

ANNOTATIE

Al Alo t. Slowakije (EHRM, 32084/19) – De afwezige getuige en strafvorderlijke samenwerking binnen de Europese Unie

C.M. Taylor Parkins-Ozephius en D.A.G. van Toor

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 10-02-2022,
ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419 (EHRC-2022-0054)*

1. Al Alo, een Syrisch staatsburger, is in Slowakije veroordeeld voor migrantensmokkel. Alhoewel Al Alo stelde dat hij enkel de kennissen van zijn vader hielp door hen onderdak en transport aan te bieden, werd hij schuldig bevonden en veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf. Het bewijs voor het feit volgde onder meer uit de verklaringen van de desbetreffende migranten: zij stelden dat zij de verdachte hadden betaald voor het verzorgen van een reis naar Duitsland. Deze verklaringen zijn afgelegd gedurende het vooronderzoek. Voorafgaand aan de ondervragingen van de getuigen is Al Alo tweemaal uitgenodigd om bij de ondervraging aanwezig te zijn, maar hij weigerde beide uitnodigingen. Ten tijde van de eerste uitnodiging werd hij nog niet bijgestaan door een raadsman, ten tijde van de tweede uitnodiging wel. Na het afleggen van de verklaringen zijn de belastende getuigen Slowakije uitgezet naar respectievelijk Roemenië en Denemarken waardoor zij tijdens het onderzoek ter terechtzitting niet beschikbaar waren om (nader) te verklaren. Nu de mogelijkheid ontbrak om deze getuigen tijdens het onderzoek ter terechtzitting te ondervragen, meent Al Alo dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden. Een *Keskin*-zaak^[1] dus, waarover zoveel te doen is (geweest) in de Nederlandse strafrechtspleging^[2] en wetenschap,^[3] maar daarbij gaat het vrijwel nooit om het criterium dat in de onderhavige zaak centraal staat, te weten de goede grond voor afwezigheid van de belastende getuige tijdens het onderzoek ter terechtzitting. In de randnummers 2-4 wordt het kader hiervan kort geschetst. In randnummer 5 vindt de

bespreking van het oordeel in de onderhavige zaak plaats, waarbij voornamelijk wordt ingegaan op de “goede” reden voor afwezigheid van de getuigen. In randnummers 6-7 wordt de uitspraak in het bredere perspectief geplaatst van de criteria die gelden met betrekking tot het gebruik van verklaringen afgelegd door afwezige getuige *à charge*. In randnummer 8 bekijken wij deze uitspraak in het licht van andere zaken waarin het EHRM – net zoals in de onderhavige zaak – korte metten maakt met een formalistische argumentatie bij de afwijzing van verdedigingsrechten.

2. Het zal niet verrassen dat het EHRM bij de beoordeling van deze zaak opnieuw de driestappentoets uit *Schatschaschwili*[4] gebruikt. Die factoren, zoals vertaald door de Hoge Raad, zijn: '(i) de reden dat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend met betrekking tot een getuige van wie de verklaring voor het bewijs wordt gebruikt, (ii) het gewicht van de verklaring van de getuige, binnen het geheel van de resultaten van het strafvorderlijke onderzoek, voor de bewezenverklaring van het feit, en (iii) het bestaan van *compenserende factoren*, waaronder ook procedurele waarborgen, die compensatie bieden voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid.’[5] Ondanks dat in de rechtspraak van het EHRM de stappen in de zojuist beschreven volgorde worden beoordeeld, is de uitkomst van de tweede stap van groot belang voor de invulling van de andere stappen. Als een verklaring namelijk geen, een marginale of ondersteunende rol speelt voor de bewezenverklaring ligt het voor de hand dat nog steeds sprake is van een eerlijk proces in zijn geheel, zelfs als geen goede reden voor afwezigheid bestaat en er geen compensatie is geboden. Daar staat tegenover dat '[n]aarmate het gewicht van de verklaring groter is, is het – wil de verklaring voor het bewijs kunnen worden gebruikt – des te meer van belang dat een goede reden bestaat voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid en dat compenserende factoren bestaan.’[6]

