

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

16 december 2014, nr. 4184/10

(Ziemele (President), Hirvelä, Bianku, Tsotsoria, Kalaydjieva, Mahoney, Vehabović)

Noot: L.R. Glas LL.M.

Dialogo tussen EHRM en nationale rechter, Eerlijk proces, Horen getuigen, Toelaatbaarheid de auditu-bewijs ('hearsay evidence'), Karakter 'sole or decisive'-regel, Verwijzing

[EVRM art. 6]

1. In deze uitspraak behandelt het Hof vier klachten over het gebruik van belastende getuigenverklaringen als bewijsmiddel in strafzaken. Deze verklaringen werden gebruikt zonder dat de klagers de getuige konden horen.

2. De eerste twee klagers, Horncastle en Blackmore, werden vervolgd wegens 'causing grievous bodily harm with intent'. Het slachtoffer van dat strafbaar feit overleed ruim een jaar later nadat hij een verklaring had afgelegd tegenover de politie. Desondanks stond de rechter toe dat de verklaring werd voorgehouden aan de jury. De verklaring voldeed namelijk aan één van de gronden in de Criminal Justice Act 2003 ('2003 Act') waarop een verklaring van een afwezige getuige kan worden toegestaan: de getuige is overleden. Bovendien achtte de rechter het toestaan van de verklaring niet 'unfair' zelfs al vormde de verklaring het 'principal' bewijs, omdat de klagers hadden toegegeven dat zij aanwezig waren in de flat van het slachtoffer tijdens de aanval en zij voornemens waren een ontlastende getuige op te roepen. Daarnaast kon de jury worden uitgelegd welke nadelen de verdediging ondervond wanneer zij de getuige niet konden horen. De zittingsrechter gaf deze uitleg over de nadelen inderdaad. De jury bevond Horncastle en Blackmore schuldig.

3. De andere twee klagers, Marquis en Graham, werden verdacht van 'kidnapping'. Het slachtoffer legde na afloop van de kidnapping een verklaring af tegenover de politie. Zij vertelde onder andere dat de kidnappers haar hadden bedreigd om niet naar de politie te stappen. Op een ander moment identificeerde zij het mes waarmee ze was bedreigd. In een derde, gezamenlijke verklaring van het slachtoffer en haar partner trokken zij hun eerdere verklaringen in. Daarna legde het slachtoffer toch nog een videoverklaring af waarin ze uitlegde dat ze haar eerdere verklaringen had ingetrokken uit angst voor de kidnappers. Ook de partner legde een videoverklaring af. De rechter stond toe dat de verklaring van het slachtoffer aan de jury werd voorgehouden (angst is ook een grond waarop een getuigenverklaring van een absente getuige kan worden toegestaan in de 2003 Act). De zittingsrechter instrueerde de jury over de manier waarop zij met de verklaring moesten omgaan. Beide klagers werden veroordeeld voor 'kidnapping'.

4. Alle vier klagers gingen in beroep omdat hun veroordeling volgens hun uitsluitend of in overwegende mate was gebaseerd op de verklaring van een afwezige getuige (de auditu bewijs). Marquis en Graham voerden daarnaast aan dat de verklaring niet kon worden toegelaten omdat het niet was bewezen dat zij de angst van het slachtoffer hadden veroorzaakt. Het Court of Appeal wees de klachten af. Volgens de appel rechter kan de auditu bewijs gebruikt worden indien er voldoende compenserende maatregelen zijn genomen. Alhoewel de veroordeling van Horncastle en Blackmore in overwegende mate was gebaseerd op dergelijk bewijs, hadden zij toch een eerlijk proces gekregen als gevolg van compenserende maatregelen. Zij hadden vrij veel informatie over het slachtoffer gekregen, konden uitleggen aan de jury waarom de verklaring onbetrouwbaar was en hadden een alternatief scenario voor de aanval aangedragen. De veroordeling van de andere twee klagers was niet in overwegende mate gebaseerd op het de auditu bewijs. Daarbij had de jury

voldoende materiaal tot haar beschikking om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te beoordelen.

