

ANNOTATIE

Atristain Gorosabel t. Spanje (EHRM, 15508/15) – Onrechtmatig verkregen startinformatie: van Gäfgen naar Gorosabel

D.A.G. van Toor

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 18-01-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0118JUD001550815 (EHRC-2022-0039)

1. Het leerstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen is de laatste decennia flink in beweging.[1] Sinds de inwerkingtreding in 1996 van art. 359a Sv – het wettelijk kader voor het sanctioneren van vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek – wees de Hoge Raad enkele richtinggevende arresten. Daarin wordt zowel de beperkte reikwijdte van art. 359a Sv duidelijk[2] als de terughoudendheid om de zwaarste sancties – niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en de bewijsuitsluiting – toe te passen[3]. Buruma beschrijft de rechtspraak waarin de reikwijdte van art. 359a Sv wordt beperkt als salamitechniek:[4] vormverzuimen die niet tijdens het voorbereidend onderzoek naar het *ten laste gelegde feit* of niet tegen de *verdachte* zelf zijn begaan, komen in beginsel niet in aanmerking voor sanctionering. Verder komen de twee zwaarste sancties vooral pas om de hoek kijken als art. 6 EVRM is geschonden.[5] Het onderwerp van onrechtmatige opsporing geniet ook wetenschappelijke aandacht. In 2003, 2014 en 2020 verschenen proefschriften over de sanctionering van vormverzuimen.[6] Daarnaast werd in talloze artikelen aandacht besteed aan dit onderwerp.[7] In deze annotatie staat een specifiek onderdeel van de onrechtmatige opsporing centraal dat tot op heden weinig aandacht genoot, namelijk of onrechtmatig verkregen bewijzen (indien zij moeten worden uitgesloten) wel als startinformatie mogen worden gebruikt.

2. Uit de bovengenoemde publicaties en arresten blijkt namelijk dat het voor bewijsuitsluiting noodzakelijk is, dat het bewijs tegen de verdachte (waartegen het vormverzuim is begaan) als zodanig wordt gebruikt.[8] Met andere woorden, het bewijs moet daadwerkelijk gebruikt worden voor de bewezenverklaring. Dat laat – ten minste in eerste instantie – de deur openstaan om het onrechtmatig verkregen bewijs wel als *startinformatie* te gebruiken en op basis van die (onrechtmatig verkregen) informatie nieuwe opsporingshandelingen te baseren. Instrumenteel is deze gedachte niet vreemd: als het onrechtmatig verkregen bewijsmiddel waarheidsgetrouw is en nog onbekend was, maar niet voor een bewezenverklaring mag worden gebruikt, dan is het gebruiken als startinformatie een interessant alternatief. Dan geeft de beschikbaar gekomen informatie aanleiding om nieuwe opsporingshandelingen tegen de verdachte in te zetten, waardoor het bewijsmiddel op een andere waardevolle manier wordt ingezet.

3. In een aantal eerdere zaken en in de onderhavige zaak stond de rechtsvraag centraal in hoeverre het gebruik van in strijd met art. 6 EVRM verkregen bewijs als startinformatie mag worden ingezet in het licht van de eerlijkheid van gehele proces.[9] In *Gäfgen*[10] wordt klager veroordeeld voor het ontvoeren en vermoorden van een 11-jarige jongen. Gäfgen heeft de jongen direct na de ontvoering omgebracht, maar eist desondanks losgeld van de ouders. Kort na de overhandiging van het losgeld wordt klager gearresteerd. De politie denkt, mede door het feit dat losgeld is geëist, dat de jongen nog leeft. Vrezend voor het leven van de jongen, wordt Gäfgen met allerlei verschillende gewelddadige handelingen bedreigd door de verhoorders. Na 10 minuten bekent Gäfgen dat hij de jongen al om het leven heeft gebracht en vertelt waar hij hem begraven heeft. Analyse van de plaats-delict maakt duidelijk dat de verklaring van klager waarheidsgetrouw is en op daderkennis berust. Bij nader onderzoek blijkt namelijk dat de gevonden bandensporen op deze plek overeenkomen met de sporen van Gäfgens auto en ook de autopsie wijst uit dat de jongen is overleden op de manier die Gäfgen beschrijft. Voor de veroordeling voor moord en ontvoering wordt de verklaring uit het vooronderzoek echter niet gebruikt, maar de bandensporen en de autopsie worden als ondersteunend bewijs gebruikt. In deze zaak is de in strijd met artikel 3 EVRM verkregen verklaring dus als startinformatie gebruikt. Hierdoor is volgens het EHRM art. 6 EVRM niet geschonden: 'The impugned real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.'^[11]

