorlijke mogelijkheid om de verklaring te betwisten of de getuige te ondervragen'¹⁷ is geweest, 'zowel op het moment dat hij een verklaring aflegt als op een later moment'¹⁸.

Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de getuige die geen antwoord kan geven, nu hij afwezig is, bijvoorbeeld door ziekte, overlijden of doordat hij onvindbaar is¹⁹ of de getuige die geen antwoord wil geven op vragen die gesteld worden ter terechtzitting²⁰ en tussen de getuige aan wie de verdediging wel vragen kan stellen, maar die slechts beperkt antwoord geeft, bijvoorbeeld in het kader van de verleende status van anonieme getuige. In deze gevallen is het dus niet mogelijk voor de verdediging om de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de getuige voldoende en volledig te betwisten, waardoor sprake is van een beperking van art. 6 lid 3 sub d EVRM.

¹⁰ Mols 2003, p. 372.

¹¹ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland), par. 40. Zie voor de uitleg en toepassing van de autonome interpretatie ook EHRM 15 juni 1992, nr. 12433/86 (Lüdi/Zwitserland), par 44; EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België), par. 33; Zie ook Garé 1994, p. 113 e.v.

¹² EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland) par. 40.

¹³ EHRM 19 februari 1991, nr. 11339/85 (Isgrò/Italië) par. 33.

¹⁴ EHRM 27 september 1990, nr. 12489/86 (Windisch/Oostenrijk) par. 23.

¹⁵ EHRM 6 mei 1985, nr. 8658/79 (Bönisch/Oostenrijk) par. 31-32. Zie ook de noot van Van Dijk bij ECLI:NL:XX:1985:AB9401, NJ 1989, 385.

¹⁶ EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk) par. 31-33; De Wilde 2012a, p. 274.

¹⁷ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 39.

¹⁸ EHRM 15 juni 1992, nr. 12433/86 (Lüdi/Zwitserland) par. 47; EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk) par. 27.

¹⁹ EHRM 13 november 2003, nr. 71846/01 (Rachdad/Frankrijk) par. 25; EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87, (Artner/Oostenrijk) par. 20-24; EHRM 19 december 1990, nr. 11444/85, (Delta/Frankrijk) par. 37; Fedorova 2012, p. 343.

²⁰ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland) par. 60-61; EHRM 10 juli 2012, nr. 29356/06 (Vidgen/Nederland) par. 47.

Als het EHRM heeft geconcludeerd dat één van de voorgaande gevallen zich voordoet, wat leidt tot een beperking van het ondervragingsrecht, gaat zij over tot beoordeling van de vraag of deze beperking gerechtvaardigd is. Bovendien oordeelt zij dan over de vraag of deze beperking een daadwerkelijke schending van het ondervragingsrecht oplevert.

Als de verdediging te maken heeft gekregen met een beperking van het ondervragingsrecht, doordat een van de hierboven beschreven situaties zich voordoet, is de volgende stap van het EHRM om na te gaan of deze beperking gerechtvaardigd is. Als er geen ondervragingsgelegenheid is voor de verdediging tijdens de terechtzitting en gebruik gemaakt wordt van een afgelegde verklaring in het vooronderzoek, levert dit niet direct een schending op, maar slechts op de voorwaarde dat geen afbreuk is gedaan aan het ondervragingsrecht. De verdediging moet in ieder geval de gelegenheid hebben gehad tot een behoorlijke en effectieve ondervraging van de getuige, zodat hij de betrouwbaarheid van de verklaringen heeft kunnen betwisten.²¹ Dit kan dus plaats hebben gevonden in het vooronderzoek.

Een getuigenverklaring afgelegd in het vooronderzoek mag worden gebruikt voor het bewijs, maar slechts wanneer deze verklaring niet het enige en beslissende bewijsmiddel is. De moeilijkheid zit in de afweging van de conflicterende belangen van de verdachte en de getuige.²² Dat blijkt duidelijk uit het voorbeeld van het geval dat de enige belastende getuige is komen te overlijden voordat het onderzoek ter terechtzitting plaats heeft kunnen vinden. Het is dan voor de verdediging onmogelijk om de getuige nog te ondervragen, waardoor vanuit het belang van de verdediging bezien, de verklaring niet mee mag worden genomen als bewijs en een bewezenverklaring nu dus niet mogelijk is. Maar wanneer de getuigenverklaring die is afgelegd in het vooronderzoek wel wordt gebruikt als bewijs, maakt dit een inbreuk op het recht van de verdachte. Het is dus noodzakelijk dat een zorgvuldige belangenafweging wordt gemaakt in soortgelijke gevallen. Om deze afweging nauwkeurig te kunnen uitvoeren hanteert het Hof de uitgangspunten van proportionaliteit en subsidiariteit.²³ Hieruit volgt dat een beperking gerechtvaardigd is wanneer de beperking tot een minimum beperkt blijft, er moeten zo min mogelijk vergaande maatregelen worden genomen.²⁴ De inspanningen die de overheid levert aan de beperking van het ondervragingsrecht spelen ook een belangrijke rol.²⁵ Een gerechtvaardigde beperking levert dus geen schending op van art. 6 lid 3 sub d EVRM.

Om een duidelijk beeld te schetsen van de beoordeling van de (gerechtvaardigde) beperking en hoe de eisen die het EHRM hieraan stelt worden ingevuld, wordt het ondervragingsrecht met betrekking tot verschillende soorten getuigen besproken. Achtereenvolgens wordt de situatie besproken met betrekking tot de gewone getuige die weigert te antwoorden, dan wel niet aanwezig is, de anonieme getuige waar de bedreigde getuige onder valt en tot slot de kwetsbare getuige waar het kan gaan om een slachtoffer van een zeden- of geweldsmisdrijf die als getuige optreedt of een minderjarige.

Ten eerste kan een beperking van het ondervragingsrecht plaatsvinden met betrekking tot de gewone getuige die weigert te antwoorden, de verschoningsgerechtigde en de afwezige getuige. Hieronder wordt de getuige verstaan die niet ter zitting wil of kan verschijnen (bijvoorbeeld wegens overlijden of ziekte), dan wel de getuige die verschijnt maar vervolgens weigert een verklaring af te leggen. Onder deze laatste getuige valt ook de verschoningsgerechtigde getuige.

²¹ EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk) par. 27; Jebbink 2007, p. 210.

²² EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland) par. 70.

²³ Mols 2003, p. 390.

²⁴ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland) par. 58.

²⁵ Onder andere: EHRM 13 november 2003, nr. 71846/01 (Rachdad/Frankrijk) par. 25.

In de zaken dat een getuige onvindbaar is, dienen de justitiële autoriteiten vergaande inspanningen te verrichten om de getuige alsnog ter terechtzitting te laten verschijnen, zodat de verdediging haar ondervragingsrecht kan uitoefenen, voordat zij gebruik maken van de eerder afgelegde verklaring.²⁶ Als de inspanning onvoldoende is gebleken, is een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM het gevolg.²⁷ Indien de overheid daarentegen voldoende inspanningen heeft geleverd volgens het Hof is er in beginsel geen ongerechtvaardigde beperking van het ondervragingsrecht van de verdediging.²⁸ Maar niet alleen de nationale autoriteiten moeten in deze gevallen een inspanning leveren, het EHRM heeft ook aandacht voor het gedrag van de verdachte. De verdachte kan zelf verantwoordelijk worden gehouden in die gevallen dat hij geen gehoor heeft gegeven aan het tot stand brengen van een eerdere confrontatie, op het moment dat de getuige nog beschikbaar was.²⁹ Dit heeft tot gevolg gehad dat de rechters de eerder afgelegde verklaring mogen gebruiken voor het bewijs, nu zij de rechten van de verdediging hebben gerespecteerd.³⁰ Voor de overheid is het onmogelijk en onvoorzienbaar in het geval een getuige plotseling is komen te overlijden. In deze gevallen kan van de overheid dan ook niet worden verwacht dat zij meer inspanningen had moeten verrichten.³¹

De weigerachtige getuige betreft de getuige die wel beschikbaar is ter terechtzitting maar vervolgens weigert om de gestelde vragen te beantwoorden. Een getuige kan zich beroepen op het verschoningsrecht en wordt dit erkend, dan hoeft zij geen vragen van de verdediging te beantwoorden die betrekking hebben op de reden van het verschoningsrecht.³² Vaak mondt dit uit in een beperking voor de verdediging dat zij niet een geheel effectieve gelegenheid heeft om de getuige te ondervragen, noch in het vooronderzoek, noch ter terechtzitting, nu de getuige de mogelijkheid heeft de vragen niet te beantwoorden en te zwijgen. Dit is met name aan de orde wanneer een medeverdachte zich op het verschoningsrecht beroept. De meeste vragen zullen betrekking hebben op hetgeen waar de verdachte en dus ook de mededader van worden verdacht, waardoor nauwelijks vragen overblijven die de getuige alsnog kan en moet beantwoorden. In dat geval wordt gesproken van een weigerachtige getuige. Getuigen die een beroep op het verschoningsrecht kunnen doen zijn familieleden van de verdachte³³ of mededaders/medeplichtigen met het oog op het niet incrimineren van zichzelf.³⁴ De beperking die hier het gevolg van is vormt in beginsel geen inbreuk op het ondervragingsrecht van de verdediging, nu het een gerechtvaardigde beperking betreft.

In beginsel geeft het EHRM aan dat wanneer een nationaal wettelijke bepaling een getuige de mogelijkheid geeft zich op het verschoningsrecht te beroepen, dit niet strijdig is met het ondervragingsrecht.³⁵ Het verschoningsrecht levert dus geen ongerechtvaardigde beperking op. Het is belangrijk dat zorgvuldig met deze vorm van beperking van het ondervragingsrecht om wordt gegaan en proportioneel gehandeld wordt, men mag niet verder gaan in de beperking dan noodzakelijk is.³⁶

²⁶ EHRM 14 januari 2010, nr. 23610/03 (Melnikov/Rusland) par. 82; EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (Karpenko/Rusland) par. 75.

²⁷ EHRM 19 juni 2003, nr. 28490/95 (Hulki Günes/Turkije) par. 88; EHRM 26 juli 2005, nr. 39481/98 en nr. 40227/98 (Mild & Virtanen/Finland) par. 45.

²⁸ EHRM 26 april 2007, nr. 5953/02 (Vozhigov/Rusland) par. 52-58.

²⁹ EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (Artner/Oostenrijk) par. 20; Fedorova 2012, p. 343.

³⁰ EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (Artner/Oostenrijk) par. 22.

³¹ Fedorova 2012, p. 344.

³² Mols 2003, p. 378.

³³ EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk) par. 31-33; EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (Hümmer/Duitsland).

³⁴ Wat mededaders dan wel medeplichtigen betreft volgt dit uit EHRM 4 december 2008, nr. 1111/02 (Trofimov/Rusland) par. 37.

³⁵ EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk) par. 28.

³⁶ EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, (P.S./Duitsland) par. 27.

Ten tweede kan een beperking van het ondervragingsrecht van de verdediging zich voordoen met betrekking tot de anonieme getuige. De bedreigde getuige valt onder de anonieme getuige. Om de status van bedreigde getuige te verkrijgen dient sprake te zijn van reële vrees voor represailles.³⁷ De rechter-commissaris toetst of er voldoende redenen zijn om deze status aan de getuige te verlenen en hij moet ook op de hoogte zijn van de identiteit van de getuige.³⁸ Vaak gaat het om getuigen van georganiseerde misdaad, zij zullen niet snel geneigd zijn een verklaring af te leggen. Belangrijk is dan ook dat deze getuigen worden beschermd, zodat zij veilig een verklaring af kunnen leggen. De maatregelen die hiervoor moeten worden genomen en die een beperking opleveren voor de verdediging zijn te rechtvaardigen.³⁹ Ook in het geval dat de anonieme verklaring van de getuige het enige (hoofd)bewijs vormt tegen de verdachte is dit niet problematisch, nu de verdachte door de bedreiging te uiten zijn recht op ondervraging heeft verspeeld.⁴⁰

Tot slot bestaat de situatie dat een beperking van het ondervragingsrecht van de verdediging plaatsvindt met betrekking tot een kwetsbare getuige. Het betreft hierbij de maatregelen die genomen worden als het gaat om een kwetsbare getuige, zoals een minderjarige en/of een slachtoffer van een zeden- en geweldsmisdrijf.⁴¹ Een confrontatie met de verdachte tijdens de terechtzitting kan de kwetsbare getuige een traumatische ervaring opleveren, wat niet wenselijk is en waartegen zij beschermd dient te worden. Dit kan er toe leiden dat het EHRM vergaande beperkingen toestaat. Er moet een goede belangenafweging worden gemaakt tussen het belang van de getuige om beschermd te worden tegen de verdachte en het herleven van de traumatische gebeurtenis, en het recht van de verdachte om de getuige te ondervragen.⁴² De belangenafweging dient gemaakt te worden op basis van concrete gronden en gemotiveerd te zijn, bijvoorbeeld door een deskundigenrapport, speculatieve gronden zijn hiervoor onvoldoende.⁴³ Indien de overheid maatregelen neemt die het ondervragingsrecht van de verdediging beperken moet zij zorgen dat deze gecompenseerd worden.⁴⁴ De beperkingen mogen ook in dit geval niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.

Nadat het EHRM heeft bepaald of er sprake is van een gerechtvaardigde beperking, is het vervolgens noodzakelijk om compensatie te bieden aan de verdediging zodat art. 6 lid 1 jo. lid 3 sub d EVRM niet in zijn geheel wordt geschonden.⁴⁵ De gerechtvaardigde beperking mag niet leiden tot een schending van het recht van de verdachte op een eerlijk proces of ervoor zorgen dat de waarheidsvinding in de knel komt. Compensatie kan op verschillende wijzen worden geboden en is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de betreffende zaak. Het recht van de verdediging om de getuige te ondervragen maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces en dit recht dient in geen geval geheel geschonden te worden. Immers heeft de verdediging haar recht nu niet uit kunnen oefenen en daardoor ook geen gelegenheid gehad om de betrouwbaarheid van de verklaringen te toetsen, waardoor de

³⁷ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland) par. 19. In EHRM 14 februari 2002, nr. 26668/95 (Visser/Nederland) par. 47-48 werd deze reële vrees niet aangenomen nu het EHRM er niet van overtuigd was dat de rechter-commissaris voldoende onderzoek naar deze vrees heeft gedaan, maar zich liet overtuigen door de reputatie van de medeverdachte. Zie ook Mols 2003, p. 389.

³⁸ EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland), par. 71; Fedorova 2012, p. 342.

³⁹ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië), par. 40.

⁴⁰ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk) par. 122-123.

⁴¹ EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland) par. 69.

⁴² EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, (P.S./Duitsland) par. 22-23; EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland) par. 70.

⁴³ EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland) par. 72.

⁴⁴ Fedorova 2012, p. 346.

⁴⁵ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland), par. 54; EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden) par. 47; Mols 2003, p. 390.

waarheidsvinding in de knel kan komen. Uit onder andere de zaak *A.S./Finland* volgen vier maatstaven om te beoordelen of de procedure in het geheel eerlijk is verlopen: de verdachte heeft het recht om de authenticiteit van de verklaringen te betwisten, het gebruik van deze verklaringen aan te vechten, de manier waarop het bewijs is verkregen en tot slot de aanwezigheid van steunbewijs.⁴⁶

Een vorm van compensatie die geboden kan worden in het geval de getuige niet meer beschikbaar is ter terechtzitting, is om een deskundige te laten oordelen over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring als de in het vooronderzoek afgelegde verklaring mee wordt genomen als bewijs.⁴⁷ Met betrekking tot kwetsbare getuigen, zoals minderjarigen en/of slachtoffers van een zeden- en/of geweldsmisdrijf, kan compensatie worden geboden door audio- en video-opnamen te maken tijdens het getuigenverhoor en deze af te spelen tijdens de terechtzitting.⁴⁸ De raadsman heeft dan de mogelijkheid vooraf schriftelijk de vragen door te geven. Dit is ook mogelijk in het geval het een anonieme getuige betreft. De verdediging zou ook dan het verhoor via technische hulpmiddelen moeten kunnen volgen, zolang zij maar de gelegenheid krijgt om vragen te (laten) stellen.⁴⁹ Een andere mogelijkheid met betrekking tot de anonieme getuige is om de identiteit af te schermen door gebruik te maken van een vermomming.⁵⁰ In geen geval mogen de vragen van de verdediging dusdanig worden beperkt dat er geen sprake meer kan zijn van een effectief ondervragingsrecht.⁵¹ Daarnaast is het belangrijk dat de rechter op de hoogte is van de identiteit van de getuige, zodat hij zelf een oordeel kan vormen over de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van deze getuige.⁵²

De volgende stap in het beslissingsmodel is om na te gaan of de afgelegde getuigenverklaring van de getuige die niet of beperkt antwoord heeft gegeven op vragen, het enige en beslissende bewijs is waarop de veroordeling is gebaseerd. In de zaak *Doorson* oordeelde het EHRM dat een veroordeling waarbij de anonieme getuigenverklaring van doorslaggevend belang is, oneerlijk is, ook al zijn er rechtvaardigingsgronden voor het beperken van het ondervragingsrecht.⁵³ Dit betreft een invulling van de zogenaamde *sole or decisive rule*: een veroordeling mag niet uitsluitend of in beslissende mate zijn gebaseerd op belastende anonieme getuigenverklaringen⁵⁴ of op belastende verklaringen van gewone getuigen die niet of beperkt door de verdediging konden worden ondervraagd.⁵⁵ Echter, als steunbewijs aanwezig is, voldoende bewijs dat de belastende verklaring van de getuige op de belangrijke punten ondersteunt, is er geen reden om een schending van het ondervragingsrecht aan te nemen.⁵⁶ Ook nu is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of het steunbewijs voldoende is om een schending te voorkomen.⁵⁷

⁴⁶ EHRM 28 september 2010, nr. 40156/07 (*A.S./Finland*) par. 52. Enkele andere uitspraken waarin dezelfde formulering is gebruikt: EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Khan/Verenigd Koninkrijk*) par. 35 en 37; EHRM 2 november 2002, nr. 48539/99 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*) par. 43; EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02 (*Bykov/Rusland*) par. 90. Fedorova 2012, p. 338.

⁴⁷ EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96 (*P.S./Duitsland*) par. 29.

⁴⁸ EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (*S.N./Zweden*) par. 49-50 en 52. Zie ook Jebbink 2007, p. 9 voor meer compensatiemogelijkheden.

⁴⁹ Fedorova 2012, p. 342.

⁵⁰ Fedorova 2012, p. 342.

⁵¹ EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (*Kostovski/Nederland*) par. 42; Fedorova 2012, p. 342.

⁵² Hartevelde e.a. 2004, p. 119.

⁵³ EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson/Nederland*) par. 76, Fedorova 2012, p. 342.

⁵⁴ Zie ook EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (*Kostovski/Nederland*), par. 44.

⁵⁵ EHRM, 27 februari 2001, nr. 33354/96 (*Lucà/Italië*), par. 40; Corstens & Borgers 2011, p. 703.

⁵⁶ Van Zeven 2006, p. 8; Jebbink 2007, p. 3-6; EHRM 5 april 2005, nr. 39209/02 (*Scheper/Nederland*); ECLI:NL:XX:2005:AT9168, NJ 2005, 551 m.nt Schalken.

⁵⁷ Zie Jebbink 2007, p. 3-6 voor een aantal uitspraken van het EHRM waarin steunbewijs een rol speelde en werd bepaald in welke gevallen dit wel of niet toereikend was.

Concluderend zag het beslissingsmodel er als volgt uit voor de uitspraak van het EHRM in *Al-Khawaja & Tahery*. Eerst moet worden nagegaan of er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige is en of er een gerechtvaardigde beperking voor de verdediging is om het ondervragingsrecht uit te oefenen. Is de beperking gerechtvaardigd, dan dient na te worden gegaan of voldoende compensatie is geboden aan de verdediging. Is dat het geval dan wordt een schending van het ondervragingsrecht niet aangenomen. Is onvoldoende compensatie geboden, dan wordt bezien of de verklaring van de getuige die niet door de verdediging kon worden ondervraagd (noch in het vooronderzoek, noch ter terechtzitting) het enige of beslissende bewijsmateriaal vormt waarop de veroordeling is gebaseerd. Een schending wordt niet aangenomen als deze belastende verklaring geen doorslaggevende betekenis heeft voor de veroordeling.⁵⁸ Is de belastende getuigenverklaring wel van doorslaggevende betekenis, maar is voldoende steunbewijs aanwezig, dan is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een schending wordt aangenomen. Als het EHRM tot het oordeel komt dat de compensatie of het steunbewijs ontbreekt, dan leidt het gebruik van de getuigenverklaring als bewijs tot een schending van het ondervragingsrecht.

1.1.2 Een nieuwe weg ingeslagen met de uitspraak Al-Khawaja & Tahery

Met de uitspraak in de zaak *Al-Khawaja & Tahery*⁵⁹ is het EHRM een nieuwe weg ingeslagen. Er wordt niet langer strikt vastgehouden aan de eerder beschreven *sole or decisive rule*: een veroordeling mag niet uitsluitend en in beslissende mate worden gebaseerd op een anonieme getuigenverklaring of op belastende verklaringen van gewone getuigen die niet of beperkt door de verdediging konden worden ondervraagd. Eerder werd een schending van het ondervragingsrecht aangenomen als de getuigenverklaring het doorslaggevende bewijs vormde waarop de veroordeling was gebaseerd en de verdediging geen ondervragingsgelegenheid heeft gehad tijdens de procedure in het nationale recht. In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het Hof deze regel genuanceerd. Het Hof heeft aangegeven dat compenserende factoren een schending kunnen voorkomen in het geval de verdediging een cruciale belastende getuige niet heeft kunnen ondervragen.⁶⁰ De *sole or decisive rule* heeft dus niet langer een absolute werking.⁶¹

Bij een klacht over het ondervragingsrecht dienen de volgende vragen te worden beantwoord om na te gaan of er sprake is van een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM⁶²:

1. Is er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige?

Als er geen goede reden is voor de afwezigheid van de getuige, er dus geen ondervragingsgelegenheid is geweest voor de verdediging en de afgelegde verklaring wordt toch gebruikt voor het bewijs dan kan alleen dat al leiden tot een schending van het ondervragingsrecht.⁶³ Uit eerdere jurisprudentie⁶⁴ werd al duidelijk dat de reden van afwezigheid van de getuige een belangrijke rol speelt bij het gebruik van zijn verklaring voor het bewijs. Echter, het Hof is nu een stapje verder gegaan, doordat het ontbreken van een goede reden op zichzelf al voldoende kan zijn om een schending aan te nemen van

⁵⁸ Duker 2012, p. 331

⁵⁹ EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁰ De Wilde 2012a, p. 274-289; EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 119 en 147.

⁶¹ De Wilde 2012b, p. 2332.

⁶² EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 119 en 152.

⁶³ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 119 -120.

⁶⁴ EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96 (*P.S./Duitsland*) par. 23.

het ondervragingsrecht. De goede reden moet vaak blijken uit de inspanningen die de nationale autoriteiten hebben verricht om de getuige op te sporen, op de zitting te laten verschijnen en daarmee de verdediging een effectieve ondervragingsgelegenheid te bieden.⁶⁵

2. Is de verklaring van de getuige die niet door de verdediging kon worden ondervraagd (noch in het vooronderzoek, noch ter terechtzitting) het enige of beslissende bewijsmateriaal waarop de veroordeling is gebaseerd?⁶⁶

Bij positieve beantwoording van deze vraag werd in het verleden een schending van het ondervragingsrecht aangenomen, compensatie was in dit geval niet mogelijk en kon een schending niet voorkomen.⁶⁷ In het arrest *Al-Khawaja & Tahery* heeft het EHRM aangegeven dat een schending niet direct wordt aangenomen wanneer een bewezenverklaring in beslissende mate is gebaseerd op de enkele verklaring van de getuige die niet is ondervraagd door de verdediging. Compenserende factoren kunnen worden ingezet om de schending te voorkomen.⁶⁸

3. Tot slot dient te vraag te worden beantwoord of er voldoende compenserende factoren aanwezig zijn, inclusief sterke procedurele waarborgen, die verzekeren dat het proces in het geheel eerlijk is.⁶⁹

Onder compenserende factoren worden factoren verstaan die het mogelijk maken om de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring te onderzoeken op een andere wijze dan de rechtstreekse ondervraging.⁷⁰ Voorheen lag de nadruk op compenserende maatregelen die de nationale autoriteiten getroffen hadden in de gevolgde procedure, zij dienden te bestaan uit *strong procedural safeguards*.⁷¹ Een voorbeeld hiervan is dat de verdediging andere getuigen kon ondervragen bij wie de hoofdgetuige zijn verhaal had gedaan.⁷² In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het Hof een ruimere term aangenomen en spreekt zij niet meer van '*counterbalancing procedure*', maar van '*counterbalancing factors*', waaronder ander belastend bewijsmateriaal dient te worden verstaan, het steunbewijs.⁷³ Bekeken wordt of het steunbewijs de beperking waar de verdediging mee te maken heeft gekregen kan compenseren, maar het doet niets af aan de beslissende betekenis van de getuigenverklaring voor het bewijs.⁷⁴

De tweede en derde vraag worden vaak door en met elkaar besproken, zij kennen niet een dwingende volgorde, nu zij dermate met elkaar samenhangen dat zij moeilijk los besproken kunnen worden.⁷⁵

⁶⁵ De Wilde 2012a, p. 274-289.

⁶⁶ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 119. In par. 131 wordt beschreven wat onder de begrippen *sole* en *decisive* moet worden verstaan.

⁶⁷ EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (*Lucà/Italië*) par. 40.

⁶⁸ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 146-147. In par. 119 blijkt dat het Hof het eerdere '*are restricted*' zoals beschreven in par. 40 van EHRM *Lucà/Italië* heeft vervangen door '*may be restricted*', wat op een versoepeling van de eerdere regeling duidt.

⁶⁹ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 119; Fedorova 2012, p. 341.

⁷⁰ De Wilde 2012b, p. 2332.

⁷¹ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 147 en 152; De Wilde 2012a, p. 274-289; De Wilde 2012b, p. 2332.

⁷² De Wilde 2012b, p. 2332.

⁷³ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*), par. 147.

⁷⁴ De Wilde 2012b, p. 2332.

⁷⁵ Fedorova 2012, p. 341; De Wilde 2012b, p. 2333.

Naar aanleiding van de zaak *Al-Khawaja & Tahery* is het eerder gebruikte beslissingsmodel om te beoordelen of sprake is van een schending van het ondervragingsrecht enigszins aangepast en uitgebreid. De vragen die bij de beoordeling van de klacht moeten worden behandeld zijn door De Wilde als volgt uiteengezet⁷⁶:

1. Is er sprake van een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid?
2. Als dat niet het geval is: was het noodzakelijk om het ondervragingsrecht te beperken?
3. Is de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de verklaring van de niet door de verdediging ondervraagde getuige?
4. Hebben zich voldoende compenserende factoren voorgedaan, inclusief sterke procedurele waarborgen?

Dit model is duidelijk en verhelderend en vormt in principe de basis bij de behandeling van dergelijke klachten omtrent het ondervragingsrecht, ook al blijft het natuurlijk afhankelijk van de omstandigheden en de feiten van het geval.

1.1.3 Verdere ontwikkeling na EHRM Al-Khawaja & Tahery

Na de uitspraak in de zaak *Al-Khawaja & Tahery* heeft het EHRM in verschillende zaken uitspraak gedaan waarmee het eerder genoemde beslissingsmodel nader is ingekleurd. Hieronder worden een aantal uitspraken kort besproken om het bovenstaande te verduidelijken. Wat de anonieme getuigen betreft gaat het om de zaken *EHRM Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk*⁷⁷ en *EHRM Sarkizov/Bulgarije*⁷⁸. De zaken *EHRM Vidgen/Nederland*⁷⁹, *EHRM Hümmel/Duitsland*⁸⁰, *EHRM Sievert/Duitsland*⁸¹ betreffen de gewone getuigen.

In de zaak *Ellis, Simms & Martin* heeft het EHRM zich uitgelaten over het gebruik van anonieme getuigenverklaringen die in beslissende of uitsluitende mate het bewijs vormen waarop de veroordeling berust. Het Hof heeft aangegeven dat het mogelijk is om dergelijke anonieme getuigenverklaringen te gebruiken maar slechts als de beperkingen van de verdediging voldoende worden gecompenseerd.⁸² Deze uitspraak betreft een nadere invulling van het beslissingsmodel, nu duidelijk is geworden dat het beslissingsmodel niet alleen betrekking heeft op getuigenverklaringen van gewone getuigen, maar dat het model ook van toepassing is op anonieme getuigen. De volgende compenserende maatregelen zorgden ervoor dat een schending kon worden voorkomen: de anonieme getuige kon ter zitting worden ondervraagd, waardoor alle partijen zijn gedrag waar konden nemen en op basis daarvan een oordeel konden vormen over de betrouwbaarheid van de verklaring (par. 82), de zittingsrechter heeft meerdere malen zorgvuldig onderzocht of de status van anonimiteit terecht is verleend aan de getuige, of een goede belangenafweging is gemaakt (par. 83), daarnaast is de jury geïnstrueerd om het bewijsmateriaal zorgvuldig te beoordelen (par. 84-85).⁸³ Uit het arrest *Sarkizov* volgt met betrekking tot anonieme getuigen, dat in het geval de verdediging geen of een beperkte ondervragingsgelegenheid heeft gehad en deze verklaring niet een doorslaggevende rol heeft gespeeld bij de veroordeling, compenserende factoren nodig zijn om een schending van het ondervragingsrecht te voorkomen.⁸⁴ Het doet er volgens het Hof dus niet toe of het gaat om een anonieme

⁷⁶ De Wilde 2012a, p. 274-289.

