

hij dan in een strafzaak tegenwerpen dat hij intussen zijn inkomsten alsnog tegenover de fiscus heeft verantwoord, waardoor de grond voor een succesvolle vervolging terzake van witwassen (eveneens) moet komen te vervallen?

En hoe zal de vervolgingspraktijk gaan luiden terzake van de fiscale delicten: zal daar ook standaard het delict witwassen aan worden gekoppeld? En zo ja, in hoeverre is dan een bewezenverklaring van witwassen een strafverhogende omstandigheid op ten opzichte van het bewezen verklaarde belastingdelict? Van een eendaadse samenloop op voortgezette handeling lijkt me geen sprake nu niet van een vergelijkbare strekking van het belastingdelict en het witwasdelict kan worden gesproken.

Kortom: deze uitspraak van de Hoge Raad leidt weer tot tal van afgeleide vragen waarmee de rechtspraak de komende jaren ongetwijfeld zal worden geconfronteerd.

W.E.C.A. Valkenburg

80 Rechtspraak EHRM

Deze rubriek verschijnt drie keer per jaar in *Delikt en Delinkwent*, waarbij er een lange tijd tussen de tweede (juninumnummer) en de derde (decembernummer) aflevering zat. Daarom zag de deelredactie zich geconfronteerd met een tijdspanne van ruim 7 maanden (maart t/m medio oktober) waarover verslag gedaan moest worden, wat de selectie uiteraard niet makkelijker maakte.

Gezien deze omstandigheid wordt hieronder een aantal arresten van het EHRM wat uitgebreider besproken, terwijl enkele andere wat korter worden gesignaleerd.

De deelredactie is overigens verheugd dat zij is uitgebreid met Leonie van Lent, universitair docent straf(proces)recht bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

Geen uitspraak van het EHRM maar in het kader van deze rubriek toch het vermelden waard: in de vorige rubriek besteedden wij aandacht aan het arrest *Kafkaris t. Cyprus* waarin onder meer de vraag centraal stond in hoeverre de (ten uitvoerlegging van de) levenslange gevangenisstraf in strijd is met artikel 3 EVRM. In de inmiddels gepubliceerde conclusie van AG Knigge voor het ten tijde van het schrijven van deze rubriek nog door de Hoge Raad te wijzen arrest met parketnummer 07/10699 wordt een zeer uitgebreide analyse van de relevante jurisprudentie van het EHRM omtrent deze materie gegeven (*LJN BF3741*). Knigge concludeert ten aanzien van het Nederlandse recht dat het opleggen van de straf niet strijdig is met artikel 3 EVRM, maar dat de 'law and practice' met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf op gespannen voet staat met de eisen die uit het EVRM voortvloeien. Uiteraard benieuwd naar het uiteindelijke arrest van de Hoge Raad, signaleren wij deze conclusie hier alvast; het is ook een aardige opmaat naar het eerste te bespreken arrest.

Artikel 3, artikel 6***EHRM 30 juni 2008, Gäfgen t. Duitsland****Feiten*

Magnus Gäfgen is veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf voor de ontvoering van en de moord op Jakob von Metzler, de 11-jarige zoon van een belangrijke Duitse bankier. Gäfgen heeft Jakob zijn woning ingelokt en daar vermoord. Het lijk heeft hij later elders verstopt. In de tussentijd vroeg hij de ouders van de jongen om losgeld. Vanaf het moment dat het losgeld werd overhandigd, is Gäfgen door de politie heimelijk gevolgd, waarna hij al snel werd aangehouden. In de vroege ochtend na zijn aanhouding, tijdens een van de eerste verhoren door de politie (die toen nog in de veronderstelling was dat Jakob von Metzler nog in leven was) is tegen Gäfgen gezegd dat hij er rekening mee moest houden dat hem pijn toegebracht zou worden als hij niet snel de verblijfplaats van het kind zou noemen. Tevens stelt Gäfgen dat hij door een politieagent op zijn borst is geslagen en dat zijn hoofd heen en weer is geschud zodat het de muur raakte. Ook zou men hebben gezegd dat hij in een cel gezet zou worden met twee negers die hem dan seksueel zouden misbruiken. Binnen 10 minuten heeft Gäfgen onthuld waar Jakob te vinden zou zijn.

Na de ontdekking van het lijk heeft Gäfgen bekend het kind te hebben ontvoerd en vermoord. Van de ontdekking van het lijk zijn video-opnamen gemaakt. Bij de vindplaats van het lijk werden bandensporen

van de auto van Gäfgen gevonden en in vuilcontainers die Gäfgen aanwees werden spullen van het slachtoffer gevonden alsmede de typemachine die was gebruikt voor de losgeldbrief. Bijna al het losgeld en een brief met betrekking tot de planning van het misdrijf werden in de flat van Gäfgen gevonden. Het blijkt dat Gäfgens advocaat tevergeefs heeft geprobeerd met zijn cliënt te spreken voor hij met de 'marteling' werd bedreigd.

De assistent-korpschef van de politie heeft gerapporteerd dat hij, om het leven van Jakob von Metzler te kunnen redden, opdracht had gegeven om Gäfgen te verhoren onder dreiging van het toebrengen van pijn zonder verwondingen toe te brengen. Dit alles eerst en vooral als een ultimatum remedium om op tijd de verblijfplaats van Jakob te achterhalen.

In de procedure in feitelijke aanleg wordt op de eerste procesdag al door de rechter uitgemaakt dat alle bekentenissen en verklaringen die in het vooronderzoek door Gäfgen zijn afgelegd niet als bewijs mogen worden gebruikt, omdat ze in strijd met het Duitse strafprocesrecht en artikel 3 van het EVRM zijn verkregen. De eis om het proces te beëindigen wegens deze rechtsschendingen wordt afgewezen en ook de eis om naast de bekentenissen al het daarvan afgeleide bewijs uit te sluiten wordt afgewezen: deze eisen zijn disproportioneel gezien de omstandigheden van het geval, waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen de ernst van de inbreuk op de fundamentele rechten van de verdachte (hij is bedreigd met mishandeling) en de ernst van het misdrijf

dat moest worden onderzocht (de voltooide moord op een kind).

