

Nederlands Juristenblad, NA TWINTIG JAAR NOG STEEDS GEEN RECHT OP ANTWOORD

Vindplaats: NJB 2007, 205
Auteur: Mr. W.H. Jebbink [M](#)

Bijgewerkt tot: 26-01-2007

De Hoge Raad erkent de vaste uitleg van het ondervragingsrecht door het EHRM niet

De Hoge Raad houdt zich onvoldoende aan de uitleg die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens al sinds 1986 geeft aan het ondervragingsrecht, een van de minimumeisen die worden gesteld aan een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 EVRM. Die houding getuigt van een benadering vanuit intern perspectief en daarmee van een te beperkte blik op de grondeisen die in Straatsburg aan een strafrechtelijke procedure worden gesteld. Er bestaat een aantal goede argumenten om het Europese Hof onverkort te volgen in zijn uitleg, die erop neerkomt dat de verdediging het recht heeft om antwoorden van de getuige te krijgen.

Volgens bestendige rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM) is een veroordeling, die uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op de verklaring van een of meer getuigen die, ondanks een verzoek daartoe, door de verdediging niet konden worden ondervraagd, in strijd met een eerlijk proces. Het in artikel 6 lid 3 onder d EVRM neergelegde ondervragingsrecht is dan geschonden. Die opvatting kwam reeds naar voren in de uitspraak *Unterpertinger*, twintig jaar geleden geweest.^[1] De waarde van deze interpretatie komt goed naar voren in de zaak *Sadak e.a.* uit 2004, waarin een veroordeling door de Turkse Veiligheidsrechtbank van een aantal vermeende leden van de PKK in strijd met een eerlijk proces werd geoordeeld. Het belangrijkste bewijs, zo werd vastgesteld, waren verklaringen van getuigen, die in het vooronderzoek door de vervolgende autoriteiten op militaire bases waren gehoord en beweerden dat de klagers optraden als woordvoerder voor de PKK. Ofschoon de verdachten vreesden dat de vervolgende autoriteiten deze getuigen hadden aangezet om belastend bewijs tegen hen te leveren, werd hun nimmer de gelegenheid geboden om de getuigen te ondervragen. Het EHRM oordeelde dat hier geen sprake was van een eerlijk proces, wegens schending van het ondervragingsrecht.^[2] De politieke lading van deze zaak onderstreept het belang van deze uitspraak. Inbreuken op het ondervragingsrecht worden in Straatsburg echter in de meeste gevallen vastgesteld in zaken die dagelijks ook door de Nederlandse rechter worden behandeld. Zo betrof de zaak *Unterpertinger* huiselijk geweld, *Lucà cocaïnehandel*, en *Mild en Virtanen diefstal uit een winkel*. Ook ons land is meermalen veroordeeld wegens schending van het ondervragingsrecht.^[3] Het meest recent in de zaak *Bocos-Cuesta* (2005), waarin de Nederlandse rechter volgens het EHRM ten onrechte het bewijs tegen de verdachte van ontucht met minderjarigen aangenomen heeft op basis van hoofdzakelijk de

verklaringen van de niet-gehoorde vermeende slachtoffertjes.^[4]

Het EHRM stelt bij de beoordeling van de vraag, of in een bepaald geval het ondervragingsrecht is geschonden, steeds het volgende '*general principle*' voorop:

'The evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument. There are exceptions to this principle, but they must not infringe the rights of the defence. As a general rule, paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6 require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statement or at a later stage [...].

As the Court has stated on a number of occasions [...], it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage [...]. If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 [...]. The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 [...].^[5]

De Hoge Raad hanteert bij de beoordeling van een veroordeling, die uitsluitend of grotendeels is gebaseerd op de verklaringen van niet door de verdediging ondervraagde getuigen, eveneens algemene uitgangspunten. Deze zijn voor het eerst verwoord in HR, *NJ* 1994, 427 en onlangs herhaald in o.m. HR, *NJ* 2006, 332.^[6] Van deze laatstgenoemde zaak zal ik hier de relevante feiten noemen en vervolgens het daarin gehanteerde toetsingskader. De verdachte was betrokken bij een zending motorblokken naar Australië. In die motorblokken werd XTC aangetroffen. De enige de verdachte rechtstreeks belastende getuige, tevens medeverdachte, stelde bij de politie dat de verdachte van de XTC-tabletten wist. Hij herhaalde zijn verklaring tegenover het *Landesgericht Aachen* (Duitsland), waar deze getuige terechtstond voor onder meer dezelfde feiten, als waarvoor de verdachte in Nederland werd vervolgd. In Nederland verscheen de getuige weliswaar bij zowel de rechter-commissaris als ter terechtzitting, maar beriep hij zich bij iedere vraag van de verdediging op zijn verschoningsrecht.^[7]