⁷⁷ EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk).

⁷⁸ EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, nr. 38022/06, nr. 39122/06 en nr. 44278/06 (Sarkizov e.a./Bulgarije).

⁷⁹ EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland).

⁸⁰ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (Hümmel/Duitsland).

⁸¹ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland).

⁸² De Wilde 2012b, p. 2332.

⁸³ De Wilde 2012b, p. 2334-2335.

⁸⁴ EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, nr. 38022/06, nr. 39122/06 en nr. 44278/06 (Sarkizov e.a./Bulgarije) par. 57-58; De Wilde 2012b, p. 2336.

getuigenverklaring die van doorslaggevende betekenis is bij de veroordeling, of dat het gaat om een anonieme getuigenverklaring die geen doorslaggevende rol heeft gespeeld bij de bewezenverklaring.

In de zaak *Vidgen* komt het EHRM tot een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM, nu de verdediging geen effectieve ondervragingsgelegenheid is geboden om de verklaring van de getuige te betwisten. De getuige in deze zaak weigerde antwoord te geven op de gestelde vragen en bleef zwijgen, hij beriep zich op het verschoningsrecht. Het Hof heeft geoordeeld dat het enkel bieden van de gelegenheid tot het ondervragen van de getuige onvoldoende is als de getuige zich hult in zwijgzaamheid, er dient een effectieve ondervragingsgelegenheid te zijn en daar was in dit geval geen sprake van. Tevens bleek de verklaring van de getuige het enige en daarmee beslissende bewijs te zijn waardoor de rechter tot een veroordeling is gekomen. Doordat de getuige bleef zwijgen, was het zinloos hem te ondervragen en is de verdediging in haar recht beperkt. Problematisch is echter dat door de nationale autoriteiten onvoldoende compenserende procedurele maatregelen zijn genomen, wat een schending van het ondervragingsrecht tot gevolg heeft gehad.⁸⁵ De conclusie is dus dat een *effectieve* ondervragingsgelegenheid moet worden geboden.

Zowel in de zaak *Hümmer* als in de zaak *Sievert* ging het om getuigen die tijdens de terechtzitting een beroep deden op het verschoningsrecht. In de zaak *Hümmer* was het daardoor voor de verdediging niet mogelijk om de getuigen te ondervragen. Dat het familieleden betrof die een beroep deden op het verschoningsrecht leverde geen schending op, familiale verschoningsrechten zijn immers toegestaan.⁸⁶ Vervolgens oordeelde het Hof dat de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen het enige en doorslaggevende bewijs vormde waarop de veroordeling was gebaseerd⁸⁷, waarna zij een oordeel heeft gegeven over de compenserende factoren. Het steunbewijs dat in deze zaak aanwezig was bestond uit samenhangende verklaringen van de getuigen, een verklaring van de arts dat hij een van de getuigen had behandeld, een verklaring van de arts dat hij het verhaal omtrent de verwonding wantrouwde en het feit dat het voorwerp waarmee de verwonding aan een van de getuigen was toegebracht bij de politie was afgegeven.⁸⁸ Noch de verdediging, noch de aanklager en de rechters hebben een oordeel kunnen vormen over de betrouwbaarheid van deze verklaringen. Het steunbewijs in deze zaak bleek onvoldoende te zijn om de beperking van de verdediging te compenseren en een schending van het ondervragingsrecht werd aangenomen.

In de zaak *Sievert* betrof het twee agenten die een beroep deden op het verschoningsrecht. Zij waren ooggetuigen geweest van een ernstige mishandeling door vijf collega's van een aangehouden verdachte, die vervolgens in coma raakte en overleed. Ter terechtzitting weigerden zij vragen van de verdediging te beantwoorden met een beroep op het verschoningsrecht, nu zij zelf mogelijk nog als medeverdachten werden gezien en zelf vervolgd zouden kunnen worden. Het verschoningsrecht zorgde voor een gerechtvaardigde beperking van het ondervragingsrecht van de verdediging. De verklaringen van deze getuigen vormden echter het belangrijkste bewijs tegen de verdachten (collega's) en zij werden voornamelijk op basis daarvan veroordeeld. De compenserende factoren bestonden uit het feit dat de verdediging weliswaar niet de gelegenheid heeft gehad de getuigen zelf te ondervragen, maar dat zij hen wel konden observeren op het moment dat de getuigen werden ondervraagd, waardoor zij een oordeel konden vormen over de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid en dit vervolgens konden betwisten.⁸⁹ Daarnaast werden de belastende verklaringen

⁸⁵ EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (*Vidgen/Nederland*) par. 42, 46-47; EHRM *Vidgen/Nederland*, NJ 2012, 649 m.nt Schalken.

⁸⁶ EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (*Unterpertinger/Oostenrijk*) par. 31-33.

⁸⁷ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (*Hümmer/Duitsland*) par. 41-44.

⁸⁸ EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (*Hümmer/Duitsland*) par. 47-52.

⁸⁹ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (*Sievert/Duitsland*) par. 63.

op de belangrijke onderdelen door ander bewijs gesteund.⁹⁰ Het Hof gaf aan dat voldoende compenserende factoren aanwezig waren en dat daarom een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM niet kon worden aangenomen.

Concluderend kan worden gesteld dat wanneer een beroep wordt gedaan door de getuige op het verschoningsrecht, compenserende factoren dan wel voldoende steunbewijs aanwezig moeten zijn wanneer de veroordeling voornamelijk is gebaseerd op de verklaring van de getuige en er geen effectieve ondervragingsgelegenheid is geweest voor de verdediging. Zijn er onvoldoende compenserende factoren dan levert dat een schending op van het ondervragingsrecht.

1.2 Conclusie

In het arrest *Al-Khawaja & Tahery* is het EHRM een nieuwe weg ingeslagen en heeft zij het eerdere beslissingsmodel enigszins aangepast. Zij houdt niet langer strikt vast aan de *sole or decisive rule*. Compenserende factoren kunnen een schending voorkomen in het geval de verdediging een cruciale belastende getuige niet heeft kunnen ondervragen. Het steunbewijs vormt nu niet langer een beslissend criterium, maar is een onderdeel geworden van de compenserende factoren. Het ondervragingsrecht is met het nieuwe beslissingsmodel aangescherpt waardoor meer bescherming wordt geboden aan de verdachte, immers is alleen steunbewijs onvoldoende om een schending te voorkomen als de verdediging geen ondervragingsgelegenheid heeft gehad gedurende het proces. Daarnaast heeft het Hof bepaald dat het ontbreken van een goede reden voor de afwezigheid van de getuige op zichzelf al voldoende kan zijn voor het aannemen van een schending van het ondervragingsrecht. Het nieuwe beslissingsmodel is duidelijk en meteen toegepast in de jurisprudentie die volgde.

In latere jurisprudentie heeft het EHRM dit beslissingsmodel toegepast en de gestelde eisen nader ingekleurd. Een van de belangrijkste gevolgen is dat het Hof heeft aangegeven dat dit nieuwe model niet alleen van toepassing is op gewone getuigen, maar ook op anonieme getuigen. Verder heeft zij de compenserende factoren nader toegelicht en uitgebreid.

In de casus die is beschreven in de inleiding komt het EHRM tot een schending van het ondervragingsrecht nu de verdediging geen enkele effectieve en behoorlijke gelegenheid heeft gekregen om dit recht uit te oefenen om de afgelegde verklaring in het vooronderzoek te betwisten. Daarnaast worden onvoldoende compenserende factoren geboden nu blijkt dat de veroordeling in beslissende mate op deze verklaring is gebaseerd. Er is onvoldoende steunbewijs voorhanden, waardoor de conclusie dan ook niet anders kan zijn dan dat een schending van het ondervragingsrecht moet worden aangenomen.

⁹⁰ EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland) par. 66. Meer compenserende factoren worden beschreven in par. 63-67.

2 Nederland en het ondervragingsrecht

In dit hoofdstuk staat het ondervragingsrecht in Nederland centraal. Achtereenvolgens wordt de geschiedenis en het doel van het Nederlands strafprocesrecht beschreven, waarna aandacht wordt besteed aan het negatief-wettelijk bewijsstelsel dat Nederland kenmerkt. Steeds zal verder worden ingezoomd op het ondervragingsrecht, waarbij de grondslag en de bedoeling van de wetgever, meer specifiek de wetsartikelen met betrekking tot het ondervragingsrecht, worden besproken. Vervolgens wordt de reikwijdte van het ondervragingsrecht besproken aan de hand van relevante jurisprudentie. Daarna zal de jurisprudentie in Nederland worden behandeld in het kader van het EVRM. Voldoet Nederland aan de door het EHRM gestelde eisen aan het ondervragingsrecht of zijn er punten die het kan verbeteren? Tot slot volgt een conclusie waarin de belangrijkste punten die in dit hoofdstuk aan bod komen kort worden besproken.

2.1 De geschiedenis en het doel van het Nederlands strafprocesrecht

Het Nederlands strafprocesrecht vindt haar geschiedenis in het Franse recht. In 1811 werd de *Code d'Instruction Criminelle* (wetboek van strafvordering) ingevoerd tijdens de Franse bezetting, wat voor het eerst voor eenheid zorgde in het strafprocesrecht.⁹¹ Na de korte gelding van het eerste Nederlandse wetboek van strafrecht, het *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland* (1809-1811), werd in 1811 ook de *Franse Code Pénal* ingevoerd (wetboek van strafrecht), waardoor vanaf dat moment gesproken kon worden van één rechterlijke organisatie, een eenheid in de strafrechtspleging.⁹² Het wetboek bleef op enkele wijzigingen na, van kracht na 1813. Het eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering werd ingevoerd in 1838 en kwam in plaats van de *Code d'Instruction Criminelle*, maar omdat de *Code Pénal* behouden bleef, diende het procesrecht hierop te worden afgestemd en bleef de Franse invloed bestaan. Vervolgens werd in 1886 het *Wetboek van Strafrecht* ingevoerd, wat de vervanger werd van de *Code Pénal*.

Het Wetboek van Strafvordering zoals ingevoerd in 1838 diende opnieuw aangepast te worden, immers was het nu niet meer in overeenstemming met het nieuwe Wetboek van Strafrecht, het was nog te veel gebaseerd op de *Code Pénal* en niet meer hedendaags, nu het zijn grondslag vond in sterk verouderde Ordonnantiën.⁹³ Verschillende onderdelen van het strafprocesrecht moesten worden gewijzigd om te zorgen dat deze wetten op elkaar afgestemd zouden zijn en gesproken kon worden van een eenheid. Uiteindelijk heeft Staatscommissie Ort ervoor gezorgd dat dit wetboek werd aangepast en op 1 januari 1926 in werking trad.⁹⁴ Een van de belangrijkste vernieuwingen was dat er een voorbereidend onderzoek werd geïntroduceerd, dat niet als zuiver inquisitoir, maar als getemperd inquisitoir kon worden beschouwd.⁹⁵ De reden hiervoor is gelegen in de waarheidsvinding, een van de doelen van het strafprocesrecht en in de rechten van de verdediging. In het eerdere wetboek van strafvordering had de verdediging nauwelijks rechten en was de verdachte vooral voorwerp van onderzoek. In het kader van de waarheidsvinding werd bepaald dat het vaststellen van de waarheid op geen enkele wijze mocht worden beperkt door rechtsbeschermende middelen voor de verdachte.⁹⁶ Onder andere Hingst en Van Gigch gaven aan dat het vooronderzoek meer adversaire elementen aan zou moeten nemen, zodat er meer rechten voor de verdediging zouden zijn die zijn rechtspositie

⁹¹ Corstens 2008, p. 41.

⁹² Corstens 2008, p. 41.

⁹³ Van der Meij 2010, p. 33; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3 p. 51.

⁹⁴ Corstens 2008, p. 42-43.

⁹⁵ Corstens 2008, p. 43.

⁹⁶ Van der Meij 2010, p. 34.

zouden verbeteren.⁹⁷ Zoals eerder beschreven heeft Staatscommissie Ort uiteindelijk een wetsvoorstel ingediend wat bijna geheel is overgenomen en heeft geleid tot het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Er kan niet gesproken worden van een zuiver adversair stelsel, nu het openbaar ministerie en de verdediging geen gelijke rechten hebben. De verdediging heeft meer mogelijkheden en rechten gekregen in het vooronderzoek, maar nog steeds kan niet gesproken worden van gelijke partijen. Ook de politie en het openbaar ministerie hebben meer bevoegdheden gekregen wat de opsporing en vervolging betreft.⁹⁸

Het Nederlandse rechtsstelsel wordt vaak gematigd adversair of getemperd inquisitoir genoemd en kent geen zuivere vorm van een van deze procesmodellen. Het voorbereidend onderzoek wordt voornamelijk gekenmerkt door inquisitoire elementen, maar naarmate het proces vordert zijn er steeds meer adversaire elementen aanwezig. Zoals in de inleiding is besproken gaat het Nederlandse strafproces steeds meer richting een adversair stelsel. Dit gebeurt onder invloed van jurisprudentie van het EHRM, maar ook doordat in Nederland nieuwe wetten zijn aangenomen. Met name de Wet versterking positie rechter-commissaris⁹⁹ speelt hierbij een rol.

Het doel van het strafprocesrecht is om een juiste toepassing van het materiële strafrecht te waarborgen. Het strafprocesrecht vormt de schakel tussen het strafbare feit en de door de rechter op te leggen sanctie, waardoor toepassing van het materiële recht op daders mogelijk wordt gemaakt.¹⁰⁰ Een ander doel dat dermate samenhangt met het voorgaande is dat het gaat om het achterhalen van de materiële waarheid, de enige waarheid: wat is er echt gebeurd? De wetgever heeft de doelstelling als volgt verwoord: "zoveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen".¹⁰¹ Om de waarheid boven tafel te krijgen, heeft de overheid verschillende bevoegdheden verkregen, maar deze instrumenten kunnen niet te pas en te onpas worden gebruikt en worden ingezet, zij zijn aan rechtsregels en rechtsbeginselen gebonden.¹⁰² Naast het instrumentele karakter van de overheid om de waarheid te achterhalen heeft zij dus ook een rechtsbeschermend karakter ten opzichte van de verdachte waartegen deze middelen worden ingezet.¹⁰³ De verdachte dient te worden beschermd tegen al te ingrijpende handelingen en bevoegdheden die de overheid toekomen. Uit het bovenstaande blijkt dat een zekere spanning bestaat tussen de vergaande bevoegdheden van de overheid en de waarborgen van de verdachte. Dit heeft geleid dat het element van *equality of arms*, gelijkheid der wapenen, van toepassing is: aan de bevoegdheden van de overheid om het materiële recht uit te kunnen oefenen zijn zodanige rechtsbeschermende waarborgen voor de verdachte verbonden dat de spanning die hier tussen bestaat is verkleind.¹⁰⁴

2.2 Negatief-wettelijk bewijsstelsel

Nederland kent een negatief-wettelijk bewijsstelsel.¹⁰⁵ Dit houdt in dat de rechter alleen op basis van de in de wet opgesomde bewijsmiddelen tot een bewezenverklaring kan komen. Daarnaast duidt de term negatief erop dat de rechter overtuigd moet zijn van de bewijsmiddelen dat de verdachte het ten

⁹⁷ Van der Meij 2010, p. 36-38.

⁹⁸ Van der Meij 2010, p. 47.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 3; *Stb.* 2012, 408.

¹⁰⁰ Corstens & Borgers 2011, p. 6 en 11; Kooijmans 2013, p. 134.

¹⁰¹ Kooijmans 2010, p. 456; Kooijmans 2013, p. 134; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

¹⁰² Kooijmans 2013, p. 134.

¹⁰³ Van der Meij 2010, p. 45.

¹⁰⁴ Kooijmans 2013, p. 134; Corstens & Borgers 2011, p. 605.

¹⁰⁵ Art. 338 Sv.

laste gelegde feit heeft begaan. Ontbreekt de overtuiging bij de rechter dan kan het feit niet bewezen worden verklaard. Een andere eis van het bewijsstelsel is dat er minimaal twee wettige bewijsmiddelen aanwezig moeten zijn om tot een bewezenverklaring te kunnen komen. Mocht de rechter wel overtuigd zijn maar zijn er onvoldoende of geen wettige bewijsmiddelen, dan dient dit tot vrijspraak te leiden.¹⁰⁶ De bewijsmiddelen zijn neergelegd in art. 339 Wetboek van Strafvordering (Sv) en zijn limitatief. De getuigenverklaring als bewijsmiddel is van groot belang in mijn scriptie.¹⁰⁷

2.3 *De wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht*

In deze paragraaf wordt besproken op welk moment gedurende het strafproces de verdediging de mogelijkheid heeft om de getuige te ondervragen, wanneer het ondervragingsrecht een rol speelt gedurende het proces en wat onder het ondervragingsrecht moet worden verstaan.

De getuige kan op verschillende momenten in het strafproces worden gehoord. Dit kan ten eerste plaatsvinden ten overstaan van een opsporingsambtenaar tijdens het opsporingsonderzoek. Het verhoren van een getuige door een opsporingsambtenaar kan uitsluitend op basis van vrijwilligheid geschieden, nu hier geen wettelijke grondslag voor is.¹⁰⁸ Als gevolg hiervan is de verdediging vaak niet aanwezig bij dit verhoor en heeft zij geen mogelijkheid om zich te beroepen op een wettelijke grondslag. Bovendien zijn er geen vormvoorschriften aanwezig voor het politieverhoor van getuigen, maar in de rechtspraak is bepaald dat de politie zich bij het horen van de getuige dient te houden aan de vormvoorschriften die gelden voor de rechter-commissaris en de zittingsrechter, neergelegd in art. 172, 173 en 271 Sv.¹⁰⁹

Het verhoor van de getuige kan ook plaatsvinden ten overstaan van de rechter-commissaris in het vooronderzoek, art. 210 Sv e.v. Het ondervragingsrecht van de verdediging wordt in dit geval voldoende gewaarborgd. Uit art. 186a lid 1 en 2 jo. art. 186 lid 3 Sv blijkt namelijk dat de verdediging de mogelijkheid wordt geboden aanwezig te zijn bij het verhoor door de rechter-commissaris en dat zij vragen door kan geven die zij gesteld wenst te zien door de rechter-commissaris. Slechts als het belang van het onderzoek dat verbiedt is het voor de verdediging niet mogelijk om bij het verhoor aanwezig te zijn.¹¹⁰

Tot slot kan de getuige ter terechtzitting worden gehoord door de zittingsrechter(s), dat volgt uit art. 287 - 297 Sv. Art. 292 lid 3 Sv betreft de wettelijke grondslag voor de verdediging om de getuige te ondervragen tijdens de terechtzitting, dus ook in dit geval wordt het ondervragingsrecht voldoende gewaarborgd. Zoals eerder is beschreven komt het ondervragen van getuigen tijdens de terechtzitting steeds minder voor. Vaker wordt de getuige gehoord in het opsporingsonderzoek door een opsporingsambtenaar of in het voorbereidend onderzoek door de rechter-commissaris. Centraal in deze scriptie staat het ondervragingsrecht van de verdachte om getuigen die eerder een verklaring hebben afgelegd, bijvoorbeeld in het vooronderzoek, te ondervragen ter terechtzitting.

Het ondervragingsrecht betreft het recht van de verdachte om een belastende of een ontlastende getuige te ondervragen tijdens de terechtzitting, zodat hij de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid

¹⁰⁶ Corstens & Borgers 2011, p. 675-676.

¹⁰⁷ De getuigenverklaring als bewijsmiddel is neergelegd in art. 339 lid 1 sub 3 en art. 342 Sv.

¹⁰⁸ Corstens 2008, p. 291; Mols 2003, p. 7-8, 14, 148-149.

¹⁰⁹ Amelsvoort 2012, p. 357.

¹¹⁰ Art. 186a lid 1 Sv.

van de afgelegde verklaring kan toetsen en kan betwisten.¹¹¹ Het uitgangspunt is dat dit ter terechtzitting gebeurt. In Nederland is het echter vaak zo dat getuigen niet meer ter terechtzitting worden opgeroepen, nu de nadruk voornamelijk ligt op het vooronderzoek. In mijn onderzoek staat de getuigenverklaring die in een eerdere fase is afgelegd en door de verdediging moeten kunnen worden betwist dus centraal.

De definitie van het begrip getuige is niet neergelegd in het Wetboek van Strafvordering, zoals dit wel het geval is met het begrip verdachte.¹¹² Corstens geeft de volgende omschrijving van het begrip getuige: “personen die iets omtrent het strafbare feit kunnen verklaren”.¹¹³ Mols verstaat onder een getuige: “iemand die in het strafproces meedeelt wat hij al dan niet zelf en rechtstreeks heeft waargenomen van het strafbaar feit”.¹¹⁴ Ook is het mogelijk dat onder deze beschrijving personen vallen die al een rol vervullen in het strafproces, zoals de rechter, de griffier, de officier van justitie, de verdachte en de raadsman.¹¹⁵

De getuigenverklaring is een wettig bewijsmiddel en is neergelegd in art. 339 Sv, lid 1 sub 3 Sv. Art. 342 Sv geeft vervolgens aan wat onder deze verklaring dient te worden verstaan:

1. *Onder verklaring van een getuige wordt verstaan zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeeling van feiten of omstandigheden, welke hij zelf waargenomen of ondervonden heeft.*
2. *Het bewijs dat de verdachte het telastgelegde feit heeft begaan, kan door den rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige.*

Getuigen worden in beginsel ter terechtzitting door de rechter ondervraagd omtrent de door hen opgemerkte feiten en omstandigheden, art. 292 lid 1 Sv. Dit leidt tot toepassing van art. 292 lid 3 Sv, waar de verdachte de mogelijkheid wordt geboden om de getuige te ondervragen en vervolgens tegen die verklaring in te brengen wat ten behoeve van zijn verdediging kan zijn. Het uitgangspunt van art. 342 lid 1 Sv is dus dat de getuige op de zitting wordt gehoord en dat de rechter geen gebruik mag maken van verklaringen van personen die niet door hemzelf zijn gehoord.¹¹⁶ Desondanks zijn er uitzonderingen en is het mogelijk dat een verklaring afgelegd tijdens het vooronderzoek ook als bewijs mag dienen, zoals een *de-auditu* verklaring.

Deze verklaring wordt ook wel een verklaring 'van horen zeggen' genoemd.¹¹⁷ Een verklaring 'van horen zeggen', betreft een verklaring van persoon A, die overbrengt wat hij een ander, persoon B heeft horen verklaren.¹¹⁸ Een probleem dat hier speelt is dat de rechter geen mogelijkheid heeft om de verklaring van persoon B te onderzoeken en te controleren op betrouwbaarheid, terwijl dat nu juist de verklaring is waar het om draait. De rechter heeft slechts de mogelijkheid om persoon A te horen over de omstandigheden waaronder persoon B hem iets heeft verteld. Daardoor kan de rechter de betrouwbaarheid van deze getuige, persoon A, wel beoordelen, mede doordat hij nu ook de non-verbale houding van hem kan aanschouwen, maar de betrouwbaarheid van persoon B kan niet worden getoetst.¹¹⁹

¹¹¹ HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, NJ 2013, 145 m.nt. Schalken; Garé 1994, p. 83-84.

¹¹² De definitie van het begrip verdachte is neergelegd in art. 27 Sv.

¹¹³ Corstens & Borgers 2011, p. 124.

¹¹⁴ Prakken & Spronken 2009, p. 297.

¹¹⁵ Corstens & Borgers 2011, p. 125-126; Mols 2003, p. 269 e.v.

¹¹⁶ Garé 1994, p. 83-84.

¹¹⁷ HR 20 december 1926, ECLI:NL:HR:1926:BG9435.

¹¹⁸ Borgers 2009, p. 838.

¹¹⁹ Borgers 2009, p. 838.

In eerste instantie lijkt het *de-auditu* arrest niet in lijn met het wettelijke uitgangspunt in art. 342 lid 1 Sv, namelijk het horen van getuigen op de terechtzitting door de rechter. *De-auditu* verklaringen afgelegd door getuigen in het vooronderzoek, zowel schriftelijk als mondeling, kunnen anders dan het uitgangspunt deed vermoeden, toch gebruikt worden als wettig bewijsmiddel in het strafproces. Het proces-verbaal van deze getuigenverklaring is formeel een schriftelijk bescheid, maar materieel blijft de getuigenverklaring fungeren als bewijsmiddel.¹²⁰

2.4 Het ondervragingsrecht in de rechtspraak

In deze paragraaf staat de reikwijdte van het ondervragingsrecht centraal. Eerst zal kort de jurisprudentie besproken worden voor de zaak Vidgen. Hierbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen de gewone getuige, de kwetsbare getuige en de anonieme getuige. Vervolgens staat de zaak Vidgen centraal, dat voor een omslagpunt in de mening van de Hoge Raad heeft gezorgd en tot slot komt de jurisprudentie post-Vidgen aan bod. Het hoofdstuk zal afgesloten worden met een conclusie.

2.4.1 De aanloop naar het Vidgen-arrest

In deze paragraaf wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad besproken waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de gewone getuige, de kwetsbare getuige en de anonieme getuige.

a. De gewone getuige

Met betrekking tot de gewone getuige oordeelt de Hoge Raad dat een getuigenverklaring voor het bewijs mag worden gebruikt als de verdediging in enig stadium van het geding de gelegenheid heeft gehad om de getuige te ondervragen, waardoor zij de mogelijkheid heeft gehad om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te toetsen en zij in de gelegenheid is gesteld deze verklaring aan te vechten door deze getuige te ondervragen.¹²¹ Hierbij mag van de verdediging enig initiatief worden verwacht.¹²² Als de verdediging geen verzoek heeft gedaan om de getuige ter terechtzitting te horen, dan mag de getuigenverklaring in principe worden gebruikt voor het bewijs.¹²³ In enkele gevallen komt het voor dat er helemaal geen gelegenheid is geweest voor de verdediging om de getuige te ondervragen, bijvoorbeeld omdat de getuige is komen te overlijden of omdat de getuige nooit is komen opdagen, terwijl hij wel is opgeroepen. Het gebruik van de eerder afgelegde getuigenverklaring levert niet automatisch een schending op van het ondervragingsrecht, maar slechts als de verklaring in belangrijke mate steun vindt in andere bewijsmiddelen.¹²⁴ Het steunbewijs zal betrekking moeten hebben op de onderdelen van de belastende verklaring die door de verdachte wordt betwist¹²⁵, zodat de betrouwbaarheid van de verklaring toch deels kan worden getoetst en de waarheidsvinding wordt gediend.

¹²⁰ Corstens 2008, p. 291.

¹²¹ Zie noot Corstens bij HR 1 februari 1994 ECLI:NL:HR:1994:AB7528, NJ 1994, 427; Corstens & Borgers 2011, p. 702; Duker 2012, p. 329; Mols 2003, p. 343-344.

¹²² HR 1 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AB7528, NJ 1994, 427, m.nt. Corstens, r.o. 6.3.3. par. i en ii (grenzen getuigenbewijs); Kooijmans 2013, p. 135; Mols 2003, p. 348-349.

¹²³ Duker 2012, p. 329; Mols 2003, p. 345.

¹²⁴ HR 1 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AB7528; HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5836. Zie HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1013; HR 29 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1132 waarin dit is afgezwakt tot 'in voldoende mate'; Duker 2012, p. 329-330; Mols 2003, p. 344.

¹²⁵ HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1013; HR 29 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1132; HR 12 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1559 (Bocos Cuesta); HR 11 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2099; HR 20 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5704 (ondervraging minderjarig slachtoffer); HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2601; HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5836; Duker 2012, p. 330; Kooijmans 2013, p. 135.

b. De kwetsbare getuige

Het ondervragingsrecht kan ook in het geding zijn als het belang van een getuige om niet gehoord te worden door de verdediging zwaarder weegt dan het recht van de verdediging op deze ondervraging.¹²⁶ Dit kan spelen wanneer de gezondheid of het welzijn van de getuige door een ondervraging in gevaar komt, bijvoorbeeld in een zedenzaak waar minderjarige slachtoffers bij betrokken zijn en de confrontatie met de verdachte onnodig leed en herleving van de gebeurtenis zou veroorzaken. Deze getuigen worden ook wel kwetsbare getuigen genoemd. In deze gevallen ontbreekt dus een gelegenheid voor de verdediging om de getuige te ondervragen. De afgelegde belastende verklaring levert niet direct een schending op van het ondervragingsrecht als het wordt gebruikt voor het bewijs, indien compensatie wordt geboden.¹²⁷ De compensatie kan bestaan uit het afspelen van video-opnamen van het verhoor zoals deze is afgenomen in het vooronderzoek, tijdens de terechtzitting of het onderzoek van een deskundige naar de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring in het afgespeelde verhoor.¹²⁸ Naast de compensatie dient voldaan te worden aan het wettelijk bewijsminimum geformuleerd in art. 342 lid 2 Sv, *unus testis nullus testis*.¹²⁹ De wettelijke eis van voldoende steunbewijs betreft de tenlastelegging in zijn geheel en niet slechts een onderdeel daarvan.¹³⁰

c. De anonieme getuige

De anonieme getuige is in het leven geroepen om de getuige die angstig is om te verklaren wegens mogelijke bedreigingen of represailles van de verdachte en/of zijn mededaders, toch een verklaring of te laten leggen zonder dat deze persoon zich onveilig hoeft te voelen.¹³¹ Door de aanvaarding van de *de-auditu* verklaring is het ook mogelijk geworden om een anonieme getuigenverklaring afgelegd in het vooronderzoek te gebruiken voor het bewijs, dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad op 17 januari 1938.¹³² Later heeft de Hoge Raad beslist dat een proces-verbaal van een anonieme getuigenverklaring door de rechter mag worden gebezigd als bewijs, maar dat hier behoedzaam mee om dient te worden gegaan.¹³³ Verschillende wettelijke bepalingen zijn naar aanleiding van deze jurisprudentie opgenomen in het Wetboek van Strafvordering.¹³⁴ Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen vier soorten getuigen: de bedreigde getuige (art. 226a -226f Sv jo art. 219a Sv), de afgeschermd getuige (art. 226m-226s Sv jo art 219 b Sv), de beperkt anonieme getuige (art. 190 lid 1 en 290 lid 2 Sv) en de onvindbare anonieme getuige (art. 344a lid 3 Sv).¹³⁵

¹²⁶ Duker 2012, p. 330; Art. 264 lid 1 sub b en art. 288 lid 1 sub b Sv.

