



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

VU Bibliotheek

This is a postprint of

Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleeed?

Wilde, B. de

Delikt en Delinkwent, 2012(4), 274-289

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/40436>

(Article begins on next page)

mr. B. de Wilde¹

Het arrest Al-Khawaja & Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleed?

1 Inleiding

In 1986 liet het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich voor de eerste keer uit over de betekenis van het recht getuigen in strafzaken te ondervragen (art. 6 lid 3 sub d EVRM). Het EHRM stelde een schending van dat recht vast, omdat de bewezenverklaring voornamelijk was gebaseerd op de verklaringen van twee getuigen, terwijl die niet effectief door de verdediging konden worden ondervraagd.² Daarmee was de basis gelegd voor de interpretatie van dit recht. In de 25 jaar die erop volgden, is een min of meer sluitend systeem van beoordelingsfactoren gecreëerd. Daarbij was ook vrij duidelijk hoe die factoren zich tot elkaar verhielden. Nieuwe zaken werden beoordeeld op grond van de regels en uitgangspunten uit de eraan voorafgaande jurisprudentie. Daardoor kon de beoordeling door het EHRM van een individuele zaak doorgaans vrij goed worden voorspeld. In het arrest Al-Khawaja & Tahery van de Grote Kamer is het EHRM voor de eerste keer in de geschiedenis van de EHRM-jurisprudentie over het ondervragingsrecht een wezenlijk andere koers gaan varen dan voorheen. Het EHRM is 'omgegaan', zo kan worden geconstateerd.³

De essentie van deze koerswijziging houdt in dat niet langer strikt wordt vastgehouden aan de *sole or decisive* rule. Op grond van die regel werd voorheen standaard een schending van het ondervragingsrecht aangenomen in zaken waarin een beslissende getuige in de nationale procedure op geen enkele manier had kunnen worden ondervraagd door de verdediging. In het arrest Al-Khawaja & Tahery nuanceert het EHRM deze regel: weliswaar zal in veel gevallen een schending kunnen worden vastgesteld wanneer de verdediging een beslissende getuige niet heeft kunnen ondervragen, maar compenserende factoren kunnen een schending nog voorkomen.

In dit artikel wordt geïnventariseerd wat de belangrijkste wijzigingen zijn die dit arrest met zich brengen, hoe die zich verhouden tot de oude jurisprudentie en wat de impact van het arrest is.

2 De zaken Al-Khawaja en Tahery

2.1 De feiten

¹ Bas de Wilde is docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en bereidt een proefschrift voor over het ondervragingsrecht.

² EHRM 24 april 1986, appl.no. 9120/80 (Unterpertinger/Oostenrijk).

³ EHRM 15 december 2011, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery), door L. van Lent besproken in *DD* 2012, 23 (rubriek Rechtspraak EHRM). Zie over de totstandkoming van dit arrest ook T. Spronken, 'Het EHRM in dialoog', *NJB* 2012, p. 443. Dit is overigens het eerste arrest van de Grote Kamer waarin inhoudelijke overwegingen over het ondervragingsrecht voorkomen. Eerder liet de Grote Kamer zich in EHRM 6 mei 2003, appl.no. 48898/99 (Perna/Italië) wel uit over het recht getuigen à décharge te ondervragen, maar in die zaak kwam het niet tot een inhoudelijke beoordeling, omdat het getuigenverzoek onvoldoende was gemotiveerd.

De klachten van Al-Khawaja en Tahery zijn separaat ingediend. Omdat in beide gevallen de vraag speelde of beperking van het ondervragingsrecht voldoende was gecompenseerd en omdat beide klachten tegen het Verenigd Koninkrijk zijn gericht, zijn de klachten gevoegd behandeld.

Al-Khawaja is een Britse revalidatiearts. Het slachtoffer ST is een patiënt van hem. Zij verklaart tegen de politie dat Al-Khawaja haar heeft aangerand terwijl zij onder hypnose was. Pas maanden na die aanranding heeft zij aangifte gedaan. Een andere vrouw, VU, vertelt tegen de politie een soortgelijk verhaal. Zij zou een week later zijn aangerand door de arts. In Straatsburg draait de zaak om de eerste aanklacht, met ST als slachtoffer. ST pleegt zelfmoord voordat de zaak ter zitting wordt behandeld. Zij heeft daarvoor wel tegen twee vrienden verteld wat er was gebeurd. Tijdens de zitting worden die vrienden ondervraagd. De huisarts van ST heeft een brief geschreven aan een ziekenhuis, waarin hij de beschuldiging tegen Al-Khawaja heeft beschreven. Ook hij wordt ter zitting ondervraagd. Aangezien het slachtoffer is overleden, is het niet mogelijk haar te ondervragen. Omdat zich hier een uitzondering voordoet op het verbod op *hearsay evidence*, besluit de rechter haar verklaring voor te lezen. Het betreft een juryzaak. De jury wordt geïnstrueerd dat aan de verklaring minder waarde moet worden gehecht vanwege de onmogelijkheid van *cross-examination* van het slachtoffer. Al-Khawaja wordt veroordeeld. Zijn hoger beroep wordt afgewezen. De appèlrechter meent dat de veroordeling geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM.

Tahery, de andere klager, heeft ruzie gekregen met een andere man, in het arrest S genoemd. Tijdens die ruzie heeft iemand S in zijn rug gestoken met een mes. S heeft niet waargenomen wie hem heeft gestoken. Er is een getuige T, die bij de politie verklaart dat hij dat wél heeft waargenomen: Tahery heeft het gedaan. Alleen uit zijn verklaring blijkt dit. Tahery wordt vervolgd wegens het steken met het mes. T is niet bereid ter zitting te verklaren, omdat hij bang is dat hem daarna iets zal worden aangedaan. De rechter besluit hem niet te laten onderwerpen aan een *cross-examination*, omdat hij die vrees gegrond acht. De jury wordt ook in deze zaak gewezen op het gevaar dat het gebruik van niet op betrouwbaarheid onderzochte verklaringen met zich brengt. Tahery wordt veroordeeld.

2.2 Het arrest van de Kamer

De Kamer van het EHRM die de klachten van Al-Khawaja en Tahery beoordeelt, stelt een schending van het ondervragingsrecht vast in beide zaken. Zij constateert dat in beide zaken de verklaringen van de slachtoffers het enige of beslissende bewijsmateriaal vormden, terwijl de getuigen niet konden worden ondervraagd. In dergelijke gevallen acht de Kamer het voorkomen van een schending van het ondervragingsrecht op grond van compenserende factoren vrijwel uitgesloten.⁴ Deze regel wordt wel de *sole or decisive rule* genoemd. De Kamer onderzoekt nog wel of de factoren die zich in deze zaken voordeden, voldoende compenseerden, maar concludeert dat dit niet het geval is.⁵

2.3 Het standpunt van de Britse regering

⁴ EHRM 20 januari 2009, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery), § 37.

⁵ EHRM 20 januari 2009, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery), § 41-48.