3. Wat de onderhavige zaak bijzonder maakt, is dat het – anders dan in de meeste zaken[7] – gaat om de eerste stap uit deze driestappentoets: bestaat er een goede reden voor afwezigheid van de getuige ter terechtzitting? In de onderhavige zaak wordt in de nationale procedure de tijdige vindbaarheid van de getuigen niet aangenomen. Dat is, zowel naar Nederlands recht als naar rechtspraak van het EHRM, een geaccepteerde grond voor afwezigheid van een belastende getuige. Uit *Schatschaschwili* (par. 113) blijkt echter dat het ontbreken van een goede grond voor afwezigheid op zichzelf niet voldoende is voor het aannemen van een schending van artikel 6 EVRM. Het EHRM ziet de stappen als communicerende vaten, waarbij de *overall* beoordeling terugkomt in de *overall-fairness* toets.[8]

4. In tegenstelling tot onderliggende zaak, gaat het bij dit type zaken, zoals al kort aangestipt, voornamelijk om de zogenoemde *sole or decisive rule* uit de tweede stap van de toets. Een beetje gechargeerd, kan de eerdergenoemde driestappentoets gereduceerd worden tot de vraag naar het belang van de verklaring.[9] Als de getuigenverklaring doorslaggevend is voor

een bewezenverklaring lijkt er in eerste instantie weinig ruimte voor de zittingsrechter te bestaan om die belastende getuige niet ter zitting op te roepen. Als de getuigenverklaring daarentegen van ondergeschikt belang is, *casu quo* als er voldoende ondersteunend bewijsmateriaal aanwezig is, is dat vaak toereikend om een verzoek tot het oproepen van de belastende getuige af te wijzen.[10] Het is eventueel zelfs mogelijk om het feit dat de verklaring van de getuige van ondergeschikt belang is voor de rechtszaak ook te gebruiken voor de eerste stap: A-G Hartevelde beargumenteert in zijn conclusie bij een *post-Keskin* zaak dat het ondergeschikte belang van de verklaring een goede reden is voor afwezigheid van de getuige bij het onderzoek ter terechtzitting.[11] Hiermee worden de eerste twee stappen teruggebracht naar één toets en wordt het belang van de *sole or decisive rule* nog groter.

5. Terug naar de onderhavige zaak: daarin oordeelde de Slowaakse rechter dat de getuigen ‘*unreachable*’ waren nu zij na de uitzetting buiten Slowakije woonachtig waren en omdat er geen redenen waren om aan te nemen dat zij gemotiveerd waren om terug te komen naar Slowakije (of hier toestemming voor zouden krijgen). Volgens het EHRM is de feitenrechter in het geval van een ‘*unreachable*’ getuige verplicht om *all reasonable efforts* in te zetten om alsnog de aanwezigheid van de getuige te bewerkstelligen. Hierbij is het volgens het EHRM in ieder geval duidelijk dat actief naar de getuige gezocht moet zijn met behulp van de autoriteiten, waaronder de politie, en moet de feitenrechter in het geval de getuige zich in het buitenland bevindt, *as a rule*, gebruik hebben gemaakt van de bestaande mogelijkheden van wederzijdse rechtshulp.[12] In de onderhavige zaak heeft de verdediging de autoriteiten zelfs voorzien van kopieën van de identiteitsbewijzen van de getuigen en de adressen in Denemarken en Roemenië. In de nationale procedure wordt echter geconcludeerd dat dat niet voldoende was omdat het de procedurele plicht van de verdediging zou zijn geweest om aan te tonen dat het deze getuigen zou worden toegestaan om Slowakije opnieuw binnen te komen. Het EHRM meent dat deze verplichting ongegrond is en wijst op het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in Strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. In artikel 10 van dit verdrag wordt geregeld dat de autoriteiten het mogelijk moeten maken om te voorzien in de mogelijkheid van een video-verhoor indien een getuige zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt. In onderliggende zaak was er dus geen goede reden van afwezigheid. In het licht van de huidige technische mogelijkheden en het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in Strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie is het op basis van het voorgaande nog maar de vraag of het zich in een andere EU-lidstaat bevinden als een goede reden van afwezigheid kan worden gezien. Zeker in het geval dat de adressen bekend zijn zal met een vrij geringe inspanning het ondervragingsrecht alsnog kunnen worden geëffectueerd. Overigens is het enigszins verrassend dat dit in de sleutel van de goede grond voor afwezigheid wordt gezet, en niet in het kader van de (hierna te bespreken) compensatiemaatregelen.