¹²⁷ HR 20 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5704 (ondervraging minderjarig slachtoffer), m.nt. Schalken, r.o. 3.6; HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9001; HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 510; Borgers 2008, p. 689; Duker 2012, p. 330.

¹²⁸ Bartels 2012, p. 377; Duker 2012, p. 330; HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3847, *NJ* 2010, 191 m.nt. Reijntjes, r.o. 3.5; HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9001, *NJ* 2010, 510.

¹²⁹ Kooijmans 2013, p. 135; HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512; HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 513.

¹³⁰ Kooijmans 2013, p. 135; HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452, *NJ* 2010, 515 m.nt. Borgers. Zie ook Borgers 2012, p. 873-893.

¹³¹ Corstens & Borgers 2011, p. 706; Dreissen & Nauta 2012, p. 58.

¹³² HR 17 januari 1938, *NJ* 1938, 709 m.nt. Taverne; Corstens & Borgers 2011, p.705; Art. 226a Sv.

¹³³ HR 4 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AB8740 *NJ* 1982, 268 m.nt. van Veen; HR 5 februari 1980, ECLI:NL:HR:1981:AC1259, *NJ* 1981, 319 m.nt. van Veen.

¹³⁴ HR 4 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AB8740 *NJ* 1982, 268 m.nt. van Veen; *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3.

¹³⁵ De Wilde 2012b, p. 2337; Bokhorst 2012, p. 17: De aandacht zal minder gericht zijn op de afgeschermd getuige dan op de bedreigde getuige nu is gebleken dat de status van afgeschermd getuige de afgelopen vijf jaar niet is gebruikt.

De procedure voor de bedreigde getuige wordt toegepast wanneer de getuige ernstige represailles vreest van de verdachte wanneer zijn identiteit bekend zou worden gemaakt. Het betreft dus een vergaande mate van bescherming waardoor de verdediging zeer beperkt wordt in haar ondervragingsrecht en zij niet op alle vragen antwoord zal krijgen.¹³⁶ Kenmerkend voor het procesverbaal van het verhoor van de bedreigde getuige is dat er een grote hoeveelheid niet of beperkt weergegeven antwoorden in zijn opgenomen.¹³⁷ De verdediging is vaak afwezig bij het verhoor, waardoor zij geen gelegenheid heeft om de betrouwbaarheid van de verklaring te toetsen aan de hand van de non-verbale communicatie en de reactie van de getuige op bepaalde vragen die gesteld worden. Zij heeft geen mogelijkheid tot het observeren van de getuige.¹³⁸ In enkele gevallen kan de verdediging worden uitgesloten van aanwezigheid bij het verhoor van de bedreigde getuige, maar slechts wanneer ook de aanwezigheid van de officier van justitie niet wordt toegestaan hetgeen is bepaald in art. 126d lid 1 Sv. Zowel de verdediging als de officier van justitie krijgen dan de mogelijkheid om via telecommunicatie schriftelijk hun vragen te stellen dan wel op te geven, zoals neergelegd in art. 126d lid 2 Sv.¹³⁹ Vervolgens dient de vraag zich aan of deze verklaring mag worden gebruikt voor het bewijs. Het antwoord hierop is te vinden in art. 344a Sv waar in lid 1 wordt aangegeven dat het bewijs niet uitsluitend of in beslissende mate op anonieme verklaringen mag berusten.¹⁴⁰ Daarnaast geeft art. 344a lid 2 Sv aan dat sprake dient te zijn van een bedreigde dan wel een afgeschermd getuige welke door de rechter-commissaris in die hoedanigheid is verhoord en dat het moet gaan om een misdrijf zoals neergelegd in art. 67 lid 1 Sv. Wanneer aan deze eisen is voldaan kan de getuigenverklaring gebruikt worden voor het bewijs, al is gebleken dat de laatstgenoemde eis gemakkelijk wordt vervuld.¹⁴¹

De beperkt anonieme getuige betreft een minder beschermende vorm dan de bedreigde en de afgeschermd getuige. Het betreft hier de getuige die overlast zou kunnen ondervinden dan wel in de uitoefening van zijn beroep zal worden belemmerd door het afleggen van een verklaring, bijvoorbeeld een politieambtenaar die anoniem wil blijven.¹⁴² Art. 344a Sv is niet van toepassing op de beperkt anonieme getuige nu deze persoon door de wetgever niet mag worden aangemerkt als een persoon 'wiens identiteit niet blijkt', nu zij immers op de terechtzitting kunnen worden ondervraagd.¹⁴³ Een verklaring van een beperkt anonieme getuige weegt net zo zwaar als een verklaring van een gewone getuige en dus is slechts ondersteunend bewijsmateriaal nodig om te voldoen aan de eis neergelegd in art. 342 lid 2 Sv.¹⁴⁴ Uit verschillende uitspraken van de Hoge Raad volgt dat de rechter bij het gebruik van een beperkt anonieme getuigenverklaring de reden van de toekenning van deze beperkte anonimiteit moet laten blijken en dat de rechter aan dient te geven waarom deze toekenning geen afbreuk heeft gedaan aan het ondervragingsrecht van de verdediging.¹⁴⁵ Tot slot geldt een bijzondere motiveringsplicht als de rechter gebruikt maakt van de beperkt anonieme getuigenverklaring als bewijs.¹⁴⁶

¹³⁶ Corstens & Borgers 2011, p. 705-706; Janssen 2012, p. 384; De Wilde 2012b, p. 2337.

¹³⁷ Janssen 2012, p. 384.

¹³⁸ Janssen 2012, p. 384.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22483, nr. 3.

¹⁴⁰ Corstens & Borgers 2011, p. 709; De Wilde 2012b, p. 2337.

¹⁴¹ Janssen 2012, p. 384; De Wilde 2012b, p. 2337.

¹⁴² De Wilde 2012b, p. 2337.

¹⁴³ De Wilde 2012b, p. 2338; *Kamerstukken* 1991/92, 22 483 nr. 3, p. 35.

¹⁴⁴ Janssen 2012, p. 382.

¹⁴⁵ Janssen 2012, p. 383; HR 23 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0799; HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7278; HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3300.

¹⁴⁶ O.a. HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7278; zie art. 360 lid 1 Sv.

Tot slot is er de onvindbare anonieme getuige, waarbij het kan gaan om een anonieme tip of om een verklaring van een onbekend gebleven persoon in het strafproces.¹⁴⁷ De wetgever heeft deze gevallen beschreven als "personen wiens identiteit niet blijkt"¹⁴⁸. De verklaring van deze getuige mag slechts worden gebruikt wanneer is voldaan aan de eisen genoemd in art. 344a lid 3 Sv: de bewezenverklaring dient in belangrijke mate steun te vinden in andersoortig bewijsmateriaal en de verdediging heeft op geen enkel moment in het geding te kennen gegeven de getuige te willen ondervragen. Hieruit blijkt dat beperkte waarde wordt gehecht aan een dergelijke getuigenverklaring nu de bewezenverklaring niet in belangrijke mate hierop mag berusten. Daarnaast kan de verdediging er immers gemakkelijk voor zorgen dat de verklaring niet mag worden gebruikt als bewijsmiddel en dat de verklaring buitenspel wordt gezet.¹⁴⁹

De Hoge Raad heeft gedurende de jaren duidelijke richtlijnen gesteld en deze aangescherpt. Toch is in het vorige hoofdstuk al gebleken dat Nederland de afgelopen jaren meerdere malen door het EHRM op de vingers is getikt met betrekking tot het ondervragingsrecht, omdat het de gestelde eisen door het EHRM onvoldoende heeft nageleefd. Desondanks heeft Nederland het twintig jaar lang nagelaten om daadwerkelijk iets met de uitspraken van het EHRM te doen. Tot de uitspraak in de zaak Vidgen.

2.4.2 Een omslagpunt door het Vidgen-arrest

In de zaak Vidgen¹⁵⁰ werd de heer Vidgen verdacht van het medeplegen van het uitvoeren van drugs naar het buitenland. Twee medeverdachten, A en M, werden vervolgd in Duitsland. Medeverdachte M legde in Duitsland de verklaring af dat Vidgen op de hoogte was van het uitvoeren van de drugs en dat hij wist dat de drugs verstopt zaten in de motoren. Deze verklaring werd in Nederland gebruikt als bewijs tegen Vidgen. Op het moment dat deze verklaring werd afgelegd waren noch Vidgen noch zijn advocaat hierbij aanwezig. Tijdens een later moment is Vidgen wel aanwezig geweest bij een verhoor door de rechter-commissaris, maar heeft hij niet de gelegenheid gehad om zelf vragen te stellen aan M. Vervolgens weigerde M ter terechtzitting een nieuwe verklaring af te leggen en deed hij een beroep op het verschoningsrecht. Hierdoor kreeg de verdediging geen antwoord op de gestelde vragen aan de getuige. Vidgen werd zowel door de rechtbank als door het gerechtshof veroordeeld. De verklaring van M vormde het voornaamste bewijs voor het gerechtshof om Vidgen te veroordelen. Volgens het gerechtshof was er voldoende steunbewijs dat de belastende getuigenverklaring van M op de belangrijkste punten ondersteunde. Uiteindelijk belandde de zaak bij de Hoge Raad, waar Vidgen aangaf dat een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM moest worden aangenomen, nu hij geen mogelijkheid heeft gehad om de getuige te ondervragen omtrent zijn afgelegde verklaring en deze verklaring wel werd gebruikt voor het bewijs. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake is van een schending van het ondervragingsrecht zoals neergelegd in art. 6 lid 3 sub d EVRM, nu de verdediging de mogelijkheid heeft gehad om in enig stadium van het geding de getuige te ondervragen. Dat de getuige vervolgens weigert de vragen te beantwoorden doet daar niets aan af volgens de Hoge Raad. De verdediging heeft immers wel de gelegenheid gehad om de eerder afgelegde verklaring van de getuige te betwisten. De overheid heeft voldoende inspanningen verricht door de getuige ter terechtzitting te laten verschijnen en dus genoeg gedaan om aan het ondervragingsrecht van de verdediging te voldoen, aldus de Hoge Raad.¹⁵¹

¹⁴⁷ Janssen 2012, p. 382.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3, p. 35.

¹⁴⁹ Janssen 2012, p. 382.

¹⁵⁰ HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1633 (Vidgen).

¹⁵¹ HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1633 (Vidgen) r.o. 4.6 - 4.7; Kooijmans 2013, p. 136-137.

Vidgen heeft zich tot slot gewend tot het EHRM, waar hij klaagde dat zijn veroordeling uitsluitend en in beslissende mate was gebaseerd op de eerder afgelegde getuigenverklaring van M, een getuige die hij vervolgens niet heeft kunnen ondervragen. De uitspraak van het EHRM in de zaak Vidgen heeft gezorgd voor een omslagpunt in de Nederlandse rechtspraak.

Het EHRM oordeelde dat een schending van het ondervragingsrecht in dit geval wel moest worden aangenomen:

"46. The Court thus concludes that M.'s statements to the German police officer were the "sole" evidence of the applicant's criminal intent and thus "decisive" for the applicant's conviction. The present case is therefore to be likened to Lucà and to Tahery's case in Al-Khawaja and Tahery. The earlier admissibility decision in the case of Peltonen, prayed in aid by the Government, does not alter this finding. It is important to note that in the latter case, the domestic court relied on corroborating evidence in the form of statements of other witnesses, telephone traffic records and the presence of a sum of money in cash that could only be accounted for as the proceeds of crime.

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

Zoals het EHRM al aangaf in de zaak *Al-Khawaja & Tahery*¹⁵² heeft de verdediging het recht op een *adequate and propoor opportunity* om de getuige tijdens enig stadium in het geding te ondervragen omtrent de eerder afgelegde verklaring.¹⁵³ Een schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM zal worden aangenomen als er geen effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid voor de verdediging is geweest en de eerder afgelegde getuigenverklaring wordt meegenomen als bewijs. Ook al heeft de overheid vergaande inspanningen verricht om de getuige ter terechtzitting te laten verschijnen, als de getuige vervolgens weigert de gestelde vragen door de verdediging te beantwoorden, kan men niet spreken van een effectieve ondervragingsgelegenheid.

Wordt de eerder afgelegde getuigenverklaring toch gebruikt voor het bewijs, dan is het belangrijk om te bezien of het gaat om een verklaring waarop de veroordeling in beslissende mate is gebaseerd. Is dat niet het geval, dan wordt een schending niet snel aangenomen.¹⁵⁴ In dit geval vormde de verklaring van M het enige en beslissende bewijs waarop de veroordeling werd gebaseerd en zijn onvoldoende maatregelen genomen om de beperkingen van de verdediging met betrekking tot het ondervragingsrecht te compenseren, waardoor de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring van M niet kon worden gegarandeerd.¹⁵⁵ Dit kan ervoor zorgen dat de waarheidsvinding in de knel komt.

Concluderend oordeelde het EHRM, aan de hand van het beslissingsmodel dat is ontwikkeld in *Al-Khawaja & Tahery*, dat een schending van het ondervragingsrecht moest worden aangenomen. Een effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid heeft zich niet voorgedaan voor de verdediging en daarnaast berustte de veroordeling uitsluitend en in beslissende mate op de eerder afgelegde verklaring van M. Vervolgens is nagelaten om voldoende compenserende maatregelen te nemen, wat ervoor zorgt dat twijfel kan ontstaan omtrent de betrouwbaarheid en de waarheidsvinding van de afgelegde getuigenverklaring.

¹⁵² EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland) par. 38.

¹⁵³ Kooijmans 2013, p. 138.

¹⁵⁴ EHRM 5 april 2005, nr. 39209/02 (Scheper/Nederland).

¹⁵⁵ Kooijmans 2013, p. 139.

2.4.3. Post-Vidgen jurisprudentie

De uitspraak van het Hof in de zaak *Vidgen* heeft ervoor gezorgd dat Nederland daadwerkelijk stappen heeft ondernomen om te voldoen aan de door het EHRM gestelde eisen. Nederland probeert het nieuwe beslissingsmodel zoals dat is besproken in *Al-Khawaja & Tahery* na te leven. Dit is onder andere tot uiting gekomen in de uitspraak van HR 29 januari 2013¹⁵⁶, waar de Hoge Raad aangeeft dat het ondervragen van een getuige ter terechtzitting, die weigert te antwoorden, niet aangemerkt kan worden als een effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid. Hij neemt de lijn van het Hof dus over en komt terug op zijn eerdere beslissingen. De afgelegde verklaring door de getuige in het vooronderzoek kan wel worden gebruikt voor het bewijs mits voldoende compensatie wordt geboden en het niet het enige en beslissende bewijs is waarop de veroordeling rust. De verdediging had in dit geval noch in het vooronderzoek noch tijdens de terechtzitting de mogelijkheid gehad om de getuige op een effectieve wijze te ondervragen, maar er was wel voldoende steunbewijs¹⁵⁷ voorhanden waardoor de verdachte toch kon worden veroordeeld. Het EHRM heeft echter aangegeven dat grondig onderzoek moet worden gedaan naar het steunbewijs. Het is van belang dat dit bewijs serieus wordt onderzocht op deugdelijkheid en betrouwbaarheid en het niet zomaar wordt aangenomen.¹⁵⁸ Nederland gaat hier niet zo ver in als het EHRM wenst, maar neemt de aanwezigheid van voldoende steunbewijs snel aan.

Daarnaast heeft Nederland gezorgd voor een aanpassing wat het steunbewijs en de compensatie betreft die geboden moet worden wanneer de verdediging het ondervragingsrecht onvoldoende uit heeft kunnen oefenen.¹⁵⁹ Al blijft dit lastiger te beoordelen, omdat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Zowel in de zaak HR 29 januari 2013 als in de zaak HR 19 februari 2013 heeft de Hoge Raad de eerste vraag van het beslissingsmodel niet beantwoord en gaat hij daaraan voorbij. De vraag naar de toelaatbaarheid van het niet effectief kunnen ondervragen slaat de Hoge Raad in het geheel over en hij gaat dus niet in op de vraag of de beperking van het ondervragingsrecht gerechtvaardigd was. De Hoge Raad handelt niet volgens de vereiste lijn van het Hof en neemt aan dat de beperking van het ondervragingsrecht geen probleem is, als er maar voldoende steunbewijs aanwezig is. De Hoge Raad leeft het beslissingsmodel van *Al-Khawaja & Tahery* niet nauwkeurig na, wat gevolgen kan hebben voor de bewezenverklaring en dus ook voor de veroordeling. Een ander probleem wat zich naar aanleiding hiervan voordoet wordt duidelijk uiteen gezet door Schalken in zijn noot bij HR 19 februari 2013:

“Door in de bespreking van de cassatieschriftuur het Straatsburgse stappenschema en de volgorde daarin niet in acht te nemen laat de Hoge Raad onduidelijkheid bestaan over de exacte verschillen of overeenkomsten tussen relevante arresten. Zo rijst al meteen de vraag wat de Hoge Raad eigenlijk onder ‘steunbewijs’ verstaat in relatie tot het ondervragingsrecht en in welke fase van het stappenschema dit type bewijs een rol speelt.”¹⁶⁰

¹⁵⁶ HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013, 145 m.nt. Schalken.

¹⁵⁷ Dit steunbewijs is ingevuld door de Hoge Raad in HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1013; HR 20 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5704 m.nt Schalken.

¹⁵⁸ HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013, 145 m.nt. Schalken.

¹⁵⁹ HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013, 145 m.nt. Schalken; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1439, *NJ* 2013, 191 m.nt. Schalken.

¹⁶⁰ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1439, *NJ* 2013, 191 m.nt. Schalken, nr. 3.

Al met al is de Hoge Raad op de goede weg om aan de eisen van het Hof te voldoen, maar nog steeds schiet hij op een paar belangrijke punten tekort. Zo heeft de Hoge Raad onder andere nog onvoldoende duidelijk gemaakt wat hij met de begrippen compensatie en steunbewijs bedoelt.

Zoals Reijntjes treffend verwoord lijkt het alsof de Hoge Raad geen onderscheid aanbrengt tussen procedurele en bewijsrechtelijke regels en daardoor de begrippen compensatie en steunbewijs hanteert alsof zij onderling uitwisselbaar zijn¹⁶¹.

In de loop der jaren zal Nederland zich nog meer aan moeten passen naar de eisen van het EHRM en zal het ervoor moeten zorgen dat de *equality of arms* en het recht op tegenspraak beter worden nageleefd in het ondervragingsrecht.

2.5 Conclusie

Nederland is de afgelopen jaren meerdere malen door het EHRM op de vingers getikt met betrekking tot het ondervragingsrecht. Uiteindelijk heeft de zaak *Vidgen* voor een omslagpunt gezorgd voor Nederland en zijn daadwerkelijk stappen ondernomen om aan de eisen en het beslissingsmodel van het EHRM te voldoen. De Hoge Raad heeft de uitspraak van *Vidgen* toegepast in haar eigen jurisprudentie en geoordeeld dat een effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid meer moet zijn dan het alleen op zitting laten verschijnen van een getuige. Als de getuige vervolgens iedere vraag weigert te beantwoorden van de verdediging, is er geen sprake van een effectieve ondervragingsgelegenheid. Toch blijven er enkele ontwikkelpunten voor Nederland bestaan, met name met betrekking tot de compenserende factoren en het gebruik van steunbewijs. Tot op heden is het nog niet geslaagd een eenduidige invulling voor deze begrippen te vinden en worden deze begrippen regelmatig door elkaar gebruikt. Nederland zal dus verdere stappen moeten ondernemen om het beslissingsmodel zoals dat in *Al-Khawaja & Tahery* is neergelegd, na te leven. Nederland kan de positie van de *equality of arms* dus meer versterken en verbeteren. Daarom zal de nadruk in het volgende hoofdstuk liggen op het ondervragingsrecht in Amerika. Uiteindelijk is het doel om de vraag te beantwoorden of Nederland inspiratie kan halen uit het Amerikaanse recht om de positie van de *equality of arms* in haar eigen strafprocesrecht te versterken.

De Hoge Raad zou als volgt oordelen over de casus die in de inleiding is beschreven. Een schending van het ondervragingsrecht zou worden aangenomen nu aan de verdediging geen *effectieve* ondervragingsgelegenheid is geboden en zij daardoor geen mogelijkheid heeft gehad om de betrouwbaarheid van de verklaring te toetsen en te betwisten. De belastende getuigenverklaring van de medeverdachte vormt het voornaamste bewijs in deze zaak, wat naar de mening van de Hoge Raad alleen mag worden toegelaten als bewijs als voldoende steunbewijs aanwezig is. Daar is in de casus geen sprake van, waardoor de Hoge Raad niet anders kan dan een schending van het ondervragingsrecht aannemen. De Hoge Raad zou voor het arrest *Vidgen* anders oordelen. Dan zou hij niet tot een schending van het ondervragingsrecht komen, omdat er daadwerkelijk een ondervragingsgelegenheid is geweest voor de verdediging. Dat dit vervolgens geen zin heeft omdat de getuige weigert de gestelde vragen te beantwoorden, zou daar niets aan af doen.

¹⁶¹HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3847, NJ 2010, 191 m.nt. Reijntjes.

3 Amerika en het ondervragingsrecht

In dit hoofdstuk staat het ondervragingsrecht in Amerika centraal. Iedere staat in Amerika heeft zijn eigen wetten en zijn eigen rechtspraak. Naast de wetten van de staten bestaat een federaal rechtssysteem, welke ook gekenmerkt wordt door eigen wetten en jurisprudentie. Omdat het mijn scriptie te buiten gaat om het ondervragingsrecht in iedere staat afzonderlijk te behandelen, heb ik ervoor gekozen om het federale systeem als uitgangspunt te nemen om het ondervragingsrecht zoals dit in Amerika wordt toegepast te beschrijven.

Dit hoofdstuk heeft eenzelfde indeling als de vorige twee hoofdstukken. In de eerstvolgende paragraaf wordt de geschiedenis en het doel van het Amerikaans strafprocesrecht behandeld, waarbij ook het adversaire procesmodel kort aan bod komt. Vervolgens zal steeds verder ingezoomd worden op het ondervragingsrecht, waarbij de grondslag en andere relevante wetsartikelen worden besproken. Vervolgens wordt de reikwijdte van het ondervragingsrecht uitgewerkt aan de hand van relevante jurisprudentie (*case-law*), welke een belangrijke plaats inneemt in Amerika. Tot slot komen kort de belangrijkste punten uit dit hoofdstuk aan bod, om de kern van het ondervragingsrecht in Amerika nog eens goed en duidelijk weer te geven.

3.1 De uitgangspunten van het Amerikaanse strafprocesrecht

Amerika kent veel verschillende wetten. Het land bestaat uit vijftig staten die ieder hun eigen materiële en formele strafbepalingen hebben, betrekking hebbende op het eigen territoriale bereik. In bepaalde mate zijn zij dus onafhankelijk van het federale rechtssysteem. Het federale systeem kent vervolgens zijn eigen wettelijke bepalingen met betrekking tot het straf(proces)recht. Daarnaast heeft het *District of Columbia* eigen wetten. In totaal kent Amerika dus 52 jurisdicties en kan niet gesproken worden van een uniform wetboek. De wetten en regels van de verschillende staten moeten echter wel in overeenstemming zijn met het federale recht, dit is immers het hoogste recht, een primaire rechtsbron voor iedereen.¹⁶²

Zowel het statelijk recht als het federale recht kenmerken zich door een bepaalde structuur. In het federale rechtssysteem wordt recht gesproken in drie instanties, waarbij de instanties in eerste aanleg *U.S. district courts* zijn. Vervolgens kan men zich wenden tot *U.S. circuit courts of appeals* en kan men tot slot bij de hoogste rechter belanden, *U.S. Supreme Court*.¹⁶³ Voor de staten geldt een soortgelijke rechtsgang en wordt ook rechtgesproken in drie instanties.

De federale rechter is niet bevoegd om uitspraken te doen omtrent zaken die betrekking hebben op een specifieke wet of een specifiek recht dat slechts van toepassing is in een bepaalde staat. In alle andere gevallen is het in beginsel mogelijk voor de federale rechter om de zaak in behandeling te nemen, ook al wordt dit niet altijd gehonoreerd. De rechter is dus in beginsel wel bevoegd om over de zaak te oordelen maar neemt de zaak niet altijd in behandeling.¹⁶⁴

Amerika kent een *common law* stelsel met een adversair procesmodel.¹⁶⁵ Een van de belangrijkste kenmerken van dit adversaire model is dat het een partijenproces betreft, de partijen zijn gelijkwaardig en bepalen zelf het verloop en de afhandeling van het geding.¹⁶⁶ Daarnaast houdt de rechter zich

¹⁶² LaFave, Israel & King 2004, p. 4

¹⁶³ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 16.

¹⁶⁴ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 16-17.

¹⁶⁵ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 16.

¹⁶⁶ Decaigny & De Hert 2013, p. 58.

afzijdig, hij is passief en gaat uit van hetgeen door partijen wordt aangebracht. De rechter heeft geen rol in het onderzoek voorafgaand aan de terechtzitting.¹⁶⁷

Het *common law* stelsel houdt in dat het recht wordt gekenmerkt door jurisprudentie, *case-law*, maar iedere juridische handeling dient wel zijn grondslag te vinden de wet.¹⁶⁸ De rechter kan dus slechts rechtspreken wanneer een wet aan een juridische handeling ten grondslag ligt. Zonder wet is het onmogelijk om een strafprocedure te starten. Het Amerikaanse recht heeft wetten maar gaat voornamelijk uit van *case-law*. De wetten die er zijn, bevatten artikelen die vaak specifiek en nauwkeurig zijn omschreven waarbij iedere definitie of uitzondering op een regel gedetailleerd is beschreven.

Het doel van het adversaire strafproces is, evenals het doel van het inquisitoire proces, rechtspreken aan de hand van materiële en formele wettelijke bepalingen. Daarmee samenhangend behoort het achterhalen van de waarheid tot het doel van het strafprocesrecht. Het grootste verschil tussen deze procesvormen zit in de wijze waarop de waarheid wordt achterhaald. In het adversaire proces komt de waarheid aan het licht door de confrontatie tussen de partijen: zij voeren een eigen onderzoek uit en aan de hand van overtuigende argumenten wordt de waarheid bepaald. Centraal staat een clash der ideeën van partijen.¹⁶⁹ De nadruk in een adversair proces ligt dus voornamelijk op de terechtzitting en niet zozeer op het vooronderzoek. Het recht op tegenspraak speelt hierbij een erg belangrijke rol, partijen hebben immers zelf het onderzoek in handen en bepalen zelf wat wel en niet wordt aangebracht voor de rechter. De partijen staan centraal.

Een ander kenmerk van het Amerikaanse recht is dat het een juryrechtspraak kent, ook wel lekenrechtspraak genoemd. Dit houdt in dat een jury, bestaande uit leken, aanwezig is tijdens het proces. De jury bepaalt of de verdachte schuldig is aan het tenlastegelegde feit. Wordt de verdachte schuldig bevonden aan het tenlastegelegde feit dan is het vervolgens aan de rechter om te bepalen welke straf aan de verdachte wordt opgelegd. Dit recht op een veroordeling door een onpartijdige jury is neergelegd in het zesde amendement van de *Bill of Rights* en is zowel van toepassing op gerechtelijke vervolgingen door de staten als op federale gerechtelijke vervolgingen.¹⁷⁰

De belangrijkste bronnen van het Amerikaanse recht zijn al kort benoemd. Het betreft de grondwet, statuten, wetten en *case-law*.¹⁷¹ Een van de belangrijkste bronnen met betrekking tot het strafprocesrecht is de Amerikaanse grondwet: *United States Constitution (U.S. Constitution)*, ontstaan op 17 september 1787.¹⁷² In de loop der jaren zijn verschillende wijzigingen getroffen en is de grondwet onder andere uitgebreid met verschillende amendementen. Op 10 december 1791 zijn enkele amendementen opgenomen en geratificeerd in de *U.S. Constitution*. De eerste tien amendementen worden ook wel de *Bill of Rights* genoemd. Zij bevatten de fundamentele rechten van de burgers die te allen tijde gewaarborgd moeten worden, zij bieden rechtsbescherming aan de burgers en leggen beperkingen op aan de overheid om een inbreuk op deze rechten te maken. Later zijn er nog zeventien amendementen opgenomen in de *U.S. Constitution*, zij maken echter geen deel uit van de *Bill of Rights*.¹⁷³

Voor het strafprocesrecht zijn met name het vierde, vijfde, zesde, achtste en veertiende amendement van de *U.S. Constitution* van belang.¹⁷⁴ Deze bepalingen geven de grenzen aan wat de

¹⁶⁷ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 16.

¹⁶⁸ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 17.

¹⁶⁹ Decaigny & De Hert 2012, p. 57.

¹⁷⁰ Dressler & Michaels 2006, p. 207 e.v.

¹⁷¹ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 18.

¹⁷² Chhablani 2009, p.488.

¹⁷³ LaFave, Israel & King 2004, p. 44-47.

