

Jurisprudentie

EHRM 14 juni 2016¹

Zet.: Karakaş (Voorzitter), Laffranque, Lemmens, Gričco, Turković, Kjølbro, Ravarani (Rechters)
Adv.: Mr. A. Amici

EERLIJK PROCES – BEWIJS – VERHOOR ALS GETUIGE TER
TERECHTZITTING – ART. 6.1 EVRM – ART. 6.3.D EVRM –
SCHENDING

In het arrest Riahi van 14 juni 2016 veroordeelde het EHRM België omdat het slachtoffer, wiens verklaringen het enige bewijs in het strafdossier waren, niet ter terechtzitting werd verhoord. Hoe zorgvuldig de strafrechter die verklaringen uit het vooronderzoek ook onderzoekt, dit alleen kan de afwezigheid van een verhoor van het slachtoffer ter terechtzitting niet compenseren. Zonder confrontatie tussen de beklaagde en diegene die hem beschuldigt in een openbare terechtzitting, kan de strafrechter de betrouwbaarheid van dit bewijs niet accuraat en met respect voor het recht op een eerlijk proces beoordelen.

(Riahi/België)

(...)

EN FAIT

I. Les circonstances de l'espèce

6. Au cours de la nuit du 13 au 14 août 2005, D. a été agressé à Bruxelles par quatre individus qui lui débrièrent, sous la menace, son téléphone portable et son portefeuille. D. appela les services de police qui, arrivant sur les lieux quelques instants après les faits, l'embarquèrent dans leur voiture pour faire avec lui le tour du quartier dans l'espoir de retrouver les agresseurs. D. reconnut au moins un de ses agresseurs dans un groupe de personnes. La police arrêta trois de ces personnes, dont le requérant.

7. Ces trois individus furent ensuite présentés à des fins de reconnaissance à D. derrière une vitre sans tain.

¹ Zie ook Cass. 31 januari 2017 (AR P.16.0970.N), gepubliceerd in dit nummer.

8. D. identifia ces trois personnes, dont le requérant, formellement comme ses agresseurs. Il les reconnaissait tant à leur physionomie qu'à leur habillement et l'intonation de leur voix, et indiqua le rôle de chacun d'eux au cours de l'agression qu'il avait subie. Il confirma ses déclarations devant le juge d'instruction.

9. Par jugement par défaut du 13 mars 2008, le tribunal correctionnel de Bruxelles condamna le requérant à dix-huit mois de prison ferme. D., partie civile, bien que régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience.

10. Statuant sur l'opposition formée par le requérant, qui ne comparut cependant pas, le tribunal correctionnel de Bruxelles le condamna à nouveau par jugement du 10 décembre 2009 à dix-huit mois de prison ferme.

11. Le requérant fut privé de liberté le 2 février 2010.

12. Suite à l'appel interjeté par le requérant, la cour d'appel de Bruxelles tint une audience le 29 mars 2010 et refixa l'affaire au 31 mars 2010, audience à laquelle le requérant ne fut cependant pas conduit, de sorte que son avocat décida de le représenter afin d'éviter un report d'audience.

13. Dans ses conclusions d'appel, le requérant demanda à titre principal son acquittement et sollicita à titre subsidiaire, pour le cas où la cour d'appel devrait estimer « qu'il n'y [avait] pas suffisamment d'éléments pour conclure que les faits reprochés au requérant [n'étaient] pas établis », la convocation de D. comme témoin.

14. Par arrêt du 27 avril 2010, la cour d'appel de Bruxelles confirma la condamnation du requérant. La cour d'appel ne convoqua pas D. et ne fit par ailleurs pas droit à la demande du requérant de procéder à son audition. La cour d'appel considéra que la culpabilité du requérant résultait à suffisance de la déposition circonstanciée, précise et nuancée de D. auprès de la police et de la confirmation de ses déclarations lors d'une audition par le juge d'instruction.

15. Le requérant se pourvut en cassation contre cet arrêt. Il formula notamment un grief tiré de la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention et reprocha à la cour d'appel de l'avoir condamné sur base de la seule déposition de la victime D. sans qu'il n'ait jamais eu la possibilité d'interroger ou faire interroger ce dernier.

16. Par arrêt du 30 juin 2010, la Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant notamment en ces termes : « Il ne résulte pas de [l'article 6 § 3 d) de la Convention] que le prévenu dispose d'un droit absolu d'obtenir la convocation de



témoins devant la justice. Les juges d'appel ont considéré que la victime avait fait une déposition circonstanciée, précise et nuancée concernant l'implication du demandeur dans l'agression. Ils ont en outre relevé qu'à l'occasion de sa déposition devant le juge d'instruction, elle était demeurée tout aussi affirmative. Ainsi, ils ont estimé que l'audition sollicitée n'était pas nécessaire à la manifestation de la vérité. Pour apprécier si une cause a été entendue équitablement, il convient de l'examiner dans son ensemble. Dès lors que le demandeur a eu la possibilité de contredire librement, devant la juridiction de jugement, les éléments apportés contre lui par la partie poursuivante, il ne pourrait prétendre qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable. »

(...)

EN DROIT I.

Sur la violation alléguée de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la convention

(...)

27. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 d) de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1er de cette disposition (Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni [GC], nos 26766/05 et 22228/06, § 118, CEDH 2011). Elle examinera donc le grief du requérant sous l'angle de ces deux textes combinés (Schatschaschwili c. Allemagne [GC], no 9154/10, § 100, 15 décembre 2015). De plus, lorsqu'elle examine un grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer si la procédure pénale a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable (voir, entre autres, Taxquet c. Belgique [GC], no 926/05, § 84, CEDH 2010, et autres références). Pour ce faire, elle envisage la procédure dans son ensemble et vérifie le respect non seulement des droits de la défense, mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis et, si nécessaire, des droits des témoins (Schatschaschwili, précité, § 101). La Cour rappelle également dans ce contexte que la recevabilité des preuves relève des règles du droit interne et des juridictions nationales et que sa seule tâche consiste à déterminer si la procédure a été équitable (Al-Khawaja et Tahery, précité, § 118, et les références citées).

28. Elle rappelle en outre que l'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe avoir été produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense ; en règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur (Al-

Khawaja et Tahery, précité, § 118, et les références citées, et Schatschaschwili, précité, §§ 103-105).

29. Dans son arrêt Al-Khawaja et Tahery, la Cour a conclu que l'admission à titre de preuve de la déposition faite avant le procès par un témoin absent de celui-ci et constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emportait pas automatiquement violation de l'article 6 § 1. La Cour a précisé que, eu égard aux risques inhérents aux dépositions de témoins absents, l'admission d'une preuve de ce type est un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure (ibidem, §§ 146-147).

30. Selon les principes dégagés dans l'arrêt Al-Khawaja et Tahery, et rappelés dans l'arrêt Schatschaschwili (précité, § 107), l'examen de la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention d'une procédure dans laquelle les déclarations d'un témoin qui n'a pas comparu et n'a pas été interrogé pendant le procès sont utilisées à titre de preuves comporte trois étapes (Al-Khawaja et Tahery, précité, § 152). La Cour doit rechercher : i. s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et, en conséquence, l'admission à titre de preuve de sa déposition (ibidem, §§ 119-125) ; ii. si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation (ibidem, §§ 119 et 126-147) ; et iii. s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission d'une telle preuve et pour assurer l'équité de la procédure dans son ensemble (ibidem, § 147).

31. Cependant, l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin ne peut en soi rendre un procès inéquitable, mais constitue un élément de poids pour apprécier l'équité globale d'un procès, et est susceptible de faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) (Schatschaschwili, précité, § 113).