Het Verenigd Koninkrijk verzocht de Grote Kamer van het EHRM om de zaak opnieuw te beoordelen. Ondertussen was in Groot-Brittannië de zaak *Horncastle* aan het *Supreme Court* voorgelegd. Het panel van de Grote Kamer dat moest beoordelen of de Grote Kamer de zaak inhoudelijk zou behandelen, besloot de uitspraak van het *Supreme Court* af te wachten.⁶ Eind 2009 wees het *Supreme Court* arrest. Het verwierp het beroep. De uitspraak is zeer uitvoerig gemotiveerd. In de kern komt de uitspraak erop neer het *Supreme Court* de *sole of decisive rule* verwerpt, primair omdat deze niet noodzakelijk wordt geacht voor een eerlijk proces. De redenering is dat de regels van *common law*, die al lang voor de inwerkingtreding van het EVRM waren ontwikkeld, voldoende bewerkstelligen dat verdachten een eerlijk proces krijgen. De EHRM-jurisprudentie is met name tot ontwikkeling gekomen naar aanleiding van klachten over oneerlijkheden in de continentale procedure. Verder wordt betoogd dat de betekenis van de *sole or decisive rule* niet duidelijk is, waardoor de regel niet goed kan worden toegepast. Bovendien zou geen discussie hebben plaatsgevonden over de ratio achter de regel en over de vraag of deze regel ook van toepassing is in een land met *common law*. Toepassing van de regel wordt ook niet noodzakelijk geacht omdat in bijna⁷ alle gevallen hetzelfde resultaat zou worden bereikt als met toepassing van de Britse regels. Ten slotte wordt opgemerkt dat toepassing van de regel tot praktische problemen zou leiden wanneer die regel zou moeten worden toegepast in de Britse procedure. In het bijzonder wordt daarbij gedoeld op de afzonderlijke preliminaire bewijstoelatingsprocedure. Het zou problematisch zou om reeds in die procedure het gewicht van de getuigenverklaring te moeten beoordelen, terwijl het overige bewijsmateriaal pas ter zitting wordt gepresenteerd. De eindconclusie luidt: 'Al-Khawaja does not establish that it is necessary to apply the sole or decisive rule in this jurisdiction.'⁸ Het *Supreme Court* heeft dus besloten de EHRM-jurisprudentie niet toe te passen. Naar Brits recht is dat toegestaan. Op grond van artikel 2 lid 1 van de Human Rights Act 1998 moet de rechter namelijk weliswaar 'rekening houden' met beslissingen van het EHRM, maar hebben deze geen rechtstreekse werking binnen het Verenigd Koninkrijk.

De argumenten van het *Supreme Court* werden ook bij de Grote Kamer van het EHRM aangevoerd. Voor het geval het EHRM van oordeel zou zijn dat de *sole or decisive rule* ook in het Verenigd Koninkrijk zou gelden, werd daarnaast als belangrijk argument aangevoerd dat de *sole or decisive rule* niet als een absoluut werkende regel zou moeten worden beschouwd, maar dat bij de toepassing ervan rekening moet worden gehouden met de bijzondere aspecten van een zaak.⁹

⁶ Supreme Court 9 december 2009, [2009] UKSC 14, § 9.

⁷ Dat in sommige gevallen beslissingen in strijd zouden zijn met de jurisprudentie van het EHRM, wordt kennelijk voor lief genomen.

⁸ De argumenten van het *Supreme Court* worden samengevat in § 14 van het arrest. Zie kritisch over dit arrest: M. Requa, 'Absent witnesses and the UK Supreme Court: judicial deference as judicial dialogue?', *The International Journal of Evidence and Proof* 2010, p. 208-231. Zie verder W.E. O'Brian, 'Confrontation: the defiance of the English Courts', *The International Journal of Evidence and Proof* 2011, p. 93-116; I. Jones, 'A political judgment? Reconciling hearsay and the right to challenge', *The International Journal of Evidence and Proof* 2010, p. 332-352; A. Webster, 'Horncastle v R: Statements from witnesses absent at trial', *The International Journal of Evidence and Proof* 2009, p. 324-329.

⁹ Zie § 94-105 en 129-146.

2.4 Het oordeel van de Grote Kamer in een notendop

De Grote Kamer heeft zich gevoelig getoond voor het Britse argument dat de *sole or decisive rule* te weinig flexibel is. Wanneer een getuigenverklaring van beslissende betekenis is, kunnen compenserende factoren er volgens de Grote Kamer toe leiden dat een schending van het ondervragingsrecht wordt voorkomen. In de zaken Al-Khawaja en Tahery beoordeelt de Grote Kamer de verklaringen van de betwiste getuigen als van beslissende betekenis. In de zaak Al-Khawaja zijn voldoende compenserende maatregelen getroffen. In de zaak Tahery niet.¹⁰

Centraal in het arrest van de Grote Kamer staan drie aspecten, die ik hierna stuk voor stuk zal bespreken:

1. Is de *sole or decisive rule* een absolute regel? (§ 3)
2. Kunnen compenserende factoren een schending van het ondervragingsrecht voorkomen wanneer de getuigenverklaring van beslissende betekenis is? (§ 4)
3. Welke rol speelt de vraag of er een goede reden heeft bestaan voor het uitblijven van een ondervragingsgelegenheid? (§ 5)

Na deze bespreking zal ik aandacht besteden aan het beslissingsmodel dat de Grote Kamer hanteert (§ 6), aan het uitgangspunt van *overall fairness* dat aan het arrest ten grondslag ligt (§ 7) en aan de betekenis van het arrest voor het Britse (§ 8) en Nederlandse recht (§ 9). Ik sluit af met de constatering dat het Grote-Kamer-arrest het ondervragingsrecht wezenlijk heeft ingeperkt (§ 10).

3 De *sole or decisive rule*

3.1 Relativering van de regel

Een groot bezwaar van de Britse overheid tegen de EHRM-jurisprudentie met betrekking tot de *sole or decisive rule* was het absolute karakter van die regel. Wanneer de verklaring van een niet door de verdediging ondervraagde getuige van beslissende betekenis was, zou niet in alle gevallen een schending van het ondervragingsrecht moeten worden aangenomen. In het – in latere arresten vaak geciteerde – arrest Lucà werd uitgegaan van een absolute regel:

‘where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence *are restricted* to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6’¹¹
(mijn cursivering/BW)

In § 119 van het arrest Al-Khawaja & Tahery overweegt de Grote Kamer, ‘having regard to the Court’s case-law’:

¹⁰ EHRM 15 december 2011, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery).

¹¹ EHRM 27 februari 2001, appl.no. 33354/96 (Lucà/Italië), § 40.

‘when a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence *may be restricted* to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6’¹² (mijn cursivering/BW)

De Grote Kamer merkt hierna op dat zal worden onderzocht of deze *sole or decisive rule* moet worden aangemerkt als een absolute regel, in de zin dat schending ervan automatisch leidt tot de constatering van een schending van artikel 6 EVRM. De Grote Kamer presenteert de regel alsof die in deze formulering al lang voorkomt in de Straatsburgse jurisprudentie. Dat is echter niet het geval. Bij nauwgezette lezing blijkt dat het woord ‘are’ uit het arrest Lucà is vervangen door de woorden ‘may be’. Dat is, zoals hierna zal blijken, een nogal ingrijpende wijziging.¹³ Op deze plek wordt het nieuwe criterium echter niet als zodanig gepresenteerd, maar wordt integendeel de schijn gewekt dat het genoemde criterium blijkt uit de oudere jurisprudentie. Zo ook in § 146-147:

‘It would not be correct, when reviewing questions of fairness, to apply this rule in an inflexible manner. Nor would it be correct for the Court to ignore entirely the specificities of the particular legal system concerned and, in particular its rules of evidence, notwithstanding judicial dicta that may have suggested otherwise (see, for instance, Lucà, cited above, at § 40). (...) The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1.’