6. In *Schatschaschwili* bespreekt het EHRM een niet limitatieve lijst van mogelijkheden om indien de getuige ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet kan worden ondervraagd door de verdediging, het door de verdediging ondervonden nadeel bij het alsnog gebruiken van een verklaring uit het vooronderzoek voor het bewijs te compenseren. Voor deze zaak zijn met name de vierde en vijfde genoemde compenserende factoren interessant. Zo kan volgens het EHRM het niet aanwezig zijn van de getuige mogelijk gecompenseerd worden door (iv) de mogelijkheid voor de verdediging om zijn vragen op enige wijze aan de getuige te kunnen stellen, zoals bijvoorbeeld schriftelijk. Daarnaast zal het compenserend kunnen werken (iv) als de verdediging tijdens het vooronderzoek wel in de gelegenheid is gesteld om zijn vragen te stellen. Het Hof stelt dat indien gedurende het vooronderzoek al duidelijk is dat de getuige niet zal worden gehoord tijdens het onderzoek ter terechtzitting, het van essentieel belang is dat de verdediging de mogelijkheid krijgt om de getuige in het vooronderzoek te ondervragen. In de onderliggende zaak was Al Alo tweemaal uitgenodigd om aanwezig te zijn bij de ondervraging van de getuigen. Hier is hij niet op ingegaan. Dat is volgens het EHRM echter niet van doorslaggevend belang bij de toets of er voldoende compensatie was. Het feit dat Al Alo ervoor had gekozen om niet aanwezig te zijn bij de verhoren in het vooronderzoek, kan volgens het EHRM geenszins worden beschouwd als een impliciete volledige afstand van zijn recht om de desbetreffende getuigen te horen. Al Alo had al vroeg duidelijk gemaakt dat hij moeite had met het begrijpen van juridische zaken. De Slowaakse autoriteiten hadden er daarom zorg voor moeten dragen dat hij op de hoogte was van de gevolgen van het niet uitoefenen van zijn rechten, door dit niet voldoende te doen is het ondervonden nadeel niet gecompenseerd.

7. Na een afweging van de uitkomst van de drie stappentoets, constateert het EHRM dat het recht op een eerlijk proces is geschonden. Ook in de Nederlandse rechtspraak worden de beoordelingsfactoren in onderling verband beschouwd. De Hoge Raad stelt het volgende: 'Naarmate het gewicht van de verklaring groter is, is het – wil de verklaring voor het bewijs kunnen worden gebruikt – des te meer van belang dat een goede reden bestaat voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid en dat compenserende factoren bestaan. Dit betekent dat met name in gevallen waarin niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen zonder dat die in beslissende mate zal steunen op de verklaring van de getuige, *terwijl de verdediging het nodige initiatief heeft getoond om het ondervragingsrecht te kunnen uitoefenen* en een goede reden ontbreekt om de getuige niet te horen, de rechter (alsnog) zal moeten overgaan tot het oproepen en horen van die getuige, althans nog zal moeten doen wat redelijkerwijs mogelijk is om de verdediging de gelegenheid te bieden tot uitoefening van het ondervragingsrecht.'^[13] Een opmerkelijk onderscheid tussen de visie van het EHRM en de Hoge Raad lijkt te bestaan in de rol van de verdediging: waar de Hoge Raad om het nodige initiatief van de verdediging vraagt, stelt het EHRM het ondervragingsrecht en de rol van de

lokale autoriteiten daarin voorop. Zal dit arrest op dit gebied verandering teweegbrengen in Nederland?

