

# Wat betreft het ondervragingsrecht van de verdediging ook alweer?

In strafzaken komt het regelmatig voor dat een door de verdediging opgeroepen getuige niet verschijnt en/of niet gehoord kan worden. Is het ondervragingsrecht van de verdediging ex art. 6 lid 3, aanhef sub d EVRM, dan voldoende gewaarborgd?

Wendy Geurts<sup>1</sup>

In strafzaken wordt een belangrijk deel van het bewijs tegen een verdachte nog altijd gevormd door getuigenverklaringen. Het is dan ook van groot belang dat de verdediging deze getuigen zelf kan ondervragen. Het EVRM heeft in art. 6 lid 3, aanhef en onder sub d dan ook een ondervragingsrecht toegekend aan de verdachte. Mogelijk is echter dat de getuige, ondanks deugdelijk opgeroepen, niet verschijnt ter zitting: de getuige is overleden, bang om te verklaren, onvindbaar of de getuige beroept zich na verschijning op zijn verschoningsrecht.

## Stappenplan

Als de rechter de verklaring van de niet-ondervraagde getuige toch voor het bewijs wil gebruiken, dan dient de rechter te beoordelen of dit een schending oplevert van het ondervragingsrecht van de verdachte. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaken Al-Khawaja en Tahery<sup>2</sup> een stappenplan geïntroduceerd. Sindsdien loopt het Europese Hof dit stappenplan af om te bepalen of er sprake is van een schending van het ondervragingsrecht in de gevallen dat de getuige niet verschenen is, zich beroept op zijn verschoningsrecht, maar ook als de getuige anoniem wordt gehoord.

De eerste vraag die het hof stelt is of er sprake is van een goede reden voor de afwezigheid van de getuige, dan wel een goede reden dat deze geen verklaring heeft

afgelegd ter zitting. Is dit het geval, dan is de tweede vraag of de bewezenverklaring uitsluitend of in overwegende mate (*sole or decisive*) op de verklaring van de niet-ondervraagde getuige is gebaseerd. In dat geval kijkt het Europese Hof of de restrictie van het niet kunnen horen van de getuige in voldoende mate gecompenseerd wordt door andere waarborgen. Welke waarborgen voldoende compenserend zijn, is casuïstisch van aard. Aanknopingspunten kunnen gevonden worden in verschillende uitspraken van het Europese Hof.<sup>3</sup>

## Motorblokken naar Australië

Zo oordeelde het Europese Hof ook in een Nederlandse zaak over het ondervragingsrecht. Vidgen was in Nederland veroordeeld voor het medeplegen van het uitvoeren van verdovende middelen. Vidgen verklaarde dat hij motorblokken naar Australië vervoerde maar dat hij niet op de hoogte was van de aanwezigheid van verdovende middelen in de motorblokken. Medeverdachten A. en M. werden in Duitsland vervolgd. Daar verklaarde M. dat Vidgen wel op de hoogte was van de aanwezigheid van verdovende middelen, welke verklaring werd gebruikt in de Nederlandse zaak tegen Vidgen. Vidgen verzocht A. en M. als getuigen op te roepen, nu hij niet eerder de mogelijkheid had om deze getuigen vragen te stellen. A. en M. werden door het gerechtshof opgeroepen als getuigen maar beriepen zich beiden op hun verschoningsrecht. Het gerechtshof overwoog dat dit geen inbreuk van het

ondervragingsrecht opleverde en verwees daarbij naar standaardjurisprudentie van de Hoge Raad<sup>4</sup>, waarin was bepaald dat er geen sprake is van een inbreuk op het ondervragingsrecht bij de enkele omstandigheid dat een getuige die is verschenen, weigert een verklaring af te leggen. Daarbij merkte het gerechtshof op dat het bewijs niet uitsluitend op de verklaring van M. is gebaseerd. De Hoge Raad liet de veroordeling in stand.

Het Europese Hof<sup>5</sup> oordeelde anders. Het ondervragingsrecht was in de zaak van Vidgen geschonden omdat de getuige heeft geweigerd antwoord te geven op de aan hem gestelde vragen. Ook achtte het Europese Hof, in tegenstelling tot het gerechtshof, de verklaring van M. het enige bewijs waaruit bleek dat Vidgen weet had van de verdovende middelen en daarmee 'decisive' voor zijn veroordeling. Nu er onvoldoende maatregelen genomen zijn om de schending van het ondervragingsrecht te kunnen compenseren, neemt het Europese Hof een schending van art. 6 EVRM aan.

Naar aanleiding van de uitspraak in Vidgen van het Europese Hof is de Hoge Raad<sup>6</sup> omgegaan. Ondanks dat de Hoge Raad minder strenge eisen lijkt te stellen<sup>7</sup> dan het Europese Hof, is het goed nieuws voor de verdediging dat het ondervragingsrecht meer inhoudt dan enkel de inspanningsverplichting van de overheid om gelegenheid te creëren voor de verdediging om vragen te stellen aan een getuige.

<sup>4</sup> HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427.

<sup>5</sup> EHRM 10 juni 2012, appl. nr. 29353/06 (Vidgen v. the Netherlands).

<sup>6</sup> HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/145, m.nt. Schalken.

<sup>7</sup> Zie noot Schalken bij HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/145 en HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/191.

<sup>1</sup> Strafadvocaat bij Cleerdin & Hamer te Amsterdam.

<sup>2</sup> EHRM 15 december 2011, appl. nrs. 26766/05 en 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom).

<sup>3</sup> Zie onder andere de uitspraken van het EHRM inzake: Ellis, Simms & Martin, appl. nrs. 46099/06 en 46699/06, Karpenko appl. nr. 5605/04, Damir Sibgatullin appl. nr. 1413/05, Sievert, appl. nr. 29881/07 en Hümmel appl. nr. 26171/07).