Gäfgen legt desalniettemin voor de rechter opnieuw een bekentenis af: in eerste instantie met betrekking tot de ontvoering en de afpersing; bij gelegenheid van zijn laatste woord bekent hij ook de moord. Gäfgen wordt tot levenslange gevangenisstraf veroordeeld.

Ook in hoger beroep en later voor het Constitutionele Hof beroept Gäfgen zich er zonder succes op dat het proces afgebroken had moeten worden en dat er meer bewijs uitgesloten had moeten worden. Zijn veroordeling blijft echter in stand.

De betrokken politiemedewerkers zijn inmiddels veroordeeld wegens 'dwang door ambtenaar in functie'. Echt zware straffen zijn er evenwel niet opgelegd omdat de Duitse rechter de omstandigheden van het geval strafverlagend laat werken.

Een civiele procedure tegen de Duitse staat wegens de schending loopt nog.

Gäfgen beklagt zich bij het EHRM over schending van artikelen 3 en 6 van het EVRM. Met betrekking tot artikel 3 EVRM stelt hij zich op het standpunt dat hij bedreigd is met mishandeling en seksueel misbruik, dat hij gedwongen is om mee te gaan naar de plaats waar het lijk is opgegraven en dat hij ook nadien, dus nadat duidelijk was dat Jakob al dood was, nog steeds onder onmenselijke druk is gezet. Hoewel door de rechter en door de Duitse staat is erkend dat er sprake was van schending van artikel 3 EVRM, vindt Gäfgen dat hij de status van 'slachtoffer' van schending van artikel 3 EVRM nog niet heeft verloren, omdat hij op geen enkele wijze com-

pensatie heeft gekregen voor deze schending.

Ten aanzien van artikel 6 stelt hij zich op het standpunt dat dit is geschonden doordat de rechter gebruik heeft gemaakt van bewijsmateriaal dat enkel als resultaat van de door middel van dreigementen losgekregen bekentenis naar voren is gekomen.

Oordeel EHRM

In casu is volgens het EHRM niet met voldoende zekerheid vast komen te staan dat naast de bedreiging met het toebrengen van pijn ook bedreigd zou zijn met seksueel misbruik en/of dat Gäfgen geslagen en/of door elkaar geschud zou zijn. Volgens het EHRM is Gäfgen uit zich zelf meegegaan om aan te wijzen waar het lijk verborgen was en is ook niet vast komen te staan dat hij op dat moment niet meer onder druk is gezet om het overige bewijsmateriaal aan te wijzen.

Het EHRM stelt voorop dat het dreigen met marteling, als de dreiging overtuigend genoeg is, op zijn minst genomen een mensonterende behandeling kan zijn. In het geval van Gäfgen is daar volgens het EHRM sprake van geweest. Ook al is de nood nog zo hoog; het verbod op mishandeling teneinde informatie aan een persoon te ontlokken blijft van toepassing. De behandeling waaraan Gäfgen is blootgesteld moet hem onder zware mentale druk hebben gezet, aangezien hij, na eerst steeds te hebben geweigerd een verklaring af te leggen, na de dreigementen binnen 10 minuten 'doorsloeg'. Hoewel de behandeling waarmee werd bedreigd zeker het stempel 'marteling' zou verdienen, is

het volgens het EHRM in dit geval gebleven bij onmenselijke behandeling, omdat de dreiging uiteindelijk niet in daden is omgezet en het verhoor niet lang heeft geduurd. Het EHRM laat ook nog de omstandigheid meewegen dat in de hectiek als laatste redmiddel is besloten deze werkwijze te volgen. Gäfgen is dus blootgesteld aan onmenselijke behandeling en artikel 3 EVRM is geschonden.

Het EHRM is van oordeel dat de Duitse autoriteiten afdoende hebben erkend dat er sprake was geweest van een schending van het Verdrag. Daarnaast zijn de verantwoordelijke politiemedewerkers strafrechtelijk veroordeeld wegens deze schending en heeft de strafrechter in de zaak tegen Gäfgen de bekentenissen als bewijsmateriaal uitgesloten. Dit is volgens het EHRM voldoende genoegdoening voor Gäfgen. Verderstrekkende consequenties (zoals een bredere bewijsuitsluiting) onderzoekt het EHRM onder de klacht met betrekking tot artikel 6 EVRM. Gäfgen kan dus niet langer meer claimen een slachtoffer te zijn van de schending van artikel 3 EVRM.

In de aanloop van de behandeling van de klacht onder artikel 6 EVRM stelt het EHRM nog eens voorop dat het recht zichzelf niet te incrimineren en het verbod op gebruik van bewijsmateriaal dat in strijd met het zwijgrecht is verkregen beginselen zijn die de kern van een eerlijk proces vormen. Daarnaast is voor een eerlijk proces vereist dat de verdediging voldoende mogelijkheid heeft gehad om de authenticiteit en het gebruik van het ingebrachte bewijs-

materiaal te bestrijden. Ook moet de verdediging de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal kunnen onderzoeken en moet zij vast kunnen stellen in welke mate de wijze waarop het bewijsmateriaal is vergaard daarop van invloed is geweest. Artikel 6 EVRM bevat evenwel geen regels over de (on)toelaatbaarheid van bewijs. Het EHRM gaat dan ook niet zover om categorisch vast te stellen dat bewijsmateriaal dat op een bepaalde manier is verkregen ontoelaatbaar is. Gebruik van bewijsmateriaal dat is verkregen op een wijze die een schending van artikel 3 EVRM met zich meebrengt roept evenwel vrijwel per definitie vragen op met betrekking tot de eerlijkheid van het proces. Het EHRM heeft dan ook eerder uitgemaakt dat gebruik van verklaringen die door marteling of onmenselijke behandeling zijn verkregen het proces oneerlijk maken. Het gebruik van 'real evidence' (ik noem het maar: 'hard bewijsmateriaal') dat is verkregen *naar aanleiding van* dergelijke verklaringen is (als er sprake is geweest van marteling) ook in strijd met de notie van een eerlijk proces, ongeacht de zelfstandige bewijskracht. Daarbij verwijst het EHRM onder meer naar *Jalloh t. Duitsland* (EHRM (GC) 11 juli 2006, NJ 2007, 226).