32. La Cour doit aussi vérifier l'existence d'éléments compensateurs suffisants dans les affaires où, après avoir apprécié l'évaluation faite par les tribunaux internes de l'importance de pareilles dépositions, elle juge difficile de discerner si ces éléments constituaient la preuve unique ou déterminante mais est néanmoins convaincue qu'ils revêtaient un poids certain et que leur admission pouvait avoir causé des difficultés à la défense. La portée des facteurs compensateurs nécessaires pour que le procès soit considéré comme équitable dépendra de l'importance que revêtent les déclarations du témoin absent. Plus cette importance est grande, plus les éléments compensateurs devront être solides afin que la procédure dans son ensemble soit considérée comme équitable (ibidem, § 116).

33. En règle générale, il est pertinent d'examiner les trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery dans l'ordre défini dans cet arrêt (paragraphe 30, ci-dessus). Il peut en aller



différemment notamment lorsque l'un de ces critères se révèle particulièrement probant pour déterminer si la procédure a été ou non équitable (Schatschaschwili, précité, § 118).

34. De l'avis de la Cour, les mêmes principes sont applicables en l'espèce. b) Application des principes en l'espèce i. Les raisons pour ne pas permettre au requérant d'interroger ou de faire interroger D. en audience publique

35. La Cour constate en premier lieu que le témoin unique D. a été entendu par les services de police et par le juge d'instruction sans que le requérant ou son avocat aient pu assister à une de ces auditions.

36. La Cour constate ensuite que la cour d'appel a rejeté la demande du requérant de procéder à l'audition de D. Elle observe que la juridiction motiva cette décision par la considération que la culpabilité du requérant résultait à suffisance de la déposition circonstanciée, précise et nuancée de D. auprès de la police et de la confirmation de ses déclarations lors d'une audition par le juge d'instruction. La Cour note que la cour d'appel ne s'est pas fondée sur un empêchement du témoin pour venir témoigner. La cour d'appel n'a pas non plus invoqué une justification factuelle, un motif procédural ou juridique de nature à empêcher l'audition du témoin. ii. L'importance de la déposition de D. pour la condamnation du requérant

37. La Cour constate à cet égard qu'il n'est pas contesté devant elle que les dépositions de D. ont constitué la preuve à charge unique dans le cadre de l'action publique menée contre le requérant. Le caractère unique de la preuve pèse lourd dans la balance et appelle des éléments suffisamment compensateurs des difficultés que son admission fait subir à la défense (voir Al-Khawaja et Tahery, précité, § 161). iii. Les garanties procédurales pour contrebalancer les difficultés causées à la défense

38. La Cour rappelle que, dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec la déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour la défense, notamment des garanties procédurales solides permettant une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci. L'examen de cette question permet de vérifier si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable, compte tenu de son importance dans la cause, pour prononcer une condamnation (Al-Khawaja et Tahery, précité, § 147).

39. La Cour observe dans ce contexte que le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge constitue une garantie du droit à l'équité de la procédure, en ce que non seulement il vise l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, mais encore il fournit à la défense et au système judiciaire un instrument essentiel de contrôle de la crédibilité

et de la fiabilité des dépositions incriminantes et, par-là, du bien-fondé des chefs d'accusation (Tseber c. République tchèque, no 46203/08, § 59, 22 novembre 2012, et Sică c. Roumanie, no 12036/05, § 69, 9 juillet 2013).

40. Dans la présente affaire, la victime et unique témoin, D., a été entendu par la police et par le juge d'instruction, mais n'a jamais comparu devant les juridictions du fond. Ni les juges du fond ni le requérant ou son représentant n'ont donc pu l'observer pendant l'interrogatoire pour apprécier sa crédibilité et la fiabilité de sa déposition (Tseber, précité, § 60, Sică, précité, § 70, Vronchenko c. Estonie, no 59632/09, § 65, 18 juillet 2013, et Rosin c. Estonie, no 26540/08, § 62, 19 décembre 2013).

41. La Cour constate ensuite que la cour d'appel a analysé les dépositions de D. devant la police et le magistrat instructeur et a fait valoir leur caractère circonstancié, précis, nuancé et constant. Cela étant, la Cour se doit de rappeler qu'un tel examen ne saurait à lui seul compenser l'absence d'interrogation du témoin par la défense (Damir Sibgatullin c. Russie, no 1413/05, § 57, 24 avril 2012). En effet, aussi rigoureux soit-il, l'examen fait par le juge du fond constitue un instrument de contrôle imparfait dans la mesure où il ne permet pas de disposer des éléments pouvant ressortir d'une confrontation en audience publique entre l'accusé et son accusateur (Tseber, précité, § 65).

42. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le caractère déterminant des dépositions de D., en l'absence de confrontation avec le requérant en audience publique, emporte la conclusion que les juridictions internes, aussi rigoureux qu'ait été leur examen, n'ont pas pu apprécier correctement et équitablement la fiabilité de cette preuve.

43. Partant, considérant l'équité de la procédure dans son ensemble, la Cour juge que les droits de la défense du requérant ont ainsi subi une limitation incompatible avec les exigences d'un procès équitable. Il y a donc eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention.

(...)

NOOT: Het onmiddellijkheidsbeginsel in strafzaken 2.0: het EHRM benadrukt het belang van het getuigenverhoor ter terechtzitting

In Amerikaanse rechtbankthrillers worden getuigen vaak hard aan de tand gevoeld door de openbare aanklager én door de advocaat van de beklaagde. Zulke kruisverhoren zijn eigen aan de adversaire rechtstradities, waarin de partijen zelf bewijs moeten aandragen en het bewijs van de tegenpartij proberen te ontkrachten.¹ Het Belgische strafproces tijdens de terechtzitting is in principe ook adversair. In tegenstelling

¹ R.E. MYERS, "Adversarial counsel in an inquisitorial system", *N.C.J.INT'L. & COM. REG.* 2011, 411-435; J. S. HODGSON,



tot het inquisitoir vooronderzoek², kan de beklaagde een volwaardige verdediging voeren, zelf bewijs aandragen en het bewijs van het Openbaar Ministerie aanvechten. Het onderzoek ter terechtzitting verloopt in theorie dan ook volledig tegensprekelijk. Nochtans wil dit niet zeggen dat in Belgische strafprocessen het ganse onderzoek ter terechtzitting wordt gevoerd. Met uitzondering van assisenprocedures, baseren strafrechters zich voornamelijk op het strafdossier en geldt deze schriftelijke neerslag van het vooronderzoek als de basis voor de rechterlijke beslissing en de discussies ter terechtzitting.³ De strafrechter is volgens de cassatierechtspraak niet verplicht ter terechtzitting (aanvullend) onderzoek te voeren⁴ wanneer hij het strafdossier volledig genoeg acht om met voldoende zekerheid uitspraak te doen, op voorwaarde dat de verdediging over alle bewijzen tegenspraak kan voeren.⁵

Specifiek wat getuigen betreft, laten artikel 153 en artikel 190 Sv. het aan de strafrechter over om te beslissen of er “grond toe bestaat” om getuigen ter zitting te verhoren. Wanneer de strafrechter het niet opportuun of noodzakelijk acht voor de waarheidsvinding om de getuige nogmaals ter terechtzitting te verhoren, is hij hier geenszins toe verplicht, zelfs niet wanneer de getuige door de verdediging wordt gedagvaard.⁶ In het arrest *Riahi* van 14 juni 2016 houdt het EHRM deze situatie tegen het licht van het recht op een eerlijk proces. Dat arrest biedt dan ook een uitstekende aangelegenheid om hier dieper op in te gaan, zeker nu het aantal assisenzaken door de wet “Potpourri II” – die alle misdaden correctionaliseerbaar maakt – naar alle waar-

schijnlijkheid zal afnemen.⁷ In de media en in het Parlement toonden verschillende stemmen zich al bezorgd over de gevolgen voor de terechtzitting. In plaats van een volledig onderzoek voor het hof van assisen, zouden levensdelicten e.d. nu op een paar uur kunnen worden behandeld door de correctionele rechtbank, zonder dat belangrijke getuigen ter terechtzitting worden verhoord. In deze noot wordt daarom bestudeerd wanneer en onder welke voorwaarden getuigen nu ter terechtzitting kunnen/moeten worden verhoord en wat dit arrest zou kunnen betekenen voor het Belgische strafprocesrecht.