4. In *Dubois t. Frankrijk*[12] oordeelt het EHRM ook dat de procedure als geheel voldoende eerlijk is verlopen, omdat de veroordeling primair is gebaseerd op overtuigend bewijsmateriaal dat niet tijdens het onrechtmatige verhoor was verkregen. Op dezelfde dag

oordeelt het EHRM in *Wang t. Frankrijk*,^[13] dat in die zaak juist wel een schending van art. 6 EVRM plaatsvindt, onder meer omdat het onrechtmatig verkregen bewijs een beslissende rol in de strafzaak tegen haar speelt. In beide zaken ging het om personen die werden vervolgd en veroordeeld wegens het onrechtmatig beoefenen van de geneeskunde. Zij klaagden over de omstandigheden waaronder hun op *vrijwillige* basis afgenomen politieverhooren plaatsvonden. Omdat de nog niet als zodanig bestempelde verdachten vrijwillig op het politiebureau verschenen, hadden zij destijds geen recht op allerlei verdedigingsrechten, waaronder een tolk (in het geval van Wang) en rechtsbijstand. Omdat de door Dubois afgelegde verklaring niet tegen hem wordt gebruikt voor de veroordeling oordeelt het EHRM dus dat art. 6 EVRM niet is geschonden. Uit de zaken die in dit randnummer zijn besproken, alsmede uit *Gäfgen* lijkt doorslaggevend voor de eerlijkheid van het gehele proces, op welke wijze het onrechtmatig verkregen bewijs is gebruikt. Pas als het bewijs aan de *conviction or sentence* (*Gäfgen*, par. 180) (in beslissende mate) bijdraagt, kan er sprake zijn van een schending van art. 6 EVRM.

5. In de onderhavige zaak gaat het om een vergelijkbare rechtspositie als in *Dubois*: de klager kan geen gebruikmaken van verdedigingsrechten tijdens het verhoor. Hij wordt echter niet op vrijwillige basis gehoord, maar wordt *incommunicado* vastgehouden op verdenking van deelname aan de ETA (een terroristische organisatie die bomaanslagen pleegde voor de Baskische onafhankelijkheidstrijd). Tijdens een verhoor verklaart hij dat hij thuis meerdere vuurwapens, gegevensdragers met informatie over de organisatie van ETA en valse nummerplaten heeft verstopt (par. 13). In een ander verhoor openbaart hij een opslagplaats voor explosieven (par. 12). Klager wordt veroordeeld voor deelname aan een terroristische organisatie op basis van de tijdens de doorzoekingen gevonden materiaal (par. 16). Zijn verklaringen die zijn afgelegd zonder dat klager het recht op rechtsbijstand effectief kon uitoefenen, worden niet als bewijs gebezigd, maar enkel als startinformatie.

6. In zulke zaken moet een belangenafweging worden gemaakt: het onrechtmatig verkregen directe en indirecte bewijs is vaak waarheidsgetrouw, maar mag de overheid van een (door hen zelf begane) onrechtmatigheid profiteren? Het EHRM geeft in de onderhavige zaak aan, dat enerzijds het uitoefenen van verdedigingsrechten (op een later moment in het proces) moet worden afgewogen tegen de hoeveelheid en de kwaliteit van het bewijs (par. 53). Als de onderhavige zaak dan wordt vergeleken met *Dubois* en *Wang*,^[14] dan zou de conclusie moeten zijn dat, wanneer klager de rechtmatig verkregen bewijsmiddelen tijdens een onderzoek ter terechtzitting kan betwisten en op latere momenten in het proces wel volledig gebruik kan maken van verdedigingsrechten en met deze bewijsmiddelen de waarheid in voldoende mate kan worden vastgesteld, het proces in zijn geheel voldoende eerlijk is geweest. Immers, de onrechtmatigheid is “gecorrigeerd” door de door de onrechtmatigheid verkregen bewijsmiddelen niet te gebruiken, terwijl daardoor wel andere overtuigende

bewijsmiddelen zijn verkregen.

7. Wanneer de onderhavige zaak met *Gäfgen* wordt vergeleken, dan zou naar de causale link tussen de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen en andere bewijsmiddelen moeten worden gekeken. In *Gäfgen* oordeelt het EHRM namelijk dat wanneer de causale link tussen de onrechtmatigheid – in het geval van Gorosabel zijn dat de verhoren – en de veroordeling wordt verbroken het proces in voldoende mate eerlijk is, omdat het besmette bewijs niet is gebruikt om de schuld of straf vast te stellen.

8. In de twee hierboven besproken vergelijkingen komt heel duidelijk naar voren dat wanneer sprake is van bewijs dat van voldoende kwaliteit is en niet direct “besmet” is een “enkele” onrechtmatigheid in de bewijsgaring niet *ipso facto* leidt tot de vaststelling dat het gehele proces oneerlijk is. *Truth trumps legality*.