In casu was er echter geen sprake van marteling, maar van onmenselijke behandeling. Het EHRM oordeelt verder dat het verkrijgen van het harde bewijsmateriaal in dit geval een *indirect* resultaat was van de gewraakte verklaringen en dat er ook hard bewijsmateriaal is gevonden als resultaat van het eigen onderzoek van de politie ('onbesmet'

bewijs). Daarmee is er geen sprake meer van omstandigheden die het proces zonder meer oneerlijk zouden maken. Toch acht het EHRM termen aanwezig om te onderzoeken of ook in gevallen als deze het gebruik van 'verboden vruchten' kan leiden tot een oneerlijk proces in zijn geheel. Daarbij kijkt het EHRM vooral naar hetgeen door 'onbesmet' bewijs is vastgesteld, welk gewicht er is toegekend aan het aangevochten harde bewijs en op welke wijze de verdediging in haar rechten is gerespecteerd (waarbij met name het recht om de toelating en het gebruik van het bewijs aan te vechten wordt bekeken).

Met betrekking tot de weging van het aangevochten bewijs ten opzichte van het 'onbesmette' bewijs merkt het EHRM op dat de feitenrechter zich in zeer belangrijke mate heeft gebaseerd op de verklaringen die Gäfgen ter zitting aflegde, nadat hij door de rechter geïnstrueerd was. Deze verklaringen werden ondersteund door onbesmet bewijs. Het aangevochten bewijs is enkel gebruikt om de verklaringen van Gäfgen met betrekking tot zijn modus operandi te verifiëren. Daarbij is echter ook bewijsmateriaal gebruikt dat ook zonder de afgedwongen verklaring waarschijnlijk zou zijn gevonden. Zelfs zonder de bekentenis van Gäfgen op de laatste dag van het proces (waar hij ook de moord bekende) was er volgens het EHRM voldoende bewijs voor ten minste ontvoering en afpersing.

Deze bekentenissen heeft Gäfgen volgens het EHRM in volledige vrijheid afgelegd, terwijl hij, met bijstand van een advocaat, ook voor de tactiek had kunnen kiezen om te

zwijgen. Gäfgen heeft tijdens het proces ook aangegeven zijn bekentenissen uit wroeging te hebben afgelegd en omdat hij zich wilde verontschuldigen voor zijn daden. Het kan dus niet gezegd worden dat die bekentenissen het resultaat waren van maatregelen die de kern raakten van zijn verdedigingsrechten.

Ook is Gäfgen voldoende in staat geweest om het gebruik van het gewraakte bewijs aan te vechten. Dit heeft immers geleid tot het uitsluiten van al zijn in het vooronderzoek afgelegde verklaringen. Het gebruik van het betrouwbare, 'harde' bewijs is door de feitenrechter uitvoerig gemotiveerd, waarbij alle relevante belangen zijn afgewogen.

Er is derhalve geen schending van artikel 6.

Commentaar

Het EHRM bewandelt een dunne lijn, waarbij de specifieke omstandigheden van deze zaak een belangrijke rol spelen bij de uiteindelijk gegeven beslissing. Het onderscheid dat het EHRM maakt tussen zaken waarin sprake was van marteling (per definitie geen eerlijk proces) en zaken waarin sprake was van mensonterende behandeling is op zich duidelijk. In het laatste geval kan nog steeds sprake zijn van een eerlijk proces. Uitsluiting van verklaringen die direct door de schending zijn verkregen zal in de regel moeten plaatsvinden maar het gebruik van 'verboden vruchten' wordt niet zonder meer van de hand gewezen. Hierbij steekt, in navolging van het *Jalloh*-arrest, de term 'real evidence' weer de kop op. Dit 'harde bewijs', waarvan de betrouwbaarheid in ieder geval *niet* afhankelijk is van de

wijze waarop (eventuele) verklaringen van de verdachte zijn verkregen, kan onder omstandigheden toch toegelaten worden, ook al is het in essentie een verboden vrucht omdat het bewijs afgeleid is van verklaringen die d.m.v. een schending van artikel 3 EVRM zijn verkregen. Het EHRM onderzoekt dan of de procedure in zijn geheel eerlijk is geweest, waarbij dan met name wordt gekeken naar de mogelijkheden die de verdediging heeft gekregen om het (gebruik van) het bewijs aan te vechten. Hierin is de benadering uit uitspraken als *Khan t. Engeland* (EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180 m.nt. Sch) met betrekking tot schending van artikel 8 EVRM herkenbaar. De betrouwbaarheid van het bewijs speelt een grote rol en een schending van een verdragsnorm impliceert niet altijd automatisch dat eveneens sprake is van een oneerlijk proces.

Het onbevredigende gevoel dat men na dergelijke uitspraken kan overhouden steekt ook hier enigszins de kop op, hoewel door de ernst van het gepleegde misdrijf een andere uitkomst ook lastig te verteren zou zijn geweest. Vandaar waarschijnlijk ook de alleszins milde straffen die de verantwoordelijke politiemedewerkers uiteindelijk opgelegd hebben gekregen.