¹⁷⁴ Dressler & Michaels 2006, p. 2.

onderzoeksbevoegdheden voor de overheid van verdachten betreft en bevatten daarnaast regels omtrent de strafprocedure.¹⁷⁵

Al lange tijd is er discussie over de toepassing van de *Bill of Rights* op de staten. In 1833 gaf het *Supreme Court* aan dat de *Bill of Rights* slechts beperkingen oplegt aan de federale overheid en dat dit geen betrekking heeft op de staten.¹⁷⁶ Onder andere naar aanleiding van het arrest *Barron v. Baltimore*¹⁷⁷ is het veertiende amendement in 1868 opgenomen in de *U.S. Constitution*. Dit amendement stelt specifieke grenzen aan het handelen van de staten. Onder andere het recht op een eerlijk proces is opgenomen in lid 1 van het veertiende amendement en komt letterlijk overeen met hetgeen is opgenomen in het vijfde amendement. De discussie die lange tijd gaande was betrof de vraag in hoeverre het veertiende amendement de *Bill of Rights* heeft opgenomen en deze rechten dus van toepassing zijn in de staten. Lange tijd was men het niet hierover eens, maar het *Supreme Court* heeft in *Pointer v. Texas*¹⁷⁸ bepaald dat de *Confrontation Clause* ook van toepassing is op de staten en daarmee een einde aan de discussie gemaakt.

Andere bronnen die een rol spelen en het strafprocesrecht reguleren in het federale systeem van Amerika zijn *The Federal Rules of Criminal Procedure* en *The Federal Rules of Evidence*, waarin de belangrijkste procedurele regels van een strafprocedure zijn neergelegd. Wat de belastende getuigenverklaring en het ondervragingsrecht betreft is dit veelal neergelegd in de *Federal Rules of Evidence*, met name in *Article 6 Witnesses* en *Article 8 Hearsay*.

3.2 De wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht in Amerika. Waar is dit geregeld en wat houdt dit recht in voor de verdediging? De aandacht wordt slechts gevestigd op de belastende getuigenverklaring, nu de wet alleen betrekking heeft op de belastende getuigenverklaring en niet van toepassing is op de ontlastende getuigenverklaring.

Zoals in de vorige paragraaf is beschreven speelt de *Bill of Rights* een belangrijke rol in het strafprocesrecht en zijn met name het vierde, vijfde, zesde, achtste en veertiende amendement van groot belang tijdens het proces. De meeste rechten van de verdachte worden in deze amendementen beschreven. Het ondervragingsrecht komt tot uitdrukking in het zesde amendement en luidt als volgt:

"In all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense."

In het bovenstaande amendement wordt aangegeven dat de verdachte het recht heeft om geconfronteerd te worden met de belastende getuige, hij heeft dus het recht de getuige op een

¹⁷⁵ Dressler & Michaels 2006, p. 2; Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 18; LaFave, Israel & King 2004, p. 44.

¹⁷⁶ *Barron v. Baltimore* 32 U.S. (1833).

¹⁷⁷ *Barron v. Baltimore* 32 U.S. (1833).

¹⁷⁸ *Pointer v. Texas* 380 U.S. 400, 403 (1965).

effectieve manier te ondervragen omtrent de door hem afgelegde belastende verklaring.¹⁷⁹ Of de confrontatie plaatsvindt in het vooronderzoek of tijdens de terechtzitting, volgt niet expliciet uit het amendement, er wordt slechts aangegeven dat dit recht aan de verdachte wordt toegekend in alle strafrechtelijke vervolgingen. Maar zoals eerder is beschreven ligt de nadruk in het adversaire stelsel dat Amerika kenmerkt op de terechtzitting en niet zozeer op een vooronderzoek. Partijen, de verdediging en de aanklager voeren immers onafhankelijk van elkaar een onderzoek uit en presenteren de resultaten hiervan op de terechtzitting. Het Amerikaanse recht kent dus niet een dergelijk vooronderzoek zoals Nederland waarbij een onafhankelijke, onpartijdige instantie het onderzoek verricht.¹⁸⁰ Het recht om de getuige te ondervragen omtrent de afgelegde belastende verklaring heeft in Amerika dus de terechtzitting als uitgangspunt.

Het ondervragingsrecht speelt een belangrijke rol in het Amerikaanse strafprocesrecht en wordt ook wel de *Confrontation Clause* genoemd.¹⁸¹ Het maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in het vijfde amendement.¹⁸² Het recht van de verdachte om geconfronteerd te worden met een getuige die een belastende verklaring heeft afgelegd is een fundamenteel recht en om die reden zowel verplicht voor het federale systeem als voor de staten. Voor de staten is de *Confrontation Clause* van toepassing middels het veertiende amendement.¹⁸³

De *Confrontation Clause* heeft verschillende functies. Ten eerste wordt door het recht op confrontatie en ondervraging, de betrouwbaarheid van het bewijs getoetst dat zich tegen de verdachte richt, in dit geval dus de belastende getuigenverklaring. Het zorgt ervoor dat de verdachte de mogelijkheid krijgt om de afgelegde verklaring te betwisten en deze te weerleggen.¹⁸⁴ Door daadwerkelijk een fysieke confrontatie tussen getuige en verdachte plaats te laten vinden, ook wel een *face-to-face confrontation* genoemd, krijgt de verdachte de kans om zijn recht op tegenspraak uit te oefenen, waardoor de waarheid het beste wordt benaderd. De getuige legt immers onder ede een verklaring af en is ervan op de hoogte dat hij zelf strafrechtelijk vervolgd kan worden wanneer hij liegt en dus meened pleegt. Deze mogelijkheid van confrontatie wordt ook wel "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth"¹⁸⁵ genoemd, nu de getuige gedwongen wordt gehoor te geven aan de ondervraging. De tweede functie van het ondervragingsrecht hangt nauw samen met de eerstgenoemde functie. Doordat de ondervraging plaatsvindt ter terechtzitting krijgt niet alleen de verdediging, maar krijgen ook alle andere partijen zoals de jury, een goed beeld van de afgelegde verklaring. De jury kan de houding en het gedrag van de getuige goed observeren op het moment van ondervragen. Zij kan aan de hand daarvan een beoordeling toekennen aan de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van de door de getuige afgelegde verklaring.¹⁸⁶

Tot slot heeft het ondervragingsrecht een legitimerende functie. Het zorgt voor openheid aan alle partijen en biedt daarnaast waarborgen aan de verdachte. Iedere verdachte dient beschouwd te worden als persoon, als mens. Hij heeft recht op een eerlijk proces, waarbij hij als een gelijke, waardige deelnemer aan het strafproces moet worden beschouwd, ongeacht wat voor delict hij vermoedelijk

¹⁷⁹ Delaware v. Fensterer 474 U.S. 15, 20 (1985): "The Confrontation Clause guarantees an opportunity for effective cross-examination, not cross-examination that is effective in whatever way, and to whatever extent, the defense might wish."

¹⁸⁰ Decaigny & De Hert 2013, p. 57.

¹⁸¹ Dressler & Michaels 2006, p. 237.

¹⁸² U.S. Constitution amendment V "(..) nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law (..)"; LaFave, Israel & King 2004, p. 1105.

¹⁸³ Pointer v. Texas 380 U.S. 400, 403 (1965).

¹⁸⁴ Metzger 2012, p. 84

¹⁸⁵ California v. Green 399 U.S. 149, 158 (1970).

¹⁸⁶ Metzger 2012, p. 84-85; California v. Green 399 U.S. 149, 158 (1970).

heeft gepleegd.¹⁸⁷ Het ondervragingsrecht is een essentieel onderdeel om te spreken van een eerlijk proces in een strafrechtelijke vervolging.¹⁸⁸ Het geeft de verdachte namelijk de kans om op de verklaring van de getuige te reageren.

Het recht van de verdachte om geconfronteerd te worden met de getuige houdt dus niet alleen in dat de verdediging de getuige mag ondervragen omtrent de afgelegde belastende verklaring, maar de verdachte heeft ook het recht om daadwerkelijk *face-to-face* met de getuige te worden geconfronteerd, om op die wijze een zo waarheidsgetrouw mogelijk beeld te scheppen.¹⁸⁹ De *Confrontation Clause* bevat dus vier elementen die samen moeten zorgen dat het centrale doel wordt nageleefd, namelijk het verzekeren van de betrouwbaarheid van het belastende bewijs tegen de verdachte. De vier elementen die samen zorgen dat deze betrouwbaarheid zoveel mogelijk wordt gegarandeerd zijn: de fysieke aanwezigheid van de getuige tijdens de terechtzitting (*face-to-face confrontation*), het afleggen van een verklaring onder ede (*oath*), de ondervraging (*cross-examination*) door de verdediging en het observeren van de houding en het gedrag van de getuige door de jury en/of de rechter (*observation of demeanor by the trier of fact*).¹⁹⁰ Dat *cross-examination* een belangrijk element is van de *Confrontation Clause* blijkt wel uit *Davis v. Alaska*¹⁹¹ waarin het als volgt wordt beschreven: "Cross-examination is the principal means by which the believability of a witness and the truth of his testimony are tested."¹⁹²

Zoals uit de bovenstaande functies van de *Confrontation Clause* blijkt is dit recht onlosmakelijk verbonden met het recht op een eerlijk proces, dat is neergelegd in het vijfde (en het veertiende) amendement. Omdat Amerika een adversair stelsel heeft, is het voornamelijk *case-law* wat voor de concrete invulling van de *Confrontation Clause* zorgt.

Naast de *Confrontation Clause* kent het recht nog een wet waarin het ondervragingsrecht in zekere mate is opgenomen. Het betreft namelijk de *Federal Rules of Evidence*. In deze wet wordt onder andere duidelijk omschreven wanneer gesproken kan worden van '*relevant evidence*' (art. 401 e.v.), wie als getuige op kan treden, welke eisen aan een getuige worden gesteld en in welke gevallen een getuigenverklaring meegenomen mag worden als bewijs (art. 601 e.v.). Tot slot wordt er in art. 801 en verder, uitgebreid besproken wat onder *hearsay evidence* moet worden verstaan en wanneer dergelijke verklaringen als bewijs mogen worden gebruikt.

Noch in de *Confrontation Clause* noch in de *Federal Rules of Evidence* wordt een definitie gegeven van het begrip 'getuige'. Er bestaan verschillende opvattingen over de definitie van het begrip getuige onder de *Confrontation Clause*. Friedman geeft de volgende definitie van een getuige: "The definition of "witnesses" must extend to persons who make out-of-court statements under the formalities prescribed by the system for the making of statements later to be presented to the factfinder".¹⁹³ Hij geeft hiermee aan dat de definitie van het begrip getuige niet alle *out-of-court* verklaringen moet omvatten, maar dat het ook alle verklaringen zou moeten omvatten van degenen die een beschuldigende verklaring afleggen en die weten dat deze verklaring mogelijk gebruikt wordt als bewijs tijdens het strafproces om de waarheid te achterhalen.¹⁹⁴ Een getuige is dus iemand die een verklaring aflegt met de bedoeling dat deze verklaring later gebruikt zal worden als bewijsmateriaal

¹⁸⁷ Metzger 2012, p. 85.

¹⁸⁸ *Pointer v. Texas* 380 U.S. 400, 404, (1965); *Coy v. Iowa* 487 U.S. 1012, 1019 (1988).

¹⁸⁹ *Coy v. Iowa* 487 U.S. 1012, 1016 (1988).

¹⁹⁰ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 837 (1990).

¹⁹¹ *Davis v. Alaska* 415 U.S. 308 (1974).

¹⁹² *Davis v. Alaska* 415 U.S. 308, 316 (1974).

¹⁹³ Friedman 1998, p. 1039.

¹⁹⁴ Amar 1998, p. 1045.

tijdens de terechtzitting. Amar geeft een enigszins andere definitie van het begrip getuige, maar kan zich grotendeels vinden in de opvatting van Friedman: "I suggest that the Clause encompasses only those "witnesses" who testify either by taking the stand in person or via government-prepared affidavits, depositions, videotapes, and the like".¹⁹⁵

Een voorbeeld om het te verhelderen: In het geval A tegen B heeft verteld (voordat de politie ter plaatse was) dat hij heeft gezien dat C een winkel heeft overvallen, dan zal A niet als getuige worden aangemerkt omdat B degene is die later deze verklaring heeft afgelegd aan de politie en niet A. A zal in dit geval niet als getuige worden aangemerkt volgens de *Confrontation Clause*, maar B wel, hij legt immers een verklaring af ter terechtzitting. In de zin van de *hearsay doctrine* en de *evidence rules* zou A wel worden aangemerkt als getuige. Het probleem is dus om een goede definitie van het begrip getuige weer te geven nu het begrip een net iets andere betekenis heeft in een andere wet.

Volgens de definitie van Amar zou A wel als getuige kunnen worden aangemerkt als hij onder ede een verklaring heeft afgelegd en deze verklaring vervolgens wordt afgespeeld tijdens de terechtzitting of wordt voorgelezen door een ander dan hemzelf.

In *Crawford v. Washington*¹⁹⁶ wordt onder een getuige verstaan: "One who bears testimony" en neemt men de definitie over uit het *Noah Webster Dictionary*.¹⁹⁷ Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat een persoon kan worden aangemerkt als getuige wanneer hij een verklaring heeft afgelegd ten overstaan van een overheidsinstantie (vaak voorafgaand aan de terechtzitting) en dat deze verklaring op verschillende manieren kan worden gepresenteerd tijdens de terechtzitting. In beginsel wordt een gewone *out-of-court* verklaring tegenover een vriend niet als een dergelijke getuigenverklaring gezien en is men dus geen getuige volgens de *Confrontation Clause*.

3.3 De reikwijdte van het ondervragingsrecht

In deze paragraaf staan de ontwikkeling en de reikwijdte van de *Confrontation Clause* centraal en zal de jurisprudentie worden behandeld die hier invulling aan geeft. Hierbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen de gewone getuige, inclusief *out-of-court statements* waaronder *hearsay evidence*, de kwetsbare getuige en de medeverdachte die een belastende verklaring aflegt.

3.3.1 De *Confrontation Clause* en *out-of-court statements*

Zoals eerder is beschreven houdt de *Confrontation Clause* in dat de verdachte het recht heeft om geconfronteerd te worden met de getuige die een belastende verklaring heeft afgelegd en maakt dit recht deel uit van het recht op een eerlijk proces. Naast de *Confrontation Clause* die is opgenomen in het zesde amendement, wordt in de *Federal Rules of Evidence* nadere aandacht geschonken aan *hearsay evidence*. Dit is een aparte vorm van een getuigenverklaring, het betreft hierbij namelijk geen verklaring die ter terechtzitting wordt afgenomen, maar het gaat om een verklaring die eerder is afgelegd. Een definitie van een *hearsay statement* wordt gegeven in art. 801(c) *Federal Rules of Evidence* en deze luidt als volgt: "'Hearsay' is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted."

¹⁹⁵ Amar 1998, p. 1045-1046.

¹⁹⁶ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

¹⁹⁷ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 51 (2004); *Noah Webster Dictionary* 1828: (...)3. A person who knows or sees any thing; one personally present; as, he was witness; he was an eye-witness. (...) 5. One who gives testimony; as, the witnesses in court agreed in all essential facts.

Het gaat hierbij dus om een verklaring die *out-of-court* is afgelegd en die een verklaring bevat van een andere persoon dan degene die ter terechtzitting een verklaring aflegt. Het gaat hierbij vaak om gewone getuigen. Een voorbeeld betreft een proces tegen A die B vermoord zou hebben, waarbij een verklaring van W wordt meegenomen als bewijs waarin hij heeft verklaard dat X hem heeft verteld dat A, B heeft vermoord. Het gaat in dit voorbeeld dus om een verklaring waarbij W, X iets heeft horen vertellen. Het kan bij een dergelijke *hearsay* verklaring gaan om een verbale afgelegde verklaring, maar het kan ook een non-verbale verklaring betreffen, bijvoorbeeld in het geval dat in de verklaring van W staat dat op het moment dat hij aan X vroeg of A, B heeft vermoord, X slechts knikte.¹⁹⁸

Het bijzondere aan het *hearsay* bewijs is dat dergelijk bewijs in principe niet-ontvankelijk is, tenzij het is neergelegd in een van de uitzonderingen genoemd in de *Federal Rules of Evidence* of is genoemd in andere regels voorgeschreven door het *Supreme Court* of door de *Act of Congress*.¹⁹⁹

Wat het bovenstaande voorbeeld betreft zou de persoon die de *out-of-court statement* heeft afgelegd, X, gezien worden als een getuige die een belastende verklaring aflegt, maar omdat X niet is onderworpen aan de beschermingen die de *Confrontation Clause* aan de verdachte biedt, kan de *hearsay* verklaring van X niet meegenomen worden als bewijs. Het maakt dan een inbreuk op de *Confrontation Clause*. Het *Supreme Court* vond dat deze al te letterlijke opvatting van het begrip getuige "unintended and too extreme" zou zijn. Op deze wijze zou men namelijk alleen van een getuige kunnen spreken wanneer men daadwerkelijk tijdens de terechtzitting een verklaring aflegt.²⁰⁰

Het *Supreme Court* heeft in *Mattox v. U.S.*²⁰¹ aangegeven dat het ter terechtzitting afleggen van een belastende verklaring door een getuige soms moet kunnen wijken wegens de 'openbare orde' of de 'noodzakelijkheid van de zaak' ook al heeft de verdediging de getuige dus niet tijdens het proces kunnen ondervragen. Het *Supreme Court* heeft in de zaak *Ohio v. Roberts*²⁰² voor het eerst een soort toets aangeboden die kan helpen bij de beoordeling of er sprake is van een dergelijke uitzondering. Voordat het *Supreme Court* deze toets toelichtte, gaf zij aan dat een letterlijke interpretatie van de *Confrontation Clause* tot te extreme en onbedoelde resultaten zou leiden.²⁰³ De letterlijke interpretatie zou namelijk vereisen dat iedere vorm van een *hearsay statement* uitgesloten moet worden als bewijs, als dit is afgelegd door een getuige tijdens een verhoor voorafgaand aan de terechtzitting en de getuige vervolgens niet aanwezig is tijdens het proces om eventuele vragen van de verdediging te beantwoorden. Het recht van de verdachte om de getuige te ondervragen wordt dan namelijk geschonden, er is voor hem immers geen mogelijkheid om de getuige tijdens de terechtzitting te ondervragen omtrent de eerder afgelegde verklaring. Omdat een dergelijke interpretatie ook te ver ging voor het *Supreme Court*, en de *Confrontation Clause* evenals de *hearsay rules* hetzelfde doel nastreven, heeft zij bepaald dat in het geval de verdediging de getuige niet heeft kunnen ondervragen omtrent de afgelegde verklaring omdat de getuige niet aanwezig is tijdens het proces, dit kan worden ondervangen door na te gaan of de afgelegde *hearsay* verklaring voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid bevat (*indicia of reliability*).²⁰⁴ Een verklaring is betrouwbaar "if it falls within a firmly rooted hearsay exception" of wanneer de rechtbank vindt dat andere "particularized guarantees of trustworthiness" aanwezig zijn.²⁰⁵ Wat hier dan precies onder moet worden verstaan blijft onduidelijk, het *Supreme Court* heeft gedurende de jaren steeds meer *hearsay exceptions* aangemerkt

¹⁹⁸ Dressler & Michaels 2006, p. 239.

¹⁹⁹ Dressler & Michaels 2006, p. 239; Art. 802 e.v. Federal Rules of Evidence.

²⁰⁰ *Idaho v. Wright* 497 U.S. 805, 814 (1990).

²⁰¹ *Mattox v. U.S.* 156 U.S. 237, 243 (1895); *Idaho v. Wright* 497 U.S. 805, 814 (1990).

²⁰² *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56 (1980).

²⁰³ *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56, 63 (1980).

²⁰⁴ *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56, 66 (1980); Randon 2007, p. 25.

²⁰⁵ *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56, 66 (1980).

als *firmly rooted*. Ook wat de *particularized guarantees of trustworthiness* betreft zijn er geen concrete, duidelijke richtlijnen en is het dus aan de rechtbank om hier een invulling aan te geven en te bepalen in welke gevallen dit van toepassing is en sprake is van een voldoende betrouwbare verklaring.²⁰⁶ Belangrijk is dus om te bezien of in het geval een getuige een verklaring heeft afgelegd maar niet tijdens het proces aanwezig is, de afgelegde verklaring voldoende aanwijzingen bevat om te spreken van een betrouwbare verklaring. Is dat het geval dan is het in bijzondere gevallen dus mogelijk om een dergelijke verklaring alsnog te gebruiken als bewijs, ook al heeft de verdediging geen mogelijkheid gehad om de getuige te ondervragen.

De uitspraak in *Ohio v. Roberts* werd enger in *United States v. Inadi*.²⁰⁷ Daarin werd besloten dat *hearsay* verklaringen voorafgaand aan het proces niet mogen worden gebruikt wanneer het *out-of-court* verklaringen betreft van mede-samenzweerdere (*co-conspirators*), omdat in dergelijke gevallen de verklaring van deze mede-samenzweerdere dermate veel zal afwijken van hetgeen zij tijdens de terechtzitting zullen verklaren. Het betreft namelijk vaak een verklaring op het moment dat de samenspanning nog aan de gang is, waarbij het dus in een heel andere context wordt afgelegd dan wanneer een verklaring (bewust) voor het proces wordt afgelegd. Een verklaring afgelegd tijdens de terechtzitting kan dus niet direct worden aangemerkt als overtuigend bewijs.²⁰⁸ Daarnaast heeft het *Supreme Court* in *White v. Illinois* aangegeven dat de *Confrontation Clause* niet wordt geschonden wanneer het een spontane verklaring betreft of wanneer het verklaringen betreft ten behoeve van een medische behandeling.²⁰⁹ In dergelijke gevallen is het afgelegde bewijs toelaatbaar en hoeft niet eerst bewezen en onderbouwd te worden waarom de getuige niet aanwezig is ter terechtzitting. Het betrof in deze zaak de verklaring van een vier-jarig meisje, die een spontane verklaring van aanranding door een vriend van de moeder aflegde aan haar babysitter, haar moeder, een opsporingsambtenaar, een verpleegkundige en een arts. Omdat het voor haar te emotioneel te zwaar zou zijn om zelf een getuigenverklaring ter terechtzitting af te leggen, werden drie personen tegen wie het meisje haar verhaal had verteld, opgeroepen om tijdens het proces te verklaren. Dit werd toelaatbaar geacht door het *Supreme Court*.²¹⁰

3.3.2 Een omslagpunt in *Crawford v. Washington*

In deze paragraaf ligt de nadruk op het omslagpunt dat het *Supreme Court* heeft gemaakt in de zaak *Crawford v. Washington*.²¹¹ In de vorige paragraaf is beschreven dat bewijs dat ontvankelijk is als een uitzondering op de *hearsay rules* over het algemeen geen inbreuk maakt op de *Confrontation Clause*, waardoor deze twee wetten konden lange tijd naast elkaar bestaan. Later kwam hier verandering in en werd de heersende leer zoals deze in *Ohio v. Roberts* werd toegepast, deels verworpen en aangepast. Met name de uitspraak in de zaak *Crawford v. Washington* heeft voor een grote verandering gezorgd. In deze uitspraak werd bepaald dat de focus van het *Confrontation Clause* onderzoek werd verschoven. Het ging niet langer om de vraag of de *out-of-court* verklaring betrouwbaar was, zoals neergelegd in de *hearsay rules*, maar of deze verklaring *testimonial* was. Het begrip *testimonial* was een nieuwe juridische term en dit is gedurende de jaren dan ook nader ingevuld door het *Supreme Court*. Een definitie van een *testimonial statement* wordt gegeven door Randon naar aanleiding van de verschillende omschrijvingen die het *Supreme Court* heeft gegeven in de zaak *Crawford*: "A

²⁰⁶ Dressler & Michaels 2006, p. 240-241; Randon 2007, p. 25. In *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 63-65 (2004) wordt in de genoemde paragrafen uitgebreid aandacht besteed aan de invulling van de rechtbanken op dit specifieke punt.

²⁰⁷ *United States v. Inadi* 475 U.S. 387 (1986).

²⁰⁸ *United States v. Inadi* 475 U.S. 387, 395-396 (1986).

²⁰⁹ *White v. Illinois* 502 U.S. 346 (1992).

²¹⁰ Harlan 1993, p. 177 e.v.

²¹¹ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

testimonial statement is best defined as a statement about a past event or fact that the declarant would reasonably expect to be used later in a criminal prosecution."²¹²

In de zaak *Crawford v. Washington* ging het om het volgende: C en zijn vrouw S zijn naar het huis van L gegaan om met hem te spreken over een incident dat tussen L en S had plaatsgevonden. Het liep uit de hand en C stak L in zijn borst en raakte zelf ook gewond. De verklaringen die C en S later aflegden bij de politie kwamen bijna geheel overeen. Zij verschilden slechts op één belangrijk detail. C gaf namelijk aan dat hij handelde uit zelfverdediging en dat hij L pas stak op het moment dat L iets probeerde te pakken. Zijn vrouw S gaf aan dat L naar zijn zak reikte op het moment dat hij werd gestoken door C. Omdat S een beroep deed op haar verschoningsrecht, hoefde zij niet ter terechtzitting een verklaring af te leggen, maar haar afgelegde verklaring bij de politie werd wel meegenomen als bewijs. Om die reden gaf C aan dat er sprake was van een schending van de *Confrontation Clause*. Hij heeft niet de mogelijkheid gehad om S te onderwerpen aan *cross-examination*.

Door het *State Supreme Court* werd de verklaring toch toegelaten als bewijs omdat men de uitspraak van *Ohio v. Roberts* handhaafde: ook al viel deze verklaring niet binnen *firmly rooted hearsay exceptions*, er werd geoordeeld dat er voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid waren nu de verklaring slechts op één detail niet overeen kwam, dus mocht deze verklaring gewoon worden gebruikt als bewijs.

Het *U.S. Supreme Court* oordeelde echter dat de verklaring van S niet mocht worden gebruikt als bewijsmateriaal. Volgens het *Supreme Court* was het niet de bedoeling van de wetgever om een *testimonial statement* afgelegd door een getuige toe te staan als bewijs, als de getuige vervolgens niet ter terechtzitting is verschenen, tenzij de getuige niet beschikbaar was om te getuigen en de verdachte een eerdere mogelijkheid heeft gehad om de getuige te ondervragen.²¹³ Dan is immers alsnog aan de *Confrontation Clause* voldaan en heeft de verdediging de mogelijkheid gehad om de getuige te ondervragen. Om die reden heeft het *Supreme Court* geoordeeld, dat wanneer een *out-of-court* verklaring *testimonial* is, de *Confrontation Clause* de toelating hiervan verbiedt, tenzij de persoon die de verklaring heeft afgelegd onderwerp is geweest van *cross-examination* of dat op het moment van de terechtzitting is. Dit verbod is van toepassing ongeacht of er andere gronden zijn die de verklaring als betrouwbaar beoordelen.²¹⁴ Daarnaast heeft het *Supreme Court* aangegeven dat het gebruik van eerder afgelegde *testimonial* verklaringen geen schending oplevert van de *Confrontation Clause* wanneer een getuige aanwezig is ter terechtzitting en aldaar ook een verklaring aflegt. Ook al heeft de verdediging nog geen gelegenheid gehad de getuige te onderwerpen aan *cross-examination* met betrekking tot de eerder afgelegde verklaringen dan kan zij dit alsnog doen tijdens de terechtzitting waardoor deze verklaringen toegelaten kunnen worden als bewijs.²¹⁵

Het *Supreme Court* gaf aan dat de ondervraging een procedurele garantie betreft en niet een materiële, inhoudelijke garantie. Het voornaamste doel is namelijk om bescherming te bieden aan de eisen van hoor- en wederhoor en om de betrouwbaarheid van het bewijs te garanderen. Het gaat er dus niet om of het bewijs betrouwbaar is, maar dat de betrouwbaarheid van het bewijs op een bepaalde wijze moet worden beoordeeld, namelijk door dit te testen door middel van *cross-examination*.²¹⁶ Het *Supreme Court* beschrijft treffend wat hiermee wordt bedoeld: "Dispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury trial because a defendant is obviously guilty."²¹⁷

²¹² *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 51 (2004); Randon 2007, p. 24 en 26.

²¹³ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 53-54 (2004); Dressler & Michaels 2006, p. 242.

²¹⁴ Dressler & Michaels 2006, p. 242

²¹⁵ Dressler & Michaels 2006, p. 243.

²¹⁶ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 61 (2004); Randon 2007, p. 25.

²¹⁷ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 62 (2004).

Het *Supreme Court* heeft echter nagelaten om een duidelijke definitie van het begrip *testimonial* te geven. Welke *out-of-court* verklaringen *testimonial* zijn is lastig te bepalen, maar hieronder vallen in ieder geval getuigenverklaringen die afgelegd zijn ten overstaan van een overheidsfunctionaris met het oog op later gebruik van deze verklaring in het proces. Onder andere politieverhoren, verklaringen ten overstaan van een *grand jury*, *prior testimony (at a preliminary hearing)*, *testimony at a former trial*, *plea allocations* en *depositions* vallen hieronder.²¹⁸ Ook is door het *Supreme Court* duidelijk gemaakt wat verstaan moet worden onder *nontestimonial*, namelijk: bedrijfsadministratie, verklaringen ten bevordering van een samenzwering (*in furtherance of a conspiracy*), onbewust afgelegde verklaringen ten overstaan van informanten en ongedwongen opmerkingen aan kennissen.²¹⁹ Door enkele voorbeelden te geven wat onder deze begrippen moet worden verstaan is enigszins duidelijkheid over de buitengrenzen ontstaan, maar er blijft een groot grijs gebied bestaan.