Op deze plaats verwijst de Grote Kamer naar § 40 van het arrest Lucà waardoor ‘de suggestie zou kunnen zijn gewekt’ dat de *sole or decisive rule* absoluut was en compenserende maatregelen geen schending meer konden voorkomen wanneer een bewezenverklaring in beslissende mate was gebaseerd op de verklaring van een niet-ondervraagde getuige. Die suggestie is niet alleen gewekt door de overweging uit het arrest Lucà, maar ook door vele andere arresten, waarin nooit voldoende compensatie is aangenomen wanneer ten aanzien van een beslissende getuige geen enkele ondervragingsgelegenheid was geboden. Het lijkt erop dat de Grote Kamer de schijn heeft willen ophouden dat de lijn van de oude jurisprudentie wordt voortgezet. De *seperate opinion* van rechters Sajó en Karakaş maakt echter duidelijk dat het EHRM wel degelijk is omgegaan: ‘Today the Court has departed from its previous position according to which, where a witness cannot be cross-examined and the conviction is based on hearsay as the sole or decisive evidence, the rights protected under Article 6 will be violated.’

¹² In de Franstalige versie van het arrest wordt een soortgelijke terminologie gehanteerd: ‘les droits de la défense peuvent se trouver restreints d’une manière incompatible avec les garanties de l’article 6’. De woordkeuze lijkt dan ook geen vergissing te zijn.

¹³ Een criterium dat de woorden ‘may be’ bevat, kan overigens nooit een absolute regel inhouden. De Grote Kamer had er daarom beter aan gedaan om het criterium van het arrest Lucà hier te noemen. Pas in § 146-147 wordt geconcludeerd dat het criterium met flexibiliteit tegemoet moet worden getreden. Dat was m.i. een betere plaats geweest om het nieuwe criterium te introduceren.

Hoewel te verwachten was dat na het arrest van de Grote Kamer voortaan steeds de nieuwe formulering zou worden gebruikt, blijkt dat toch niet het geval. In het arrest Nechto van 24 januari 2012 werd – nota bene onder verwijzing naar het Grote-Kamer-arrest in de zaak Al-Khawaja & Tahery – het criterium van het arrest Lucà genoemd in de *general principles*.¹⁴

3.2 Betekenis van de regel

De Britse overheid heeft in de Straatsburgse procedure onder meer betoogd dat de *sole or decisive rule* moeilijk toegepast kan worden, omdat de betekenis ervan niet duidelijk was. In § 131 geeft het EHRM enige uitleg. Het stelt dat *decisive* meer betekent dan alleen dat de getuigenverklaring bewijzende waarde heeft. Ook is een getuigenverklaring niet direct *decisive* wanneer zonder die verklaring de kans op vrijspraak zou toenemen. Zou dat anders zijn, dan zouden bijna alle getuigenverklaringen van beslissende betekenis zijn. Het EHRM geeft vervolgens aan op welke manier dan wél kan worden bepaald of een getuigenverklaring van beslissende betekenis is:

‘Instead, the word “decisive” should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.’

De eerste zin van deze definitie is op zichzelf genomen niet in overeenstemming met de voorafgaande jurisprudentie. In heel wat zaken was de getuigenverklaring duidelijk onmisbaar voor een bewezenverklaring en dus bepalend voor de uitkomst van de zaak, maar werd de verklaring desondanks niet aangemerkt als van beslissende betekenis. Voorbeelden zijn de Nederlandse zaken Verdam en Scheper.¹⁵ In ieder van deze zaken bleken de ten laste gelegde gedragingen slechts uit de verklaringen van de slachtoffers. Zouden die verklaringen niet voor het bewijs kunnen worden gebruikt, dan zou de verdachte van de aanklachten die daarop betrekking hadden, vrijgesproken moeten worden. Tegelijk bestond in deze zaken ook steunbewijs en daarop heeft de tweede zin van de definitie betrekking. Er bestond kennelijk voldoende steunbewijs om de getuigenverklaringen als niet-beslissend te kunnen aanmerken.

Hoewel het EHRM heeft beoogd meer duidelijkheid te bieden over de betekenis van de *sole or decisive rule*, is het in die opzet niet erg geslaagd. Tegelijk moet worden erkend dat niet veel meer dan hetgeen het EHRM heeft genoemd, kan worden toegevoegd. De vaststelling of een getuigenverklaring van beslissende betekenis is, is uiteindelijk een zeer casuïstische aangelegenheid.

3.3 Toepassing van de regel in de zaak Al-Khawaja

¹⁴ EHRM 24 januari 2012, appl.no. 24893/05 (Nechto/Rusland), § 117.

¹⁵ EHRM 5 april 2005, appl.no. 39209/02 (Scheper/Nederland); EHRM 31 augustus 1999, appl.no. 35253/97 (Verdam/Nederland).

De toepassing van de *sole or decisive rule* in de zaak Al-Khawaja is opmerkelijk. Het EHRM heeft maar weinig woorden nodig om in § 154 te concluderen dat de getuigenverklaring van het slachtoffer van beslissende betekenis is geweest. Dat oordeel wordt gebaseerd op één uitspraak van de Engelse zittingsrechter: ‘no statement, no count one’. Het EHRM meent dat de zittingsrechter beter in staat is geweest het belang van de getuigenverklaring te beoordelen dan het EHRM en voelt zich daarom gedwongen om dat oordeel te volgen.

Dit is om drie redenen opmerkelijk. Ten eerste blijkt uit uitspraken als Verdam en Scheper dat niet moet worden getoetst of de aanklacht ook zonder de getuigenverklaring zou kunnen worden bewezen. Onmisbaarheid van de getuigenverklaring is kennelijk niet het juiste criterium om het belang van de getuigenverklaring vast te stellen.¹⁶ Ten tweede heeft de rechter de jury geïnstrueerd om minder waarde aan de verklaring van het slachtoffer te hechten, omdat het slachtoffer niet kon worden ondervraagd door de verdediging (§ 22 en 157). Waarom de Grote Kamer zich alleen baseert op één uitspraak van de rechter en de instructie van de jury door diezelfde rechter buiten beschouwing laat, is mij niet duidelijk. Ten derde heeft het EHRM het beschikbare bewijsmateriaal niet zelf geïnventariseerd om vast te stellen hoeveel steunbewijs er bestond voor de getuigenverklaring. Dat is vooral opmerkelijk omdat het beschikbare bewijsmateriaal bij de beoordeling of er voldoende compensatie is toegepast juist wel wordt opgesomd.

4 Compenserende factoren

4.1 Compensatie bij beslissende getuigenverklaringen

Het Straatsburgse uitgangspunt is dat inbreuken op verdedigingsrechten moeten worden gecompenseerd.¹⁷ In het kader van het ondervragingsrecht zijn compenserende factoren manieren om de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring vast te stellen op een andere manier dan door een rechtstreekse ondervraging. Compenserende factoren kunnen een schending van het ondervragingsrecht voorkomen. Nieuw aan de Grote-Kamer-uitspraak is dat dat zelfs het geval kan zijn wanneer de getuigenverklaring van beslissende betekenis is en de getuige niet heeft kunnen worden ondervraagd.

De Kamer had daarover een andere opvatting: tenzij zich bijzondere omstandigheden zouden voordoen, betwijfelde de Kamer of enige compenserende factoren voldoende zouden kunnen zijn om het gebruik van de verklaring van een niet-ondervraagde getuige voor het bewijs te rechtvaardigen als deze de enige of beslissende basis opleverde voor de veroordeling.¹⁸ Vóór de Grote-Kamer-uitspraak in de zaak Al-Khawaja & Tahery heeft het EHRM in niet één geval voldoende compensatie aangenomen in een ‘normaal’ geval waarin de niet op betrouwbaarheid geteste getuigenverklaring van beslissende betekenis was. Weliswaar nam het EHRM in de zaak S.N. voldoende compensatie aan, maar die zaak was atypisch, in de zin dat

¹⁶ Denkbaar is dat de Grote Kamer op dit punt strenger heeft willen worden: is de getuigenverklaring onmisbaar voor het bewijs, dan is deze van beslissende betekenis. Toch vermoed ik niet dat de Grote Kamer dit heeft beoogd, aangezien het de teugels in dit arrest juist meer laat vieren.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 maart 1996, appl.no. 20524/92 (Doorson/Nederland), § 72.

