

Rechtspraak EHRM

DD 2016/13

In deze rubriek worden twee uitspraken besproken die van belang zijn voor twee *never-ending stories* van het Nederlandse strafprocesrecht: het horen van getuigen en de raadsman bij het politieverhoor. In de hieronder als eerste besproken uitspraak in *Schatschaschwili tegen Duitsland* worden deze twee onderwerpen bovendien met elkaar verbonden.

Als eerst wordt dus hieronder het arrest van de Grote Kamer in de zaak *Schatschaschwili tegen Duitsland* (15 december 2015), besproken, over het recht om getuigen te ondervragen op basis van artikel 6 lid 3 EVRM. Wij bespraken en becommentarieerden het eerdere arrest van 17 april 2014 reeds uitvoerig in deze rubriek (DD 2014/69) en gaven daarbij aan dat de zaak was voorgelegd aan de Grote Kamer.

De tweede hieronder besproken zaak is *Dvorski tegen Kroatië* van 20 oktober 2015, eveneens een arrest van de Grote Kamer. Sinds het arrest van 22 december 2015, waarin de Hoge Raad de regels omtrent de toegang van de raadsman bij het politieverhoor heeft aangescherpt, staat dit onderwerp weer volop in de belangstelling. Ook in Straatsburg ontwikkelt de 'Salduz'-jurisprudentie zich gestaag verder; in *Dvorski tegen Kroatië* zet de *Grand Chamber* nog maar eens de regels omtrent het recht op toegang tot een raadsman uiteen. Gezien de actuele ontwikkelingen in Nederland en de implementatie van het recht op een raadsman bij het politieverhoor is het daarom aangewezen deze uitspraak nader te bekijken.

Schatschaschwili tegen Duitsland, Grote Kamer, 15 december 2015, appl. no. 9154/10

Feiten

De feiten van deze zaak zijn reeds uitvoerig aan de orde gekomen in onze bespreking

van het eerdere arrest van de Vijfde Kamer van het Hof (zie DD 2014/69), maar voor een goed begrip van de uitspraak en de vraagpunten die deze oproept, is het noodzakelijk de feiten hier nogmaals, en zelfs op punten uitvoeriger, uiteen te zetten.

De klacht gaat over één van de twee veroordelingen van klager ter zake van diefstal met geweld en afpersing. De eerste veroordeling, waartegen de klacht niet is gericht, betrof de overval van klager en een mededader op twee Litouwse prostituees in hun appartement in Kassel; onder bedreiging van een pistool dwongen zij de vrouwen tot de afgifte van geld en telefoons. Een half jaar later speelde zich iets vergelijkbaars af in Göttingen, in een appartement van twee andere prostituees. Klager en een mededader deden zich voor als klanten en kwamen zo het appartement binnen, waarop de mededader een mes liet zien; daarop ontsnapte een van de bewoonsters door van het balkon op straat te springen en ging klager haar (vergeefs) achterna. In de tussentijd maakte de mededader de achtergebleven bewoonster onder bedreiging met het mes geld en telefoons afhandig. De twee slachtoffers P. en O., van Letse komaf, verbleven vervolgens enige dagen bij hun vriendin L., die een van de slachtoffers was in de zaak die zich in Kassel had afgespeeld. Deze L. was degene die de politie inschakelde; vervolgens legden P. en O. bij de politie meerdere verklaringen af. Aangezien zij de politie te kennen hadden gegeven op korte termijn naar Letland te willen terugkeren, verzocht de aanklager de onderzoeksrechter de getuigen te horen teneinde van hen een waarheidsgetrouwe, 'im späteren Hauptverfahren verwertbare' verklaring te krijgen. Klager, die op dat moment nog niet wist van het opsporingsonderzoek, was van dit verhoor niet op de hoogte gesteld. Ofschoon de wet aanklager, verdachte en raadsman het recht toekent aanwezig te zijn bij een getuigenverhoor door de onderzoeksrechter en zij daarvan dus ook in kennis moeten worden gesteld, had de onderzoeksrechter gebruikgemaakt

van de wettelijke uitzondering daarop. Hij gaf aan dat P. en O. erg waren aangedaan door het gebeurde en dat hij vreesde dat zij in klagers bijzijn niet naar waarheid zouden verklaren. Korte tijd daarna vertrokken de beide vrouwen inderdaad naar Letland. De rechtbank in Göttingen riep hen op ter zitting te verschijnen, maar de vrouwen weigerden en legden medische rapporten over, waarin hun post-traumatische problemen werden omschreven. Ook de nadere oproeping waarin de rechtbank aangaf dat de getuigen bescherming zouden krijgen en het voorstel van de rechtbank om hen via een videoverbinding te horen, wezen zij af. De rechtbank riep vervolgens de hulp in van de Letse autoriteiten op grond van het Europees Verdrag aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken en het EU-rechtshulpverdrag. De hoorzitting georganiseerd door een Letse rechtbank om P. en O. als getuigen te horen werd echter afgebroken door de voorzitter die op grond van de door de vrouwen aangedragen medische dossiers meende dat een confrontatie met de gebeurtenissen van weleer hun conditie zou verslechteren. De Duitse rechtbank gaf daarop aan dat de weigering van P. en O. naar Duits recht onvoldoende onderbouwd was en verzocht de Letse justitiële autoriteiten om de getuigen opnieuw door een arts te laten onderzoeken of dwangmiddelen aan te wenden. Deze Duitse verzoeken bleven onbeantwoord. Daarop concludeerde de Rechtbank Göttingen dat haar niet meer mogelijkheden ter beschikking stonden om de getuigen binnen afzienbare termijn te (laten) horen en besloot zij – ook verwijzend naar het feit dat klager zich al geruime tijd in voorlopige hechtenis bevond – de verklaringen van de twee dames bij de politie en de rechter-commissaris ter terechtzitting te laten voorlezen.

In een uitvoerig vonnis (152 pagina's), waarbij klager werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van negen jaar en zes maanden ter zake van gekwalificeerde afpersing en be-roving in Kassel en in Göttingen, zette de rechtbank vervolgens uiteen waarom het

proces, ondanks de beperkingen voor de verdediging wat betreft het horen van de getuigen over de zaak in Göttingen, eerlijk was en voldeed aan de vereisten van artikel 6 lid 3 onder d EVRM. De rechtbank baseerde haar veroordeling in het bijzonder op de verklaringen van P. en O., als 'massgebliche Belastungszeuginnen'. De rechtbank gaf aan zich bewust te zijn van de beperkte bewijswaarde van de verklaringen van de getuigen P. en O. afgelegd in het vooronderzoek en nam in haar overwegingen mee dat klager noch een raadsman namens hem in enig stadium in de procedure de gelegenheid had gehad de enige ooggetuigen te ondervragen. Het gebruik van deze verklaringen onderbouwde de rechtbank met verwijzing naar het feit dat deze gedetailleerd en coherent waren en naar het feit dat de getuigen klager op foto's niet hadden herkend – daaruit werd afgeleid dat zij er niet op uit waren hem te belasten. Voorts verwees de rechtbank naar het aanvullende bewijs dat zij tot haar beschikking had. Dat waren ten eerste de verklaringen van de getuigen aan wie P. en O. hun verhaal hadden gedaan – de buurvrouw en hun vriendin L. De rechtbank vermeldde zoveel mogelijk getuigen die met de twee ooggetuigen in aanraking zijn geweest waaronder ook de politieagenten en de onderzoeksrechter, ter zitting te hebben gehoord teneinde de geloofwaardigheid van de slachtoffers te kunnen verifiëren. Het verhaal dat de vriendin en de buurvrouw zeiden van P. en O. te hebben gehoord, kwam overeen met hetgeen P. en O. in hun verklaringen tijdens het vooronderzoek hadden verteld, hetgeen volgens de rechtbank een sterke indicatie opleverde voor hun betrouwbaarheid en de waarachtigheid van hun verklaringen. Voorts gaf de rechtbank aan dat zij ook ander ondersteunend bewijs ter beschikking had, namelijk gegevens verkregen door een telefoontap en GPS. Daaruit bleek dat klager in het appartement was op het tijdstip van de overval, dat hij van het balkon was gesprongen om een van de dames achterna te gaan en dat de auto van een van de mededaders vlakbij