De Hoge Raad herhaalde als volgt een aantal onderdelen van zijn overwegingen uit *NJ* 1994, 427:

- '(i) In het licht van het EVRM is het gebruik voor het bewijs van een ambtsedig proces-verbaal voorzover inhoudende een niet ter terechtzitting afgelegde de verdachte belastende verklaring niet zonder meer ongeoorloofd en in het bijzonder niet onverenigbaar met art. 6, eerste lid en derde lid aanhef en onder d, EVRM.
- (ii) Van onverenigbaarheid als onder (i) bedoeld is in ieder geval geen sprake indien de verdediging in enig stadium van het geding, hetzij op de terechtzitting hetzij daarvoor, de gelegenheid heeft gehad om een dergelijke verklaring op haar betrouwbaarheid te toetsen en aan te vechten door de persoon die de verklaring heeft afgelegd als getuige te (doen) ondervragen. De enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, brengt niet mee dat inbreuk wordt gemaakt op het door art. 6, derde lid aanhef en onder d, EVRM gewaarborgde recht [...].'

Vervolgens werd de veroordeling onder de volgende motivering in stand gelaten:

'In aanmerking genomen dat [medeverdachte] als getuige is opgeroepen en is gehoord ter terechtzitting van het Hof en dat de verdediging gelegenheid heeft gehad om over die getuige, diens

eerder afgelegde verklaringen en over hetgeen hij ter terechtzitting heeft verklaard naar voren te brengen wat zij noodzakelijk oordeelde, kon het Hof [...] voor het bewijs gebruik maken van de verklaring van [medeverdachte], zoals tegenover de politie afgelegd.^[8]

Ook in *NJ* 2004, 452 wijkt de Hoge Raad van de basisregels van het EHRM af. Die zaak betrof - allerminst wereldschokkend - het tweemaal in strijd met de Hengelose APV laten loslopen van een hond. Het enige belastende bewijsmateriaal bestond steeds uit een ambtsedig procesverbaal van een opsporingsambtenaar, om wiens verhoor de ontkennende verdachte in hoger beroep verzocht. Het gerechtshof wees dit verzoek af en de Hoge Raad liet de veroordeling onder meer met de volgende overwegingen in stand:

'In het licht van hetgeen hiervoor [...] is overwogen mag van een verdachte die de betrouwbaarheid wenst te toetsen en/of aan te vechten van een in een proces-verbaal van politie opgenomen verklaring van een verbalisant omtrent hetgeen deze zelf heeft waargenomen en ondervonden, worden geveerd niet alleen dat hij tijdig gebruik maakt van de mogelijkheden die de wet hem biedt tot het (doen) ondervragen van de desbetreffende opsporingsambtenaar, maar ook dat hij zijn daartoe strekkend verzoek behoorlijk motiveert. Aan dit laatste is hier niet voldaan.^[9]

Waar zitten de verschillen tussen deze beoordelingsfactoren en die van het EHRM? Voor de beantwoording van die vraag kan niet worden volstaan met een vergelijking met het hiervoor genoemde algemene uitgangspunt van het EHRM; tevens zal daarvoor de Straatsburgse toepassing daarvan nader moeten worden beschouwd.^[10]

Welke eisen stelt het EHRM aan het ondervragingsrecht?

Ofschoon het EHRM en de Hoge Raad het erover eens zijn dat het gebruik voor het bewijs van getuigenverklaringen die zijn afgelegd in het vooronderzoek, op zich niet strijdig is met het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM, wordt daaraan in Straatsburg wel de nadere voorwaarde gesteld dat de verdachte de gelegenheid moet hebben gehad om die verklaringen op enig moment te kunnen betwisten. Het EHRM staat aarzelend tegenover zo'n procesvoering: steevast overweegt het in dit verband dat het 'gezien bepaalde omstandigheden noodzakelijk kan zijn om te moeten teruggrijpen op verklaringen uit het vooronderzoek'. Als voorbeeld geldt de omstandigheid dat een getuige weigert zijn verklaring in het openbaar te herhalen vanwege vrees voor zijn veiligheid.^[11]