In de zaken *Davis v. Washington* en *Hammon v. Indiana*²²⁰ heeft het *Supreme Court* meer duidelijkheid gegeven omtrent dit grijze gebied. Zo heeft zij in deze zaken bepaald dat:

"(..) 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".²²¹

De bovenstaande uitspraak heeft slechts betrekking op een klein deel dat onder het grijze gebied valt, het ging namelijk om het afleggen van een verklaring aan een 911 medewerker (*operator*). Als men het alarmnummer belt en aan de medewerker een verklaring aflegt met betrekking tot de huidige situatie, met het doel om hulp te vragen voor een '*ongoing emergency*', betreft het een *nontestimonial* verklaring. In een dergelijk geval kan men niet spreken van een getuige en een getuigenverklaring. Men kan wel spreken van een *testimonial* verklaring, in het geval men het alarmnummer belt en vervolgens een verklaring aflegt omtrent feiten die in het verleden plaats hebben gevonden en die geen verband houden met een '*ongoing emergency*' op het moment van bellen. Het voornaamste doel van de verklaring is dan om gebeurtenissen uit het verleden vast te stellen dan wel te bewijzen waardoor de verklaring later mogelijk gebruikt kan worden in een strafrechtelijke procedure.

Een aantal jaar later heeft het *Supreme Court* in de zaak *Michigan v. Bryant*²²² bepaald dat:

*"Covington's identification and description of the shooter and the location of the shooting were not testimonial statements because they had a "primary purpose ... to enable police assistance to meet an ongoing emergency."*²²³

In deze zaak is de politie naar een plaats gezonden waar zij de heer Covington dodelijk gewond in de auto vonden. Covington vertelde hen dat hij door Bryant was neergeschoten en toen zelf met de auto een paar straten verder is gereden. Uiteindelijk is Covington komen te overlijden. Ter terechtzitting werd zijn verklaring gebruikt voor het bewijs en gaf Bryant aan dat dit een schending van de

²¹⁸ Crawford v. Washington 541 U.S. 36, 68 (2004); Randon 2007, p. 25.

²¹⁹ Crawford v. Washington 541 U.S. 36, 56 (2004); Randon 2007, p. 25.

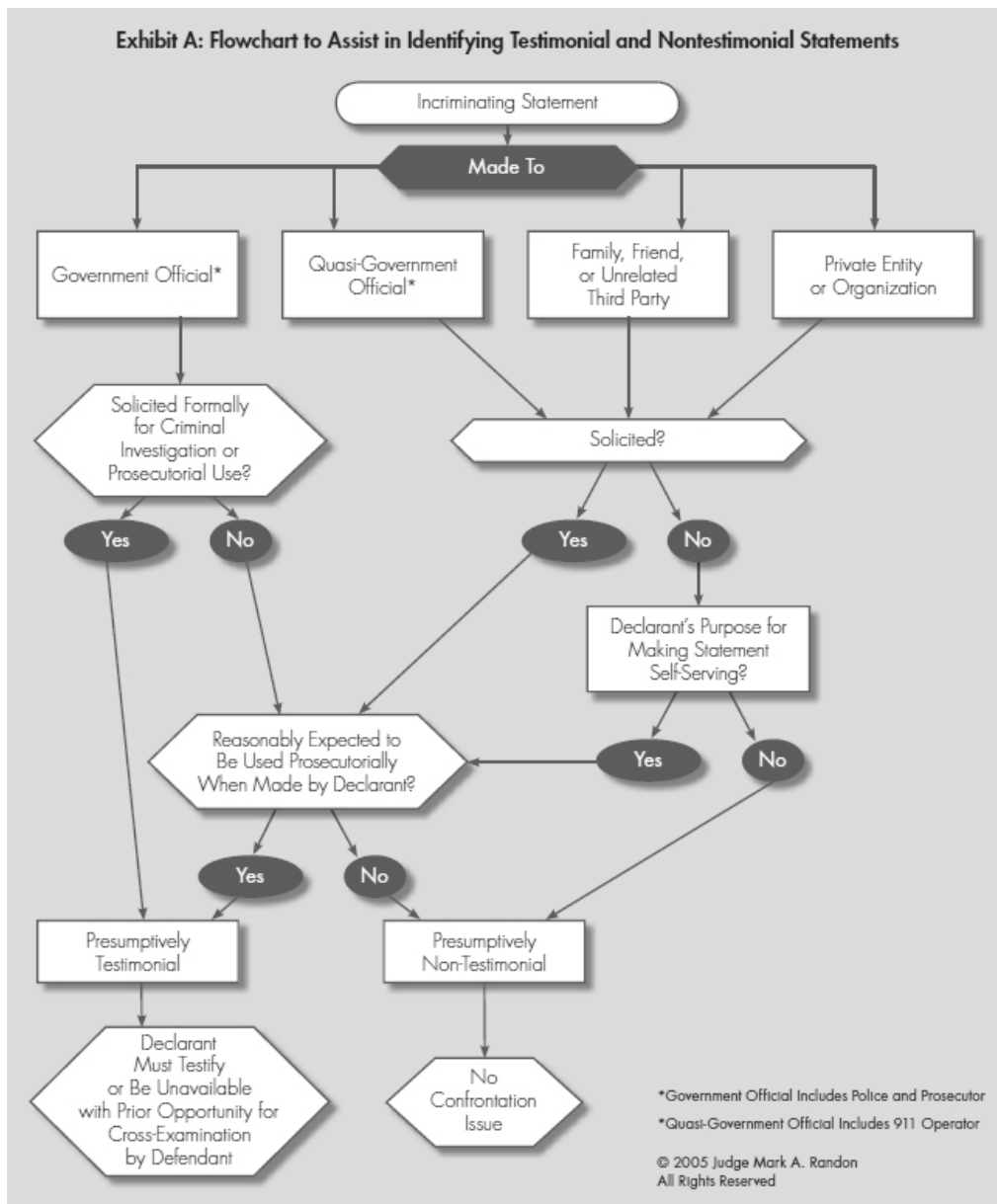
²²⁰ Davis v. Washington en Hammon v. Indiana 547 U.S. 813 (2006), nrs. 05-5224 en 05-5705.

²²¹ Davis v. Washington 547 U.S. 813, 822 (2006).

²²² Michigan v. Bryant 562 U.S. _ (2011).

²²³ Michigan v. Bryant 562 U.S. _ (2011).

Confrontation Clause op zou leveren, nu hij immers niet de mogelijkheid heeft gehad de getuige te ondervragen. Omdat het in deze zaak volgens het *Supreme Court* een *nontestimonial* verklaring betrof was het niet mogelijk voor Bryant om zich te beroepen op de *Confrontation Clause*. Het betrof een *nonstestimonial* verklaring omdat het voornaamste doel op dat moment het verlenen van hulp was en er nog steeds sprake was van een *ongoing emergency*. Het was namelijk niet bekend waar Bryant zich bevond en of hij nogmaals zou toeslaan, zijn motieven waren onduidelijk. Hiermee heeft het *Supreme Court* weer wat meer duidelijkheid verschaft omtrent de begrippen *testimonial* en *nontestimonial*. Omdat het erg lastig is om een getuigenverklaring dat in het grijze gebied valt te plaatsen onder *testimonial* of *nontestimonial* heeft rechter Randon een schema opgezet om hier bij te helpen.²²⁴



Het is mogelijk dat de verdachte zijn *confrontation right* verliest wanneer *forfeiture by wrongdoing* aan de orde is. In een dergelijk geval is het aan de verdachte zelf te wijten dat een getuige niet ter terechtzitting verschijnt, bijvoorbeeld doordat hij de getuige heeft bedreigd te vermoorden wanneer de getuige ter terechtzitting een belastende verklaring aflegt. De rechtbank kan dan besluiten dat de

²²⁴ Randon 2007, p. 27.

verdediging geen mogelijkheid meer krijgt tot *cross-examination* van deze getuige.²²⁵ Deze uitzondering geldt echter alleen in situaties dat de verdachte heeft gehandeld met de bedoeling om de getuige niet te laten verschijnen ter terechtzitting om daar de belastende verklaring af te leggen. Had de verdachte dit voornemen niet, dan is zijn recht op ondervraging geschonden en kan de eerder afgelegde *out-of-court* getuigenverklaring niet worden meegenomen als bewijs.²²⁶

Tot slot heeft het *Supreme Court* aangegeven dat een verklaring van een deskundige ook gezien moet worden als een getuigenverklaring en heeft zij nadere regels omtrent het gebruik en de toepassing van deskundigenverklaring bepaald.²²⁷ Ik zal geen nadere aandacht besteden aan de concrete invulling en toepassing van deze verklaring nu dat mijn scriptie te buiten gaat.

Concluderend met betrekking tot *out-of-court* statements, waaronder *hearsay* verklaringen en gewone getuigen, kan worden gezegd dat *Crawford* meer bescherming biedt onder de *Confrontation Clause* dan *Roberts*, met betrekking tot het gebruik van *testimonial out-of-court* verklaringen van getuigen die niet ter terechtzitting aanwezig zijn om *cross-examination* van de verdediging te ondergaan. Was een dergelijke verklaring onder *Roberts* nog mogelijk toelaatbaar wanneer voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid aanwezig waren, onder *Crawford* is een dergelijke verklaring uitdrukkelijk niet toelaatbaar en kan het dus niet worden meegenomen als bewijs. Of een verklaring betrouwbaar is doet er dus niet toe. De betrouwbaarheid is slechts te meten door middel van *cross-examination* door de verdediging, als dat niet is gebeurd op enig moment tijdens het proces kan de getuigenverklaring niet worden toegelaten als bewijs. *Testimonial* verklaringen zijn dus niet toelaatbaar, tenzij de getuige aanwezig is ter terechtzitting zodat ondervraging door de verdediging mogelijk is, of in het geval dat de getuige niet aanwezig is tijdens het proces en de verdediging een eerdere gelegenheid heeft gehad om de getuige te ondervragen middels *cross-examination*. Met betrekking tot *nontestimonial out-of-court* verklaringen geldt onder *Roberts* dat een dergelijke verklaring slechts kan worden toegelaten als het valt binnen *a firmly rooted hearsay exception* of als er voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid zijn.²²⁸ In *Crawford* heeft het *Supreme Court* geoordeeld dat de *Confrontation Clause* betrekking heeft op al het bewijs dat bestempeld kan worden als *testimonial* en dat het zesde amendement geen grondslag heeft voor de toelating van bewijs alleen op basis van betrouwbaarheid. De *Confrontation Clause* is dus niet van toepassing op *nontestimonial* verklaringen.

3.3.3 Kwetsbare getuigen en *face-to-face confrontation*

In deze paragraaf ligt de nadruk op de kwetsbare getuigen, waar slachtoffers van zedendelicten onder worden verstaan, meer in het bijzonder minderjarigen. Zoals eerder is beschreven heeft de *Confrontation Clause* vier elementen die een belangrijke rol spelen wanneer het gaat om een verklaring die ter terechtzitting wordt afgelegd. *Face-to-face confrontation* is een van deze elementen en hier zal dan ook de nadruk op liggen in deze paragraaf. Het recht van de verdediging om ook daadwerkelijk met de getuige te worden geconfronteerd is erg belangrijk omdat het deel uitmaakt van het recht op tegenspraak, een van de kernwaarden van het adversair stelsel.

Het kan een minderjarige die het slachtoffer is van een zedendelict een traumatische ervaring opleveren wanneer hij of zij weer met de verdachte wordt geconfronteerd. Het *Supreme Court* heeft

²²⁵ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 62 (2006); *Davis v. Washington* 547 U.S. 813, 833-834 (2006). Zie ook de uitzondering met betrekking tot de *hearsay* verklaring in art. 804 (b) (6) Federal Rules of Evidence.

²²⁶ *Giles v. California* 554 U.S. 353, 353, 359 e.v. (2008).

²²⁷ *Melendez-Diaz v. Massachusetts* 557 U.S. 305 (2009); *Bullcoming v. New Mexico* 564 U.S. 2011; *Williams v. Illinois* 132 S.Ct. 2221 (2012).

²²⁸ Dressler & Michaels 2006, p. 244.

dus een belangrijke taak in dergelijke zaken en zal een afweging moeten maken tussen het belang van het slachtoffer (bieden van bescherming) en het belang van de verdachte (het recht op confrontatie en ondervraging) en in sommige gevallen beperkingen verbinden aan het recht op *face-to-face* confrontatie. Het *Supreme Court* kan een uitzondering maken "where necessary"²²⁹ op de vier eisen die aan de *Confrontation Clause* ten grondslag liggen.

Zij heeft zich daar voor het eerst over uitgelaten in de zaak *Coy v. Iowa*.²³⁰ In deze zaak stond Coy terecht voor het seksueel misbruiken van twee dertienjarige meisjes. Tijdens de terechtzitting is tussen de verdachte en de slachtoffers, die optreden als getuigen, een scherm geplaatst. Hierdoor hoefden de meisjes de verdachte niet te zien, maar konden zij zelf wel de jury, de rechter en de advocaat van de verdachte zien. Voor alle partijen was het mogelijk om de meisjes te zien, al zag de verdachte hen niet heel goed door het scherm dat was geplaatst. Hij kon de getuigen slechts vaag zien door het scherm. Coy gaf aan dat de *Confrontation Clause* werd geschonden nu hij niet *face-to-face* werd geconfronteerd met de getuigen en dat er daarnaast een schending was van het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in het vijfde amendement, omdat de plaatsing van het scherm tussen hem en de getuigen ervoor zorgde dat iedereen al dacht dat hij ook daadwerkelijk schuldig was. Het *Supreme Court* oordeelde dat door het plaatsen van een scherm tussen de verdachte en de getuigen inderdaad sprake was van een schending van de *Confrontation Clause*, omdat de verdachte zijn recht om *face-to-face* geconfronteerd te worden met belastende getuigen ter terechtzitting nu niet heeft kunnen uitoefenen. Daarnaast gaf het *Supreme Court* aan dat uitzonderingen op deze regel wel degelijk mogelijk zijn, maar dat dit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Per geval zal bekeken moeten worden of speciale bescherming nodig is met betrekking tot de specifieke getuigen. Zij vond dat er in dit geval geen sprake was van een dergelijke uitzondering.²³¹

Vervolgens kwam in het jaar 1990 een vergelijkbare zaak voor het *Supreme Court*, namelijk *Maryland v. Craig*.²³² Ook in deze zaak stond een verdachte terecht wegens seksueel misbruik van een minderjarige, in dit geval een zesjarig meisje. In deze zaak werd de verklaring van de getuige afgenomen via een *one-way closed circuit television*, waarbij de getuige zich samen met de aanklager en de advocaat van de verdachte in een aparte ruimte bevonden en de jury, rechter en de verdachte zich gewoon in de zittingszaal bevonden. De getuige werd onderworpen aan *cross-examination* en dit werd vervolgens in de zittingszaal afgespeeld, zodat alle partijen de ondervraging konden zien. De verdachte stond wel in contact met haar advocaat via elektronische communicatie in verband met een goed verloop van de ondervraging, maar het meisje kon de verdachte niet zien.²³³

Deze wijze van ondervragen werd door het *Supreme Court* toegestaan en zij gaf een test aan die kan helpen bij het bepalen of er een uitzondering op de regel moet worden gemaakt. Het recht op *face-to-face* confrontatie is geen absoluut recht en het is geen onmisbaar element. Het voornaamste doel van de *Confrontation Clause* is namelijk dat de betrouwbaarheid van het belastende bewijs, de getuigenverklaring, wordt gewaarborgd en dit wordt gedaan door de combinatie van de vier elementen: het afleggen van de verklaring onder ede, de ondervraging (*cross-examination*), de observatie van de houding en het gedrag van de getuige ter terechtzitting door de jury en de rechter(s) en de fysieke aanwezigheid van de getuige ter terechtzitting (*face-to-face*).²³⁴ Een uitzondering kan door het *Supreme Court* worden gemaakt:

²²⁹ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 847-848 (1990).

²³⁰ *Coy v. Iowa* 487 U.S. 1012, 1016 (1988).

²³¹ *Coy v. Iowa* 487 U.S. 1012, 1012 en 1021 (1990); *California v. Green* 399 U.S. 149, 175 (1970).

²³² *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836 (1990).

²³³ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 836 (1990).

²³⁴ *California v. Green* 399 U. S. 149, 158 (1970).

*"the right to confront accusatory witnessess may be satisfied absent a physical, face-to-face confrontation at trial only where denial of such confrontation is necessary to further an important public policy and only where the testimony's reliability is otherwise assured".*²³⁵

In *Maryland v. Craig* werd bescherming bieden aan het kind en voorkomen dat zij opnieuw een dergelijke traumatische ervaring zou oplopen door geconfronteerd te worden met de verdachte, belangrijker geacht dan het recht van de verdachte om haar recht op *face-to-face* confrontatie uit te oefenen. Om die reden kon in dit geval dus een uitzondering op de regel worden gemaakt. Wel belangrijk bij het maken van de uitzondering was dat de andere drie elementen van de *Confrontation Clause* voldoende gewaarborgd bleven. Nu alle andere elementen voldoende werden gewaarborgd was de getuigenverklaring toelaatbaar als bewijs en werd geen schending van de *Confrontation Clause* aangenomen. Maar ook nu gaf het *Supreme Court* aan dat het belangrijk is om per geval te beoordelen of er sprake is van een dergelijke uitzondering.²³⁶ Inmiddels zijn deze uitzonderingen voornamelijk ingevuld en bepaald door de lagere rechters.²³⁷ Omdat het mijn scriptie te buiten gaat om deze uitzonderingen te benoemen besteed ik hier geen nadere aandacht aan.

Daarnaast heeft het *Supreme Court* ook geoordeeld dat er geen schending is van het recht op de *Confrontation Clause*, meer in het bijzonder het recht op *face-to-face* confrontatie, als de verdachte afwezig is tijdens een *competency hearing*. De advocaat van de verdachte was in deze zaak wel bij dit verhoor aanwezig en vervolgens zijn de twee minderjarige getuigen alsnog tijdens de terechtzitting onderworpen aan *cross-examination*, waarbij de mogelijkheid bestond voor de verdachte om eventuele vragen die hij gemist zou hebben omdat hij tijdens de *competency hearing* niet aanwezig was, alsnog te stellen of te laten herhalen.²³⁸

Concluderend kan worden gezegd dat het *Supreme Court* een nauwkeurige en goed doordachte afweging moet maken als er een strijd is tussen de belangen van de kwetsbare getuige en de rechten van de verdachte. Het recht op *face-to-face* confrontatie is een van de vier elementen van de *Confrontation Clause* en is geen absoluut recht. Om die reden is het voldoende als de andere drie elementen worden gewaarborgd. Maar het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een uitzondering op de *face-to-face* confrontatie mag worden gemaakt. Het *Supreme Court* heeft het aan de lagere rechters overgelaten om deze uitzonderingen te bepalen.

3.3.4 De *Confrontation Clause* en medeverdachten

In deze paragraaf staan de belastende verklaringen van medeverdachten en het *confrontation right* van de verdachte centraal. Deze verklaringen nemen een belangrijke plaats in, in het Amerikaanse recht en brengen verschillende vragen met zich mee. Is het mogelijk dat een belastende verklaring van een medeverdachte mee kan worden genomen als bewijs? Kan de *Confrontation Clause* hierbij voldoende worden gewaarborgd? In deze paragraaf wordt de jurisprudentie besproken die uitleg en invulling geeft aan het gebruik van deze verklaringen en de mogelijkheid die de verdachte heeft om zijn *confrontation right* te laten gelden.

In *Bruton v. United States*²³⁹ heeft het *Supreme Court* het precedent dat zij heeft geschapen in *Delli Paoli v. United States*²⁴⁰ verworpen. In de laatstgenoemde zaak oordeelde het *Supreme Court* dat het

²³⁵ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 837, 851, 857 (1990).

²³⁶ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 837 en 851 (1990).

²³⁷ Zie het artikel van Lyon & Dente 2012, waarin uitgebreid wordt besproken hoe de lagere rechters omgaan met minderjarige getuigen, in het bijzonder naar aanleiding van de zaak Crawford.

²³⁸ *Kentucky v. Stincer* 482 U.S. 730, 730-731 en 744 (1987).

²³⁹ *Bruton v. United States* 391 U.S. 123 (1968).

toelaten van een belastende verklaring van een medeverdachte geen inbreuk maakte op het *confrontation right* van de verdachte. Als de zaken tegelijkertijd behandeld worden ter terechtzitting is het voldoende om de jury te instrueren en aan te geven dat zij de afgelegde verklaring van de medeverdachte niet mag gebruiken als bewijs tegen de verdachte bij het beantwoorden van de schuldvraag. Het *Supreme Court* gaf aan dat men erop moet kunnen vertrouwen dat de jury deze instructies ook daadwerkelijk op zal volgen en de verklaring dus niet zal gebruiken als bewijs tegen de verdachte.²⁴¹

In zaak *Bruton* oordeelde het *Supreme Court* anders en merkte zij op dat het *confrontation right* en dan in het bijzonder het recht op *cross-examination* van de verdediging betrokken was bij het toelaten van dergelijk bewijs. Dit recht zou namelijk worden geschonden als er sprake is van een belastende verklaring van de medeverdachte tegen de verdachte en de verdachte vervolgens geen mogelijkheid heeft om de medeverdachte te onderwerpen aan *cross-examination* tijdens een gezamenlijk proces (*joint trial*), omdat de medeverdachte niet aanwezig is of weigert een verklaring af te leggen. Het betreft dan de vraag of een dergelijk *out-of-court statement* mag worden meegenomen als bewijs voor de verdachte. De overweging van het *Supreme Court* luidde als volgt:

*"there are some contexts in which the risk that the jury will not, or cannot, follow instructions is so great, and the consequences of failure so vital to the defendant, that the practical and human limitations of the jury system cannot be ignored. Such a context is presented here, where the powerfully incriminating extrajudicial statements of a codefendant, who stands accused side-by-side with the defendant, are deliberately spread before the jury in a joint trial. Not only are the incriminations devastating to the defendant but their credibility is inevitably suspect, a fact recognized when accomplices do take the stand and the jury is instructed to weigh their testimony carefully given the recognized motivation to shift blame onto others. The unreliability of such evidence is intolerably compounded when the alleged accomplice, as here, does not testify and cannot be tested by cross-examination. It was against such threats to a fair trial that the Confrontation Clause was directed".*²⁴²

In deze zaak werd een schending van de *Confrontation Clause* dan ook aangenomen, ondanks dat een instructie aan de jury was gegeven dat zij de verklaring van de medeverdachte niet mocht meewegen bij de beoordeling van de schuldvraag van de verdachte, zeker nu de verdachte geen mogelijkheid had tot *cross-examination*. In deze zaak zou het bijna onmogelijk zijn voor de jury om de verklaring van de één niet mee te laten wegen voor de schuldvraag van de ander en zou de kans groot zijn dat zij dit bewust dan wel onbewust toch mee zou nemen bij de beoordeling of de verdachte schuldig is. Om dat te voorkomen werd dan ook geoordeeld dat het in dit specifieke geval onder deze specifieke omstandigheden onvoldoende was om de jury te informeren en te instrueren. Er werd dus een inbreuk gemaakt op de *Confrontation Clause*.²⁴³

Vervolgens stond een aantal jaar later in *Parker v. Randolph*²⁴⁴ de vraag centraal of de regel die volgde uit het *Bruton* arrest ook van toepassing was in het geval de bekentenis van de verdachte werd ondersteund dan wel bevestigd door de verklaring van een medeverdachte en deze verklaring werd gebruikt als bewijs. Leverde het gebruik hiervan een schending op van de *Confrontation Clause*?²⁴⁵ De

²⁴⁰ Delli Paoli v. United States 352 U.S. 232 (1957).

²⁴¹ Delli Paoli v. United States 352 U.S. 232, 233 e.v. (1957); Bruton v. United States 391 U.S. 123, 128 en 135 (1968); LaFave, King & Israel 2004, p. 834-835.

²⁴² Bruton v. United States 391 U.S. 123, 135-136 (1968); LaFave, King & Israel 2004, p. 835.

²⁴³ Zie ook Roberts v. Russell 392 U.S. 293 (1968), waarin het oordeel van Bruton werd bevestigd en aan werd gegeven dat het ook van toepassing is op de staten met betrekking tot het instrueren van de jury; Nelson v. O'Neil 402 U.S. 622, 633-634 (1971).

²⁴⁴ Parker v. Randolph 442 U.S. 62 (1979).

²⁴⁵ Cruz v. New York 481 U.S. 186, 188 (1987).

meerderheid van de rechters van het *Supreme Court* vond dat geen inbreuk op de *Confrontation Clause* werd gemaakt, maar was niet erg overtuigend en eensgezind met een antwoord op de eerder genoemde vraag.²⁴⁶ Uiteindelijk kwam het *Supreme Court* in *Cruz v. New York*²⁴⁷ tot de conclusie dat een belastende verklaring van een medeverdachte tijdens een gezamenlijk proces een inbreuk zou maken op de *Confrontation Clause*, ook al had de verdachte zelf al een bekentenis afgelegd en werd zijn bekentenis toegelaten als bewijs.²⁴⁸ Het komt regelmatig voor dat de medeverdachte een verklaring aflegt met het doel de ander te beschuldigen, in een kwaad daglicht te zetten en er zelf beter uit te komen, waardoor het lastig is om in te schatten of een belastende verklaring van een medeverdachte ook voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid bevat. Het is dus niet toegestaan om een belastende verklaring van een medeverdachte zonder meer toe te laten als bewijs, zeker als er geen mogelijkheid tot *cross-examination* is en de verdachte de betrouwbaarheid niet op een redelijke wijze kan toetsen en kan aantonen dat de verklaring onjuistheden bevat.

In *Bruton* was de regel dus dat de verklaringen van medeverdachten niet mochten worden meegenomen als bewijs voor de verdachte, als deze verklaringen een expliciete verwijzing bevatten naar de verdachte en '*facially incriminating*' zijn, maar de medeverdachte vervolgens tijdens het gezamenlijke proces ter terechtzitting weigert een verklaring af te leggen. Een schending van de *Confrontation Clause* is het gevolg als deze verklaring toch wordt meegenomen als bewijs. In *Richardson v. Marsh*²⁴⁹ werd aangegeven dat onder de *Bruton* regel ook echt sprake dient te zijn van een duidelijk belastende verklaring. Het is onvoldoende belastend als een verklaring van een medeverdachte *evidentiary linkage* bevat, waardoor de verdachte slechts daadwerkelijk wordt beschuldigd wanneer de verklaring samen met andere bewijsmiddelen wordt toegelaten. De verklaring zelf bevat dan te weinig informatie om de verdachte daadwerkelijk aan het delict te koppelen.²⁵⁰ Toelating van de verklaring van de *nontestifying* medeverdachte leverde geen schending van de *Confrontation Clause* op, omdat de jury was geïnstrueerd om de verklaring alleen mee te laten wegen bij de schuldigverklaring van de medeverdachte zelf. Daarnaast was de verklaring dermate geredigeerd dat iedere mogelijke verwijzing naar de naam en het bestaan van de verdachte ontbrak, waardoor niet gesproken kon worden van een belastende verklaring zoals is beschreven onder het zesde amendement.²⁵¹ Het *Supreme Court* komt tot de conclusie dat de *Bruton* regel dus alleen van toepassing is wanneer het een *facially incriminating* verklaring betreft.²⁵² De eerder genoemde *Bruton* regel is ook van toepassing op verklaringen van medeverdachten waarbij er zodanig is geredigeerd dat in plaats van de naam van de verdachte het woord '*deleted*', een vergelijkbare formulering of een witte ruimte wordt gebruikt. Door deze invulling is alsnog overduidelijk om welke persoon het gaat, het is dus *facially incriminating*, waardoor het een schending van de *Confrontation Clause* oplevert als de verdediging geen mogelijkheid heeft om de medeverdachte te ondervragen.²⁵³

²⁴⁶ In *Parker v. Randolph* 442, U.S. 62, 71 (1979) gaf het Supreme Court aan: "one can scarcely imagine evidence more damaging to his defense than his own admission of guilt. Thus, the incriminating statements of a codefendant will seldom, if ever, be of the "devastating" character referred to in *Bruton* when the incriminated defendant has admitted his own guilt"; *Cruz v. New York* 481 U.S. 186, 190-191 (1987); Lafave, King & Israel 2004, p. 835.

²⁴⁷ *Cruz v. New York* 481 U.S. 186 (1987).

²⁴⁸ *Cruz v. New York* 481 U.S. 192-194 (1987). Zie ook *Lee v. Illinois* 476 U.S. 530, 541 (1986), met betrekking tot de betrouwbaarheid van de verklaring van de medeverdachte.

²⁴⁹ *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200 (1987).

²⁵⁰ *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200, 207-208 (1987).

²⁵¹ *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200, 200 (1987).

²⁵² *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200, 207 (1987).

²⁵³ *Gray v. Maryland* 523 U.S. 185, 185-187 (1998).

Zoals eerder is besproken is de *Confrontation Clause* alleen van toepassing op belastende getuigenverklaringen. Als een medeverdachte tijdens het gezamenlijke proces zijn eerder afgelegde belastende *out-of-court* verklaring ontkent te hebben afgelegd en juist ter terechtzitting een verklaring aflegt ten gunste van de verdachte is er sprake van een ontlastende verklaring. Het is dan niet mogelijk voor de verdediging om een beroep te doen op de *Confrontation Clause* en de getuige te onderwerpen aan een volledige en effectieve *cross-examination*, omdat deze immers alleen van toepassing is op belastende getuigenverklaringen.²⁵⁴

3.3.5 Restrictions on the Confrontation Clause

In de voorgaande paragrafen zijn de verschillende soorten getuigenverklaringen uitgebreid uiteengezet en is de reikwijdte van de *Confrontation Clause* nader ingekleurd. In deze paragraaf staan de beperkingen van de *Confrontation Clause* centraal, meer in het bijzonder wat de beperkingen aan de elementen van *cross-examination* en *face-to-face confrontation* betreft. Een deel van deze beperkingen is al kort aan bod gekomen in de vorige paragrafen. In deze paragraaf zal de hoofdlijn worden besproken aan de hand van jurisprudentie. Hierbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen de gewone getuigen, waaronder *out-of-court* verklaringen vallen, de kwetsbare getuigen en de belastende verklaringen van medeverdachten.