I. De feiten

Riahi werd ervan verdacht een van de vier personen te zijn die D. met geweld hebben beroofd op straat. Nadat D. de politie opbelde, herkende hij Riahi in de buurt van de overval op straat. Riahi werd met twee andere personen gearresteerd en werd vervolgens door het slachtoffer herkend in een spiegelconfrontatie. Hij herhaalde vervolgens zijn beschuldiging voor de onderzoeksrechter.

Riahi werd dan door de correctionele rechtbank van Brussel veroordeeld tot 18 maanden gevangenisstraf. In hoger beroep vroeg Riahi in hoofdorde de vrijspraak maar hij vroeg in ondergeschikte orde de oproeping van het slachtoffer D. als getuige ter terechtzitting. Het hof van beroep was echter van oordeel dat de eerdere verklaringen van D. voor de politie en de onderzoeksrechter voldoende gedetailleerd en genuanceerd waren om als bewijs te dienen en handhaafde de veroordeling van Riahi zonder D. ter terechtzitting op te roepen.

Het Hof van Cassatie zag hier geen graten in en stelde in zijn arrest van 30 juni 2010 dat beklaagden geen absoluut recht hebben om getuigen op te roepen en dat de strafrechter niet op zulk verzoek moet ingaan wanneer een getuigenverhoor ter terechtzitting in zijn ogen niet noodzakelijk is voor de waarheidsvinding. Omdat de beklaagde die getuigenverklaring steeds kan betwisten en aanvechten, zijn diens rechten van verdediging dan ook niet geschonden.

Riahi trok daarop naar Straatsburg, zich beroepend op artikel 6, §§ 1 en 3, d EVRM.

II. Een analyse van de uitspraak van het EHRM

Het EHRM haakt zijn beoordeling meteen vast aan zijn eerdere rechtspraak inzake het verhoren van getuigen *à charge*. Het herhaalt dat het verzoek niet alleen moet worden beoordeeld op basis van artikel 6, § 3 (d), dat beklaagden het

² “The future of adversarial criminal justice in 21st century Britain”, *N.C.J.INT’L. & COM. REG.* 2011, 331.

³ Zie echter over de evolutie naar een meer actieve rol van de verdediging tijdens het vooronderzoek: T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 719 p.; ORDE VAN VLAAMSE BALIES, *Pleidooi voor een participatief strafrechtelijk vooronderzoek*, standpunt 30 april 2015.

⁴ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & Internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 639; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Maklu, 2013, 293; D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et procédure pénale*, Brussel, die Keure, 2012, 727; K. RIMANQUE en B. DE SMET, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling. Een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002, 93-95.

⁵ Het dient ook te worden gezegd dat de vonnisrechter niet dezelfde onderzoeksbevoegdheid heeft als de magistraten tijdens het vooronderzoek. Een bespreking daarvan valt buiten het bestek van deze noot. Het verhoor van getuigen ter terechtzitting behoort wel tot zijn bevoegdheden, al kan hij niet zelf getuigen dagvaarden (zie verder).

⁶ Cass. 11 oktober 2006, AR P.05.1684.F; zie ook Cass. 26 september 2001, AR P.01.0733.F. Zie hierover uitgebreid: D. DE WOLF, “De onderzoeksbevoegdheden van de rechter in de correctionele procedure: noodzakelijke instrumenten voor de waarheidsvinding”, *NC* 2010, 93-94.

⁷ Cass. 25 september 2012, AR P.11.2087.N. Zie over de soepele interpretatie van deze appreciatiebevoegdheid in de cassatierechtspraak: D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief. Preadvies van Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2015*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 202-204.

⁷ Zie over deze ingrijpende, doch bekritiseerde wetswijziging: T. DE MEESTER (ed.), K. BEIRNAERT, L. AUGUSTYNS en P. TERSAGO, *Potpourri II – strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 51-64; J. ROZIE, “Hof van assisen en correctionalisering na Potpourri II: kunst- en vliegwerk of dankbare ingreep van de wetgever?”, *NC* 2016, 91-114.



recht toekent “de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge”. Het Hof bekijkt dit “ondervragingsrecht⁸” als een specifiek aspect van het recht op een eerlijk proces, zodat artikel 6, § 3, (d) EVRM steeds samen wordt onderzocht met artikel 6, § 1 EVRM.⁹ In zijn eerdere rechtspraak benadrukt het Hof immers dat de mogelijkheid om aan getuigen vragen te stellen de verdediging een instrument biedt om de beschuldigingen te kunnen weerleggen en om de geloofwaardigheid van de getuige en de accuraatheid van de getuigenis in vraag te kunnen stellen.¹⁰

Toch wil dit niet zeggen dat het recht op een eerlijk proces steeds is geschonden wanneer de verdachte niet de mogelijkheid had om getuigen à charge te (doen) ondervragen. Het feit dat artikel 6, § 3, d EVRM samen met artikel 6, § 1 EVRM wordt behandeld, zorgt er weliswaar voor dat de beperkte grondslag van de wapengelijkheid wordt overschreden en dus voor een ruimer toepassingsgebied van het ondervragingsrecht zorgt maar leidt er anderzijds ook toe dat de afwezigheid van deze mogelijkheid wordt bekeken in het geheel van de strafprocedure.¹¹ Het EHRM herhaalt in het geannoteerde arrest zijn vaste rechtspraak dat het bij de beoordeling van de eerlijkheid van de strafprocedure, de procedure in zijn geheel moet bekijken, rekening houdend met de belangen van de verdediging maar ook met het belang van de samenleving en het slachtoffer op een effectieve vervolging van criminelen. Ook de belangen van getuigen kunnen desgevallend in deze

beoordeling worden betrokken.¹² De belangen van deze andere actoren kunnen een afwijking van het principe rechtvaardigen op voorwaarde dat de verdediging, *as a rule*, de belastende getuigenverklaringen kan aanvechten/betwisten (“challenge”) en de getuigen vragen kan doen stellen tijdens hun verhoor of op een later ogenblik in de strafprocedure.¹³

Het EHRM gaat dus niet uit van een absoluut recht om getuigen à charge ter terechtzitting te verhoren, maar zal dit steeds *in concreto* beoordelen. In het arrest *Al Khawaja en Tahery*¹⁴ werkt het EHRM een beslissingsschema uit, dat stevast wordt gehanteerd in zijn latere rechtspraak¹⁵ en dus ook in het geannoteerde arrest. In deze noot wordt de toetsing van de onderhavige casus aan dit schema besproken en geanalyseerd in het licht van de andere rechtspraak van het Hof.

1. Het beslissingsschema van *Al-Khawaja & Tahery*

In het arrest *Al Khawaja & Tahery* destilleert de Grote Kamer van het EHRM uit de eerdere rechtspraak van het EHRM twee criteria voor de beoordeling van de vraag of het recht op een eerlijk proces is geschonden: er moet een goede reden zijn voor de afwezigheid van het getuigenverhoor ter terechtzitting en de getuigenverklaring mag niet het “*sole or decisive*” bewijs zijn. In het principearrest stapt het EHRM echter af van het absoluut karakter van deze *sole or decisive*-regel: zelfs wanneer de getuigenverklaring het “*sole or decisive*” bewijsmiddel was om de beklaagde te veroordelen, kan het recht op een eerlijk proces overeind blijven als de procedure compenserende waarborgen kent voor de rechten van verdediging.¹⁶

⁸ Dit is eigenlijk een verkeerde term, aangezien art. 6, § 3, d EVRM niet het recht inhoudt voor de verdediging om de getuige effectief te ondervragen. Het volstaat dat hij de getuige – desgevallend bij monde van de strafrechter, zoals dit in België gebeurt – vragen kan (doen) stellen.