Getuige verschijnt voor een rechter, maar weigert een verklaring af te leggen

Als een door de politie gehoorde getuige voor een rechter verschijnt en daar weigert een verklaring af te leggen, dan maakt 'die enkele omstandigheid' volgens de Hoge Raad geen inbreuk op het ondervragingsrecht. Die opvatting staat lijnrecht tegenover de Straatsburgse. Daarbij zij vooropgesteld dat het EHRM onderscheid maakt tussen betwisten ('*to challenge*') en ondervragen ('*to question*', '*to examine*') van getuigen. Als getuigenverklaringen uit het vooronderzoek worden gebruikt, kan - zoals we zojuist hebben gezien - onder omstandigheden worden volstaan met de mogelijkheid voor de verdediging om deze te betwisten. Voor cruciale getuigen^[12] geldt echter steeds het recht om ze te ondervragen, wat volgens het EHRM onder meer behelst: de mogelijkheid om de getuige op betrouwbaarheid te testen of zijn geloofwaardigheid in twijfel te trekken en '*to subject their credibility to scrutiny or cast any doubt on their depositions*'.^[13] Ook de mogelijkheid om het gedrag van een

getuige gedurende rechtstreekse ondervraging te observeren, is een element van *examining*.^[14] Dat de algemene regel daadwerkelijke ondervraging is, blijkt uit EHRM Unterpertinger en Lucà, waarin de belangrijkste getuigen weliswaar ter terechtzitting verschenen, maar zich daar verschoonden. Waar de verdediging dus wel *in de gelegenheid wordt gesteld* om de belangrijkste getuige te ondervragen, maar van de getuige geen antwoord krijgt, leidt dat tot een verdragsschending. Het ondervragingsrecht is dus in zijn kern een *recht op antwoord*.

Aan het ondervragingsrecht wordt volgens het EHRM evenmin voldaan, indien de getuige na het afleggen van een verklaring bij de politie wordt ondervraagd door enkel de rechter. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zaak Unterpertinger, waarin het ondervragingsrecht geschonden werd geacht, ondanks dat een van de cruciale getuigen haar in het vooronderzoek afgelegde verklaring had samengevat tegenover de onderzoeksrechter (waarbij de verdediging niet aanwezig was).^[15] Hier maakt het EHRM ten aanzien van het onderzoek ter terechtzitting een terminologisch onderscheid tussen '*hearing*,' door de rechter, en '*examining*' door de verdediging:

'[...] Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner refused to give evidence [...]. This accordingly prevented the trial judge from hearing them as witnesses and prevented the defence - and the prosecution - from examining them during the oral proceedings.'

In E.H. tegen Finland^[16] was noch de enkele omstandigheid dat de belangrijkste getuige ter terechtzitting verscheen, noch diens ondervraging door de rechtbank voldoende om reeds tot effectuering van het ondervragingsrecht te concluderen. In Straatsburg voerde E.H. aan dat hij zijn ondervragingsrecht niet had kunnen benutten, omdat de rechtbank, nadat de getuige middenin de ondervraging door zijn advocaat de rechtszaal had verlaten en even later terugkeerde, zijn advocaat had belet vragen te stellen. Deze stelling werd door de Finse regering betwist. In het licht van de betekenis van het ondervragingsrecht is het interessant om te bezien dat het EHRM deze bewering nauwgezet controleert:

'The Court has been provided with the minutes of the District Court [...], according to which the applicant's counsel put several questions to J. before he left the court room. Later J. returned and there is no indication that he was hindered in his questioning of him.'^[17]

Wederom blijkt doorslaggevend of de verdediging van de getuige antwoord heeft gekregen, en wel op *alle* vragen, die *zij* over de feiten wenste te stellen. Dat het enkele horen door een rechter het ondervragingsrecht nog geen gestalte geeft, wordt - en dat is kras - miskend door onze wetgever. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herziening van vonnissen en arresten op grond van uitspraken van het EHRM vermeldt onder meer:

'De voorgestelde aanvulling van gronden [voor herziening, WHJ] impliceert [...], dat slechts in een beperkt aantal gevallen herziening in de rede zal liggen. Te denken valt bijvoorbeeld aan gevallen waarin een getuige ten onrechte niet door een rechter is gehoord.'^[18]

Ondanks effectuering van het ondervragingsrecht stelt het EHRM soms nadere eisen aan het gebruik van de verklaring van de enige belastende getuige. Bijvoorbeeld als die verklaring inconsistent is, zoals blijkt uit E.H. tegen Finland:

'The Court takes note of the judgment of the Court of Appeal, in which it noted that the witnesses' statements supported J.'s own statement but that as his testimony included some inconsistencies, the conviction could not solely be based on his evidence. In these circumstances the Court is satisfied that the necessary care was applied in the evaluation of J.'s statements.'^[19]

Resultaatsverplichting voor de Staat

Als de verdediging een verzoek doet om het horen van cruciale getuigen, schept dat volgens het EHRM een verplichting voor de Staat om de verdachte daadwerkelijk in staat te stellen hen te ondervragen.^[20] Dit is niet minder dan een resultaatsverplichting, wat goed naar voren komt in de zaak Rachdad.^[21] Nadat de verdachte werd veroordeeld op basis van verklaringen van zes getuigen, verzocht hij in hoger beroep hen te horen. Slechts één van hen verscheen. Ondanks dat de zaak vervolgens enkele malen werd aangehouden en het gerechtshof uiteindelijk constateerde dat het zeer moeilijk zou zijn de getuigen alsnog te achterhalen, leverde dat geen genade op bij het EHRM, dat *unaniem* van oordeel was dat het ondervragingsrecht was geschonden.

Als de officier van justitie voorafgaand aan het horen van de belangrijkste getuigen door de onderzoeksrechter aangeeft dat advocaten daarbij niet mogen worden toegelaten, levert dat als vanzelf een Straatsburgs probleem op.^[22] Bovendien mag de Staat, indien de getuige laat weten niet te willen verschijnen, er niet op blindvaren dat hij zal volharden in deze onwelwillendheid.^[23] Die verplichting voor de justitiële autoriteiten neemt tegelijkertijd niet weg dat de verdachte zelf (enigszins) actief moet zijn om zijn ondervragingsrecht te benutten. Dat houdt in: op enig moment in feitelijke aanleg om het horen van de getuigen verzoeken^[24], of, indien een verhoor door de onderzoeksrechter reeds wordt aangekondigd, er blijk van geven daarbij aanwezig te willen zijn. In de zaak Solakov oordeelde het EHRM de veroordeling, hoewel gebaseerd op verklaringen van niet door de verdediging ondervraagde belangrijke getuigen, eerlijk waarbij in aanmerking werd genomen dat de verdediging dit laatste had nagelaten.^[25]

Compensatie door betwisting?

Uit het voorgaande bleek al dat de enkele mogelijkheid tot het betwisten van de belangrijkste getuigenverklaringen een inbreuk op het ondervragingsrecht niet compenseert. In EHRM Hulki Günes wordt deze opvatting geëxpliciteerd:

'Admittedly, they [de rechters, WHJ] undertook a careful examination of the statements taken from the witnesses on commission and gave the applicant an opportunity to contest them, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for direct examination and attendance.'^[26]

Moet tijdig en gemotiveerd om getuigen worden verzocht?

Straatsburg vereist, zoals al aangegeven, uitsluitend dat een verzoek om het horen van getuigen op enig moment gedurende de feitelijke behandeling van de zaak wordt gedaan. Nadere beperkingen worden niet gesteld. Ook niet als pas zeven jaar na een verstekveroordeling om het horen van de getuigen wordt gevraagd, zoals in de zaak Rachdad. Het EHRM stelt aan verzoeken om het horen van getuigen, die *'to a decisive extend'* verantwoordelijk zijn voor het belastende bewijsmateriaal, evenmin motiveringseisen. Die gelden hooguit ten aanzien van getuigen met welke de verdachte de beschuldigende verklaringen wenst aan te vechten.^[27]

Verschillen tussen Straatsburg en Den Haag

Tussen de uitgangspunten, die de Hoge Raad en het EHRM hanteren om vast te stellen wanneer aan het ondervragingsrecht is voldaan, zit een aantal belangrijke verschillen. Als de verklaring van de getuige beslissend is voor de veroordeling en de verdediging om het horen van die getuige heeft verzocht, is volgens het EHRM het ondervragingsrecht reeds geschonden, als de getuige voor een rechter weliswaar verschijnt, maar daar weigert een verklaring af te leggen. Betwisting van de in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaringen biedt dan geen compensatie. Ook vereist het EHRM geen motivering van een verzoek, terwijl de Hoge Raad dat - althans ten aanzien van opsporingsambtenaren die het cruciale bewijs aandragen - wel doet. Of de Hoge Raad van het EHRM afwijkt voor wat betreft het moment waarop om de getuigen moet worden verzocht, is niet geheel duidelijk. Het EHRM acht een verzoek, gedaan op enig moment gedurende de feitelijke behandeling, vroeg genoeg. In HR, *NJ* 2004, 452 legt de Hoge Raad het vereiste van tijdigheid niet nader uit.