¹⁸ EHRM 20 januari 2009, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery), § 37.

een geboden ondervragingsgelegenheid door de verdediging niet was benut, terwijl de raadsman wel de onderwerpen van het verhoor met de verhorende ambtenaar had doorgenomen.¹⁹ In andere zaken, waarin die bijzondere situatie zich niet voordeed, maar wel potentieel compenserende maatregelen waren toegepast, toetste het EHRM bij de beoordeling van de zaak vaak in het geheel niet of er voldoende was gecompenseerd.²⁰ Dat bevestigt dat compensatie in zo'n geval zo goed als uitgesloten was.

4.2 Compenserende factoren in de zaak Al-Khawaja

In de zaak Al-Khawaja acht de Grote Kamer de verklaring van het slachtoffer van beslissende betekenis. Vervolgens onderzoekt de Grote Kamer in § 155-158 of zich in deze zaak voldoende compenserende factoren voordoen. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. In het bijzonder worden de volgende factoren genoemd:

1. De verklaring van het slachtoffer is door de politie op de juiste manier opgenomen in een proces-verbaal.
2. De betrouwbaarheid van haar verklaring wordt ondersteund door het feit dat het slachtoffer haar beklag had gedaan bij twee vrienden, meteen nadat het delict zou zijn gepleegd. Tussen haar verklaring en die van haar vrienden bestonden weliswaar inconsistenties, maar die waren van ondergeschikte aard. De vrienden hebben ter zitting verklaard.
3. Het belangrijkste vindt de Grote Kamer het feit dat er sterke gelijkenissen bestonden tussen de verklaring van het slachtoffer en de verklaringen van een ander slachtoffer van dezelfde arts, terwijl er geen aanwijzingen waren dat zij elkaars verklaringen hadden beïnvloed.
4. De jury is geïnstrueerd om minder gewicht te hechten aan de verklaring van het slachtoffer vanwege de onmogelijkheid om haar te ondervragen. Op grond hiervan en op grond van het ondersteunende bewijsmateriaal, meent het EHRM dat de jury voldoende in staat was om tot een eerlijke en correcte beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaringen van het slachtoffer te komen.

Interessant is de overweging ten aanzien van de eerste drie factoren dat het bij een zedendelict zoals hier bewezen is verklaard, moeilijk denkbaar is dat er sterker steunbewijs beschikbaar zou zijn, in het bijzonder als ieder van de andere getuigen ter zitting verklaringen heeft afgelegd en op betrouwbaarheid is getest tijdens een *cross-examination*.

Opvallend is het ontbreken in de beoordeling van factoren die juist op onbetrouwbaarheid duiden. Het EHRM heeft weliswaar gewezen op *minor inconsistencies* tussen de verklaring van het slachtoffer en de verklaringen van haar vrienden, maar laat twee andere – toch niet onbelangrijke – factoren buiten beschouwing. Ten eerste is de getuigenverklaring pas maanden na het incident afgelegd en kan door tijdverloop de herinnering aan het gebeurde zijn

¹⁹ EHRM 2 juli 2002, appl.no. 34209/96 (S.N./Zweden). Zie over het atypische karakter van dit arrest ook EHRM 20 januari 2009, appl.nos. 26766/05 & 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery), § 38.

²⁰ Bijvoorbeeld EHRM 24 april 2007, appl.no. 14151/02 (W./Finland).

aangetast. Ten tweede heeft de ten laste gebeurtenis volgens het slachtoffer plaatsgevonden onder hypnose. Tast dat de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring niet aan?²¹

4.3 Van *counterbalancing procedure* naar *counterbalancing factors*

Vóór de arresten in de zaak Al-Khawaja & Tahery legde het EHRM de nadruk op compenserende maatregelen die de nationale autoriteiten hadden getroffen in de gevolgde procedure. Zo overwoog het in de zaak Demski: 'any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities'²² Van een *counterbalancing procedure* kon dus sprake zijn wanneer de autoriteiten maatregelen hadden getroffen om het ontbreken van een adequate ondervragingsgelegenheid te compenseren. De ruimere term *counterbalancing factors* is geïntroduceerd in het arrest van de Kamer (§ 37) en overgenomen door de Grote Kamer (§ 147). Onder deze term vallen blijkens het arrest van de Grote Kamer niet alleen *strong procedural safeguards*²³. Ook een andersoortige factor kan compenseren: het beschikbare bewijsmateriaal.

Het is onduidelijk hoe dat bewijsmateriaal zich nu verhoudt tot de vraag of de getuigenverklaring van beslissende betekenis is. Bij de beoordeling of voldoende compenserende factoren aanwezig zijn, bespreekt de Grote Kamer het overige bewijsmateriaal namelijk expliciet in de sleutel van steunbewijs (§ 156). Kennelijk was het andere bewijsmateriaal niet voldoende als steunbewijs in het kader van de bepaling van het gewicht van de getuigenverklaring, maar wél toelaatbaar als compenserende factor. In de voorafgaande jurisprudentie was het genoemde bewijsmateriaal niet voldoende als steunbewijs voor de *sole or decisive test*. In Bocos-Cuesta bijvoorbeeld was schakelbewijs niet voldoende als steunbewijs, ook niet in combinatie met verklaringen van derden, aan wie de slachtoffers hun verhaal hadden gedaan.²⁴ Tegen die achtergrond zou het niet verrassend zijn geweest dat het schakelbewijs en de verklaringen van derden in Al-Khawaja onvoldoende waren bevonden als steunbewijs voor de *sole or decisive test*. Tegelijk is het wel verrassend dat precies datzelfde bewijsmateriaal wordt beschouwd als compenserende factor. Mogelijk is de omstandigheid dat de desbetreffende getuigen ter zitting konden worden ondervraagd daarbij van cruciale betekenis. De betrouwbaarheid van het steunbewijs kon daardoor worden onderzocht.

Op grond van de zaken Al-Khawaja en Tahery kan niet in het algemeen worden vastgesteld welke vorm van compensatie voldoende is om een schending van het ondervragingsrecht te

²¹ Daarover is een deskundige ter zitting gehoord (§ 13-14 en 21), maar wat diens bevindingen waren, vermeldt het arrest niet.

²² EHRM 4 november 2008, appl.no. 22695/03 (Demski/Polen), § 39.

²³ De *strong procedural safeguards* waren in de zaak Al-Khawaja in feite helemaal niet zo sterk. Ervan uitgaande dat de beschikbaarheid van steunbewijs niet kan worden aangemerkt als een procedurele waarborg, was een juiste instructie aan de jury, in combinatie met het correct in een proces-verbaal opnemen van de verklaring van de getuige al voldoende.

²⁴ EHRM 10 november 2005, appl.no. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland), § 70. In EHRM 5 april 2005, appl.no. 39209/02 (Scheper/Nederland) was schakelbewijs wél betrokken in de *sole or decisive test*, maar was er daarnaast ook ander bewijsmateriaal, dat op de door de verdachte betwiste dwang bij verkrachting wees.

voorkomen. Mogelijk speelt daarbij een rol welke type delict bewezen is. Ook ligt het voor de hand te denken dat met het toenemen van het belang van de getuigenverklaring de behoefte aan compensatie ook toeneemt.²⁵

5 Goede reden om een ondervragingsgelegenheid te onthouden

5.1 Algemeen

In § 119-120 maakt het EHRM duidelijk dat bij de beoordeling van een klacht dat het ondervragingsrecht is geschonden, van cruciale betekenis is of er een goede reden heeft bestaan waarom de getuige niet is verschenen en zijn eerder afgelegde verklaring toch voor het bewijs is gebruikt. Dat dit een relevante beoordelingsfactor was, was ook op grond van eerdere jurisprudentie wel duidelijk.²⁶ In § 120 gaat de Grote Kamer echter verder door te overwegen:

‘The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3(d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined (see, for example, in *Lüdi v. Switzerland*, 15 June 1992, Series A no. 238, *Mild and Virtanen v. Finland*, no. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005; *Bonev v. Bulgaria*, no. 60018/00, 8 June 2006; and *Pello v. Estonia*, no. 11423/03, 12 April 2007).’