⁹ Zie ook EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06; EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07; EHRM 7 juli 2009, *D./Finland*, nr. 30542/04.

¹⁰ EHRM 20 november 1989, *Kostovski/Nederland*, nr. 11454/85; EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06; T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 438-441. DECAIGNY benadrukt dat dit ondervragingsrecht niet enkel betrekking heeft op de feiten zelf, maar ook vragen kan bevatten over andere elementen die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de geloofwaardigheid en accuraatheid, wat dicht aanleunt bij – doch niet gelijk te stellen is met – een kruisverhoor uit de *common law*-rechtstradities.

¹¹ Initieel werd het ondervragingsrecht van art. 6, § 3 (d) gegrond op de wapengelijkheid: de verdediging moet getuigen kunnen oproepen en ondervragen wanneer het OM dit ook doet (B. DE SMET, “Oproepen en ondervragen van getuigen à décharge” (noot onder Cass. 23 november 2010), *RW* 2011-12, 369-370). DE WOLF acht dit evenwel te beperkt omdat de verdediging dan geen getuigen zou kunnen ondervragen wanneer het OM geen gebruik maakt van deze gelegenheid ... Door de grondslag te verruimen naar het recht op een eerlijk proces *in globo* wordt het ondervragingsrecht meer en meer een zelfstandig recht van verdediging (D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (à charge) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 29-30).

¹² Zie eveneens EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06, § 118. EHRM 23 juni 2016, *Ben Moumen/Italië*, nr. 3977/13; EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08; EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10; EHRM 22 november 2012, *Tseber/Tsjechië*, nr. 46203/08.

¹³ EHRM 15 juni 1992, *Lüdi/Zwitserland*; EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07; EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06; EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10.

¹⁴ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06.

¹⁵ D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief. Preadviezen Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2015*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 212; D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (à charge) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 45-46.

¹⁶ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06; EHRM (admiss.) 10 april 2012, *Ellis & Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*, nr. 46099/06 en 46699/06. Zie over deze eerdere rechtspraak ook D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (à charge) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 31-33.



Het EHRM schuift zodoende drie vragen naar voren voor deze beoordeling:

- 1) *Is er een gegronde reden om deze afwezigheid te rechtvaardigen en de eerdere verklaringen uit het vooronderzoek van de getuige toch als bewijs te gebruiken?*
- 2) *Is die getuigenverklaring het enige of doorslaggevende element voor het bewijs van de schuld?*
- 3) *Zijn er compenserende waarborgen die deze afwezigheid kunnen ondervangen en de rechten van verdediging toch nog kunnen verzekeren?*¹⁷

Deze vragen moeten in principe chronologisch worden beantwoord, al nuanceert de Grote Kamer dit later in het arrest *Schatschaschwili* door erop te wijzen dat de vragen zo met elkaar verbonden zijn dat ze soms in een andere volgorde kunnen worden beantwoord “*in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness of the unfairness of the proceedings*” (§ 118).¹⁸

2. De toepassing van de toetsingscriteria in het arrest *Riahi*, besproken in het licht van de andere rechtspraak

2.1. Goede reden voor de afwezigheid van de getuige

De eerste vraag die de rechter (en later het EHRM) moet beantwoorden, is er of een goede reden is die de afwezigheid van de getuige *à charge* ter terechtzitting rechtvaardigt. Het EHRM stelt hier hoge eisen. Uit het geannoteerde arrest blijkt duidelijk dat de enkele motivering dat de strafrechter voldoende overtuigd is door de eerdere verklaringen van de getuige, hoe gedetailleerd die ook mogen zijn, niet volstaat om te kunnen spreken van een goede reden voor het niet-verhoren van die getuige ter terechtzitting: “*La Cour constate ensuite que la cour d’appel a rejeté la demande du requérant de procéder à l’audition de D. Elle observe que la juridiction motiva cette décision par la considération que la culpabilité du requérant résultait à suffisance de la déposition circonstanciée, précise et nuancée de D. auprès de la police et de la confirmation de ses déclarations lors d’une audition par le juge d’instruction. La Cour note que la cour d’appel ne s’est pas fondée sur un empêchement du témoin pour venir témoigner. La cour d’appel n’a pas non plus invoqué une justification factuelle, un motif procédural ou juridique de nature à empêcher l’audition du témoin*”.

Het EHRM maakt dus komaf met de heersende cassatierechtspraak dat het aan de strafrechter toekomt om te oordelen of het verhoren van de getuige ter terechtzitting nog iets kan bijdragen aan de waarheidsvinding en/of de oordeelvorming van de strafrechter.¹⁹ Het arrest *Riahi* houdt

¹⁷ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, nr. 26766/05 en 22228/06.

¹⁸ EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10, § 118.

¹⁹ Zie bv. Cass. 25 september 2012, AR P.11.2087.N. Zie hierover eerder al kritisch: D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief*. Preadviezen Nederlands-Vlaamse

een duidelijke vingerwijzing in voor de Belgische strafrechter: hij zal uitdrukkelijk moeten motiveren waarom het verhoor van een getuige die volgens de verdediging relevant kan zijn voor de oordeelvorming van de strafrechter, niet mogelijk is in de onderhavige strafzaak.

Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen enkele voorbeelden van zulke goede redenen voor de afwezigheid worden afgeleid. Zo is het horen van de getuige ter terechtzitting evident niet mogelijk wanneer de getuige vóór de terechtzitting overleden is of wanneer de getuige niet kan worden gevonden. De overheid moet evenwel alle redelijke inspanningen doen om ervoor te zorgen dat de getuige kan worden verhoord²⁰, inclusief rechtshulp- en uitleveringsverzoeken.²¹ Wanneer de autoriteiten de getuige niet opsporen of hem niet dagvaarden, is er wel sprake van een schending.²² Wanneer de getuige op een eerder tijdstip kon worden verhoord maar de politie of magistratuur dit naliet, kan er ook sprake zijn van een schending van het recht op een eerlijk proces.²³ Er rust dus een doorgedreven inspanningsverbintenis op de strafrechtelijke autoriteiten om de rechten van verdediging optimaal te garanderen.²⁴

Daarnaast kunnen er ook juridische of feitelijke omstandigheden zijn die een getuigenverhoor ter terechtzitting kunnen verhinderen. Zo aanvaardt het EHRM dat er bijzondere proceduregels kunnen gelden om (zeker minderjarige) slachtoffers van zedenmisdriven te beschermen tijdens de terechtzitting.²⁵ Ook de angst van getuigen om ter terechtzitting, in aanwezigheid van de verdachte, belastende verklaringen af te leggen, kan een gegronde reden zijn indien de verdachte hier zelf de hand in heeft (bv. door de getuige te bedreigen) of wanneer objectieve gronden deze angst kunnen aantonen.²⁶ In beide gevallen moet de rechter deze reden motiveren en moet hij ook oordelen of er geen alternatieven bestaan om het ondervragingsrecht alsnog te waarborgen,

Vereniging voor Strafrecht 2015, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 214; T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 444-446.

²⁰ EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10; EHRM 22 november 2012, *Tseber/Tsjechië*, nr. 46203/08.

²¹ EHRM 23 juni 2016, *Ben Moumen/Italië*, nr. 3977/13. Wanneer de autoriteiten de getuigen contacteren, en een rechtshulpverzoek indienen om hen via videoconferentie te verhoren maar wanneer de getuigen weigeren, heeft de overheid het nodige gedaan en kan de afwezigheid hen niet worden verweten (EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10).

²² EHRM 11 juli 2013, *Rudnichenko/Oekraïne*, nr. 2775/07.

²³ EHRM 28 juni 2016, *Dimovic/Servië*, nr. 24463/11. Zie ook EHRM 16 februari 2010, *V.D./Roemenië*, nr. 7078/02, waarin het getuigenverhoor van een oude, seniele getuige niet audiovisueel werd geregistreerd en noch tijdens het vooronderzoek noch tijdens de terechtzitting werd voorgelezen aan de verdachte.