De *Confrontation Clause*, neergelegd in het zesde amendement, heeft als doel het verzekeren van de betrouwbaarheid van het bewijs. Er zijn vier elementen die er samen voor zorgen dat dit doel verwezenlijkt kan worden: de fysieke aanwezigheid van de getuige ter terechtzitting, het afleggen van een getuigenverklaring onder ede, de ondervraging van de getuige door de verdediging en de mogelijkheid voor de jury om de houding en het gedrag van de getuige te observeren. Met name het element van *cross-examination* speelt een belangrijke rol.²⁵⁵ Een beperking van deze elementen kan plaatsvinden. Dit heeft in de meeste gevallen betrekking op de elementen van ondervraging (*cross-examination*) en de fysieke confrontatie van de verdachte met de getuige (*face-to-face confrontation*). Zowel het element van *face-to-face confrontation* als het element van de *cross-examination* zijn niet absoluut.²⁵⁶ De beperkingen dienen proportioneel en niet willekeurig te zijn, anders leveren zij een schending op van de *Confrontation Clause*.²⁵⁷ Is er sprake van een beperking en is deze disproportioneel dan is de enige mogelijkheid om een schending van de *Confrontation Clause* te voorkomen dat een vorm van compensatie aan de verdediging wordt geboden.

De verdachte kan te maken krijgen met een beperking van de *Confrontation Clause* als het gaat om de belastende verklaring van een gewone getuige. De beperkingen die hierbij een rol spelen hebben voornamelijk betrekking op de toelating van *out-of-court statements*, waaronder *hearsay evidence*, als bewijs. De beperkingen waar de verdachte mee te maken kan krijgen zijn: afwezigheid van de getuige ter terechtzitting, de getuige is niet meer beschikbaar (bijvoorbeeld door ziekte of overlijden) en het worden beperkt in de vragen die men aan de getuige mag stellen²⁵⁸.

In het eerste geval is er sprake van een gerechtvaardigde beperking indien de getuige afwezig is ter terechtzitting, maar de verdediging een eerdere mogelijkheid heeft gehad om de getuige aan een

²⁵⁴ Nelson v. O'Neil 402 U.S. 622, 622, 629-630 (1971).

²⁵⁵ Douglas v. Alabama 380 U.S. 415, 418 (1965); California v. Green 399 U.S. 149, 158 (1970); Davis v. Alaska 415 U.S. 308, 316 (1974); Kentucky v. Stincer 482 U.S. 730, 737 (1987).

²⁵⁶ Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 850 (1990); Chambers v. Mississippi 410 U.S. 284, 295 (1973).

²⁵⁷ Michigan v. Lucas 500 U.S. 145, 151 (1991).

²⁵⁸ Davis v. Alaska 415 U.S. 308 (1974); Delaware v. Van Arsdall, 475 U.S. 673 (1986), Kentucky v. Stincer 482 U.S. 730, 738-739 (1987).

effectieve *cross-examination* te onderwerpen.²⁵⁹ In het geval de getuige niet meer beschikbaar is (bijvoorbeeld door overlijden/ziekte) zijn de regels omtrent het toelaten van een afgelegde verklaring tot bewijs neergelegd in art. 804 (a) en (b) *Federal Rules of Evidence*. Met betrekking tot een afgelegde belastende verklaring van een getuige die korte tijd later overlijdt (*dying declaration*), heeft het *Supreme Court* bepaald dat wanneer de verklaring is afgelegd in het stadium van een *ongoing emergency* geen schending kan worden aangenomen van de *Confrontation Clause*, nu deze clausule niet toeziet op *nontestimonial* bewijs.²⁶⁰ Gaat het om de afwezigheid van de getuige doordat hij vastzit in een gevangenis in een andere staat, maar de aanklager heeft onvoldoende maatregelen genomen om de getuige ter terechtzitting te laten verschijnen, dan mag de eerder afgelegde verklaring van de getuige niet worden toegelaten als bewijs. Toelating tot het bewijs levert een ongerechtvaardigde beperking van de *cross-examination* op en heeft direct een schending van de *Confrontation Clause* tot gevolg.²⁶¹

De verdediging mag slechts worden beperkt tijdens de *cross-examination* tot het stellen van bepaalde vragen aan de getuige als de belangen van de getuige zwaarder wegen dan het fundamentele recht van de verdachte, maar deze beperking wordt niet vaak toegepast. Veelal wordt bij een dergelijke beperking een schending aangenomen omdat het dermate disproportioneel is en geen goede mogelijkheid tot compensatie bestaat om alsnog te spreken van een volledige en effectieve ondervraging van de getuige. Als de verdediging wordt beperkt in het stellen van bepaalde vragen aan de getuige, bijvoorbeeld met betrekking tot het strafblad van de getuige, gerechtelijke procedures die de getuige zelf heeft lopen of het vragen naar de naam en adres van de getuige, schept dit geen goed beeld voor de jury en is het voor hen lastig om de betrouwbaarheid van de getuige te kunnen bepalen.²⁶²

Met betrekking tot kwetsbare getuigen is bepaald dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of er sprake mag zijn van een beperking. Bij deze getuigen heeft het niet alleen betrekking op de vragen die door de verdediging gesteld mogen worden aan de getuige maar meer in het bijzonder of de verdachte *face-to-face confrontation* kan eisen met de kwetsbare getuige. Om te bepalen of een beperking mag worden opgelegd dient de rechtbank de belangen van de verdachte af te zetten tegenover de belangen van de kwetsbare getuige. In het geval de rechtbank de belangen van de getuige meer waarde toekent, kan zij besluiten een uitzondering te maken en vervolgens de verdachte een vorm van compensatie te bieden zodat de beperking niet leidt tot een schending van het zesde amendement. Deze compensatie kan onder andere worden geboden door de getuige in een aparte ruimte te verhoren in aanwezigheid van de aanklager en de advocaat van de verdachte en de opname vervolgens af te spelen ter terechtzitting, zodat de verdachte, de jury en de rechter de ondervraging mee krijgen en zelf een oordeel kunnen vellen omtrent de getuigenverklaring. Het *Supreme Court* heeft geen nadere uitspraken hieromtrent gedaan en heeft slechts bepaald dat in bijzondere omstandigheden een beperking mogelijk is voor de verdediging. Wel heeft zij aangegeven dat het aan de lagere rechters is om deze uitzonderingen te bepalen en in te kleuren.²⁶³

Wat de belastende verklaringen van medeverdachten betreft, heeft het *Supreme Court* aangegeven dat in het geval een beperking aanwezig is, namelijk de verdachte heeft geen mogelijkheid gehad om de

²⁵⁹ *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56 (1980); *California v. Green* 399 U.S. 149 (1970); *Kentucky v. Stincer* 482 U.S. 730, 738-739 (1987).

²⁶⁰ *Michigan v. Bryant* 562 U.S. _ (2011).

²⁶¹ *Barber v. Page* 390 U.S. 719 (1968).

²⁶² *Smith v. Illinois* 390 U.S. 129 (1968); *Davis v. Alaska* 415 U.S. 308 (1974); *Delaware v. Fensterer* 474 U.S. 15, 18-19 (1985); *Delaware v. Van Arsdall* 475 U.S. 673 (1986); *Kentucky v. Stincer* 482 U.S. 730, 738-739 (1987); *Olden v. Kentucky* 488 U.S. 227 (1988).

²⁶³ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 837, 851, 857 (1990); *Lyon & Dente* 2012.

medeverdachte aan *cross-examination* te onderwerpen compensatie moet worden geboden om een schending van de *Confrontation Clause* te voorkomen. Deze compensatie kan eruit bestaan door aan de jury een duidelijke instructie te geven dat zij de afgelegde belastende verklaring van de medeverdachte alleen als bewijs voor de medeverdachte mag meewegen en niet met betrekking tot de verdachte.²⁶⁴ Een ongerechtvaardigde beperking van het recht op *cross-examination* doet zich ook voor wanneer de aanklager de eerder afgelegde belastende verklaring voordraagt ter terechtzitting zodat de verdediging de medeverdachte kan onderwerpen aan *cross-examination*, en de medeverdachte vervolgens een beroep doet op het verschoningsrecht en de gestelde vragen weigert te beantwoorden. Hierbij gaat het om een dermate vergaande beperking van de mogelijkheid tot een effectieve *cross-examination*, dat een schending van de *Confrontation Clause*, wordt aangenomen.²⁶⁵

3.4 Conclusie

Het ondervragingsrecht in Amerika is neergelegd in de *Confrontation Clause*, in het zesde amendement van de *U.S. Constitution* en kent vier elementen die er samen voor moeten zorgen dat het doel, namelijk het verzekeren van de betrouwbaarheid van het belastende bewijs, wordt nageleefd. Deze elementen zijn: het recht op *face-to-face* confrontatie, het afleggen van een verklaring onder ede, het recht op *cross-examination* en het observeren van de houding en het gedrag van de getuige door de jury en/of de rechter(s). Een beperking van een van deze elementen leidt niet automatisch tot een schending van de *Confrontation Clause*. Als de overige elementen voldoende zijn gewaarborgd is een schending niet aannemelijk. Het uitgangspunt is dat de getuigenverklaring ter terechtzitting wordt afgenomen. Veelal worden getuigenverklaringen echter al eerder in het proces afgelegd, de zogenoemde *out-of-court* verklaring, waaronder ook het *hearsay evidence* valt.

Het *Supreme Court* heeft bepaald dat *out-of-court statements* in principe niet toelaatbaar zijn tenzij er sprake is van een uitzondering op de *hearsay rules*. Het was dan voldoende als de getuigenverklaring voldoende aanwijzingen van betrouwbaarheid bevatte in het geval de verdachte geen gelegenheid heeft gehad om de getuige te onderwerpen aan *cross-examination*. Later kwam hier verandering in met de zaak *Crawford v. Washington* en ging het niet meer om de betrouwbaarheid van de *out-of-court* verklaring maar om de vraag of de verklaring *testimonial* was. Een *testimonial* verklaring is niet toelaatbaar als bewijs, tenzij de getuige aanwezig is ter terechtzitting zodat ondervraging door de verdediging mogelijk is, of in het geval dat de getuige niet aanwezig is tijdens het proces maar de verdediging een eerdere gelegenheid heeft gehad om de getuige te ondervragen middels *cross-examination*.

Is er sprake van een beperking van de *cross-examination* of de *face-to-face* confrontatie dan leidt dit tot een schending van de *Confrontation Clause* als de getuigenverklaring wordt toegelaten als bewijs en de verdediging onvoldoende gecompenseerd wordt voor deze beperking. De verdediging mag slechts beperkt worden tot het stellen van bepaalde vragen aan de getuige als de belangen van de getuige zwaarder wegen dan het fundamentele recht van de verdediging. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Een vorm van compensatie die geboden kan worden met betrekking tot de kwetsbare getuige is dat de getuige in een aparte ruimte wordt ondervraagd door de aanklager en de advocaat van de verdediging en dat dit vervolgens ter terechtzitting wordt afgespeeld ten overstaan van de verdachte, de rechter en de jury. Als de verklaring van de medeverdachte wordt gebruikt als bewijs tijdens een gezamenlijk

²⁶⁴ *Bruton v. United States* 391 U.S. 123 (1968); *Tennessee v. Street* 471 U.S. 409, 410 (1985).

²⁶⁵ *Douglas v. State of Alabama* 380 U.S. 415, 419-420 (1965).

proces met de verdachte, maar de verdachte vervolgens geen mogelijkheid heeft om de getuige te ondervragen, dan kan compensatie worden geboden door de jury te instrueren dat de verklaring van de medeverdachte niet mee mag worden genomen bij de beoordeling van de schuldvraag van de verdachte, maar dat deze verklaring alleen is toegestaan als bewijs voor de medeverdachte.

Met betrekking tot de casus beschreven in de inleiding zou de eerder afgelegde verklaring een *out-of-court* verklaring betreffen, waarbij de verdediging geen enkele mogelijkheid heeft gehad om de getuige te onderwerpen aan *cross-examination*. Zowel voorafgaand aan de terechtzitting als tijdens de terechtzitting heeft de verdediging geen gelegenheid gehad tot een effectieve ondervraging van de getuige. Dit zorgt ervoor dat de *out-of-court* verklaring niet is toegestaan tot het bewijs volgens de regels van het *Supreme Court*. Toelating van de belastende verklaring levert dus een schending op van de *Confrontation Clause*. Desalniettemin kan er sprake zijn van een uitzondering als het een gezamenlijk proces betreft en kan het *Supreme Court* overwegen of het voldoende is om de jury te instrueren dat de verklaring van de medeverdachte niet mag worden meegenomen als bewijs tegen de verdachte, maar alleen als bewijs tegen de medeverdachte zelf bij het beantwoorden van de schuldvraag. Dit is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

4. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Amerika

In dit hoofdstuk wordt een rechtsvergelijking gemaakt tussen het ondervragingsrecht zoals dat in Nederland wordt toegepast en het ondervragingsrecht zoals dat in Amerika wordt toegepast. Het betreft dus een micro-rechtsvergelijking, namelijk op het niveau van een specifieke rechtsregel.²⁶⁶ Een rechtsvergelijking wordt gemaakt door middel van de volgende stappen: kennen, vergelijken, verklaren en waarden van een (in dit geval) specifieke rechtsregel.²⁶⁷ In de vorige drie hoofdstukken is beschreven wat het ondervragingsrecht inhoudt, welke grondslag het heeft en wat de reikwijdte van het ondervragingsrecht is. Dit is beschreven met betrekking tot het EVRM, Nederland en Amerika en betreft dus de eerste stap: het kennen van de verschillende rechtsstelsels. In dit hoofdstuk zullen de andere drie stappen worden behandeld. Eerst zal een vergelijking worden gemaakt tussen het ondervragingsrecht in Nederland en het ondervragingsrecht in Amerika, waarbij de overeenkomsten en verschillen met betrekking tot het ondervragingsrecht worden benoemd. Vervolgens worden de overeenkomsten en verschillen verklaard. Dit zal worden gedaan aan de hand van de kenmerken van beide rechtsstelsels, waarbij gebruik zal worden gemaakt van de tegenstellingen tussen *civil law* en *common law* en de tegenstellingen tussen een adversair en een inquisitoir stelsel, waarbij de *equality of arms* een belangrijke rol speelt. In de derde paragraaf komt de waardering aan bod, waarbij geconcludeerd zal worden, of en zo ja, op welke wijze het Amerikaanse ondervragingsrecht een inspiratiebron kan vormen om het beginsel van de *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken.

4.1 Vergelijken

In deze paragraaf staat de vergelijking tussen het Nederlandse en het Amerikaanse ondervragingsrecht centraal. De verschillen en overeenkomsten die volgen uit de vorige hoofdstukken zullen worden beschreven, zonder dat er meteen een verklaring of een waardering aan wordt gekoppeld.

Het ondervragingsrecht betreft het recht van de verdediging om de getuige die een verklaring heeft afgelegd te ondervragen, zodat op die wijze de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van de verklaring kan worden getoetst. Het uitgangspunt is hierbij dat de getuige tijdens de terechtzitting wordt ondervraagd. Desondanks komt het vaak voor dat de verklaring wordt afgelegd voorafgaand aan de terechtzitting. Centraal in mijn scriptie staat het ondervragingsrecht van de verdediging om getuigen die in een eerdere fase van het proces een verklaring hebben afgelegd, te ondervragen ter terechtzitting.

4.1.1 Overeenkomsten en verschillen

Zowel in Nederland als in Amerika is het uitgangspunt dat het ondervragingsrecht door de verdediging wordt uitgeoefend ter terechtzitting. In beide landen kent het ondervragingsrecht een wettelijke grondslag. Voor Nederland is dit neergelegd in het Wetboek van Strafvordering en in art. 6 lid 3 sub d EVRM, waarbij het ondervragingsrecht deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces, zoals is neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM. Nederland is een lidstaat van het EVRM en is om die reden dan ook verplicht om te voldoen aan de eisen die aan het ondervragingsrecht worden gesteld door het EHRM. In Amerika is het ondervragingsrecht neergelegd in het zesde amendement van de *Bill of Rights* en in de *Federal Rules of Evidence*, waarbij het veertiende amendement aangeeft dat de *Confrontation Clause* niet alleen van toepassing is op het federale rechtssysteem, maar ook op alle staten. Het EVRM

²⁶⁶ Gorlé e.a. 2007, p. 28.

²⁶⁷ Gorlé e.a. 2007, p. 34-35.

is vergelijkbaar van toepassing op Nederland, zoals het federale Amerikaanse recht van toepassing is op de staten. Het EVRM en de *Bill of Rights* van Amerika vormen beiden dus een soort overkoepelende regelgeving, waar respectievelijk Nederland en de staten van Amerika aan moeten voldoen.

Een verschil tussen beide rechtsstelsels is dat het Nederlandse strafprocesrecht een vooronderzoek kent en een onderzoek ter terechtzitting, waarbij de nadruk voornamelijk ligt op het vooronderzoek. Ook Amerika kent een vooronderzoek en een onderzoek ter terechtzitting, maar dit is van een dermate andere omvang en het heeft een ander belang dan het vooronderzoek in Nederland. De nadruk ligt in Amerika voornamelijk op het onderzoek ter terechtzitting.

Het is echter opmerkelijk dat beide landen hetzelfde uitgangspunt hanteren, namelijk dat het ondervragingsrecht van de verdediging ter terechtzitting plaats moet vinden. Bovendien kennen beide landen uitzonderingen op de regel. Zo is het zowel in Nederland als in Amerika toegestaan om de-
auditu, dan wel *hearsay evidence* toe te laten als bewijs, al zijn de eisen om een dergelijke getuigenverklaring toe te laten als bewijs in Amerika vele malen strenger dan in Nederland en expliciet beschreven in de *Federal Rules of Evidence*. Daarnaast is het in beide landen mogelijk om getuigenverklaringen afgelegd in het vooronderzoek in Nederland, dan wel *out-of-court statements* in Amerika toe te laten als bewijs, ook al is er een beperking van het ondervragingsrecht voor de verdediging.

In Nederland, onder invloed van het EVRM, is het schema dat bepaalt of deze verklaring mag worden toegelaten als bewijs als volgt:

1. Is er sprake van een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid?
2. Als dat niet het geval is, is het dan noodzakelijk om het ondervragingsrecht te beperken?
3. Is de veroordeling uitsluitend en in beslissende mate gebaseerd op een niet ondervraagde getuige?
4. Zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig?²⁶⁸

Als deze stappen na zijn gelopen en bevestigend worden beantwoord, dan levert het gebruik van de eerder afgelegde getuigenverklaring geen schending op van het ondervragingsrecht van de verdediging. Uit de vorige hoofdstukken kunnen we opmaken dat Nederland de uitzonderingen op de gestelde eisen door het EHRM redelijk snel aanneemt, waardoor in het vooronderzoek afgelegde verklaringen regelmatig kunnen worden gebruikt als bewijs. Ook als er niet altijd een ondervragingsgelegenheid is geweest voor de verdediging. Het recht van de verdediging wordt regelmatig al dan niet gerechtvaardigd beperkt, waardoor de verdediging het ondervragingsrecht vaak niet of onvolledig kan uitoefenen. Het EHRM heeft in de jurisprudentie aangegeven dat de beperkingen zo veel mogelijk tot een minimum beperkt moeten blijven.

Amerika maakt geen gebruik van een vergelijkbaar schema om te beoordelen of een *out-of-court statement* mag worden gebruikt als bewijs, maar zij maakt een onderscheid tussen de vier elementen van de *Confrontation Clause*: *face-to-face confrontation*, *cross-examination*, *oath* en *observation of demeanor by the trier of fact*.²⁶⁹ Zij heeft per element aangegeven hoe met een *out-of-court statement* om moet worden gegaan. Het *Supreme Court* heeft aangegeven dat er uitzonderingen mogelijk zijn om het gebruik van een *out-of-court statement* toe te staan, maar dat hier strikte regels voor gelden. Met name wat het element van *face-to-face confrontation* en het element van *cross-examination* betreft,

²⁶⁸ De Wilde 2012a, p. 274-289.

²⁶⁹ *Maryland v. Craig* 497 U.S. 836, 837 (1990).

zijn er enkele mogelijkheden om af te wijken van het uitgangspunt. Een uitzondering is volgens het *Supreme Court* afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar wordt niet vaak aangenomen. Als er inderdaad sprake is van een beperking en deze beperking is disproportioneel, dan is de enige mogelijkheid om een schending te voorkomen dat een vorm van compensatie wordt geboden aan de verdediging. Het *Supreme Court* kent weinig vormen van compensatie en heeft de concrete invulling hiervan voornamelijk overgelaten aan de lagere rechters.

Concluderend kan dan ook gezegd worden dat Amerika veel waarde hecht aan het naleven van de *Confrontation Clause* en dus het ondervragingsrecht van de verdachte, nu zij weinig uitzonderingen op de regel toestaat. Een schending van de *Confrontation Clause* wordt snel aangenomen als de verdediging het recht om de getuige te onderwerpen aan *cross-examination* niet of onvolledig uit heeft kunnen oefenen.

In Amerika wordt de invulling van de wettelijke grondslag van de *Confrontation Clause* voornamelijk ingekleurd door *case-law*. Amerika kent bovendien een minder gedetailleerde beschrijving van het specifieke wetsartikel waarin de *Confrontation Clause* wordt beschreven, het zesde amendement, dan het ondervragingsrecht in Nederland. In Nederland is de wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht niet alleen neergelegd in het EVRM, ook in het Wetboek van Strafvordering wordt aangegeven wanneer en in welke gevallen de verdediging het ondervragingsrecht kan uitoefenen. Daarnaast speelt de jurisprudentie geweest door het EHRM en door de Hoge Raad een belangrijke rol bij de invulling van het ondervragingsrecht. De uitzonderingen zijn daarentegen niet neergelegd in specifieke wetsartikelen. In Amerika zijn enkele uitzonderingen en aanvullingen die door het *Supreme Court* zijn bepaald wel in gedetailleerde vorm neergelegd in de *Federal Rules of Evidence*, zodat nauwelijks onduidelijkheid kan bestaan over de toelating van een *out-of-court statement* of *hearsay evidence* als bewijs.

Tot slot is opmerkelijk dat Nederland een onderscheid maakt tussen de gewone getuige, de kwetsbare getuige en de anonieme getuige en zij voor elke specifieke getuige hetzelfde beslissingsmodel kan doorlopen om na te gaan of een schending van het ondervragingsrecht aan de orde is. Amerika maakt daarentegen niet zozeer een onderscheid tussen de verschillende soorten getuigen, maar bekijkt de *Confrontation Clause* vanuit de vier elementen en geeft op die wijze invulling aan de vraag of een beperking van dit recht een schending oplevert voor de verdediging. Uit de jurisprudentie is desondanks wel op te merken dat zij een onderscheid maakt tussen de gewone getuige, de kwetsbare getuige en de medeverdachte die als getuige optreedt.

Concluderend kan worden gesteld dat er grofweg vier overeenkomsten te noemen zijn wat het ondervragingsrecht betreft. De overeenkomsten zien er puntsgewijs als volgt uit:

1. Het ondervragingsrecht kent zowel in Nederland als in Amerika een wettelijke grondslag.
2. Deze wettelijke grondslag wordt in beide landen ingekleurd door middel van jurisprudentie, dan wel *case-law*.
3. Het uitgangspunt is in beide landen dat het ondervragingsrecht, respectievelijk de *Confrontation Clause*, ter terechtzitting plaatsvindt. Echter, een de-auditu verklaring dan wel *hearsay evidence* is in beide landen toelaatbaar, al hanteert Amerika strengere regels om dergelijk bewijs toe te laten dan Nederland.
4. In beide landen bestaan mogelijkheden om verklaringen die zijn afgelegd in een eerdere fase van het onderzoek in Nederland, dan wel *out-of-court statements* in Amerika toe te laten als bewijs, indien voldoende compensatie wordt geboden zodat een schending van het ondervragingsrecht kan worden

voorkomen. Beide landen hebben een eigen wijze om te beoordelen of dergelijk bewijs toelaatbaar is als de verdediging geen mogelijkheid heeft gehad de getuige ter terechtzitting te ondervragen.

De verschillen tussen het ondervragingsrecht in Nederland en de *Confrontation Clause* in Amerika zijn als volgt te benoemen:

1. In het Nederlandse recht zijn de uitzonderingen die volgen uit de jurisprudentie, op de wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht, niet opgenomen. Amerika benoemt enkele uitzonderingen, die het gevolg zijn van *case-law*, zoals het gebruik van *hearsay-evidence*, juist specifiek en gedetailleerd in de wet.
2. Zoals bij de overeenkomsten al is beschreven kennen zowel Amerika als Nederland uitzonderingen op het uitgangspunt dat het ondervragingsrecht in principe ter terechtzitting wordt uitgeoefend, maar doen zij dit op een andere wijze. Waar Nederland het schema hanteert zoals dit door het EHRM in *Al-Khawaja & Tahery* is bepaald, bekijkt Amerika de uitzonderingen per element van de *Confrontation Clause* en kent zij niet een algemeen schema dat toepasbaar is op iedere getuige.
3. De verschillende soorten getuigen komen grotendeels overeen, al kent Nederland wel een vorm van een anonieme getuige en bekleedt de anonieme getuige in Amerika geen specifieke positie in de context van het ondervragingsrecht.

4.2 Verklaren

De overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse ondervragingsrecht en de Amerikaanse *Confrontation Clause* zullen in deze paragraaf worden verklaard. Onder het verklaren wordt verstaan dat onderzocht wordt waarom deze overeenkomsten en verschillen er zijn en of wij hier daadwerkelijk iets van kunnen leren. De overeenkomsten en verschillen kunnen worden onderverdeeld in verschillende thema's en zullen dan ook aan hand van deze thema's besproken en verklaard worden. Het eerste thema betreft de wettelijke grondslag en de inkleuring hiervan door jurisprudentie dan wel *case-law*. Het tweede thema betreft het uitgangspunt van het ondervragingsrecht, namelijk dat dit ter terechtzitting plaatsvindt. In deze paragraaf zullen ook de uitzonderingen op dit uitgangspunt worden besproken.

4.2.1. Wettelijke grondslag en jurisprudentie

Zoals is gebleken in de vorige paragraaf kennen zowel Nederland als Amerika een wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht, respectievelijk de *Confrontation Clause*. In beide landen wordt deze wettelijke grondslag vervolgens nader ingekleurd middels jurisprudentie. Dit gebeurt echter op een andere wijze. Daarnaast is het kenmerkend dat in Amerika enkele uitzonderingen en nieuwe regels die volgen uit *case-law* worden neergelegd in nadere regelgeving of wetten, terwijl dit in Nederland niet het geval is. Deze overeenkomsten en het verschil in de mate van inkleuring dan wel het neerleggen van uitzonderingen in de wet, kan worden verklaard vanuit de rechtsfamilies *common law* en *civil law*.

Civil law is ontstaan uit het Romeinse recht, onder invloed van het *Corpus Juris Civilis* van *Justinianus*, maar kent daarnaast ook Germaanse elementen.²⁷⁰ De rechtsfamilie *civil law* is in Nederland terechtgekomen onder invloed van het Franse recht, zoals dat is beschreven in hoofdstuk twee van mijn scriptie. Het Nederlandse recht past goed binnen de kenmerken van *civil law*. Kenmerkend voor deze rechtsfamilie is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de primaire

²⁷⁰ Gilissen & Gorlé 1991, p. 99; Tetley 2000, p. 683.

rechtsbronnen, zoals de wet en de gewoonte, en de secundaire rechtsbronnen, zoals de rechtspraak en de rechtsleer.²⁷¹ In Nederland zijn de wetten voornamelijk algemeen en abstract beschreven en vormt de wet het uitgangspunt. Jurisprudentie zorgt vervolgens dat deze wetten worden ingekleurd. Hieruit volgt dan ook de verklaring voor de wettelijke grondslag van het ondervragingsrecht voor Nederland en de wijze waarop dit in de wet is neergelegd. Het ondervragingsrecht is voornamelijk in algemene vorm neergelegd in het Wetboek van Strafvordering, zodat het noodzakelijk is om de jurisprudentie omtrent dit wetsartikel goed te volgen. Specifieke gevallen of uitzonderingen die volgen uit jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad worden veelal niet opgenomen in de wet. Toch wordt ook hier wel eens een uitzondering gemaakt. Nadat Nederland tussen 1989 en 2002 meerdere malen door het EHRM op de vingers is getikt met betrekking tot het onvoldoende naleven van het ondervragingsrecht, heeft dit uiteindelijk geleid tot invoering van art. 344a Sv.²⁷² Van een dermate groot onderscheid in de hiërarchie van de rechtsbronnen is dus geen sprake meer. Dat is in Nederland duidelijk te zien, nu de jurisprudentie een belangrijke rol vervult bij het inkleuren van de wet. Zonder wettelijke grondslag is het immers niet mogelijk een strafrechtelijke procedure te starten. Rechtsbeginselen zijn veelal gecodificeerd, wat het lastig maakt om een dogmaverandering op te nemen in de wet. Het is erg omvattend en er gaan vele onderzoeken aan vooraf voordat het daadwerkelijk wordt aangepast in de wet.²⁷³ Omdat het aanpassen of wijzigen van een wetsartikel in Nederland niet zomaar mogelijk is, is het dan ook niet gebruikelijk dat iedere uitzondering of ieder specifiek geval wordt opgenomen in de wet. Dit komt duidelijk tot uitdrukking wat het ondervragingsrecht betreft. Nederland heeft het recht een aantal maal aangepast, zij het pas nadat het meerdere malen door het EHRM op de vingers is getikt en duidelijk werd dat er echt iets veranderd moest worden. Ook al wordt een wetsartikel dan gewijzigd, nog steeds bevat het wetsartikel voornamelijk een algemene omschrijving, omdat het niet gebruikelijk is om alle uitzonderingen afzonderlijk en specifiek te benoemen. Dit zou zorgen voor een ellenlange lijst met uitzonderingen wat waarschijnlijk eerder zou zorgen voor onduidelijk bij de burger dan dat het zorgt voor rechtszekerheid, nu uitzonderingen vaak afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval.