Hieruit blijkt dat afwezigheid van een goede reden voor het hebben ontbroken van een ondervragingsgelegenheid reeds op zichzelf de vaststelling van een schending kan dragen.

5.2 Een nieuwe regel?

Het EHRM presenteert deze regel alsof die duidelijk uit de eigen jurisprudentie kon worden afgeleid. Het is de vraag of dat wel juist is. Duidelijk is dat de gehanteerde terminologie nieuw is. Tot nu toe werd de vraag of er een goede reden was voor beperking van het ondervragingsrecht alleen genoemd in arresten die betrekking hadden op anonieme getuigen. Voor het verborgen houden van de identiteit van die getuigen moet een *relevant reason* bestaan, die bovendien als *sufficient reason* kan worden beschouwd.²⁷ De goede reden waarover het EHRM spreekt, heeft vaak betrekking op de activiteit die de nationale justitiële autoriteiten moeten ontplooiën om de gewenste getuige op te sporen en voor ondervraging ter beschikking te stellen. De beoordeling van de goede reden is op die manier dus vaak een beoordeling of de autoriteiten zich wel voldoende hebben ingespannen. In de zaken die de

²⁵ Zie daarover ten aanzien van anonieme getuigen EHRM 14 februari 2002, 26668/95 (Visser/Nederland), § 46.

²⁶ EHRM 20 december 2001, appl.no. 33900/96 (P.S./Duitsland), § 23: ‘only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6’.

²⁷ EHRM 17 november 2005, appl.no. 73047/01 (Haas/Duitsland), p. 15: ‘The national authorities must have adduced relevant and sufficient reasons to keep secret the identity of certain witnesses.’

Grote Kamer moest beoordelen, waren de goede redenen gelegen in het zijn overleden van de ene getuige en het niet durven verklaren door de andere getuige.

Nadere bestudering van de door het EHRM genoemde jurisprudentie – de zaken Lüdi, Mild & Virtanen, Bonev en Pello – laat zien dat de regel daaruit niet duidelijk bleek. In geen van deze vier arresten heeft het EHRM expliciet vastgesteld dat de desbetreffende getuigenverklaringen van beslissende betekenis waren. De verklaringen in de eerste drie genoemde zaken waren echter wel duidelijk van grote betekenis geweest bij de veroordeling van de verdachte. In Bonev overwoog het EHRM zelfs: ‘Mr Z.T.’s and Mr L.A.’s statements appear to have been therefore decisive for the applicant’s conviction.’²⁸ Het is niet uitgesloten dat de kamers van het EHRM die deze drie zaken beoordeelden de verklaringen wel van doorslaggevende betekenis hebben geacht, ook al hebben zij dat niet met zoveel woorden vastgesteld. In de zaak Pello waren de getuigenverklaringen weliswaar niet van beslissende betekenis (ze waren niet voor het bewijs gebruikt), maar in die zaak beschouwde de verdediging de desbetreffende getuigen als getuigen à décharge en daarop is de *sole or decisive rule* niet van toepassing. Geconcludeerd kan worden dat de door het EHRM geformuleerde stelling dat het is voorgekomen dat een schending van het ondervragingsrecht is aangenomen in gevallen waarin een betwiste getuigenverklaring niet van beslissende betekenis was, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de door het EHRM genoemde arresten.

Andere jurisprudentie dan die de Grote Kamer noemt, wijst juist in de richting van een nieuwe regel. Belangrijk is de nadruk die het EHRM pleegde te leggen op de *sole or decisive rule*. In het arrest Mirilashvili overwoog het zelfs expliciet: ‘There will be no violation if a witness not questioned in adversarial proceedings was not a “key” witness, that is, if “the conviction was not based solely or to a decisive degree” on his statements’.²⁹ Het leek er inderdaad op dat het ontbreken van een goede reden om de getuige niet aan de verdediging ter beschikking stellen, geen zelfstandige grond opleverde voor het aannemen van een schending. Dat was alleen het geval wanneer de getuigenverklaring van grote betekenis was. In gevallen waarin de getuigenverklaring van beslissende betekenis werd geacht, werd soms ook niet meer onderzocht of er een goede reden bestond voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid.³⁰ Dat leek te bevestigen dat die reden geen zelfstandige invloed had op de uiteindelijke beslissing.

5.3 Impact van de regel

Belangrijker dan de vraag of deze regel nieuw is, is de vraag hoe hij in concreto moet worden toegepast. Als een getuigenverklaring niet beslissend is geweest, kan een schending worden aangenomen wanneer een goede reden voor het onthouden van een ondervragingsgelegenheid ontbreekt. Maar betekent dit nu dat het belang van de getuigenverklaring hierbij geen enkele rol speelt? Stel dat een getuigenverklaring voor het bewijs is gebruikt, maar onbelangrijk is in de totale bewijsconstructie, omdat met weglating van

²⁸ EHRM 8 juni 2006, appl.no. 60018/00 (Bonev/Bulgarije), § 44.

²⁹ EHRM 11 december 2008, appl.no. 6293/04 (Mirilashvili/Rusland), § 164.

³⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 8 december 2009, appl.no. 44023/02 (Caka/Albanië), § 105-106 en EHRM 20 april 2006, appl.no. 4548/02 (Carta/Italië).

die verklaring een bewezenverklaring nog steeds mogelijk zou zijn geweest. Denk bijvoorbeeld aan een getuige die heeft verklaard met welke term de verdachte iemand heeft beledigd, terwijl tien andere bewezenverklaarde termen uit andere getuigenverklaringen blijken. Is de zittingsrechter op grond van het arrest van de Grote Kamer dan gehouden om die ene getuige op te laten roepen om te worden ondervraagd door de verdediging? En moet daarbij eventueel ook worden geprobeerd om de getuige door middel van een rechtshulpverzoek in het buitenland te traceren en zo mogelijk naar Nederland over te laten komen? Maakt de strafbedreiging hier wellicht nog verschil?³¹ Het arrest van de Grote Kamer biedt hier geen duidelijkheid. Mij lijkt dat het recht op een eerlijk proces niet zo ver kan reiken dat de overheid er alles aan moet doen om zelfs onbelangrijke getuigen succesvol te laten ondervragen.

In de door de Grote Kamer genoemde zaken Bonev, Mild & Virtanen en Lüdi waren de getuigenverklaringen van grote betekenis geweest voor de vaststelling van de schuld van de verdachte, zelfs als ze wellicht niet van beslissende betekenis waren. Als de Grote Kamer zou menen dat getuigen wel behoorlijk belangrijk moeten zijn om schending van het ondervragingsrecht te mogen aannemen wegens het ontbreken van een goede reden, dan maakt dat de jurisprudentie er niet overzichtelijker op. In dat geval zou immers onderscheid moeten worden gemaakt tussen verklaringen die onbelangrijk zijn, verklaringen die belangrijk zijn en verklaringen die beslissend zijn.