²⁴ T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 449.

²⁵ EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08; EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07; EHRM 7 juli 2009, *D./Finland*, nr. 30542/04.

²⁶ EHRM (admiss.) 10 april 2012, *Ellis & Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*, nr. 46099/06 en 46699/06.



bijvoorbeeld door het statuut van anonieme getuige²⁷ of door een verhoor op afstand.²⁸ Het feit dat getuigen geen verklaringen willen afleggen, bijvoorbeeld als medebeklaagden zichzelf niet willen beschuldigen, is op zich geen goede reden om die getuige niet op te roepen.²⁹ Wanneer hij zich dan toch op zijn zwijgrecht beroept, kan dit de lidstaat uiteraard niet ten kwade worden genomen.³⁰ M.i. lijkt hetzelfde te gelden wanneer de getuige zich op zijn beroepsgeheim beroept (cf. art. 458 Sw.).

Het principiële uitgangspunt dat getuigen ter terechtzitting moeten kunnen worden verhoord, lijkt het EHRM tot een strenge beoordeling van de rechtvaardigingsgronden van de afwezigheid van die getuige ter terechtzitting te leiden. Een systematische weigering van de strafrechter getuigen te verhoren zonder gegronde reden, is volgens het Hof in strijd met dit principiële recht van verdediging. Toch leidt dit niet meer automatisch tot een schending van het recht op een eerlijk proces. Het EHRM stelt in het arrest *Schatschaschwili*³¹ en ook in het arrest *Riahi* dat het gebrek aan een goede reden weliswaar een zwaarwegend element in de beoordeling is maar dat deze tekortkoming niet automatisch leidt tot een schending van artikel 6 EVRM wanneer de getuige niet het enige/doorslaggevende bewijs is en/of de strafprocedure voldoende compenserende waarborgen kent om de rechten van verdediging alsnog te garanderen. Het eerste criterium lijkt zo dus aan belang in te moeten boeten. Ook wanneer er wel een goede reden is, moeten de rechten van verdediging trouwens zo veel mogelijk worden gegarandeerd en moeten de twee volgende criteria de doorslag geven.³² Het Hof lijkt dus meer en meer op te schuiven naar een *in concreto* beoordeling van het recht op een eerlijk proces.

2.2. Getuigenverklaring als enig of doorslaggevend bewijsmiddel

Initieel meende het EHRM dat er in de regel een schending was van het recht op een eerlijk proces wanneer de getuigenverklaring het enige of determinerende bewijsmiddel was en de verdediging deze getuige niet kon ondervragen, zelfs wanneer er een goede reden was voor diens afwezigheid ter

terechtzing (de zgn. “*sole or decisive-rule*”). De rechtspraak van het EHRM betekent dus niet dat *alle* getuigen moeten worden verhoord om het recht op het eerlijk proces te waarborgen. Het is vooral wanneer de getuigenverklaring in een concreet dossier “*likely to be determinative of the outcome of the case*”³³ is, dat het recht op een eerlijk proces in het gedrang komt wanneer deze getuige niet ter terechtzitting wordt verhoord. Hetzelfde geldt wanneer het getuigenbewijs mogelijk een “*significant weight*” draagt en het gebruik als bewijs de verdediging die de getuige geen vragen kan doen stellen, mogelijk benadeelt (“*handicapped the defence*”).³⁴

Uiteraard is dat een feitenkwestie, die niet altijd zo eenvoudig is vast te stellen door de feitenrechter (zeker niet in eerste aanleg³⁵). Veel zal afhangen van het overige bewijs dat in het strafdossier zit en waar de vonnisrechter al voor de terechtzitting kennis van kan nemen.³⁶ Wanneer het overige bewijs enkel aantoont dat de verdachte aanwezig was op de plaats van de feiten of enkel de verwondingen van het slachtoffer vaststelt maar niets zegt over de betrokkenheid van de beklaagde bij de feiten zelf³⁷ of wanneer het overige bewijs enkel de materialiteit der feiten aantoont maar geen bewijs levert voor het moreel element van het misdrijf³⁸, kunnen getuigenverklaringen die deze betrokkenheid wel aantonen, belangrijker worden voor de bewijsbeslissing. Wordt de verklaring van een overleden getuige evenwel geruggesteund door andere getuigen die onafhankelijk van elkaar gelijklopende verklaringen afleggen, dan is die verklaring minder determinerend voor de bewijsbeslissing en is een schending van het recht op een eerlijk proces omdat die getuige niet meer ondervraagd kan worden, minder aan de orde.³⁹

²⁷ Anonieme getuigen kunnen voor gelijkaardige problemen voor de verdediging zorgen als afwezige getuigen, maar zijn toch minder problematisch. Hoewel het moeilijker is de geloofwaardigheid van de onbekende getuige (bv. motieven om te liegen) te onderzoeken, bestaat er toch nog enige mogelijkheid om die getuige vragen te laten stellen (EHRM (admiss.) 10 april 2012, *Ellis & Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*, nr. 46099/06 en 46699/06); T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 452-453).

²⁸ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06; EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07; EHRM 10 november 2005, *Bocos-Cuesta/Nederland*, NC 2006, 235, noot T. VAN DER BEKEN.

²⁹ EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10.

³⁰ EHRM 10 juli 2012, *Vidgen/Nederland*, nr. 29353/06.

³¹ De separate opinions bij het arrest tonen echter dat de rechters van het Hof hier geenszins allemaal mee akkoord gaan.

³² EHRM 10 juli 2012, *Vidgen/Nederland*, nr. 29353/06.

³³ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06, § 131; EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10, § 123.

³⁴ EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10; EHRM 23 juni 2016, *Ben Moumen/Italië*, nr. 3977/13; EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10; EHRM 10 november 2016, *Sitnevskiy en Chaykovski/Oekraïne*, nr. 48016/06 en 7817/07.

³⁵ EHRM (admiss.) 10 april 2012, *Ellis & Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*, nr. 46099/06 en 46699/06. In hoger beroep zal dit misschien wel duidelijker zijn. Wanneer de verdachte eerst wordt vrijgesproken en de bekentenis van de overleden medeverdachte nadien in hoger beroep wordt geïntroduceerd, waarna de verdachte wordt veroordeeld, dan is die verklaring ook duidelijk decisief geweest voor de bewijsbeslissing (EHRM 28 juni 2016, *Dimovic/Servië*, nr. 24463/11).

³⁶ D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (à charge) na het arrest *Al-Khawaja en Tahery* van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 42.

³⁷ EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07; EHRM 22 november 2012, *Tseber/Tsjechië*, nr. 46203/08; EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10. Zie echter de dissenting opinion van rechters Hirvela et al. bij dit laatste arrest.

³⁸ EHRM 10 juli 2012, *Vidgen/Nederland*, nr. 29353/06.

³⁹ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05.