Vanwaar die verschillen in benadering?

Ondanks dat de verdediging zich in HR, *NJ* 2006, 332 en HR, *NJ* 2004, 452 uitdrukkelijk beriep op schending van artikel 6 EVRM, motiveert de Hoge Raad in die uitspraken niet waarom de Straatsburgse lijn niet wordt gevolgd. De afwijkende uitgangspunten van de Hoge Raad lijken samen te hangen met een verschil in visie op het strafproces. Terwijl het EHRM voorkeur geeft aan een *adversarial system*, waarin alle getuigen ter zitting worden gehoord, is het onderzoek ter terechtzitting in Nederland inquisitoir: het wordt uitgevoerd door de rechter, die primair verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding.^[28] Ons systeem van strafvordering laat de mogelijkheid open dat als de verdachte zijn ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen, dit niet aan een veroordeling in de weg staat wanneer de rechter het beschikbare materiaal daartoe toereikend oordeelt. Als de zittingsrechter een getuige op ontoereikende gronden weigert, leidt dat wél tot nietigheid van het onderzoek, maar als een cruciale getuige ter terechtzitting verschijnt en weigert een verklaring af te leggen, staat dat aan een veroordeling niet in de weg.^[29] Fokkens heeft erop gewezen dat de bevoegdheid van de verdachte ten aanzien van het horen van getuigen aanvullend is ten opzichte van de rechterlijke taak.^[30] Dit verklaart waarom de Hoge Raad in *NJ* 2005, 332 de verklaring tegenover de Duitse rechter van de enige rechtstreeks belastende getuige in zijn overwegingen opnam: mede die omstandigheid mocht de rechter kennelijk tot het oordeel leiden dat het bewijsmateriaal betrouwbaar genoeg was. Het EHRM toetst niet of getuigenverklaringen op begrijpelijke wijze door *de rechter* als bewijs zijn gebruikt, maar of *de verdachte* een eerlijk proces heeft gekregen. Daarbij wordt de procedure in zijn geheel, inclusief de wijze waarop het bewijs werd verkregen, beoordeeld.^[31] Het ondervragingsrecht houdt hier dus rechtstreeks verband met een eerlijk proces. Vanuit de benadering van het ondervragingsrecht als een mensenrecht, een *minimum right* voor de verdachte, kan slechts worden aanvaard dat bewijsmateriaal, dat met inbreuk op dit recht is verkregen, tegen hem niet mag worden gebruikt. Niet voor niets is een van de functies van het ondervragingsrecht, volgens een van de *dissenting opinions* in de Artner-zaak, het *corrigeren van het nadelige* (want belastende) *effect* dat voor de verdachte uit de verklaringen van getuigen à charge voortvloeit.^[32] Veelzeggend is daarom dat het EHRM van de verdediging niet meer vergt dan op enig moment tijdens de feitelijke behandeling aan te geven de getuigen te willen horen of bij hun verhoor aanwezig te willen zijn, terwijl vervolgens op de Staat een resultaatsverplichting komt te rusten om dit mogelijk te maken.

Bezwaren tegen een eigen koers van de Hoge Raad

De benadering van de Hoge Raad is niet onproblematisch. Ervan uitgaand dat een belangrijk oogmerk van strafvorderlijke regelgeving het bevorderen van de waarheidsvinding is, impliceert de vaststelling van een verdragsschending twijfel over de materiële juistheid van de veroordeling. Als geen consequenties worden verbonden aan de onmogelijkheid van het horen van cruciale getuigen, zijn verdragsrechten illusoir, terwijl in zo'n situatie tevens het beginsel van *equality of arms* in het geding is: als de vervolgende autoriteiten gedurende een vooronderzoek alle gelegenheid krijgen een getuige te ondervragen, is het wezenlijk dat de verdachte die gelegenheid op enig moment ook krijgt.^[33] In het bijzonder, als zijn veroordeling op de verklaring van die getuige is gebaseerd en dus een verzoek tot ondervraging de kern van de zaak raakt. Blindelings vertrouwen in de juistheid van zo'n verklaring of van het proces-verbaal waarin deze is vevat, is door Sjöcrona 'de terreur van de processen-verbaal' genoemd, die ons strafproces regeert:

'Het betreft altijd gefilterde versies van wat de gehoorde heeft verklaard. Het is uniek als er sprake is van een letterlijke weergave. Er wordt niet gestenografeerd en zelden wordt opnameapparatuur gebruikt. Het betreft ook vaak - bij politie eerder dan bij rechters - op papier gezette verklaringen waarin op basis van vooronderstellingen van de verhoorder wordt gezocht naar bevestiging van diens vooropgestelde gelijk (buiten aanwezigheid van een hinderlijke advocaat).^[34]

Het oordeel dat op zich geen sprake is van een oneerlijk proces als een voor de rechter verschenen cruciale getuige zich verschoont, miskent dus de positie van de verdediging en doet afbreuk aan de corrigerende en rechtsbeschermende werking van het ondervragingsrecht. Als we in aanmerking nemen dat ons strafproces in de kern genomen zo is ingericht dat het onderzoek ter terechtzitting neerkomt op de toetsing van het voorhanden bewijsmateriaal, kan worden vastgesteld dat de Hoge Raad in dit opzicht een kritiekloze houding van de feitenrechter ten opzichte van cruciale getuigen faciliteert. Terwijl juist een beroep op het verschoningsrecht veel indringende vragen oproept. Het is - dit alles overziend - niet verwonderlijk dat de Hoge Raad zijn oordeel op dit punt nimmer van enige theoretische of rechtsfilosofische kantekening heeft voorzien.

Ook bezien vanuit andere perspectieven is het onwenselijk dat de Hoge Raad zijn eigen koers vaart op het punt van het ondervragingsrecht. Artikel 1 EVRM verplicht de lidstaten om eenieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de verdragsrechten en -vrijheden te verzekeren. Algemeen wordt aanvaard dat hierbij het subsidiariteitsbeginsel voorop staat: primair dienen de nationale autoriteiten, waaronder de nationale rechter, uitleg en toepassing te geven aan de verdragsbepalingen.^[35] Ofschoon het EHRM enkel vaststelt of het verdrag al dan niet is geschonden en uitspraken op grond van artikel 46 EVRM uitsluitend bindend zijn voor bij de zaak betrokken partijen, is het wenselijk dat Nederlandse rechter onverkort de rechtsbescherming verleent die voortvloeit uit uitspraken, ook indien gewezen tegen buitenland. Zodoende wordt het risico op een eigen veroordeling in Straatsburg verminderd.^[36] Myer heeft erop gewezen dat het voor de rechtspraak uitermate nuttig is dat het EHRM in zijn arresten steeds meer aangeeft welke '*general principles*' met betrekking tot een verdragsbepaling uit zijn vaste jurisprudentie kunnen worden gedestilleerd:

'Op die manier kan ook op nationaal niveau duidelijker worden onderscheiden, wat als een leidend beginsel moet worden aangemerkt en wat als een op een specifieke nationale omstandigheid toegesneden overweging. En als het EHRM hetzij in een zaak tegen het eigen land, hetzij in een 'leading case' tegen een buitenland al interpreterend een duidelijke, niet voor tweeërlei uitleg vatbare, nieuwe inkleuring heeft gegeven aan een van de rechten van het EVRM of de protocollen, dan is de Staat verplicht (art. 46 EVRM) respectievelijk doet de Staat er goed aan om onverwijld alle noodzakelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat zich in de toekomst (weer) zoiets kan

voordoet.^[37]

De Hoge Raad benadert het ondervragingsrecht vanuit een overwegend intern perspectief; hij lijkt de EHRM-rechtspraak hierover te beschouwen als een vreemd element dat buiten de Nederlandse rechtsorde ligt.^[38] Die benadering verdraagt zich moeilijk met het monistische uitgangspunt dat aan het verdrag ten grondslag ligt, en is niet te rechtvaardigen op de grond, dat het inquisitoire karakter van het Nederlandse onderzoek ter terechtzitting geen ruimte laat voor de Straatsburgse opvattingen. Integendeel: bewijsuitsluiting wordt in ons strafproces aanvaard als consequentie van schending van vormverzuimen. Overigens is de koers van de Hoge Raad opmerkelijk, omdat uitspraken van het EHRM een belangrijke rol spelen in onze rechtsorde.^[39] Barkhuizen en Van Emmerik stelden enkele jaren geleden nog vast dat the Nederlandse rechter zichzelf gebonden acht aan de beslissingen van het EHRM en dat er een bereidheid bestaat de praktijk aan Straatsburgse standaarden aan te passen, ook als Nederland geen partij is.^[40]