Common law vindt zijn oorsprong in het Engelse recht en heeft zich daar ontwikkeld tussen de dertiende en de zestiende eeuw uit de rechtspraak in de Koninklijke rechtbanken.²⁷⁴ De rechtsfamilie *common law* is in Amerika terecht gekomen door middel van 'verplanting' doordat zij ooit gekoloniseerd is door Engeland.²⁷⁵ Kenmerkend voor *common law* is dat rechtersrecht bovenaan staat wat de hiërarchie van de rechtsbronnen betreft. Het recht gaat voornamelijk uit van hetgeen door de rechter wordt bepaald, ook wel *case-law* genoemd, de rechter maakt de wet.²⁷⁶ Dit blijkt duidelijk uit de *Confrontation Clause* van Amerika. De *Confrontation Clause* kent een wettelijke grondslag, het zesde amendement, welke nodig is om een strafprocedure te starten. De invulling van de wet wordt vervolgens voornamelijk bepaald door *case-law*, waarbij de uitspraken van het *Supreme Court* moeten

²⁷¹ Gorré 2007, p. 42; Tetley 2000, p. 701.

²⁷² Janssen 2012, p. 381.

²⁷³ Tetley 2000, p. 703 -706; Gruber, Palacios & Van Kempen 2012, p. 14; Gorré 2007, p. 44. Zie Janssen 2012, p. 381. De invoering van art. 344a Sv heeft lange tijd geduurd en het wetsartikel is sindsdien meerdere malen gewijzigd: *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3, p. 35; *Stb.* 1993, 603; *Stb.* 2006, 461.

²⁷⁴ Gilissen & Gorré 1991, p. 101.

²⁷⁵ Gilissen & Gorré 1991, p. 101; LaFave, Israel & King 2004, p. 30. Zie Brants 2008, p. 214-242 waar hij aangeeft dat het recht dat *common* is twee betekenissen kent, namelijk dat het is "ontstaan uit traditioneel gemeenschappelijk gedeelde waarden en normen, dus niet van bovenaf door een rechter ingegeven; en gemeen, dus van het gemene volk en tegen de machthebber in te roepen, die zich dan bij de suprematie van het recht (rule of law) heeft neer te leggen".

²⁷⁶ Gilissen & Gorré 1991, p. 101; Gorré 2007, p. 42; Tetley 2000, p. 648, 701.

worden overgenomen door de lagere rechters. Dit wordt ook wel precedentwerking genoemd. Rechterlijke precedents zijn bindend, (*stare decisis*), wat inhoudt dat lagere rechters gebonden zijn aan de uitspraken van hogere rechters bij gelijksoortige zaken, maar de rechter kan de wet niet verwerpen en daar tegenin gaan.²⁷⁷ Echter, het *Supreme Court* laat regelmatig ruimte voor de lagere rechters om een specifieke term of een uitzondering te bepalen of nader in te vullen. Een voorbeeld hiervan betreft de invulling en bepaling van uitzonderingen met betrekking tot *face-to-face confrontation* van de getuige door de verdediging.²⁷⁸ *Case-law* speelt dus een belangrijke rol in het Amerikaanse recht en vormt het uitgangspunt. De regel van het precedent zorgt dat er een eenheid en een geheel van rechtsregels ontstaat, wat tot gevolg heeft gehad dat de andere rechtsbronnen, zoals de wetgeving en de doctrine slechts een aanvullende rol speelden.²⁷⁹ Inmiddels is er geen dermate grote scheiding in de verhoudingen tussen de rechtsbronnen en liggen deze dicht bij elkaar.²⁸⁰ De wetgeving met betrekking tot de *Confrontation Clause* is neergelegd in de *Bill of Rights*. De verschillende uitzonderingen en aanvullingen die voortvloeien uit *case-law* zijn neergelegd in de *Federal Rules of Evidence*, met name wat de regels omtrent *hearsay-evidence* betreft. De regels die in deze wet zijn neergelegd zijn gedetailleerd en uitgebreid, zij hebben vaak betrekking op een specifiek geval. Echter, lang niet alle uitzonderingen op de *Confrontation Clause* zijn opgenomen in de wet, waardoor de nadere regelgeving dus niet omvattend is. Hierbij is op te merken dat de rechter niet alleen uitgaat van *case-law* maar dat hij in eerste instantie een beroep doet op de wettelijke grondslag en nadere regelgeving. Omdat het *common law* systeem minder wetten kent is het gemakkelijker om tot codificatie over te gaan en kunnen nieuwe regels, uitzonderingen of wijzigingen in het recht makkelijker worden gecreëerd en geïncorporeerd.²⁸¹

De overeenkomsten tussen Nederland en Amerika, dat er een wettelijke grondslag is en dat deze grondslag wordt ingekleurd door jurisprudentie of *case-law*, zijn dus goed te verklaren vanuit de rechtsfamilie waartoe zij behoren, al zijn de rechtsfamilies steeds dicht bij elkaar toe gegroeid en de verschillen kleiner geworden. Zo hanteren beide rechtsfamilies het uitgangspunt dat een wettelijke grondslag noodzakelijk is om een strafproces te starten, de wijze waarop jurisprudentie en *case-law* hierbij een rol speelt heeft een andere invulling. Voor Nederland volgt dat uit het *civil law* stelsel, voor Amerika volgt dat uit het *common law* stelsel. Ook het verschil van het al dan niet opnemen van uitzonderingen in de wet, die volgen uit jurisprudentie of *case-law*, kan worden toegeschreven aan de rechtsfamilie waartoe het betreffende land behoort. In Nederland gaat het invoeren of wijzigen van een wetsartikel veel minder snel en gemakkelijk dan in Amerika.

4.2.2 Het uitgangspunt van het ondervragingsrecht en de uitzonderingen

Beide landen hanteren het uitgangspunt dat het ondervragingsrecht ter terechtzitting plaats moet vinden, waarbij de-auditu verklaringen dan wel *hearsay-evidence* toelaatbaar is, al hanteert Amerika strengere eisen voor de toelating van dergelijk bewijs dan Nederland. Een andere overeenkomst is dat beide landen regels hebben omtrent het gebruik van eerder afgelegde verklaringen respectievelijk *out-of-court statements*, mits voldoende compensatie wordt geboden zodat een schending van het ondervragingsrecht kan worden voorkomen. Beide landen hebben echter een andere manier om te beoordelen of een beperking tot een schending leidt. Zo hanteert Nederland het beslissingsmodel dat volgt uit *EHRM Al-Khawaja & Tahery* en gaat het *Supreme Court* in Amerika na of alle vier de elementen die volgen uit de *Confrontation Clause* voldoende zijn gewaarborgd. Tot slot verschillen de

²⁷⁷ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 13-14; Gilissen & Gorlé 1991, p. 101; Tetley 2000, p. 702.

²⁷⁸ Lyon & Dente 2012.

²⁷⁹ Gorlé 2007, p. 44.

²⁸⁰ Gorlé 2007, p. 44.

²⁸¹ Tetley 2000, p. 701, 703-705.

landen in de verschillende soorten getuigen die zij erkennen, zo kent Amerika geen anonieme getuige en Nederland wel.²⁸²

Al deze verschillen en overeenkomsten kunnen worden verklaard in het licht van de verschillende procesmodellen die bestaan, namelijk het adversaire model en het inquisitoire model. Het adversaire systeem hoort vaak bij de *common law* landen en het inquisitoire systeem hoort bij de *civil law* landen.²⁸³ Deze twee modellen komen nauwelijks voor in zuivere vorm, vaak gaat het om een mengvorm.²⁸⁴ Het adversaire en het inquisitoire model hebben hetzelfde doel, namelijk rechtspreken in een strafrechtelijke context, waarbij de waarheidsvinding centraal staat bij het beslechten van het geschil.²⁸⁵ Beide systemen maken daarbij een onderscheid in de wijze waarop zij tot deze waarheidsvinding komen. Het adversaire proces kent hierbij een horizontale opbouw, het inquisitoire proces kent een verticale structuur.²⁸⁶

Amerika past binnen de rechtsfamilie *common law* en past op het eerste gezicht dan ook precies in het plaatje van het adversaire model.²⁸⁷ Het adversaire model gaat uit van gelijkwaardige partijen en dit komt dan ook tot uitdrukking in het Amerikaanse recht. Tijdens het vooronderzoek voeren de verdediging en de aanklager hun eigen onderzoek uit, zij verzamelen voornamelijk bewijs om hun eigen standpunt te ondersteunen en zoeken naar informatie die in hun voordeel spreekt. Hierna presenteren partijen de uitkomsten van hun onderzoek ter terechtzitting aan een passieve en onpartijdige rechter (en jury). De waarheid wordt achterhaald door middel van een botsing der ideeën en meningen, een confrontatie van argumenten waarmee zij de rechter proberen te overtuigen.²⁸⁸ Het Amerikaanse strafprocesrecht legt de nadruk op het onderzoek ter terechtzitting. Dat komt duidelijk naar voren met betrekking tot de *Confrontation Clause*, een onderdeel van het recht op een eerlijk proces. Het uitgangspunt in de wet is dat de getuigen ter terechtzitting worden onderworpen aan *cross-examination*. Met name omdat op die manier de waarheidsvinding het beste tot uitdrukking komt en de betrouwbaarheid van de verklaring het beste te meten is. Alle partijen krijgen op die manier een goed beeld van hetgeen door de getuige wordt verklaard en er is meteen de mogelijkheid om deze verklaring te toetsen en te betwisten. Desalniettemin zijn uitzonderingen mogelijk op het uitgangspunt van het horen ter terechtzitting en het toelaten van *hearsay evidence* en *out-of-court statements*, al worden uitzonderingen niet snel aangenomen door het *Supreme Court*. Of er sprake is van een gerechtvaardigde beperking is veelal afhankelijk van de omstandigheden van het geval en of voldoende compensatie wordt geboden aan de verdediging. Het recht op tegenspraak, een van de procedurele waarborgen, komt duidelijk naar voren in de *Confrontation Clause*. Er wordt veel waarde gehecht aan het waarborgen van het recht van de verdediging om de getuige te onderwerpen aan *cross-examination* ter terechtzitting middels *face-to-face confrontation* en van een gerechtvaardigde beperking op dit recht is zelden sprake. Zoals uit *case-law* is gebleken weegt het belang van de verdediging om de *Confrontation Clause* uit te oefenen vaak zwaarder dan het belang van de getuige

²⁸² Hier wordt zoals eerder is beschreven, mee bedoeld dat de anonieme getuige geen specifieke positie bekleedt in de context van het ondervragingsrecht in Amerika, zoals dat in Nederland wel het geval is.

²⁸³ Brants 2008, p. 214-242.

²⁸⁴ Decaigny & De Hert 2013, p. 60.

²⁸⁵ Decaigny & De Hert 2013, p. 56.

²⁸⁶ Decaigny & De Hert 2013, p. 56.

²⁸⁷ Echter zijn de meningen hierover verdeeld en wordt de vraag gesteld of er niet meer, dan wel andere mogelijkheden/ technieken zijn om de waarheidsvinding te ontwikkelen en te verbeteren, eventueel afwijkend van het adversaire model. Zie daarvoor Dressler & Michaels 2006, p. 24-25; LaFave, Israel & King 2004, p. 27-30.

²⁸⁸ Brants 2008, p. 214-242; Decaigny & De Hert 2013, p. 56-57; Dressler & Michaels 2006, p. 24; Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 14; LaFave, Israel & King 2004, p. 27-30.

om beschermd te worden tegen de verdachte en zijn ondervraging. Een schending van de *Confrontation Clause* wordt dan ook snel aangenomen als er gedurende het proces geen gelegenheid is geweest voor de verdediging om de getuige te onderwerpen aan *cross-examination*. In het Amerikaanse recht volgt dit duidelijk uit de wet en uit *case-law*. De *Confrontation Clause* van Amerika past goed in het adversaire model, nu er dermate weinig uitzonderingen mogelijk zijn op de *Confrontation Clause* en uit *case-law* volgt dat in dit geval de verdediging daadwerkelijk weinig rechten en bevoegdheden afstaat aan de overheid, zoals door Decaigny en De Hert beschreven.²⁸⁹ Naast het recht op tegenspraak is er ook veel aandacht voor de *equality of arms*, de wapengelijkheid van partijen.²⁹⁰ Met betrekking tot het ondervragingsrecht houdt dit in dat de vervolgende instantie en de verdediging gelijke rechten hebben om getuigen op te kunnen roepen en te ondervragen.²⁹¹ Het recht op tegenspraak en de gelijkheid van partijen zijn in een adversair strafproces "noodzakelijke voorwaarden om van een eerlijke procedure te spreken".²⁹² De *Confrontation Clause*, neergelegd in het zesde amendement, kent vier elementen die er samen zorg voor moeten dragen dat het recht van de verdachte om de getuigen te ondervragen voldoende wordt gewaarborgd. Doordat het uitgangspunt is om dit ter terechtzitting plaats te laten vinden, wordt recht gedaan aan de *equality of arms* en aan het recht op tegenspraak. De vier elementen zorgen namelijk dat de *cross-examination* ter terechtzitting plaatsvindt, onder ede, middels *face-to-face confrontation*, en dat de getuige bij het afleggen van de verklaring door alle partijen kan worden geobserveerd wat zijn houding en gedrag betreft, zodat alle partijen een oordeel kunnen vormen over de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de getuige en zijn verklaring. Hierdoor komt duidelijk het recht op tegenspraak en het uitgangspunt van *equality of arms* tot uitdrukking. Zowel de aanklager als de verdediging hebben dus de mogelijkheid om getuigen op te roepen en te ondervragen ter terechtzitting om op die manier de afgelegde verklaring te kunnen toetsen en te betwisten. Dat volgt zowel uit de wet als uit *case-law*. Om ervoor te zorgen dat de wapengelijkheid wordt gewaarborgd kent het Amerikaanse recht weinig uitzonderingen, gerechtvaardigde beperkingen op de *Confrontation Clause* en wordt veel waarde gehecht aan de rechten en de belangen van de verdediging. Als de *Confrontation Clause* wordt beperkt, omdat een *out-of-court statement of hearsay evidence* ter terechtzitting wordt aangebracht als bewijs en de verdediging geen gelegenheid heeft gehad om de getuige aan *cross-examination* te onderwerpen, neemt het *Supreme Court* bijna in alle gevallen een schending aan van dit recht van de verdediging. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de *equality of arms* de basis vormt van het Amerikaanse strafprocesrecht.

Concluderend kan worden gezegd dat het Amerikaanse ondervragingsrecht dicht ligt bij het ideaalmodel van een adversair procesmodel op het continuüm, omdat de meeste kenmerken en uitgangspunten van het adversaire model goed tot uitdrukking komen gedurende het strafproces. Met name wat de partijdigheid en de gelijkheid van partijen betreft komt dit duidelijk in het Amerikaanse ondervragingsrecht naar voren. Partijen zijn verantwoordelijk voor hun eigen onderzoek en wat zij vervolgens voor de rechter ter terechtzitting brengen.

Nederland is een lidstaat van het EVRM en dient om die reden te voldoen aan de eisen die door het EHRM worden gesteld. Het ondervragingsrecht is neergelegd in art. 6 lid 3 sub d EVRM en maakt onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces:

²⁸⁹ Zie Decaigny & De Hert 2013, p. 55: "Summier samengevat is het adversaire model van strafprocedure eerder gekoppeld aan een rechtscultuur waarbinnen het individu zo weinig mogelijk rechten en bevoegdheden afstaat aan de overheid."

²⁹⁰ Brants 2008, p. 214-242; Van der Meij 2010, p. 214.

²⁹¹ Fedorova 2012, p. 337-338.

²⁹² Brants 2008, p. 214-242; Decaigny & De Hert 2013, p. 59-60.

Lid 3. Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
(...)

d. De getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;

Een gelijke behandeling van de verdediging en de aanklager is dus vereist met betrekking tot het horen van getuigen. De ene partij mag dus geen substantieel slechtere positie hebben dan de andere partij, zodat geen sprake meer is van gelijke partijen. De *equality of arms* komt hier duidelijk tot uitdrukking.²⁹³ Uit de jurisprudentie volgt dat het uitgangspunt is dat de ondervraging van getuigen ter terechtzitting plaatsvindt met het oog op een adversaire behandeling van de zaak.²⁹⁴ De partijen moeten zelf een oordeel kunnen vormen over de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van de afgelegde getuigenverklaring en dit kunnen zij het beste doen als ook de non-verbale communicatie zichtbaar is en zij dit kunnen observeren.²⁹⁵ De wijze waarop de ondervraging plaatsvindt doet er niet veel toe volgens het EHRM, het is niet noodzakelijk dat dit gebeurt middels *cross-examination*, als er maar een behoorlijke en effectieve ondervragingsgelegenheid voor de verdediging is geweest.²⁹⁶ Naar mijn mening gaat het EVRM dan ook uit van een adversaire procesvorm. Onder meer omdat het EHRM enorm veel belang hecht aan het recht op tegenspraak en aan het beginsel van de *equality of arms*, wat onmiskenbaar volgt uit het wetsartikel.²⁹⁷

Om de vraag te beantwoorden of het niet (kunnen) ondervragen van een getuige door de verdediging een schending van het ondervragingsrecht oplevert, heeft het EHRM in de zaak *Al-Khawaja & Tahery* een beslissingsmodel opgesteld. Uit de jurisprudentie blijkt dat het EHRM regelmatig beperkingen toestaat op de regel en dat een getuigenverklaring afgelegd in het vooronderzoek mag worden meegenomen als bewijs. Het EHRM zorgt dat dit zo min mogelijk ten koste gaat van het recht van de verdediging om de getuige te ondervragen. Nederland ging regelmatig voorbij aan het ondervragingsrecht van de verdediging en daardoor ook aan het recht op tegenspraak en aan de *equality of arms*. Inmiddels probeert Nederland, naar aanleiding van de door het EHRM gewezen jurisprudentie, de gestelde eisen te handhaven en past zij het beslissingsmodel van *Al-Khawaja & Tahery* toe. Toch blijkt nog steeds dat de *equality of arms* niet altijd voldoende wordt gewaarborgd. Nederland is namelijk onduidelijk over de invulling van de begrippen steunbewijs en compenserende factoren, belangrijke onderdelen van het beslissingsmodel die een schending van het ondervragingsrecht kunnen voorkomen.

Het strafprocesrecht in Nederland wordt veelal beschreven als gematigd adversair dan wel getemperd inquisitor, waarbij het vooronderzoek voornamelijk inquisitoire elementen kent en het onderzoek ter terechtzitting voornamelijk bestaat uit adversaire elementen.²⁹⁸ De waarheid in het inquisitoire model

²⁹³ Mols 2003, p. 372.

²⁹⁴ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland), par. 51. Ook in EHRM 11 oktober 1985, nr. 10588/83, nr. 10589/83 en nr. 10590/83 (Barberà, Messegue & Jabardo/Spanje), par. 78 wordt aangegeven dat het Hof uitgaat van een procedure op tegenspraak.

²⁹⁵ EHRM 28 augustus 1991, nr. 11170/84 nr. 12876/87 nr. 13468/87 (Brandstetter/Oostenrijk) par. 66 en 67; Mols 2003, p. 373; Fedorova 2012, p. 339.

²⁹⁶ EHRM 10 mei 2012, nr. 28328/03 (Aigner/Oostenrijk), par. 35; Fedorova 2012, p. 339.

²⁹⁷ Zie ook Van Kempen 2011, p. 8-9 voor de uitgangspunten van het EHRM met betrekking op art. 6 EVRM.

²⁹⁸ Zie Decaigny & De Hert 2013, p. 60: zij geven de voorkeur aan de term 'overwegend inquisitoir', omdat het strafproces nu eenmaal niet plaatsvindt op initiatief van beide partijen, iets dat bepalend is om een proces adversair te noemen.

dient achterhaald te worden door een onafhankelijke en neutrale, onderzoekende rechterlijke instantie en vindt zijn oorsprong in de verlichting en de Franse revolutie.²⁹⁹

Het zwaartepunt om de waarheid te achterhalen ligt in Nederland op het vooronderzoek. Het vooronderzoek wordt geleid door de officier van justitie, die het doel heeft het maatschappelijk belang te dienen en de taak heeft om zowel belastend als ontlastend bewijs te verzamelen, waar ook de getuigenverklaringen onder vallen. Het verhoren en ondervragen van getuigen vindt om die reden dan ook veelal plaats tijdens het vooronderzoek en niet ter terechtzitting. De getuigenverklaringen vormen een belangrijk onderdeel van het bewijs en het dossier dat tijdens het vooronderzoek wordt opgebouwd door de officier van justitie.

Inmiddels vindt in Nederland een verschuiving plaats in het vooronderzoek en krijgt het een meer adversair karakter. Door de invoering van de Wet versterking positie rechter-commissaris³⁰⁰ wordt de positie van de rechter-commissaris verstevigd middels een toezichthoudende functie op het opsporingsonderzoek, hij is nu een 'rechter in het vooronderzoek' geworden in plaats van de eerdere 'onderzoeksrechter'.³⁰¹ Wat enigszins tegenstrijdig klinkt, is dat een deel van het vooronderzoek niet meer geleid wordt door een onafhankelijk en onpartijdige instantie, in de vorm van een rechter-commissaris, maar dat dit nu wordt uitgevoerd door een partij, namelijk de officier van justitie. De verdediging moet dus meer op gelijke voet komen te staan met de officier van justitie en de mogelijkheid hebben om een eigen onderzoek uit te voeren, in het kader van de *equality of arms*, de wapengelijkheid van partijen.³⁰² Dit is deels gerealiseerd in de Wet versterking positie rechter-commissaris, met name in art. 181 en art. 182 Sv is aangegeven dat zowel de verdediging als de officier van justitie op gelijke wijze met onderzoekswensen terecht kunnen bij de rechter-commissaris. Dit zorgt niet dat het inquisitoire karakter geheel verloren gaat. De rechter-commissaris kan namelijk in bepaalde gevallen nog steeds ambtshalve ingrijpen in het opsporingsonderzoek, ook al wordt dit onderzoek geleid door de officier van justitie.³⁰³ De *equality of arms* volgt in het vooronderzoek dus niet automatisch uit het inquisitoire model. Desalniettemin heeft de *equality of arms*, mede door de Wet versterking positie rechter-commissaris en jurisprudentie van het EHRM een sterkere positie in het vooronderzoek gekregen.³⁰⁴ Om te zorgen dat de verdediging niet te kort wordt gedaan is het noodzakelijk om 'compenserende waarborgen' toe te voegen aan het strafproces, zodat het beginsel van *equality of arms* toch kan worden gewaarborgd.³⁰⁵

²⁹⁹ Brants 2008, p. 214-242; Decaigny & De Hert 2013, p. 58.

³⁰⁰ Wet van 1 december 2011 (*Stb.* 2011, 600).

³⁰¹ Decaigny & De Hert 2013, p. 61; Kwakman 2012, p. 228-234; Van Mul 2013, p. 185-197; Verrest 2012, p. 766. Het doel van deze wet om de rechten van de verdediging aan te scherpen op bepaalde punten

³⁰² Decaigny & De Hert 2013, p. 62.

³⁰³ Decaigny & De Hert 2013, p. 62: "in het bijzonder indien de rechtmatigheid, volledigheid of de voortgang van het onderzoek in het gedrang lijkt te komen".

³⁰⁴ Van Kempen 2011, p. 8. Zie Van Kempen 2011, p. 9 voor de uitgangspunten van het EHRM met betrekking tot art. 6 EVRM, het op een *common-law* leunend proceduremodel, namelijk "dat al het bewijs in de aanwezigheid van de verdachte tijdens een openbare zitting moet worden geproduceerd. Naast dat beginsel gelden met betrekking tot het onderzoek ter terechtzitting de uitgangspunten dat er tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging van *equality of arms* sprake dient te zijn, het onderzoek zal een adversarieel karakter moeten hebben en de verdediging moet effectief in het onderzoek kunnen participeren". EHRM 24 november 1993, nr. 13972/88 (*Imbrioscia/Zwitserland*), par. 36.

³⁰⁵ Decaigny & De Hert 2013, p. 59.

Tijdens de terechtzitting kent het Nederlandse strafproces steeds meer adversaire elementen. De verdachte en de officier van justitie worden als gelijke partij beschouwd³⁰⁶ en krijgen allebei de mogelijkheid om het bewijs wat is opgenomen in het strafdossier te toetsen, te betwisten en hun eigen argumenten naar voren te brengen.³⁰⁷ Er vindt een confrontatie van standpunten plaats naar aanleiding van het centrale strafdossier en niet naar aanleiding van een onderzoek dat door beide partijen zelf is verricht. Het recht op tegenspraak komt dus in het Nederlandse strafproces duidelijk tot uitdrukking tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Een ander adversair element wat de basis vormt van het strafproces tijdens het onderzoek ter terechtzitting, betreft de *equality of arms*. Met betrekking tot het ondervragingsrecht komt dit tot uitdrukking doordat de verdediging en de officier van justitie gelijke toegang hebben tot het oproepen dan wel ondervragen van de getuigen ter terechtzitting, dat volgt uit art. 6 lid 3 sub d EVRM. Toch zijn er ook enkele inquisitoire elementen aanwezig, zo speelt de rechter een actieve rol ter terechtzitting en doet hij meer dan nagaan of de procedurele waarborgen zijn nageleefd. Hij heeft toegang tot het dossier en kan zelf getuigen en deskundigen ondervragen. De rechter beslist zelf welk bewijs mag worden toegelaten en of dit uiteindelijk voldoende overtuigend is om mee te nemen bij de veroordeling.

Kortom kan worden gesteld dat het vooronderzoek van het Nederlandse strafproces voornamelijk wordt gekenmerkt door inquisitoire elementen en dat ter terechtzitting steeds meer adversaire elementen aanwezig zijn. Hierdoor bevindt Nederland zich iets meer richting het inquisitoire model op het continuüm, maar verplaatst zij zich beetje bij beetje naar het adversaire model. Dit komt onder andere door de Wet versterking positie rechter-commissaris, waarmee de verdediging en de officier van justitie meer op gelijke voet zijn komen te staan om onderzoekswensen neer te leggen bij de rechter-commissaris. Daarnaast is Nederland een lidstaat van het EVRM en dient zij om die reden te voldoen aan de door het EHRM gestelde eisen omtrent het ondervragingsrecht. De belangrijkste waarborgen die zij in acht moet nemen zijn de *equality of arms* en het recht op tegenspraak, waarborgen die kenmerkend zijn voor een adversair model en die voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM.³⁰⁸ Dit komt in het onderzoek ter terechtzitting duidelijk naar voren, al is gebleken dat Nederland de afgelopen jaren toch meerdere malen door het EHRM op de vingers is getikt omdat zij de gestelde eisen en waarborgen onvoldoende in acht neemt.

De in de aanvang van de paragraaf genoemde verschillen en overeenkomsten kunnen dus verklaard worden vanuit het procesmodel dat van toepassing is op Nederland, namelijk het voornamelijk inquisitoire vooronderzoek en het meer adversaire onderzoek ter terechtzitting, en het adversaire procesmodel dat Amerika kenmerkt. Dat beide landen het onderzoek ter terechtzitting hanteren, volgt voornamelijk uit de *equality of arms*, een van de beginselen van een adversair procesmodel. Vervolgens kennen beide landen uitzonderingen, gerechtvaardigde beperkingen op dit uitgangspunt, maar deze worden op een andere wijze ingekleurd en toegepast. Zo vormt de *equality of arms* zo'n fundamentele waarborg bij de *Confrontation Clause* in Amerika, dat nauwelijks wordt afgeweken van dit recht van de verdediging. Het is van belang dat de vier elementen voldoende worden gewaarborgd. In Nederland wordt het beslissingsmodel van *Al-Khawaja & Tahery* toegepast als de vraag speelt of er sprake is van een schending van het ondervragingsrecht. Amerika kent minder snel uitzonderingen toe, nu zij sterk de nadruk legt op het onderzoek ter terechtzitting en het element van *cross-examination*. De terechtzitting is het moment dat de waarheid wordt achterhaald en de fase waar alles zich af moet

³⁰⁶ EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03 (Sanoma uitgevers bv/Nederland) par. 93. In dit arrest heeft het EHRM bepaald dat het openbaar ministerie dus de officier van justitie, als partij moet worden beschouwd, ongeacht of het gaat om een inquisitoir dan wel een adversair model.

³⁰⁷ Brants 2008, p. 214-242; Decaigny & De Hert 2013, p. 57-58, 61.