Complicerend is dat uit de jurisprudentie van vóór Al-Khawaja & Tahery blijkt dat het EHRM de vraag naar de verwijtbaarheid van de justitiële autoriteiten herhaaldelijk heeft beantwoord tegen de achtergrond van het belang van de getuigenverklaring. Die twee werken als communicerende vaten: hoe belangrijker de getuigenverklaring is, hoe meer activiteit van de overheid wordt verwacht. Andersom hoeft niet het onderste uit de kan te worden gehaald wanneer de getuigenverklaring van geringe betekenis is.³² Dat lijkt mij een redelijk uitgangspunt. In de overweging van de Grote Kamer worden de twee beoordelingsfactoren echter strikt van elkaar gescheiden. We moeten afwachten hoe het EHRM hiermee in toekomstige zaken om zal gaan.

6 Beslissingsmodel

In § 152 presenteert de Grote Kamer een beslissingsmodel voor de beoordeling van de situatie waarin geen enkele ondervragingsgelegenheid heeft bestaan. Hoewel de Grote Kamer op deze plaats niet met zoveel woorden aangeeft dat dit een dwingende volgorde is waarin de vragen moeten worden beantwoord, lijkt uit andere passages in het arrest wel te mogen worden afgeleid dat de volgende vragen steeds in deze volgorde moeten worden beantwoord:³³

³¹ Onder andere in EHRM 8 juni 2006, appl.no. 60018/00 (Bonev/Bulgarije), § 44 was de strafbedreiging een relevante beoordelingsfactor bij de vraag of de autoriteiten zich voldoende hadden ingespannen om een getuige voor ondervraging beschikbaar te stellen.

³² Zie bijvoorbeeld EHRM 8 januari 2009, appl.no. 14899/04 (Babkin/Rusland), p. 9: 'However, taking into account the fact that Mr I. was seriously ill and was advised by the doctors against making his appearance in court and, in particular, that his testimony was not decisive for the applicant's conviction, the domestic court's decision to eschew a cross-examination does not appear arbitrary or unreasonable and did not restrict the applicant's defence rights to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention'.

³³ Dit blijkt uit § 120, 146 en 147. Het is m.i. ook een logische beslisvolgorde.

1. Was het noodzakelijk om de verdediging een ondervragingsgelegenheid te onthouden?³⁴
2. Vormde het niet op betrouwbaarheid onderzochte bewijsmateriaal de enkele of beslissende basis voor de veroordeling?
3. Waren er voldoende compenserende factoren, inclusief sterke procedurele waarborgen, die verzekerden dat het proces, als geheel gezien, eerlijk was?

Het model geeft houvast voor de beoordeling van gevallen waarin de getuige niet kon worden ondervraagd. In gevallen waarin de getuige wél kon worden ondervraagd, maar slechts op een beperkte manier, zal ook nog de vraag moeten worden beantwoord of er sprake was van een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid. Mij lijkt dat die vraag als eerste zou moeten worden beantwoord. Wanneer geen adequate ondervragingsgelegenheid is geboden, zou als tweede moeten worden onderzocht of het noodzakelijk was het ondervragingsrecht te beperken. Een algemener toepasbaar beslissingsmodel zou er dan als volgt uit kunnen zien:

1. Is er sprake geweest van een adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid?³⁵
2. Was het noodzakelijk om het ondervragingsrecht te beperken?³⁶
3. Is de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de verklaring van de niet door de verdediging ondervraagde getuige?
4. Hebben zich voldoende compenserende factoren voorgedaan, inclusief sterke procedurele waarborgen?

7 Overall-fairness als uitgangspunt

De *sole or decisive rule* wordt niet langer als een absolute regel beschouwd, maar als een factor die in verhouding tot compenserende factoren moet worden beschouwd. Hoe kan deze ommezwaai van de Grote Kamer worden verklaard? De verdedigingsrechten van artikel 6 lid 3 EVRM zijn rechten die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces van artikel 6 lid 1 EVRM. Het EHRM beoordeelt klachten over schending van het ondervragingsrecht dan ook standaard tegen de achtergrond van dat moederrecht. De vraag is dus steeds of er, alle factoren van de zaak als geheel in acht nemend, sprake is geweest van een eerlijk proces.³⁷ De Grote Kamer benadrukt dat uitgangspunt en wijst op arresten waarin het EHRM die ‘overall examination of the fairness’ eerder heeft onderzocht (§ 143-145). Hoewel *overall-fairness* dus geen nieuw uitgangspunt is in de Straatsburgse jurisprudentie, vormde de *sole or decisive rule* voorheen een beperking bij de beoordeling van die *fairness*. Ongeacht de bijzondere omstandigheden van

³⁴ In het arrest van de Grote Kamer is het anders geformuleerd: ‘whether it was necessary to admit the witness statements’. Dat heeft wellicht te maken met de specifieke aspecten van de Engelse strafvordering, die een afzonderlijke bewijstoelatingsprocedure kent. De vraag in de te beoordelen zaken was of de verklaringen terecht waren toegelaten tot het bewijs en dus voorgelezen ter zitting. Uit § 119 blijkt een andere en mijns inziens juistere formulering: ‘there must be a good reason for the non-attendance of a witness’.

³⁵ Het criterium van de *adequate and proper opportunity* is afkomstig uit EHRM 20 november 1989, appl.no. 11454/85 (Kostovski/Nederland), § 41.

³⁶ Onder beperking kan dan ook worden verstaan het volledig ontbreken van iedere ondervragingsgelegenheid. Vgl. EHRM 20 december 2001, appl.no. 33900/96 (P.S./Duitsland), § 23: ‘only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6’. In deze zaak was geen enkele ondervraging mogelijk geweest.

³⁷ EHRM 11 december 2008, appl.no. 6293/04 (Mirilashvili/Rusland), § 164-166.

een zaak, werd een veroordeling die in beslissende mate was gebaseerd op verklaringen van niet door de verdediging ondervraagde getuigen, beschouwd als onverenigbaar met het recht op een eerlijk proces.³⁸ In het arrest *Al-Khawaja & Tahery* acht de Grote Kamer een flexibele toepassing van de *sole or decisive rule* noodzakelijk. Het toepassen van deze regel als een absolute regel

‘would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that runs counter to the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice.’ (§ 146)

De door de Grote Kamer genoemde zaken waarin de *overall fairness* was beoordeeld, hadden geen betrekking op het ondervragingsrecht. De Grote Kamer had hier kunnen verwijzen naar het arrest *Mirilashvili*, waarin op grond van de afzonderlijke beoordelingsfactoren geen schending van het ondervragingsrecht kon worden vastgesteld, maar alle factoren tezamen genomen wel tot de conclusie leidden dat de verdachte geen eerlijk proces had gehad.³⁹ Er kan dus niet worden gesteld dat de nieuwe lijn van het EHRM volledig uit de lucht komt vallen. Wel is een belangrijk verschil vast te stellen tussen de benadering in *Mirilashvili* en de benadering in *Al-Khawaja & Tahery*. In de zaak *Mirilashvili* werden de getuigenverklaringen niet van beslissende betekenis geacht. In deze zaak werd desondanks een schending aangenomen op grond van de optelsom van alle beoordelingsfactoren. In de zaak *Al-Khawaja* doet de omgekeerde situatie zich voor: de getuigenverklaringen worden wél van beslissende betekenis geacht, maar desondanks wordt geen schending aangenomen. Dat is nieuw in de EHRM-jurisprudentie over het ondervragingsrecht.