In het geannoteerde arrest is er weinig discussie over de sleutelrol van de verklaringen van het slachtoffer voor de bewijsbeslissing. Diens herkenning van de verdachte en diens herhaalde verklaringen van het vooronderzoek vormden het enige bewijs in het strafdossier. Het gebrek aan goede reden voor de afwezigheid van het verhoor van een kroongetuige ter terechtzitting – zoals in de zaak *Riahi* het geval was – leidt in de huidige stand van de rechtspraak van het EHRM evenwel niet meer tot een absolute schending van het recht op een eerlijk proces. Sinds het arrest *Al Khawaja & Tahery* kadert het EHRM de beoordeling van een eventuele schending van het recht op een eerlijk proces binnen het ruimere frame van de ganse strafprocedure. De beoordeling van het determinerend karakter van de getuigenverklaring als bewijs blijft evenwel relevant: hoe belangrijker de getuigenverklaring voor de bewijsbeslissing, hoe meer compenserende waarborgen er in de strafprocedure aanwezig moeten zijn om het ondervragingsrecht en het recht op een eerlijk proces te garanderen.⁴⁰

2.3. Compenserende waarborgen

De rechtspraak van het EHRM evolueerde in die zin dat de eerste twee criteria weliswaar belangrijke vragen zijn voor de beoordeling maar niet meer in alle gevallen moeten leiden tot de vaststelling van een schending van het recht op een eerlijk proces. Ook wanneer er geen goede reden is voor de afwezigheid van de getuige wiens verklaring het enige of determinerende bewijsmiddel is, kan het recht op een eerlijk proces worden gevrijwaard als er maar voldoende compenserende waarborgen voorhanden zijn die “*fair and proper assessment of the reliability of that evidence*” mogelijk maken. Die waarborgen moeten dus zorgen voor een zorgvuldige beoordeling van de betrouwbaarheid van die getuigenverklaring door de strafrechter⁴¹ én de procespartijen de gelegenheid bieden dit getuigenbewijs aan te vallen en te betwisten.

Het EHRM stelt hier opnieuw hoge eisen. Het Hof ziet het ondervragen van getuigen ter terechtzitting immers als hét middel bij uitstek om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te kunnen beoordelen. In het geannoteerde arrest *Riahi* maakt het EHRM duidelijk dat een zorgvuldige beoordeling en motivering van de betrouwbaarheid van die verklaringen niet volstaat om het gebrek aan verhoor ter terechtzitting op te vangen:

“§ 41. *La Cour constate ensuite que la cour d’appel a analysé les dépositions de D. devant la police et le magistrat*

instructeur et a fait valoir leur caractère circonstancié, précis, nuancé et constant. Cela étant, la Cour se doit de rappeler qu’un tel examen ne saurait à lui seul compenser l’absence d’interrogation du témoin par la défense. En effet, aussi rigoureux soit-il, l’examen fait par le juge du fond constitue un instrument de contrôle imparfait dans la mesure où il ne permet pas de disposer des éléments pouvant ressortir d’une confrontation en audience publique entre l’accusé et son accusateur.

§ 42. *Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le caractère déterminant des dépositions de D., en l’absence de confrontation avec le requérant en audience publique, emporte la conclusion que les juridictions internes, aussi rigoureux qu’ait été leur examen, n’ont pas pu apprécier correctement et équitablement la fiabilité de cette preuve.*

§ 43. *Partant, considérant l’équité de la procédure dans son ensemble, la Cour juge que les droits de la défense du requérant ont ainsi subi une limitation incompatible avec les exigences d’un procès équitable. Il y a donc eu violation de l’article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention.”*

Hoe rigoreus dit onderzoek door de vonnisrechter ook wordt gevoerd, dat is een onvoldoende controle in die zin dat het niet toelaat te beschikken over elementen die voortkomen uit een openbare confrontatie tussen de beklaagde en de getuige die de beklaagde beschuldigt. De enkele motivering van de rechter dat de eerdere verklaringen van het slachtoffer voldoende precies en overtuigend waren, volstaat niet om de verdediging de mogelijkheid te ontzeggen het slachtoffer als getuige ter terechtzitting te doen ondervragen. De verdediging moet dus in de gelegenheid worden gesteld om de betrouwbaarheid van de verklaringen van zulke kroongetuigen te controleren en te betwisten. Het (doen) ondervragen van deze getuigen is volgens het EHRM hiervoor het ideale instrument.

Dit arrest sluit aan bij de eerdere rechtspraak van het EHRM, waarin inderdaad duidelijk wordt dat het Hof veel waarde hecht aan de mogelijkheid voor de verdediging die getuigenverklaringen effectief te kunnen aanvallen. Het feit dat het eerdere verhoor van de getuige audiovisueel werd opgenomen, kan een belangrijk gegeven zijn voor die zorgvuldige beoordeling⁴² maar is op zich niet voldoende, zeker niet als die getuigenverklaring het enige bewijsmiddel is.⁴³ Het feit dat de getuige werd verhoord door een rechter is zo ook een waarborg voor de rechtmatigheid van die getuigenverklaring maar is volgens het Hof daarom nog geen

⁴⁰ Zie ook EHRM 23 juni 2016, *Ben Moumen/Italië*, nr. 3977/13; EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08; EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10; EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10; EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06.

⁴¹ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*, nr. 26766/05 en 22228/06, § 147; EHRM 28 juni 2016, *Dimovic/Servië*, nr. 24463/11; EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08; EHRM 31 maart 2016, *Seton/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55287/10.

⁴² EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10.

⁴³ EHRM 7 juli 2009, *D./Finland*, nr. 30542/04; EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07. Het EHRM erkent dat de rechtbank en de verdediging door de audiovisuele opname van het verhoor kennis krijgen van de verklaring en de wijze van verhoren en dat ze zich op de beelden – althans in zekere mate – kunnen baseren om de geloofwaardigheid te beoordelen en te betwisten. Toch biedt dit geen mogelijkheid om vragen te (laten) stellen aan de getuige. Wanneer dit bewijs dan het enige directe bewijs *à charge* is, komt het recht op een eerlijk proces wel in het gedrang.



waarborg voor een effectief onderzoek naar de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid.⁴⁴ Ook het enkele feit dat de verdediging de identiteit van de getuige kent (in tegenstelling tot wat bij anonieme getuigen het geval is) zodat men diens geloofwaardigheid kan betwisten, volstaat niet.⁴⁵ In de zaak *A.S.* schuift het Hof als minimumvereisten naar voren dat de getuigenverklaring door de verdediging waarneembaar moet zijn (via een audiovisuele opname, maar ook door de aanwezigheid van de advocaat of door het proces-verbaal) én dat de verdediging de gelegenheid heeft om tijdens het verhoor of op een later tijdstip in de procedure vragen te doen stellen aan de getuige.⁴⁶ Ook in het arrest *Schatschaschwili* besloot het EHRM tot een schending: ook al gaf de rechtbank zorgvuldig aan waarom ze geloof hechte aan die getuigenverklaring en de verdediging een eigen versie van de feiten kan geven en de getuigenverklaring kan betwisten, dan nog kan de onmogelijkheid om zelf vragen te (laten) stellen aan die getuige het recht op een eerlijk proces schaden, zeker wanneer die mogelijkheid bestond tijdens het vooronderzoek en men redelijkerwijze kon voorzien dat de getuigen niet ter zitting zouden opdagen maar van die mogelijkheid geen gebruik werd gemaakt.⁴⁷

In principe moet er op enig moment in de procedure een “mondeling onderzoek” naar de betrouwbaarheid van die verklaring mogelijk zijn. Hoe dit moet worden ingevuld, lijkt opnieuw afhankelijk van de aanwezigheid van ander bewijs tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Wanneer de getuigenverklaring ter terechtzitting wordt voorgelezen, zodat de beklaagde met bijstand van een advocaat ze kon betwisten maar hij die getuige niet tegensprekt én wanneer de rechtbank zorgvuldig motiveert waarom ze wel geloof hecht aan die verklaring, in het licht van de andere bewijzen (waaronder de ingetrokken bekentenis van een medeverdachte), dan kan het gebrek aan een ondervragingsmogelijkheid worden gecompenseerd.⁴⁸ Dat is zeker het geval indien ter terechtzitting steunbewijs voor die verklaring wordt onderzocht en de verdediging bijvoorbeeld de mogelijkheid had vragen te stellen aan andere getuigen die gelijklopende verklaringen afleggen of aan de deskundige die de rechtbank adviseert over de betrouwbaarheid van de afwezige getuige en diens verklaring.⁴⁹ Wanneer de getuigenverklaring daarentegen het enige of doorslaggevende bewijsmiddel is, dan lijkt

een confrontatie met die getuige zelf (idealiter ter terechtzitting) het enige middel om het recht op een eerlijk proces te kunnen waarborgen.⁵⁰