³⁰⁸ Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012, p. 27.

spelen, zodat het adversaire procesmodel en dus de uitgangspunten van het recht op tegenspraak en de *equality of arms* het beste tot uitdrukking komen. In Nederland ligt de nadruk voornamelijk op het vooronderzoek, waar het dossier wordt opgebouwd en is er in minder vergaande mate sprake van de *equality of arms* en het recht op tegenspraak dan in het Amerikaanse recht. Tot slot is de wijze waarop beide landen omgaan met deze uitzonderingen op het uitgangspunt ook in te passen in de bijbehorende procesmodellen en de daaruit voortvloeiende beginselen. Het verschil tussen de verschillende soorten getuigen kan worden verklaard doordat het EHRM het beslissingsmodel hanteert in het geval iemand een beroep doet op art. 6 lid 3 sub d EVRM, ongeacht wat voor soort getuige het betreft. Hier wordt geen onderscheid tussen de kwetsbare, anonieme of gewone getuige. Er wordt enkel een onderscheid gemaakt wanneer het gaat om de compenserende factoren. Het *Supreme Court* kent weinig uitzonderingen en compensatiemogelijkheden, zij bekijkt het per geval en bepaalt aan de hand van een specifieke situatie en een specifiek geval of er sprake is van een gerechtvaardigde beperking en zo ja, welke compenserende factoren nodig zijn om een schending te voorkomen. Geconcludeerd kan worden dat een schending van het ondervragingsrecht in Nederland, onder invloed van het EHRM, minder snel wordt aangenomen dan in het Amerikaanse recht, omdat meer stappen moeten worden doorlopen om de schending te constateren en Nederland meer uitzonderingen toestaat dan Amerika.

4.3 Waarderen

De verklaring voor de overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse ondervragingsrecht en de Amerikaanse *Confrontation Clause* is gevonden in het onderscheid tussen *civil law* en *common law*, het adversaire en inquisitoire procesmodel en in de wijze waarop de *equality of arms* in deze procesmodellen wordt gewaarborgd. Na de stappen: kennen, vergelijken en verklaren, zal in deze paragraaf het waarden volgen, aan de hand van de overeenkomsten en verschillen die in de vorige paragraaf zijn verklaard. Het waarden zal leiden tot de beantwoording van mijn hoofdvraag:

Kan Nederland het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast, als inspiratiebron gebruiken teneinde het beginsel van *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken?

Centraal staat in mijn scriptie het ondervragingsrecht van de verdediging om getuigen die eerder een verklaring hebben afgelegd, bijvoorbeeld in het vooronderzoek, te ondervragen ter terechtzitting.

Eenzijds liggen de twee rechtsstelsels dicht bij elkaar dan ik in eerste instantie dacht en kreeg ik het gevoel dat een goede vergelijking tussen beide stelsels zou kunnen worden gemaakt met betrekking tot het ondervragingsrecht. Zowel de Amerikaanse *Confrontation Clause* als het Nederlandse ondervragingsrecht zijn in principe gebaseerd op een adversair procesmodel en hebben als uitgangspunt dat de ondervraging van de getuige ter terechtzitting plaatsvindt. Dit volgt in beide landen zowel uit de wet als uit jurisprudentie, dan wel *case-law*. Het EHRM en daardoor Nederland gaan echter soepeler om met dit uitgangspunt dan Amerika. Het Amerikaanse recht hecht veel waarde aan het recht van de verdediging om de *cross-examination* ter terechtzitting plaats te laten vinden, onder andere omdat op die manier het beginsel van de *equality of arms* het beste kan worden nageleefd. Zowel de aanklager als de verdediging hebben dan de gelegenheid om de getuige aan *cross-examination* te onderwerpen en kunnen tegelijkertijd de houding en het gedrag van de getuige observeren, zodat zij zich een goed beeld kunnen vormen van de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van de verklaring. De rechtsstelsels verschillen dus niet veel wat betreft de uitgangspunten van het ondervragingsrecht respectievelijk de *Confrontation Clause*, maar zij verschillen wel in de wijze waarop het beginsel van de *equality of arms* wordt vormgegeven. Anderzijds vertonen de rechtsstelsels teveel verschillen wat de toepassing van het ondervragingsrecht betreft, waardoor zij niet één op één kunnen worden vergeleken. Elementen of bepaalde onderdelen

kunnen dus niet één op één worden overgenomen in het Nederlandse recht. Hoewel beide rechtsstelsels hetzelfde uitgangspunt hebben, gaan zij anders om met het recht van de verdediging om de getuige ter terechtzitting te ondervragen. Er wordt op een andere wijze invulling gegeven aan de *equality of arms* en het recht op tegenspraak. In Amerika vindt dit plaats door na te gaan of alle elementen van de *Confrontation Clause* voldoende zijn gewaarborgd, in Nederland hanteert men het beslissingsmodel van het EHRM en komt men aan de hand van dit schema tot een oordeel of er een schending is van het ondervragingsrecht.

Kan Nederland het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast, als inspiratiebron gebruiken teneinde het beginsel van *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken?

De verschillen en overeenkomsten zijn te waarderen vanuit de verschillende rechtsfamilies en procesmodellen die beide landen kenmerken en daarmee is het uiteindelijk niet mogelijk voor Nederland om inspiratie te halen uit de wijze waarop Amerika het ondervragingsrecht toepast om de positie van de *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken. Nederland schiet nog regelmatig te kort bij de toepassing van het beslissingsmodel van *Al-Khawaja & Tahery*, met name wat de invulling van de compenserende factoren en het steunbewijs betreft. Echter, het is niet mogelijk voor Nederland om op dit punt inspiratie te halen uit de wijze waarop de *Confrontation Clause* wordt toegepast in Amerika.

In Amerika zijn eerder afgelegde verklaringen in beginsel ontoelaatbaar als bewijs als de verdediging haar ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen, tenzij er een eerdere ondervragingsgelegenheid is geweest of zij ter terechtzitting alsnog de gelegenheid heeft om de getuige te ondervragen. Zij hanteert dit uitgangspunt, omdat volgens het *Supreme Court* de betrouwbaarheid alleen te meten is middels *cross-examination* en dit niet op een andere wijze kan plaatsvinden. Wanneer hieraan voorbij wordt gegaan is er een zodanig ernstige beperking dat slechts door middel van compensatie een schending kan worden voorkomen. Met betrekking tot de compensatie die aan de verdediging kan worden geboden geeft het *Supreme Court* niet veel duidelijke richtlijnen, maar hanteert zij het beginsel dat dit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en dus per geval bekeken dient te worden. Een beperking is slechts dan gerechtvaardigd als het belang van de getuige om niet aan *cross-examination* onderworpen te worden, zwaarder weegt dat het recht van de verdachte om de *Confrontation Clause* uit te oefenen. De vormen van compensatie die geboden kunnen worden om een schending te voorkomen zijn met betrekking tot de kwetsbare getuige dat deze getuige in een aparte ruimte kan worden verhoord en dat dit verhoor ter terechtzitting afgespeeld wordt, zodat alle partijen alsnog een oordeel kunnen vellen over de betrouwbaarheid van de verklaring. Met betrekking tot medeverdachten die een verklaring afleggen is het slechts mogelijk om compensatie te bieden door de jury te instrueren voor wie zij deze verklaring mee mogen nemen als bewijs en voor wie niet. Nadere invulling van compenserende factoren volgt niet uit *case-law* van het *Supreme Court*. Zij geeft hier weinig uitleg over, wat ertoe leidt dat ik kan concluderen dat er nauwelijks compenserende factoren zijn die een schending kunnen voorkomen als sprake is van een beperking van de *Confrontation Clause*. De compenserende factor met betrekking tot de kwetsbare getuigen wordt op dit moment ook toegepast door het EHRM en Nederland, waardoor op dit specifieke punt voor Nederland geen inspiratie uit het Amerikaanse recht te halen is om de positie van de *equality of arms* in Nederland te versterken. De compenserende factor van het geven van een instructie aan de jury is voor Nederland niet van belang, omdat Nederland geen jury-rechtspraak kent.

In Amerika staat het kunnen toetsen van de betrouwbaarheid van een eerder afgelegde verklaring hoog in het vaandel en vormt dit de voornaamste reden waarom de *cross-examination* ook echt ter terechtzitting plaats moet vinden en hier de nadruk op ligt, omdat anders een inbreuk wordt gemaakt van het recht op een eerlijk proces. Ook het EHRM geeft aan dat het kunnen toetsen van de

betrouwbaarheid van de eerder afgelegde verklaring erg belangrijk is, maar zij gaat hier minder ver is dan Amerika, wanneer een ondervragingsgelegenheid zich niet heeft voorgedaan. Evenals Amerika hanteren ook het EHRM en Nederland het uitgangspunt dat de verdediging de betrouwbaarheid moet kunnen toetsen en betwisten in het kader van het recht op een eerlijk proces, waaronder dus de uitgangspunten van het recht op tegenspraak en de *equality of arms*, maar ligt de nadruk minder op het ondervragen zelf dan in Amerika. Amerika gaat ervan uit dat een *out-of-court* verklaring ontoelaatbaar is, tenzij er een eerdere ondervragingsgelegenheid is geweest of dit ter terechtzitting alsnog mogelijk is. Het EHRM geeft aan dat een eerder afgelegde verklaring mag worden gebruikt ter terechtzitting maar slechts op voorwaarde dat geen afbreuk is gedaan aan het ondervragingsrecht en de verdediging de gelegenheid heeft gehad tot een behoorlijke en effectieve ondervraging van de getuige. Zij komen dus goed overeen, al legt de Amerika de nadruk meer op de *cross-examination* zelf en gaat het EHRM uit van een effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid. Omdat de focus in Amerika voornamelijk wordt gelegd op de *cross-examination* en het EHRM en dus ook Nederland het schema van *Al-Khawaja & Tahery* gebruiken bij de beoordeling of er sprake is van een schending van het ondervragingsrecht, is ook op dit punt geen inspiratie te halen uit het Amerikaanse recht om de positie van de *equality of arms* in Nederland te versterken. Hoewel zij hetzelfde uitgangspunt hanteren, het ondervragingsrecht dient ter terechtzitting plaats te vinden, wijkt Amerika nauwelijks van dit uitgangspunt af. Het EHRM en Nederland kennen juist meerdere gerechtvaardigde beperkingen en compenserende factoren die kunnen zorgen dat een schending kan worden voorkomen als er geen effectieve en behoorlijke ondervragingsgelegenheid is geweest.

In Amerika ligt de nadruk op het onderzoek ter terechtzitting, in Nederland ligt de nadruk op het vooronderzoek. Het Nederlandse strafprocesrecht verschuift steeds meer richting het adversaire model op het eerder geschetste continuüm, mede door de Wet versterking positie rechter-commissaris. Deze wet heeft ervoor gezorgd dat de *equality of arms* meer tot uitdrukking komt in het vooronderzoek, doordat zowel de officier van justitie als de verdediging meer gelijke mogelijkheden hebben gekregen om onderzoekswensen voor de leggen aan de rechter-commissaris. Toch betekent dit niet dat de focus van het vooronderzoek wordt verschoven naar het onderzoek ter terechtzitting. Immers blijft het vooronderzoek de fase waarin het dossier wordt opgebouwd en al het bewijsmateriaal wordt verzameld. Amerika kent geen dergelijk vooronderzoek³⁰⁹ zoals in Nederland met een rechter-commissaris en kent dus ook weinig mogelijkheden van *out-of-court* verklaringen die vervolgens ter terechtzitting worden toegelaten. Er is geen aanleiding om aan te nemen dat het vooronderzoek de komende jaren drastisch zal veranderen in Nederland en dat er dus een geheel adversair strafproces zal komen. Om die reden is het dan ook niet mogelijk om inspiratie uit het Amerikaanse ondervragingsrecht te halen om de positie van de *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken.

De kracht van het adversaire model van het Amerikaanse recht ligt dus bij de partijdigheid en de gelijkheid van partijen. Zij dragen zelf de verantwoordelijkheid voor hetgeen zij onderzoeken en voor de rechter brengen, waarbij zij niet afhankelijk zijn van de deskundigheid van de rechterlijke instantie. Desalniettemin kan de kracht ook als zwakte worden gezien, omdat een dergelijk model niet alleen theoretisch het uitgangspunt moet hebben van gelijkheid van partijen maar dat dit ook het uitgangspunt moet zijn in de praktijk. Het is namelijk erg gemakkelijk om dit uitgangspunt te dwarsbomen, bijvoorbeeld als de verdachte geen goede advocaat heeft of de advocaat zijn taak onvoldoende uitoefent, door geen eigen getuigen op te roepen of door de verkeerde vragen te stellen

³⁰⁹ Dit betekent niet dat Amerika geen vooronderzoek kent, maar dat de omvang en het belang van dit vooronderzoek anders is dan in Nederland, zoals is beschreven in paragraaf 4.2.

tijdens een *cross-examination* waardoor geen overtuigend bewijs wordt geleverd en de verdachte wordt veroordeeld.³¹⁰ Er is bij een adversair model geen rechter die dan een actieve rol aanneemt en zorgt dat dit alsnog gebeurt zodat de waarheid achterhaald kan worden.³¹¹ Over het algemeen wordt het uitgangspunt van de *equality of arms* ook in de praktijk goed nageleefd zoals is gebleken uit *case-law*, besproken in het vorige hoofdstuk. Als de *Confrontation Clause* wordt beperkt en de *equality of arms* daardoor niet kan worden gewaarborgd zorgt dit ervoor dat de eerder afgelegde getuigenverklaring in beginsel niet toelaatbaar is als bewijs. De rechter zal dan snel tot een schending van de *Confrontation Clause* komen.

De kracht van het adversaire model komt niet op dezelfde wijze tot uiting in het Nederlandse inquisitoire vooronderzoek. De gelijkheid van partijen en daarmee de *equality of arms*, kan niet op dezelfde wijze tot uitdrukking komen in het Nederlandse ondervragingsrecht als in Amerika. In Nederland zijn de partijen in het vooronderzoek immers niet als gelijk te beschouwen. De zwakte van het adversaire model wordt in Nederland ondervangen door de rechter-commissaris in het vooronderzoek en door de rechter die een actieve rol heeft tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Zij kunnen ambtshalve ingrijpen, waar dat in het Amerikaanse ondervragingsrecht niet mogelijk is. Het is niet mogelijk om inspiratie te halen uit het Amerikaanse ondervragingsrecht vanwege het wezenlijke verschil tussen Nederland en Amerika. Waar Amerika in principe één procesmodel kent, namelijk het adversaire model, kent Nederland een meer inquisitoir vooronderzoek en een adversaire terechtzitting.

Uit de waardering van de verschillen en overeenkomsten tussen Nederland en Amerika kom ik tot de conclusie dat het antwoord op mijn hoofdvraag negatief zal luiden. Nederland kan het ondervragingsrecht zoals dit in Amerika wordt toegepast niet gebruiken om de positie van de *equality of arms* te versterken in het Nederlandse strafproces, niet in zijn geheel en zelfs niet wat enkele onderdelen betreft, omdat de rechtssystemen dermate van elkaar verschillen dat het onmogelijk is om bepaalde punten één op één over te nemen dan wel hier inspiratie uit te halen.

³¹⁰ Brants 2008, p. 214-242.

³¹¹ Brants 2008, p. 214-242.

5. Conclusie

De stappen van de rechtsvergelijking zijn inmiddels allemaal doorlopen: kennen, vergelijken, verklaren en waarden, zodat in deze conclusie een antwoord op de hoofdvraag kan worden geformuleerd. De hoofdvraag die in mijn scriptie centraal staat luidt als volgt:

Kan Nederland het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast, als inspiratiebron gebruiken teneinde het beginsel van equality of arms in het Nederlandse strafproces te versterken?

Met de kennis die ik uit de rechtsvergelijking heb opgedaan kom ik tot de conclusie dat Nederland geen inspiratie kan halen uit het Amerikaanse ondervragingsrecht om de positie van de *equality of arms* in het Nederlandse strafproces te versterken.

De positie van de *equality of arms* zou versterkt kunnen en moeten worden, maar de inspiratie hiervoor is niet te halen uit het Amerikaanse recht, omdat dit rechtssysteem te veel verschilt van het Nederlandse rechtssysteem. Wel is gebleken dat de *Confrontation Clause* in Amerika op een effectieve en efficiënte wijze wordt toegepast. De effectiviteit uit zich in het feit dat de rechten van de verdediging beter worden beschermd onder dit rechtssysteem en dat deze wijze van bescherming er niet voor zorgt dat de rechten van de aanklager worden aangetast. De efficiëntie van het Amerikaanse model zit in de wijze waarop beoordeeld wordt of er sprake is van een schending. Het is daarbij niet nodig om een heel beslissingsmodel te doorlopen, maar het is slechts nodig om te beoordelen of de vier elementen voldoende zijn gewaarborgd. Is dat niet het geval, dan levert dat vaak een schending op. Het EHRM gaat daarentegen uit van een beslissingsmodel dat in principe van toepassing is op iedere getuige en zij kent verschillende gerechtvaardigde beperkingen en ook meerdere compenserende factoren die het vervolgens mogelijk maken dat een schending kan worden voorkomen.

Nederland kan het beslissingsmodel van het EHRM niet zomaar aan de kant schuiven en het Amerikaanse model van de vier elementen overnemen. Nederland is een lidstaat van het EHRM en om die reden is Nederland gebonden aan de door het EHRM gestelde eisen aan het ondervragingsrecht. Het stelsel van Amerika verschilt dermate veel van het stelsel in Nederland dat het, ondanks de vele overeenkomsten die deze landen met elkaar hebben op het gebied van het ondervragingsrecht, niet mogelijk is om dit zomaar over te nemen en in te passen in het Nederlandse recht. Dit komt voornamelijk omdat de focus van beide landen op een andere fase van het onderzoek ligt, zo ligt de nadruk in Amerika op het onderzoek ter terechtzitting en wordt in Nederland de nadruk op het vooronderzoek gelegd. De methode van Amerika om na te gaan of er sprake is van een schending van het ondervragingsrecht past dus niet in het Nederlandse recht. Het is ook niet mogelijk om slechts op enkele punten, zoals de compenserende factoren waar Nederland achterblijft, inspiratie te halen uit het Amerikaanse recht. De weinige compenserende factoren die Amerika kent worden ook toegepast door het EHRM en Nederland. Het grootste verschil in de toepassing van de compenserende factoren zit erin dat Amerika dit per geval bekijkt en geen algemene regels hieromtrent heeft, terwijl het EHRM en Nederland dat wel hebben. Dit wil niet zeggen dat een van de landen een betere methode heeft om te bepalen of een schending van het ondervragingsrecht moet worden aangenomen. Wel geeft dit aan dat zij dermate van elkaar verschillen dat naar mijn mening op geen enkele wijze inspiratie uit Amerika te halen is. Nederland en Amerika leggen de focus op een andere fase van het onderzoek en daardoor komt de *equality of arms* op een andere wijze tot uitdrukking in het strafproces. Nederland kan het ondervragingsrecht zoals in Amerika wordt toegepast dus niet als inspiratiebron gebruiken om het beginsel van *equality of arms* in het Nederlandse strafprocesrecht te versterken.

Literatuurlijst

Amar 1998

A.R. Amar, 'Confrontation Clause first principles: A reply to Professor Friedman', Faculty Scholarship Series 1998. Paper 946.

Amelsvoort 2012

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

Bartels 2012

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

Bokhorst 2012

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

Borgers 2009

M. Borgers, 'Het de auditu-arrest', *AA* 2009, p. 838-841.

Brants 2008

C.H. Brants, 'Strafrechtsvergelijking', *DD* 2008, p. 214-242.

Chhablani 2009

S. Chhablani, 'Disentangling the sixth amendment', *University of Pennsylvania journal of constitutional law*, 2009, vol. 11, issue 3, p. 487-549.

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Corstens & Borgers 2011

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Decaigny & De Hert 2013

T. Decaigny en P. de Hert, 'Evolueren het Nederlandse en het Belgische strafproces naar adversaire systemen?', *Strafblad* 2013, p. 54-66.

Dreissen & Nauta 2012

W.H.B. Dreissen & O. Nauta, *Anonimiteit in het strafproces. De praktijk van de regeling beperkt anonieme getuige en de regeling bedreigd anonieme getuige in het strafproces*, Eindrapport WODC, 13 november 2012.

Dressler & Michaels 2006

J. Dressler & A.C. Michaels, *understanding criminal procedure*, (Understanding Series, Volume 2: Adjudication) z.p.: LexisNexis 2006.

Duker 2012

M.J.A. Duker, 'EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen v. Nederland)', *Strafblad* 2012, p. 329-334.

Fedorova 2012

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

Friedman 1998

R.D. Friedman, 'Confrontation: the search for basic principles', *Geo. L. J.* 1998, vol.86, nr. 4, p. 1011-1043.

Garé 1994

D. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Gilissen & Gorlé 1991

J. Gilissen & F. Gorlé, *Historische inleiding tot het recht. Deel 1. Ontstaan en evolutie van de belangrijkste rechtsstelsels*, Antwerpen: Kluwer, 1991.

Gorlé e.a. 2007

F. Gorlé e.a., *Rechtsvergelijking*, Mechelen: Kluwer 2007.

Gruber, De Palacios & Van Kempen 2012

A. Gruber, V. De Palacios & P.H. Van Kempen, *Practical Global Criminal Procedure. United States, Argentina, and the Netherlands*, Durham: Carolina Academic Press 2012.

Harlan 1993

H.M. Harlan, 'White v. Illinois and the "Hearsay Clause" of the Sixth Amendment', *Louisiana Law Review*, 1993, vol. 54, nr. 1, p. 177-186.

Harteveld e.a. 2004

A.E. Harteveld e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, (Facetten van strafrechtspleging nr. 16) Deventer: Kluwer 2004.

Janssen 2012

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

Jebbink 2007

W.H. Jebbink, 'Na twintig jaar nog steeds geen recht op antwoord', De Hoge Raad erkent de vaste uitleg van het ondervragingsrecht door het EHRM niet, *NJB* 2007, 205, p. 208-215.

Van Kempen 2011

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

Kooijmans 2010

T. Kooijmans, 'bewijzen door de strafrechter', *AA* 2010, p. 456-465.

Kooijmans 2013

T. Kooijmans, 'Ondervraagd of niet, that's the question', *AA* 2013, p.134-141.

Kwakman 2012

N.J.M. Kwakman, 'De nieuwe Wet versterking positie rechter-commissaris', *Trema*, 2012, nr. 7, p. 228-234.

LaFave, Israel & King 2004

W.R. LaFave, J.H. Israel & N.J. King, *Criminal procedure*, (Hornbook series) z.p:Thomson West 2004.

Lyon & Dente 2012

T.D. Lyon & J.A. Dente, 'Child witnesses and the confrontation clause', *The journal of criminal law & criminology*, vol.120, nr 4, p. 1181-1232.

Van der Meij 2012

P.P.J. Meij, 'Een accusatoir vooronderzoek onder constructie?', *Strafblad* 2012, p. 54-61.

Van der Meij 2010

P.P.J. Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek: een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging*, Deventer: Kluwer 2010.

Metzger 2012

P.R. Metzger, 'Confrontation control', *Texas Tech Law Review* 2012, 45/1, p. 83-102.

Mols 2003

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

Mul 2013

V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?', *DD* 2013, p. 185-197.

Prakken & Spronken 2009

T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, Deventer: Kluwer 2009.

Randon 2007

M.A. Randon, 'Confrontation and Crawford: Identifying testimonial statements', *Michigan Bar Journal*, 2007, 86/12 p. 24-28.

Tetley 2000

W. Tetley, 'Mixed jurisdictions: Common law v. Civil law (codified and uncoded)', *Louisiana Law Review*, 2000, 60/3, p. 678-738.

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel I, algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Verrest 2012

P.A.M Verrest, 'De Wet versterking positie rechter-commissaris', *AA* 2012, p. 764-770.

De Wilde 2012a

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

De Wilde 2012b

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

Van Zeben 2006

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

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 6 mei 1985, nr. 8658/79 (Bönisch/Oostenrijk) m.nt. Van Dijk ECLI:NL:XX:1985:AB9401, NJ 1989, 385.
- EHRM 11 oktober 1985, nr. 10588/83, nr. 10589/83 en nr. 10590/83 (Barberà, Messegué & Jabardo/Spanje).
- EHRM 24 november 1986, nr. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk).
- EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85 (Kostovski/Nederland).
- EHRM 27 september 1990, nr. 12489/86 (Windisch/Oostenrijk).
- EHRM 19 december 1990, nr. 11444/85 (Delta/Frankrijk).
- EHRM 19 februari 1991, nr. 11339/85 (Isgrò/Italië).
- EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (Asch/Oostenrijk).
- EHRM 28 augustus 1991, nr. 11170/84, nr. 12876/87 en nr. 13468/87 (Brandstetter/Oostenrijk).
- EHRM 22 april 1992, nr. 12351/86 (Vidal/België).
- EHRM 15 juni 1992, nr. 12433/86 (Lüdi/Zwitserland).
- EHRM 28 augustus 1992, nr. 13161/87 (Artner/Oostenrijk).
- EHRM 24 november 1993, nr. 13972/88 (Imbrioscia/Zwitserland).
- EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92 (Doorson/Nederland).
- EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, nr. 21364/93, nr. 21427/93 en nr. 22056/93 (Van Mechelen e.a./Nederland).
- EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (Khan/Verenigd Koninkrijk)
- EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96 (Lucà/Italië).
- EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, (P.S./Duitsland).
- EHRM 14 februari 2002, nr. 26668/95 (Visser/Nederland).
- EHRM 2 juli 2002, nr. 34209/96 (S.N./Zweden).
- EHRM 19 juni 2003, nr. 28490/95 (Hulki Günes/Turkije).
- EHRM 2 november 2002, nr. 48539/99 (Allan/Verenigd Koninkrijk)
- EHRM 13 november 2003, nr. 71846/01 (Rachdad/Frankrijk).
- EHRM 5 april 2005, nr. 39209/02 (Scheper/Nederland) ECLI:NL:XX:2005:AT9168, NJ 2005, 551 m.nt Schalken.
- EHRM 26 juli 2005, nr. 39481/98 en nr. 40227/98 (Mild & Virtanen/Finland).
- EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland).
- EHRM 26 april 2007, nr. 5953/02 (Vozhigov/Rusland).
- EHRM 4 december 2008, nr. 1111/02 (Trofimov/Rusland).
- EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 2228/06 (Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02 (Bykov/Rusland)
- EHRM 14 januari 2010, nr. 23610/03 (Melnikov/Rusland).
- EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03 (Sanoma uitgevers B.V./ Nederland)
- EHRM 28 september 2010, nr. 40156/07 (A.S./Finland).
- EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 13 maart 2012, nr. 5605/04 (Karpenko/Rusland).
- EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06 en nr. 46699/06 (Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 17 april 2012, nr. 37981/06, nr. 38022/06, nr. 39122/06 en nr. 44278/06 (Sarkizov e.a./Bulgarije).
- EHRM 10 mei 2012, nr. 28328/03 (Aigner/Oostenrijk).

EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (Vidgen/Nederland).
EHRM 19 juli 2012, nr. 26171/07 (Hümmer/Duitsland).
EHRM 19 juli 2012, nr. 29881/07 (Sievert/Duitsland).

Hoge Raad

HR 20 december 1926, ECLI:NL:HR:1926:BG9435.
HR 17 januari 1938, *NJ* 1938, 709 m.nt. Taverne.
HR 5 februari 1980, ECLI:NL:HR:1981:AC1259, *NJ* 1981, 319 m.nt. van Veen.
HR 4 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AB8740 *NJ* 1982, 268 m.nt. van Veen.
HR 1 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AB7528, *NJ* 1994, 427 m.nt. Corstens.
HR 23 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0799.
HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1013
HR 29 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1132.
HR 12 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1559.
HR 11 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2099.
HR 20 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5704 m.nt Schalken.
HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2601.
HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1633.
HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5836.
HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3847, *NJ* 2010, 191 m.nt. Reijntjes.
HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 512.
HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 513.
HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9001.
HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 510.
HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452, *NJ* 2010, 515 m.nt. Borgers.
HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7278.
HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013, 145 m.nt. Schalken.
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1439, *NJ* 2013, 191 m.nt. Schalken.
HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3300.

United States Supreme Court

Barron v. Baltimore 32 U.S. (1833).
Mattox v. U.S. 156 U.S. 237 (1895).
Delli Paoli v. United States 352 U.S. 232 (1957).
Pointer v. Texas 380 U.S. 400 (1965).
Douglas v. State of Alabama 380 U.S. 415 (1965).
Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968).
Barber v. Page 390 U.S. 719 (1968).
Bruton v. United States 391 U.S. 123 (1968).
Roberts v. Russell 392 U.S. 293 (1968).
California v. Green, 399 U.S. 149 (1970).
Nelson v. O'Neil 402 U.S. 622 (1971).
Chambers v. Mississippi 410 U.S. 284 (1973).
Davis v. Alaska 415 U.S. 308 (1974).
Parker v. Randolph 442 U.S. 62 (1979).
Ohio v Roberts 448 U.S. 56 (1980).

Delaware v. Fensterer 474 U.S. 15 (1985).
Tennessee v. Street 471 U.S. 409 (1985).
Delaware v. Van Arsdall, 475 U.S. 673 (1986).
United States v. Inadi 475 U.S. 387 (1986).
Lee v. Illinois 476 U.S. 530 (1986).
Richardson v. Marsh 481 U.S. 200 (1987).
Kentucky v. Stincer 482 U.S. 730(1987).
Cruz v. New York 481 U.S. 186 (1987).
Coy v. Iowa 487 U.S. 1012 (1988).
Olden v. Kentucky 488 U.S. 227 (1988).
Idaho v. Wright 497 U.S. 805 (1990).
Maryland v. Craig 497 U.S. 836 (1990).
Michigan v. Lucas 500 U.S. 145 (1991).
White v. Illinois 502 U.S. 346 (1992).
Gray v. Maryland 523 U.S. 185 (1998).
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).
Davis v. Washington en Hammon v. Indiana, 547 U.S. 813 (2006), (nrs. 05-5224 en 05-5705).
Giles v. California, 554 U.S. 353 (2008).
Melendez-Diaz v. Massachusetts 557 U.S 305 (2009).
Michigan v. Bryant 562 U.S. _ (2011).
Bullcoming v. New Mexico 564 U.S._ (2011).
Williams v. Illinois 132 S.Ct. 2221 (2012).