het appartement geparkeerd stond ten tijde van de overval. Bovendien heeft klager, na zijn aanwezigheid eerst te hebben ontkend, ter zitting bevestigd dat hij aanwezig was in het appartement ten tijde van de overval (naar eigen zeggen voor prostituee-bezoek) en hij de bewoonster die van het balkon was gesprongen, achterna was gegaan (naar eigen zeggen omdat hij vreesde in de problemen te komen zoals eerder in Kassel). Het bewijs, in zijn geheel bekeken, leverde volgens de rechtbank een coherent en volledig beeld op dat het verhaal van P. en O. bevestigde en dat van klager en zijn mededader ontkrachtte.

Klager stelde vervolgens tevergeefs beroep in bij het *Bundesgerichtshof*. Het *Bundesgerichtshof* verwees naar het advies van de procureur-generaal, waarin werd aangegeven dat de verklaringen van P. en O. het enige noch het beslissende bewijs waren, aangezien er belangrijk ander bewijs was, en dat het niet te voorzien was dat de getuigen, die volledige medewerking hadden verleend bij het horen in het vooronderzoek, niet langer beschikbaar zouden zijn om ter zitting te worden gehoord. Het daarop volgende beroep bij het *Bundesverfassungsgericht* werd niet-ontvankelijk verklaard.

Beoordeling door het EHRM

In het arrest wordt uiteraard eerst de beoordeling door de Vijfde Kamer zoals neergelegd in het arrest van 17 april 2014 kort weergegeven. (Een uitvoerige uiteenzetting daarvan is te vinden in onze rubriek *DD 2014/69*.) De Vijfde Kamer oordeelt ten eerste dat, gelet op de inspanningen van de rechtbank om de getuigen te laten horen, het de rechtbank niet verweten kan worden dat dit niet is gelukt en dat er dus sprake was van een 'goede reden' voor het niet horen van de getuigen ter zitting. Voorts geeft de kamer aan dat de verklaringen van P. en O. dan wellicht niet het enige of beslissende bewijs waren, maar wel duidelijk van aanzienlijke betekenis waren ('carried considerable weight') voor de vaststelling van klagers schuld. Tot slot meent de kamer dat

er voldoende compenserende factoren aanwezig waren. De Duitse autoriteiten zouden hebben voldaan aan de procedurele waarborgen die de nationale regeling kent: het was gerechtvaardigd conform de wettelijke regeling uitzondering te maken op het recht van klager als verdachte geïnformeerd te worden over het verhoor van de getuigen door de onderzoeksrechter en daarbij aanwezig te zijn, op grond van de vrees dat de verdachten de getuigen onder druk zouden zetten. Ook verwijst de Kamer naar de opmerking van de Duitse regering dat het niet voorzienbaar was dat de getuigen zouden weigeren ter zitting te verklaren. Bovendien meent de kamer dat de rechtbank de verklaringen van O. en P. grondig heeft beoordeeld in het licht van het ondersteunend bewijs: er is mede gekeken naar de verklaringen van de getuigen die door P. en O. direct na de overval werden ingelicht, de verklaringen van O. en P. bleken coherent, en er was ondersteunend bewijs uit telefoontaps en GPS-observatie en in de vorm van klagers erkenning dat hij aanwezig was in het appartement van de slachtoffers ten tijde van de overval. De overeenkomsten tussen de delicten gepleegd in Kassel en in Göttingen waren volgens de kamer een verdere ondersteuning van de beslissing van de Duitse rechter.

De Grote Kamer komt nu tot een andere beoordeling van de zaak en oordeelt (met negen stemmen tegen acht) dat er een schending heeft plaatsgevonden van artikel 6 lid 3 onder d jo. artikel 6 lid 1 EVRM. Het is voor begrip van de beoordeling door de Grote Kamer van belang de standpunten van de partijen voor ogen te hebben.

De klager stelt dat de Duitse rechter nog verder had kunnen gaan in zijn pogingen de Letse autoriteiten te bewegen het verhoor van P. en O. mogelijk te maken, bijvoorbeeld door aan te sturen op politieke onderhandelingen. Voorts stelt hij dat de verklaringen van P. en O. 'decisive' waren. Ten slotte stelt hij dat er onvoldoende compensatie was geboden. Daarbij richt hij zijn pijlen vooral op het feit dat hij niet in kennis was gesteld

van en niet uitgenodigd voor het getuigenverhoor door de onderzoeksrechter en op het feit dat hem voor het verhoor in kwestie geen raadsman was toegewezen. Verder geeft hij aan dat het getuigenverhoor bij de onderzoeksrechter na verhoren van de getuige(n) bij de politie in de praktijk alleen gebeurt als men bang is dat anders bewijs verloren zal gaan. Dat laat enerzijds het belang van de aanwezigheid van klager en/of zijn raadsman daarbij zien, anderzijds blijkt uit het feit dat het verloren gaan van het bewijs aan de orde was, dat het wel degelijk voorzienbaar was dat de dames niet nog ter zitting zouden komen verklaren.

De Duitse regering treedt in zekere zin in de voetsporen van de Britse regering, die in *Al-Khawaja & Tahery* en *Horncastle* succesvol was in het aansturen op een erkenning door het EHRM van de waarde van de specifieke waarborgen gelegen in het karakter van het nationale strafproces (zie *DD* 2012, afl. 3 en *DD* 2015/20). De Duitse regering beoogt dat de bevindingen van het EHRM in *Al-Khawaja & Tahery* op een flexibele manier zouden moeten worden toegepast op continentale systemen: er zou meer ruimte voor uitzonderingen op het principe van getuigenverhoor ter zitting moeten zijn in continentale systemen zoals het Duitse, die zich in hogere mate verlaten op professionele rechters met ervaring in de evaluatie van de betrouwbaarheid van het bewijs en die de rechterlijke beoordeling veel transparanter maken in de vorm van motivering van de gerechtelijke uitspraken.