De sinds twintig jaar consistente uitleg van het ondervragingsrecht door het EHRM behoort een kritische feitenrechter te nopen tot zeer grote terughoudend om op dit punt een eigen koers te varen. Hoewel met het verdrag geen strikte homogeniteit wordt nagestreefd, is haar doel wel de interpretatie, toepassing en bescherming van minimum Europese standaarden op het grondgebied van alle lidstaten.^[41] Een eventueel tegenargument, dat naar aanleiding van ontwikkelingen in het rechtsdenken, de door het EHRM uitgezette lijnen ter discussie worden gesteld, kan ter zijde worden geschoven reeds in het licht van urgente uitspraken zoals Sadak: veranderingen in de Straatsburgse uitleg van het ondervragingsrecht lijken gelet daarop niet snel te verwachten.

De Nederlandse rechter heeft reden temeer om in te binden, nu ons land meer dan eens ten aanzien van het ondervragingsrecht is terechtgewezen. Bovendien is de jongste veroordeling van recente datum. Vasthouden aan een eigen koers vergroot de kans dat het EHRM nieuwe veroordelingen tegen Nederland zal uitspreken.

Een van *general principles* afwijkende koers is ook vanuit de door het EHRM vereiste uitputting van nationale rechtsmiddelen onwenselijk. Dit wordt in de zaak Akdivar verduidelijkt:

'The rule [exhaustion of domestic remedies, WHJ] is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention - with which it has close affinity -, that there is an effectieve remedie available in respect of the alleged breach in the domestic system whether or not the provisions of the Convention are incorporated in national law. In this way, it is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights.^[42]

Tot slot is de Nederlandse houding onwenselijk vanuit een meer extern gezichtspunt. Bekend is dat het EHRM te kampen heeft met toenemende werkdruk. De beste oplossing daarvoor is dat elke lidstaat simpelweg aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.^[43]

Besluit

De verdachte, die in Nederland op basis van een onjuiste uitleg van het ondervragingsrecht onherroepelijk wordt veroordeeld, kan de moeizame weg naar Straatsburg bewandelen. Als daar een veroordeling in strijd met artikel 6 EHRM wordt geoordeeld, bestaat vervolgens de mogelijkheid dat de zaak in Nederland moet worden herzien, en dat deze alsnog in vrijspraak eindigt. Maar dat duurt vele jaren en zal dus als mosterd na de maaltijd komen voor een veroordeelde die vanaf de aanvang van de vervolging van zijn vrijheid was beroofd. Kan van zo'n situatie worden volgehouden dat Nederland aan

een ieder op zijn grondgebied een eerlijk proces garandeert?

Een lange versie van dit artikel vindt u [hier](#).

Op <http://www.njblog.nl> kan gediscussieerd worden over de stelling:

De Hoge Raad houdt zich onvoldoende aan de mensenrechten door zich niet te houden aan de uitleg van het ondervragingsrecht door het EHRM. Deze beperkte blik van de Hoge Raad leidt tot strijdigheid met de basisbeginselen van de strafrechtelijke procedure.