De gedachte van *overall fairness* klinkt op een aantal punten in het arrest door. Compensatie wordt mogelijk geacht wanneer een beslissende getuige in het geheel niet heeft kunnen worden ondervraagd. De rechter zal een afweging moeten maken van alle factoren van de zaak. Het gewicht van de getuigenverklaring wordt gezien als ‘a very important factor to be placed in the balance alongside the procedural safeguards (...) and other counterbalancing factors present in the case.’ (§ 155) Bij de afweging moet de rechter bovendien ‘weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice’ (§ 146).⁴⁰ Tegelijk presenteert de Grote Kamer het ontbreken van een goede reden voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid als een factor die reeds op zichzelf de vaststelling van een schending kan rechtvaardigen (§ 120). Dat past niet bij de benadering van de *overall fairness*, aangezien bij strikte toepassing van die

³⁸ Zie daarover ook de bij het arrest opgenomen *partly dissenting and partly concurring opinion* van de rechters Sajó en Karakaş. Zij beschouwen de *sole or decisive rule* als de kern van het ondervragingsrecht en stellen dat de *overall fairness* weliswaar een relevante factor is, maar die niet met zich brengt dat een fundamenteel recht van zijn essentie mag worden ontdaan.

³⁹ EHRM 11 december 2008, appl.no. 6293/04 (*Mirilashvili/Rusland*), in het bijzonder § 228-229.

⁴⁰ Zo kan in een zedenzaak worden gedacht aan het belang van de maatschappij om de dader te bestraffen, het belang van het slachtoffer om niet te hoeven getuigen en het belang van de verdachte om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te kunnen onderzoeken.

regel ook bij onbeduidende getuigenverklaring een schending van het ondervragingsrecht zou moeten worden vastgesteld. Zoals ik hiervoor heb betoogd, tast het enkele ontbreken van een goede reden de eerlijkheid van het proces m.i. nog niet in die mate aan dat van een schending sprake is.

8 De betekenis van Al-Khawaja & Tahery voor het Britse recht

In de zaak Horncastle heeft de appèlrechter een nieuwe test geïntroduceerd om vast te stellen of *hearsay evidence* voor het bewijs mag worden toegelaten. Die bestaat uit twee onderdelen. Als eerste moet worden onderzocht of er een rechtvaardiging bestaat voor de afwezigheid van de getuige ter zitting. Ten tweede moet worden vastgesteld of de getuigenverklaring *demonstrably reliable* is, dan wel dat de betrouwbaarheid van de verklaring voldoende kan worden beoordeeld.⁴¹ Is aan deze eisen voldaan, dan levert het voorlezen van de getuigenverklaring ter zitting geen strijd op met het recht op een eerlijk proces.

Het arrest van de Grote Kamer laat zien dat de test van Horncastle – los van de praktische toepassing daarvan – in overeenstemming is met het nieuwe EHRM-recht. De vaststelling van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring is het Britse equivalent van de compenserende factoren. Omdat naar Brits recht de betrouwbaarheid van een de-audit-verklaring in alle gevallen – dus ook bij minder belangrijke getuigenverklaringen – voldoende moet kunnen worden beoordeeld, is het niet noodzakelijk om ook nog de *sole or decisive test* uit te voeren. Hoewel de Grote Kamer in zijn arrest goed zijn best heeft gedaan om de Britse argumenten tegen de *sole or decisive rule* onderuit te halen⁴², kan dus worden geconstateerd dat de toepassing van de test van Horncastle het ondervragingsrecht in beginsel niet aantast. Wel zou de praktische invulling van die test moeten worden heroverwogen om in alle gevallen aan de nieuwe EHRM-standaard te voldoen. In de zaak Tahery werd immers wel een schending van het ondervragingsrecht aangenomen, omdat in die zaak het uitblijven van een ondervragingsgelegenheid onvoldoende was gecompenseerd.

9 De betekenis van Al-Khawaja & Tahery voor het Nederlandse recht

Hoe verhoudt het beslissingsmodel van Al-Khawaja & Tahery zich tot het Nederlandse recht? De regel dat er een goede reden moet bestaan voor het uitblijven van een ondervragingsgelegenheid, speelt in het Nederlandse recht een rol in het kader van de beoordeling van oproepingsverzoeken. Een rechter mag besluiten geen gehoor te geven aan een verzoek van de verdediging tot oproeping van een getuige, maar hij is daarbij wel gebonden aan de regels die het Wetboek van Strafvordering daarover bevat.⁴³ Beslissingen tot afwijzing moeten goed worden gemotiveerd. Nadat de Hoge Raad op dat punt in het arrest Bocos-Cuesta op de vingers was getikt door het EHRM, heeft hij de motiveringseisen aangescherpt en in overeenstemming gebracht met de EHRM-jurisprudentie.⁴⁴

⁴¹ England and Wales Court of Appeal 22 mei 2009, [2009] EWCA Crim 964, § 58 en 79.

⁴² Zie § 130-142.

⁴³ In een procedure in eerste aanleg zijn vooral de artikelen 263, 264, 287, 288 en 315 Sv van belang voor de beoordeling van oproepingsverzoeken.

⁴⁴ EHRM 10 november 2005, appl.no. 54789/00 (Bocos-Cuesta/Nederland), § 72; HR 6 juli 2010, NJ 2010, 509.

Met betrekking tot het bepalen van het gewicht van de getuigenverklaring in de bewijsconstructie heeft de Hoge Raad de jurisprudentie van het EHRM neergelegd in het arrest *Grenzen getuigenbewijs*.⁴⁵ Met inachtneming van enkele latere nuanceringen van dat arrest⁴⁶, bevat het arrest nog steeds het geldende recht. In dit arrest wordt een regel geformuleerd met betrekking tot steunbewijs, die erop neerkomt dat bij aanwezigheid van voldoende steunbewijs geen schending van het ondervragingsrecht zal worden aangenomen. Dat uitgangspunt is in overeenstemming met de uitspraak van de Grote Kamer.

Ontbreekt voldoende steunbewijs, dan wordt niet automatisch een schending van het ondervragingsrecht aangenomen. In dat geval bestaat volgens de Hoge Raad namelijk nog ruimte voor compensatie: wanneer een 'aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende compensatie' wordt geboden, staat artikel 6 EVRM niet in de weg aan het gebruik van een beslissende getuigenverklaring voor het bewijs.⁴⁷ Deze overweging heeft overigens exclusief betrekking op zedenzaken met minderjarige slachtoffers als doorslaggevende getuigen. De Hoge Raad heeft zich nooit uitgelaten over de mogelijkheid van compensatie in andersoortige zaken. Welke maatregelen precies compenserend zullen werken, heeft de Hoge Raad in het midden gelaten: 'De wijze waarop een zodanige compensatie zal kunnen worden geëffectueerd zal afhangen van de omstandigheden van het geval'. Wel heeft hij een aantal voorbeelden genoemd van maatregelen die compenserend zouden kunnen werken: het ter zitting afspelen van een video-opname van het getuigenverhoor, eventueel in combinatie met het laten uitvoeren van een onderzoek naar de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring door een deskundige.

Ik heb de jurisprudentie van de Hoge Raad op het punt van de compenserende maatregelen eerder bekritiseerd.⁴⁸ Na het omgaan met het EHRM blijkt het beslismodel van de Hoge Raad perfect te passen bij de wijze van beoordelen door het EHRM. De relevante factoren worden in beginsel in dezelfde volgorde beoordeeld als die het EHRM hanteert en er bestaat ruimte om bij beslissende getuigenverklaringen te compenseren, waarbij de wijze van compensatie per zaak kan verschillen. Alleen de situatie waarin bij een niet-beslissende getuigenverklaring toch een schending van het ondervragingsrecht kan worden aangenomen op grond van *overall-unfairness*, wordt niet bestreken door de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Hierbij moet wel worden aangetekend dat nog niet kan worden geconcludeerd of de door de Hoge Raad genoemde maatregelen in de ogen van het EHRM voldoende compenserend werken. In de Straatsburgse jurisprudentie is in een aantal soortgelijke zaken een schending van het ondervragingsrecht aangenomen wanneer de door de Hoge Raad genoemde maatregelen daadwerkelijk waren getroffen. Een voorbeeld daarvan is het arrest *W. tegen Finland*. In die zaak waren niet alleen de door de Hoge Raad genoemde maatregelen getroffen, maar waren er ook meer slachtoffers die gelijksoortige verklaringen hadden

⁴⁵ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427.