Ook de Tsjechische regering, die als 'third-party intervener' optreedt, stelt dat de principes over de toelaatbaarheid van bewijs van niet-aanwezige getuigen, ontwikkeld als deze zijn in de context van een *common law*-systeem, niet geheel van toepassing zijn op continentale systemen. Het EHRM zou daarom de specifieke kenmerken van het systeem in zijn beoordeling mee moeten nemen. Dat betekent volgens de Tsjechen dat, voordat wordt beoordeeld of er goede redenen zijn het bewijs van een afwezige getuige toe te laten, eerst zou

moeten worden beoordeeld of dit bewijs de enige of doorslaggevende grondslag van de veroordeling vormt. Als de getuigenverklaring niet doorslaggevend is, zou het immers niet nodig zijn aan te tonen dat er een goede reden was om de verdediging de getuige niet te laten horen. De Tsjechische regering vraagt het EHRM om de principes van *Al-Khawaja* te verduidelijken en te verfijnen; de flexibele benadering waartoe het EHRM besloot in *Al-Khawaja* heeft zijn jurisprudentie namelijk minder voorspelbaar gemaakt. Het EHRM zou zich moeten uitlaten over de vraag of *impossibilium nulla obligatio* inderdaad geldt, of de gedetailleerde Straatburgse analyses van het belang van het bewijs niet in conflict komen met de eigen taak van de nationale gerechten de bewijswaarde van een getuigenverklaring te beoordelen en 's Hofs (geen) vierde-instantiedoctrine, en zou duidelijkheid moeten verschaffen over welke compenserende factoren voldoende kunnen worden geacht. De Grote Kamer vermeldt dat de principes die van toepassing zijn op zaken waarin een getuige à charge niet ter zitting aanwezig is en diens eerder afgelegde verklaringen worden toegelaten als bewijs, door de Grote Kamer zijn samengevat en verfijnd in *Al-Khawaja & Tahery* (zie *DD* 2012, afl. 3). Artikel 6 lid 3 onder d EVRM behelst het beginsel dat, alvorens tot een veroordeling kan worden gekomen, al het bewijs tegen de verdachte normaliter op de zitting in het bijzijn van de verdachte naar voren moet worden gebracht met het oog op tegenspraak. 'In that context', zo vervolgt de Grote Kamer met de bekende overwegingen uit *Salduz tegen Turkije*, moet worden gewezen op het belang van de opsporingsfase voor de voorbereiding van het proces; het in die fase verzamelde bewijs bepaalt immers het raamwerk waarbinnen het strafbare feit wordt beoordeeld tijdens de zitting. Ook al is het eerste doel van artikel 6 EVRM het verzekeren van een eerlijk proces voor een rechtbank bevoegd te beslissen over de *criminal charge*, dat betekent niet dat artikel 6 EVRM geen toepassing heeft op het voor-

onderzoek. Derhalve kan artikel 6, vooral lid 3 daarvan, ook relevant zijn voordat een zaak wordt berecht, indien en voor zover de eerlijkheid van het proces ernstig kan worden aangetast door een voorafgaand nalaten te voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM. Niettemin, zo herhaalt het EHRM vervolgens, is het gebruik van verklaringen verkregen in de fase van het politieonderzoek en het gerechtelijk onderzoek niet op zichzelf in strijd met artikel 6 lid 1 en lid 3 onder d EVRM, zolang de rechten van de verdediging zijn verzekerd. Als regel is vereist dat de verdachte een 'adequate and proper opportunity' krijgt om de getuige à charge te ondervragen en diens verklaring te betwisten, hetzij op het moment dat die verklaring wordt afgelegd, hetzij in een later stadium. In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het EHRM geoordeeld dat het gebruik voor het bewijs van een verklaring van een getuige die niet aanwezig was ter zitting en wiens verklaring afgelegd tijdens het vooronderzoek het enige of beslissende bewijs was tegen de verdachte, niet automatisch een schending van artikel 6 lid 1 EVRM oplevert. Een inflexibele toepassing van de zogenaamde 'sole or decisive rule' zou immers haaks staan op de traditionele benadering van de eerlijkheidseis van artikel 6 lid 1 EVRM, namelijk de beoordeling of de 'proceedings as a whole' eerlijk zijn geweest. Niettemin is, gelet op de risico's voor de eerlijkheid die inherent zijn aan het gebruik van een dergelijke verklaring, dit gebruik een zeer belangrijke factor in deze beoordeling.

De Grote Kamer geeft aan dat het, gelet op de principes van *Al-Khawaja & Tahery*, noodzakelijk is de vraag of een strafproces, waarin het bewijs van een niet ter zitting aanwezige en gehoorde getuige is gebruikt voor het bewijs, voldoet aan artikel 6 lid 1 en lid 3 sub d EVRM te onderzoeken in drie stappen. De eerste stap is de toets of er een goede reden was voor de afwezigheid van de getuige en daarmee ook voor het gebruik van de verklaringen van die getuige voor het bewijs; de tweede is de toets of het be-

wijs geleverd door de afwezige getuige de enige of beslissende basis voor de veroordeling was, en de derde stap is de toets of er voldoende compenserende factoren waren, waaronder sterke procedurele waarborgen, die de handicaps van de verdediging ten gevolge van het gebruik van verklaring hebben kunnen compenseren en hebben kunnen verzekeren dat het proces, beoordeeld als geheel, eerlijk was.

De Grote Kamer herhaalt (zie *Al-Khawaja & Tahery*) dat het weliswaar belangrijk is dat het belangrijke verschillen tussen de rechtssystemen, en met name de verschillende benaderingen ten opzichte van het toelaten van bewijs in strafzaken, in ogenschouw neemt, maar uiteindelijk moet het EHRM inzake artikel 6 lid 1 en lid 3 onder d EVRM dezelfde beoordelingsmaatstaf toepassen, onafhankelijk van het rechtstelsel waaruit de zaak voortkomt. De Grote Kamer zegt dat het Hof bij de beoordeling van de concrete zaak zich uiteraard bewust is van de verschillen tussen de rechtssystemen inzake het toelaten van 'untested' bewijs en de daarbij behorende waarborgen voor de eerlijkheid. In de onderhavige zaak worden deze verschillen in het bijzonder meegenomen bij het onderzoek of er voldoende compenserende factoren aanwezig waren.

Het didactische deel van dit arrest

Het Hof overweegt vervolgens dat nodig is, gelet op de toepassing van de *Al-Khawaja* principes in de daarop volgende Straatsburgse rechtspraak, om de verhouding tussen de drie stappen van de *Al-Khawaja*-toets te verhelderen. Het Hof wil verheldering geven over de vraag of alle drie de stappen moeten worden onderzocht in zaken waarin hetzij de vraag van de eerste stap, hetzij de vraag van de tweede stap ontkennend wordt beantwoord, alsmede over de volgorde waarin de stappen moeten worden onderzocht.

Wat betreft de eerste stap:

In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het Hof overwogen dat de eis dat er een goede reden moet zijn voor het gebruik van het bewijs van een afwezige getuige een 'preliminaire kwestie' was die onderzocht moest worden voordat enige overweging kon worden besteed aan de vraag of dat bewijs 'sole or decisive' was. Het Hof heeft toen ook aangegeven dat het soms tot een schending had geconcludeerd als er geen goede reden voor afwezigheid was gegeven, ook al was het bewijs niet 'sole or decisive'. De Grote Kamer herinnert eraan dat het Hof in *Al-Khawaja & Tahery* de 'sole or decisive rule' heeft verlaten aangezien deze 'indiscriminate rule' een obstakel voor een overall beoordeling van de eerlijkheid vormde. Als nu een proces oneerlijk zou worden bevonden alleen vanwege het ontbreken van een goede reden voor de afwezigheid van de getuige, zou een nieuwe 'indiscriminate rule' zijn gecreëerd. In de jurisprudentie van het Hof sinds *Al-Khawaja & Tahery* zijn verschillende routes bewandeld. In sommige arresten werd een overall beoordeling gegeven aan de hand van alle drie de stappen, in andere werd op basis van het ontbreken van een goede reden voor afwezigheid alleen geoordeeld dat er sprake was van een schending van artikel 6 lid 1 en 3 onder d EVRM en in weer andere arresten werd het ontbreken van een goede reden doorslaggevend geacht voor het oordeel omtrent de eerlijkheid, tenzij de getuigenverklaring 'manifestly irrelevant' was voor de uitkomst van de zaak. De Grote Kamer stelt nu dat de afwezigheid van een goede reden voor afwezigheid van de getuige niet op zichzelf bepalend kan zijn voor de oneerlijkheid van het proces. Het ontbreken van een goede reden voor afwezigheid is echter, aldus het Hof, een zeer belangrijke factor in de beoordeling van de eerlijkheid en kan wel degelijk – alles afwegende – de afweging doen uitvallen ten faveure van een schending.