De zaak heeft in Duitsland veel stof doen opwaaien en heeft ook de Nederlandse pers gehaald ('Duitsland debatteert over een 'beetje folteren'', *NRC Handelsblad* 26 februari 2003, p. 4). Ze doet enigszins denken aan de commotie omtrent de 'Zaanse verhoormethode' hier ten lande aan het eind van de vorige eeuw, maar een groot verschil is dat in die

zaken, ondanks de methode, uiteindelijk geen doorslaggevende beken- tenissen werden afgelegd, zodat sancties als bewijsuitsluiting ook niet voor de hand lagen (zie o.m. HR 22 september 1998, *NJ* 1999, 104, m.nt. JdH en EHRM 14 maart 2000, *NJB* 2000, p. 1070, nr. 20).

In een uitgebreidere context is Reijntjes in het afgelopen oktober- nummer van *Delikt en Delinkwent* ingegaan op deze materie (J.M. Reijntjes, 'De mythe van de in vrij- heid afgelegde verklaring', *DD* 2008, 64.), waarin ook dit arrest van het EHRM aan de orde komt. Ik ver- wijs hier graag naar en merk slechts nog op dat ik me er met Reijntjes over heb verbaasd dat in deze zaak niet (ook) langs de weg van schen- ding van het nemo tenetur-beginsel geprocedeerd is.

De uitspraak is ook gepubliceerd in EHRC 2008/09 m.nt. J. van der Velde.

JL

Artikel 6

EHRM 22 juli 2008, Panasenko t. Portugal

Er bestaat discussie over de juiste mate van verantwoordelijkheid die de verdediging, in het bijzonder de raadsman, in het Nederlandse straf- proces behoort te dragen in relatie tot de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie en de rechter voor de waarheidsvinding en voor de garanties van een eerlijk en behoorlijk strafproces (zie A.A. Franken, 'Traditionele waarden van de advocatuur en schuivende ver-

antwoordelijkheden voor de raadsman', *DD* 2007, 27).

Een eerste voorbeeld hiervan is het debat in de literatuur over de eisen die worden gesteld aan verweren en uitdrukkelijk onderbouwde standpunten die leiden tot een responsieplicht van de rechter (C.B. Veldman en E.F. Stamhuis, 'De verweren in de zin van ... Een tussenstand in de ontwikkeling van het responderen op verweren', *DD* 2008, 49). Als tweede voorbeeld wijs ik op een recent gewezen arrest van de Hoge Raad waarin hij stelt dat de verdediging de plicht heeft om het Hof te wijzen op de onjuistheid van een argument dat ten grondslag is gelegen aan de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen (HR 18 maart 2008, *NJ* 2008, 452). Ook die uitspraak roept vragen op over de verantwoordelijkheid van de rechter. In de opvatting van de Hoge Raad kan de raadsman, kort gezegd, niet 'nalaten' het Hof op de onjuistheid van het gegeven argument te wijzen en pas voor het eerst hierover klagen in cassatie, maar moet de raadsman op het eerst mogelijke moment ter zitting de feitenrechter zijn fout voorhouden. Zo waarschuwt Reijntjes in zijn noot onder bedoeld arrest dat de Hoge Raad wel eens de weg zou kunnen vrij maken voor een minder actieve rechter. 'Nalatigheid' van de raadsman – terwijl toch ook gesteld kan worden dat de rechter zich niet op foute argumenten kan verlaten – heeft zo repercussies voor de verdediging.

Deze discussie is interessant omdat de jurisprudentie indicatief kan zijn voor een mogelijke verschuiving van de posities van de procesdeelnemers

in het strafproces. Zo kan medeverantwoordelijkheid van de verdediging de terugtred van de actieve, niet-lijdelijke rechter opleveren.

De discussie heeft ook een andere kant. Er rijzen namelijk vragen over de wenselijke mate van verantwoordelijkheid van de verdediging en de daarbij eventueel passende plicht van de rechter om in te grijpen wanneer de verdachte geen adequate rechtsbijstand krijgt. Mag de verdachte de dupe worden van diens nalatige raadsman?

De relevantie van deze vraag blijkt ook uit een ander recent arrest van de Hoge Raad (HR 5 juni 2007, *NJ* 2007, 424). In bedoeld arrest stelt de Hoge Raad vast dat het Hof de zaak niet verder had mogen behandelen toen de verdachte zijn raadsman bij gelegenheid van het laatste woord had ontslagen en dus niet langer door een raadsman werd bijgestaan. Schalken schrijft mijns inziens terecht in zijn noot onder dit arrest dat het Hof in ieder geval de zaak had moeten aanhouden om de verdachte in de gelegenheid te stellen om zichzelf te verdedigen of om in gesprekken met een nieuwe raadsman zijn verdediging te voeren. Hieraan kan worden toegevoegd dat enig klagen van de verdachte genoeg lijkt, hij hoeft dat niet in 'relevante juridische termen' te doen.

Ook de Hoge Raad komt dus voor vragen te staan over de wenselijke mate van verantwoordelijkheid van de verdediging en de eventuele plicht van de rechter om ervoor zorg te dragen dat de verdachte daadwerkelijk adequate rechtsbijstand krijgt. Om deze reden is het van belang om te bezien of recente jurisprudentie van het EHRM inzicht

geeft in de ondergrens van de kwaliteit waaraan de door de raadsman gevoerde verdediging moet voldoen en de daaraan verbonden plicht van de rechter om in te grijpen wanneer de gevoerde verdediging daaraan niet voldoet. Over dat laatste gaat een recent arrest van het EHRM, Panasenکو t. Portugal, dat hieronder besproken zal worden.