5. De klagers steunden in hoger beroep zwaar op de uitspraak van de Kamer in *Al-Khawaja en Tahery t. VK* (EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en 22228/06, «EHRC» 2009/39 m.nt Dreissen). Volgens de Kamer was het niet aannemelijk dat compenserende maatregelen een schending van artikel 6 EVRM kunnen voorkomen wanneer de auditu bewijs wordt toegestaan. Het Supreme Court besloot anders; het concludeerde dat het gebruik van zulk bewijs niet in strijd komt met artikel 6 wanneer de waarborgen voor een eerlijk proces in de 2003 Act worden toegepast.

6. Het Hof past in zijn uitspraak de beginselen toe die de Grote Kamer uiteenzette in de zaak van *Al-Khawaja en Tahery* (EHRM (GK), nr. 26766/05 en 22228/06, 15 december 2011, «EHRC» 2012/56 m.nt. Spronken, NJ 2012/283 m.nt. Schalken en Alkema). Op verzoek van het VK was die zaak verwezen naar de Grote Kamer (artikel 43 EVRM). De Grote Kamer besloot, anders dan de Kamer, dat bij de hantering van de auditu bewijs de hoofdvraag is of er voldoende compenserende maatregelen zijn genomen.

7. In concreto gaat het Hof na of er een goede reden was voor de afwezigheid van de getuige, in hoeverre de veroordeling is gebaseerd op de getuigenverklaring en of er voldoende compenserende maatregelen zijn getroffen indien nodig.

8. In de zaak van de eerste twee klagers vormde de dood van de getuige voldoende reden voor zijn afwezigheid. Voor de kwalificatie van de verklaring in verband met de veroordeling neemt het Hof de zienswijze van de nationale rechters als uitgangspunt. Alhoewel deze rechters de verklaring als 'decisive' kwalificeerden, is het mogelijk dat de verklaring niet 'decisive' was aangezien de Grote Kamer de term later restrictief interpreteerde. Wat daarvan ook zij, er waren voldoende compenserende maatregelen genomen: de waarborgen in de 2003 Act waren op de juiste wijze toegepast en de zittingsrechter had gemotiveerd waarom de verklaring werd toegelaten en de jury geïnstrueerd over de verklaring. Daarnaast waren de klagers bekend met de identiteit van de getuige zodat zij de betrouwbaarheid van de verklaring konden betwisten, ondersteunde ander bewijs de verklaring gedeeltelijk en konden de klagers een alternatief scenario aandragen. In het licht van deze maatregelen was artikel 6 EVRM niet geschonden.

8. Wat betreft de andere twee klagers wees het Hof erop dat de Grote Kamer had verduidelijkt dat de angst van een getuige niet hoeft worden toegerekend aan de klagers om een goede reden te zijn voor zijn afwezigheid op de zitting. Wel moeten de nationale rechters verifiëren of er – op grond van bewijs – objectieve redenen zijn voor de angst, wat de rechters inderdaad hadden gedaan. Verder was er op alle mogelijke manieren getracht de verschijning van de getuige op zitting te verzekeren, zoals een waarschuwing dat op afwezigheid een gevangenisstraf staat van maximaal twee jaar. Het Hof is er derhalve van overtuigd dat er goede redenen bestonden voor de afwezigheid. Voorts vindt het Hof het van belang dat de nationale rechters de verklaring niet als 'decisive' zagen en dat de verklaring de identiteit van de klagers op geen enkele manier bewees; geheel ander bewijs bracht de klagers in verband met de kidnapping. De verklaring was daarom inderdaad niet 'decisive' en het is daarom onnodig om vast te stellen of er voldoende compenserende maatregelen waren getroffen. Artikel 6 EVRM was niet geschonden.

Horncastle e.a.

tegen

Verenigd Koninkrijk

Noot

1. De uitspraak in de zaak van *Horncastle e.a.* is het sluitstuk van een zes jaar durende dialoog tussen de Straatsburgse en de Britse rechters. Deze noot behandelt die dialoog in twee delen. In het eerste deel wordt het waarom en hoe van de dialoog uit de doeken gedaan (par. 2 - 4). Op grond van die beschrijving zal in het tweede deel een aantal opmerkingen worden geplaatst over wat deze dialoog meer in het algemeen zegt over dialoog met het Hof (par. 5 - 10).