Wat betreft de tweede stap:

In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het Hof het bestaan van compenserende factoren ter ver-

zekering van een eerlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijs bezien in de context van zaken waarin het bewijs van de afwezige getuige het enige of doorslaggevende bewijs was. Wat betreft de vraag of het noodzakelijk is deze compenserende factoren te beoordelen zelfs in zaken waarin het belang van het bewijs van de afwezige getuige niet de kwalificatie 'sole or decisive' kon dragen, geeft de Grote Kamer aan dat het Hof het doorgaans noodzakelijk heeft gevonden een beoordeling van de 'overall fairness' van het strafproces te geven: een beoordeling van zowel het belang van het 'untested' bewijs voor de zaak tegen de verdachte als van de compenserende maatregelen genomen door de justitiële autoriteiten. Gelet op de focus van het Hof te bezien of het strafproces als geheel eerlijk was, zegt de Grote Kamer dat het EHRM het bestaan van compenserende factoren niet alleen moet beoordelen in zaken waarin het bewijs van de afwezige getuige de enige of doorslaggevende basis van de veroordeling was, maar ook in zaken waarin het Hof, gelet op zijn beoordeling van de evaluatie van het nationale gerecht van het gewicht van het bewijs, het onduidelijk acht of het bewijs 'sole or decisive' was maar niettemin oordeelt dat het bewijs 'significant weight' in de weegschaal heeft gelegd en dat het gebruik ervan de verdediging mogelijk heeft gehinderd. De mate waarin compenserende factoren aanwezig dienen te zijn, is afhankelijk van het gewicht van het bewijs van de afwezige getuige: hoe belangrijker dit bewijs, des te meer gewicht dienen de compenserende factoren te hebben wil het Hof tot het oordeel komen dat de 'proceedings as a whole' eerlijk waren.

Wat betreft de volgorde van de drie stappen:

In *Al-Khawaja & Tahery* heeft het Hof de eis dat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige moest zijn een 'preliminary question' genoemd. De term 'preliminary' moet in temporele zin worden begrepen: de nationale rechter dient eerst te beslissen of er een goede reden is voor de afwezigheid van de getuige en of dientengevolge de eer-

dere verklaringen van de afwezige getuige kunnen worden toegelaten. Alleen dan kan de rechtbank – bij het sluiten van de zitting en gelet op het totale bewijs – het belang van het bewijs van de afwezige getuige beoordelen, en bepalen of dit bewijs ‘sole or decisive’ is voor de veroordeling van de verdachte. Het is vervolgens afhankelijk van het gewicht van dit bewijs hoeveel gewicht de compenserende factoren moeten hebben. Gelet hierop, is het in de regel ‘pertinent’ dat de drie stappen worden onderzocht in de volgorde die in *Al-Khawaja & Tahery* is neergelegd. Aangezien deze stappen met elkaar samenhangen en in onderlinge samenhang tot doel hebben te bepalen of het proces, in zijn geheel beoordeeld, eerlijk is geweest, kan het in een gegeven zaak aangewezen zijn om de stappen in een andere volgorde te onderzoeken, vooral als een van de stappen in het bijzonder bepalend blijkt voor de (on)eerlijkheid.

De invulling van de eerste stap:

De Grote Kamer legt uit dat de vereiste goede reden aanwezig moet zijn vanuit het perspectief van de beoordelende rechtbank: deze rechtbank moet een goede feitelijke of juridische grond hebben om de aanwezigheid van de getuige ter zitting niet te realiseren. De goede reden voor de afwezigheid van de getuige vormt de rechtvaardiging van het toelaten van de ‘untested’ verklaringen voor het bewijs. Er zijn vele redenen waarom een getuige mogelijk niet ter zitting aanwezig is, zoals overlijden of angst, of uit gezondheidsoverwegingen. In zaken waarin de getuige afwezig is ‘owing to unreachability’, eist het EHRM van de rechtbank dat zij zich alle redelijke moeite heeft getroost om de aanwezigheid van de getuige te verzekeren. Artikel 6 lid 3 onder d EVRM vereist dat de Lidstaten positieve actie ondernemen om het onderzoekingsrecht en de effectiviteit daarvan te garanderen; het feit dat de nationale rechter de getuige niet kan lokaliseren of het feit dat de getuige het land verlaten heeft, is niet voldoende bevonden om aan de eisen van artikel 6 lid 3 onder d EVRM te voldoen. De Grote Kamer geeft aan dat het niet aan het

EHRM is om een lijst met vereiste maatregelen aan te dragen. Het is echter duidelijk dat de gerechten actief moeten zoeken naar de getuige met hulp van de nationale autoriteiten waaronder de politie en in de regel internationale rechtshulp moeten zoeken als een getuige zich in het buitenland bevindt. Ook moeten de nationale gerechten de redenen voor afwezigheid kritisch beoordelen.

De invulling van de tweede stap:

De Grote Kamer herhaalt de invulling van de termen ‘sole’ en ‘decisive’ die is gegeven in *Al-Khawaja & Tahery*: ‘sole’ betekent dat het bewijs van de afwezige getuige het enige bewijs tegen de verdachte is, ‘decisive’ betekent dat het bewijs van dermate groot belang is dat het waarschijnlijk bepalend is voor de uitkomst van de zaak. Als er ander bewijs is, hangt de beoordeling of het getuigenbewijs ‘decisive’ is af van het gewicht van het ondersteunend bewijs. De Grote Kamer benadrukt dat de uitspraken van de nationale gerechten het beginpunt van de beoordeling door het EHRM zijn. Het Hof moet de evaluatie van het bewijs door de nationale gerechten beoordelen en zelf vaststellen of de beoordeling door de nationale rechter van het gewicht van het bewijs niet onacceptabel of arbitrair was. Als de nationale rechtbank zich niet heeft uitgelaten over het gewicht van het bewijs of als haar oordeel ter zake niet duidelijk is, moet het Hof zelf het gewicht van het bewijs van de afwezige getuige beoordelen.

De invulling van de derde stap:

De Grote Kamer herhaalt dat de compenserende factoren strekken tot het mogelijk maken van een eerlijke en juiste beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijs. De Grote Kamer geeft vervolgens een aantal voorbeelden van dergelijke factoren. Als eerste zegt het Hof dat de voorzichtigheid van de beoordeling van bewijs van een afwezige getuige door de nationale rechter als een belangrijke waarborg wordt beschouwd. De nationale rechter dient te laten zien dat hij zich bewust was van de verminderde waarde van dergelijke verklaringen. In dat verband