III. Wat betekent dit nu voor het Belgische strafprocesrecht?

Het is het wezenskenmerk van een adversaire procedure dat al het bewijs ter terechtzitting wordt aangevoerd en het voorwerp uitmaakt van een tegensprekelijk debat waar de verdediging actief wordt betrokken. Het ondervragingsrecht van getuigen is in de ogen van het EHRM het instrument bij uitstek om die getuigenverklaring actief te contesteren en te betwisten. In de praktijk lijkt het correctionele onderzoek ter terechtzitting echter gekenmerkt door een schriftelijke procesvoering. Volgens DE WOLF is er in de Belgische strafrechtspraktijk geen sprake van een systematische motivering van weigeringsbeslissingen om getuigen ter terechtzitting te verhoren door de vonnisrechter, die autonoom oordeelt of er grond toe bestaat die getuigen te verhoren ter terechtzitting.⁵¹

In het arrest *Riahi* keert het EHRM zich duidelijk af van zulke systematische ongemotiveerde weigeringen, zeker wanneer die verklaringen het enige of doorslaggevende bewijsmiddel zijn. De huidige cassatierechtspraak laat te veel ruimte voor de strafrechter, terwijl het EHRM uitgaat van een “meer gebonden bevoegdheid met actieve verplichtingen”.⁵² Een systematische weigering om getuigen ter terechtzitting te verhoren zonder gegronde motivering, lijkt dan ook het recht op een eerlijk proces in het gedrang te brengen, zeker gelet op het feit dat er geen afdoende compenserende waarborgen bestaan in de Belgische strafprocedure. In het Belgische strafprocesrecht wordt bijvoorbeeld niet voorzien in de mogelijkheid voor de verdediging om getuigen vragen te (doen) stellen tijdens het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek.⁵³

Dit arrest kan een stimulans zijn voor de Belgische strafrechtspraktijk om het onmiddellijkheidskarakter van de

⁴⁴ EHRM 22 november 2012, *Tseber/Tsjechië*, nr. 46203/08.

⁴⁵ EHRM (admiss.) 10 april 2012, *Ellis & Simms en Martin/Verenigd Koninkrijk*, nr. 46099/06 en 46699/06.

⁴⁶ EHRM 28 september 2010, *A.S./Finland*, nr. 40156/07.

⁴⁷ EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10. *In casu* was het de politie al duidelijk dat de buitenlandse getuigen zouden terugkeren naar hun land en vroeg het OM de onderzoeksrechter de getuigen te verhoren met het oog op het verkrijgen van een “true statement” die als bewijs in rechte kon dienen. Hoewel de advocaat van de verdachte volgens het Duitse recht aanwezig mag zijn, was de verdachte *in casu* nog niet op de hoogte gebracht van het onderzoek tegen hem en was hij dus niet aanwezig tijdens dit verhoor.

⁴⁸ EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08.

⁴⁹ EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, nr. 9154/10; EHRM 24 mei 2016, *Przydzial/Polen*, nr. 15847/08.

⁵⁰ Zo oordeelde het Hof recent nog dat de mogelijkheid de verklaring uit het vooronderzoek te kunnen betwisten ter zitting niet kan volstaan wanneer het steunbewijs voor deze getuigenverklaringen enkel de ingetrokken bekentenis van een medebeklaagde betreft (EHRM 10 november 2016, *Sitnevskiy en Chaykovski/Oekraïne*, nr. 48016/06 en 7817/07).

⁵¹ D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (a charge) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 48; D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief*. Preadviezen Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2015, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 213.

⁵² D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief*. Preadviezen Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2015, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 214.

⁵³ T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 460-463.



procedure ter terechtzitting opnieuw in ere te herstellen. In dossiers waarin die getuigenverklaringen het enige of doorslaggevende bewijs zijn, is meer waakzaamheid geboden en kan een verhoor ter terechtzitting een uitgelezen kans zijn voor de verdediging én de strafrechter om dit bewijsmiddel zorgvuldig te beoordelen. Dit geldt met stip voor zware strafzaken, die nu meer en meer worden weggehouden van assisen, maar ook in andere dossiers (bijvoorbeeld zedenzaken) kan dit belangrijk zijn.

Uiteraard is het niet mogelijk om alle getuigen en slachtoffers die tijdens het vooronderzoek verklaringen aflegden, opnieuw ter terechtzitting te verhoren. De ratio van deze Europese rechtspraak is gegrond op het beschermen van de rechten van verdediging, die getuigen *à charge* steeds actief moet kunnen contesteren. Het is dan ook niet meer dan logisch dat er een actieve houding van de verdediging kan worden verwacht: het is niet voldoende achteraf te reclameren dat een bepaalde getuige niet ter terechtzitting werd verhoord. De advocaat moet daarentegen de eerste gelegenheid zelf te baat nemen om bij aanvang van de procedure ten gronde te verzoeken bepaalde getuigen voor verhoor op te roepen.⁵⁴ Het Hof vereist een gemotiveerd verzoek waarin de verdediging de mogelijke relevantie van het verhoor van de getuige voor de waarheidsvinding uiteenzet.⁵⁵ De Orde van Vlaamse Balies stelde naar aanleiding van het geannoteerde arrest ook een modelconclusie ter beschikking om advocaten te stimuleren (kroon)getuigen ter terechtzitting te doen verhoren.⁵⁶

Zulke verzoeken moeten “in de regel” worden ingewilligd, zeker wanneer de verklaringen de basis van de vervolging vormen of wanneer ze als bewijs worden gebruikt of wanneer ze cruciaal zijn voor het schragen van een bepaald verweer van de verdediging.⁵⁷ Wanneer de getuigenverklaringen daarentegen maar een “relatief belang” hebben voor de waarheidsvinding, kan de strafrechter dit wel weigeren. De

strafrechter zal dan motiveren waar hij dit uit afleidt en waarom de weigering de belastende getuige ter zitting te verhoren de rechten van verdediging niet aantast.⁵⁸ Het Hof van Cassatie oordeelde op 31 mei 2016 in dezelfde zin door voorop te stellen dat de strafrechter moet preciseren waarom een gevraagde onderzoekshandeling niet dienstig is voor de waarheidsvinding wanneer dit verzoek omstandig was gemotiveerd.⁵⁹ Uiteraard zal ook het niet-determinerend karakter van die getuigenverklaring dan ook duidelijk uit het vonnis of arrest moeten blijken.

Wanneer de getuigenverklaring wel het enige of mogelijk doorslaggevende bewijs is maar een verhoor ter terechtzitting toch niet mogelijk is (*cf.* gegronde reden), zou deze verklaring niet als bewijs mogen worden gebruikt, zelfs niet wanneer dit dan de vrijspraak tot gevolg heeft. Enige mogelijkheid voor de verdediging om deze getuige mondeling te kunnen confronteren in de procedure ontbreekt dan immers, zodat diens rechten van verdediging geschaad zijn.

Men zou deze ondervragingsmogelijkheid evenwel ook tijdens het vooronderzoek kunnen implementeren. Het EHRM geeft de voorkeur aan een verhoor ter terechtzitting maar ziet een verhoor tijdens het vooronderzoek wel als een mogelijke compenserende waarborg. Dit kan zo binnen het huidige strafprocedurele kader worden ingevuld. Gebruikmakend van de mogelijkheid voor de inverdenkinggestelde om de onderzoeksrechter bijkomende onderzoekshandelingen te kunnen vragen (art. 61*quinquies* Sv.), zou de inverdenkinggestelde een *confrontatieverhoor* kunnen vragen met die bepaalde getuige(n). Het is uiteraard zo dat een enkel confrontatieverhoor, zonder de mogelijkheid de getuige vragen te (doen) stellen, niet kan volstaan om tegemoet te komen aan de vereisten van het EHRM. Sinds de inwerkingtreding van de wet van 21 november 2016 “betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord” wordt echter wettelijk voorzien dat de advocaat van verdachten bij confrontatieverhoren aanwezig kan zijn én de actieve rol die de Salduz-advocaat zich onder de nieuwe regelgeving kan toemeten, zou hem kunnen toelaten de verhoorders – die de leiding over het verhoor wel behouden – te suggereren bepaalde vragen te stellen.