2. De uitspraak van de Kamer in de zaak van *Al-Khawaja en Tahery* heeft de aanzet gegeven tot de dialoog (EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en 22228/06, «EHRC» 2009/39 m.nt Dreissen). De Kamer stelde een schending vast ten aanzien van beide klagers en overwoog daartoe dat het onwaarschijnlijk is dat compenserende maatregelen een schending van artikel 6 EVRM kunnen voorkomen wanneer de auditu bewijs wordt toegelaten. Het VK verzocht vervolgens om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Het Panel van vijf rechters van de Grote Kamer dat over deze verzoeken beslist (artikel 43 lid 2 EVRM), verdaagde zijn beslissing hangende de uitspraak van het Supreme Court in de zaak van *R v Horncastle and others* ([2009] UKSC 14, par. 9). In zijn uitspraak legde het Supreme Court eerst uit dat het bij uitzondering twijfels heeft over of een EHRM uitspraak te weinig rekening houdt met 'particular aspects of our domestic process' en deze aspecten voldoende apprecieert. Wanneer dat het geval is, kan het Supreme Court gemotiveerd weigeren om Straatsburg te volgen zodat Straatsburg de mogelijkheid heeft om een deel van een eerdere uitspraak te heroverwegen. Op deze manier kan een waardevolle dialoog tot stand komen. In de zaak van *Horncastle e.a.* volgde het Supreme Court deze werkwijze, onder uitvoerige verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof over de toelaatbaarheid van de auditu bewijs (par. 11). Het Supreme Court merkte daarbij op dat deze jurisprudentie zich grotendeels had ontwikkeld in zaken uit civil law jurisdicties, zonder veel aandacht voor de waarborgen voor een eerlijk proces die de common law traditie biedt. Daarnaast vermoedde het Supreme Court dat de Europese rechters het Engelse bewijsrecht en de amendementen daaraan die beoogden het recht in overeenstemming te brengen met artikel 6 EVRM niet uitvoerig hadden beschouwd (par. 107). Het Supreme Court constateerde dus dat het Hof onvoldoende rekening had gehouden met de common law traditie en het Engelse bewijsrecht niet volledig had doorgrond. Nadat deze uitspraak was gewezen, besloot het Panel de zaak van *Al-Khawaja en Tahery* naar de Grote Kamer te verwijzen. Deze beslissing werd ten dele genomen zodat het Hof de bezwaren van de Britse rechters kon overwegen (EHRM (GK), nr. 26766/05 en 22228/06, 15 december 2011, Concurring opinion of Judge Bratza, par. 2).

3. De Grote Kamer stelde enkel een schending vast van artikel 6 EVRM ten aanzien van de tweede klager (EHRM (GK), nr. 26766/05 en 22228/06, 15 december 2011, «EHRC» 2012/56 m.nt. Spronken, NJ 2012/283 m.nt. Schalken en Alkema). Uit haar uitspraak blijkt 'duidelijk dat de Grote Kamer gevoelig is voor de Britse argumentatie', die gegrond is op de zojuist besproken Supreme Court uitspraak (noot Spronken in «EHRC» 2012/56, par. 6). De Grote Kamer nuanceerde de Kamer uitspraak door de regel te formuleren dat een veroordeling – die uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd is op een verklaring van een absente getuige – niet automatisch een schending oplevert van artikel 6 EVRM wanneer er toereikende compenserende maatregelen zijn getroffen. De kritiek van het Supreme Court op de inflexibele toepassing van de 'sole or decisive rule' door de Kamer werd dus gehoord. Het Hof ging echter niet mee in alle argumenten van het VK (en het Supreme Court); het hield 'vast aan de algemene uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het recht van de verdachte om getuigen te ondervragen' (noot Spronken in «EHRC» 2012/56, par. 7). Alhoewel het Hof niet als zodanig verwees naar de dialoog met de Britse rechters, refereerde het wel aan de Supreme Court uitspraak. Bovendien wijdde de toenmalige President van het Hof, de Brit Bratza, zijn concurring opinion aan deze dialoog. Daarin bestempelde hij de uitspraak als een

goed voorbeeld van een rechtelijke dialoog (EHRM (GK), nr. 26766/05 en 22228/06, 15 december 2011, Concurring opinion of Judge Bratza, par. 2).