Feiten

De klager in deze zaak is de Oekraïner Panasenکو die ervan wordt verdacht op 15 mei 2002 in Portugal, samen met een andere Oekraïner, een taxichauffeur te hebben bestolen en vermoord. Hij wordt in Portugal berecht en op 21 oktober 2002 in eerste aanleg veroordeeld tot 21 jaar gevangenisstraf. Nadat de inmiddels tweede toegevoegde raadsman de zaak zoals dat niet had behoren te gaan bij de Portugese cassatierechter aandiende en deze cassatierechter de zaak terecht terugwees naar het wel bevoegde gerechtshof van Guimarães, deed dat gerechtshof (in tweede aanleg) uitspraak op 19 mei 2003. Panasenکو klaagt erover bij het EHRM dat hij vanaf het moment van dat arrest van het gerechtshof van Guimarães van 19 mei 2003 geen effectieve rechtsbijstand heeft gehad. De feiten waren vanaf dat moment als volgt.

Op 20 mei 2003 werd het in het Portugees opgestelde arrest van dit gerechtshof van Guimarães aan de raadsman van Panasenکو toegezonden. Op 7 oktober 2003 verzocht deze (inmiddels tweede) raadsman uit zijn functie te worden ontheven. Op 23 oktober 2003 ontving Panasenکو zelf het in het Portugees opgestelde arrest van het gerechtshof van Gui-

marães. Daarna verzocht ook deze tweede raadsman om uit zijn functie te worden ontheven. Op 7 november 2003 kreeg Panasenکو een (toen al derde) raadsman toegevoegd. Vermoedelijk op het moment van de notificatie van de toevoeging van deze derde raadsman, schreef Panasenکو een brief aan de rechtbank (eerste aanleg) van Braga dat hij wederom geen contact kreeg met zijn toegevoegde raadsman en dat hij cassatie wilde instellen.

Op 8 januari 2004 machtigde Panasenکو een nieuwe raadsman. Deze raadsman stelde cassatie in. De cassatieschriftuur werd daarop, na enkele procedurele voorvallen, afgevoerd door de Portugese cassatierechter omdat deze te laat zou zijn ingediend. Panasenکو had binnen 15 dagen na de notificatie van het in het Portugees opgestelde arrest van het gerechtshof cassatie moeten instellen, dus uiterlijk op 23 oktober 2003.

Panasenکو dient daarop een klacht in bij het EHRM waarin hij aangeeft geen effectieve rechtsbijstand te hebben gehad tijdens cruciale procesmomenten, vanaf het uitgesproken arrest van het gerechtshof van Guimarães op 19 mei 2003. Daardoor heeft hij niet tijdig cassatie kunnen instellen en is hem de mogelijkheid ontnomen zijn veroordeling door de Portugese cassatierechter te doen controleren.

Oordeel EHRM

Het EHRM begint zijn beoordeling met een aantal algemene uitgangspunten. Zo stelt het vast dat het EVRM praktische en effectieve rechten beoogt te garanderen. Daarom wordt de enkele toevoeging

van een raadsman niet voldoende geacht ter verzekering van effectieve rechtsbijstand voor een verdachte. Het EHRM geeft echter ook aan dat de Staat niet de verplichting heeft om bij iedere onvolkomenheid van een toegevoegde raadsman in te grijpen. De onafhankelijkheid van de advocatuur ten opzichte van de Staat dwingt ertoe dat de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd in essentie aan de verdachte en de raadsman is. Dat geldt zowel voor een toegevoegde als voor een gekozen raadsman. Het recht op rechtsbijstand onder artikel 6 lid 3 sub c EVRM verplicht de bevoegde nationale autoriteiten niet om in te grijpen, tenzij de onbekwaamheid van de raadsman evident is ('manifeste') of wanneer de nationale autoriteiten hiervan afdoende op de hoogte worden gebracht (het EHRM verwijst naar *Czekalla t. Portugal*, nr. 38830/97, para. 60, CEDH 2002 VIII et *Sannino t. Italie*, nr. 30961/03, para. 49, CEDH 2006 VI).

Op grond van de feiten in deze zaak stelt het EHRM unaniem vast dat het recht van verdachte zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 sub c EVRM is geschonden. Panasenکو heeft vanaf het moment van het arrest van het gerechtshof d.d. 19 mei 2003 geen effectieve rechtsbijstand gehad. Dit was een cruciaal moment in de strafrechtelijke procedure, omdat Panasenکو hierdoor niet tijdig cassatie heeft kunnen instellen.

Hoewel Panasenکو in deze periode opeenvolgend twee raadslieden heeft gehad, meent het EHRM dat niet kan worden gezegd dat deze advocaten ook maar een enkele activiteit hebben verricht die als deug-

delijke rechtsbijstand kan worden aangemerkt ('n'ont pris aucune mesure en qualité de conseils afin de véritablement « assister » l'accusé'). Panasenکو heeft op het moment dat deze onbekwaamheid van zijn raadslieden hem duidelijk werd – zij het dat hij het bij de verkeerde rechterlijke instantie aanbracht – de rechtbank (eerste aanleg) van Braga op de hoogte gesteld. De daartoe wel bevoegde rechters hebben echter geen gevolg gegeven aan deze melding. De rechter-rapporteur ('juge rapporteur') van het gerechtshof van Guimarães gaf enkel aan dat hij geen beslissing moest nemen, omdat het arrest van het gerechtshof toen al in kracht van gewijsde was gegaan. Ook de Portugese cassatierechter heeft deze onvolkomenheden niet gecompenseerd omdat hij slechts stelde dat de cassatiemiddelen te laat waren ingediend. Het EHRM brengt in herinnering dat het hier om een buitenlandse verdachte ging die de taal waarin de procedure werd gevoerd mogelijk niet machtig was en dat Panasenکو te horen had gekregen dat hij een lange gevangenisstraf zou moeten ondergaan (het EHRM verwijst weer naar *Czekalla*, ditmaal par. 65).

Onder deze omstandigheden hebben de competente juridische bevoegde autoriteiten een positieve verplichting om te verzekeren dat de praktische en effectieve verdedigingsrechten van de verdachte worden gewaarborgd. Dat houdt tevens in dat de verdachte moet kunnen laten controleren of hij op juiste gronden is veroordeeld wanneer hij geen effectieve rechtsbijstand heeft gehad.