heeft het Hof in overweging genomen of de nationale gerechten een gedetailleerde motivering gaven waarom zij het getuigenbewijs betrouwbaar achtten in relatie tot het andere bewijs. Ook heeft het Hof in hetzelfde verband acht geslagen op aanwijzingen voor de jury. Ten tweede noemt het EHRM als 'additional safeguard' het vertonen van een video-opname van het verhoor van de afwezige getuige, hetgeen dient om de rechtbank, de aanklager en de verdediging de gelegenheid te geven hun eigen oordeel te vellen wat betreft de betrouwbaarheid van de getuige. Ten derde vermeldt de Grote Kamer (als 'further considerable safeguard') de beschikbaarheid ter zitting van bewijs dat de 'untested' verklaring ondersteunt. Als voorbeeld noemt het Hof verklaringen ter zitting van personen aan wie de afwezige getuige over de gebeurtenissen hebben verteld terstond nadat deze zich hadden afgespeeld, ander feitelijke bewijs zoals forensisch bewijs of verklaringen van deskundigen over het letsel of de betrouwbaarheid van de getuige. Verder heeft het Hof in zijn jurisprudentie als een belangrijke factor van ondersteuning van het getuigenbewijs beschouwd het feit dat er sterke gelijkenissen bestonden tussen de omschrijving van het strafbare feit door de afwezige getuige en de – van de afwezige getuige onafhankelijke – omschrijving door een andere getuige van een vergelijkbaar feit gepleegd door dezelfde verdachte. Dit is als ondersteunend bewijs van nog groter belang als de andere getuige ter zitting een verklaring heeft afgelegd en door de verdediging is ondervraagd. Voorts is een 'significant safeguard' de mogelijkheid voor de verdediging indirect (bijvoorbeeld schriftelijk) eigen vragen te stellen aan de getuige tijdens de zitting. Verder is een andere 'important safeguard' die de handicaps van de verdediging door het toelaten van 'untested' getuigenbewijs compenseert, aan de orde als de verdachte of diens raadsman de gelegenheid heeft gehad de getuige tijdens de fase van het vooronderzoek te ondervragen. In zaken waarin reeds ten tijde van het opsporingsonderzoek het oordeel bestaat dat de getuige

niet ter zitting zal worden gehoord, is het, volgens de jurisprudentie van het Hof, zelfs essentieel dat de verdediging de gelegenheid krijgt om vragen aan het slachtoffer te stellen tijdens het vooronderzoek.

Tot slot stelt het Hof dat de verdachte de gelegenheid moet krijgen zijn eigen versie van de gebeurtenissen te schetsen en twijfel te zaaien over de betrouwbaarheid van de afwezige getuige. Als de verdachte de identiteit van de getuige kent, kan hij diens betrouwbaarheid effectief betwisten, zij het in mindere mate dan bij een directe confrontatie.

De toepassing op de voorliggende zaak

In de onderhavige zaak berustte de beslissing van de Duitse rechter om de verklaringen van P. en O. afgelegd tijdens het vooronderzoek toe te laten, volgens de Grote Kamer op een juridische of procedurele grond – hun 'unreachability' voor de rechtbank, die geen dwangmiddelen ter zake ter beschikking had – en niet op een feitelijke of materiële grond, zoals hun gezondheidstoestand of angst. De rechtbank had immers nadrukkelijk aangegeven dat de door de getuigen aangedragen redenen naar Duits recht niet volstonden om hun niet-verschijnen te rechtvaardigen. Het EHRM dient zodoende te onderzoeken of de Duitse rechtbank 'all reasonable efforts' heeft genomen om de aanwezigheid van de getuigen te verzekeren. Dat was het geval; de rechtbank had een groot aantal belangrijke activiteiten ontplooid om de getuigen te kunnen horen. De Grote Kamer is het daarom eens met de Vijfde Kamer dat de rechtbank binnen het bestaande juridische raamwerk alle inspanningen heeft gepleegd die redelijkerwijs konden worden gevraagd. Ingevolge het principe *impossibilia nulla est obligatio* was de afwezigheid van de getuigen dus de rechtbank niet aan te rekenen.

Zoals hierboven uitgelegd, verlaat het Hof zich allereerst op de beoordeling van de nationale rechter omtrent het gewicht van het 'untested' bewijs. De Grote Kamer merkt op

dat de Duitse gerechten niet duidelijk hebben aangegeven of zij de verklaringen van P. en O. wel of niet 'decisive' achtten. De rechtbank beschreef O. en P. als 'massgebliche[n] Belastungszeuginnen' (door de Duitse regering als 'relevant witnesses' vertaald, maar de Grote Kamer geeft aan dat dit als 'key witnesses', 'important', significant' of 'decisive' moet worden vertaald). Het *Bundesgerichtshof* heeft alleen naar de conclusie van de procureur-generaal verwezen waarin werd betoogd dat de verklaringen het enige noch het doorslaggevende bewijs was. De Grote Kamer beoordeelt vervolgens deze kwestie zelf. Na het uiteenzetten van het overige bewijs, geeft zij aan dat O. en P. de enige ooggetuigen waren van het strafbare feit. Het andere bewijs was 'either just hearsay evidence or merely circumstantial technical and other evidence' dat niet concludent is wat betreft de overval en de afpersing. Daarom was het bewijs geleverd door de afwezige getuigen 'decisive'.

In de derde stap, de beoordeling van de compenserende factoren, vat de Grote Kamer de van belang zijnde elementen samen als: 'the trial court's approach to the untested evidence, the availability and strength of further incriminating evidence, and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at trial'.

Aan het eerste element heeft de Duitse rechter keurig voldaan: de rechtbank in Göttingen heeft het getuigenbewijs voorzichtig benaderd en aangegeven dat zij verplicht was bijzondere zorgvuldigheid aan de dag te leggen bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van de getuigen, nu verdediging noch rechtbank de getuigen ter zitting kon ondervragen of hun gedrag kon observeren. Het Hof merkt op dat de rechtbank niet de beschikking had over een video-opname van het verhoor; dat zou de procesdeelnemers in staat hebben gesteld een duidelijker beeld van de betrouwbaarheid van de getuigen te vormen. De rechtbank heeft haar beslissing voorts uitvoerig gemotiveerd en daarin de beperkte bewijswaarde van de getuigenver-

klaringen naar voren gebracht, de inhoud van de verklaringen onderling vergeleken, en zich beziggehouden met de vraag of tegenstrijdigheden en het gedrag van de getuigen hun geloofwaardigheid aantastten. De betrouwbaarheid van de getuigen is dus door de Duitse rechter zorgvuldig beoordeeld. De Grote Kamer vermeldt dat de taak van het EHRM om de benadering van de nationale rechter van het 'untested' bewijs te toetsen, mogelijk wordt gemaakt door een dergelijke motivering die in continentale systemen gebruikelijk is.

Op het tweede 'element' beoordeelt de Grote Kamer de zaak anders dan de Duitse rechter en dan eerder de Vijfde Kamer van het Hof. Zij heeft slechts één volzin nodig om het steunbewijs te kwalificeren: 'the Regional Court (...) had before it some additional incriminating hearsay and circumstantial evidence supporting the witness statements made by O. and P.'

Wat betreft de procedurele maatregelen geeft de Grote Kamer aan dat de klager ter zitting de gelegenheid heeft gehad zijn versie naar voren te brengen en de betrouwbaarheid van de beslissende getuigen in twijfel te trekken, onder meer door de (*hearsay*) getuigen ter zitting te ondervragen. Klager had echter niet de mogelijkheid indirect (bijvoorbeeld schriftelijk) vragen te stellen aan de getuigen en hij noch zijn raadsman had de gelegenheid de getuigen tijdens het vooronderzoek te ondervragen. Het Hof acht het niet nodig een standpunt in te nemen in de discussie of het niet toewijzen van een raadsman aan klager en het niet laten deelnemen van een raadsman voor klager aan het verhoor door de onderzoeksrechter in overeenstemming was met de Duitse regelgeving terzake. Het Hof acht het voldoende om vast te stellen dat ingevolge het Duitse recht toewijzing van een raadsman tijdens het vooronderzoek mogelijk was, en dat de toegewezen raadsman het recht zou hebben te worden geïnformeerd over en aanwezig te zijn tijdens dat verhoor. Deze procedurele waarborgen van het Duitse recht zijn echter niet toegepast. De Grote Kamer benadrukt