4. De EHRM uitspraak in de zaak van *Horncastle e.a.* is het sluitstuk van de zojuist geschetste dialoog. Het Hof paste de Grote Kamer uitspraak in *Al-Khawaja en Tahery* toe, de jurisprudentie zoals die was bijgestuurd in reactie op de kritiek van het Supreme Court. De nationale rechters hadden het toepasselijk juridisch kader dus mede vorm gegeven. Het Hof stelde daarnaast, in het licht van de Grote Kamer uitspraak, geheel buiten twijfel dat de enkele weigering van het Supreme Court om de Kamer te volgen een schending zou opleveren van artikel 6 EVRM (par. 139). Terwijl de dialoog weerklinkt in de uitspraak, wordt deze niet expliciet benoemd, ook niet in een concurring opinion. Het bijbehorende persbericht doet dat daarentegen wel; het is getiteld ‘Conclusion on judicial dialogue between ECHR and UK courts on use of hearsay evidence’ (ECHR 376 (2014), 16 december 2014).

5. Nu beschreven is waarom en hoe de dialoog over het de auditu bewijs heeft plaats gevonden, kan de vraag worden gesteld wat dit ons leert over dialoog met het Hof.

6. Allereerst is gebleken dat het Hof bereid is om in dialoog te gaan met nationale rechters. Dit blijkt uit het feit dat de kritiek van de nationale rechters niet tegen dovenmansoren is gericht. In tegendeel: het Hof luistert naar de kritiek, verwijst er naar en past zijn eigen jurisprudentie zelfs aan in antwoord daarop. Bovendien stelt het Hof in *Horncastle e.a.* het Supreme Court gerust dat de enkele weigering om de Kamer uitspraak in *Al-Khawaja en Tahery* te volgen niet leidt tot een Verdragsschending. De bereidwilligheid tot dialoog kan ook worden opgemaakt uit de beslissing van het Panel om zich pas te buigen over het verzoek tot verwijzing nadat het Supreme Court uitspraak had gedaan en uit de beslissing tot verwijzing zelf. Die laatste beslissing was onder andere genomen zodat het Hof de bezwaren van de nationale rechters kon overwegen. Het Hof vindt de dialoog dus belangrijk genoeg om deze actief te faciliteren.

7. Naast dat het Hof bereid is om in dialoog te gaan, is het ook bereid om conclusies te trekken uit die dialoog. De conclusie die de Grote Kamer trok is dat de Kamer uitspraak en de regel die daarin werd geformuleerd moest worden aangepast zodat de ‘sole or decisive’ regel flexibeler kon worden gehanteerd. Nationale rechters kunnen dus door middel van dialoog mogelijk de jurisprudentie van het Hof omvormen. De Grote Kamer werd bewogen tot meer flexibiliteit omdat het zijns inziens verkeerd zou zijn wanneer het Hof ‘[would, LRG] 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’ (par. 146). De reden voor het Hof om tot een flexibelere benadering te komen is daarmee hoofdzakelijk dat de Kamer te weinig aandacht had geschonken aan de common law traditie en het Engelse bewijsrecht, precies hetgeen waartegen het Supreme Court in opstand was gekomen. Meer abstract kan uit de uitspraak worden opgemaakt dat wanneer blijkt dat het Hof onvoldoende rekening heeft gehouden met de diversiteit in de Verdragsstaten, dit een reden kan zijn om eerdere jurisprudentie aan te passen naar aanleiding van een dialoog.