8. Daarnaast toont het EHRM zich in het onderhavige arrest wederom kritisch ten opzichte van formalistische benaderingen. Dat is ook niet verwonderlijk, want wanneer de afwijzing van verzoeken enkel op formele gronden plaatsvindt, kan ernstig worden getwijfeld aan het feit of de verdedigingsrechten wel *practical and effective* zijn. Een getuige ogenschijnlijk makkelijk als onvindbaar bestempelen en vervolgens stellen dat de getuige niet tijdig opgeroepen kan worden, is een te formalistische redenering. In die zin past het onderhavige arrest, in dezelfde lijn als *Keskin* (reeds aangehaald) en *Kikabidze*[14]. In *Keskin* ging het namelijk ook om een materieel verzoek van de verdediging dat enkel op formele gronden werd afgewezen, nu het verzoek om getuigen op te roepen volgens de Nederlandse rechter niet voldoende was onderbouwd. In *Kikabidze* maakt het EHRM korte metten met de formalistische benadering door te oordelen dat het afwijzen van een verzoek om getuigen op te roepen enkel omdat het verzoek vijf dagen te laat is ingediend, mede gezien de omstandigheden van die zaak, in strijd is met het recht op een eerlijk proces. De feitenrechter moet, als hij een verzoek tot het oproepen van getuigen afwijst, dit op *inhoudelijke* gronden doen aan de hand van de eerder eerdergenoemde criteria en niet louter op *formele* gronden.[15] Hoewel het EHRM er in onderhavige zaak geen expliciete overweging aan wijdt,[16] zet deze trend zich dus wel voort: ook nu straft het EHRM een rigide en restrictieve benadering van de verdedigingsrechten op grond van formalisme af.

9. Een duidelijke zaak, die een interessante vraag opwerpt voor de overige EU-lidstaten. Is, in “strijd” met *Schatschaschwili*, het bij samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie zo dat de onvindbaarheid van een getuige eigenlijk helemaal geen goede reden voor afwezigheid meer is (of dat afwezigheid altijd, met geringe inspanning kan worden gecompenseerd) en dat dat op zichzelf dus wel voldoende zou moeten zijn voor een schending van artikel 6 EVRM? En, houdt de ingezette lijn van de Hoge Raad waarin het nodige initiatief van de verdediging wordt vereist wel stand?

C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephius

Docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen,
Universiteit Utrecht

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

- [1] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021-0044, m.nt. Van Toor.
- [2] O.a. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.
- [3] O.a. Redactie NTS, 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS* 2021/2; P.A.M. Mevis, 'Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding van de zaak Keskin tegen Nederland', *DD* 2021/29; M.J. Dubelaar en K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *BSb* 2021, 4, p. 139-147; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.
- [4] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, nr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar (), voor de volledigheid: (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige *à charge* ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige *à charge* niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.
- [5] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.
- [6] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.
- [7] Vgl. onder meer de volgende Nederlandse Post-Keskin zaken waarin de eerste stap niet ter discussie stond: HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.
- [8] D.A.G. van Toor, noot onder: *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM 18 december 2018, nr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, «EHRC» 2019/70.
- [9] D.A.G. van Toor, noot onder: *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021-0044.
- [10] Waarmee niet gezegd is dat de afwijzing enkel hierop kan worden gebaseerd.
- [11] Conclusie A.E. Harteveld, 9 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1036, rn. 3.13.

[12] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, nr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar, par. 121-122.

[13] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, r.o. 2.12.2., met onderstreping van de auteurs.

[14] *Kikabidze t. Georgië*, EHRM 16 november 2021, nr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC Updates* 2021-0309, m.nt. Van Toor en De Wit.

[15] D.A.G. van Toor en R.L.M. Klomberg, 'Het horen van getuigen a charge na Keskin: een overzicht', *NTS* 2022, 4 (verwacht).

[16] Vgl. EHRM 16 november 2021, zaaksnr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC Updates* juni 2022, m.nt. Van Toor en De Wit (*Kikabidze t. Georgië*) par. 56: '*the above decision of the judge was the result of an excessively formalistic and restrictive application of the terms of domestic law*'.