dat de wijze waarop de getuigen à charge worden gehoord tijdens het vooronderzoek van aanzienlijk belang is voor, en dus een aantasting kan vormen van, de eerlijkheid van de zitting, als beslissende getuigen niet door de rechtbank kunnen worden gehoord en het bewijs uit de voorfase daardoor direct het eindonderzoek wordt binnengebracht ('introduced directly into the trial'). Daarom is het van het grootste belang vast te stellen of de autoriteiten op het moment van het horen van de getuige tijdens het vooronderzoek, ervan uitgingen dat de getuige niet nog ter zitting zou worden gehoord. In dat geval is het essentieel dat de verdediging de gelegenheid krijgt vragen te stellen aan de getuige tijdens diens verhoor in de voorfase. In de onderhavige zaak volgt de Grote Kamer de stellingname van klager dat het, anders dan de rechtbank aangaf, wel degelijk voorzienbaar was dat de getuigen niet aanwezig zouden zijn op de zitting. De getuigen werden gehoord door de onderzoeksrechter omdat de aanklager vreesde dat hun aanstaande terugkeer naar Letland zou betekenen dat bewijs verloren zou gaan. In het verzoek van de aanklager aan de onderzoeksrechter de getuigen te horen geeft deze ook aan de verklaringen ten overstaan van de onderzoeksrechter te willen gebruiken tijdens de zitting. In dat verband verwijst het Hof naar de Duitse regelgeving waarin naar voren komt dat verklaringen afgelegd ten overstaan van de onderzoeksrechter aan minder strenge voorwaarden voor toelating als bewijs behoeven te voldoen dan verklaringen afgelegd bij de politie. Gelet op de kennis over de getuigen bij de autoriteiten (zij wisten dat P. en O. niet direct aangifte hadden gedaan uit angst voor problemen met de politie en voor represailles door de daders, dat zij slechts tijdelijk in Duitsland verbleven en dat zij zo snel mogelijk naar Letland wilden terugkeren), is het ook overtuigend dat de aanklager oordeelde dat het wellicht niet mogelijk zou zijn om bewijs van deze getuigen te verkrijgen tijdens de terechtzitting. Desondanks hebben de autoriteiten klager niet in de gelegenheid gesteld O. en P. te laten ondervragen door een

raadsman. Aldus hebben de autoriteiten het voorzienbare risico genomen dat verdachte noch raadsman op enig moment tijdens het strafproces in staat zou zijn de getuigen te ondervragen.

De 'overall fairness' van het proces wordt door de Grote Kamer vervolgens beoordeeld door de compenserende factoren te beoordelen tegen de achtergrond van de doorslaggevende aard van de verklaringen van de niet-aanwezige getuigen. Ofschoon de Duitse rechter 'some additional incriminating evidence' heeft gebruikt, zijn er nauwelijks procedurele maatregelen getroffen om het ontbreken van de gelegenheid de getuigen ter zitting te ondervragen te compenseren. De Grote Kamer geeft aan dat het toekennen van de gelegenheid de getuigen te horen tijdens het vooronderzoek en via de raadsman een belangrijke procedurele waarborg is – de afwezigheid daarvan weegt dan ook zwaar in de beoordeling van de eerlijkheid. Ondanks de zorgvuldige beoordeling van de betrouwbaarheid door de zittingsrechter, waarmee werd getracht het ontbreken van ondervraging te compenseren, waren de compenserende maatregelen, gelet op het belang van de getuigenverklaringen voor de veroordeling, onvoldoende om een eerlijke en juiste beoordeling mogelijk te maken van de betrouwbaarheid van het 'untested' bewijs. Het ontbreken van iedere mogelijkheid de getuigen te ondervragen is in deze omstandigheden een schending van artikel 6 lid 1 en lid 3 onder d EVRM.

Commentaar

Dit is een uiterst ongemakkelijk arrest. Ofschoon het toe te juichen is dat de Grote Kamer inziet dat, in het licht van de jurisprudentie uit Straatsburg sinds *Al-Khawaja*, verheldering van het stappenplan nodig was, kan niet worden gezegd dat dit arrest, als geheel beoordeeld, veel verduidelijking biedt. In de eerste plaats noopt het feit dat de beslissing is genomen met de krapst mogelijke meerderheid van negen tegen acht, tot aanzienlijke relativering van het belang van de beslissing. Uit de *concurring* en *dis-*

senting opinions blijkt weliswaar dat de meerderheid groter is wat betreft de didactische overwegingen in het arrest, maar dat maakt het wellicht nog zorgelijker dat de beslissing in de zaak zelf zo beperkt gedragen wordt. Uit de *dissenting opinions* blijkt dan ook een verschil van inzicht over fundamentele kwesties waarvoor de nationale rechter naar Straatsburg kijkt: hoe ga je om met schriftelijk getuigenbewijs, hoe moet de betrouwbaarheid worden beoordeeld en, uiteindelijk, wat geldt als voldoende bewijs? Inhoudelijk leveren de didactische overwegingen daarover niet veel verheldering op. Een stappenplan dient om de relevante overwegingen te selecteren en in de gewenste, door de oriëntatie op de eindbeoordeling gedicteerde, volgorde af te lopen en biedt in zoverre belangrijke houvast voor de nationale rechter. De Grote Kamer houdt in beginsel vast aan het stappenplan en de volgorde uit *Al-Khawaja*, maar doet afbreuk aan de kracht ervan door allerlei mitsen en maren, waardoor het uiteindelijk de vraag is of dit wel de bepalende factoren zijn voor de conclusie omtrent de toelaatbaarheid onder artikel 6 lid 3 onder d EVRM. Verschillende overwegingen hakken knopen door waar de Straatsburgse jurisprudentie sinds *Al-Khawaja* verwarring zaaide: afwezigheid van een goede reden is niet op zichzelf voldoende grond voor de conclusie dat het proces oneerlijk was; ook als het bewijs niet 'decisive' wordt geacht moet naar compenserende factoren worden gekeken. Het is echter zeer de vraag of de nationale rechter nu beter uit de voeten kan met deze materie.

Een deel van het probleem ligt in, of manifesteert zich in, ondoorzichtig taalgebruik en gebrekkige structuur van het arrest. Groot minpunt is dat de beslissing over de zaak zelf niet wordt afgezet of besproken in relatie tot met eerdere uitspraken.

Het Hof oordeelt terecht dat de verklaringen van de enige ooggetuigen 'decisive' zijn. Dat de Duitse rechtbank zich niet in deze termen heeft uitgelaten doet daar natuurlijk niet aan af. De grote vraag die de geman-

keerde vorm waarin de 'sole or decisive' regel voortleeft sinds *Al-Khawaja*, oproept, is de vraag naar de relevantie van die kwalificatie. Nu deze niet langer neerkomt op eerlijk of oneerlijk, leek de vaststelling ervan nog van belang voor het bepalen of de derde stap diende te worden onderzocht. Door nu te bepalen dat, als het EHRM meent dat het bewijs van 'significant weight' is en het toelaten ervan mogelijk de verdedigingsrechten beperkt, compenserende factoren in de overweging dienen te worden betrokken, heeft de Grote Kamer – overigens zeer begrijpelijk en in lijn met het leeuwendeel van de uitspraken sinds *Al-Khawaja* – eigenlijk uitgemaakt dat die derde stap in alle dergelijke zaken aan de orde is. Immers, alleen bij evident niet belangrijke verklaringen is het onderzoek van de compensatie niet aan de orde en in dergelijke zaken speelt deze problematiek op nationaal niveau uiteraard veel minder. De vraagtekens omtrent het belang van de tweede stap gelden temeer nu het Hof bepaald heeft dat de eerste stap (goede reden voor afwezigheid) lang niet zo heet wordt gegeten als destijds opgediend en zelfs kan worden beoordeeld na een beoordeling van het gewicht van het bewijs. (Het blijft overigens moeilijk uit te leggen dat geconcludeerd kan worden, zoals de Duitse rechter deed, dat de getuigen naar Duits recht onvoldoende gronden hadden (aangevoerd) voor hun afwezigheid, maar dat hun afwezigheid volgens ook het EHRM het gebruik van hun eerdere verklaringen rechtvaardigt en dat dit als een 'good reason' geldt.)