Het EHRM beslist daarom unaniem dat een schending van artikel 6 paragrafen 1 en 3 sub c EVRM heeft plaatsgevonden. Overigens stelt het EHRM daarop bij de bepaling van de schadevergoeding vast dat een nieuw strafproces of een herziening de schendingen zal kunnen repareren.

Commentaar

Het EHRM laat nogmaals zien dat het EVRM de rechter niet verplicht om in te grijpen in de rechtsbijstand die door een raadsman wordt gegeven, tenzij de onbekwaamheid van de raadsman hem blijkt of hij hiervan anderszins afdoende wordt geïnformeerd. Dit leidt echter niet zonder meer tot de conclusie dat het 'al erg bar' moet zijn wil er sprake zijn van een ontoereikende verdediging, zoals A-G Machielse vooronderstelt in het hierboven aangehaalde Nederlandse arrest dat handelde over het ontslag van de raadsman door de verdachte bij gelegenheid van diens laatste woord.

A-G Machielse kon zich, in tegenstelling tot de Hoge Raad, namelijk wel vinden in de visie van het Hof dat het pleidooi 'niet in alle opzichten ongebruikelijk' was en dat het Hof het uitgangspunt kon hanteren dat het pleidooi van de raadsman in beginsel het standpunt van de verdachte weergeeft, tenzij het tegendeel blijkt. Zijn zware maatstaf voor een actieve opstelling van de rechter bij een ontoereikende verdediging die 'al erg bar' moet zijn, baseert A-G Machielse op EHRM-jurisprudentie. Hij concludeert dat de rechter moet ingrijpen '(a)lleen wanneer de advocaat het laat afweten waardoor de verdachte niet eens de gele-

genheid krijgt aan zijn advocaat zijn mening voor te leggen' (onder 3.3). Hij neemt de stelling in dat '(d)e consequentie is dat de eventuele nadelige gevolgen van de nalatigheid van de advocaat of van een gekozen verdedigingsstrategie door de verdachte maar moeten worden gedragen.'

De uitspraak in *Panasenko t. Portugal* lijkt deze verregaande conclusie van A-G Machielse onder omstandigheden niet te dragen. Het EHRM stelt namelijk wel degelijk dat de rechter zich actief moet opstellen (hier: van het Portugese gerechtshof en van de Portugese cassatierechter) en vermeldt ook expliciet dat de rechters het falen van de raadslieden hadden moeten compenseren (Het EHRM kwam eerder al tot een soortgelijke conclusie in de zaak *Bocos Cuesta t. Nederland* (EHRM 10 november 2005, *NJ* 2006, 239 m.nt. Sch) waarin de rechter gehouden werd om te onderzoeken of de verdachte wel ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn verzoek tot het horen van getuigen toen bleek dat er een discrepantie betond tussen de proceshouding van de verdachte en hetgeen diens raadsman op zitting mededeelde. Ook in *Hermi* verduidelijkt het EHRM dat de rechter de plicht heeft om de effectiviteit van de verdediging voor de verdachte te garanderen zelfs wanneer de verdachte de bevoegde autoriteiten niet op de hoogte heeft gebracht en ook niet zelf contact heeft opgenomen met zijn raadsman (para. 268) (*Hermi t. Italië*, EHRM 18 oktober 2006, *EHRC* 2007, 4 en ook *Daud t. Portugal* (EHRM 21 april 1998, nr. 22600/93)).

Een discussie over de vrijheid van de verdediging en het daarvoor mogelijke noodzakelijke uitblijven van inmenging door de rechter in geval van ontoereikendheid van die verdediging blijft ook na dit arrest noodzakelijk. Bovendien blijft onbeslist of rechterlijke inmenging in geval van een ontoereikende verdediging ook ingrijpen in de wijze waarop de raadsman de belangen van de verdachte behartigt, rechtvaardigt. Maar *Panasenko t. Portugal* biedt wel interessante nieuwe uitgangspunten voor de discussie over de verantwoordelijkheden van de verschillende procesdeelnemers in het Nederlandse strafproces met betrekking tot de waarheidsvinding en de garanties van een eerlijk en behoorlijk strafproces. (In deze discussie kan overigens de volgende literatuur interessant zijn: het artikel van Jackson waarin hij een 'participatoir' model verwoordt dat het EHRM zou voorstaan waarin alle actoren zich actief zouden moeten opstellen en de actieve opstelling van de rechter dan ook niet slechts afhankelijk kan zijn van de opstelling van de partijen en het artikel van Kwakman waarin hij de nadruk legt op de actieve opstelling van de rechter, ongeacht de proceshouding van de verdachte, in het Nederlandse strafproces dat zijns inziens een 'derde weg' moet inslaan (J.D. Jackson, 'The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?', *Modern Law Review* 2005, p. 737-764, resp. N.J.M. Kwakman, 'De derde weg. Naar maximale onzekerheidsreductie in de materiële waarheidsvinding

met behulp van deskundigenbewijs', *Trema* 2008, p. 357-362.)).

JCvV

EHRM 12 juni 2008, Elezi t. Duitsland

In deze zaak draait het om de vraag in welke omstandigheden aan lekenrechters inzage in processtukken kan worden verschaft, zonder daarmee hun onpartijdigheid in de zin van artikel 6 EVRM aan te tasten. In de Duitse rechtswetenschappelijke literatuur en de rechtspraak woedt een discussie over de vraag hoe kennisneming van stukken door de lekenrechters zich verhoudt tot het beginsel van mondelinge en onmiddellijke procesvoering.