8. Ten aanzien van de nationale rechters komt duidelijk naar voren dat de dialoog enkel van de grond kon komen doordat zij een uitzondering maakten op de regel dat zij Straatsburg volgen. Ruimte voor dialoog ontstaat dus alleen wanneer nationale rechters zich enigszins autonoom en daarnaast kritisch opstellen. Verder valt op aan de Supreme Court uitspraak dat Straatsburg expliciet werd uitgenodigd om in dialoog te gaan en dat de nationale rechters in hun dialoog blijf gaven van een grote kennis van het Verdragsrecht. Het kan niet worden vastgesteld of deze twee elementen de ruimte voor dialoog die de rechters voor zichzelf hadden gecreëerd oprekten in de ogen van het Hof, maar het is wel aannemelijk dat deze elementen daartoe hebben bijgedragen.

9. De serie van uitspraken toont ook aan dat de mogelijkheid tot verwijzing (artikel 43 EVRM) dialoog kan faciliteren wanneer deze procedure slim wordt ingezet. Zo nam het

Panel de strategische beslissing om zijn besluit over verwijzing uit te stellen zodat het de Supreme Court uitspraak kon meenemen in zijn besluit. De verwijzing van de zaak droeg ook op een andere manier bij aan dialoog; het maakte namelijk mogelijk dat de Grote Kamer met de nationale rechters in gesprek ging met als uitgangspunt de Kamer uitspraak. Hiervoor was wel nodig dat tussen de Kamer en de Grote Kamer uitspraak in een relevante nationale uitspraak werd gewezen, iets wat uiteindelijk alleen een klager teweeg kan brengen. Tegelijkertijd kunnen de nationale rechters zo'n uitspraak stimuleren door aan hun planning te sleutelen wanneer er eenmaal een klacht ligt. Gezien de duur van de periode die gewoonlijk verstrijkt tussen de Kamer en de Grote Kamer uitspraak is de kans bovendien redelijk groot dat er een relevante uitspraak wordt gewezen door de nationale rechters. In de zaak van *Al-Khawaja en Tahery* bedroeg deze periode bijvoorbeeld meer dan twee jaar en negen maanden. Dialoog kan natuurlijk ook plaatsvinden buiten de context van verwijzing: het Hof kan reageren op kritiek van de nationale rechters op een van zijn uitspraken in een zaak die over hetzelfde leerstuk gaat, maar die niet verwezen is. Het Hof gaat dan in dialoog in een follow-up zaak die gebracht is door een andere klager dan die de zaak had gebracht waarop kritiek is geuit.

10. Ten slotte kan nog worden toegevoegd dat de omschreven dialoog niet duidelijk maakt of de weigering van dialoogerende nationale rechters om een bindende EHRM uitspraak te volgen een Verdragsschending oplevert. Dit komt doordat de bindende kracht van een EHRM uitspraak alleen geldt voor einduitspraken ('final judgment'; artikel 46 lid 1 EVRM) en de Kamer uitspraak in *Al-Khawaja en Tahery* nooit een einduitspraak en dus nooit bindend is geworden. Een Kamer uitspraak is een einduitspraak nadat aan één van deze voorwaarden is voldaan: (1) de partijen verklaren dat zij niet zullen verzoeken om verwijzing; (2) drie maanden na de datum van de uitspraak is niet verzocht om verwijzing, of; (2) het Panel verwerpt het verzoek tot verwijzing (artikel 44 lid 2 EVRM). Aangezien om verwijzing is verzocht en dit verzoek is gehonoreerd, is de Kamer uitspraak nooit bindend geworden. Dit betekent dat toen het Supreme Court weigerde de Kamer te volgen, het niet tegen een (later) bindende uitspraak is ingegaan. In de specifieke situatie van dialoog in de context van verwijzing vormt de bindende kracht van een uitspraak dus geen obstakel voor de toelaatbaarheid van de dialoog. Dit zou anders kunnen zijn wanneer de nationale rechters in dialoog gaan over een uitspraak die wel al bindende kracht heeft verworven. De vraag is dan ook of het Hof een follow-up zaak strenger zijn dan in *Horncastle e.a.*, waarin het Hof het Supreme Court zelfs gerust stelde dat het geen Verdragsschending had begaan.

L.R. Glas

Promovenda fundamentele rechten, sectie internationaal en Europees recht, Radboud Universiteit Nijmegen