Een belangrijk vraagstuk in Nederland is altijd de compensatie (derde stap) geweest. Wat zijn compenserende factoren en hoe kan worden bepaald of deze in voldoende mate aanwezig zijn (geweest)? Het Hof geeft vele voorbeelden van deze factoren en maakt daarmee duidelijk dat deze factoren in alle soorten en maten (kunnen) bestaan. De wijze van bespreking maakt echter in het geheel niet duidelijk welke factoren van doorslaggevend of in ieder geval bijzonder groot gewicht zijn of waarop het EHRM

vindt dat de justitiële autoriteiten zich zouden moeten richten. Wat is de betekenis van volgorde waarin de waarborgen zijn opgesomd, en van de aanduiding als ‘significant’, ‘important’ of ‘additional’? Of moeten we juist de – beter hanteerbare – samenvatting van deze overwegingen in de toepassing op de onderhavige zaak als weergave van de uitgangspunten lezen? De omgang van de nationale rechter met het ‘untested’ bewijs, de beschikbaarheid en kracht van het overige bewijs en de procedurele maatregelen genomen om het ontbreken van ondervragingsmogelijkheid te compenseren. Wat is de verhouding daartussen en het relatieve belang van elk?

Maakt het uit dat de ene waarborg vooral op de verdedigingsrechten ziet en de andere vooral op de beoordeling door de rechter van de betrouwbaarheid? De verhouding tussen deze twee ‘objecten’ van compensatie is een belangrijke kwestie. In *Al-Khawaja* heeft de Grote Kamer deze beide aspecten als grondslagen van de ‘sole or decisive rule’ uiteengezet, maar in die uitspraak leek de betrouwbaarheidsbeoordeling door de rechter met het oog op het voorkomen van onterechte veroordelingen de nadruk te krijgen (vgl. *DD* 2012, afl. 3, p. 244). De ‘sole or decisive rule’ werd aangepast omdat erkend werd dat het Engelse recht belangrijke waarborgen kent gericht op het verzekeren van de eerlijkheid in zo’n geval. In de onderhavige beoordeling lijkt echter de andere grondslag een doorslaggevende rol te spelen. Het is een gemiste kans dat het EHRM niet duidelijk maakt – aan de hand van vergelijking met vergelijkbare zaken en aan de hand van overwegingen omtrent de aard van het Duitse strafproces en de daarbij behorende waarborgen – waarom dit het geval is.

De introductie van de *Salduz*-overwegingen in de algemene overwegingen van de Grote Kamer is opvallend. Het is duidelijk dat dit voortkomt uit het pijnpunt in deze zaak: het niet toewijzen van een raadsman en niet oproepen en toelaten van de verdediging tijdens het verhoor van de getuige door de

onderzoeksrechter. Het hof wijst Duitsland terecht wat betreft de naleving van de eigen procedurele standaarden in het vooronderzoek. In zekere zin is dit in lijn met het beoog van de Duitse regering om rekening te houden met het karakter van het continentale strafproces: het vooronderzoek is daarin van groot belang, dus de waarborgen moeten daar goed worden ingebouwd. Anderzijds is dat niet wat de Duitse regering wilde bewerkstelligen; zij wilde dat het EHRM de waarborgfunctie van de professionele rechter, ervaren in het afwegen van bewijs, als zodanig erkende (zoals de Grote Kamer in *Al-Khawaja* de procedurele waarborgen van het Engelse systeem uitdrukkelijk erkende en verwerkte); deze waarborg, waartoe ook de (wettelijke) verplichting om ook ontlastend bewijs te zoeken, behoort, zou onderzoek van het bewijs door de verdediging minder noodzakelijk maken. Dat gebeurt echter niet; de meerderheid van de Grote Kamer lijkt de andere kant op te gaan. Een zinvolle interpretatie van dit arrest lijkt te zijn dat de Grote Kamer de eigen waarborgen van het systeem erkent, maar dit systeem dan ook aan zijn eigen waarborgen houdt. Dat verklaart de *Salduz*-overweging aan het begin van het arrest waarin gewezen wordt op het belang van het vooronderzoek voor het eindonderzoek en het vereiste naar voren wordt gebracht, dat als het vooronderzoek van groot belang is voor de uitkomst van het eindonderzoek, de eisen van artikel 6 EVRM ook toepassing vinden in het vooronderzoek. Die overwegingen worden geconcretiseerd in de beoordeling van deze zaak, door te wijzen op het feit dat het bewijs vergaard in het vooronderzoek direct doorloopt in het eindonderzoek. Als men voorziet dat dit het geval zal zijn, dan wordt ook voorzien dat er uiteindelijk geen mogelijkheid zal bestaan voor de verdediging om de getuige te horen. Hoezeer de zittingsrechter zich vervolgens ook inspant de getuigen ter zitting te krijgen, als het einde van het liedje is dat dat niet lukt en dat dus teruggeregpen moet worden op de verklaringen uit het vooronderzoek, dan

is er een groot manco op het punt van verdedigingsrechten, dat – en dat lijkt een belangrijke conclusie van dit arrest – door de zittingsrechter zelf, ook met alle voorzichtigheid en motivering van dien, niet zomaar gecompenseerd kan worden. In het Engelse recht is er geen directe introductie van het materiaal uit het vooronderzoek in het zittingsonderzoek; het feit dat de zitting de kern en het oriëntatiepunt is en verhoor ter zitting dus ook uitgangspunt (het verbod op *hearsay* is nog altijd de hoofdregel), betekent dat het gebruik van eerder afgelegde verklaringen per definitie geproblematiseerd is en over de toelating van het bewijs uit het vooronderzoek tevoren formeel wordt beslist door de zittingsrechter aan wie allerlei mogelijkheden toekomen om bewijs af te keuren of er sturing aan te geven. Dat is significant anders in de inquisitoire systemen waarin de overgang tussen vooronderzoek en eindonderzoek vloeiend is en de zittingsrechter geen poortwachter is van het bewijs. Een en ander geldt uiteraard in bijzondere sterke mate voor de Nederlandse *de auditu*-traditie. Het Hof is formeel neutraal ten opzichte van de verschillende systemen, maar lijkt in deze kwestie *input control* van grotere waarde te achten dan *output control*.

Ofschoon het belangrijk is dat de Grote Kamer de kwestie van waarborgen in het vooronderzoek ook wat betreft het horen van getuigen op de kaart zet (voor Nederland vooral in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering), roept het ontbreken van uitleg van 's Hof's standpunt over de duiding van het horen van getuigen in het vooronderzoek, over de waardering van het overige bewijs en over de relatie daartussen vraagtekens op. Ervan uitgaande dat beoordeling van de eerlijkheid van het proces als geheel beschouwd betekent dat het procedurele manco kan worden gerepareerd door de kracht van de bewijsconstructie, wekt het zonder nadere uitleg afserven van de bewijsconstructie in deze zaak bevreemding. Hoe dan ook is het zorgelijk dat over de bewijsconstructie

binnen het Hof zo verschillend wordt geoordeeld. De *dissenters* stellen zich op het standpunt dat deze sterk genoeg was ('there was very strong and coherent additional incriminating evidence') om te gelden als waarborg voor een eerlijke en juiste beoordeling van de betrouwbaarheid van het doorslaggevende getuigenbewijs, en dus om het ontbreken van een ondervragingsmogelijkheid goed te maken.