Feiten

Klager in kwestie stond, evenals zijn zuster, terecht voor de Berlijnse rechtbank terzake van mensensmokkel; de strafkamer was samengesteld uit drie professionele rechters en twee lekenrechters. Aangezien zijn zuster bekende, werd haar strafzaak afgesplitst van de zaak tegen klager. De kamer hield in dezelfde samenstelling beide zaken onder zich. Tijdens het proces tegen de zuster werd besloten de lekenrechters inzage te geven in de uitvoerige uiteenzetting van de resultaten van het vooronderzoek door de aanklager, onderdeel van de Anklagesatz, aangezien de bekende zuster zich goeddeels daaraan refereerde. Aldus kregen de lekenrechters inzage in de resultaten van het vooronderzoek dat ook tegen klager was uitgevoerd. Om te verze-

keren dat lekenrechters hun oordeel uitsluitend baseren op de bewijsvoering ter zitting, is kennisneming van de in de aanklacht samengevatte resultaten van het vooronderzoek ingevolge vaste jurisprudentie en richtlijnen verboden. Klager diende een verzoek tot wraking van de lekenrechters in; de lekenrechters schreven daarop een brief waarin zij aangaven zich bewust te zijn dat de inhoud van de stukken alleen de visie van de aanklager betrof en dat hun oordeel alleen op het onderzoek van de terechtzitting zou mogen worden gebaseerd. Het wrakingsverzoek werd door de professionele rechters uit de strafkamer verworpen, met verwijzing naar de discussie in wetenschap en rechtspraak omtrent dit vraagstuk, waarin een trend naar gelijkstelling van professionele en lekenrechters is te bespeuren, en op basis van de brief van de lekenrechters. Beroep tegen de afwijzing bij het Bundesgerichtshof en vervolgens bij het Bundesverfassungsgericht faalde eveneens.

Beoordeling EHRM

Het EHRM beoordeelt de klacht op basis van twee criteria: kan de beslissing om de lekenrechters in de zaak tegen de zuster inzage te geven in de beschrijving van de resultaten van het vooronderzoek, worden gebillijkt; en is de vrees van klager dat de lekenrechters door deze inzage aan het begin van zijn proces reeds een opvatting over zijn schuld hadden, objectief gerechtvaardigd? Het verschaffen van inzage in de volledige Anklagesatz acht het EHRM niet ongerechtvaardigd; de bekentenis van de zuster bestond in verwijzing naar de omschrijving in de Anklage-

satz, de omvang van de bekentenis moest derhalve worden opgehelderd. Dat dit niet gebeurde door de desbetreffende onderdelen van de Anklagesatz voor te lezen op de zitting, maar door de lekenrechters deze zelf te laten lezen, acht het EHRM kennelijk weinig problematisch. In de tweede plaats verwijst het EHRM naar zijn vaste jurisprudentie: het vooraf en detail kennisnemen van het dossier door de rechter levert op zichzelf geen problemen op met de onpartijdigheidseis. Het Hof ziet bovendien voldoende waarborgen aanwezig voor de onpartijdigheid van de lekenrechters: zij zijn voorafgaand aan de inzage voorgelicht door de voorzitter van de rechtbank, ze hebben zelf aangegeven te begrijpen waarop zijn hun oordeel moesten baseren en na de inzage zijn nog 20 zittingsdagen gevolgd waarop bewijsmateriaal naar voren is gebracht. De onpartijdigheidseis van artikel 6 lid 1 EVRM is derhalve niet geschonden. Wie bij lezing van de feiten een andere conclusie had verwacht, leze rechtsoverweging 52: de klacht over de (on)partijdigheid was niet gebaseerd op de eerdere veroordeling van een medepleger...

LvL

EHRM 1 juli 2008, Malinas t. Litouwen

Hier veroordeelt het EHRM de werkwijze rondom een pseudo-koop van drugs door een infiltrant. In de uitspraak wordt uitvoering gegeven aan de criteria die het EHRM eerder dit jaar in het arrest *Ramanaus-*

kas t. Litouwen (EHRM (GC) 5 februari 2008, NJ 2008, 499 m.nt. T. Schalken; EHRC 2008, 51 m.nt. T. Spronken) uiteen had gezet. Er wordt zwaar getild aan de eis dat vóór het inzetten van een pseudo-koper moet worden vastgesteld of er feitelijke aanwijzingen zijn dat de verdachte zich bezighoudt met het plegen van (gelijksoortige) strafbare feiten. De Litouwse autoriteiten hebben dit op geen enkele manier aannemelijk gemaakt. Daarbij speelt ook een rol dat een deel van het dossier waarin verslag wordt gedaan van de aanleiding van de pseudo-koop en de uitvoering daarvan uit het dossier is gehouden om onderzoekstactieken en de identiteit van de betrokken politiemedewerkers af te schermen.

Daarnaast wordt door het EHRM benadrukt dat bij een pseudo-koop aansluiting gezocht moet worden bij een reeds begonnen strafbaar feit, de pseudo-koper mag het feit niet instigeren. In casu was er geen aanwijzing dat Malininas reeds drugs aan het verkopen was. De gevolgde werkwijze (vraag van de pseudo-koper aan Malininas of hij enig idee had waar hij bepaalde drugs kon kopen waarop de transactie volgde) wordt door het EHRM derhalve als uitlokking gekarakteriseerd. Daardoor is er geen sprake van een eerlijk proces.

Overigens wordt het in deze uitspraak niet meer met zoveel worden gezegd, maar in het *Ramanauskas*-arrest wel: al het bewijs dat door uitlokking van een misdrijf door de politie wordt vergaard moet worden uitgesloten (par. 60). Zagen we hierboven bij het *Gäfgen*-arrest nog dat het EHRM zich niet snel speci-

fiek zal uitlaten over bewijsuitsluiting, als het gaat over ‘agents provocateurs’, is het uitzonderlijk stellig (meer hierover in de noot van Schalken bij het *Ramanauskas*-arrest).

Het arrest is ook gepubliceerd in *EHRC* 2008, 101.