⁴⁶ HR 14 april 1998, *NJ* 1999, 73; HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 827.

⁴⁷ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 672, § 3.6, bevestigd in HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 191 en HR 6 juli 2010, *NJ* 2010, 509.

⁴⁸ B. de Wilde, 'Compensatie voor het uitblijven van een gelegenheid om een minderjarig slachtoffer als getuige te ondervragen', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 495-511; B. de Wilde, 'De Hoge Raad moet om! Over het recht minderjarige slachtoffers in zedenzaken te ondervragen', *NJB* 2009, p. 2885-2886.

afgelegd. Ook hadden anderen dan de getuigen verklaard omtrent hetgeen de slachtoffers tegen hen hadden gezegd.⁴⁹ Het is lastig te voorspellen of het EHRM ook op grond van de nieuwe maatstaven een schending zou hebben aangenomen in deze zaak.

10 Een uitgekleed ondervragingsrecht

Wat is nu de impact van dit arrest? Duidelijk is dat het EHRM is omgegaan. Onder de oude jurisprudentie stond centraal dat een beslissende getuigenverklaring niet alleen moest kunnen worden betwist, maar dat de desbetreffende getuige ook moest kunnen worden ondervraagd. Het kunnen controleren van de manier waarop een verhoor is uitgevoerd, door bijvoorbeeld een videoband van het verhoor te bestuderen, werd niet voldoende geacht om te kunnen spreken van een eerlijk proces. Dat kunnen controleren kon niet gelijk worden gesteld aan een *adequate and proper opportunity* om de getuige te ondervragen en het leverde evenmin voldoende compensatie op.⁵⁰ In het arrest *Al-Khawaja & Tahery* verlaat het EHRM de regel dat een beslissende getuige altijd moet kunnen worden ondervraagd. De mogelijkheid wordt geopend om de betrouwbaarheid van een beslissende getuigenverklaring te onderzoeken langs andere weg dan door ondervraging van de getuige. Immers, reeds voldoende kan zijn dat de betrouwbaarheid blijkt uit ander bewijsmateriaal – ook al was dat onvoldoende om als steunbewijs te mogen dienen – en er voldoende processuele waarborgen zijn ingebouwd in de procedure.

Het lijkt erop dat beslissende getuigenverklaringen voortaan steeds mogen worden toegelaten voor het bewijs als er maar een goede reden bestaat voor het uitblijven van een ondervragingsgelegenheid en zich voldoende compenserende factoren voordoen. Daarbij moeten echter twee mogelijk belangrijke aspecten niet over het hoofd worden gezien. In de eerste plaats overweegt de Grote Kamer dat het niet correct zou zijn om de bijzondere aspecten van een specifiek rechtssysteem te negeren (§ 130 en 146). De beoordeelde zaken zijn op nationaal niveau berecht naar Brits recht. Dat recht kent een systeem van zeer specifieke bewijsregels. Als uitgangspunt geldt dat getuigen ter zitting verklaren en daar kunnen worden ondervraagd. Alleen in bijzondere situaties en alleen onder bepaalde voorwaarden wordt *hearsay evidence* toegelaten. Dat is een groot verschil met een land als Nederland, waarin getuigen zelden ter zitting worden ondervraagd en verdachten dikwijls worden veroordeeld op basis van de-audit-verklaringen. Die mogen vrijwel onbeperkt worden gebruikt voor het bewijs.⁵¹ Het is denkbaar dat bij de toekomstige beoordeling van zaken door het EHRM de eigenschappen van het nationale rechtssysteem een prominentere rol krijgen. Tegelijk merkt de Grote Kamer op dat het EHRM ‘ultimately must apply the same standard of review under article 6 §§ 1 and 3(d), irrespective of the legal system from which a case emanates.’

Een tweede aspect is de aard van de te beoordelen zaak. Bij de beoordeling van de zaak *Al-Khawaja* benadrukt het EHRM het bijzondere van zedenzaken. Die zaken spelen zich vaak in de beslotenheid af, zonder andere ooggetuigen (§ 156). Daardoor is het erg moeilijk om

⁴⁹ EHRM 24 april 2007, appl.no. 14151/02 (W./Finland).

⁵⁰ Zie daarover expliciet EHRM 28 september 2010, appl.no. 40156/07 (A.S./Finland), § 66.

⁵¹ Hoewel de Hoge Raad heeft bepaald dat daarbij ‘uiterste behoedzaamheid’ in acht moet worden genomen (HR 20 december 1926, NJ 1927, 85), heeft die eis in de praktijk nauwelijks betekenis.

voldoende bewijsmateriaal te verzamelen dat de verklaring van de getuige ondersteunt. Mogelijk zal het EHRM in andersoortige zaken dus hogere eisen stellen aan de compenserende factoren.⁵² Ook los daarvan is nog niet duidelijk welke compenserende factoren het EHRM in de toekomst als voldoende zal aanmerken.

Ik ben geen voorstander van het loslaten van het absolute karakter van de *sole or decisive rule*. Het probleem van getuigenverklaringen is dat zij potentieel onbetrouwbaar zijn. Dat probleem speelt in nog sterkere mate wanneer het de-audit-verklaringen betreft, zoals in vrijwel alle zaken waarin het ondervragingsrecht wordt ingeroepen.⁵³ Waar het ondervragingsrecht voorheen inhield dat cruciale getuigen moeten kunnen worden ondervraagd, lijkt dat nu te zijn afgezwakt tot een recht om de betrouwbaarheid van getuigen te onderzoeken. Ondervraging wordt daarbij niet langer als de kern van het ondervragingsrecht beschouwd. Het bezwaar daartegen is dat de verdediging de betrouwbaarheid van de getuige niet heeft kunnen onderzoeken op de punten die zij relevant acht. De kans op betrouwbaarheid neemt weliswaar toe wanneer zich compenserende factoren voordoen, maar aan de verdediging is wel de kans ontnomen om de onbetrouwbaarheid van de getuige aan te tonen op punten die in de procedure mogelijk onderbelicht zijn gebleven. Nieuwe jurisprudentie zal moeten uitwijzen in welke mate het arrest Al-Khawaja & Tahery het ondervragingsrecht heeft uitgekleed.

⁵² Deze benadering acht ik overigens dubieus. De bewijsstandaard zou in zedenzaken niet anders moeten liggen dan bij andere zaken om de enkele reden dat het lastiger is voldoende bewijs te verzamelen. Het gaat bij het ondervragingsrecht nu juist steeds om de situatie dat er weinig steunbewijs beschikbaar is. Daarbij komt dat in zedenzaken nogal eens valse aangiften worden gedaan (vgl. C. Veraart, *Valse zeden. Onterechte aangiften in zedenzaken*, BBNC Uitgevers 2003), vermoedelijk vaker dan in andersoortige zaken. Dat zou juist pleiten voor strengere eisen aan de compensatie.

⁵³ Vgl. EHRM 10 mei 2005, appl.no. 19354/02 (Thomas/Verenigd Koninkrijk), p. 13: 'The difficulty of assessing the credibility of an account from a written transcript is the rationale of the rule against hearsay evidence'.