Dvorski tegen Kroatië, Grand Chamber, 20 oktober 2015 (appl. nummer 25703/11)

Feiten

Dvorski (hierna: klager) werd in maart 2007 aangehouden op verdenking van betrokkenheid bij een drietal moorden, een gewapende overval en brandstichting. De moeder van klager schakelde een advocaat (G.M.) in die probeert om klager op het politiebureau te bezoeken. De advocaat werd om formele redenen (hij had in eerste instantie geen 'power of attorney') de toegang tot de klager ontzegd en de klager werd nooit verteld dat deze advocaat heeft geprobeerd om hem te vertegenwoordigen. Volgens klager heeft hij meerdere keren om G.M. gevraagd en heeft de politie hem verteld dat ze hem niet te pakken konden krijgen. Volgens de lezing van de overheid is de klager akkoord gegaan met vertegenwoordiging door een andere advocaat (M.R.).

Nadat de klager M.R. heeft geconsulteerd legt hij een bekennende verklaring af omtrent de feiten waarvan hij wordt verdacht. Een dag later geeft hij bij het verhoor door de rechter-commissaris aan dat hij door G.M. wil worden bijgestaan en geeft hij aan dat hij nooit M.R. heeft ingehuurd en dat hem niet is verteld dat G.M. bij het politiebureau voor hem is geweest.

Klager wordt in eerste aanleg veroordeeld, zijn bekennende verklaring wordt consistent geacht met het overige aanwezige bewijs. Voor wat betreft de bijstand door M.R. oordeelt de rechtbank dat uit de stukken blijkt dat klager ervoor heeft gekozen om

zich door M.R. bij te laten staan. Ook zijn beroep tegen deze uitspraak levert klager niets op.

Beoordeling door het EHRM

De klacht van klager bij het EHRM houdt in dat er sprake is van een schending van artikel 6 EVRM aangezien hij niet in de gelegenheid is gesteld om zich tijdens het politieverhoor te laten bijstaan door zijn voorkeursadvocaat G.M. In de *Chamber*-uitspraak oordeelde het EHRM dat er geen sprake was van een schending van artikel 6 EVRM. De *Chamber* kwam tot dit oordeel omdat niet gezegd kan worden dat de procedure in zijn geheel als oneerlijk kon worden beschouwd. De *Chamber* verwees in dat verband onder andere naar het feit dat de klager nooit klachten heeft geuit over de kwaliteit van bijstand door M.R., dat er geen bewijs is dat klager onder druk is gezet om te bekennen en dat de bekentenis niet van essentieel belang was voor het Openbaar Ministerie gezien het overige bewijs.

In de procedure voor de *Grand Chamber* geeft klager nogmaals aan dat hij graag door G.M. bijgestaan had willen worden en dat hij slechts 25 minuten met M.R. heeft kunnen overleggen voorafgaand aan het verhoor. De Kroatische overheid geeft aan dat de klager M.R. had gekozen van een lijst van advocaten en een 'power of attorney' had afgegeven zonder druk van de politie en dat klager nooit in de nationale procedure had geklaagd over de kwaliteit van M.R. Het EHRM neemt als uitgangspunt dat iedere verdachte het recht heeft om zijn eigen verdediging te kiezen, hetgeen ook blijkt uit de tekst van artikel 6 lid 3 onder c EVRM. Echter, dit recht is niet absoluut en kan worden ingeperkt. Het Hof verwijst in dat kader naar de belangen van een goede rechtsbedeling die de keuze kunnen beïnvloeden en naar de beperkingen in een systeem waarin sprake is van gratis rechtsbijstand. Bij afwezigheid van een goede omstandigheden kan het beperken van de vrije keuze leiden tot een schending van artikel 6 EVRM. Deze casus onderscheidt zich van *Salduz* in die

zin dat er hier wel bijstand van een advocaat was; het Hof past dan ook een lichtere maatstaf toe om te bepalen of de beperking gerechtvaardigd was, namelijk of er 'relevant and sufficient reasons' zijn.

Dat toetsingskader toepassend op deze casus bekijkt het Hof eerst of de vrije keuze inderdaad is beperkt. Op basis van de feiten in deze zaak komt het Hof tot de conclusie dat G.M. inderdaad vroeg in de procedure reeds heeft gepoogd om namens de klager op te treden en dat dit is belemmerd. Hoewel de klager formeel M.R. heeft gekozen, kan niet gezegd worden dat deze keuze 'informed' is geweest. Vervolgens oordeelt het Hof of er voldoende zwaarwegende redenen aanwezig waren om het recht op advocatenkeuze te beperken. Onduidelijkheid over de geldigheid van de 'power of attorney' van G.M. was volgens de *Grand Chamber* niet voldoende om G.M. volledig de toegang tot klager te ontzeggen. Op zijn minst had aan klager kunnen worden gemeld dat G.M. voor hem op het politiebureau was verschenen in opdracht van zijn ouders. Nu dit niet is gebeurd kan ook niet gezegd worden dat klager vrijwillig afstand heeft gedaan van het kiezen van zijn eigen advocaat.

De slotvraag die vervolgens beantwoord moet worden is of de procedure in zijn geheel nog als eerlijk kan worden aangemerkt gelet op de voorgaande gebreken. Teneinde deze vraag te beantwoorden stelt het Hof allereerst vast dat de bekende verklaring van klager is gebruikt voor het bewijs, zij het dat de verklaring geen grote rol speelde in de bewijsconstructie van het Openbaar Ministerie. Daarnaast heeft de klager tijdens het proces nooit geklaagd over de kwaliteit van de bijstand door M.R. in de eerste fase van het strafproces. Daar staat tegenover dat door de autoriteiten weinig pogingen zijn gedaan om de beweringen van G.M. dat hij klager bij wilde staan te controleren. Dat laatste lijkt voor het Hof dusdanig zwaar te wegen, vooral in het licht dat de nationale rechter weinig aandacht aan dit punt heeft besteed, dat het uiteindelijke oordeel is dat het strafproces in zijn geheel oneerlijk is

geweest en er een schending van artikel 6 EVRM heeft plaatsgevonden.

Commentaar

Nu de Hoge Raad in zijn arrest van 22 december 2015 heeft uitgemaakt dat ook in Nederland de raadsman toegang krijgt tot het politieverhoor, is het van belang om te gaan nadenken over de verdere uitwerking van dit recht. In dat kader is deze uitspraak van groot belang omdat hier wederom uit blijkt hoe belangrijk het EHRM het vindt dat de rechten van de verdachte reeds in een zeer vroege fase van het strafproces goed worden gewaarborgd. In het bijzonder vanwege de grote gevolgen die door de verdachte afgelegde verklaringen in die fase van het strafproces later kunnen krijgen.

In tegenstelling tot eerdere *Salduz*-zaken ging het er in deze zaak niet om of de verdachte bijstand van een advocaat had moeten krijgen; deze bijstand werd gewaarborgd door de aanwezigheid op het politiebureau van M.R. De discussie gaat echter over de vraag in hoeverre de klager de mogelijkheid had moeten krijgen om een eigen advocaat te kunnen consulteren. Naar het oordeel van het Hof moet dat recht op vrije keuze van een advocaat zwaar wegen. Hoewel de *Chamber* in een eerdere uitspraak geen schending van artikel 6 EVRM constateerde komt de *Grand Chamber* tot een ander oordeel. Dit ondanks het feit dat het zeer de vraag is of de door de klager afgelegde bekennde verklaring van groot gewicht is geweest bij de uiteindelijke veroordeling.

L. van Lent & B.J.G. Leeuw