JL

EHRM 22 juli 2008, Hannu Lehtinen t. Finland en Kallio t. Finland

Deze arresten werpen iets meer licht op de vraag hoe het arrest *Jussila t. Finland* (EHRM (GC) 23 november 2006, *EHRC* 2007, 31 m. nt. Albers) moet worden geïnterpreteerd. In die uitspraak werd uitgemaakt dat het opleggen van een tamelijk geringe administratieve boete (verhoging) op zich een criminal charge vormt, maar dat er niet gesproken kan worden van ‘hard-core’ strafrecht waardoor de waarborgen van artikel 6 EVRM niet even stringent hoeven te gelden. Dat *Jussila* niet in de gelegenheid was gesteld om een inspecteur van de belastingdienst in levenden lijve te ondervragen met betrekking tot het door die inspecteur vastgestelde belastingrapport leverde toen geen schending op van artikel 6 EVRM (mede omdat een belangrijk deel van hetgeen *Jussila* wilde bestrijden betrekking had op de vaststelling van de belasting-schuld, wat als zodanig niet onder artikel 6 EVRM valt). Hannu Lehtinen en Kallio wilden echter getuigen horen die konden vertellen op welke wijze bepaalde gebeurtenissen hadden plaatsgevonden, welke informatie relevant was voor het

vaststellen van de feiten waarop de beslissing om een zogenaamde verhoging op te leggen berustte. Daartoe werden zij echter niet in de gelegenheid gesteld. Het EHRM stelt dat het op zich vaak efficiënter zal zijn om het onderzoeken en vaststellen van feiten met betrekking tot belastingzaken op papier te doen. Nu het echter (mede) ging om het beoordelen van de geloofwaardigheid van bepaalde getuigen, had de Finse rechter klagers in de gelegenheid moeten stellen om deze getuigen te horen. Er wordt dus een schending van artikel 6 aangenomen, ofschoon het ook hier om relatief lage boetes ging. De angst dat bepaalde rechten uit artikel 6 EVRM in 'flutzaken' illusoir zou worden is misschien door deze arresten enigszins weggenomen. Het EHRM lijkt, ongeacht de 'omvang' van de criminal charge, te blijven toetsen met welk doel iemand een beroep doet op een van de verdedigingsrechten zoals omschreven in artikel 6 EVRM.

JL

Artikel 8

EHRM 1 juli 2008, Liberty e.a. t. Verenigd Koninkrijk

Het arrest in de zaak van *Liberty e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk* biedt een mooi resumé van de Straatsburgse eisen van strafvorderlijke legaliteit. Het EHRM herhaalt zijn uiteenzetting omtrent de betekenis van de eis van voorzienbaarheid bij geheime opsporingsmethoden en – de kwestie in deze zaak – welke be-

voegdheden, omstandigheden en procedures in toegankelijke en duidelijke regelgeving moeten worden neergelegd. Toch is het ook een didactisch arrest, aangezien het EHRM uitdrukkelijk het standpunt inneemt dat de eisen van 'accessibility' en 'foreseeability' in gelijke mate opgaan bij het beluisteren en opnemen van communicatie tussen specifieke individuen en bij algemeen, niet op een individueel geval gericht, toezicht waarbij communicatie wordt onderschept (in casu ging het om de bevoegdheid van de veiligheidsdienst alle telecommunicatie van en naar het buitenland op te nemen). Het EHRM maakt, met behulp van het contrast van de onderhavige zaak met de recente Duitse zaken *Weber* en *Saravia* (ontvankelijkheidsbeslissingen), duidelijk dat het bescherming van de nationale veiligheid compatibel acht met de eis dat de procedure inzake onderzoek, gebruik en bewaring van onderschepte communicatie moet worden neergelegd in regelgeving die voor een ieder kenbaar en controleerbaar is.

Het arrest is ook gepubliceerd in *EHRC* 2008, 100 met een korte noot van Van der Velde.

LvL

Artikel 10

EHRM 17 juli 2008, Riolo t. Italië* ***EHRM 8 juli 2008, Backes t. Luxemburg**

In deze zaken gaat het om een (civielrechtelijke resp. strafrechtelijke) veroordeling van een publicist voor

het doen van defamerende uitslatingen aan het adres van een politicus resp. een advocaat. In beide zaken bestond de defamatie in de suggestie dat de betreffende persoon een 'maffiamaatje' zou zijn. In *Backes* komt het EHRM niet tot een schending van artikel 10 EVRM. In deze zaak gaat het om een voetnoot in een boek over misstanden in de financiële wereld, waarin stond dat de advocaat ervan verdacht werd banden te onderhouden met de georganiseerde misdaad in de VS. Klager is er niet in geslaagd voldoende feitelijke ondergrond aan te dragen voor de opmerking; de boete was niet substantieel.

In de zaak *Riolo* wordt artikel 10 EVRM wel geschonden geacht. De kritiek die politicoloog Riolo in een artikel uitte, richtte zich op de dubbelrol van ene Musotto, destijds zowel raadsman van een van de verdachten van de moord op de beroemde rechter en maffiabestrijder Falcone, als president van de provincie Palermo. De provincie stond voor de vraag zich al dan niet als civiele partij te voegen in het strafproces inzake de Falcone-moord. De zaak is interessant vanwege de afwegingen van het EHRM omtrent de bewoordingen van het artikel in kwestie. Het EHRM benadrukt dat politici scherpe kritiek moeten kunnen dulden, maar niettemin bescherming ontfangen aan de onschuldpresumptie; volledig ongefundeerde beschuldigingen zijn dan ook uit den boze. Het EHRM oordeelt het artikel anders dan de Italiaanse rechters: nergens in de tekst staan uitslatingen 'implicante overtuiging' dat Musotto strafbare feiten heeft gepleegd of de belangen van

de maffia behartigt. De op punten ironische toonzetting van het artikel valt onder de bescherming van de journalistieke provocatie, en maakt de bewoordingen niet onnodig grievend.

LvL

Jill Coster van Voorhout, Leonie van Lent en Joep Lindeman