Deze werkwijze zou tegemoet kunnen komen aan de eisen die het EHRM stelt aan de compenserende waarborgen voor de afwezigheid van het verhoor van bepaalde getuigen ter terechtzitting. Dit vergt dan wel de nodige goodwill van zowel de onderzoeksrechter als de verhoorders. Onderzoekers zijn immers niet verplicht het gevraagde confrontatieverhoor toe te staan. Wanneer de inverdenkinggestelde evenwel zijn verzoek motiveert met verwijzing naar het arrest *Riahi*, moet de onderzoeksrechter een weigering echter wel motiveren en is er hoger beroep mogelijk bij de kamer van inbeschuldigingstelling. Daarnaast blijven verhoorders de controle over het verhoor behouden en zijn ze niet verplicht de gesuggereerde vragen effectief aan de getuige te stellen. Het verdient dan evenwel aanbeveling dat de advocaat deze

⁵⁴ Merk op dat de vonnisrechter niet de bevoegdheid heeft getuigen ter terechtzitting te dagvaarden. Enkel de partijen kunnen dit doen. De strafrechter kan, indien hij het verhoor van een getuige wenselijk acht, enkel het Openbaar Ministerie suggereren een getuige op te roepen; hij kan het Openbaar Ministerie er niet toe dwingen (D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (*à charge*) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 49).

⁵⁵ T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 444-446. Zie ook D. DE WOLF, “Verzoeken tot aanvullend onderzoek van de verdediging” in *Nader strafrechtelijk onderzoek vanuit verdedigingsperspectief. Preadviezen Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2015*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishing, 2015, 198-200; D. DE WOLF, “Het recht op horen van getuigen (*à charge*) na het arrest Al-Khawaja en Tahery van het Europees Hof voor de Rechten van de mens” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 32.

⁵⁶ www.ordeexpress.be/artikel/126/1646/modelconclusie-getuigen-ter-terrechtzitting. Deze modelconclusie is echter enkel toegankelijk voor advocaten.

⁵⁷ T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 471.

⁵⁸ Cass. 23 november 2010, RW 2011-12, 367.

⁵⁹ Cass. 31 mei 2016, AR P.14.1488.N.



weigering in het proces-verbaal laat akteren, zodat hij zich hier later op kan beroepen om een schending van de rechten van verdediging aan te voeren.

Het huidig strafprocedureel kader biedt dus wel mogelijkheden maar is niet waterdicht. Daarbij moet ook worden vermeld dat de mogelijkheid om bijkomend onderzoek te verzoeken niet op dezelfde wijze is gegarandeerd tijdens het opsporingsonderzoek. Uiteraard kan de (advocaat van de) verdachte dit wel vragen aan het Openbaar Ministerie maar de procureur moet een weigering niet motiveren en er staat geen rechtsmiddel open tegen deze weigering. Momenteel beraadt een commissie deskundigen, aangesteld door de minister van Justitie, een hervorming van het strafprocesrecht voor. Misschien kan dit arrest worden aangegrepen om deze mogelijkheid om getuigen tijdens het vooronderzoek reeds vragen te (doen) stellen als dusdanig in het Belgische strafproces te implementeren. Dit kan via een confrontatieverhoor, zoals hierboven voorgesteld, maar als dit niet mogelijk of wenselijk is – bijvoorbeeld wanneer de getuige niet wenst te worden geconfronteerd met de verdachte – kan ook worden gepleit voor een audiovisuele opname van het verhoor van die getuige. De verdachte zou dan na het bekijken van die opname vragen kunnen suggereren die de getuige dan in een volgend verhoor worden gesteld.

Dit zou alleszins passen binnen een evolutie – vnl. naar aanleiding van de Salduz-saga – naar een meer participatief vooronderzoek, waarin de mogelijkheden tot tegenspraak van de verdediging worden verruimd.⁶⁰ Deze mogelijkheid zou eventuele tekortkomingen tijdens de procedure ter terechtzitting kunnen compenseren wanneer men vreest dat de getuige zou overlijden of zou verdwijnen. Het vermijdt ook dat een verhoor van een cruciale getuige ter terechtzitting moeten worden overgedaan.⁶¹ Bovendien is het van rechtspsychologisch oogpunt beter getuigen zo snel mogelijk na de feiten te verhoren, zodat het ook voor de verdediging beter is die getuigenverklaring al tijdens het vooronderzoek te kunnen contesteren. Ten slotte past deze mogelijkheid ook beter bij de evolutie in ons strafprocesrecht, waarbij het zwaartepunt van het strafrechtelijk onderzoek meer en meer verschuift naar

het vooronderzoek.⁶² Hoe het ook wordt georganiseerd, dit arrest maakt het zonneklaar dat de verdediging op enig moment vragen moet kunnen stellen aan de getuige wiens verklaringen de basis van de bewijsbeslissing vormen.

Pieter TERSAGO

Advocaat – navorser Universiteit Antwerpen

Cass. 10 mei 2016 (P.15.1643.N)

Zet.: Maffei (Voorzitter), Van Volsem, Hoet, Lievens en Berneman

O.M.: Timperman (Advocaat-generaal)

Adv.: Mr. J. Verbist, Mr. Ph. Traest en Mr. K. Beirnaert

REGELING DER RECHTSPLEGING – ZUIVERING VAN NIETIGHEDEN – UITSLUITING VAN BEWIJSMATERIAAL – TOEVOEGEN VAN STUKKEN AAN HET DOSSIER

Het onderzoeksgerecht heeft geen rechtsmacht om het Openbaar Ministerie te bevelen een opsporingsonderzoek bij het strafdossier te voegen.

De kamer van inbeschuldigingstelling is na vaststelling van een nietigheid ertoe gehouden de bewijsbehandelingen die het gevolg zijn van de nietige onderzoekshandeling, eveneens als bewijs uit te sluiten.

(L.V.G.; A.T.; A.T.; T.T./D.T.; M.T.)

(...)

I. Rechtspleging voor het Hof

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 3 december 2015.

(...)

II. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Ontvankelijkheid van de cassatieberoepen

1. Het arrest verklaart het hoger beroep van de eiseres I niet ontvankelijk voor zover het gesteund is op:

- de voor de raadkamer schriftelijk ingeroepen prejudiciële exceptie overeenkomstig de artikelen 16 en 17 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering;

⁶² T. DECAIGNY, *Tegenspraak in het vooronderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 485-489.

⁶⁰ Zie hierover uitgebreid het OVB-voorstel op www.orde.express.be/artikel/93/1120/hervorming-strafprocedure-ovb-pleit-voor-participatief-strafrechtelijk-onderzoek.

⁶¹ Dit is het argument van F. SCHUERMANS om naar aanleiding van dit arrest andermaal te pleiten voor een afschaffing van de figuur van de onderzoeksrechter en te evolueren naar een eengemaakt onderzoek onder leiding van het Openbaar Ministerie en met meer inspraak van de verdachte (F. SCHUERMANS, “EHRM verplicht oproeping ter zitting van getuige à charge”, *Juristenkrant* 2016, afl. 337, 13). M.i. is het belangrijk deze eventuele evolutie – waarover het geannoteerde arrest geenszins handelt – inderdaad gepaard te laten gaan met een evenredige uitbreiding van de participatiemogelijkheden van de verdediging, hetzij tijdens het vooronderzoek, hetzij tijdens een opgevaardeerd tegensprekelijk onderzoek ter terechtzitting. Specifiek wat getuigenverhooren betreft, moet de verdediging de gelegenheid hebben op enig moment vragen te kunnen doen stellen aan kroongetuigen.