Voetnoten

- [*] W.H. Jebbink is advocaat te Amsterdam.
- [1] EHRM 24 november 1986, NJ 1988, 745 (Unterpertinger tegen Oostenrijk).
- [2] EHRM 17 juli 2001, application nrs. 29 900/96, 29 901/96, 29 902/96 en 29 903/96 (Sadak e.a. tegen Turkije).
- [3] EHRM 20 november 1989, NJ 1990, 245 (Kostovski tegen Nederland); EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635 (Van Mechelen e.a. tegen Nederland).
- [4] EHRM 10 november 2005, NJ 2006, 239 (Bocos-Cuesta tegen Nederland).
- [5] Uit EHRM 27 februari 2001, NJ 2002, 101 (Lucà tegen Italië).'
- [6] Zie ook HR 6 juni 2006, NJ 2006, 333 en HR 12 september 2006, LJN AW6737.
- [7] Vgl. pleitnotities, HR 6 juni 2006, NJ 2006, 332, r.o. 4.4.
- [8] HR 6 juni 2006, NJ 2006, 332.'
- [9] HR 10 februari 2004, NJ 2004, 452.'
- [10] Voor een bespreking van de vraag, wanneer een veroordeling volgens het EHRM 'to a decisive extend' op verklaringen van niet-gehoorde getuigen steunt, zie men de internetversie van deze bijdrage.
- [11] EHRM Lucà tegen Italië, EHRM 8 april 2003, application nr. 39 470/98 (Lindgren tegen Zweden).
- [12] Waarmee hier steeds wordt bedoeld: de getuigen op wier verklaring de verdachte hoofdzakelijk of in beslissende mate is veroordeeld, verderop ook 'de belangrijkste getuigen' genoemd.
- [13] EHRM 19 december 1990, application nr. 11 444/85 (Delta tegen Frankrijk), par. 37; EHRM Sadak e.a. tegen Turkije, par. 66.
- [14] Bijv. EHRM 20 december 2001, NJ 2002, 435(P.S. tegen Duitsland), par. 26.
- [15] EHRM Unterpertinger tegen Oostenrijk, r.o. 16 en 31.
- [16] EHRM 4 april 2006, application nr 60966/00 (E.H. tegen Finland).
- [17] EHRM E.H. tegen Finland, par. 2.'
- [18] Kamerstukken II 2000/01, 27 726, nr 3, p. 5.'
- [19] EHRM E.H. tegen Finland.'
- [20] EHRM Sadak e.a. tegen Turkije.
- [21] EHRM 13 november 2003, NJCM-Bulletin 2004, nr 3, p. 406 (Rachdad tegen Frankrijk).
- [22] EHRM 14 december 1999, application nr. 37019/97 (A.M. tegen Italië).
- [23] EHRM 26 juli 2005, application nrs. 39481/98 en 40227/98 (Mild/Virtanen tegen Finland), r.o. 45.
- [24] EHRM 19 maart 1991, NJ 1993, 709 (Cardot tegen Frankrijk).
- [25] EHRM 31 oktober 2001, application nr. 47023/99 (Solakov tegen Macedonië).
- [26] EHRM 19 juni 2003, application nr. 28490/95 (Hulki Günes tegen Turkije).'
- [27] Bijv. EHRM 8 juni 1976, Series A nr. 22, p. 38 en 39, r.o. 91 (Engel e.a. tegen Nederland).
- [28] Vgl. J.W. Fokkens, 'Getuigen tussen Straatsburg en Den Haag', in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeven (red.), Via Straatsburg, Nijmegen 2004, p. 149.
- [29] Idem.
- [30] Idem.
- [31] Bijv. EHRM P.S. tegen Duitsland, r.o. 19.
- [32] EHRM 28 augustus 1992, application nr. 13161/87 (Artner tegen Oostenrijk), joint dissenting opinions of judges Walsh, MacDonald and Palm.

- [33] Zie inzake equality of arms i.v.m. ondervragingsrecht ook: Mensenrechtencomité Communication 815/1998 (Dugin tegen de Russische Federatie).
- [34] J.M. Sjöcrona, 'Eerlijkheid in geding - over recht en fatsoen in strafzaken', Trema 2005, p. 376.'
- [35] P. van Dijk, 'Een efficiënt en effectief stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM', NJCM-Bulletin 2003, p. 395; B.E.P. Myer, Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten, Nijmegen 2004, p. 31.
- [36] L.F. Zwaak, o.c., p. 77.
- [37] B.E.P. Myer, o.c., p. 32.'
- [38] Vgl. in ander verband, F.L.M. Vlemminx, De autonome rechtstreekse werking van het EHRM, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 2002, p. 68.
- [39] A.F.M. Brenninkmeijer, 'Implementation of decisions of the supervisory bodies of the ECHR by revision of judgments of national courts in The Netherlands', in: T. Barkhuizen e.a. (red.), The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order, Den Haag, Boston, Londen 1999, p. 193.
- [40] T. Barkhuijzen/M.L. van Emmerik, 'Improving the implementation of Strasbourg and Geneva decisions in the Dutch legal order: reopening of closed cases or claims of damages against the state', in: T. Barkhuizen e.a., o.c., p. 3, 9. Bijv. de aanpassing van de Nederlandse wetgeving naar aanleiding van EHRM, NJ 1989, 815 (Brogan tegen Verenigd Koninkrijk).
- [41] L.F. Zwaak, 'The implementation of decisions of the supervisory organs under the European Convention of Human Rights', in: T. Barkhuizen e.a. (red.), o.c., p. 75.
- [42] EHRM 16 september 1996, application nr. 21893/93 (Akdivar tegen Turkije).'
- [43] B.E.P. Myer, o.c., p. 31.