9. In een andere zaak, *Cwik t. Polen*,^[15] wordt de integriteit van het proces boven de waarheidsvinding geplaatst. In deze zaak wordt een ondervraging van een gemartelde concurrente drugsdealer door criminelen opgenomen op cassettape. Deze tapes komen in handen van de politie en worden gebruikt om klager – een kompaan van de gemartelde drugsdealer – te veroordelen. In *Cwik* is het EHRM stellig: door bewijs te verkrijgen door te martelen wordt de *rule of law* vervangen door de *rule of force*. De *rule of force* tast de integriteit van het proces aan en de Staat hoort hiervan nooit – ook niet als de onrechtmatigheid is begaan door burgers – te profiteren. Dus: *integrity trumps truth trumps legality*.

10. Om het nog gecompliceerder te maken, wordt in de onderhavige zaak niet op de eerder voorgestelde wijzen beargumenteerd: het gebruik van het bewijs, de causale link tussen onrechtmatigheid en veroordeling of de integriteit van het proces worden niet gebruikt om de eerlijkheid van het proces te beoordelen. Het onderhavige arrest sluit dus niet aan bij *Dubois* – waarin niet besmet bewijs doorslaggevend is en dat levert geen schending van art. 6 EVRM op – en *Gäfgen* – als de causale link tussen onrechtmatigheid en veroordeling wordt doorbroken, levert dat geen schending van art. 6 EVRM op. In *Gorosabel* oordeelt het EHRM dat art. 6 EVRM wel is geschonden ondanks dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet is gebruikt. Tevens benadrukt het Hof niet dat een causale link tussen het onrechtmatig verkregen bewijs en de andere bewijsmiddelen bestaat. Dat is des te verrassender omdat het EHRM wel overweegt dat de verklaringen *essentieel* waren voor de ontdekking van het andere bewijs (par. 66). Het EHRM gooit het over een andere boeg: de onrechtmatig afgelegde verklaring heeft een significante bevooroordeelende impact op de rest van het proces zodat niet van een eerlijk proces kan worden gesproken (par. 67). Dit is een redenering die vaker te vinden is bij de afwezigheid van rechtsbijstand tijdens het voorbereidend onderzoek (par. 68 met verwijzing naar o.a. *Salduz*).

11. Blijkbaar zijn er dus twee grootheden binnen het concept eerlijkheid die van hoger belang zijn dan de waarheidsvinding: uit de onderhavige zaak blijkt dat een bevooroordeelende impact (*irretrievably prejudice*) van onrechtmatigheden kan leiden tot een oneerlijk proces ondanks dat de bewijzen waarheidsgetrouw zijn. Uit *Cwik* blijkt dat *mutadis mutandis* voor handelingen waarvoor de Staat verantwoordelijkheid draagt en die de integriteit van het proces aantasten. De onderhavige zaak maakt echter eens te meer duidelijk dat het Hof geen coherente argumentatie gebruikt om onrechtmatigheden in het licht van het concept eerlijkheid te analyseren. [16]

D.A.G. van Toor

[1] G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 796.

[2] HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. YB (*Afvoerpijp*).

[3] HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (*Onbevoegde hulpofficier*); HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

[4] HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. YB (*Afvoerpijp*), rn. 2.

[5] J.S. Nan & D. Bektsevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017, 3, p. 197-213, par. 2.

[6] M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; R. Kuiper, *Vormfouten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2020.

[7] F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, 'Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?', *DD* 2016/21, p. 254-270; M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37, p. 406-418; J.S. Nan & D. Bektsevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017/22, p. 197-213.

[8] HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1.

[9] Ik laat hier bewust de problematiek van de doorwerking van artikel 8 EVRM-schendingen naar de (on)eerlijkheid van het proces rusten. Zie daarover mijn annotatie bij: *Dragoş Ioan Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, «EHRC» 2018/13.

[10] *Gäfgen t. Duitsland*, EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05, «EHRC» 2008/99, m.nt. Van der

Velde.

[11] *Gäfgen* (reeds aangehaald), par. 180.

[12] *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19,
ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.

[13] *Wang t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 83700/17,
ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD008370017.

[14] Maar ook met zaken waarin wordt geklaagd over het gebruik van in strijd met artikel 8 EVRM verkregen bewijzen; zie mijn annotatie bij *Rusu* (reeds aangehaald).

[15] *Cwik t. Polen*, EHRM 5 november 2020, nr. 31454/10,
ECLI:CE:ECHR:2020:1105JUD003145410, 'Bewijsuitsluiting na schending van artikel 3 EVRM,
in het bijzonder als de onrechtmatigheid is begaan door andere burgers', *EHRC Updates*
december 2020, m.nt. Van Toor.

[16] Zie daarover uitgebreid mijn annotatie bij *Cwik* (reeds aangehaald).